

El 2020 y el derecho ambiental en Costa Rica

ALDO MILANO SÁNCHEZ

SUMARIO: 1.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 50. 1.1. El derecho al agua en la jurisprudencia constitucional previa a la reforma. 1.2. Control preventivo de constitucionalidad. 1.3. La reforma: análisis crítico. 2. NOVEDADES LEGISLATIVAS. 2.1. La frustrada Ley de Pesca de arrastre. 2.1.1. Precedentes constitucionales en la materia. 2.1.2. El Decreto Legislativo no. 9909 y su veto total. 2.2. La ley no. 9863. 3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE. 3.1. Uso de neonicotinoides en agricultura. 3.2. Informalismo en denuncias ambientales. 3.3. inconstitucionalidad de modificación de límites de la reserva biológica LOMAS de BARBUDAL. 4. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Esta contribución procura recoger los sucesos más relevantes ocurridos del Derecho ambiental costarricense durante el año 2020 desde la perspectiva constitucional, legislativa, así como jurisprudencial. Se examina la reforma constitucional que introduce el derecho constitucional al agua, así como los más relevantes ajustes en el nivel normativo. Finalmente, se hace un análisis de los principales pronunciamientos jurisdiccionales, resaltando, de nuevo, el protagonismo de la Sala Constitucional.

ABSTRACT: This contribution seeks to collect the most relevant events that occurred in Costa Rican environmental law during 2020 from the constitutional, legislative, as well as jurisprudential perspective. The constitutional reform that introduces the constitutional right to water is examined, as well as the most relevant adjustments at the normative level. Finally, an analysis of the main jurisdictional pronouncements is made, highlighting, once again, the role of the Constitutional Chamber.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso al agua potable. Pesca de arrastre. Denuncias ambientales. Áreas de conservación.

KEYWORDS: Right of Access to drinking water. Trawling. Environmental complaints. Conservation areas.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 50

No cabe duda de que el más relevante suceso que se presentó durante el año 2020, en el Derecho ambiental costarricense, fue la reforma del artículo 50 constitucional.

Se trata, con todo, de una reforma precedida por la construcción pretoriana del derecho fundamental incorporado mediante la enmienda constitucional, al derecho escrito (1.1).

Como resultado de la legislación procesal constitucional vigente, toda reforma constitucional debe ser sometida a un control de constitucionalidad preventivo de modo preceptivo. Es así que será de interés conocer la posición de la Sala Constitucional cuando se pronunció con relación a la entonces pretendida reforma constitucional, posteriormente finiquitada (1.2).

Finalmente, en lo que a este tema corresponde, se hará un breve análisis crítico del que terminó siendo el texto final de la enmienda constitucional, el cual, como se verá, a mi juicio resulta desafortunado en vista de su limitado alcance, dejando de lado el interés de reforzar la protección ambiental de este importantísimo recurso natural de modo integral (1.3).

1.1. EL DERECHO AL AGUA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PREVIA A LA REFORMA

1.2. CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

El 18 de diciembre de 2019, la Sala Constitucional resolvió en la SSC No. 25241-2019 la primera consulta legislativa preceptiva relativa al proyecto de reforma parcial constitucional "*Adición de un párrafo al artículo 50 de la Constitución Política, para reconocer y garantizar el derecho humano de acceso al agua*".

En esa ocasión la Sala determinó que se había incurrido en un vicio formal en el trámite de la reforma.

No obstante, en lo que al fondo de la consulta se refiere, el Magistrado Rueda Leal expuso razones adicionales. Específicamente, hizo alusión a la jurisprudencia de ese mismo Tribunal sobre el reconocimiento de un derecho fundamental de acceso al agua, la demanialidad del recurso hídrico y su vínculo con los derechos a la vida, la salud y el ambiente sano y ecológicamente balanceado.

Una vez subsanado el vicio de forma, la Sala Constitucional volvió a conocer de la consulta preceptiva relativa al referido proyecto de reforma parcial del artículo 50 constitucional.

En efecto, mediante la SSC No. 03982-2020 de las 11:50 horas del 26 de febrero de 2020, la Sala Constitucional consideró que no existían vicios procedimentales y procedió a manifestar sus valoraciones respecto al contenido de la reforma.

Se consideró que el reconocimiento expreso del acceso al agua potable como derecho humano era acorde con su desarrollo jurídico propio del derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos.

Observó que a pesar de no existir una mención expresa a ese derecho en la Constitución Política, el mismo ya se encontraba regulado a nivel legal y había sido desarrollado a través de la jurisprudencia constitucional.

Adicionalmente, indicó que esa jurisprudencia incluye la protección al ambiente y al derecho al agua, considerando necesaria su protección por parte de las distintas instituciones estatales competentes en la materia y la coordinación entre ellas, para su protección integral y la efectiva dotación para consumo humano.

Se rescató que la reforma hace referencia expresa a la demanialidad del agua como bien de la Nación y aclara que su reconocimiento como derecho humano es respecto al acceso al agua potable, por lo que no imposibilita utilizar el recurso hídrico para otros fines mientras se garantice la existencia del recurso para consumo de agua potable; es decir, *“reconoce no solamente la protección y posibilidad de utilización del agua en términos generales, sino también el reconocimiento del acceso al agua potable como derecho humano”*.

Asimismo, se interpreta que, a pesar de reconocerse el acceso al agua potable como derecho humano, *“su efectiva dotación puede sujetarse a las concretas y certeras posibilidades de otorgamiento, de donde deviene que ese acceso que se reconoce como fundamental, bien puede sujetarse al cumplimiento de condiciones concretas que a su vez permitan garantizar la existencia y preservación de este bien.”*

Adicionalmente, la Sala se refirió a la realización progresiva de los derechos humanos al agua potable por parte de los Estados, a fin de eliminar las desigualdades en su acceso, conforme a las disposiciones del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En consecuencia, expresó que la legislación que regule esa materia debe coincidir con la *“carga de valores, principios y regulaciones expresas que informan a los derechos humanos, y al acceso al agua potable también como derecho humano que es”* y debe ajustarse al Derecho de la Constitución y sus previsiones.

Al igual que en el fallo anterior, en esta ocasión el Magistrado Rueda Leal, acompañado esta vez por el Magistrado Cruz Castro, reiteró las consideraciones adicionales que planteó en la SSC No. 25241-2019 y sobre las cuales se abundará adelante.

1.3. LA REFORMA: ANÁLISIS CRÍTICO

Antes de examinar el alcance del ajuste, interesa señalar que esa norma, originalmente redactada en el año 1949, únicamente disponía que *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”*.

Se trataba de la cláusula del Estado Social de Derecho, propia de la época en que fue redactada y de la ideología política que prevalecía en el país.

Con posterioridad, a partir de la jurisprudencia constitucional que reconoció el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como derivación del derecho a la vida y a la salud, quedó en evidencia el vacío normativo escrito en ese ámbito. De este modo, a pesar del marcado interés en el país de proteger el ambiente y los recursos naturales, lo cierto es que no existía una norma escrita en la Constitución que reconociera ese derecho fundamental, de modo que tuvo, por un buen espacio de tiempo, naturaleza atípica de elaboración pretoriana (Ver SSC No. 00048 – 1991 de las 16:27 horas del 04 de enero de 1991, SSC No. 00240 – 1992 de las 09:00 horas del 31 de enero de 1992, SSC No. 2233-93 de las 09:36 horas del 28 de mayo de 1993, SSC No. 04423-1993 de las 12:00 horas del 07 de setiembre de 1993, SSC No. 1394-1994 de las 15:21 horas del 16 de marzo de 1994).

Al comprobarse ese vacío en el derecho escrito del Derecho de la Constitución¹, el Constituyente derivado optó por incorporar en el haz de garantías fundamentales, de modo expreso, el derecho fundamental a “*un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*”, lo cual hizo introduciendo al artículo 50, el siguiente texto:

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

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.

La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.” (Así reformado por el artículo 1° de la Ley No.7412 de 3 de junio de 1994)

Si bien no es el lugar ni el momento para extenderse en el análisis de ese derecho fundamental, sí interesa resaltar el interés de atribuir al Estado el deber de velar por su eficacia (efecto positivo de las garantías fundamentales), quedando de modo implícito el deber de desarrollar las normas de organización, procedimiento y competencias requeridas para ello, resaltando la atención otorgada por el propio Constituyente, al régimen de justicia ambiental -legitimación amplia- y de responsabilidad ambiental.

Se consideró luego que a pesar de que la Sala Constitucional había también reconocido un derecho fundamental de acceso al agua (SSC No. 04654-2003 de las 15:44 horas del 27 de mayo de 2003), correspondía ir más allá en el reconocimiento de garantías fundamentales de corte ambiental.

Así, en esta ocasión, mediante Ley No. 7412 de 3 de junio de 2020, se reformó de nuevo el artículo 50, agregando ahora este párrafo:

“Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. Su uso, protección, sostenibilidad, conservación y explotación se regirá por lo que establezca la ley que se creará para estos efectos y tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones.” (Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 1° de la ley N° 9849 del 5 de junio del 2020, "*Reconocer y garantizar el derecho humano de acceso al agua*").

¹ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, San José, 2004, p. 65.

Dada la importancia de esta novedad en el Derecho constitucional ambiental, me ocuparé con algún detalle del contenido de este nuevo último párrafo del artículo 50 constitucional.

Destacable, para iniciar, es que, como sucede en el caso del párrafo dedicado al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la norma atribuye el derecho de acceso al agua potable a "*Toda persona*", con lo cual se ratifica la generalidad del derecho público subjetivo reconocido por la norma.

Luego el Constituyente califica el derecho que regula en esta nueva disposición. En primera instancia, lo califica como un "*derecho humano*", no así, como un "*derecho*" o un "*derecho fundamental*", circunstancia técnicamente censurable a mi juicio, debido a un cuestionamiento más allá de lo meramente semántico, dado que involucra un debate sustantivo de marcado interés técnico pero que no será posible exponer en esta ocasión. Resalto nada más, lo que considero es un error desde el punto de vista técnico (Sobre el carácter de derecho humano de este derecho, véase LOPERENA ROTA, Demetrio, El agua como derecho humano, en: GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coord.). El nuevo derecho de aguas. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas Aranzadi, 2007, pp.81-99).

Luego, la norma califica el "*derecho humano*", indicando que tiene carácter "*básico e irrenunciable*", circunstancia a mi juicio redundante y desacertada, propia de una ligereza en la redacción de la norma. Es claro que debe existir un gran rigor técnico a la hora de redactar una norma constitucional, dada su jerarquía.

En lo que se refiere al contenido esencial de la garantía fundamental, se trata del derecho "*de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida*", no así, el derecho de acceso al recurso hídrico en cualquiera de sus modalidades y usos.

Con relación al derecho de acceso al agua potable, existe una amplia pauta jurisprudencial constitucional que ya había reconocido esa garantía entonces innominada o atípica.

Efectivamente, de modo reiterado ya se había afirmado lo siguiente:

"V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos

aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador" de 1988), el cual dispone que: "Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos".

Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humano"- (SSC No. 4654-2003 del 27 de mayo de 2003, SSC No. 07497 – 2011 del 14 de junio de 2011, SSC No. 2018-014649 del 07 de setiembre de 2018, SSC No. 14738 – 2019 del 09 de agosto de 2019)².

² Desde otra perspectiva, también se señaló: "(...) existe un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida y al medio ambiente sano, entre otros, por el cual debe concederse a todas las personas la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad a los servicios de agua potable, toda vez que la misma resulta esencial para la vida y la salud humana. Asimismo, el acceso al agua potable ha sido catalogado como un derecho humano fundamental por varios instrumentos internacionales, lo cual ha sido reconocido en la amplia jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, como se menciona en la sentencia parcialmente transcrita, en el Comentario General No. 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité hizo notar que "el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana. Es un requisito para la realización de otros derechos humanos. De esta forma, Los Estados miembros del Pacto Internacional tienen el deber de cumplir de manera progresiva, sin discriminación alguna, el derecho al agua, el cual da derecho a todos a gozar de agua suficiente, físicamente accesible, segura y aceptable para uso doméstico y personal". Igualmente, respecto a este tema podemos encontrar una vasta cantidad de instrumentos internacionales que hacen referencia al derecho al acceso al agua potable, entre las que podemos señalar las siguientes: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (Mar del Plata, Argentina, 1977, Plan de Acción), Declaración de Nueva Delhi, sobre el abastecimiento del agua potable y el saneamiento ambiental (India, 1990); Conferencia

De esta forma, no cabe duda que el Constituyente derivado no innovó en el Derecho de la Constitución, puesto que ya la Sala Constitucional había reconocido la existencia de esa garantía con sustento en los derechos a la salud, la vida y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pero además, en tanto así había sido reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos. Así resulta de lo establecido por los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El Derecho al agua ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos principalmente en las sentencias de fondo, reparaciones y costas del Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay del 24 de agosto de 2010 (párrafo 195) y la Opinión Consultiva sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos No. OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 (párrafos 109 al 111, 117 y 121).

Respecto a las obligaciones internacionales de los Estados derivadas de ambos numerales del PIDESC, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 06 de febrero de 2020³

de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, Brasil, 1992, Capítulo 18 de la Agenda 21), Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible (Irlanda, 1992, Principios rectores y Plan de Acción), Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, Egipto, 1994, Programa de Acción), Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (Sudáfrica, 2002, Pto. 18), Observación General N° 15: El Derecho al Agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ginebra, 2002); la Resolución 64/292, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el 2010: El Derecho Humano al Agua y el Saneamiento; la Resolución 70-169, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en el 2015: Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento; Cumbre de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Nueva York, 2015, Objetivos 6 y 7), etc.” (SSC No. 2019-17397 de las 12:54 horas del 11 de setiembre de 2019).

³ “222. El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua²¹⁸. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma²¹⁹ .

223. Es pertinente destacar también que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 25 el derecho a “un nivel de vida adecuado”, como también lo hace el PIDESC en su artículo 11. Este derecho debe considerarse inclusivo

De este modo, a mi juicio, la reforma constitucional, en primera instancia, es innecesaria. En efecto, dado que se decidió reducir su vis expansiva al ámbito del derecho de acceso al agua potable, lo cierto es que ya en el Derecho internacional de los derechos humanos, existía esa garantía y, además, una consolidada jurisprudencia constitucional había reconocido ese derecho, sin que para ello fuera necesario su expresa regulación constitucional.

Por otra parte, la regulación es claramente desafortunada. Si se decidió entrar a regular la materia, lo pertinente era que se hiciera desde una perspectiva amplia, holística, ecocéntrica y no antropocéntrica como se hizo, lamentablemente.

Más allá del derecho al acceso al agua potable, el recurso hídrico tiene un papel de enorme interés ecológico que ha quedado de lado en la reforma, así como el potencial productivo que ofrece, sea mediante su fuerza hidráulica, capaz de generar energía eléctrica, sea como medio para el transporte fluvial o marítimo.

Otra crítica que cabe plantear, en mi opinión a la redacción de la norma, se relaciona con la demanialización del agua que se dispone al calificarla como “*un bien de la Nación*”.

del derecho al agua, como lo ha hecho notar el Comité DESC, que también ha considerado su relación con otros derechos. De este modo, también en el ámbito universal se ha determinado la existencia del derecho al agua pese a la falta de un reconocimiento expreso general²²¹. Sí hacen referencia expresa al agua algunos tratados del sistema universal referidos a aspectos específicos de protección de los derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24, o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 14, referido a “problemas especiales a que hace frente la [...] mujer de las zonas rurales”.

(...)

229. En cuanto a las obligaciones que conlleva el derecho al agua, cabe agregar a lo expuesto algunas especificaciones. Rige, desde luego, el deber de respetar el ejercicio del derecho²²⁹, así como el deber de garantía, señalados en el artículo 1.1 de la Convención. Este Tribunal ha indicado que “el acceso al agua” implica “obligaciones de realización progresiva”, pero que “sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar [dicho acceso] sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización”²³⁰. Entre las obligaciones estatales que pueden entenderse comprendidas en el deber de garantía se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares, que exige que los Estados impidan a terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua, así como “garantizar un mínimo esencial de agua” en aquellos “casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua [...], por razones ajenas a su voluntad”²³¹. ”

Al respeto, lo primero que debo decir es que no se trata, tampoco, de una innovación o novedad, puesto que ese tratamiento ya se lo había dado el legislador ordinario hace mucho tiempo atrás (Ley de Aguas) al recurso hídrico, así como la jurisprudencia (Entre otras, véase las SSC No. 2006-5606; 2008-13775 y 2019-17397).

La demanialización de los recursos naturales es una conocida técnica de protección ambiental tal y como lo ha expuesto la doctrina.

Se ha señalado al respecto, con razón, que *“El dominio público aparece así como un poderoso título de intervención que posibilita el máximo control sobre las conductas de los usuarios, ordenándolas de acuerdo con las exigencias que impone el interés general, como es el de la preservación del ambiente”* (LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Madrid: Dykinson, 2003, pág. 387).

La crítica que corresponde a mi juicio formular es que en, este caso, se afecta el bien al dominio público por estimarse que es *“...indispensable para proteger tal derecho humano”*, es decir, la demanialización se formula en función del derecho de acceso al agua potable, únicamente, situación que a mi juicio resulta claramente desafortunada, puesto que deja de lado el papel vital que juega el recurso hídrico en sociedad.

Ese enfoque, erróneo a mi juicio, pudo haberse evitado demanializando el recurso hídrico de modo general, para luego señalar que en la regulación legal del *“uso, protección, sostenibilidad, conservación y explotación”* del recurso, *“tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones”*.

Es decir, la crítica no es demanializar el recurso hídrico, es hacerlo únicamente en función del derecho de acceso al agua potable, lo que a mi juicio deja de lado otras razones por las cuales interesa extraer del mercado ese bien escaso y frágil.

Se trata, en todo caso, de un asunto que ya había sido resuelto por la propia Sala Constitucional de forma más apropiada, tal y como lo ha expuesto en sus consideraciones adicionales el Magistrado Rueda Leal, quien hace mención de que *“... la Sala ha sido enfática en establecer que ella se encuentra cubierta por la protección establecida en el numeral 121, inciso 14), subinciso a)”*.

Valga señalar que la referida norma alude al dominio público de relevancia constitucional, indicando que *“No podrán salir definitivamente del dominio del Estado a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional”*.

Precisamente por ello, el Magistrado Rueda Leal deja en evidencia que determino *“que la proposición de reforma constitucional no altera lo que este Tribunal ya ha interpretado con respecto al artículo 121, inciso 14), subinciso a), en el sentido de que el agua es un bien demanial que no podría salir definitivamente del dominio del Estado”*.

El señalamiento es pertinente, precisamente por lo dicho, es decir, que se demanializa el recurso hídrico únicamente en lo que al derecho de acceso al agua potable se refiere, dejando de lado los otros usos de interés público que se le da al agua, sea o no potable.

En suma, a mi juicio se ha dilapidado la oportunidad de regular de modo más adecuado a nivel constitucional, el recurso hídrico, incorporando una disposición con múltiples imprecisiones técnicas y un enfoque reduccionista de la vis expansiva de la regulación.

2. NOVEDADES LEGISLATIVAS

En lo fundamental, además de la ya comentada reforma constitucional, los eventos legislativos más relevantes en materia ambiental en el año 2020 se reducen, a mi juicio, a dos proyectos de ley.

El primero, quizá el más relevante por lo polémico que es, se relaciona con una pretendida normativa en materia de pesca de arrastre. Digo pretendida, porque como se verá, finalmente, en el marco de una gran presión popular, el decreto legislativo fue objeto de veto presidencial en su totalidad, aduciéndose razones de oportunidad y conveniencia, aunque como veremos, incluyó también razones de constitucionalidad (2.1).

El segundo evento se relaciona con la aprobación de la Ley No. 9863 que corresponde a una reforma parcial de la Ley de Vida Silvestre mediante la cual se procura impedir el trasiego de flora y fauna que esté en los listados CITES de especies en peligro de extinción (2.2.)

2.1. LA FRUSTRADA LEY DE PESCA DE ARRASTRE

La temática tratada en este proyecto de ley ha sido objeto de grandes polémicas en el medio costarricense. Ha sido en la justicia constitucional donde se ha dilucidado en parte esta problemática ambiental, como en muchos de los casos.

En efecto, en múltiples ocasiones la Sala Constitucional ha debido pronunciarse con relación a los límites constitucionalmente derivables en la regulación de la pesca de arrastre, de modo que será de interés examinar esos

antecedentes para luego poder comprender el porqué del veto presidencial total al decreto legislativo que aprobó un proyecto de ley en este campo (2.1.1).

Es preciso comentar, también, el contenido del decreto legislativo, así como las razones por las cuales el Presidente de la República decidió vetarlo totalmente, para beneficiar, según se dice, el desarrollo sostenible (2.1.2).

2.1.1. Precedentes constitucionales en la materia

En la SSC No. 10540-2013, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 2 inciso 27 punto d), 43 inciso d) y 47 incisos a) y b) de la Ley de Pesca y Acuicultura, Ley No. 8436, en relación con las frases “*con red de arrastre*”, “*red de arrastre*”, “*que utilizan artes de pesca, redes de arrastre por el fondo*” y “*utilizando como artes de pesca, redes de arrastre por el fondo*”; por cuanto violaban los artículos 7, 21, 50, 69 y 89 de la Constitución Política al tratarse de una técnica de pesca atenta contra la sostenibilidad del camarón y del resto de recursos hidrobiológicos, y consecuentemente la estabilidad laboral de otras pesquerías.

Al entrar a resolver la demanda, la Sala rescató lo resuelto antes mediante las SSC No. 1000-97 y No. 10484-2004 en las cuales se reconoció su competencia para examinar eventuales violaciones al derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y la obligación del Estado de proteger los recursos hidrobiológicos como patrimonio y dominio público.

En esa ocasión, la Sala sentó el siguiente precedente:

“la pesca de camarón con redes de arrastre, mientras no se cuenta con dispositivos para la disminución de la captura incidental (Bycatch Reduction Devices) que significativamente disminuyan la captura incidental (no todos tienen la misma efectividad y no basta con lo que salvan a las tortugas), se opone a los principios consagrados en los instrumentos internacionales sobre los recursos marinos, aplicables en nuestro medio de forma directa al amparo de lo dispuesto en el artículo 6 como ya se dijo, sin perjuicio de la aplicación supletoria y subsidiaria del artículo 7 constitucional. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de nuestra Carta Magna, los principios del Derecho Internacional se aplican directamente, de manera que los artículos 2 inciso 27 punto d), 43 inciso d) y 47 incisos a) y b) de la Ley 8436 de 1º de marzo de 2005, en cuanto reconoce como lícita el arte de

pesca de camarón con redes de arrastre, resultan violatorios de esta norma constitucional y de los principios del Derecho Internacional sobre la materia que la norma reconoce y que exigen la adopción de técnicas de pesca selectivas, la conservación del recurso y ecosistemas marinos, prohíben la sobreexplotación e imponen la aplicación de principios de técnicas y prácticas de pesca y comerciales acordes con la sostenibilidad de recurso y los principios precautorio y preventivo propios del Derecho Ambiental, entre ellos: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derechos del Mar de 1982, la Convención Interamericana para la Protección de las Tortugas Marinas, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, La Convención sobre Diversidad Biológica y la Declaración de Río.”.

En cuanto al artículo 21 de la Carta Magna, en relación con los derechos a la vida y la salud, determinó que la técnica no selectiva atentaba con los ecosistemas marinos y la sostenibilidad de sus recursos, por lo que afectaba directamente la seguridad alimentaria y supervivencia de la población.

También estableció que existía una inconstitucionalidad en relación al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al desarrollo sostenible y la justa distribución de las riquezas (artículos 50, 74, 69 y 89 de la Constitución Política) estimó que el Estado tiene la obligación imperativa “*reducir o eliminar toda modalidad de producción que atente contra el desarrollo sostenible*” y, dado que el daño que causa la pesca de arrastre resulta superior a su regeneración, por cuanto captura indiscriminadamente otras especies, sexualmente inmaduras y posteriormente las desecha; atentando contra la seguridad alimentaria de generaciones futuras, el aprovechamiento solidario del ambiente y el desarrollo sostenible democrático y solidario.

En este sentido observó que el empleo generado por la pesca artesanal es mayor que el de la pesca de arrastre, por lo que esta última vulnera la estabilidad laboral y el derecho a participar en los beneficios de la explotación sostenible de los recursos marino de la primera. Finalmente, en cuanto a los roces con el artículo 89 de la Carta Fundamental, consideró que la belleza natural no se reduce a un concepto estético, sino como algo “*comprendido en la requerida protección al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*”, dentro de lo cual se incluyen los recursos hidrobiológicos, porque la protección de los ecosistemas preserva la belleza escénica”.

Finalmente, la Sala ordenó a INCOPECA no *“otorgar ningún permiso, autorización o licencia nuevos, renovar los vencidos o reactivar los inactivos, para la pesca de camarón con redes de arrastre”*, sin embargo, determinó que en virtud de los derechos adquiridos de buena fe, se debía conservar la validez de las autorizaciones y licencias vigentes hasta su vencimiento y sin prórrogas, siempre y cuando se apeguen al ordenamiento jurídico y *“condicionado a que adopten, si fuera científicamente posible, las tecnologías más amigables posibles con el ambiente bajo la supervisión del INCOPECA”*.

Por su parte, el Magistrado Castillo Víquez salvó el voto y consideró que la norma no era inconstitucional, siempre y cuando las técnicas utilizadas sean admitidas por organismos internacionales de reconocido prestigio, como la FAO.

Posteriormente, el 18 de mayo de 2018, la Sala Constitucional atendió en la SSC No. 07978-2018, una consulta legislativa facultativa referente a un proyecto de *“Ley para el ejercicio sustentable de la pesca semiindustrial camaronera en Costa Rica”*.

Se consultó la constitucionalidad del proyecto en relación con la ausencia de estudios técnicos y científicos que lo respaldaran, el derecho a la vida y a la salud, la afectación al fondo marino y a la belleza escénica, los compromisos internacionales del Estado en materia ambiental, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el desarrollo sostenible democrático y la justa distribución de la riqueza.

Respecto a los estudios técnicos, la Sala lo relacionó al principio de objetivación de la tutela ambiental que implica la existencia de estudios científicos previos a la toma de decisiones, *“aspecto esencial del procedimiento legislativo”*, por lo que su omisión constituye un vicio de procedimiento.

Recordó que en la sentencia 010540-2013 del 2013 hizo la salvedad de poder reinstaurar la técnica de pesca *“siempre y cuando se demostrara de manera previa a la reforma legal, mediante estudios científicos y tecnológicos, una reducción significativa de la captura incidental que fuera compatible con un desarrollo sostenible democrático”*; sin embargo, en esa ocasión la Sala observó que no se identificaba un estudio específico como fundamento técnico para el proyecto. En ese sentido, la Sala rescató que los estudios técnicos deben ser actuales, realizados por parte de instancias científicas objetivas, que sea específico para el caso de Costa Rica y sus características sociales, ambientales y socioeconómicas, estudiar la biomasa existente, el impacto ambiental de la pesca de arrastre sobre el ecosistema,

la sustentabilidad y los aspectos relacionados con el desarrollo sostenible democrático.

El Magistrado Cruz Castro adicionó en su nota que el estudio además de ser realizado por una instancia objetiva, debe caracterizarse de imparcialidad y no puede ser financiado por los interesados. Asimismo, el tribunal constitucional destacó que la *"finalidad de los estudios técnicos no es justificar el proyecto ante esta Sala, sino que estos puedan ser valorados oportunamente por los legisladores antes de emitir su voto en primer debate"*. En consecuencia, la Sala estimó que existía un vicio procedimental al no contarse con un estudio científico apropiado que fundamentara el proyecto, y por ser esa valoración vinculante para el Poder Legislativo, omitió analizar las consultas respecto al fondo.

En ese mismo año, la Sala resolvió un recurso de amparo interpuesto por un pescador camaroneero afectado por la prohibición de renovación de licencias de pesca de arrastre. Así, mediante la SSC No. 14168-2018 consideró que el INCOPECA tiene competencias legalmente atribuidas *"de coordinación, promoción, ordenación y fomento, sobre la base de criterios técnicos y científicos que garanticen la conservación,"* y puede *"emitir opiniones de carácter técnico y científico en todo lo relacionado con la flora y fauna marina y la acuicultura"*. En consecuencia, declaró con lugar el recurso por existir una omisión de parte del INCOPECA al no contar con estudios científicos actualizados que permitieran al resto de la Administración tomar decisiones respecto a la pesca de camarón con red de arrastre.

Más recientemente, mediante la SSC No.13837-2020, se atendió una nueva consulta legislativa facultativa respecto a la constitucionalidad del proyecto *"Ley para el aprovechamiento sostenible de la pesca de camarón en Costa Rica"*.

En esta ocasión se consultó respecto a posibles vicios procedimentales por transgredir el principio de objetivación de la tutela ambiental y el principio de participación ciudadana en materia ambiental, por cuanto el proyecto no hacía referencia a los dispositivos excluidores que se autorizaban sino que delegaba su determinación al INCOPECA y el estudio científico realizado por esa institución era insuficiente para determinar la sostenibilidad de la actividad, así como la falta de publicidad del texto aprobado en el Plenario.

En cuanto al fondo se cuestionó la compatibilidad de la propuesta con los artículos 6 y 7 (en relación con el Derecho Internacional), 21(seguridad alimentaria), 50 (medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado,

desarrollo sostenible y justa distribución de riquezas, 46 (principio de no regresión) y, 121 inciso 14 y 140 inciso 19 (Principio de intangibilidad del dominio público ambiental) de la Constitución Política.

Al resolver mediante un voto dividido de cuatro a favor y tres en contra, la Sala consideró que no existía ningún vicio procesal. Estimó que exigir la mención expresa de los dispositivos excluidores no protegerían el ambiente puesto que *“conllevaría a que eventualmente la norma pierda vigencia”*. Además, consideró no se transgredía la objetivación en la tutela ambiental porque existía suficiente criterio técnico al basarse en un estudio que cumplía con los criterios mínimos exigidos por la FAO y porque el otorgamiento de las licencias está condicionado a estudios técnicos adicionales, por lo que exigir más que ello iría en contra de las variables social, económica y alimentaria del desarrollo sostenible.

También estimó que no existía una regresión en la protección ambiental, por cuanto la captura de fauna de acompañamiento del camarón disminuyó de un 95% a un 65%. Respecto a la participación ciudadana tampoco se detectaron vicios por cuanto las modificaciones no publicadas no significaron cambios sustanciales ni al proyecto ni a la normativa vigente, *“sino de una “moción resumen” que recoge las mociones aprobadas y adiciona elementos no sustanciales al proyecto de ley aprobado en primer debate”*.

En cuanto a las consultas de fondo, el Tribunal Constitucional consideró que el proyecto no contrariaba los artículos 7 y 6 constitucionales por cuanto, a su criterio, sí contaba con una investigación debidamente fundada y el futuro otorgamiento de licencias está sujeto a estudios complementarios que debe valorar *“la biomasa, fondo marino, de orden social y económico y todos aquellos que aseguren la sostenibilidad del recurso marino y que procuren un desarrollo sostenible democrático”*.

Asimismo, no constató contradicciones a tratados internacionales porque el proyecto de ley señala que se autoriza la pesca de arrastre basado en la factibilidad técnica y condicionado a otros estudios y al cumplimiento de la normativa nacional e internacional.

No obstante, la Sala Constitucional hace la salvedad de que la autorización de la actividad debe ajustarse al marco jurídico definido en el proyecto y

“condicionado no solo al uso de eficientes dispositivos excluidores, sino también al resultado de los estudios faltantes que sean llevados a cabo, y no podría autorizarse, en modo alguno, esas licencias, independientemente de los plazos

concedidos, si no se asegura previamente INCOPESCA de cumplir con los estándares de protección señalados, no solo por protección al ambiente, sino también de los sectores inmersos en esa economía y los derechos de las futuras generaciones”.

Tampoco consideró el Tribunal que existiera algún vicio respecto a los derechos a la seguridad alimentaria, medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, desarrollo sostenible y la justa distribución de la riqueza o falta de valoración de aspectos sociales, por cuanto el otorgamiento de las licencias está condicionado a un estudio previo en el cual INCOPESCA está obligado a incluir todos esos elementos.

En el mismo sentido, se desestimó una violación al principio de no regresión ambiental por cuanto las reformas a la Ley de Pesca y Acuicultura no modifican el nivel de protección garantizado por el ordenamiento jurídico actual a las áreas protegidas y no se daba una derogatoria tácita al ordenamiento vigente respecto a las competencias del MINAE. Sobre la intangibilidad del dominio público ambiental, tampoco se estimó existiera una violación a la Constitución Política considerando que una gestión sostenible de los recursos implica satisfacer necesidades tanto de generaciones presentes como futuras balanceando *“el crecimiento económico, la equidad social y la conservación de los recursos naturales”*, por lo que estos recursos como bienes de dominio público pueden ser aprovechados por particulares, de conformidad la ley; y por cuanto el proyecto se encontraba respaldado por un estudio técnico que demostraron la existencia de dispositivos que garantizaran un *“aprovechamiento racional y sostenido de los recursos”* y el condicionamiento del otorgamiento de licencias a previos estudios técnicos complementarios.

Finalmente, cabe destacar que en esta ocasión los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y la Magistrada Garro Vargas salvaron el voto, estimando que sí existían vicios de procedimiento por incumplimiento del principio de objetivación de la tutela ambiental, de desarrollo sostenible, de publicidad y transparencia, y vicios de fondo por violar principios de progresividad y no regresividad ambiental.

2.1.2. El Decreto Legislativo no. 9909 y su veto total

Al superarse en esos términos el control preventivo de constitucionalidad, finalmente se decidió aprobar la ley mediante el Decreto Legislativo No. 9909.

Interesa destacar que se dispuso lo siguiente:

“Artículo 47- Las licencias para el aprovechamiento sostenible de camarón con fines comerciales únicamente se otorgarán a las embarcaciones de bandera y registro nacionales, así como a las personas físicas y jurídicas costarricenses. Estas licencias se clasifican en dos categorías:

a) Categoría A (licencia para pesca de camarón semiindustrial Océano Pacífico): embarcaciones con licencia o permiso para el aprovechamiento sostenible de camarón con fines comerciales, utilizando como arte de pesca redes de arrastre que incorporan las tecnologías y los criterios científicos determinados por la autoridad competente establecidos por el Incopesca, únicamente en la zona económica del Océano Pacífico. Para otorgar estas licencias y permisos, el Incopesca necesariamente deberá contar con los estudios científicos y técnicos que determinen el aprovechamiento sostenible del recurso.”

Por su parte, en uno de los transitorios, se dispuso:

“TRANSITORIO I- Para que se puedan efectuar aquellas pruebas o los estudios científicos en el mar que se requieran de conformidad con el artículo 47 de la presente ley, el Incopesca podrá otorgar licencias temporales. Para esos efectos, las solicitudes correspondientes deben ajustarse a los criterios técnicos establecidos por el Incopesca y su ejercicio estará sometido a las condiciones que establezca dicha entidad.

TRANSITORIO II- A partir de la publicación de esta ley, se le otorga al Incopesca el plazo de un año improrrogable para que cuente con los estudios científicos y técnicos indicados en el inciso a) del artículo 47 de esta ley.”

Al aprobarse a nivel legislativo esa disposición legal, surgió un clamor popular para que el Presidente de la República ejerciera su facultad de veto del Decreto Legislativo, al considerarse que la norma afectaría los recursos marinos, dado que no contaba con suficiente evidencia científica de que no ocasionaría un daño ambiental al admitir retomar las licencias de pesca temporales en ausencia de los estudios científicos pendientes y la incertidumbre de si se llevarían a cabo y, de ser así, si serían suficientemente objetivos, independientes y satisfactorios.

Así las cosas, en definitiva, el Presidente de la República decidió vetar totalmente, por razones de oportunidad y conveniencia, el Decreto Legislativo, fundamentado en cuatro razones: la falta de certeza científica

respecto al impacto y sostenibilidad de la pesca de arrastre, el impacto socioeconómico negativo de su reinstauración, la contradicción a obligaciones internacionales de Costa Rica y la disidencia de la pesca de arrastre con los Objetivos de Desarrollo Nacional promovidos por el Gobierno de la República.

En primer lugar, estimó que ante una posible reforma legislativa que reinstaure esta práctica, es necesario que exista un estudio técnico y multidisciplinario que determine el impacto del mismo en el ecosistema marino y costero, y su sostenibilidad económica, social y ambiental.

Por el contrario, el Decreto Legislativo No. 9909 no cuenta con tal sustento sino que recarga al INCOPECA (sin considerar al sector académico) realizar la Evaluación de Impacto Ambiental posterior a su aprobación, lo cual tiene un costo aproximado de €3000 millones de colones (\$).

Además, se destacó que, si bien el INCOPECA investigó a finales del año 2018 los porcentajes de exclusión de fauna de acompañamiento, la misma institución estimó que esa evaluación es insuficiente para los fines del Decreto No.9909. Dicho estudio también fue criticado por la academia, el Ministerio de Ambiente y Energía y la Procuraduría General de la República, esta última destacando posibles vicios de inconstitucionalidad en relación con el proyecto de ley para la pesca de camarón de arrastre.

A nivel socioeconómico se estimó que el impacto ecosistémico de la reinstauración de la pesca de arrastre, amenaza la estabilidad de otros sectores como la pesca artesanal, pesca deportiva y el turismo; generando un aumento en el desempleo, puesto que los posibles empleos directos generados por la pesca de arrastre no superarían la cantidad de empleos afectados en otros sectores, aunado al hecho de que esta actividad potencia la generación de empleo en condiciones contrarias a la dignidad humana y al ordenamiento jurídico. Lo anterior, supone para el Gobierno un riesgo que no debe correr en un escenario de crisis económica y fiscal.

También, sopesó que la reinstauración de la pesca de arrastre contrariaba las obligaciones del Estado costarricense en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible 1 y 14 (fin de la pobreza y vida submarina, respectivamente), los esfuerzos desde la Organización Mundial del Comercio contra subvenciones a prácticas que generen sobrepesca, sus compromisos dentro de la OCDE para lograr una política pesquera basada en evidencia científica y con enfoque holístico en relación con la sobreexplotación de algunas especies.

Además, estimó que sería contradictorio que Costa Rica, desde la Coalición de Alta Ambición para las Personas y la Naturaleza, lidere esfuerzos en la lucha por la preservación de la biodiversidad mientras aprueba una actividad con posibles graves afectaciones a la biodiversidad marina. Sus obligaciones internacionales fueron complementadas con el Plan Nacional de Descarbonización, respecto del cual se consideró que la pesca semiindustrial de camarón iría en un sentido contrario a *“la necesidad de fortalecer la gobernanza de los mares para construir soluciones basadas en la naturaleza y actividades económicas rentables que permitan la adaptación y mitigación del cambio climático.”*

Finalmente, el Presidente de la República consideró la ley contraria a la visión de la Costa Rica del futuro que se persigue con los objetivos de Desarrollo Nacional para el bicentenario; destacando además una serie de esfuerzos desarrollados por el Gobierno para el desarrollo y reactivación económica de las costas que promuevan un mayor bienestar social y sostenibilidad.

A mi juicio, se trató de la mejor decisión que podría adoptarse. Es sabido que la eficacia de la gestión administrativa del INCOPECA es muy pobre. Por otra parte, la definición de un plazo para llevar a cabo los estudios científicos requeridos, conforme a experiencias en otros casos, es una medida simbólica, puesto que no suele ser atendida dentro de ese lapso temporal.

Pero la gota de derrama el vaso, a mi juicio, es la posibilidad de otorgar licencias “temporales” aún en ausencia de ese insumo técnico, lo cual definitivamente resulta desafortunado, puesto que expone a daños ambientales los recursos marinos por un plazo que podría ser indefinido.

Lo responsable es que el legislador ejerza su libertad de configuración con estricta sujeción al Principio de interdicción de la arbitrariedad, lo cual le obliga a contar con insumos técnicos a la hora de legislar y no luego.

2.2. LA LEY NO. 9863

La otra evidencia normativa de rango legal que juzgo de interés mencionar, es la aprobación de la Ley No. 9863 mediante la cual se reformó el artículo 79 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.

Según se indicó en la Exposición de Motivos de la ley⁴, su objetivo es introducir una prohibición de *“cualquier forma de ingreso, salida o tránsito*

⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Presentación inicial del Proyecto de Ley Reforma del Artículo 79 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre de 7 de diciembre de 1992, Ley para la Prohibición de la importación, el internamiento, la*

por el país de los trofeos y derivados de la caza", de especies o productos cazados incumpliendo las leyes del país de origen, indistintamente de si se encuentran protegidos por la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES) o no.

Su finalidad es desestimular el uso del territorio nacional como punto de tránsito del producto de la caza en países menos proteccionistas.

La versión previa del artículo 79 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre únicamente aplicaba sus prohibiciones a especies, productos o derivados protegidos por la CITES, condicionado a que el país de origen tuviese prohibiciones normativas equivalentes; en consecuencia, se permitía el ingreso a Costa Rica del producto de la cacería, si el país de origen no tenía restricción alguna.

La nueva versión del referido artículo 79, dice, en cambio, que *"Se prohíbe la exportación, la importación o el trasiego de la fauna y la flora, sus productos o subproductos incluidos en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Cites), con países no miembros de la Convención."*

Por otra parte, se adicionó un párrafo final al inciso a) del artículo 14 de la misma ley, que dice:

"Artículo 14- El Estado, por medio del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (Sinac) y demás autoridades competentes, regulará las siguientes actividades:

a) Caza

[.]

Se prohíbe la importación de trofeos de caza de organismos silvestres en peligro de extinción o gravemente amenazados, incluidos en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Cites) y que no cuenten con permiso, certificación o licencia en los parámetros establecidos en dicha convención."

exportación o el transporte de flora y fauna, sus productos, partes o derivados, que se encuentren protegidos". San José, Costa Rica: 19 de agosto de 2015.

Como se aprecia, en este caso la policía administrativa especial ambiental a cargo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, ha visto aumentados sus poderes mediante la introducción de una prohibición más exigente con relación al trasiego de fauna y flora, sus productos o subproductos incluidos en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), con países no miembros.

En este caso, no se trata del poder de autorización, sino más bien, del impedimento *ex lege* de la referida actividad, lo que responde a una política más proteccionista del Estado costarricense.

3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

3.1. USO DE NEONICOTINOIDES EN AGRICULTURA

Aunque se trata de una decisión adoptada en el año 2019, es preciso referirse a este caso, resuelto mediante sentencia de la Sala Constitucional No. 24513-2019, en tanto el texto del fallo no se hizo público hasta en el año 2020.

Se trata de un recurso de amparo planteado por un Diputado de la República, aduciendo la violación del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como resultado de la negativa del Ministro de Agricultura y Ganadería de disponer la prohibición del uso de neonicotinoides con sustento en el criterio de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, conforme al cual, luego de evaluar más de mil quinientos estudios sobre los riesgos del uso de esos productos, concluyó que es altamente peligroso para distintas especies de abejas.

Como resultado de ese estudio, las autoridades comunitarias europeas, indica el recurrente, dispusieron la prohibición de tres compuestos: clotianidina, thiametoxam e imidacloprid.

El Ministro recurrido manifestó que no procedería a disponer la prohibición solicitada por el recurrentes, hasta tanto la Unión Europea no notificara oficialmente dicha prohibición o bien, cuando exista certeza científica sobre el riesgo de esas sustancias.

La decisión de la Sala Constitucional fue declarar con lugar el recurso, disponiendo que,

"...en el plazo de UN AÑO, contado a partir de la notificación de esta sentencia, en coordinación con el Sistema Fitosanitario del Estado, el Laboratorio de Fitopatología y Biocontroladores de la Escuela de Agronomía del Instituto Tecnológico de Costa Rica y la Facultad de Ciencias Agroalimentarias de la Universidad de Costa Rica, elabore un estudio científico sobre los efectos en la salud, la biodiversidad y el ambiente en Costa Rica del uso de agroquímicos que contengan neonicotinoides. De encontrarse riesgos o daños graves para la salud, la biodiversidad o el ambiente, incluidas las poblaciones de abejas melíferas, deberá adoptar las medidas correspondientes para resguardar esos bienes constitucionales."

En el curso del proceso, la Sala Constitucional solicitó criterio a los referidos órganos administrativos. El primero señaló que no se tiene reporte de efectos adversos por el uso de los agroquímicos indicados, mientras que las entidades universitarias hicieron mención a literatura científica que, en efecto, como argumenta el recurrente, aluden a evidencias de efectos adversos, no sólo en poblaciones de abejas, sino además en seres humanos.

Con sustento en esos señalamientos científicos, la Sala consideró que

"...existen suficientes elementos e indicios en este proceso para tener por acreditada la aducida lesión al ordinal 50, de la Constitución Política, que ha sido planteada por el recurrente en este proceso."

Se indicó, además, que

"...debe recordarse a dicha cartera, la obligatoria aplicación de los principios que rigen la materia ambiental; entre ellos, los principios preventivo y precautorio...De modo tal que no basta con afirmar que, actualmente, no se cuenta con certeza científica para demostrar el daño denunciado por el promovente..."

Aún más, se señala que

"Precisamente, el principio precautorio, contemplado tanto en el ordinal 11, de la Ley de Biodiversidad (No. 7788), como en el principio 15, de la Declaración de Río, aplica cuando existe falta de certeza científica sobre los riesgos y sus impactos, es decir, cuando no existe certeza si una sustancia causa un grave impacto ambiental intolerable, pero existe información suficiente que se ha evaluado y el resultado es la falta de

certeza, como justamente ocurre en este caso de los neonicotinoides. En consecuencia, estima este Tribunal que, en aplicación del principio precautorio vigente en materia ambiental, así como diversos instrumentos internacionales que regulan esta rama ... lo que corresponde en el sub lite es acoger el recurso de amparo incoado, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva de la sentencia”.

Coincidiendo, dicho todo lo anterior, en que en el caso concreto sí resulta de aplicación el Principio precautorio, lo cual es ya un logro, puesto que históricamente la Sala ha confundido ese principio con el preventivo en un sinnúmero de ocasiones.

Lo que no podría asegurarse y habrá que reservar para otra ocasión la explicación amplia de ese criterio, es que lo dispuesto en la parte dispositiva del fallo sea la medida más idónea para el manejo del riesgo ambiental y sanitario, considerando la propia lógica del Principio precautorio que se pretende aplicar.

No obstante, celebro que la Sala vaya comprendiendo mejor el funcionamiento del Principio precautorio y los casos en que realmente resulta aplicable.

3.2. INFORMALISMO EN DENUNCIAS AMBIENTALES

Otro caso que me parece de interés evaluar, se refiere a un recurso de amparo planteado por un ciudadano por cuanto estimó el quebranto del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, debido a que planteó una denuncia a una autoridad del Ministerio de Salud por contaminación a un curso de agua (Quebrada la Danta de Santa Teresa de Cóbano), para lo cual aportó videos y evidenció que existían malos olores.

En su denuncia, el recurrente no precisó responsables, pues desconocía de dónde provenía la contaminación de la quebrada, razón por la cual la autoridad sanitaria dispuso no atenderla al no haberse identificado al responsable.

Al conocer de la demanda por el fondo, para la Sala,

“...no corresponde al administrado investigar quién es el responsable de todas las contaminaciones ambientales que se denuncian, toda vez que ello no es fácilmente identificable en todos los casos y, además, es una obligación de la administración verificar el problema de salud y ambiental

denunciado, y atenderlo, en caso de comprobarlo.” (SSC 02957-2020)

Se entendió, además, que

“...lo importante es que estuviera identificado adecuadamente el lugar de los hechos, tal y como en el caso de marras. Incluso, de no contar los recurridos con los datos suficientes, debió prevenir al denunciante, pero no ignorar la denuncia por una simple formalidad, pues en este caso estaba claramente señalado el lugar objeto de la denuncia, y un eventual daño a la salud y al ambiente no podía quedar sin ser atendido”.

Se consideró, así, que existió un quebranto constitucional por omisión, razón por la cual en la parte dispositiva del fallo se dispuso que los recurridos debían girar

“... las órdenes pertinentes y llevar a cabo todas las actuaciones que estén dentro del ámbito de sus competencias para que, dentro del plazo de 1 mes contado a partir de la notificación de esta sentencia, sea atendida la denuncia interpuesta por el recurrente el 1 de octubre de 2019, y se le notifique al amparado el resultado de la misma”.

Se deja claro en el pronunciamiento, que corresponde a las autoridades competentes actuar ante el reporte de una situación que eventualmente comprometa la salud y el ambiente, aún y cuando la información aportada por el denunciante no sea completa, pero sí suficiente para llevar a cabo una investigación del caso.

El fallo implica un importante precedente, toda vez que afirma el deber del Estado de velar por la eficacia de las garantías fundamentales a la vida, la salud y el ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tesis que también prevaleció en la SSC 03992-2020, en la cual se acoge otra demanda de amparo, en el tanto un municipio no eliminó un vertedero de residuos ilegal, a pesar de que conocía de su existencia, limitándose a girar órdenes al propietario quien nunca las ejecutó.

3.3. INCONSTITUCIONALIDAD DE MODIFICACIÓN DE LÍMITES DE LA RESERVA BIOLÓGICA LOMAS DE BARBUDAL

Interesa referirse ahora, a un fallo de inconstitucionalidad adoptado por la Sala Constitucional con relación a la Ley No. 9610, mediante la cual se dispuso, por voto de mayoría, declarar sin lugar la acción.

El caso se resolvió mediante la SSC No. 13836-2020 desestimando la demanda. Por tratarse de un voto de mayoría (4 votos a favor y 3 en contra), es de especial interés examinar las razones aducidas por quienes optaron por declarar sin lugar la demanda y las de los votos disidentes.

El debate se relaciona con la modificación de los límites de la Reserva Biológica Lomas de Barbudal para el desarrollo de un proyecto de abastecimiento de agua para la cuenca media del río Tempisque y comunidades costeras ubicadas en el norte del país, en la provincia de Guanacaste.

Se considera que la disposición legal quebranta los principios constitucionales de no regresividad en materia ambiental, *in dubio pro natura*, razonabilidad y proporcionalidad, entre otros. Además, se plantea que se produjo un vicio formal en el trámite de la ley.

Interesa resaltar que el ajuste del área protegida se produce con el objetivo de generar un cambio de uso dado que pasará a conformar un embalse requerido para suministro de agua potable, constituyéndose en un humedal administrador por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

Hay que señalar que la zona de Guanacaste, de gran desarrollo turístico, ha sufrido históricamente de escasez de agua potable, lo que ha provocado un desordenado aprovechamiento de las aguas subterráneas, muchas veces amenazadas por procesos de salinización debido a proyectos inmobiliarios costeros que se abastecen de agua mediante pozos.

Para la mayoría de la Sala, una vez examinados los antecedentes de la ley,

"...contrario a lo señalado por los accionantes, se denota que el proyecto de ley no careció de sustento técnico, pues se basa en los resultados de diversos estudios que denotan la necesidad de dotar de agua a esa comunidad, de la limitación de fuentes para su obtención y del estudio "Establecimiento de la línea base de biodiversidad para la Reserva Biológica Lomas de Barbudal y finca adyacente", realizado por la Organización para Estudios Tropicales, a fin de garantizar una debida compensación en la modificación de la categoría de manejo de protección de esa área en particular, fundamentado técnicamente conforme a la metodología optada para su elaboración..."

Además, se estimó que

“durante la tramitación legislativa que se expuso a los legisladores que ese sitio en particular era el único adecuado para realizar el proyecto en cuestión, por lo que, precisamente, partiendo de los impactos que evidentemente tendrá un cambio de hábitat, se diligenció una compensación ambiental de esa zona”.

Se consideró en cuanto a la compensación ambiental sugerida, que

“Según la doctrina, el principio fundamental en el que se basa la compensación ambiental, es que el resarcimiento no sea menor al costo ambiental del impacto que se vaya a producir. Su intención es compensar los servicios ambientales que prestaban los ecosistemas que fueron afectados por el cambio de uso. Para ello no existe una única metodología de medición, y lo más relevante es que deba procurarse maximizar esa ganancia ambiental”.

Otra de las consideraciones para desestimar el alegato de inconstitucionalidad, fue que la ley establece la

“...obligación de realizar un estudio de impacto ambiental, el cual deberá contemplar de previo, todos los impactos y medidas de mitigación que procedan para garantizar que, efectivamente, no sea lesionado el ambiente, así como también, determine que se producirá una compensación, no solo en tamaño, sino de naturaleza ecológica hasta donde razonablemente sea posible en este último supuesto”.

Se estima que esa circunstancia ocasiona que se esté frente a una ley cuya eficacia queda condicionada a que un estudio de impacto ambiental determine si el proyecto se ajusta o no a las exigencias del desarrollo sostenible.

Los votos disidentes de la desestimación de la demanda, por su parte, plantearon distintas razones para ello. Así, los Magistrados Cruz Castro y Leal Rueda, en un mismo voto, plantearon sus razones y la Magistrada Garro Vargas, por su parte, redactó su propio voto salvado.

En el caso de los primeros, estiman que la disposición legal es inconstitucional por quebrantar el Principio precautorio, no regresión en materia ambiental, irreductibilidad y objetivación de la tutela ambiental.

Para ello, plantean como razones de su declaratoria de inconstitucionalidad, el hecho de que conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal, para poder reducir el área de una zona dedicada a objetivos de conservación, es indispensable que se sustente en estudios técnicos, lo que estiman que en el caso concreto se da, pero con un estudio técnico que presenta

“una serie de problemas que saltan a la vista a partir de su simple lectura y que evidencian de manera palmaria el incumplimiento de los requisitos constitucionales que ha establecido este Tribunal para la desafectación de áreas protegidas”.

De esta forma, estiman los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal, que la ley es inconstitucional, toda vez que:

“Por las consideraciones expuestas, se acredita una transgresión al numeral 50 de la Constitución Política, al principio precautorio (por la duda sobre las condiciones reales de la RBLB y de la propuesta de compensación generada por las falencias detectadas en el estudio de la OET, así como la falta de certeza en cuanto a que el ambiente sano y ecológicamente equilibrado no se vea lesionado), al principio de no regresión en material ambiental (al no acreditarse que la compensación propuesta al menos fuera equivalente a la desafectación), al principio de irreductibilidad (al reducirse una reserva biológica sin cumplir los requisitos constitucionales respectivos) y al principio de objetivación de la tutela ambiental (al utilizarse estudios meramente preliminares para sustentar propuestas de compensación y al no estar sustentada la ley cuestionada en estudios técnicos y científicos (previos, suficientes, necesarios e individualizados) que justifiquen la reducción del área protegida)”.

Por su parte, la Magistrada Garro Vargas, en su voto salvado admite la problemática del acceso al agua en la zona implicada, si bien estima que la ley presenta *“...serios vicios de constitucionalidad”*.

En lo fundamental, el voto disidente de la Magistrada Garro Vargas se sustenta en que estima que para la afectación de un área protegida, es preciso llevar a cabo cuatro distintos estudios, los que no se ha dado en el caso concreto, al menos de previo a la ley. Se trata de

“1) el estudio que justifique la desafectación de un área protegida, 2) el estudio de compensación de la desafectación de un área protegida, 3) el estudio de impacto ambiental de un proyecto de infraestructura. Aparte está el estudio de factibilidad de la realización de un proyecto de infraestructura. En el caso de la ley bajo examen, se omitió hacer el primero, se hizo deficientemente el segundo y el tercero está por hacer (según correspondería luego de tener los dos primeros, y de promulgarse la ley). El estudio de factibilidad del proyecto no sustituye en parte ni en su totalidad ninguno de los tres anteriores. Por tal motivo, estimo que llevan razón quienes señalan que la normativa cuestionada resulta inconstitucional por la infracción a los principios precautorio, no regresión en materia ambiental, irreductibilidad y objetivación de la tutela ambiental, que deben regir la toma de decisiones en esta materia”.

El mismo caso fue posteriormente examinado por la misma Sala en la SSC No. 21308-2020, esta vez a propósito de una demanda de inconstitucionalidad planteada por la Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente en contra de la misma Ley, por estimar que lesiona el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la Convención Ramsar, el Convenio de Biodiversidad Biológica y los principios del Derecho Ambiental de no regresividad, precautorio y objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad del bosque.

Al margen de las razones expuestas por quienes desestimaron la demanda y aquellos que la estimaron, el caso deja en clara evidencia un aspecto que no fue advertido ni considerado en ninguna de las dos tesis.

Se trata, precisamente, de la situación que se plantea con relación al recurso hídrico y su aprovechamiento para el suministro de agua potable a la población.

Como se ha mencionado, precisamente en el año 2020 se plasmó como garantía (derecho humano) el acceso al agua potable, dándose el comentado paso de su demanialización, con el objeto de hacer eficaz ese derecho.

No se ha advertido en ninguna de las dos posiciones que en la discusión de fondo subyace un aparente conflicto entre la garantía de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, resguardado por los principios constitucionales cuyo quebranto se alega y el derecho de acceso al agua potable.

En efecto, el trasfondo del caso consiste, precisamente, en un cambio en el uso de una determinada zona destinada a objetivos de conservación ambiental, para destinarla a un proyecto que procura satisfacer el derecho humano de acceso al agua potable.

Nótese que el destino de los terrenos para abastecer con agua potable a una importante zona del país, no fue nunca un hecho controvertido.

Así, al margen de si se presenta o no el alegado quebrando de los principios constitucionales en materia ambiental, a mi juicio también debió plantearse el debate de cuál de las garantías constitucionales debía prevalecer en el caso concreto.

Hurgar en la naturaleza de los estudios técnicos, si son o no de calidad suficiente para que el legislador ejerza su libertad de configuración, es una tarea ajena a la labor del Tribunal constitucional. No así, la de resolver el conflicto de garantías fundamentales que se presentó en el caso concreto, pero que fue lamentablemente ignorado por los juzgadores.

4. BIBLIOGRAFÍA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C No. 214. 24 de agosto de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-23/17, Serie A No.23. 15 de noviembre de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C No. 400. 06 de febrero de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 02957-2020. Costa Rica: 14 de febrero de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 03992-2020. Costa Rica: 28 de febrero de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 03982-2020. Costa Rica: 26 de febrero de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No.13837-2020. Costa Rica: 22 de julio de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 13836-2020. Costa Rica: 22 de julio de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 21308-2020. Costa Rica: 04 de noviembre de 2020.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No.24513-2019. Costa Rica: 06 de diciembre de 2019.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 25241-2019. Costa Rica: 18 de diciembre de 2019.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 17397-2019. Costa Rica: 11 de setiembre de 2019.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 14738-2019. Costa Rica: 09 de agosto de 2019.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 07978-2018. Costa Rica: 18 de mayo de 2018.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 14168-2018. Costa Rica: 31 de agosto de 2018.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 014649-2018. Costa Rica: 07 de setiembre de 2018.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 10540-2013. Costa Rica: 07 de agosto de 2013.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 07497-2011. Costa Rica: 14 de junio de 2011.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 13775-2008. Costa Rica: 09 de setiembre de 2008.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 05606-2006. Costa Rica: 26 de abril de 2006.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 04654-2003. Costa Rica: 27 de mayo de 2003.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 1394-1994. Costa Rica: 16 de marzo de 1994.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 2233-1993. Costa Rica: 28 de mayo de 1993.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 04423 – 1993. Costa Rica: 07 de setiembre de 1993.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 00240 – 1992. Costa Rica: 31 de enero de 1992.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia No. 00048 – 1991. Costa Rica: 04 de enero de 1991.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: ASAMBLEA
GENERAL. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y
Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por
la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). Naciones
Unidas, 16 Diciembre 1966.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.
Presentación inicial del Proyecto de Ley Reforma del Artículo 79 de
la Ley de Conservación de Vida Silvestre de 7 de diciembre de 1992,
Ley para la Prohibición de la importación, el internamiento, la
exportación o el transporte de flora y fauna, sus productos, partes o
derivados, que se encuentren protegidos. Costa Rica: 19 de agosto de
2015.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.
*Ley No. 9849 Reconocer y garantizar el derecho humano de acceso al
agua.* Costa Rica: 5 de junio del 2020.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.
Ley No.7412 Reforma constitucional (artículo 50). Costa Rica: 3 de
junio de 1994.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.
Decreto Legislativo No. 9909 Aprovechamiento sostenible de la pesca
de cantarán en Costa Rica. Costa Rica: 22 octubre de 2020.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Veto sobre el
expediente legislativo 21.478 (Decreto N° 9909), Oficio No. DP-P-
099-2020. Costa Rica: 30 de octubre de 2020.

LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Madrid: Dykinson, 2003.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídica S.A., 2004.