

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI

DIRITTO DELL'AMBIENTE

-

*A Peer-reviewed, Interdisciplinary,  
Open Access Journal of Environmental Law*

**ANNO 2021/NUMERO 2**



**DIRETTORE***Editor-in-chief*

Giampaolo ROSSI

**VICEDIRETTORE***Deputy Editor-in-chief*

Massimo MONTEDURO

**COMITATO DI DIREZIONE***Board of Editors*

Maurizio CAFAGNO, Guido CORSO, Francesco DE LEONARDIS, Andrea FARÌ, Fabrizio FRACCHIA, Emiliano FREDIANI, Fabio GIGLIONI, Stefano GRASSI, Alfredo MOLITERNI, Vera PARISIO, Alessandra PIOGGIA, Mauro RENNA

**RESPONSABILE DI REDAZIONE***Coordinator of Assistant Editors*

Omar HAGI KASSIM

**COMITATO DI REDAZIONE***Assistant Editors*

Angelo BONAITI, Sergio CANDELA, Carla CASANUEVA MURUAIS, Alice DE NUCCIO, Matteo FALCONE, Eugenio FIDELBO, Elisa FIORINI BECKHAUSER, Gregorio FRACCHIA, Francesco GRASSI, Alessandro GRECO, Roberto Franco GRECO, Emanuele GUARNA ASSANTI, Antonio GUSMAI, Silvia LAZZARI, Chiara MARI, Alessio MARTINI, Calogero MICCICHÉ, Antonio MICELLO, Francesco ROSSI, Antonio SAPORITO, Riccardo STUPAZZINI, Elena TASCA, Stefano VACCARI, Marco VENTURA.

**COMITATO INTERNAZIONALE SCIENTIFICO  
E DI REFERAGGIO***International Advisory and Peer Review Board*

Mariagrazia ALABRESE, Marcos ALMEIDA CERREDA (Spagna), Laura AMMANNATI, Annamaria ANGIULI, Marco ANTONIOLI, Francesco ASTONE, Carla BARBATI, Antonio BARONE, Antonio BARTOLINI, Aretta BENEDETTI, María Valeria BERROS (Argentina), Julien BÉTAILLE (Francia), Laura BOURIAUD (Romania), Eugenio BRUTI LIBERATI, Maria Agostina CABIDDU, Giandonato CAGGIANO, Giuseppe CAIA, Vincenzo CAPUTI JAMBRENGHI, † Beniamino CARAVITA, Antonio CARULLO, Giovanni Maria CARUSO, Mauro CATENACCI, Marcello CECCHETTI, Vincenzo CERULLI IRELLI, Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, Gian Domenico COMPORTI, Pedro COSTA GONÇALVES (Portogallo), Alessandro D'ADDA, Domenico D'ORSOGNA, Maria DE BENEDETTO, Gabriella DE GIORGI, Giancandido DE MARTIN, Daria DE PRETIS, Giacinto DELLA CANANEA, Benoît DELAUNAY (Francia), Paolo DELL'ANNO, Giuliana DI FIORE, Giampiero DI PLINIO, † José Manuel DIAZ LEMA (Spagna), Federico DINELLI, Elizabeth DOOLEY (Stati Uniti d'America/Gran Bretagna), Leonardo FERRARA, Giuseppe Franco FERRARI, Gianfrancesco FIDONE, Francesco FONDERICO, Júlio César GARCIA (Brasile), Alberto GERMANÒ, Annalaura GIANNELLI, Guido GRECO, Giuseppe GRISI, Manuel GROS (Francia), Nicola GULLO, Carole HERMON (Francia), Brian JACK (Gran Bretagna), Hope JOHNSON (Australia), Alessandro LOLLI, Fernando LÓPEZ RAMÓN (Spagna), Rowena MAGUIRE (Australia), Giuseppe MANFREDI, Pierluigi MANTINI, Barbara MARCHETTI, Patrizia MARZARO, Luca MEZZETTI, Francesco MIDIRI, Giuseppe MORBIDELLI, Giulio NAPOLITANO, Danilo PAPPANO, Mauro PENNASILICO, Johann-Christian PIELOW (Germania), Aristide POLICE, Pierluigi PORTALURI, Barbara POZZO, Michel PRIEUR (Francia), Anikó RAISZ (Ungheria), Nicoletta RANGONE, Angelo RINELLA, Aldo SANDULLI, Maria Alessandra SANDULLI, Girolamo SCIULLO, Giovanni SERGES, Domenico SORACE, Gabriela STEIER (Stati Uniti d'America), Saverio STICCHI DAMIANI, János Ede SZILÁGYI (Ungheria), Luisa TORCHIA, Aldo TRAVI, Francesco VOLPE, Nathalie WOLFF (Francia), Luo ZHIMIN (Cina), Alberto ZITO

## INDICE

### *Table of contents*

#### EDITORIALE

MASSIMO MONTEDURO, *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale* Pag. 4

#### SAGGI

[sezione monografica sul principio di non regressione in collaborazione con il CIDCE]

MICHEL PRIEUR, *L'émergence du principe de non régression ou l'illustration du rôle de la doctrine dans la création du droit de l'environnement* Pag. 19

SERGIO CANDELA, *Il principio di non regressione ambientale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento* Pag. 30

FREDERIC BOUIN, *Cinq années d'application du principe de non-régression en France* Pag. 72

ALICE DE NUCCIO, *El principio de no regresión ambiental en el Ordenamiento español* Pag. 80

GYULA BÁNDI, *Harnessing the non-retrogression principle for setting environmental thresholds* Pag. 103

LEÏLA CHIKHAOUI-MAHDAOUI, *Le principe de non-régression en droit tunisien de l'environnement* Pag. 134

MARIANNE PULCHERIE SIMEON DONOUMASSOU, *La contribution du principe de non-régression au droit de l'environnement au Bénin* Pag. 174

JOSÉ ANTÔNIO TIETZMANN E SILVA, LUCIANE MARTINS DE ARAÚJO, *O princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental no Brasil* Pag. 193

MIGUEL PATIÑO POSSE, ADA VALENTINA GAVIRIA ERAZO, *El principio de non regressión: la necesidad de proyección de los ods como política ambiental efectiva en Colombia* Pag. 213

RICARDO GOROSITO ZULUAGA, *El Principio de no regresión en el Derecho Ambiental en Uruguay. Antígona en el S. XXI* Pag. 237

ISABEL DE LOS RÍOS, *El principio de irreversibilidad o no regresión de las normas ambientales en el derecho ambiental venezolano especial referencia al derecho ambiental de Venezuela* Pag. 273

MARIO PEÑA CHACON, *El principio de progresividad como contracara del principio de no regresión ambiental* Pag. 292

EDUARDO J. MITRE GUERRA, *El principio de non regresión ambiental en la jurisprudencia sobre áreas protegidas en Panamá* Pag. 345

RAMÓN OJEDA-MESTRE, ANA LAURA SILVA LÓPEZ, *La No regresión o digresión en México* Pag. 364

VICTOR DAVID, *Keeping one's word. The Kanak values behind the introduction of the principle of non-regression in the Loyalty Islands Province Environmental Code* Pag. 396

#### NOTE E COMMENTI

LAURA PERGOLIZZI, *Concessione di incentivi agli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e governo del territorio (Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13462)* Pag. 408

#### OPINIONI E SEGNALAZIONI

LEONARDO FABIO PASTORINO, *La evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: los estándares de la Corte IDH y las concordantes orientaciones de la CSJN a través del caso "Majul"* Pag. 434

ELISA FIORINI BECKHAUSER, *A metamorfose do Direito frente à mudança climática e a contribuição da dimensão ecológica dos direitos humanos* Pag. 462

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *Climate Change and French Way of Participation* Pag. 489

SABRINA PRADUROUX, *Il privato, la proprietà e l'ambiente: spunti di riflessione da un confronto tra il diritto italiano e quello francese* Pag. 520

VERA BILARDO, *Il danno alla biodiversità* Pag. 538

STEFANIA PEDRABISSI, *Il trasporto aereo nazionale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* Pag. 555

MAURIZIO CAFAGNO, *Considerazioni su Silent Spring di Rachel Carson* Pag. 571

**MASSIMO MONTEDURO\***

***Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale***

Questo numero della Rivista, coordinato da chi scrive, ospita nella sua parte monografica (Sezione I) una serie di saggi, provenienti da tredici paesi e tre continenti, tutti dedicati all'emersione nel diritto vivente (tra dottrina e giurisprudenza) e/o all'eventuale esplicitazione nel diritto vigente (embrionale o matura, su base costituzionale, legislativa o sub-legislativa) del *principio di non regressione ambientale*, in ciascuna delle esperienze giuridiche rispettivamente esaminate dagli autori/dalle autrici.

Si tratta di un tentativo – fortemente propugnato da questa Rivista data la sua vocazione e proiezione verso l'internazionalizzazione e l'interdisciplinarietà – che, come tale, non pretende certo di esaurire o di rappresentare in maniera completa il panorama degli studi in corso sul tema a livello globale, sovranazionale e nazionale, essendo le indagini in materia tanto numerose quanto variegate e riferite a diversi ambiti ordinamentali, disciplinari o settoriali.

Lo scopo, più umile ma forse non meno utile, è quello di dare ulteriore impulso a un dibattito sul tema che, svolgendosi trasversalmente in prospettiva transnazionale, possa offrire spunti di riflessione alla comunità accademica e, auspicabilmente, stimolare anche gli studiosi italiani ad approfondire maggiormente la ricerca su tale principio.

In Italia, infatti, ad oggi sono ancora relativamente rari i contributi giuridici che evidenziano la rilevanza del principio di non regressione ambientale<sup>1</sup>: si tratta di un tema pressoché ignorato nei manuali o nei trattati di

---

\* Vicedirettore della RQDA; Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università del Salento; *Correspondant National* per l'Italia del *Centre International de Droit Comparé de l'Environnement - International Center of Comparative Environmental Law* (CIDCE). E-mail: [massimo.monteduro@unisalento.it](mailto:massimo.monteduro@unisalento.it)

<sup>1</sup> Tra i contributi in lingua italiana, sia consentito il rinvio a M. MONTEDURO, *Principi del diritto*

diritto ambientale, e relegato altrove in menzioni parentetiche ed ellittiche.

Il principio di non regressione si caratterizza, innanzitutto, per la sua *crucialità*.

Non occorre infatti spendere troppe parole per ricordare come il momento attuale sia forse quello in cui si percepisce con maggiore acutezza che, a causa del combinarsi di azioni ed inazioni umane egualmente esiziali, la crisi ecologica<sup>2</sup>, attraverso un'eco-distruzione esponenziale<sup>3</sup>, si è aggravata ormai in vera e propria recessione ecologica<sup>4</sup>, dando luogo a un'emergenza<sup>5</sup> talmente grave da aver condotto l'umanità sull'orlo di un precipizio<sup>6</sup>.

Il principio di *non-regressione ambientale*, in questo contesto, dovrebbe rappresentare un presidio basilare ed essenziale, essendo il primo (necessario, anche se di per sé non sufficiente) *antidoto* ordinamentale alla patologica, incontrollata ed impressionante *progressione anti-ambientale* che caratterizza la «Grande Accelerazione» in corso dal secondo dopoguerra ad oggi<sup>7</sup>.

---

*dell'ambiente e conformazione della discrezionalità amministrativa: sviluppo sostenibile e non regressione*, in F. PUBUSA, D. MARONGIU (a cura di), *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende* [Quaderni di diritto e processo amministrativo, vol. 25], ESI, Napoli, 2017, p. 149 ss.; ID., *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 1 ss., spec. p. 37 ss.; di recente, adde L. COLELLA, *Il principio di 'non regressione ambientale' al centro del Global Pact of Environment: il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, n. 2/2019, p. 1 ss.; N. GRANATO, *Il principio di non-regressione come nuova frontiera del diritto dell'ambiente: profili e problemi*, in *GiustAmm.it*, n. 3/2020; per alcuni riferimenti, v. altresì M. CARDUCCI, *Dalla "Carta della Foresta" al "deficit ecologico" del costituzionalismo*, in *Revista catalana de dret públic*, 53 (dicembre 2016), p. 31 ss., spec. p. 33; C. PETTERUTI, *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2019, p. 1113 ss., spec. nota 2 e p. 1135 ss. (l'A., a p. 1137, «pone un problema *de iure condendo* di non regressione della sanzione ambientale non ancora emerso con chiarezza sul piano giuridico ma che da qui a poco potrebbe essere coinvolto in un processo di giuridificazione»); P. BRAMBILLA PIEVANI, *Riflessioni a 'margine'. 'Planet boundaries' e non 'regression' nella giustizia ambientale*, in *GiustAmm.it*, n. 6/2021; M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, p. 281 ss., spec. p. 293 ss.; S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 2/2022, p. 239 ss., spec. p. 256 ss.

<sup>2</sup> Cfr. C. HAMILTON, C. BONNEUIL, F. GEMENNE (eds.), *The Anthropocene and the Global Environmental Crisis: Rethinking Modernity in a New Epoch*, Routledge, London, 2015.

<sup>3</sup> Si v. ad es. W. REES, *Ecological Economics for Humanity's Plague Phase*, in *Ecological Economics*, vol. 169, 2020, article 106519.

<sup>4</sup> Si consenta ancora il rinvio a M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit., *passim*, ed alla bibliografia ivi citata.

<sup>5</sup> O. BARRIERE, *L'urgence écologique, un impératif juridique*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2022 (HS21 - n° spécial), p. 35 ss.

<sup>6</sup> T. ORD, *The Precipice: Existential Risk and the Future of Humanity*, Bloomsbury, London, 2020.

<sup>7</sup> Si veda il citatissimo studio, frutto della collaborazione tra l'International Geosphere-Biosphere

Metaforicamente, il principio di non regressione ambientale dovrebbe dunque fungere da limitatore di velocità (giuridico) del treno (socio-economico) lanciato follemente verso l’impatto (ecologico), per non far aumentare il ritmo della corsa che condurrebbe allo schianto, agendo come un freno di emergenza automatico (internamente e trasversalmente ai vari ordinamenti e livelli dell’ordinamento): il presupposto indefettibile perché – poi – il treno possa innestare una retromarcia, o almeno cambiare decisamente direzione allontanandosi dal rischio di disastro, è che – prima – si arresti la folle corsa del treno sul binario morto verso il baratro.

Perciò, un confronto aperto e plurale sul principio di non regressione ambientale è, sicuramente, una sfida cruciale per i giuristi di ogni parte del mondo: ne è testimonianza la ricca produzione scientifica che, a partire dai lavori ispirati da Michel Prieur, si è sviluppata nella letteratura giuridica in lingua francese, inglese, spagnola, portoghese, alimentando un dibattito attualissimo e tuttora molto vivo<sup>8</sup>.

---

Programme (IGBP) e lo Stockholm Resilience Centre, di W. STEFFEN ET AL., *The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration*, in *The Anthropocene Review*, Vol. 2, Issue 1, 2015, p. 81 ss., il quale mostra come, a partire dal secondo dopoguerra, l’attività umana sia divenuta il motore principale di cambiamento nel Sistema Terrestre (la somma dei processi fisici, chimici, biologici ed umani del nostro pianeta), secondo una serie di 24 indicatori globali che descrivono i principali «socio-economic trends» e i correlati «Earth System trends»; cfr. altresì, in lingua italiana, J.R. MCNEILL, P. ENGELKE, *La Grande accelerazione. Una storia ambientale dell’Antropocene dopo il 1945* (trad. it a cura di C. Veltri, D. Cianfriglia e F. Rossa), Einaudi, Torino, 2018 (l’edizione originale del 2016, *The Great Acceleration: An Environmental History of the Anthropocene Since 1945*, è edita dalla Harvard University Press).

<sup>8</sup> Oltre al seminale volume collettaneo di M. PRIEUR, G. SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l’environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2012, si vedano almeno: M. PEÑA CHACON (ed.), *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*, IUCN, Gland, 2015; M. GIUSTI RIGO, *Meio ambiente igualitário: análise da relação entre a justiça equitativa de Rawls e o princípio da “não-regressão” de Michel Prieur*, in *Revista Eletrônica Direito e Política*, vol. 10, n. 1, 2015, p. 220 ss.; A.M. AMAYA ARIAS, *El principio de no regresión en el derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2016; I. HACHEZ - D. MISONNE, *Simplifier le droit européen de l’environnement: un processus libéré de toute exigence de non-régression?*, in I. DOUSSAN (dir.), *Les futurs du droit de l’environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 135 ss.; L.M. COLLINS, D.R. BOYD, *Non-Regression and the Charter Right to a Healthy Environment*, in *Journal of Environmental Law and Practice*, Vol. 29, 2016, p. 285 ss.; M. PRIEUR, *The principle of non-regression*, in M. FAURE (ed.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Vol. VI, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, p. 251 ss.; ID., *Les progrès du droit de l’environnement*, in *Revue juridique de l’environnement*, n. 4/2021, p. 687 ss.; A.D. MITCHELL, J. MUNRO, *No Retreat: An Emerging Principle of Non-Regression from Environmental Protections in International Investment Law*, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 50, 2019, p. 625 ss.; B.L. RAMACCIOTTI, C.Q. DE SOUZA, L.R.A. DE S. DANTAS, *O princípio da proibição do retrocesso ambiental aplicado às políticas públicas ambientais*, in *REI - Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, n. 2, 2020, p. 685 ss.; L. COLLINS, *Principle of Non-Regression*, in J-F. MORIN, A. ORSINI (eds.), *Essential Concepts of Global*

Va sottolineato un aspetto. Il principio di non regressione rappresenta un principio-*genus*: la *non-regressione*, al singolare, è riferita in generale alla necessità di non retrocedere rispetto al livello complessivo raggiunto nella protezione dei diritti fondamentali<sup>9</sup>. Tuttavia, tale principio-*genus* è

---

*Environmental Governance*, 2<sup>nd</sup> edition, Routledge, London, 2020, p. 205; ID., *The Ecological Constitution: Reframing Environmental Law*, Routledge, London, 2021 (ed ivi il Capitolo 6, intitolato *Precaution and Non-Regression in the Ecological Constitution*); M. VORDERMAYER-RIEMER, *Non-Regression in International Environmental Law: Human Rights Doctrine and the Promises of Comparative International Law*, Intersentia, Cambridge, 2020; N.S. BRYNER, *Never Look Back: Non-Regression in Environmental Law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 43, Issue 3, 2022, p. 556 ss.; D.A. PROCEL CONTRERAS, C.E. VÉLEZ FREIRE, *Principio de no regresión en el derecho Ambiental. Evolución y consolidación en la doctrina ambiental y el derecho interno*, in *Revista Mundo Financiero*, vol. 3, n. 7, 2022, p. 38 ss.

<sup>9</sup> Cfr. di recente V. CHIRDARIS, *The limits of interpretation of the Strasbourg Court and the principle of non-regression* (ed ivi in particolare il § III, intitolato *The principle of non-regression of rights as a special aspect of the principle of the protection of rights and fundamental freedoms*), in *ECHR Case Law*, 19 settembre 2018, link <https://www.echrcaselaw.com/en/echr-decisions/critique/the-limits-of-interpretation-of-the-strasbourg-court-and-the-principle-of-non-regression/>, consultato in data 15 settembre 2021; ampiamente, sul punto, M. VORDERMAYER-RIEMER, *Non-Regression*, cit., in particolare nella Parte I del lavoro, intitolata *Progressivity and Non-Regression in International Human Rights Law: Going up on the Escalator*, p. 33 ss. Cfr. altresì OFFICE OF THE UNITED NATIONS, HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*, United Nations, New York-Geneva, 2005: ivi, a p. 12, si afferma che «*the obligation of progressive realization includes an obligation not to take or permit regressive measures. An economic or social right that cannot be ensured in full must be ensured to the maximum extent possible. This partial realization does not violate the Covenant. But regression from a higher level of enjoyment, partial or full, to a lower level of enjoyment may constitute a violation of the Covenant. Any deliberately regressive measures, such as rescinding legislation affecting the enjoyment of economic, social and cultural rights, can only be justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full utilization of a State's maximum available resources*»; a p. 28, dopo aver premesso che «*the progressive enhancement of domestic legal protections of economic, social and cultural rights should be seen as a component of the progressive realization of these rights [...] regressive measures with respect to domestic legal protections are not permitted except under extreme circumstances*», nel § intitolato «*Avoiding retrogressive measures*», si afferma: «*The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has sought to discourage what it calls "deliberately retrogressive measures" by States parties to the Covenant. It has said that such measures "would need to be justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources". A "retrogressive measure" is one that, directly or indirectly, leads to backward steps being taken with respect to the rights recognized in the Covenant. A deliberately retrogressive measure would be a new law that makes primary education voluntary rather than compulsory, as required by the Covenant, or cuts public expenditure on maternal health care, resulting in considerable increases in maternal and child mortality. The Committee limited its criticism to deliberate measures. This does not restrict the prohibition to measures intended to reduce the level of enjoyment of economic, social and cultural rights. Rather, the prohibition applies to any measure taken consciously that reduces the enjoyment of economic, social and cultural rights, whether or not the regression was an intended and wanted consequence of the measure. States are expected to act with care and deliberation in taking action*



multidimensionale: esso, cioè, si articola in multipli principi-*species*, i quali rispettivamente impongono una serie di diverse *non-regressioni*, al plurale, riferite al divieto di ridurre il livello di tutela di specifiche categorie di diritti fondamentali, di volta in volta di ordine *civile, politico, sociale, ambientale*, etc.

In materia di diritti sociali, ad esempio, il principio di non regressione è ormai ampiamente riconosciuto, consolidato ed applicato, a livello non solo internazionale ma anche europeo<sup>10</sup>.

---

*that might violate human rights, directly or indirectly. The prohibition therefore extends to measures taken negligently that reduce the enjoyment of human rights. A measure that unintentionally reduces the enjoyment of human rights may not itself be a deliberately retrogressive measure. The measure, therefore, would not itself violate the Covenant. However, when the regression becomes apparent, the State is obliged, under its general obligations under the Covenant, to take immediate steps to correct the measure. The obligation of progressively realizing economic, social and cultural rights implies that there should be no regression by act or omission to a lower level of enjoyment of these rights».*

<sup>10</sup> Si vedano sul punto i rilievi di G. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 18 aprile 2016, con riferimento al ruolo svolto, durante le fasi più acute di crisi economica e finanziaria (inclusa quella che ha colpito la Grecia), dal Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) per ottenere il rispetto, la protezione e la realizzazione dei diritti riconosciuti dalla Carta sociale europea (CSE) e dalla Carta sociale europea riveduta (CSER) – sostanzialmente corrispondenti a quelli garantiti dalla Costituzione italiana – da parte degli Stati contraenti. L’A. evidenzia: a p. 7, «il riconoscimento di un vero e proprio principio di non regressione delle tutele, e perciò delle politiche, adottate riguardo ai diritti economici e sociali»; a p. 10, che «il carattere progressivo delle norme a tutela dei diritti economici e sociali – ma anche culturali – non esclude che esse siano dotate di effetti vincolanti [...] da tale obbligo il Comitato ha dedotto, a contrario, il principio di non regressione, che gli consente – tra l’altro – un attento sindacato di ragionevolezza delle misure regressive adottate dagli Stati e sui bilanciamenti effettuati dai medesimi tra le garanzie dei diritti di cui si tratta e altri interessi primari, oltre che con i vincoli finanziari»; a p. 15, che «ciò che emerge con particolare limpidezza dalle conclusioni e dalle decisioni adottate dal CEDS durante la crisi è, in primo luogo, il principio di non regressione, seppure in senso solo relativo e accanto ai più noti principi di non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità». Alle pp. 20-21, nel § 4.1. intitolato «L’importanza del principio di non regressione», l’A. così conclude: «non c’è dubbio, del resto, che, pur non in senso assoluto, dalla CSE e dall’attività del suo organo di controllo, si ricavi un vero e proprio “principio di non regressione”, che impone agli Stati “obblighi negativi” rispetto ai risultati raggiunti. Il CEDS [...] in occasione della crisi si è dimostrato uno dei maggiori teorici di tale principio, ponendosi autorevolmente accanto al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite. È infatti emerso con chiarezza che il principio di non regressione – dedotto a contrario dall’obbligo di aumentare progressivamente la tutela dei diritti riconosciuti dalla Carta, quale si evince non solo dal § 3 dell’art. 12 della stessa, dedicato al diritto alla sicurezza sociale, ma anche, in generale, dal suo Preambolo –, pur non implicando di per sé un divieto per gli Stati di adottare misure regressive di tutela, qualora risultino giustificate dalla penuria delle risorse economiche a disposizione, impone in ogni caso a ciascuno di essi di provare che le decisioni assunte erano necessarie e basate su un esame approfondito delle possibili alternative; e che, pertanto, non si potevano impiegare misure meno afflittive per le parti interessate, soprattutto per quelle più vulnerabili [...] qualora uno Stato parte decida misure regressive nell’ambito del proprio sistema di sicurezza sociale, deve pur sempre dimostrare di non avere alternative meno gravose per raggiungere lo stesso obiettivo di sostenibilità, cui è costretto in un determinato momento di crisi; e nel caso in cui non ci

In materia di diritti politici e civili, di recente, con una sentenza molto importante, la Corte di Giustizia UE ha esplicitamente affermato la sussistenza, nell'ordinamento eurounitario, di un principio di «non regressione del livello di tutela dei valori dell'Unione» enunciati dall'art. 2 TUE<sup>11</sup>, in particolare quelli propri dello «Stato di diritto»<sup>12</sup>.

Non vi è alcun motivo per ritenere che il principio-*genus* di non regressione in relazione al livello di tutela dei diritti umani, così come può pacificamente operare negli ambiti sociale, economico, culturale, civile e politico, non debba allo stesso modo poter operare, a maggior ragione, nell'ambito ambientale. Ciò ancor più nel momento in cui, non solo nel diritto costituzionale comparato ma ormai anche nel diritto internazionale, ci si avvia verso il riconoscimento giuridico dell'esistenza di un «diritto umano

---

riesca [...] o non tenti nemmeno di farlo, com'è accaduto in Grecia a proposito delle misure di austerità [...] esse sono suscettibili di violare la Carta, anche qualora non arrivino ad intaccare il contenuto essenziale del diritto sociale coinvolto. Il CEDS [...] combinando il principio di non regressione con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza [...] ha dunque impedito che la penuria delle risorse economiche, dovuta alla crisi, potesse di per sé giustificare la diminuzione degli standard di tutela dei diritti sociali coinvolti, dai quali dipende notoriamente la preservazione della dignità stessa dei consociati».

<sup>11</sup> Ossia, come recita lo stesso art. 2 TUE, i «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

<sup>12</sup> CGUE, Grande Sezione, 20 aprile 2021, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, in causa C-896/19, punti 62-65: «[...] dall'articolo 2 TUE discende che l'Unione si fonda su valori, quali lo Stato di diritto, che sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata, in particolare, dalla giustizia. Va rilevato, al riguardo, che la fiducia reciproca tra gli Stati membri e, segnatamente, i loro giudici si basa sulla premessa fondamentale secondo cui gli Stati membri condividono una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, come precisato nel suddetto articolo [...] ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'articolo 19 TUE [...] gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici. In tale contesto, la Corte ha già dichiarato, in sostanza, che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni nazionali nell'ambito dell'organizzazione della giustizia tali da costituire una regressione, nello Stato membro interessato, della tutela del valore dello Stato di diritto, in particolare delle garanzie di indipendenza dei giudici». La sentenza ha ricevuto molti commenti, tra i quali v. N. CANZIAN, *Indipendenza dei giudici e divieto di regressione della tutela nella sentenza Repubblica*, in *Quad. cost.*, 3/2021, p. 715 ss.

all'ambiente»<sup>13</sup>.

Il principio di non regressione ambientale, tuttavia, è spesso oggetto di perplessità e scetticismo in quanto pone plurime *criticità*, provocando una serie di obiezioni istintive e, paradossalmente, provenienti da fronti contrapposti.

Vi è, infatti, chi sospetta che esso sarebbe “troppo” e chi, al contrario, “troppo poco”.

Tra le obiezioni del primo tipo, ad esempio, ricorrono talora le seguenti: (i) se il principio di non regressione ambientale venisse riconosciuto, paralizzerebbe le dinamiche socio-economiche o fossilizzerebbe il sistema giuridico; (ii) il principio democratico implicherebbe la possibilità di mutare sempre idea, dunque anche di retrocedere rispetto a scelte normative già assunte; (iii) il principio di non regressione riproporrebbe lo schema uomo aggressore/natura aggredita e, dunque, postulerebbe da un lato una sorta di alterità dicotomica tra sistemi socio-economici e ambiente, dall'altro lato il primato del secondo sui primi, mentre invece, nel prisma dello sviluppo sostenibile, occorrerebbe integrare, temperare, armonizzare e bilanciare le dimensioni ambientale, sociale ed economica, su un piano di equiordinazione reciproca; (iv) la realtà dei fatti dimostrerebbe che un principio di non regressione ambientale sarebbe comunque irrealizzabile sul piano dell'*enforcement*, in quanto lo scoppio ormai sempre più frequente di emergenze (il caso più recente è la gravissima crisi energetica seguita al conflitto bellico determinato dall'invasione dell'Ucraina da parte della Russia) può richiedere misure d'urgenza (es. riaprire provvisoriamente le centrali a carbone, aumentare

---

<sup>13</sup> Cfr. T. SCOVAZZI, *La Corte interamericana dei diritti umani svolge una trattazione sistematica del diritto umano a un ambiente sano*, in *Riv., giur. amb.*, 2019, p. 713 ss.; M. PRIEUR, A.M. MEKOUAR, *A new frontier in human rights law: the proposed third international covenant on the right of human beings to the environment*, in F. SINDICO, S. SWITZER, T. QIN (eds.), *The Transformation of Environmental Law and Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 265 ss.; M. SZABÓ, *Environment, Right to*, in C. BINDER ET AL. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Edward Elgar, Cheltenham, 2022, p. 81 ss. Di storica importanza è, in proposito, la Risoluzione 48/13 adottata dal Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite in data 8 ottobre 2021, <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>, la quale per la prima volta «*recognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right*», seguita poi dalla Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU del 28 luglio 2022 (76<sup>a</sup> Sessione, 76/300) intitolata «*The human right to a clean, healthy and sustainable environment*», <https://digitallibrary.un.org/record/3983329>; v. in proposito M. LIMON, *United Nations Recognition of the Universal Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment: An Eyewitness Account*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)*, Vol. 31, Issue 2, 2022, p. 155 ss.

l'estrazione di combustibili fossili o invertire il processo di riduzione del ricorso all'energia nucleare) che, se non adottate, innescherebbero problemi di tenuta della coesione sociale ed economica.

Tra le obiezioni del secondo tipo, emergono ad esempio le seguenti: (v) l'approccio del principio di non regressione sarebbe troppo "difensivo" o "conservativo", come tale insufficiente per un cambio di paradigma radicale che orienti il diritto all'ecologia, al fine di far fronte in maniera effettiva ai rischi di catastrofe ambientale e scongiurare le minacce esistenziali imminenti; (vi) il principio di non regressione, a dispetto della sua apparente chiarezza, avrebbe comunque un contenuto eccessivamente generico o indeterminato, per la difficoltà di individuare in concreto, e su basi non arbitrarie, di fronte alle fisiologiche variazioni di testi normativi che si verificano costantemente nell'ambito complessivo dell'ordinamento, se e in che senso ciascuna di tali variazioni possa qualificarsi come una regressione, e se basti un grado minimo di regressione o invece occorra che quest'ultima superi una data soglia per essere significativa, e in tal caso in quale modo si potrebbe determinare tale soglia.

Queste differenziate tipologie di obiezioni meritano certamente attenzione, ma vi è da considerare un aspetto: esse muovono da una serie di pregiudizi (nel senso ermeneutico) circa l'ammissibilità, la natura e la portata del principio di non regressione; pregiudizi assunti tacitamente *a priori*, ma non esplicitati né sottoposti a falsificazione *a posteriori*.

Alcune di tali obiezioni – ad es. quelle *sub* (i), (ii) – sembrano infatti postulare che il principio di non regressione abbia necessariamente un carattere assoluto, incondizionato, meccanico.

Altre – ad es. quelle *sub* (iii), (v) – presumono che la non regressione ambientale si ponga in contrapposizione con la necessità di progressione ambientale, o sia di per sé incompatibile con il principio dello sviluppo sostenibile.

Altre ancora – es. quella *sub* (iv) – muovono dall'assunto che il diritto si limiti a riflettere e registrare le tendenze socio-economiche contingenti, e non abbia capacità di indirizzo, orientamento e correzione della rotta di queste ultime.

Altre, infine – es. quella *sub* (vi) –, deducono (con un ragionamento *à rebours* che desta più di una perplessità, quanto meno rispetto alla legge di Hume) l'inammissibilità astratta del principio di non regressione, sul piano del suo riconoscimento giuridico (nell'*an*), da asserite difficoltà concrete/pratiche che potrebbero sorgere sul piano materiale della sua applicazione (nel *quomodo*).

Nessuna di tali obiezioni, singolarmente considerata, appare insuperabile. A parte quelle che, sul piano logico-giuridico, invertono il rapporto tra la sfera del dover-essere e quella dell'essere o pretendono di dedurre la prima dalla seconda, anche le altre obiezioni si espongono a confutazioni.

Tuttavia esse, considerate nel loro complesso, aiutano a illuminare la *complessità* del principio di non regressione, il quale non si presta ad elaborazioni semplificatrici, riduzionistiche, monolitiche, eccessivamente schematiche.

Un primo elemento di complessità si lega alla questione del *grado di rigidità* del principio di non regressione ambientale: può infatti discutersi se esso abbia carattere assoluto o relativo, ossia se ammetta o meno eccezioni. La normazione, la giurisprudenza e la dottrina in materia sembrerebbero inclini a riconoscere un certo margine di flessibilità del principio, rispetto a casi-limite che impongono una previa istruttoria specifica ed una motivazione rigorosa e rafforzata: ad esempio, quando sopravvengano situazioni di emergenza, eccezionali e contingenti, che per gravi motivi imperativi di interesse generale richiedano una regressione temporanea, fermo l'obbligo di non scendere al di sotto di un livello adeguato di tutela dell'ambiente e di tendere, appena possibile, all'elevazione di tale livello riallineandolo quanto meno alla soglia preesistente alla regressione eccezionalmente disposta; o quando avanzamenti tecnoscientifici neutralizzino materialmente in concreto, sul piano ambientale, la perniciosità di una misura giuridicamente regressiva in astratto.

Un secondo elemento di complessità, collegato al precedente, si lega all'*orizzonte temporale* del principio di non regressione. Esso, infatti, potrebbe essere concepito come applicabile – in una modalità per così dire statica e cristallizzante – nel brevissimo-breve termine o, invece – in una modalità dinamica e più elastica sul piano temporale – nel medio-lungo termine. Se inteso nel secondo senso, il principio mostra forti correlazioni con l'idea di un «irreversibile e graduale» processo di «transizione» ecologica verso obiettivi di «neutralità» e «impatto zero»<sup>14</sup>, processo che nel brevissimo-breve termine

---

<sup>14</sup> Uno degli esempi forse più evidenti in questo senso, sul piano dell'*hard law*, è la cd. Legge europea sul clima, ossia il Regolamento (UE) 2021/1119 del 30 giugno 2021, che istituisce il «quadro per il conseguimento della neutralità climatica» per dare attuazione all'Accordo di Parigi. Ivi si assume come esplicito fine quello di «assicurare una *riduzione graduale* delle emissioni di gas a effetto serra nel corso del tempo come anche l'*irreversibilità della transizione verso la neutralità climatica*» (Considerando n. 30); e si sottolinea «la necessità di intensificare rapidamente l'azione per il clima e di continuare la *transizione verso un'economia climaticamente neutra*» (Considerando n. 3), ossia «la *transizione verso un'economia dell'Unione competitiva a impatto climatico zero*» (Considerando n.

potrebbe eventualmente anche tollerare (in prospettiva “micro”) alcune regressioni puntuali, eccezionali e di durata limitata, purché ciò non comprometta (in prospettiva “macro”) l’arresto della regressione nel medio-lungo termine, raggiungendo sia obiettivi intermedi progressivi entro date stabilite, sia e soprattutto l’obiettivo finale di una stabile non-regressione entro una data ultima.

Un terzo elemento di complessità, anch’esso legato ai precedenti, concerne l’approccio *analitico/atomistico* o *sintetico/sistemico* del principio di non regressione. Qualora si privilegi la prima prospettiva, si dovrebbe:

---

18), come «*obiettivo stabile a lungo termine*» (Considerando n. 4). All’art. 1, si stabilisce che «il presente regolamento istituisce un quadro per la *riduzione irreversibile e graduale* delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra dalle fonti e l’aumento degli assorbimenti dai pozzi regolamentati nel diritto dell’Unione. Il presente regolamento stabilisce l’*obiettivo vincolante della neutralità climatica nell’Unione entro il 2050*, in vista dell’*obiettivo a lungo termine relativo alla temperatura di cui all’articolo 2, paragrafo 1, lettera a), dell’accordo di Parigi*, e istituisce un *quadro per progredire* nel perseguimento dell’obiettivo globale di adattamento di cui all’articolo 7 dell’accordo di Parigi. Il presente regolamento stabilisce *anche l’obiettivo vincolante per l’Unione per una riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra da conseguire entro il 2030*». All’art. 2, intitolato «*Obiettivo della neutralità climatica*», si stabilisce che «*l’equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l’Unione dei gas a effetto serra disciplinati dalla normativa unionale è raggiunto nell’Unione al più tardi nel 2050, così da realizzare l’azzeramento delle emissioni nette entro tale data, e successivamente l’Unione mira a conseguire emissioni negative. Le istituzioni competenti dell’Unione e gli Stati membri adottano le misure necessarie, rispettivamente, a livello unionale e nazionale, per consentire il conseguimento collettivo dell’obiettivo della neutralità climatica di cui al paragrafo 1, tenendo conto dell’importanza di promuovere sia l’equità che la solidarietà tra gli Stati membri nonché l’efficienza in termini di costi nel conseguimento di tale obiettivo*». L’art. 4, intitolato «*Traguardi climatici intermedi dell’Unione*» dispone che «*al fine di conseguire l’obiettivo della neutralità climatica di cui all’articolo 2, paragrafo 1, il traguardo vincolante dell’Unione in materia di clima per il 2030 consiste in una riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra (emissioni al netto degli assorbimenti) di almeno il 55 % rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030 [...] Entro il 30 giugno 2021 la Commissione riesamina la pertinente legislazione unionale per conseguire il traguardo di cui al paragrafo 1 del presente articolo, nonché l’obiettivo della neutralità climatica di cui all’articolo 2, paragrafo 1, e considera l’adozione delle misure necessarie, ivi comprese proposte legislative, in conformità dei trattati [...] qualora l’esito previsto non producesse un risultato in linea con il traguardo di cui al paragrafo 1, la Commissione può adottare le misure necessarie, ivi comprese proposte legislative, in conformità dei trattati [...] Ai fini di realizzare l’obiettivo della neutralità climatica indicato all’articolo 2, paragrafo 1, del presente regolamento è fissato un traguardo in materia di clima a livello dell’Unione per il 2040 [...] Entro sei mesi dal secondo bilancio globale, di cui all’articolo 14 dell’accordo di Parigi, la Commissione può proporre di rivedere il traguardo dell’Unione in materia di clima per il 2040 in conformità dell’articolo 11 del presente regolamento [...] Le disposizioni del presente articolo sono oggetto di riesame alla luce degli sviluppi internazionali e degli sforzi intrapresi per realizzare gli obiettivi a lungo termine dell’accordo di Parigi, anche in relazione all’esito delle discussioni internazionali sulle scadenze comuni per i contributi determinati a livello nazionale». Ma non vi è solo il caso della normativa sul clima. Basti solo pensare, sempre per restare al livello UE, agli atti di *soft* e *hard law* che prevedono, ad esempio, obiettivi di «arresto della deforestazione», «interruzione e inversione del processo di perdita della biodiversità», «inquinamento zero», «zero rifiuti», «consumo netto di suolo pari a zero», etc.*

considerare individualmente, all'interno di un unico micro-settore dell'ordinamento, ciascun atto normativo, provvedimento amministrativo, pronuncia giurisprudenziale; in seno a tali atti, valutare le innovazioni apportate da ciascuna nuova regola di condotta dai medesimi veicolata; comparare ogni nuova regola, *uti singula*, con lo *status quo ante* di tutela ambientale raggiunto in precedenza, in quel micro-settore, a livello normativo, amministrativo e giurisprudenziale, per stabilire se la nuova regola determini, o meno, una diminuzione del livello di tutela ambientale pregresso. Qualora si acceda, invece, alla seconda prospettiva, occorrerebbe considerare non un singolo micro-settore, ma una pluralità di ambiti macro-settoriali interconnessi, in una logica sistematica ordinamentale; anziché focalizzarsi solo su singoli atti giuridici o singole regole di condotta, le innovazioni (normative, amministrative, giurisprudenziali) dovrebbero essere valutate *uti sociae* rispetto a gruppi, insiemi, plessi di atti e di regole; in tale approccio sintetico e sistematico, potrebbe darsi che una regressione relativa a un singolo ambito settoriale, apportata da singoli atti e regole, sia tuttavia controbilanciata e compensata da una progressione relativa ad altri ambiti settoriali, apportata da diversi atti e regole, realizzandosi così una non-regressione in termini complessivi e globali. Si noti che questo secondo tipo di approccio sembra in parte caratterizzare, ad esempio, i concetti di «ecosostenibilità» e «non arrecare un danno significativo» (DNSH,

nell'acronimo inglese)<sup>15</sup> nonché quello di «*guadagno netto*»<sup>16</sup>, di recente

---

<sup>15</sup> Si consideri sul punto il Regolamento (UE) 2020/852 sulla cd. tassonomia verde, il quale, in seno al *Green Deal* UE, ha introdotto per la prima volta in maniera organica il concetto di «ecosostenibilità». Pur gemmando dal concetto più classico, generico e lato, di sostenibilità, rispetto a quest'ultima la eco-sostenibilità appare in grado di autonomizzarsi giuridicamente perché assume contorni più precisi, stretti e definiti, con gli interessi ambientali che dominano la scena. La eco-sostenibilità, infatti, è connotata dal riferimento esclusivo a sei «obiettivi ambientali»: (i) la mitigazione dei cambiamenti climatici; (ii) l'adattamento ai cambiamenti climatici; (iii) l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; (iv) la transizione verso un'economia circolare; (v) la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; (vi) la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi. In relazione a tali obiettivi ambientali, la ecosostenibilità richiede la sussistenza contemporanea e necessaria di tre condizioni (in disparte una quarta condizione, rappresentata dalla soggezione al rispetto dei criteri di vaglio tecnico stabiliti dalla Commissione UE), vale a dire: [1] in positivo, un'attività economica è ecosostenibile se «contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali»; [2] in negativo, quell'attività economica è ecosostenibile se «non arreca un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali», ed è questo in particolare il principio «non arrecare un danno significativo», o DNSH nell'acronimo inglese; [3] sempre in negativo, infine, la stessa attività economica è ecosostenibile se non scende al di sotto di un'asticella 'sociale' rappresentata da «garanzie minime di salvaguardia» rispetto alla tutela dei diritti umani e di diritti dei lavoratori. La logica della ecosostenibilità è efficacemente espressa nel Considerando n. 4 del citato Regolamento UE sulla tassonomia verde, laddove si afferma che «un'attività economica non dovrebbe essere considerata ecosostenibile se arreca all'ambiente più danni che benefici». Quindi, l'ecosostenibilità implica necessariamente una valutazione globale e sintetica di quello che potremmo chiamare l'*effetto ambientale netto* di una data attività, di talché: l'*effetto netto negativo*, in cui l'ambiente (*rectius*, il sistema dei sei «obiettivi ambientali» considerati nel loro complesso) riceve più danni che benefici, *esclude l'ecosostenibilità*; di contro, l'*effetto netto positivo*, in cui l'ambiente complessivamente riceve più benefici che danni, *integra l'ecosostenibilità*. Circa il principio DNSH, quale componente "negativa" del concetto di ecosostenibilità, l'art. 17 del Regolamento (UE) 2020/852 afferma che si configura un «danno significativo: a) alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se l'attività conduce a significative emissioni di gas a effetto serra; b) all'adattamento ai cambiamenti climatici, se l'attività conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; c) all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, se l'attività nuoce: i) al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee; o ii) al buono stato ecologico delle acque marine; d) all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se: i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti; ii) l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente; e) alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento, se l'attività comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio; o f) alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, se l'attività: i) nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi; o ii) nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelli di interesse per l'Unione». L'effetto netto "zero" (*zero net* o *no net loss*), per attività complessivamente



espressamente riconosciuti a livello europeo; questi ultimi, pertanto, potrebbero essere ritenuti applicazioni o *species* del principio di non regressione ambientale inteso in senso sintetico/sistemico.

Ulteriori elementi di complessità del principio di non regressione riguardano, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- il suo *rapporto con altri principi del diritto ambientale*, quali ad es.: la progressione (che non è affatto incompatibile con la non-regressione, ma anzi la comprende e la esige logicamente in sé, come il più implica il meno); la precauzione (che integra la non-regressione in situazioni di incertezza scientifica e la tempera con il principio di proporzionalità); lo sviluppo sostenibile a seconda (data la sua nota plurivocità) di come esso venga inteso, etc.;

- il *livello di codificazione necessario* per consentire di ritenere pienamente giuridificato il principio di non regressione, sul punto potendosi discutere se sia indispensabile o meno una solenne formulazione esplicita, di portata generale e omnicomprendente, in atti vincolanti a livello internazionale, o eurounitario, o costituzionale, o legislativo;

- la *referibilità della non-regressione a parametri ed indicatori di raffronto sostanziali/scientifici, di natura ecologica, o formali/legali, di natura giuridica, o misti* (chi scrive, ad esempio, ha proposto un'interpretazione del principio di non regressione ambientale nel primo senso, collegandolo all'interesse a scongiurare, in condizioni di resilienza critica valutabili scientificamente, il collasso di sistemi ecologici, quale interesse pubblico super-

---

“neutrali” sul piano ambientale – per le quali, cioè, cioè, i danni e i benefici che esse cagionano all'ambiente finiscano per equivalersi – supera pertanto la soglia “negativa” del principio DNSH perché non reca, nel complesso, un danno significativo all'ambiente, mentre non è chiaro se possa integrare anche la piena ecosostenibilità nella sua dimensione “positiva”. In dottrina, v. F. SPERA, *Da valutazione “non arrecare un danno significativo” a “principio DNSH”: la codificazione di un nuovo principio europeo e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro*, in *I Post di AISDUE, IV - Sezione “Atti convegni AISDUE”*, n. 34/2022, 11 settembre 2022; A.S. BRUNO, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNHS) davanti alle sfide territoriali*, in *Federalismi.it*, n. 8/2022, 14 marzo 2022; F.V. DAVILA, *¿Cómo cumplir con la evaluación del principio DNSH? Un tema clave en la contratación pública Next Generation EU*, in *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 21/2021, p. 5 ss.; R. ROTA, *Riflessioni sul principio “Do No Significant Harm” per le valutazioni di ecosostenibilità: prolegomeni per un nuovo diritto climatico-ambientale*, in *Astrid Rassegna*, 14 giugno 2021.

<sup>16</sup> Con riferimento alla biodiversità, il *Green Deal* UE impone il criterio del «*guadagno netto*»: come si legge nella Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 (COM/2020/380 final), si tratta di «*restituire alla natura più di quanto le [si] sottrae*».

primario non bilanciabile<sup>17</sup>).

Il “cantiere aperto” della non-regressione, come emerge da queste minime annotazioni, esige che il dibattito tra i giuristi cresca ancora, per acquisire una pluralità di apporti, di critica e di proposta, e che esso si estenda sempre più anche al nostro Paese. Da ciò l’auspicio e il tentativo di stimolare la discussione offrendo i contributi di cui alla Sezione I di questo Fascicolo.

Non sarebbe stato possibile realizzare questo numero senza la preziosa e indispensabile collaborazione tra la Rivista e il *Centre International de Droit Comparé de l’Environnement – International Center of Comparative Environmental Law* (CIDCE), presieduto dal Prof. Michel Prieur, pioniere e principale alfiere a livello mondiale del principio di non regressione ambientale, il quale ci ha onorato anche del suo articolo di apertura.

Gli autori e le autrici dei saggi ospitati nella Sezione I, infatti, hanno risposto a un invito a presentare contributi lanciato dal CIDCE a livello internazionale, tramite i suoi organi e la sua rete di *national focal points*<sup>18</sup>.

L’intera Direzione della Rivista ringrazia sentitamente il Prof. Prieur e tutti i componenti del CIDCE: la *partnership* scientifica tra quest’ultimo e la RQDA è destinata a proseguire ed a rafforzarsi nel futuro, nel segno della massima apertura della Rivista alla fruizione e alla partecipazione attiva di studiosi da ogni parte del mondo.

Un ringraziamento va anche alla Editoriale Scientifica, che come nuovo Editore accompagnerà la Rivista nel suo percorso da questo numero in poi, così come al precedente Editore, Giappichelli, che ha consentito alla Rivista di nascere e di affermarsi.

---

<sup>17</sup> M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell’era della recessione ecologica*, cit., spec. p. 69 ss. Si noti che a livello europeo sono stati elaborati vari sistemi di indicatori, aggregati e sintetici, seppur non direttamente riferiti al principio di non regressione, ad esempio rispetto alla stima della resilienza, o dell’andamento delle transizioni: cfr., per la misurazione della resilienza, i «The Resilience Dashboards» della Commissione UE, consultabili al link [https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/strategic-foresight/2020-strategic-foresight-report/resilience-dashboards\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/strategic-foresight/2020-strategic-foresight-report/resilience-dashboards_en); e, per la misurazione dell’andamento delle transizioni, COMMISSIONE EUROPEA – DIREZIONE GENERALE DELLA RICERCA E DELL’INNOVAZIONE, S. PREVOST ET AL., *Transitions Performance Index 2021: Towards Fair and Prosperous Sustainability*, Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea, Bruxelles, 2022, consultabile al link <https://data.europa.eu/doi/10.2777/09602>. Per gli indicatori giuridici di effettività del diritto ambientale, è fondamentale il riferimento a M. PRIEUR, C. BASTIN (avec la collaboration de A.M. MEKOUAR), *Mesurer l’effectivité du droit de l’environnement : des indicateurs juridiques au service du développement durable*, Chaire Normandie pour la Paix – Peter Lang, Bruxelles, 2021.

<sup>18</sup> Consultabile al link <https://cidce.org/en/national-focal-points/>.

## **SAGGI**

[sezione monografica sul principio di non regressione  
in collaborazione con il CIDCE]

**MICHEL PRIEUR\***

***L'émergence du principe de non régression ou l'illustration du rôle de la doctrine dans la création du droit de l'environnement\*\****

**SOMMAIRE:** 1. *Introduction.* – 2. *De Zaragoza à Rio via Limoges et Strasbourg.* – 3. *De Brasilia à Rio via Lyon et New York.* – 4. *La prep-com les 13-15 juin 2012 à Rio.* – 5. *La négociation finale sans les ONG entre les mains du Brésil.* – 6. *Conclusion.*

*1. Introduction*

L'histoire dira si le dernier né des grands principes du droit de l'environnement aura le sort du principe de précaution, à savoir : être tellement fondamental pour l'avenir de l'humanité qu'il devient la bête noire des productivistes et des fous d'un progrès sans limites, qui n'ont de cesse, depuis la consécration juridique de ces deux principes phares, de chercher à les faire abroger. Plus un principe fondamental est attaqué par les milieux industriels les plus rétrogrades, plus on doit considérer que ce principe est essentiel pour la survie du droit de l'environnement.

L'histoire générale du principe de non régression comme contribution de la doctrine aux progrès du droit de l'environnement a été présentée lors du colloque de la SFDE à Limoges le 18 novembre 2016<sup>1</sup>. La doctrine peut être à l'origine de principes juridiques nouveaux à la condition de s'appuyer sur une réflexion théorique accompagnée d'un matraquage et d'une communication permanente. Le marketing juridique est désormais nécessaire pour faire émerger des idées nouvelles du fait de la mondialisation de l'environnement et du rôle croissant des réseaux sociaux.

Le lancement du principe de non régression au niveau international est étroitement lié au processus de la conférence de Rio +20. Il est aussi le fruit d'une relation privilégiée de l'auteur avec le Brésil. Le moteur institutionnel de la naissance du principe est une ONG internationale dont le siège est à Limoges : le

---

\* Professeur émérite à l'Université de Limoges, directeur scientifique du CRIDEAU, président du centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE)

\*\* Texte repris d'une contribution de l'auteur dans «Un patrimoine vivant entre nature et culture, Mélanges en l'honneur de Jérôme Fromageau», Mare et Martin, 2019.

<sup>1</sup> M. PRIEUR, *Une vraie fausse création juridique: le principe de non régression*, RJE, 2017, numéro spécial; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, p. 183 à 233.

centre international de droit comparé de l'environnement, réseau mondial de juristes en droit de l'environnement ([www.cidce.org](http://www.cidce.org)).

## 2. De Zaragoza à Rio via Limoges et Strasbourg

Le principe de non régression a été enfanté lors de la remise du doctorat honoris causa à Zaragoza (Espagne) le 21 juin 2010<sup>2</sup>. Il a été largement inspiré par la thèse d'isabelle Hachez<sup>3</sup>. Puis Sandrine Bélier, jeune et brillante juriste de l'environnement devenue députée écologiste au Parlement européen a réussi la prouesse de faire insérer dans la résolution du Parlement européen préparatoire à la conférence de Rio + 20 un paragraphe réclamant l'adoption à Rio du principe de non régression: «demande que le principe de non régression soit reconnu dans le contexte de la protection de l'environnement et des droits fondamentaux»<sup>4</sup>. Dans le même temps se tenait à Limoges un grand colloque international préparatoire à RIO + 20: la réunion mondiale des juristes de l'environnement. La recommandation n°1 adoptée le 1<sup>o</sup> octobre 2011 fut consacrée à justifier l'adoption du nouveau principe. Cette recommandation fut alors traduite en anglais et en espagnol. Largement diffusée elle servit de base aux propositions du CIDCE adressées le 1<sup>o</sup> novembre 2011 au comité préparatoire de la conférence de Rio +20 à New York ainsi qu'à Brice Lalonde secrétaire exécutif de la conférence. Le fondement scientifique international et comparé de la non régression avait fait auparavant l'objet d'un ouvrage collectif publié en avril 2011<sup>5</sup>. Le miracle des relations internationales et des réseaux fit que l'idée de non régression avait déjà fait l'objet d'une présentation lors d'un colloque organisé au Brésil à RIO par le CIDCE en partenariat avec la fondation Getulio Vargas les 24 et 25 juin 2011. Lors de ce colloque l'urgente nécessité de reconnaître le principe de non régression fut mise en avant<sup>6</sup>. Il s'en est suivi, grâce aux interventions du juge Antonio Benjamin, que le rapport officiel du gouvernement

---

<sup>2</sup> M. PRIEUR, *Le nouveau principe de non régression en droit de l'environnement, Acto de investidura del grado de doctor honoris causa*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, p.123.

<sup>3</sup> ISABELLE HACHEZ, *Le principe de standstill dans les droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>4</sup> Résolution du Parlement européen du 29 septembre 2011 par. 97.

<sup>5</sup> M. PRIEUR ET G. SOZZO, *Le principe de non régression en droit de l'environnement*, ed. Bruylant, 2011.

<sup>6</sup> Publié au Brésil dans «A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentavel : a governança dos atores publicos e privados » FGV direito Rio, 2011 p. 249.

brésilien adressé à l'ONU pour la préparation de Rio +20 fut le seul à réclamer dès le 1<sup>o</sup> novembre 2011 la nécessité d'introduire la non régression en matière d'environnement. Ceci explique la volonté des diplomates brésiliens de réintroduire la non régression dans le texte final de juin 2012.

### 3. De Brasilia à Rio via Lyon et New York

La première version officielle émanant du secrétariat à New York le 10 janvier 2012 devait refléter les propositions des Etats et des ONG. Le paragraphe 7 introduisait implicitement la non régression en reconnaissant à la fois qu'il y a eu dans le passé des reculs (*there has been setbacks*) tout en réaffirmant l'engagement de progresser (*we reaffirm our commitment to advance progress in implementation of the Rio declaration...*). Les négociations à New York sur le projet de texte furent suivies de mars à juin pour le CIDCE d'abord par Geoff Garver un jeune juriste américain rencontré peu auparavant au Canada puis par moi-même. Nous eûmes la chance de faire partie des auteurs d'un ouvrage patronné par les Nations Unies et publié avant l'ouverture de la Conférence RIO +20 en juin 2012 dans lequel nous écrivîmes en anglais un court article percutant et mobilisant: «*Non regression in environmental protection: a new tool for implementing the Rio principles*»<sup>7</sup>. Cette publication venait renforcer la communication déjà entreprise avec le lancement d'une pétition internationale en ligne réclamant l'adoption du principe de non régression, en français, anglais, espagnol, portugais, russe et arabe. Cette pétition recueillit 1500 signatures.

Grâce au CIDCE et au professeur Stéphane Doumbé-Billé, l'appel à l'action lancé par l'organisation internationale de la Francophonie (OIF) à Lyon le 13 février 2012 invite la communauté internationale à adopter à Rio le principe de non régression.

Avant de rejoindre New York, des conférences au Brésil mobilisèrent fortement la communauté juridique environnementale locale: le 29 mars 2012 au sénat fédéral brésilien à Brasilia avec le juge Antonio Benjamin et le sénateur Rollemberg président de la commission de l'environnement<sup>8</sup>; à Sao Luis avec

---

<sup>7</sup> By G. GARVER and M. PRIEUR, in *Future perfect, RIO + 20, UN conference on sustainable development*, Leicester, England, Tudor Rose, 2012, p. 30

<sup>8</sup> Publié en portugais avec l'aide de Jose Antonio Tietzmann «O principio da proibição de retrocesso ambiental», Sénat fédéral, 2012.

l'ordre des avocats du Brésil le 2 avril 2012 et à l'université d'Itajaí (Santa Caterina) le 9 avril 2012.

Les négociations sur le texte à New York firent peu à peu une place à l'idée de non régression appuyée par le G 77 mais rencontrant une farouche opposition des Etats Unis, du Canada, du Japon, de l'Union européenne et curieusement aussi de la Suisse qui avait pourtant été approchée et motivée par moi-même à New York. Le G 77 réussit à introduire au paragraphe 10bis: «*we recognize the need to avoid backtracking on previously undertaken international commitments*». Le 4 mai 2012 à 16h un amendement ajoute le mot "principe de non regression" à propos des progrès depuis 20 ans «*...in accordance with the principle of non regression according to international law*». Le G 77 étant allé trop loin en se référant au droit international existant, il ne fut pas difficile aux négociateurs américains de plaider: ce principe n'existe pas en droit positif. Aussi l'amendement fut retiré. C'était reculer pour mieux sauter. Le 31 mai 2012 à 21H16 le G 77 revient à la charge et propose ce qui sera finalement adopté à quelques nuances près de vocabulaire: «*We acknowledge that since 1992 there have been area of insufficient progress and setback in the integration of the three dimensions of sustainable development... and in this regard it is critical that we observe the principle of non regression*» (paragraphe 19). C'est cette formulation qui va aller de New York à Rio pour la prep.com.

L'essentiel des arguments des Etats Unis et de l'Union européenne était que ce principe n'existe pas en droit international, ce qui est exact mais c'est la raison pour laquelle on voulait l'introduire pour progresser dans la protection de l'environnement. De plus le concept de non régression trouvant son origine dans les droits de l'homme, les Etats Unis ne voulaient pas ce rattachement de l'environnement aux droits de l'homme. Ils acceptent l'idée de progrès, mais parler de non régression leur paraît lier les mains du Congrès et du président. Enfin les opposants au principe de non régression, tous des Etats développés, considèrent que l'insistance du G77 en faveur de ce principe est une manœuvre politique pour cacher le principe de responsabilité commune mais différenciée que le G 77 cherche à étendre à tout prix. La non régression faciliterait la mise en œuvre de la responsabilité commune mais différenciée. Finalement en distribuant aux délégués des tracts du CIDCE qui résument en une page l'intérêt de la non régression et en laissant trainer ces tracts sur les tables, on a quand même réussi à convaincre le G 77 et... le délégué du Saint Siège. De façon étonnante on a eu beaucoup de mal à convaincre le major group des ONG d'environnement de

l'intérêt de la non régression. Les major group préparant un texte commun, le CIDCE réussit à y faire inscrire la non régression parmi les 5 priorités des ONG garantissant le développement durable. Mais le 1<sup>o</sup> juin 2012, chaque major group préférant faire bande à part, le texte commun échoua. De ce fait la non régression disparaissait des demandes de la société civile.

Deux événements allaient contribuer néanmoins à sauver la non régression de l'échec :

- Le 23 mai 2013 la publication dans «La Ley» d'Argentine d'un supplément sur le droit de l'environnement avec un article écrit par le groupe de chercheurs du programme Eco-Sud entre Limoges et Santa Fe sur «adoptar el principio de no regression del derecho ambiental global: un desafio central para Rio + 20».

- Le 12 juin 2012 le secrétaire général chinois de la conférence Rio + 20 MR Sha Zukang donna une interview dans le journal brésilien «Globo» où il reconnaissait que le monde a régressé dans la conservation de l'environnement depuis 1992 et qu'il était nécessaire non pas de modifier les principes adoptés en 1992, mais d'adopter de nouveaux principes pour faire face à cette régression. Cette prise de position officielle venant d'un Etat du groupe G 77 était encourageante mais la négociation continuait.

#### *4. La prep-com les 13-15 juin 2012 à Rio*

Le 14 juin lors du réexamen du paragraphe 19 à 15h, sans traduction dans la salle, le Canada, les Etats Unis et l'Union européenne reviennent à la charge en expliquant que la non régression n'est pas un vocabulaire utilisé par les Nations Unies et que ce n'est pas un principe de droit international. La réponse du G 77 est cinglante et inspirée par les argumentaires du CIDCE : comment se fait-il que l'Union européenne s'oppose au principe de non régression alors que le Parlement européen dans sa résolution adoptée à l'unanimité le 22 septembre 2011 réclamait l'introduction de ce principe? Embarrassé, le représentant de l'Union européenne déclare par une pirouette que reconnaître un principe signifie qu'il n'existe pas encore et qu'on pourrait le mettre dans un autre paragraphe... Le président considérant que ce n'est pas encore assez clair et le G 77 proposant de partager avec les délégués toutes les références dont il dispose sur le concept de non régression (c'est-à-dire nos argumentaires), il est décidé de laisser le paragraphe en l'état et de ne pas le supprimer.



Le même jour le groupe des ONG a pu rencontrer le bureau de la conférence à 18h30 à l'occasion d'un « dialogue interactif ». C'était le test de la réalité pratique du principe de participation de la société civile aux négociations internationales. Les deux minutes de parole accordées aux ONG ont été entièrement consacrées au principe de non régression. Enfin les ONG avaient mesuré l'enjeu. Grâce à Geoff Garver un texte a été remis au bureau pour qu'il soit transmis aux négociateurs:

*«We remain strongly committed to the principle of non-regression and support the bracketed language in para. 19 on this critical concept. Given the growing global ecological crisis, the outcome document must recognize the need to prevent backsliding on environmental protection and sustainable development. We urge States which oppose the current text on non-regression to seriously reconsider their opposition or to propose constructive alternative. We must not squander this opportunity for damage control.*

*The following are a few examples where we see regression on language from prior international agreements:*

- *On the text referring to health, the Beijing plan of actions and the “convention on the elimination of all forms of discrimination against women” refers to rights, whereas now the language is being replaced by access to services. Rights language must return.*

- *We remain concerned that the debate on access to information, public participation and access to justice is unresolved as para. 68 and 93 ter are weaker than the Rio 1992 outcome. We urge States to commit to progress.*

- *There is a growing fear that negotiations are backsliding on numerous principles and ambitions, while crisis are increasing by the day.*

- *The first ground breaking report of the Club of Rome (and later many others) emphasized that there are limits to growth. This reality must be acknowledged and reflected in the text by replacing “economic growth” with “economic prosperity”.*

- *The protracted nature of the negotiations calls into questions the very purpose of this conference. How can we “achieve international cooperation in solving international problems” as per the UN Charter, when negotiations are being driven by loyalties that do not extend beyond the nation state? The urgency of these matters must be reflected in the negotiations. In short, Rio + 20 must build on agreed principles: there must be no regression!».*

Lors de cette même rencontre avec le bureau, le CIDCE avait déposé une question écrite qui devait être lue et à laquelle le bureau devait répondre. J'ai eu le droit de poser la question, mais le bureau étant arrivé en retard, on ne m'a pas donné la parole pour la poser... Parfois c'est dur de tout organiser pour arriver au but et de se heurter à des aléas en constatant concrètement les limites de la participation aux négociations internationales. Il faut du temps et de la patience pour pouvoir participer! La question a été remise par écrit :

«La réaffirmation des principes de Rio 1992 au para. 14 et la volonté de les mettre en œuvre au para. 69 entraîne –t-elle la volonté de ne plus adopter des mesures internationales ou nationales régressives qui font reculer la protection de l'environnement? Pourquoi la non régression des mesures environnementales n'est pas considérée comme une condition indispensable aux progrès du développement durable?».

Deux médias s'emparent du principe de non régression: «Libération» dans un article de Eliane Patriarca le 15 juin et «Globo» lors d'une interview de Mme Gro Harlem Brundtland, ex premier ministre de Norvège et auteur du fameux rapport «notre avenir à tous» de 1987 qui déclare: «nous ne devons pas régresser dans la voie du développement durable». Le rapport final de Rio + 20 s'inspirera du titre du rapport de Mme Brundtland en s'intitulant: «l'avenir que nous voulons».

Lors du colloque des juges à la Cour suprême de Rio de Janeiro le 16 juin 2012 en présence du responsable américain de l'Environmental protection Agency (EPA), je fis le discours final en anglais consacré au principe de non régression suivi de la distribution du livre édité par le Sénat brésilien mentionné plus haut. La 17 juin 2012 lors des conclusions de la rencontre internationale des juristes de l'environnement organisée au jardin botanique de Rio par le CIDCE<sup>9</sup>, une déclaration fut transmise aux journalistes et diffusée sur Mediaterrre grâce à Christian Brodhag:

«- Regrettant l'insuffisance des résultats de la conférence des Nations Unies sur le développement durable de Rio 2012, qui pour l'essentiel se contente de reprendre les principes déjà affirmés à la conférence de Rio en 1992

---

<sup>9</sup> Voir *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável, legal instruments for the implementation of sustainable development*, préface M. Prieur, CIDCE, FGV, direito, Rio +20 et PUC Goiás, 2 Vol. 2012, editora de PUC, Goiás, Goiania.

- Prenant acte cependant que cette confirmation consacre les acquis environnementaux de Rio 1992, en leur donnant un caractère coutumier au sens du droit international, empêchant désormais toute régression». On voulait continuer à y croire.

##### *5. La négociation finale sans les ONG entre les mains du Brésil*

Du 16 au 19 juin 2012 le Brésil a été le maître des négociations pour terminer dans la nuit du 18 au 19 juin. Le paragraphe 19 était devenu le paragraphe 20. Le Brésil dit qu'une délégation (les Etats Unis) n'acceptait pas le terme «no regression» parce que cela avait une connotation trop juridique, aussi a-t-il proposé l'expression «no backtrack». Les Etats unis refusèrent aussi «backtrack» parce que c'était trop informel...Le Canada refusa également «backtrack». Mais la Suisse, le Japon et l'Union européenne se rallièrent à la proposition brésilienne. Le G 77 a estimé: «*we keep watering the language down*». Il a souligné qu'on était parti d'un «principe», puis on a supprimé «no regression», et introduit «backtrack». On ne pouvait pas aller plus loin dans le refus des reculs. Il était temps d'accepter le compromis proposé par le Brésil. Finalement le Brésil imposa: «*we do not backtrack from our commitment*».

Le texte fut approuvé par acclamation à la clôture officielle de la conférence le 22 juin après-midi. La conférence des chefs d'Etat du 20 au 22 juin n'a donné lieu à aucune discussion mais à une série de monologues de chaque Etat vantant chacun ses mérites en matière d'environnement. Le président provisoire de la Tunisie devait parler de la non régression car son discours avait été préparé par une de mes anciennes étudiantes Tunisienne. Héla il fut empêché et remplacé par la ministre des affaires étrangères voilée qui n'a parlé ni de non régression, ni d'environnement, mais seulement d'économie verte et d'énergie renouvelable.

La présidente du Brésil Dilma Rousseff termina son discours du 20 juin à 16h50 en déclarant: «*not any setback to our commitments already approved*».

Le Brésil a vraiment contribué activement à la reconnaissance internationale du principe de non régression environnementale.

## 6. Conclusion

En définitive le texte adopté dans «L'avenir que nous voulons» confirme que la communauté internationale décide de poursuivre la mise en œuvre de ses engagements précédents, c'est la reconnaissance des acquis environnementaux. De plus, de façon plus formelle, le paragraphe 20 déclare: «*it is critical that we do not backtrack from our commitments to the outcome of the earth summit*» «il est essentiel de ne pas revenir sur les engagements souscrits lors de la conférence de 1992». Pour me rassurer j'ai demandé aux interprètes officielles de l'ONU si on pouvait traduire «*backtrack*» par «régression», ils ont tous dit que oui. Dommage que le traducteur du para.20 n'ait pas osé «non régression».

La non régression c'est la protection des générations futures. En matière de protection de l'environnement notre devoir est de protéger les générations futures contre des régressions dont elles seraient victimes. La plus insupportable des tyrannies serait de faire marche arrière et de livrer nos descendants aux conséquences nuisibles pour leur santé d'une régression des mesures protectrices de l'environnement. Les risques de radiations ionisantes que nous faisons courir aux générations futures avec nos centrales nucléaires et nos déchets radioactifs sont un cadeau empoisonné que nous leur faisons. Nous sommes responsables de leur futur.

Il est de notre responsabilité morale de mettre fin d'urgence aux activités nucléaires civiles comme militaires qui auront des effets sanitaires graves sur nos descendants. Sauver l'humanité aujourd'hui, c'est en même temps sauver la planète terre pour demain.

Si la loi française sur la biodiversité de 2016 a reconnu le principe de non régression, ce qui est un progrès considérable, il faut une étape de plus au niveau constitutionnel. Celle-ci devrait consister à introduire dans la charte constitutionnelle de l'environnement un article supplémentaire selon lequel :

«Une génération ne peut assujettir les générations futures à des lois et à des actes qui risquent de porter atteinte à leur santé et à leurs conditions de vie et / ou qui sont moins protectrices que les mesures actuellement en vigueur».

Principe de précaution et principe de non régression vont de pair et doivent se compléter l'un l'autre. Tous les principes du droit de l'environnement sont interdépendants et indissociables, comme le sont tous les droits de l'homme. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé en 2017 par le CIDCE le projet de 3<sup>e</sup> Pacte international sur les droits de l'homme intitulé: Pacte international relatif au droit

des êtres humains à l'environnement<sup>10</sup>. Son article 2 fait du grand principe de non régression un droit à la non régression.

---

<sup>10</sup> Publié dans la RJE, 2017-1 et sur le site [www.cidce.org](http://www.cidce.org).

**ABSTRACT**

Michel Prieur – *L'émergence du principe de non régression ou l'illustration du rôle de la doctrine dans la création du droit de l'environnement*

Comment la doctrine, à l'aide d'une ONG internationale, a pu, avec l'appui du Brésil, introduire le principe de non régression dans le processus de négociation de la déclaration finale de la conférence internationale de Rio + 20 en Juin 2012. Il a fallu, grâce au soutien des pays en développement, surmonter l'opposition des Etats Unis, du Canada, du Japon et de l'Union européenne alors que le Parlement européen s'était prononcé en 2011 en faveur du principe de non régression.

**MOTS-CLES:** *non régression; environnement; histoire; Rio + 20; rôle de la doctrine.*

Michel Prieur – *The emergence of the Non-Regression Principle or the illustration of the role of the doctrine in the creation of Environmental Law*

How the doctrine, with the help of an international NGO and the support of Brazil, managed to introduce the principle of non-regression into the negotiation process of the final declaration of the Rio+20 international conference in June 2012. It was possible, thanks to the support of developing countries, to overcome the opposition of the United States, Canada, Japan, and the European Union, even though the European Parliament had declared itself in favor of the non-regression principle in 2011.

**KEYWORDS:** *no back track; environment; history; Rio + 20; role of doctrine.*

**SERGIO CANDELA \***

***Il principio di non regressione ambientale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento***

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* – 2. *Iniziative de iure condendo.* – 3. *Indici di non regressione nella giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenze legislative Stato-regioni in materia ambientale.* – 4. *La non regressione nella legislazione e nei provvedimenti amministrativi nazionali e regionali.* – 4.1. *(segue) La Strategia Nazionale per la Biodiversità.* – 4.2. *(segue) La Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS).* – 4.3. *(segue) La Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici (SNAC) e il Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici (PNACC).* – 4.4. *(segue) Il “decreto clima” convertito dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141.* – 4.5. *(segue) Il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 (PNIEC 2030).* – 4.6. *(segue) Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).* – 4.7. *(segue) La Legge Regione Puglia del 27 dicembre 2018, n. 67.* – 5. *Considerazioni conclusive e indici costituzionali di non regressione.*

**1. *Introduzione***

Il presente contributo si propone di analizzare, in chiave ricognitiva, lo stato dell'arte e l'evoluzione giuridica riguardante il principio di non regressione ambientale, in vista di un ipotetico riconoscimento dello stesso all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

In chiara controtendenza rispetto alle esperienze di altri Paesi europei aventi culture giuridiche comparabili, occorre fin da subito chiarire che, in Italia, le riflessioni sul tema si collocano in una fase evidentemente embrionale.

Ciò si pone in antitesi stridente con il vivace dibattito che, a livello internazionale, comunitario e comparato, si è sviluppato nel corso dell'ultimo decennio e che ha portato all'emersione della non regressione ambientale come nuovo principio giuridico.

Non potendo, in questa sede, approfondire il tema della non regressione in riferimento al diritto internazionale, comunitario e comparato, si espliciteranno, in fase introduttiva, alcuni brevi cenni sul punto.

---

\* Dottorando di ricerca in “Diritti e Sostenibilità” presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università del Salento. E-mail: [sergio.candela@unisalento.it](mailto:sergio.candela@unisalento.it).

Il principio di non regressione ambientale rappresenta un principio giuridico la cui emersione, natura, configurazione e definizione sono al centro di studi, approfondimenti e acquisizioni, in sede dottrinale, giurisprudenziale e legislativa, a livello internazionale, europeo e comparato.

In quest'ottica, deve essere sottolineato l'importante ruolo ermeneutico svolto dal formante dottrinale, dapprima nella teorica configurazione e successivamente nella concreta definizione del principio: un gruppo di giuristi, sotto la guida del Professore Emerito Michel Prieur e del *Centre International de Droit Comparé de l'Environnement* (C.I.D.C.E.), ha condotto un'imponente indagine volta all'astrazione del principio di non regressione attraverso lo studio e l'analisi comparata di trattati e dichiarazioni internazionali, previsioni costituzionali e pronunce giurisprudenziali (delle corti sovranazionali, costituzionali e supreme in materia ambientale)<sup>1</sup>.

In sostanza, il principio di non regressione vieterebbe, non solo ai legislatori nazionali, ma anche alle pubbliche amministrazioni e alla stessa giurisprudenza, di diminuire, espressamente o implicitamente, direttamente o in maniera indiretta, la soglia giuridica di protezione e tutela dei sistemi ecologici già garantita e consolidatasi nel tempo in un determinato ordinamento giuridico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, pp. 37-44. In un contesto fenomenico caratterizzato da una profonda recessione ecologica in atto, quello di non regressione ambientale rappresenta un principio "eco-giuridico" che si erge a baluardo del rispetto delle condizioni di stabilità ecologica, nel vietare, non solo ai legislatori nazionali, ma anche alle pubbliche amministrazioni, di diminuire, in maniera diretta o indiretta, la soglia giuridica di protezione e tutela dei sistemi ecologici già garantita e consolidatasi nel tempo in un determinato ordinamento giuridico. La giustificazione scientifica del principio giuridico si basa sulle acquisizioni dell'ecologia e delle scienze ambientali: tali acquisizioni evidenziano come le pressioni umane globali sui sistemi ecologici abbiano ormai superato la capacità massima di carico degli ecosistemi, in un contesto di drammatica accelerazione della crisi ecologica attestato proprio dalle teorie dell'*Anthropocene* e dei *Planetary Boundaries*.

<sup>2</sup> ID., *op. ult. cit.*, pp. 37-38, in cui l'Autore individua una possibile deroga all'applicazione del principio di non regressione in alcuni casi-limite, in cui «ciò sia assolutamente inevitabile in forza di esigenze eccezionali e contingenti, estremamente gravi o emergenziali, di interesse pubblico, da motivare rigorosamente e da interpretare restrittivamente, e fermo comunque l'obbligo inderogabile, anche in questi casi, di non scendere mai nel breve termine al di sotto di un livello adeguato di tutela dell'ambiente e di tendere appena possibile, nel medio termine, all'elevazione di tale livello riallineandolo quanto meno alla soglia preesistente alla regressione temporanea eccezionalmente disposta; in sostanza, una volta raggiunto un determinato livello normativo, amministrativo o giurisprudenziale di protezione ambientale, l'ordinamento giuridico che lo ha conseguito potrebbe solo continuare ad elevarlo o, al limite, mantenerlo invariato purché si tratti di un livello elevato» (p. 38).



Sul piano del diritto positivo, devono essere segnalati alcuni recenti indirizzi che sembrano preludere ad una futura “codificazione” del principio a livello di diritto internazionale dell’ambiente<sup>3</sup> e diritto dell’ambiente dell’Unione europea<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> L’Accordo di Parigi del 2015, nel contesto dell’adozione di misure finalizzate al contrasto del cambiamento climatico, dopo aver sottolineato nel Preambolo «l’esigenza di una risposta efficace e progressiva all’urgente minaccia dei cambiamenti climatici che si basi sulle migliori conoscenze scientifiche a disposizione [...]», all’art. 3 stabilisce che «gli sforzi delle Parti tratteranno, nel tempo una progressione [...]»; all’art. 4, punto 3, statuisce che «ciascun contributo determinato a livello nazionale di una Parte rappresenta una progressione rispetto al contributo determinato a livello nazionale precedente, e rispecchia la più alta ambizione possibile, che rifletta le proprie responsabilità comuni ma differenziate e rispettive capacità, alla luce delle diverse circostanze nazionali»; l’art. 4, punto 11, prevede che «una Parte può, in ogni momento, adattare il proprio contributo determinato a livello nazionale vigente al fine di migliorare il suo livello di ambizione [...]»; in generale, il dovere di progressione, implicante il divieto di regressione, è oggetto di continui richiami nell’Accordo, al fine di delineare una strategia internazionale comune, finalizzata a fronteggiare le emergenze riguardanti l’integrità ecologica del pianeta. La *World Declaration on the Environmental Rule of Law*, approvata al termine del primo *World Environmental Law Congress* (Rio de Janeiro, 26-29 aprile 2016) organizzato dall’*International Union of Conservation of Nature e dalla World Commission on Environmental Law*, propone la codificazione del principio di non regressione, insieme al riconoscimento di un principio di «*progression*». Tra le iniziative, sempre a livello internazionale, occorre ricordare l’istituzione del *Global Legal Observatory on Non Regression*, che si pone l’obiettivo di identificare e rendere pubbliche le regressioni legislative, giudiziarie o di altra natura, in ambito ambientale. Analogamente, di rilievo è il «Progetto di Patto internazionale relativo al diritto dell’uomo all’ambiente» (proposto dal C.I.D.C.E.), volto appunto al riconoscimento di un diritto dell’uomo all’ambiente, ad un elevato livello di protezione ambientale ed alla non regressione (articolo 2 della Prima Parte del Progetto). Inoltre, il Progetto di «*Global Pact for the Environment*», frutto di un’iniziativa dottrinale e della società civile promossa in Francia dal *Club des Juristes*, ha inteso trasfondere organicamente i principi del diritto dell’ambiente, già riconosciuti, in un trattato giuridicamente vincolante in modo da rafforzarne l’applicabilità dinanzi ai tribunali nazionali e codificare alcuni nuovi principi generali del diritto dell’ambiente, quali ad esempio i principi di non regressione (articolo 17 del Progetto di «*Global Pact for the Environment*») e di resilienza. Anche l’Unione europea ha promosso l’avanzamento dell’iniziativa con una «Raccomandazione di Decisione del Consiglio che autorizza l’avvio di negoziati su un Patto globale per l’ambiente» del 19 marzo 2018 (COM(2018) 138). In sede ONU, in data 10 maggio 2018 è stata adottata la Risoluzione dell’Assemblea Generale intitolata «*Towards a Global Pact for the Environment*» (Resoluzione A/RES/72/277). Tale Risoluzione ha aperto le negoziazioni in vista della possibilità di elaborare e adottare un Patto finalisticamente orientato ai medesimi scopi perseguiti dal Progetto di *Global Pact for the Environment* del *Club des Juristes*.

<sup>4</sup> A livello comunitario, l’ambiente rappresenta uno degli obiettivi essenziali, elevato dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea al rango di «esigenza imperativa». L’esigenza di garantire un «elevato livello di protezione» e il «miglioramento della qualità dell’ambiente», interpretabili nel senso di una costante ricerca di progredire, e quindi di non regredire, nella tutela delle risorse naturali, è ribadita, a più riprese, nei Trattati fondamentali dell’UE (art. 11 TFUE, art. 191 TFUE, art. 191-2 TFUE, art. 193 TFUE, art. 3-3 TUE; nella stessa direzione, si veda l’art. 37 della Carta di Nizza). In sostanza, è possibile desumere che una volta che sia stato stabilito un dato livello normativo di protezione ambientale, l’ordinamento giuridico che lo ha fissato potrebbe solo elevare

A livello di diritto comparato, oltre ad espressi riconoscimenti del principio nelle esperienze giuridiche di numerosi Paesi latino-americani<sup>5</sup>, alcuni ordinamenti giuridici nazionali europei hanno riconosciuto ed introdotto il principio di non regressione grazie all'opera ermeneutica svolta dalla dottrina, all'attività legislativa dei competenti organi istituzionali e all'applicazione del principio stesso in sede giudiziaria<sup>6</sup>.

---

tale livello, in futuro, o mantenerlo invariato, purché si tratti giustappunto di un «livello elevato». La Risoluzione del Parlamento europeo del 29 settembre 2011, adottata per definire la posizione dell'Unione europea in sede di Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile "Rio+20", ha chiesto che venga «riconosciuto il principio di non regressione nel quadro della protezione ambientale e dei diritti fondamentali» (paragrafo 97). In occasione della Conferenza di Rio+20 non si è giunti ad una codificazione espressa del principio, sebbene il documento finale della Conferenza sembri tuttavia riconoscerlo indirettamente (si confrontino, al riguardo, i Punti 19 e 20). A margine di tale Conferenza, il documento finale denominato "Rio+20 Declaration on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability" (adottato al termine del *World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability* organizzato dall'UNEP) asserisce che le leggi e le politiche ambientali dovranno essere interpretate ed applicate alla luce del principio di non regressione.

<sup>5</sup> M. PRIEUR – G. SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylants, Bruxelles, 2012, pp. 377-452, ossia i contributi di M. V. BERROS e L. SBRESSO per l'Argentina, di I. DE LOS RÍOS per il Venezuela, di R. OJEDA MESTRE per il Messico, di M. PATIÑO POSSE per la Colombia. Di rilievo, inoltre, i casi di Brasile, Costa Rica, Ecuador, Panama, esaminati da M. PEÑA CHACON (ed.), *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*, IUCN, Gland, Svizzera, 2015.

<sup>6</sup> Il tema ha suscitato particolare attenzione in Francia, dove il principio di non regressione è stato, infatti, oggetto di una formalizzazione normativa (nel 2016): la *Loi n° 2016/1087* dell'8 agosto 2016 intitolata «*Pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*» ha espressamente introdotto il principio di non regressione nell'articolo L 110-1 del *Code de l'Environnement* francese, a conclusione di un contrastato dibattito politico e parlamentare, con questa formulazione: «9° - *Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment*». Tale novella legislativa ha ricevuto il vaglio positivo della Corte costituzionale francese (*Décision del Conseil Constitutionnel n° 2016-737 DC* del 4 agosto 2016); di notevole importanza sono l'*Arrêt del Conseil d'État n°404391* dell'8 dicembre 2017, che, per la prima volta, ha dato applicazione concreta e ferma al principio e l'*Arrêt del Conseil d'État (6ème et 5ème chambres réunies)*, del 9 ottobre 2019, n°420804. Sul punto, C. HERNANDEZ-ZAKINE, *La loi de reconquête de la biodiversité: une loi à fort potentiel de ruptures juridiques*, in *Droit rural*, n° 447, novembre 2016, alerte 116, 3. J. DELLAUX, *La validation du principe de nonrégression en matière environnementale par le Conseil constitutionnel au prix d'une redéfinition a minima de sa portée*, in *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n. 2/2017, p. 693. Allo stesso modo, non può non menzionarsi l'esperienza della Spagna: in particolare, si analizzi, il confronto tra *Tribunal Supremo* – STS 6592/2011, STS 2000/2012, STS 5538/2012 – e *Tribunal Constitucional* – STS 1724/2015 – sulla configurazione e sui limiti del principio di non regressione; e, ancora, per citare alcune delle principali sentenze sul tema, *Tribunal Constitucional, Sentencia 233/2015, de 5 de noviembre, Sentencias Tribunal Supremo (Sala III, Sección Quinta) de 23 de febrero (rec. 3774/2009), de 29 de marzo (rec. 3425/2009), de 10 de julio (rec. 2483/2009)*

Come affermato poc'anzi, in questa sede il contesto spaziale di approfondimento del tema sarà rappresentato dall'ordinamento giuridico italiano.

In tal senso, premessa la marginalità del dibattito sul tema, una parte della dottrina ha inteso modulare l'applicabilità del principio di non regressione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano partendo dalla ricostruzione elaborata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di ripartizione della competenza legislativa in materia ambientale tra Stato e regioni (articolo 117 Cost.)<sup>7</sup>.

Allo stesso modo, alcuni giuristi hanno analizzato, in chiave critica, il principio nella prospettiva di ricostruire la portata dello stesso su basi concettuali

---

o 29 de noviembre (rec. 6440/2010), *Sentencia Tribunal Supremo n. 637/2016 de 16 de marzo de la Sección Quinta de la Sala III del Tribunal Supremo* (rec. 3966/2013). Sul piano del contenzioso amministrativo, si segnala *Auto de 16 de julio de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 24 de Madrid* (rec. 298/2019), F 6°. Proprio in Spagna, recentemente, il principio di non regressione è stato legislativamente riconosciuto all'interno della *Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética* (in particolare si v. *Preámbulo, parte III; Título preliminar, Disposiciones generales, artículo 2, lett. I*) – *Principios rectores*). In dottrina, M. FRANCH I SAGUER, *Le principe de non-régression dans la jurisprudence récente du Tribunal Suprême espagnol: commentaire des décisions du 22 février 2012 (STS 3774/2009) et du 29 mars 2012 (STS 2000/2012)*, in *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n. 2/2014. J. JARIA I MANZANO, *Jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente*, in *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. VII, n., 2016, pp. 11-42. F. LOPEZ-RAMON, *Le principe de non régression dans le déclassement des zones protégées en droit espagnol*, in M. PRIEUR – G. SOZZO (dir.), *La non régression*, cit., pp. 307-332. Di rilievo anche l'esperienza del Belgio, in cui il formante dottrinale e giurisprudenziale hanno svolto un ruolo principale nel riconoscimento del principio dello *stand-still* (si vedano, in tal senso, *Cour d'Arbitrage, arrêt n. 135/2006* e *arrêt n. 137/2006*; *Cour Constitutionnelle, arrêt n. 8/2011* e *arrêt n. 107/2014*, riguardanti in particolare l'interpretazione dell'articolo 23 della Costituzione belga). In dottrina, v. C-H. BORN - F. HAUMONT, *Le principe de non régression end droit de l'environnement – La situation en Belgique*, in M. PRIEUR - G. SOZZO (dir.), *La non régression*, cit., pp. 285-306. I. HACHEZ, *Le principe de non-régression en droit de l'environnement: une irréversibilité relative?*, in M. PRIEUR - G. SOZZO (dir.), *La non régression*, cit., pp. 501-522.

<sup>7</sup> D. AMIRANTE, *Le principe de non régression de l'environnement en droit italien*, in M. PRIEUR – G. SOZZO (dir.), *La non régression*, cit., pp. 333-346. In particolare l'Autore individua due possibili traiettorie, che conducano all'affermazione di un principio di non regressione ambientale: «*La première est de natura jurisprudentielle et trouve son origine dans les décisions de la Cour constitutionnelle qui définissent le "degré approprié de protection de l'environnement" comme une limite explicite au recul du droit de l'environnement par la législation régionale. [...] la deuxième perspective, celle d'une réforme constitutionnelle visant à introduire formellement la protection d'un environnement de qualité comme une obligation pour les pouvoirs publics et un devoir pour les citoyens, celle qui se laisse préférer. L'introduction de dispositions constitutionnelles explicites visant à assurer in degré élevé de qualité de l'environnement pourrait constituer un paramètre d'évaluation certain de l'action législative et un outil à la disposition du public pour réclamer une protection appropriée de l'environnement*».

nuove e diverse rispetto a quelle emerse allo stato dell'arte, e di affrontare, quindi, l'apparente antinomia tra tale principio, così come elaborato a livello sovranazionale, e le categorie ordinanti l'assetto costituzionale italiano<sup>8</sup>.

Dal punto di vista legislativo, si segnalano almeno tre proposte di legge volte ad introdurre il principio all'interno del d. lgs. n. 152/2006. Ad esse sarà dedicata la prima parte del contributo.

Sul piano giurisprudenziale, non si registrano pronunce di merito o di legittimità in materia. Ad ogni modo, nella seconda parte del contributo, si analizzeranno alcune sentenze della Corte Costituzionale che, seppur espresse in materia di riparto della competenza legislativa tra Stato centrale e Regioni in materia ambientale a seguito della riforma del Titolo V del 2001, sembrano tracciare implicitamente i possibili profili identificativi del concetto di non regressione.

Un approfondimento sarà, poi, dedicato alle misure normative e legislative che rappresentano ulteriori indici della formalizzazione giuridica del principio.

## 2. *Iniziative de iure condendo*

In Italia, dal punto di vista legislativo, si registrano tre proposte di legge miranti ad introdurre il principio di non regressione all'interno del d. lgs. n. 152/2006.

Seguendo l'ordine cronologico, la prima proposta risale al 2013 (n. 1839). Presentata il 25 novembre 2013, essa intendeva apportare modifiche alla parte prima del d. lgs. n. 152/2006<sup>9</sup>; più precisamente, per ciò che concerne il principio di non regressione, l'articolo 1, lett. b) avrebbe introdotto all'articolo 3

---

<sup>8</sup> *In primis* viene in rilievo il potenziale contrasto con uno dei classici criteri di risoluzione delle antinomie tra norme, ossia quello "cronologico" riassunto dal noto *brocardo lex posterior derogat priori*. Sul tema, si rinvia ampiamente al contributo di M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit.

<sup>9</sup> Tale proposta mirava, inoltre, alla modifica dell'art. 3-*quater* del d. lgs. 152/2006 con l'introduzione del principio di sostenibilità ambientale in luogo del principio di sviluppo sostenibile, allo scopo di superare la ritenuta antinomia tra il concetto di "sviluppo", che risente di un'accezione economico-produttiva legata al concetto di "crescita", e quello di "tutela ambientale". L'art. 1 della proposta di legge intendeva apportare una modifica al comma 1 dell'articolo 2 del d. lgs. 152/2006 nei seguenti termini: «Il presente decreto legislativo ha come obiettivi primari la tutela dell'ambiente, la conservazione, la salvaguardia, il miglioramento e l'utilizzazione attenta e razionale delle risorse naturali, anche al fine di promuovere la salute e la qualità della vita umana».

del d. lgs. n. 152/2006 il seguente comma *2-bis*: «Le norme che abrogano o modificano le disposizioni di cui al presente decreto si conformano al principio della non regressione del diritto ambientale per una progressiva migliore tutela dell'ambiente come definita dall'articolo 2»<sup>10</sup>.

Tale proposta di legge non è stata approvata, come è possibile constatare attraverso la consultazione degli atti parlamentari<sup>11</sup>.

Ad ogni modo, essa è stata ripresentata nelle medesime forme il 19 maggio 2015 all'interno della stessa legislatura (proposta di legge n. 3126/2015), non conseguendo anche in questo caso l'approvazione finale<sup>12</sup>.

Durante la XVIII legislatura, è stata illustrata in data 4 aprile 2019 una nuova proposta di legge, la n. 1744 rubricata “Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente”.

Si tratta di una riforma organica, che si pone l'obiettivo di modificare in maniera sostanziale il codice civile italiano nella parte dedicata ai beni giuridici e di introdurre anche il principio di non regressione all'interno del d. lgs. 152/2006.

Per la parte che qui interessa, si aprono alcune prospettive di analisi.

La prima muove dalla nozione di “ambiente”, che la proposta definisce nei seguenti termini: «L'ambiente oggetto della tutela prevista nell'articolo 117,

---

<sup>10</sup> V. proposta di legge n. 1839/2013, XVII legislatura, articolo 1, lett. b). Nel preambolo della proposta, si evidenzia come l'introduzione del principio di non regressione si rendesse necessario al fine di garantire che la legislazione in materia ambientale procedesse nella direzione di innalzare i propri *standard* di tutela.

<sup>11</sup> Si consulti il sito ufficiale della camera con riferimento alla proposta di legge in discorso: <https://www.camera.it/leg17/126?tab=&leg=17&idDocumento=1839&sede=&tipo=#>, sito consultato in data 23 giugno 2021. La proposta risultava assegnata alla VIII Commissione Ambiente in sede Referente il 27 dicembre 2013 (Parere delle Commissioni I Affari Costituzionali, V Bilancio, VI Finanze (ex articolo 73, comma 1-bis, del regolamento, per gli aspetti attinenti alla materia tributaria), VII Cultura, X Attività Produttive, XII Affari Sociali, XIII Agricoltura, XIV Politiche dell'Unione Europea e della Commissione parlamentare per le questioni regionali). La legislatura si è conclusa senza novità sul punto.

<sup>12</sup> Si consulti il sito ufficiale della camera con riferimento alla proposta di legge in discorso: <https://www.camera.it/leg17/126?tab=5&leg=17&idDocumento=3126&sede=&tipo=#>, sito consultato in data 23 giugno 2021. La proposta risultava assegnata alla VIII Commissione Ambiente in sede Referente il 6 luglio 2015 (Parere delle Commissioni I Affari Costituzionali, V Bilancio, VI Finanze (ex articolo 73, comma 1-bis, del regolamento, per gli aspetti attinenti alla materia tributaria), VII Cultura, X Attività Produttive, XII Affari Sociali, XIII Agricoltura, XIV Politiche dell'Unione Europea e della Commissione parlamentare per le questioni regionali). La legislatura si è conclusa senza novità sul punto.

secondo comma, lettera s), della Costituzione e nel presente decreto legislativo si riferisce al sistema di relazioni tra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici. Vi rientrano, tra gli altri: il paesaggio; l'aria; i suoni e i rumori, gli odori; i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti, i laghi e le altre acque; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane, i ghiacciai e le nevi perenni e no; il mare e i fondali marini; i lidi e i tratti di costa; la fauna selvatica e la flora tutta; i campi e l'agricoltura e le pratiche agricole»<sup>13</sup>.

Tale definizione troverebbe collocazione all'interno del d. lgs. 152/2006, precisamente al comma 1 dell'art. 1-*bis* (aggiunto proprio in virtù della riforma). Il comma 2 dello stesso art. 1-*bis* stabilirebbe, inoltre, che: «I beni compresi nella definizione di ambiente di cui al comma 1 appartengono alla categoria dei beni comuni di cui all'articolo 812-*bis* e seguenti del codice civile»<sup>14</sup>. In questo caso, vi è un rimando alla categoria dei beni comuni, che la proposta di legge intende introdurre all'interno del codice civile, definendone i tratti di autonomia rispetto alle categorie contigue e al più ampio *genus* costituito dai beni giuridici.

Prima di procedere oltre, non può non evidenziarsi come tale definizione di “ambiente” riecheggi nelle teorizzazioni che una parte della dottrina giuridica ha, da tempo, enucleato e posto in luce sulla base del dato normativo<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Proposta di legge n. 1744/2019, articolo 2. Informazioni dettagliate sono reperibili al sito web <https://www.camera.it/leg18/126?tab=1&leg=18&idDocumento=1744&sede=&tipo=>, sito consultato in data 25 giugno 2021. In particolare, i promotori affermano che «in nessun testo normativo è dato di rintracciare una completa definizione giuridica di “ambiente”. La presente proposta di legge è finalizzata, appunto, a riempire questo vuoto normativo. La necessità dell'intervento del legislatore ordinario è dettata, oggi, dalla circostanza che gli interpreti si orientano verso parametri applicativi diversi indotti dall'utilizzazione, nel processo ermeneutico, di esperienze e di nozioni di altre branche del sapere, soprattutto delle scienze naturali, e ciò porta, inevitabilmente, a risultati non sempre puntuali e uniformi [...] L'intenzione è quella di affermare il principio che l'ambiente deve essere tutelato, conservato e preservato (in tutto o in parte), non solo perché esso ha un valore intrinseco in sé, ma anche per il valore, strumentale, che esso possiede per gli esseri umani. In base a questa più dettagliata articolazione, [...] collegare l'ambiente all'uomo significa giustificare interventi di salvaguardia e tutela del primo anche perché essi rappresentano soprattutto la salvaguardia e la tutela del secondo». Si veda, inoltre, Camera dei deputati, XVIII legislatura, Documentazione per l'esame di Progetti di legge del 3 giugno 2021, dal titolo “Classificazione e regime giuridico dei beni e definizione di “ambiente” (A.C. 1744 Schede di lettura n. 440)”, documento reperibile al sito web <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0170.Pdf>, sito consultato in data 25 giugno 2021.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Prima della riforma del 2017, l'art.5, comma 1, lettera c, definiva l'impatto ambientale operando un riferimento all'ambiente, «inteso come sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in

La seconda prospettiva di analisi si schiude intorno all'articolo 3 della proposta di legge, che introdurrebbe il principio di non regressione ambientale attraverso l'aggiunta dell'articolo 3-*septies* al d. lgs. 152/2006. Anche in questo caso, è opportuno procedere citando testualmente il contenuto della riforma: «Nell'esercizio delle proprie potestà e competenze, le pubbliche amministrazioni rispettano il principio di non regressione, in base al quale la protezione dell'ambiente, garantita dall'ordinamento internazionale e dall'Unione europea, dalle disposizioni legislative e regolamentari, nonché dalla giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia dell'Unione europea, può solo essere oggetto di un costante miglioramento, tenendo conto delle conoscenze scientifiche e tecniche disponibili».

A tal proposito, due aspetti vengono in rilievo. Il primo riguarda la riferibilità del principio di non regressione alle attività delle pubbliche amministrazioni, nei termini di un obbligo di orientare ed informare l'esercizio delle proprie potestà e competenze al principio stesso. Il secondo aspetto concerne il richiamo al concetto di "costante miglioramento" quale tratto caratterizzante la protezione ambientale garantita attraverso le scelte del legislatore nazionale e comunitario, le iniziative vincolanti di diritto internazionale e le decisioni dei giudici e delle corti nazionali e sovranazionali.

Tale concetto caratterizza la legislazione comunitaria in materia ambientale laddove l'esigenza di garantire un «elevato livello di protezione» e il «miglioramento della qualità dell'ambiente», interpretabili nel senso di una costante ricerca di progredire, e quindi di non regredire, nella tutela delle risorse

---

conseguenza dell'attuazione sul territorio di piani o programmi o di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti». Sul tema, A. GIUFFRIDA, *Il quadro organizzativo. Le tutele differenziate ed i livelli di governo*, in A. CROSETTI – N. FERRUCCI (a cura di), *Manuale di diritto forestale e ambientale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 239. R. ROTA, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, in R. ROTA (a cura di), *Lezioni di diritto dell'ambiente*, Aracne, Roma, 2012. M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in *Questa Rivista*, n. 1/2015, in particolare pp. 94-106. M. MONTEDURO, *La notion juridique d'environnement vue par le législateur italien*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 2/2016, pp. 269 e ss.. In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, VI, 31 luglio 2013, n. 4034, secondo cui «sotto il profilo sostanziale, l'ambiente è definito dal legislatore delegato il sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici (art. 5 comma 1 lett. c D.lgs. n. 152 del 2006)». L'articolo 5 è stato, in seguito, modificato dall'articolo 2 del d. lgs. n. 104/2017. Quest'ultima disposizione definisce "impatti ambientali" gli «effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità [...]; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati». A giudizio di chi scrive, la novella del 2017 non sembra discostarsi, nella sostanza, dal testo previgente.

naturali, è ribadita, a più riprese, nei Trattati fondamentali dell'UE (art. 11 TFUE, art. 191 TFUE, art. 191-2 TFUE, art. 193 TFUE, art. 3-3 TUE; nella stessa direzione, si veda l'art. 37 della Carta di Nizza)<sup>16</sup>.

La proposta di legge è stata assegnata, in data 11 novembre 2019, alle Commissioni riunite II Giustizia e VIII Ambiente in sede referente; l'esame in Commissione è iniziato il 16 giugno 2021, con la prima discussione<sup>17</sup>.

Ancora nel corso della XVIII legislatura, in data 2 novembre 2020, è stato presentato al Senato un disegno di legge, n.1999, testualmente identico a quello presentato presso la Camera dei deputati, e appena analizzato<sup>18</sup>.

Esso è stato assegnato alle commissioni riunite 2<sup>a</sup> (Giustizia) e 13<sup>a</sup> (Territorio, ambiente, beni ambientali) in sede redigente il 9 marzo 2021. L'esame non risulta, attualmente, iniziato<sup>19</sup>.

In tale contesto, è d'uopo operare un riferimento alla proposta di legge costituzionale n. 83, presentata in data 23 marzo 2018. Con 224 voti favorevoli e 23 astenuti, l'Aula del Senato ha approvato il 9 giugno, in prima deliberazione, il testo unificato dei ddl costituzionali recanti modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente, rubricato "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente"<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> V. *supra*, nota 4.

<sup>17</sup> Informazioni dettagliate sono reperibili al sito web <https://www.camera.it/leg18/126?tab=1&leg=18&idDocumento=1744&sede=&tipo=>, sito consultato in data 25 giugno 2021. Gli interventi durante la prima discussione sono reperibili al sito web [https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2021/06/16/leg.18.bol0607\\_data20210616.com0208.pdf](https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2021/06/16/leg.18.bol0607_data20210616.com0208.pdf), sito consultato in data 25 giugno 2021.

<sup>18</sup> V. Disegno di legge (Senato), 1999/2020, testo reperibile al sito web <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01188936.pdf>, consultato in data 25 giugno 2021.

<sup>19</sup> Informazioni reperibili al sito web <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/53445.htm>, consultato in data 25 giugno 2021.

<sup>20</sup> V. AS 83, presentato in data 23 marzo 2018. «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente. Articolo 1 - 1. All'articolo 9 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali". Articolo 2 - 1. All'articolo 41 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni: a) al secondo comma, dopo la parola: «danno» sono inserite le seguenti: «alla salute, all'ambiente»; b) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e ambientali». Art. 2-bis (Clausola di salvaguardia) - 1. La legge dello Stato che disciplina le forme e i modi della tutela degli animali, di cui all'articolo 9 della Costituzione come modificato dalla presente legge, si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti». Gli articoli della Costituzione, così novellati, sarebbero: «Articolo 9 - La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica



In particolare, all'articolo 9 della Costituzione è aggiunto un ultimo comma, in base al quale la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

Il novellato articolo 41 della Costituzione stabilirebbe che l'iniziativa economica non possa svolgersi in modo da recare danno anche «alla salute» e «all'ambiente». Inoltre, la legge determinerebbe i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata anche a «fini ambientali», oltre che sociali.

L'eventuale concretizzazione della maggiore rilevanza costituzionale dell'ambiente non può essere neutrale per l'argomento che qui ci occupa.

La non regressione ambientale, ricostruita secondo modelli calibrati sul rispetto dell'assetto ordinamentale e costituzionale italiano, potrebbe rappresentare uno dei principi cardini su cui si innesterebbero le rafforzate istanze costituzionali di tutela ambientale.

Ma v'è di più. Al di là del giudizio riguardante la reale portata della riforma in discorso, la rinnovata rilevanza costituzionale assunta dall'ambiente, quale valore tutelabile all'interno dei primi dodici articoli della Costituzione, configurerebbe concretamente una progressione nella tutela ambientale espressa al massimo livello ordinamentale; e l'inverarsi di tale progressione rappresenterebbe già, nei fatti, un'implicita applicazione del principio di non regressione.

### *3. Indici di non regressione nella giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenze legislative Stato-regioni in materia ambientale*

Dal punto di vista giurisprudenziale, allo stato, non si segnalano pronunce che riconoscono la vigenza del principio di non regressione in materia

---

e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». «Articolo 41 - L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Maggiori informazioni sul testo e sull'iter di approvazione sono reperibili al sito web <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/48678.htm>, sito consultato in data 25 giugno 2021.

ambientale; nondimeno, nell'ottica di rintracciare indicatori di natura giurisprudenziale che delineino la configurazione del principio in vista di un suo formale riconoscimento, è opportuno soffermare l'analisi sulla giurisprudenza costituzionale in ambito di riparto di competenze legislative Stato-regioni in materia ambientale.

In seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione italiana, la materia ambientale è stato oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali della Corte Costituzionale volte a dare organicità alla definizione di "ambiente" e a definire in maniera lineare il riparto di competenze legislative Stato-regioni in tale ambito.

In particolare, su quest'ultimo aspetto la Corte fin dal 2002, in ragione del valore trasversale dell'ambiente, ha stabilito che lo Stato ha il potere di dettare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze regionali *ex art. 117* Costituzione, al contempo garantendo la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato<sup>21</sup>.

Tale impostazione è stata successivamente confermata da ulteriori pronunce della Corte Costituzionale in materia, che hanno confermato la vigenza

---

<sup>21</sup> Sentenza Corte Costituzionale, n. 407/2002, considerato in diritto 3.2, in cui si afferma: «I lavoratori preparatori relativi alla lettera s) del nuovo art. 117 della Costituzione inducono [...] a considerare che l'intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato». V. anche Sentenza Corte Costituzionale, n. 536 del 2002, considerato in diritto 4, in cui si afferma che «l'art. 117, 2 comma, lettera s) della Costituzione esprime un'esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali; [...] già prima della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione la protezione dell'ambiente aveva assunto una propria autonoma consistenza [...] configurandosi l'ambiente come bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che va pertanto salvaguardato nella sua interezza (sentenza n. 67 del 1992)». Sul tema, A. MORRONE, *Una spada di Damocle sulla potestà legislativa esclusiva delle regioni, nota a sentenza n. 536 del 2002*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2002. T. MAROCCO, *Disciplina delle attività a rischio di incidenti rilevanti. Riforma del Titolo V della Costituzione e ambiente: ovvero come tutto deve cambiare, perché non cambi niente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, vol. 17, fasc. 6, 2002.

di un principio di inderogabilità *in peius* degli *standards* di tutela ambientale stabiliti in sede centrale<sup>22</sup>.

Al riguardo, occorre segnalare come la stessa giurisprudenza costituzionale abbia cercato di fornire degli elementi sulla base dei quali ricostruire la consistenza e l'entità di locuzioni come «*standards minimi*» o «*standards uniformi*» di tutela e, dunque, individuare quei valori-soglia di tutela che la legislazione regionale in materia ambientale non può e non deve trasgredire.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 61/2009 ha statuito che «la dizione, [...] secondo la quale, in materia di tutela dell'ambiente, lo Stato stabilisce “*standard minimi di tutela*” va intesa nel senso che lo Stato assicura una tutela “*adeguata e non riducibile*” dell'ambiente»<sup>23</sup>; e, ancora, con la sentenza n. 33 del 2011, la Corte ha chiarito che «la competenza dello Stato non è limitata alla fissazione di *standards minimi di tutela ambientale*, ma deve, al contrario, assicurare una tutela adeguata e non riducibile»<sup>24</sup>. Nondimeno, la Corte ha

---

<sup>22</sup> V. Sentenza Corte Costituzionale, n. 222/2003, considerato in diritto 3, in cui si afferma: «L'ambiente si presenta [...] come valore “trasversale”, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale, senza che ne resti esclusa la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali». V. anche Sentenze Corte Costituzionale, n. 226/2003, n. 227/2003, n. 307/2003, n. 259/2004, n. 62/2005; al considerato 4 e 15 di quest'ultima, si afferma: «Per quanto riguarda la disciplina ambientale, non solo le Regioni ordinarie non hanno acquisito maggiori competenze, invocabili anche dalle Regioni speciali, ma, al contrario, una competenza legislativa esclusiva in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è stata espressamente riconosciuta allo Stato, sia pure in termini che non escludono il concorso di normative delle Regioni, fondate sulle rispettive competenze, al conseguimento di finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002, n. 307 e n. 312 del 2003, n. 259 del 2004) [...] tale competenza statale non esclude la concomitante possibilità per le Regioni di intervenire, anche perseguendo finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002, n. 307 del 2003 e n. 259 del 2004), così nell'esercizio delle loro competenze in tema di tutela della salute e di governo del territorio, ovviamente nel rispetto dei livelli minimi di tutela apprestati dallo Stato e dell'esigenza di non impedire od ostacolare gli interventi statali necessari per la soddisfazione di interessi unitari, eccedenti l'ambito delle singole Regioni. Ma ciò non comporta che lo Stato debba necessariamente limitarsi, allorché individui l'esigenza di interventi di questa natura, a stabilire solo norme di principio, lasciando sempre spazio ad una ulteriore normativa regionale. Del pari, l'attribuzione delle funzioni amministrative il cui esercizio sia necessario per realizzare interventi di rilievo nazionale può essere disposta, in questo ambito, dalla legge statale, nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s, della Costituzione, e in base ai criteri generali dettati dall'art. 118, primo comma».

<sup>23</sup> V. Sentenza Corte Costituzionale, n. 61/2009.

<sup>24</sup> V. sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2011. V. anche sentenza della Corte costituzionale n. 288 del 2012.

sottolineato che l'ambiente in ragione del suo carattere primario richiede un elevato livello di tutela inderogabile da altre discipline di settore<sup>25</sup>.

In tale contesto, la qualificazione "minimi" in riferimento a detti *standards* non può essere letta in sinonimia all'attributo "bassi", dal momento che ciò potrebbe porsi in contrasto con l'elevato e inderogabile livello di tutela ambientale da garantire<sup>26</sup>.

Non può non evidenziarsi, ancora una volta, come l'utilizzo di locuzioni quali «tutela adeguata e non riducibile», «elevato livello di tutela inderogabile» riecheggino e trovino valido ancoraggio nella legislazione comunitaria in materia ambientale<sup>27</sup>, e come tale legislazione costituisca la base di analisi ermeneutica nell'ambito della teorizzazione del principio di non regressione da parte della dottrina di diritto internazionale dell'ambiente.

L'impianto delineato dalla Corte prevede, allo stesso tempo, che gli *standards* minimi inderogabili fissati dallo Stato centrale possano essere derogati *in melius* dalle legislazioni regionali; già con la sentenza n. 222/2003, la Corte ha escluso che discipline regionali riguardanti le materie di competenza e interferenti con la tutela ambientale provochino un *vulnus* della Costituzione, a maggior ragione nei casi in cui detto intervento non diminuisca, ma semmai rafforzi «le cautele predisposte dalla normativa statale, così da non poterne pregiudicare gli obiettivi».

Tale decisione ha orientato numerose altre pronunce della Corte, che ha ribadito la funzione di limite inderogabile *in peius* della disciplina statale in materia di protezione ambientale, al contempo garantendo alle regioni la possibilità di derogare al suddetto limite solo nell'ottica di innalzare il livello di tutela ambientale assicurato<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> V. Sentenza della Corte Costituzionale, n. 378/2007, n. 4 del considerato in diritto. V. anche Sentenza della Corte Costituzionale, n. 12/2009, n. 2.3 del considerato in diritto.

<sup>26</sup> M. MICETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in FRANCISCO BALAGUER CALLAJÓN ET AL. (promossi da), *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, tomo III, p. 1921.

<sup>27</sup> D'altro canto, sul punto l'esplicito richiamo al diritto comunitario è operato dalle sentenze citate in nota 26.

<sup>28</sup> Sentenza Corte Costituzionale, n. 108/2005, punto 3.1 del considerato in diritto. In cui si afferma: «La tutela dell'ambiente, di cui alla lettera s) dell'art. 117, secondo comma, della Costituzione, si configura come una competenza statale non rigorosamente circoscritta e delimitata, ma connessa e intrecciata con altri interessi e competenze regionali concorrenti. Nell'ambito di dette competenze concorrenti, risulta legittima l'adozione di una disciplina regionale maggiormente rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale (sentenza n. 222 del 2003)». V. anche Sentenze Corte Costituzionale, n. 214/2005, n. 182/2006, n. 246/2006, n. 378/2007, n. 62/2008, n. 104/2008, n.

Si riafferma in generale il principio di derogabilità *in melius*, e del relativo corollario secondo cui lo Stato nell'apprestare una tutela piena e adeguata all'ambiente, può porre limiti invalicabili di tutela.

Allo stesso tempo, la giurisprudenza costituzionale ha temperato tale criterio della derogabilità *in melius* attraverso il riferimento alla cosiddetta teoria del "punto di equilibrio"<sup>29</sup>.

Naturalmente non si può ricostruire, in questa sede, il dibattito dottrinale<sup>30</sup> e gli orientamenti giurisprudenziali riguardanti il riconoscimento di una competenza residuale diretta o indiretta<sup>31</sup> alla regioni in materia ambientale,

---

387/2008, n. 12/2009, n. 61/2009, n. 225/2009, n. 272/2009, n. 315/2009, n. 341/2010, n. 373/2010, n. 44/2011, n. 151/2011, n. 187/2011, n. 171/2012, n. 244/2012, n. 278/2012, n. 288/2012, n. 285/2013, n. 86/2014, n. 181/2014, n. 199/2014.

<sup>29</sup> Sentenza Corte Costituzionale, n. 307/2003, considerato n. 7, in cui afferma che «la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte». Nel solco del medesimo orientamento, *ex multis*, v. Corte Costituzionale n. 331/2003, n. 62/2005, n. 246/2006, n. 214/2008, n. 58/2013, n. 93/2013, n. 145/2013, n. 178/2013, n. 246/2013, n. 300/2013, n. 197/2014. Sul tema, M. MICETTI, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 1925, in cui l'Autrice afferma come la Consulta abbia sterilizzato «in maniera ancor più recisa le competenze regionali ambientali, attraverso la teoria del punto di equilibrio, sconfessando, sebbene non *apertis verbis*, il proprio orientamento sul principio della derogabilità *in melius* e negando la possibilità alle Regioni di intervenire con discipline più protettive, là dove la legge statale, attraverso il contemperamento tra opposte esigenze, funge da limite insuperabile». M. BETZU, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5/2005.

<sup>30</sup> F. ORLINI, *Tutela dell'ambiente e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione in tema di competenze dello Stato e delle Regioni*, in *Riv. Giur. Edilizia*, n. 2/2004. M. RENNA, *Il sistema degli «standard ambientali» tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO - M. RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2004. F. RESCIGNO, *La «trasversalità» del «valore ambiente» tra potestà legislativa statale e regionale: un preoccupante silenzio della Corte*, in *Giur. it.*, n. 3/2004. M. CECCHETTI, *La materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *federalismi.it*, n. 7/2009. P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 7/2009. P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *federalismi.it*, n. 9/2010.

<sup>31</sup> Per quanto riguarda la non sussistenza di una competenza ambientale residuale e diretta in capo alle regioni, la Corte Costituzionale ha precisato, con la sentenza n. 214/2008, che «il perseguimento di finalità di tutela ambientale da parte del legislatore regionale può ammettersi solo ove esso sia un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza» Ciò lascia presumere che le regioni, nell'esercizio di proprie competenze, potrebbero solo indirettamente e marginalmente perseguire finalità di tutela ambientale. Nello stesso solco si pongono ulteriori altre pronunce della Corte Costituzionale; si segnala *ex multis* la sentenza n. 61 del 2009 in cui si afferma che «le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono

e la relativa ed eventuale direzione dell'intervento regionale<sup>32</sup>. Così come non è possibile dar conto approfonditamente degli orientamenti della Corte Costituzionale in materia, oscillanti tra la teoria della "trasversalità"<sup>33</sup> e quella del "punto di equilibrio".

Al di là della diversità di orientamenti esplicitati, la giurisprudenza in materia si caratterizza per aver sancito la regola generale che vieta alle regioni di derogare *in peius* gli *standards* di tutela ambientale stabiliti dallo Stato centrale.

Ai fini del presente contributo, è d'uopo evidenziare il meccanismo sotteso a tale principio della inderogabilità *in peius* della disciplina statale in materia di protezione ambientale.

Il meccanismo in discorso sembra richiamare, seppur in maniera parziale e non esaustiva in tutti gli aspetti caratterizzanti, il principio di non regressione.

Si ribadisce: in maniera parziale.

Infatti, come confermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, le soglie minime di tutela ambientale fissate dal legislatore statale non possono essere derogate *in peius* dalle regioni, ma non vale il contrario; ossia, lo Stato, di fronte ad una legislazione regionale migliorativa del quadro di protezione apprestato<sup>34</sup>, non è vincolato ad esso e può eventualmente far regredire, direttamente e indirettamente, la tutela garantita.

#### 4. *La non regressione nella legislazione e nei provvedimenti amministrativi nazionali e regionali*

---

stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze [...] livelli di tutela più elevati [...]. Con ciò certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine non di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti delle loro competenze. Si tratta cioè di un potere insito nelle stesse competenze attribuite alle Regioni, al fine della loro esplicazione».

<sup>32</sup> Tra le altre, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale, n. 106/2012 e 58/2013, in cui si rileva la necessità della ricorrenza di determinate condizioni per l'esplicazione di interventi regionali migliorativi della tutela ambientale garantita a livello statale.

<sup>33</sup> M. MICETTI, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 1919, in cui l'Autrice afferma: «A guardar bene, la configurazione valoriale e trasversale consente alla Corte di approdare ad esiti tutt'altro che lineari. Se per un verso, essa consente il riconoscimento di competenze legislative regionali, insistenti sulla materia ambientale, per altro, giustifica interventi dello Stato, limitativi delle competenze regionali stesse».

<sup>34</sup> È opportuno chiarire che tale circostanza sarebbe plausibile nell'eventualità in cui si accedesse all'opzione interpretativa adottata dal filone giurisprudenziale che riconosce e legittima l'intervento (migliorativo) regionale in materia ambientale.

Prima di analizzare alcune misure normative, legislative e politiche che sembrerebbero devolvere nel senso di ritenere configurato e vigente un principio di non regressione in materia ambientale, occorre soffermarsi previamente sulla disciplina della Valutazione di impatto ambientale (VIA), uno strumento giuridico di diritto amministrativo che apparentemente sembrerebbe porsi quale paradigma operativo del principio in discorso.

Lo strumento della VIA si sostanzia in un procedimento amministrativo finalizzato alla valutazione complessiva, integrata e preventiva degli impatti significativi e negativi di un determinato progetto sulle matrici ambientali e sul patrimonio culturale<sup>35</sup>.

In tal senso, si potrebbe ritenere che il principio di non regressione sia enucleabile implicitamente dalla disciplina della VIA, allorché si qualifica l'impatto ambientale come "negativo"; in altri termini, la "negatività" dell'impatto osterebbe al rilascio del provvedimento autorizzatorio di VIA e sostanzierebbe, di fatto, l'embrione della non regressione.

Ad opinione di chi scrive, lo strumento di VIA non aderisce pienamente allo schema compositivo del principio di non regressione per almeno due ordini di motivi.

Il primo aspetto riguarda l'ambito di applicazione del procedimento di VIA. Tale ambito, seppur decisamente ampio<sup>36</sup>, non copre tutte le attività produttive, industriali e infrastrutturali presenti nel panorama nazionale.

In secondo luogo, gli impatti oggetto di VIA devono essere qualificati dalla "significatività", oltre che dal profilo della "negatività"<sup>37</sup>.

Proprio la natura "significativa" dell'impatto fa ritenere che la VIA tolleri forme di regressione in tema di tutela ambientale, dal momento che teoricamente, e praticamente, un progetto che impatti in maniera negativa, ma poco significativa sulle risorse naturali e culturali, potrebbe comunque ottenere una conclusione positiva del procedimento autorizzatorio.

---

<sup>35</sup> O. H. KASSIM, *La nozione di ambiente per lo sviluppo e gli strumenti per veicolarne l'applicazione: le valutazioni ambientali*, in *Questa Rivista*, n. 1/2020.

<sup>36</sup> D. lgs. 152/2006, Articolo 6, comma 6. I progetti sottoposti a VIA e verifica di assoggettabilità a VIA individuati per tipologia progettuale negli allegati da II a IV della Parte Seconda del D.lgs. 152/2006, ineriscono alle più rilevanti attività produttive, industriali e infrastrutturali presenti nel panorama nazionale.

<sup>37</sup> D. lgs. 152/2006, articolo 6, comma 5: «La valutazione d'impatto ambientale si applica ai progetti che possono avere impatti ambientali significativi e negativi, come definiti all'articolo 5, comma 1, lettera c)».

Estensione e limiti del concetto di “significatività” degli impatti intersecano, inoltre, il magmatico tema riguardante l’esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>38</sup>. Ciò è avvalorato dalla circostanza che il provvedimento di VIA assume tratti discrezionali particolarmente marcati, spingendo la giurisprudenza ad attribuirle anche natura di atto di indirizzo politico-amministrativo<sup>39</sup>.

#### 4.1. (segue) *La Strategia Nazionale per la Biodiversità*

L’elaborazione di una Strategia Nazionale per la Biodiversità si colloca nell’ambito degli impegni assunti dall’Italia con la ratifica della Convenzione sulla Diversità Biologica (Rio de Janeiro 1992) avvenuta con la Legge n. 124 del 14 febbraio 1994<sup>40</sup>, e all’interno di un processo politico e legislativo, che ha condotto all’adozione della Comunicazione della Commissione europea, rubricata “Arrestare la perdita di biodiversità entro il 2010 e oltre. Sostenere i servizi ecosistemici per il benessere umano” COM (2006) 216<sup>41</sup>.

La Strategia e la sua revisione intermedia fino al 2020 costituiscono uno strumento di integrazione delle esigenze di conservazione ed uso sostenibile delle risorse naturali nelle politiche nazionali di settore, in coerenza con gli obiettivi previsti dalla Strategia Europea per la Biodiversità<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Il tema non può essere approfondito in questa sede. Sul punto, R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 10, 2010. F. FONDERICO, *Valutazione di impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1/2012. R. DI PACE-A. RALLO-A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. O. H. KASSIM, *La nozione di ambiente*, cit.

<sup>39</sup> *Ex multis*: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 575 e Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2014, n. 4928.

<sup>40</sup> Tra gli obiettivi principali della Convenzione, a) la conservazione della diversità biologica, considerata sia a livello di gene, sia a livello di specie, sia a quello di comunità ed ecosistema; b) l'utilizzazione durevole, o sostenibile, dei suoi elementi; c) la giusta ed equa ripartizione dei vantaggi che derivano dallo sfruttamento delle risorse genetiche e dal trasferimento delle tecnologie ad esso collegate.

<sup>41</sup> Per un approfondimento del contesto-storico politico di riferimento, v. testo della Strategia nazionale per la biodiversità, pp. 4-7 documento reperibile al seguente link [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/Strategia\\_Nazionale\\_per\\_la\\_Biodiversita.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/Strategia_Nazionale_per_la_Biodiversita.pdf), sito consultato in data 4 luglio 2021.

<sup>42</sup> La Struttura della Strategia è articolata su tre tematiche cardine: 1) Biodiversità e servizi ecosistemici, 2) Biodiversità e cambiamenti climatici, 3) Biodiversità e politiche economiche; i rispettivi 3 obiettivi strategici sono raggiunti con il contributo derivante dalle diverse politiche di



All'interno dell'Intesa sulle "Prime indicazioni programmatiche sulla Strategia Nazionale per la Biodiversità fino al 2015", alcune indicazioni programmatiche ritenute indispensabili per l'attuazione della Strategia fino al 2015 si conformano principio di non regressione ambientale in materia di conservazione e tutela della biodiversità. Di questo vi è evidenza già dalla lettera del testo e dall'utilizzo di predicati verbali e sintagmi che implicano una progressione, e dunque una non regressione, nelle politiche intraprese; tra queste: «Intensificare gli sforzi per conseguire l'inclusione della tutela e della valorizzazione della biodiversità nelle politiche di settore [...] Rafforzare lo scambio di informazioni e incrementare gli sforzi nella definizione di azioni di sistema che permettano di rendere più efficaci, organiche e coordinate le attività di indirizzo e attuazione delle Amministrazioni centrali, delle Regioni e degli Enti locali»<sup>43</sup>.

Nella stessa direzione di ritenere implicitamente operante il principio di non regressione ambientale, potrebbe essere letta l'Intesa sulla "Revisione intermedia della Strategia Nazionale per la Biodiversità fino al 2020", nella parte in cui approva le indicazioni programmatiche per l'attuazione della Strategia fino al 2020; tra queste: «incrementare la trasparenza, la responsabilità ed il rispetto della legalità verso i temi ambientali e legati all'uso della biodiversità, delle sue componenti e dei servizi ecosistemici da essa offerti [...]; assicurare la piena attuazione degli obiettivi della Rete Natura 2000 [...]; intensificare il processo di confronto avviato tra le autorità competenti per rafforzare la trasparenza, l'efficacia e l'efficienza della valutazione di incidenza [...]; incrementare le misure di tutela e protezione spaziale dell'ambiente costiero e marino per raggiungere l'obiettivo di proteggere almeno il 10% di tale ambiente [...]; rafforzare la *governance* e i partenariati locali per assicurare il raggiungimento degli obiettivi di qualità ambientale previsti dalle Direttive Habitat e Uccelli, dalla Direttiva Quadro sulle Acque e dalla Strategia Marina [...]; sviluppare il ripristino e la deframmentazione degli ecosistemi nell'ambito della

---

settore individuate in 15 aree di lavoro. Gli organi di *governance* istituiti sono: i) Il Comitato paritetico per la Biodiversità; ii) il Comitato è supportato per gli aspetti tecnico-scientifici dall'Osservatorio Nazionale per la Biodiversità; iii) il Tavolo di consultazione; iv) la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

<sup>43</sup> V. Intesa sulle "Prime indicazioni programmatiche sulla Strategia Nazionale per la Biodiversità fino al 2015", documento reperibili al seguente link [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/intesa\\_prime\\_indicazioni\\_programmatiche\\_SNB.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/intesa_prime_indicazioni_programmatiche_SNB.pdf), sito consultato in data 04 luglio 2021.

pianificazione territoriale per favorire il contributo della biodiversità alla mitigazione dei cambiamenti climatici, per la prevenzione degli effetti negativi delle variazioni climatiche sulle attività economiche e per la riduzione al minimo dei danni ad esse associabili; promuovere la realizzazione e il consolidamento di infrastrutture verdi per un utilizzo sostenibile delle risorse naturali e per rafforzare la resilienza degli ecosistemi ai cambiamenti climatici; favorire lo sviluppo delle aree verdi urbane e la loro continuità con le aree rurali e forestali limitrofe, al fine di tutelare la biodiversità e gli ecosistemi presenti nelle città e garantire la fornitura dei servizi da essi forniti, tra cui la mitigazione degli effetti dei cambiamenti climatici; [...] migliorare il monitoraggio e la valutazione delle misure intraprese a favore della biodiversità al fine di garantire la trasparenza e la rendicontazione delle risorse utilizzate, nonché la misurazione della loro efficacia; garantire il raggiungimento degli obiettivi di conservazione, di tutela e di utilizzo efficiente delle risorse previsti nell'Accordo di Partenariato, sia nell'ambito di una gestione appropriata della Rete Natura 2000 [...], sia in relazione alle altre politiche settoriali [...]; proseguire l'attuazione delle politiche settoriali per l'agricoltura, la pesca e la silvicoltura, favorendo una più efficace integrazione della biodiversità negli strumenti di programmazione finanziaria, nei processi decisionali in considerazione dei loro effetti sui servizi ecosistemici e sul capitale naturale [...]; utilizzare al meglio le opportunità per il rafforzamento della *governance* e per il raggiungimento di un'agricoltura sostenibile, nell'ambito dei territori delle aree protette e dei siti della Rete Natura 2000 [...]; sviluppare forme di collaborazione fra amministrazioni e di coinvolgimento di soggetti privati e altri portatori di interesse per sostenere la transizione verso una economia verde, la promozione di lavori verdi, la valorizzazione delle sinergie tra capitale naturale e culturale, la diffusione di buone pratiche; [...] rafforzare l'impegno per il raggiungimento di una pesca sostenibile e per la tutela degli ecosistemi marini»<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> V. Intesa sulla "Revisione intermedia della Strategia Nazionale per la Biodiversità fino al 2020", documento reperibile al seguente link [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/intesa\\_revisione\\_medio\\_termine\\_SNB\\_2016.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/intesa_revisione_medio_termine_SNB_2016.pdf), sito consultato in data 4 luglio 2021.

Inoltre, la Strategia Nazionale per la Biodiversità prevede l'elaborazione, con cadenza biennale, di un rapporto sull'attuazione e l'efficacia della Strategia stessa<sup>45</sup>.

Il 5 maggio 2021 è stato adottato il Rapporto conclusivo sull'attuazione della Strategia Nazionale per la Biodiversità, che analizza lo stato di conservazione della biodiversità e lo stato di attuazione degli obiettivi specifici delle 15 aree di lavoro individuate, in vista della definizione della nuova Strategia per la Biodiversità al 2030.

Nello scenario delineato dal *Green Deal europeo*, tale rapporto individua obiettivi sempre più ambiziosi, fissati a livello comunitario e da declinare su scala nazionale in un'ottica di ripartizione per ambiti settoriali.

Gli obiettivi in discorso tracciano una progressione rispetto ai traguardi prefissati precedentemente e ai risultati ottenuti, indicando implicitamente una traiettoria di conservazione, tutela e ripristino della biodiversità volta a non regredire nel livello attualmente raggiunto.

Essi riguardano principalmente «il ripristino degli ecosistemi terrestri degradati, la ricostituzione di fiumi a scorrimento libero ove consentito e la piantumazione di 50 milioni di alberi entro il 2030; la protezione di almeno il 30% della superficie terrestre dell'UE ed il 30% della sua zona marina»<sup>46</sup>.

Su questa base potranno essere adottate, tra le altre, misure atte a: «incrementare il numero di aree protette soprattutto in vicinanza dei grandi conglomerati urbani, ove maggiore è la pressione antropica; favorire la creazione di corridoi ecologici tra le Aree Protette,[...]; contrastare la distribuzione e la proliferazione di specie esotiche invasive; progettare le reti ecologiche quali infrastrutture verdi e blu onde promuovere l'incremento della biodiversità e

---

<sup>45</sup> Primo Rapporto 2011-2012 – Secondo Rapporto 2013-2014 – Terzo Rapporto 2015-2016 - Quarto Rapporto 2017-2018, reperibili al seguente link <https://www.minambiente.it/pagina/documenti-e-atti>, sito consultato in data 4 luglio 2021.

<sup>46</sup> Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, *Strategia Nazionale per la Biodiversità 2011-2020, Rapporto conclusivo*, contributi realizzati da: Direzioni Generali del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Comitato Paritetico, Osservatorio Nazionale per la Biodiversità, Tavolo di Consultazione, documento reperibile al seguente link [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/Report\\_Conclusivo\\_SNB\\_2011-2020\\_p11-csr-atto-rep-n-55-05mag2021.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/Report_Conclusivo_SNB_2011-2020_p11-csr-atto-rep-n-55-05mag2021.pdf), pp. 118-127 in generale (il passo riportato, p. 124).

quindi sviluppare l'offerta di servizi ecosistemici essenziali per le popolazioni residenti»<sup>47</sup>.

4.2. (segue) *La Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS)*

---

<sup>47</sup> Id., *op. ult. cit.*, pp. 118-127 in generale (il passo riportato, pp. 124-125), consultato in data 5 luglio 2021. In materia di "agricoltura", tra gli altri, alcuni temi cruciali riguardano «il rafforzamento dei servizi ecosistemici garantiti dalle attività agro-forestali (*carbon sink*, conservazione della biodiversità, conservazione del paesaggio, prevenzione del rischio idrogeologico, ciclo e riciclo dei nutrienti), e della filiera agro-alimentare (tracciabilità dei prodotti, sicurezza alimentare, benessere animale, antibiotico resistenza, sostenibilità ambientale delle produzioni agro-zootecniche); l'aumento dell'agricoltura biologica e degli elementi caratteristici per un'elevata biodiversità sui terreni agricoli riducendo l'uso e la nocività dei pesticidi del 50% entro il 2030, così favorendo anche l'arresto del declino degli impollinatori; l'innescio di nuove dinamiche di sviluppo e consumo basate su un nuovo e centrale ruolo del sistema agro-forestale (bioeconomia, economia circolare, agroecologia); [...]; la diffusione e l'adozione di pratiche che incrementino il *carbon stock* da parte dei sistemi agricoli e forestali; migliorare la comunicazione, l'educazione e le conoscenze sulle esternalità positive derivanti dalle biomasse agricole e forestali. Tali biomasse svolgono un ruolo fondamentale in termini di capacità di mitigazione del settore medesimo e soprattutto di de-carbonizzazione dei settori energetici (elettrico, termico e dei trasporti); perseguire la conservazione dei paesaggi rurali caratteristici [...]» (p. 125). In tema di "foreste", «le politiche di tutela e conservazione del patrimonio forestale dovranno sempre più attivamente convergere ed essere costruite in una visione integrata di lungo periodo con le politiche di sviluppo e crescita delle filiere forestali (produttive, ambientali e socioculturali), basandosi su solide e puntuali conoscenze. [...] I temi cruciali per le prospettive future su cui doversi congiuntamente concentrare riguardano: la protezione e la tutela del patrimonio forestale, attraverso un miglioramento nella prevenzione e adattamento agli incendi boschivi, al dissesto idrogeologico, agli attacchi parassitari e altri eventi estremi, sostenendo meccanismi coordinati di risposta rapida a tali eventi e promuovendo azioni di restauro e rigenerazione naturale assistita delle aree danneggiate e degradate; [...] incrementando la fornitura costante e continua di Servizi Ecosistemici materiali e immateriali dalle foreste, che per una società altamente urbanizzata come quella italiana deve fondarsi su politiche coordinate volte alla promozione della gestione sostenibile delle foreste del Paese come leva per il mantenimento delle economie delle aree rurali e interne, ma anche al contrasto della deforestazione e del degrado delle foreste nel mondo, promuovendo attività di produzione e di commercio internazionale basate su criteri di legalità e il restauro degli ecosistemi degradati; incrementando il ruolo strategico del patrimonio forestale italiano e nel suo complesso del settore e delle sue filiere, aumentando in primo luogo la resilienza delle foreste italiane, la loro capacità di adattamento e mitigazione ai cambiamenti climatici, l'immagazzinamento di carbonio nei suoli, nella biomassa degli alberi in piedi, nei prodotti legnosi a lungo ciclo di vita. Con riferimento al "mare", si possono individuare alcuni temi cruciali per le prospettive future: «Perseguire la riduzione degli impatti sull'ambiente marino, con particolare riferimento all'inquinamento ed allo sfruttamento sostenibile nel settore della pesca e dell'acquacoltura. Implementare la pianificazione spaziale marittima, fondamentale per la crescita blu, ovvero la crescita sostenibile delle economie collegate al mare attraverso un approccio ecosistemico. [...] Aumentare la superficie delle Aree Protette e della Rete Natura 2000 al fine di contribuire al raggiungimento dell'obiettivo dell'Ue di stabilire una rete coerente di zone protette ben gestite e di proteggere almeno il 30% della zona marina, considerando anche le acque sotto la giurisdizione nazionale oltre il limite delle 12 miglia nautiche [...]».

La Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS) rappresenta lo strumento finalizzato a declinare, a livello nazionale, i principi e gli obiettivi di Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, adottata nel 2015 alle Nazioni Unite.

Partendo dall'aggiornamento della "Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia 2002-2010", affidato al Ministero dell'Ambiente dalla Legge n. 221 del 28 dicembre 2015, la SNSvS assume una prospettiva più ampia e diventa quadro strategico di riferimento delle politiche settoriali e territoriali in Italia<sup>48</sup>.

Essa è strutturata in cinque aree, corrispondenti alle cosiddette "5P" dello sviluppo sostenibile proposte dall'Agenda 2030: Persone, Pianeta, Prosperità, Pace e Partnership. Una sesta area è dedicata ai cosiddetti "vettori per la sostenibilità", ossia gli elementi ritenuti essenziali per il raggiungimento degli obiettivi strategici nazionali.

All'interno degli obiettivi delineati della Strategia, sono rinvenibili evidenti e non equivocabili *indici di non regressione ambientale*.

In particolare, nell'area riguardante il "Pianeta"<sup>49</sup>, gli obiettivi mirano a «salvaguardare e migliorare lo stato di conservazione di specie e habitat per gli ecosistemi, terrestri e acquatici; arrestare la diffusione delle specie esotiche

---

<sup>48</sup> La SNSvS, presentata al Consiglio dei Ministri il 2 ottobre 2017 e approvata dal CIPE il 22 dicembre 2017, è frutto di un lavoro tecnico e di un ampio e complesso processo di consultazione con le amministrazioni centrali, le Regioni, la società civile e il mondo della ricerca. Il percorso di definizione della SNSvS ha preso avvio all'inizio del 2016, con l'elaborazione del "Posizionamento dell'Italia rispetto all'Agenda 2030". Il testo della SNSvS è stato sviluppato nelle sue versioni successive a partire da tali elementi, anche attraverso un lungo e complesso percorso di consultazioni multilivello. Informazioni reperibili ai seguenti link: <https://www.minambiente.it/pagina/il-processo-di-definizione-della-snsvs>, <https://www.minambiente.it/pagina/la-strategia-nazionale-lo-sviluppo-sostenibile>, siti consultati in data 8 luglio 2021.

<sup>49</sup> V. SNSvS, in particolare pp. 39-40, documento reperibile al seguente link: [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio\\_immagini/Galletti/Comunicati/snsvs\\_otto\\_bre2017.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio_immagini/Galletti/Comunicati/snsvs_otto_bre2017.pdf), sito consultato in data 8 luglio 2021. «Le sfide da affrontare in relazione all'area "Pianeta" sono molteplici. [...] è necessario attribuire al capitale naturale un adeguato valore all'interno dei processi economici, promuovere lo sviluppo di città sostenibili e invertire la tendenza allo spopolamento delle aree marginali, rafforzare la resilienza e la sostenibilità delle comunità e dei territori e custodire i paesaggi. Più nello specifico, l'Italia dovrà rafforzare il suo impegno per la conservazione di circa la metà delle specie di interesse comunitario e di oltre la metà degli habitat presenti sul suo territorio; per la tutela dell'elevato numero di specie a rischio di estinzione e di specie alloctone invasive; per il contrasto dei fenomeni di degrado del territorio e del suolo e di desertificazione; per la riduzione degli impatti negativi delle attività antropiche sull'aria e sulle acque. [...]».

invasive; aumentare la superficie protetta terrestre e marina e assicurare l'efficacia della gestione; proteggere e ripristinare le risorse genetiche e gli ecosistemi naturali connessi ad agricoltura, silvicoltura e acquacoltura [...]» (sotto-area “arrestare la perdita di biodiversità”)<sup>50</sup>.

All'interno della stessa area, la Strategia mira, inoltre, a «mantenere la vitalità dei mari e prevenire gli impatti sull'ambiente marino e costiero; arrestare il consumo del suolo e combattere la desertificazione; minimizzare i carichi inquinanti nei suoli, nei corpi idrici e nelle falde acquifere, tenendo in considerazione i livelli di buono stato ecologico dei sistemi naturali [...] minimizzare le emissioni e abbattere le concentrazioni inquinanti in atmosfera; garantire la gestione sostenibile delle foreste e combatterne l'abbandono e il degrado; prevenire i rischi naturali e antropici e rafforzare le capacità di resilienza di comunità e territori; assicurare elevate prestazioni ambientali di edifici, infrastrutture e spazi aperti[...]; garantire il ripristino e la deframmentazione degli ecosistemi e favorire le connessioni ecologiche urbano/rurali [...]»<sup>51</sup>.

Con riferimento all'area “Partnership”, nella sotto-area dedicata ad “Agricoltura sostenibile e sicurezza alimentare”, si afferma la necessità di «sostenere e sviluppare tecniche tradizionali di adattamento a fattori biotici e abiotici; rafforzare le capacità di far fronte a disastri naturali anche promuovendo le “infrastrutture verdi”»<sup>52</sup>. Nella sotto-area denominata “Ambiente, cambiamenti climatici ed energia per lo sviluppo”, alcuni obiettivi mirano a «promuovere interventi nel campo della riforestazione, dell'ammodernamento sostenibile delle aree urbane, della tutela delle aree terrestri e marine protette, delle zone umide, e dei bacini fluviali, della gestione sostenibile della pesca, del recupero delle terre e suoli, specie tramite la rivitalizzazione della piccola agricoltura familiare sostenibile; contribuire alla resilienza e alla gestione dei nuovi rischi ambientali nelle regioni più deboli ed esposte»<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> V. gli Obiettivi strategici nazionali, descritti all'interno del documento reperibile al seguente link [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/sviluppo\\_sostenibile/obiettivi\\_ita\\_1.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/sviluppo_sostenibile/obiettivi_ita_1.pdf), sito consultato in data 8 luglio 2021. Per un approfondimento generale ed ulteriore riguardante gli obiettivi e lo spazio temporale entro cui realizzarli, v. SNSvS, cit., in particolare pp. 39-54.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> V. gli Obiettivi strategici nazionali, cit.. Per un approfondimento generale ed ulteriore riguardante gli obiettivi e lo spazio temporale entro cui realizzarli, v. SNSvS, cit., in particolare pp. 87-94.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

4.3. (segue) *La Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici (SNAC) e Il Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici (PNACC)*

Per far fronte alle complesse problematiche legate al fenomeno dei cambiamenti climatici<sup>54</sup>, le politiche adottate a livello internazionale hanno posto al centro dell'attenzione due aspetti complementari: da un lato la necessità di perseguire la riduzione delle emissioni di gas serra in atmosfera, dall'altra incrementare la resilienza dei sistemi socio-economici e ambientali dei territori<sup>55</sup>.

Nel contesto scientificamente descritto dai rapporti dell'*International Panel on Climate Change (IPCC)*, e giuridicamente delineato dalle politiche di diritto internazionale e comunitario<sup>56</sup>, l'Italia ha tratteggiato le basi per la definizione di misure e azioni di adattamento ai cambiamenti climatici attraverso la *Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici (SNAC, MATTM 2015)* e i relativi documenti tecnico-scientifici di supporto. Tale Strategia ha individuato i principali impatti dei cambiamenti climatici sulle risorse ambientali e su un insieme di settori socio-economici rilevanti a livello nazionale, al contempo indicando per ciascuno di essi alcune proposte di azione di adattamento a tali impatti.

In particolare, gli obiettivi prefissati delineano la necessità di non regredire nelle misure di contrasto al degrado ecosistemico e, al contempo, tracciano una progressione verso un più elevato livello di tutela ambientale.

Ciò è reso evidente già solo analizzando la portata inequivocabile della terminologia e dei sintagmi utilizzati; infatti, tali obiettivi mirano a «ridurre al minimo i rischi derivanti dai cambiamenti climatici, proteggere la salute il benessere e i beni della popolazione, preservare il patrimonio naturale, mantenere

---

<sup>54</sup> Per una ricostruzione delle problematiche derivanti dal cambiamento climatico in Italia, si v. ampiamente SNAC, in particolare la sezione dedicata a «Stato delle conoscenze degli impatti e delle vulnerabilità settoriali» (pp. 22-57). V., inoltre, PNACC, pp. 16-142.

<sup>55</sup> PNACC, p. 7.

<sup>56</sup> SNAC, pp. 8-11. La Strategia italiana trova il suo fondamento nei seguenti documenti: «Rapporto tecnico-scientifico “Stato delle conoscenze scientifiche su impatti, vulnerabilità ed adattamento ai cambiamenti climatici”»; Rapporto tecnico-giuridico “Analisi della normativa per l’adattamento ai cambiamenti climatici: quadro comunitario e quadro nazionale”»; “Elementi per una Strategia Nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici”» (p. 8). Per un approfondimento sulle politiche comunitarie in materia, si vedano ampiamente gli allegati 1 e 2 a SNAC, intitolati rispettivamente “Normativa europea rilevante per le politiche di adattamento” (pp. 101-104) e “Strategia Europea e strategie/piani nazionali di adattamento ai cambiamenti climatici in Europa” (pp. 105-114).

o migliorare la resilienza e la capacità di adattamento dei sistemi naturali, sociali ed economici nonché trarre vantaggio dalle eventuali opportunità che si potranno presentare con le nuove condizioni climatiche»<sup>57</sup>.

Sono, poi, definiti cinque assi strategici d'azione; tra questi, alcuni sono volti a «migliorare le attuali conoscenze sui cambiamenti climatici e sui loro impatti; descrivere la vulnerabilità del territorio, le opzioni di adattamento per tutti i sistemi naturali ed i settori socio-economici rilevanti, e le opportunità eventualmente associate; promuovere la partecipazione ed aumentare la consapevolezza dei portatori di interesse nella definizione di strategie e piani di adattamento settoriali attraverso un ampio processo di comunicazione e dialogo, anche al fine di integrare l'adattamento all'interno delle politiche di settore in maniera più efficace; [...]»<sup>58</sup>.

Il Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici (PNACC) è finalizzato all'attuazione della Strategia Nazionale attraverso l'aggiornamento e la migliore specificazione dei suoi contenuti ai fini operativi<sup>59</sup>.

4.4. (segue) Il “decreto clima” convertito dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141

---

<sup>57</sup> SNAC, p. 10. PNACC, P. 7. Nella Strategia Nazionale l'obiettivo generale dell'adattamento è declinato in quattro obiettivi specifici riguardanti: 1. il contenimento della vulnerabilità dei sistemi naturali, sociali ed economici agli impatti dei cambiamenti climatici; 2. l'incremento della capacità di adattamento degli stessi; 3. il miglioramento dello sfruttamento delle eventuali opportunità; 4. il coordinamento delle azioni a diversi livelli.

<sup>58</sup> SNAC, p. 10.

<sup>59</sup> PNACC, pp. 7-8. L'obiettivo principale del Piano è di attualizzare il complesso quadro di riferimento conoscitivo nazionale sull'adattamento e di renderlo funzionale ai fini della progettazione di azioni di adattamento ai diversi livelli di governo e nei diversi settori di intervento. In particolare il Piano individua: - scenari climatici di riferimento alla scala distrettuale/regionale; - propensione al rischio; - impatti e vulnerabilità settoriali; - azioni di adattamento settoriali; - ruoli per l'attuazione delle azioni e delle misure di adattamento nonché strumenti di coordinamento tra i diversi livelli di governo del territorio; - stima delle risorse umane e finanziarie necessarie; - indicatori di efficacia delle azioni di adattamento; - modalità di monitoraggio e valutazione degli effetti delle azioni di adattamento. Rispetto alla Strategia, il PNACC si configura come uno strumento più operativo diretto a supportare da un punto di vista conoscitivo le istituzioni nazionali, regionali e locali nella definizione di propri percorsi settoriali e locali di adattamento anche in relazione alle criticità che le connotano maggiormente.



In un contesto di conclamata crisi ecologica planetaria, caratterizzata da un rischio sempre più concreto di collasso di numerosi ecosistemi<sup>60</sup>, il “decreto clima” mira all'abbattimento delle emissioni inquinanti e climalteranti.

Esso interviene con misure urgenti in tutti i settori considerati vulnerabili ai cambiamenti climatici: acqua, agricoltura, biodiversità, costruzioni ed infrastrutture, energia, prevenzione dei rischi industriali rilevanti, salute umana, suolo ed usi correlati, trasporti.

Tra i punti principali del decreto rientrano: (i) politiche attive di “riforestazione urbana” volte alla piantumazione e al reimpianto di alberi, di silvicoltura, alla creazione di foreste urbane e periurbane nelle città metropolitane; (ii) previsione di un fondo per il rimboschimento e la tutela ambientale e idrogeologica delle aree interne; esso mira ad incentivare interventi di messa in sicurezza, manutenzione del suolo e rimboschimento attuati dalle imprese agricole e forestali; (iii) istituzione di un fondo qualità dell'aria; (iv) creazione di un “tavolo interministeriale per l'emergenza climatica”, al fine di garantire l'attuazione del Programma strategico nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria<sup>61</sup>.

Nell'articolo 1 (“Misure urgenti per la definizione di una politica strategica nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria”) del testo coordinato si prevede che «1. In coordinamento con il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima

---

<sup>60</sup> V. <https://www.minambiente.it/comunicati/decreto-clima-un-primo-importante-passo-contrastare-i-cambiamenti-climatici>, sito consultato in data 4 luglio 2021. Ad agosto 2019, l'IPCC ha presentato il rapporto speciale su "Cambiamenti climatici, desertificazione, degrado terrestre, sostenibilità del territorio, sicurezza alimentare e flussi di gas serra negli ecosistemi terrestri" nel quale si evidenzia la stretta relazione che sussiste fra tutti questi fattori e le anomalie climatiche cui stiamo assistendo negli ultimi anni. Il rapporto ha messo in luce una serie di dati allarmanti ed analizzato possibili misure per ridurre le emissioni di gas serra e limitare il riscaldamento globale. Tra queste: il ripristino del territorio e la gestione del carbonio organico nel suolo, la conservazione degli ecosistemi, la riduzione della deforestazione e del degrado, la riduzione della perdita e dello spreco di cibo.

<sup>61</sup> Per i dettagli e le coperture economiche e finanziarie previste, si rimanda al testo coordinato del decreto legge 14 ottobre 2019, n. 111. Testo del decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 241 del 14 ottobre 2019), coordinato con la legge di conversione 12 dicembre 2019, n. 141, recante: «Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.», testo reperibile al sito web <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/12/13/19A07885/sg>, sito consultato in data luglio 2021.

(PNIEC) e con la pianificazione di bacino per il dissesto idrogeologico [...], con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, [...] è approvato il Programma strategico nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria in cui sono individuate le misure di competenza nazionale da porre in essere al fine di assicurare la corretta e piena attuazione della normativa europea e nazionale in materia di contrasto al cambiamento climatico e della direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008[...] 2. Ciascuna amministrazione pubblica, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, conforma le attività di propria competenza al raggiungimento degli obiettivi di contrasto ai cambiamenti climatici e miglioramento della qualità dell'aria. 2-bis. E' istituito presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare il tavolo permanente interministeriale sull'emergenza climatica, [...] al fine di monitorare, e adeguare ai risultati, le azioni del Programma strategico nazionale[...].».

Anche in questa circostanza, la previsione di una politica strategica nazionale volta al contrasto del cambiamento climatico e al miglioramento della qualità dell'aria attraverso l'adozione di misure di riforestazione, l'approvazione di un Programma strategico nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria, il coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni, le cui attività di competenza devono mirare al raggiungimento degli obiettivi di contrasto ai cambiamenti climatici e miglioramento della qualità dell'aria, l'istituzione di un tavolo permanente interministeriale sull'emergenza climatica devolvono chiaramente nella direzioni di ritenere sussistenti politiche attive conformanti sostanzialmente all'operatività del principio di non regressione<sup>62</sup>.

#### 4.5. (segue) *Il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 (PNIEC 2030)*

---

<sup>62</sup> Tali *indicatori di non regressione* sono vieppiù resi evidenti già dalla terminologia adoperata: “contrasto” (al cambiamento climatico) implica l'adozione di misure volte ad arrestare e mitigare (il cambiamento climatico), “migliorare” (la qualità dell'aria) richiede l'adozione di misure volte a “progredire”, e quindi a “non regredire”, (nel livello di salubrità dell'aria).

Fin dalla sottoscrizione del Protocollo di Kyoto, l'Unione europea e i suoi Stati membri hanno condiviso un percorso finalizzato alla lotta ai cambiamenti climatici attraverso l'adozione di politiche e misure comunitarie e nazionali di decarbonizzazione dell'economia. Tale percorso è stato confermato durante la XXI Conferenza delle Parti della Convenzione Quadro per la lotta contro i cambiamenti climatici, svoltasi a Parigi nel 2015, con l'adozione dell'Accordo di Parigi<sup>63</sup>.

A livello comunitario, il Consiglio europeo di marzo 2007 per la prima volta ha previsto un approccio integrato tra politiche energetiche e per la lotta ai cambiamenti climatici con il Pacchetto Clima-Energia 2020. Gli obiettivi del Pacchetto, alcuni dei quali vincolanti, sono stati recepiti nelle legislazioni nazionali degli Stati membri a partire dal 2009<sup>64</sup>.

Nello spazio temporale che si è aperto dal 2020 in poi, rilievo fondamentale assumono la Strategia per un'Unione dell'energia<sup>65</sup> e il nuovo Quadro per l'energia e il clima 2030, approvato dal Consiglio europeo nelle conclusioni del 23 e 24 ottobre 2014 e dai successivi provvedimenti attuativi.

In vista del 2030 e dei traguardi da raggiungere entro il 2050, l'Italia si sta dotando di strumenti di pianificazione finalizzati all'identificazione di obiettivi, politiche e misure coerenti con il quadro europeo e funzionali a migliorare la sostenibilità ambientale, la sicurezza e l'accessibilità dei costi dell'energia<sup>66</sup>. Oltre a questo Piano, è prevista la stesura di una Strategia di lungo termine. Al fine di quantificare lo sforzo da compiere, la Strategia individua i possibili percorsi per la "neutralità climatica" entro il 2050, in linea con gli orientamenti politici europei e nazionali.

---

<sup>63</sup> L'Accordo stabilisce la necessità del contenimento dell'aumento della temperatura media globale ben al di sotto dei 2°C e il perseguimento degli sforzi di limitare l'aumento a 1.5°C, rispetto ai livelli preindustriali. L'Italia ha firmato l'accordo il 22 aprile 2016 e lo ha ratificato l'11 novembre 2016.

<sup>64</sup> Per un'analisi approfondita dei dati, v. PNIEC, pp. 19-20. Tra gli obiettivi vincolanti, l'Italia aveva un target di riduzione delle emissioni di gas serra per i settori non regolati dalla Direttiva ETS del 13% entro il 2020 rispetto ai livelli del 2005. Per quanto riguarda la promozione delle fonti di energia rinnovabile l'Italia aveva l'obiettivo di raggiungere nel 2020 una quota pari al 17% di energia da rinnovabili nei Consumi Finali Lordi di energia e un sotto-obiettivo pari al 10% di energia da rinnovabili nei Consumi Finali Lordi di energia nei trasporti.

<sup>65</sup> Essa risulta basata sulle cinque dimensioni: decarbonizzazione (incluse le rinnovabili), efficienza energetica, sicurezza energetica, mercato dell'energia completamente integrato, ricerca, innovazione e competitività.

<sup>66</sup> Per un approfondimento del contesto politico e legislativo di riferimento, v. PNIEC, pp. 20-24.

Il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 è uno strumento fondamentale che segna l'inizio di un importante cambiamento nella politica energetica e ambientale dello Stato italiano verso la decarbonizzazione.

Strutturato in cinque linee di intervento<sup>67</sup>, il Piano mira a realizzare una nuova politica energetica che assicuri la piena sostenibilità ambientale, sociale ed economica del territorio nazionale.

Nel PNIEC, vi sono numerosi riferimenti alla necessità che gli strumenti posti in essere in materia di politica energetica e climatica debbano seguire traiettorie migliorative del contesto sociale, economico e ambientale<sup>68</sup>.

In linea con le politiche comunitarie in materia, tra gli obiettivi generali perseguiti dall'Italia vi sono: «a. accelerare il percorso di decarbonizzazione, considerando il 2030 come una tappa intermedia verso una decarbonizzazione profonda del settore energetico entro il 2050 e integrando la variabile ambiente nelle altre politiche pubbliche; [...] c. favorire l'evoluzione del sistema energetico, in particolare nel settore elettrico, da un assetto centralizzato a uno distribuito basato prevalentemente sulle fonti rinnovabili; d. adottare misure che migliorino la capacità delle stesse rinnovabili di contribuire alla sicurezza e, nel contempo, favorire assetti, infrastrutture e regole di mercato che, a loro volta contribuiscano all'integrazione delle rinnovabili; [...] f. promuovere l'efficienza energetica in tutti i settori, come strumento per la tutela dell'ambiente[...] g. promuovere l'elettrificazione dei consumi [...] come strumento per migliorare anche la qualità dell'aria e dell'ambiente; h. accompagnare l'evoluzione del sistema energetico con attività di ricerca e innovazione che [...] sviluppino soluzioni idonee a promuovere la sostenibilità, la sicurezza, la continuità e l'economicità di forniture basate in modo crescente su energia rinnovabile in tutti i settori d'uso e

---

<sup>67</sup> Decarbonizzazione, Efficienza energetica, Sicurezza energetica, Mercato interno dell'energia, Ricerca, innovazione e competitività.

<sup>68</sup> V. PNIEC, il cui documento è reperibile al seguente sito web [https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC\\_finale\\_17012020.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC_finale_17012020.pdf), sito consultato in data 01 luglio 2021. A titolo esemplificativo, si citano alcuni passaggi: «Da tempo l'Italia persegue il più ampio ricorso a strumenti che migliorino insieme sicurezza energetica, tutela dell'ambiente e accessibilità dei costi dell'energia, contribuendo agli obiettivi europei in materia di energia e ambiente. [...] Il presente piano intende concorrere a un'ampia trasformazione dell'economia, nella quale la decarbonizzazione, l'economia circolare, l'efficienza e l'uso razionale ed equo delle risorse naturali rappresentano insieme obiettivi e strumenti per un'economia più rispettosa delle persone e dell'ambiente, in un quadro di integrazione dei mercati energetici nazionale nel mercato unico e con adeguata attenzione all'accessibilità dei prezzi e alla sicurezza degli approvvigionamenti e delle forniture».

favoriscano il riorientamento del sistema produttivo verso processi e prodotti a basso impatto di emissioni di carbonio [...] i. adottare, anche tenendo conto delle conclusioni del processo di Valutazione Ambientale Strategica e del connesso monitoraggio ambientale, misure e accorgimenti che riducano i potenziali impatti negativi della trasformazione energetica su altri obiettivi parimenti rilevanti, quali la qualità dell'aria e dei corpi idrici, il contenimento del consumo di suolo e la tutela del paesaggio»<sup>69</sup>.

Nel capitolo II del PNIEC, sono indicati una serie di obiettivi e traguardi su base nazionale riguardanti le dimensioni della decarbonizzazione, dell'efficienza energetica, della sicurezza energetica, del mercato interno dell'energia, e della ricerca, dell'innovazione e della competitività<sup>70</sup>.

L'utilizzo di sintagmi quali "accelerare il percorso di decarbonizzazione", "promuovere l'efficienza energetica", "migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente", "promuovere la sostenibilità, la sicurezza, la continuità e l'economicità di forniture basate in modo crescente su energia rinnovabile in

---

<sup>69</sup> PNIEC, p. 6.

<sup>70</sup> Per quanto riguarda l'esposizione analitica degli obiettivi, v. PNIEC, pp. 47-107. Le cinque dimensioni dell'energia UE sono collegate agli obiettivi perseguiti dall'Unione al 2030 in materia di energia e clima: quanto alle emissioni di gas ad effetto serra, il Regolamento (UE) 2018/842 (articolo 4 e allegato I) – sulla base dell'Accordo di Parigi del 2016 – fissa i livelli vincolanti delle riduzioni delle emissioni al 2030 per ciascuno Stato membro. L'obiettivo vincolante per l'UE nel suo complesso è una riduzione interna di almeno il 40% delle emissioni rispetto ai livelli del 1990, da conseguire entro il 2030. Per l'Italia, il livello fissato al 2030 è del - 33% rispetto al livello nazionale 2005. Quanto all'energia rinnovabile, la Direttiva (UE) 2018/2001 (articolo 3) dispone che gli Stati membri provvedono collettivamente a far sì che la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione nel 2030 sia almeno pari al 32%. Contestualmente, a decorrere dal 1° gennaio 2021, la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia di ciascuno Stato membro non deve essere inferiore a dati limiti. Per l'Italia tale quota è pari al 17%, valore già raggiunto (allegato I, parte A); quanto all'efficienza energetica, ai sensi della Direttiva 2018/2002/UE, l'obiettivo di miglioramento dell'Unione è pari ad almeno il 32,5% al 2030 rispetto allo scenario 2007 (articolo 1). L'articolo 7 della Direttiva fissa gli obblighi per gli Stati membri di risparmio energetico nell'uso finale di energia da realizzare al 2030. Tali obblighi sono stati "tradotti" nel PNIEC italiano in un miglioramento al 2030 del 43%. Il meccanismo di *governance* delineato nel Regolamento UE n. 2018/1999 è basato sulle Strategie a lungo termine per la riduzione dei gas ad effetto serra, delineate negli articoli 15 e 16 del Regolamento, e, in particolare, sui Piani nazionali integrati per l'energia e il clima, che coprono periodi di dieci anni a partire dal decennio 2021-2030, sulle corrispondenti relazioni intermedie nazionali integrate sull'energia e il clima, trasmesse dagli Stati membri, e sulle modalità integrate di monitoraggio della Commissione. La messa a punto e l'attuazione dei Piani nazionali è realizzata attraverso un processo iterativo tra Commissione e Stati membri. In particolare, gli Stati membri devono notificare alla Commissione europea, entro il 31 dicembre 2019, quindi entro il 1° gennaio 2029, e successivamente ogni dieci anni, il proprio Piano nazionale integrato per l'energia e il clima.

tutti i settori d'uso", unitamente alla posizione di traguardi parziali sempre più ambiziosi riguardanti la decarbonizzazione, l'utilizzo di risorse rinnovabili, la riduzione delle emissioni inquinanti e climalteranti, trovano solido ancoraggio e, al contempo, approdo ermeneutico nel riconoscimento *de facto* di un principio di non regressione in materia ambientale.

#### 4.6. (segue) Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)

Nell'attuale contesto pandemico, le istituzioni dell'Unione europea hanno concordato un piano di ripresa finalizzato a riparare i danni economici e sociali causati dall'emergenza sanitaria da coronavirus e contribuire a gettare le basi per rendere le economie e le società dei Paesi europei più sostenibili, resilienti e preparati alle sfide e alle opportunità della transizione ecologica e digitale.

Con l'avvio del periodo di programmazione 2021-2027 e il potenziamento mirato del bilancio a lungo termine dell'UE, l'attenzione è focalizzata sulla nuova politica di coesione e sullo strumento finanziario denominato *Next Generation EU*, uno strumento temporaneo da 750 miliardi di euro pensato per stimolare una ripresa sostenibile, uniforme, inclusiva ed equa<sup>71</sup>.

In tale contesto si inserisce il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, denominato "Italia Domani", ossia lo strumento che traccia gli obiettivi, le riforme e gli investimenti che l'Italia intende realizzare grazie all'utilizzo dei fondi europei di *Next Generation EU*<sup>72</sup>.

Nella parte relativa alla II missione, denominata "Rivoluzione verde e transizione ecologica", vengono in rilievo alcuni dati, identificabili come *indici di non regressione*, dal momento che prevedono un innalzamento del livello di tutela ambientale ed ecosistemica già garantita e tracciano una progressione dal punto di vista degli obiettivi da raggiungere.

---

<sup>71</sup> L'intera iniziativa della Commissione europea è strutturata su tre pilastri: (i) sostegno agli Stati membri per investimenti e riforme; (ii) rilanciare l'economia dell'UE incentivando l'investimento privato; (iii) trarre insegnamento dalla crisi.

<sup>72</sup> Il Piano, recentemente approvato dalla Commissione europea, è stato realizzato seguendo le linee guida emanate dalle istituzioni europee, si articola su tre assi principali (digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica e inclusione sociale) e si sviluppa attorno a sei missioni, che rappresentano le aree "tematiche" strutturali di intervento. I) Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo. II) Rivoluzione verde e transizione ecologica. III) Infrastrutture per una mobilità sostenibile. IV) Istruzione e Ricerca. V) Inclusione e Coesione VI) Salute.

Tale missione si basa su 4 Componenti: 1) Economia circolare e agricoltura sostenibile; 2) Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; 3) Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; 4) Tutela del territorio e della risorsa idrica.

Con riferimento alla Componente 1, il PNRR esplicita l'obiettivo volto a «perseguire un duplice percorso verso una piena sostenibilità ambientale. Da un lato, migliorare la gestione dei rifiuti e dell'economia circolare, rafforzando le infrastrutture per la raccolta differenziata, ammodernando o sviluppando nuovi impianti di trattamento rifiuti [...] Dall'altro, sviluppare una filiera agricola/alimentare *smart* e sostenibile, riducendo l'impatto ambientale in una delle eccellenze italiane, tramite *supply chain* "verdi"»<sup>73</sup>.

Si prevede, inoltre, che «per raggiungere la progressiva decarbonizzazione di tutti i settori, nella Componente 2 sono stati previsti interventi – investimenti e riforme – per incrementare decisamente la penetrazione di rinnovabili [...]»<sup>74</sup>. Attraverso la Componente 3 il PNRR mira a rafforzare l'efficientamento energetico incrementando il livello di efficienza degli edifici.

Rilievo assume il tema della sicurezza del territorio, intesa come la mitigazione dei rischi idrogeologici, la salvaguardia delle aree verdi e della biodiversità, l'eliminazione dell'inquinamento delle acque e del terreno, la disponibilità di risorse idriche.

Nello specifico, la Componente 4 «pone in campo azioni per rendere il Paese più resiliente agli inevitabili cambiamenti climatici, proteggere la natura e la biodiversità, e garantire la sicurezza e l'efficienza del sistema idrico»<sup>75</sup>.

Inoltre, si prevede che tutte le misure messe in campo contribuiranno al raggiungimento e al superamento degli obiettivi definiti dal PNIEC in vigore.

---

<sup>73</sup> PNRR, p. 117.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 118.

Ulteriori *indici di non regressione* sono rinvenibili nella fissazione degli obiettivi generali con riferimento alle singole componenti<sup>76</sup>, nonché nella descrizione delle azioni volte a perseguire tali obiettivi<sup>77</sup>.

4.7. (segue) *La Legge Regione Puglia del 27 dicembre 2018, n. 67*

La Legge Regione Puglia del 27 dicembre 2018, n. 67, rubricata “Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2019 e bilancio pluriennale 2019-2021 della Regione Puglia (Legge di stabilità regionale 2019”, prevede all’articolo 57 (“Integrazione all’articolo 1 della legge regionale 12 aprile 2001, n. 11”) una serie di integrazioni all’articolo 1 della legge regionale 12 aprile 2001, n. 11 in tema di norme sulla valutazione di impatto ambientale.

In particolare, dopo il comma 2 dell’articolo 1 della legge regionale n. 11/2001, sono inseriti i seguenti commi: «2 bis. La Regione, nell’esercizio delle proprie funzioni e nell’ambito della programmazione territoriale, socio-economica e ambientale finalizzata al perseguimento dello sviluppo sostenibile, garantisce che le decisioni amministrative, anche quelle istruttorie o endoprocedimentali, relative ai progetti e agli interventi che soggiacciono alle

---

<sup>76</sup> V. PNRR. Gli obiettivi generali sono così riassunti. Componente 1: «Miglioramento della capacità di gestione efficiente e sostenibile dei rifiuti e avanzamento del paradigma dell’economia circolare. Sviluppo di una filiera agroalimentare sostenibile, migliorando le prestazioni ambientali e la competitività delle aziende agricole. Sviluppo di progetti integrati (circularità, mobilità, rinnovabili) su isole e comunità» (p. 119). Componente 2: «Incremento della quota di energia prodotta da fonti di energia rinnovabile (FER) nel sistema, in linea con gli obiettivi europei e nazionali di decarbonizzazione. Potenziamento e digitalizzazione delle infrastrutture di rete per accogliere l’aumento di produzione da FER e aumentarne la resilienza a fenomeni climatici estremi. Promozione della produzione, distribuzione e degli usi finali dell’idrogeno, in linea con le strategie comunitarie e nazionali. Sviluppo di un trasporto locale più sostenibile, non solo ai fini della decarbonizzazione ma anche come leva di miglioramento complessivo della qualità della vita (riduzione inquinamento dell’aria e acustico, diminuzione congestioni e integrazione di nuovi servizi). Sviluppo di una leadership internazionale industriale e di ricerca e sviluppo nelle principali filiere della transizione» (p. 125). Componente 3: «Aumento dell’efficientamento energetico del parco immobiliare pubblico e privato. Stimolo agli investimenti locali, creazione di posti di lavoro, promozione della resilienza sociale ed integrazione delle energie rinnovabili» (p. 139). Componente 4: «Rafforzamento della capacità previsionale degli effetti del cambiamento climatico tramite sistemi avanzati ed integrati di monitoraggio e analisi. Prevenzione e contrasto delle conseguenze del cambiamento climatico sui fenomeni di dissesto idrogeologico e sulla vulnerabilità del territorio. Salvaguardia della qualità dell’aria e della biodiversità del territorio attraverso la tutela delle aree verdi, del suolo e delle aree marine. Garanzia della sicurezza dell’approvvigionamento e gestione sostenibile ed efficiente delle risorse idriche lungo l’intero ciclo» (p. 143).

<sup>77</sup> *Ivi*, pp. 115-152.



disposizioni recate dalla parte II del decreto legislativo del 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), siano assunte nel rispetto delle esigenze di salvaguardia e di tutela: a) della salute umana; b) della conservazione delle risorse; c) del miglioramento della qualità della vita; d) della resilienza degli ecosistemi incisi. 2 ter. La Regione, nelle decisioni medesime, garantisce, altresì, che la tutela dell'ambiente sarà oggetto di un miglioramento costante, tenuto conto delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento»<sup>78</sup>.

Tale legge introduce delle novità rilevanti sotto il profilo della tutela ambientale, con specifico riferimento alle attività amministrative dei pubblici poteri, enunciando di fatto i due principi eco-giuridici di resilienza<sup>79</sup> e di non regressione.

---

<sup>78</sup> Inoltre, al comma 4 dell'articolo 1 della L.R. 11/2001, la lettera a) è sostituita dalla seguente: "a) la salute dell'uomo;". Al riguardo, il nuovo comma 4 dell'articolo 1 della L.R. 11/2001 prevede che: «Le procedure di V.I.A. individuano, descrivono e valutano l'impatto ambientale sui seguenti fattori: a) la salute dell'uomo; b) la fauna e la flora; c) il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio; d) il patrimonio ambientale, storico e culturale; e) le interazioni tra i fattori precedenti».

<sup>79</sup> Anche il principio di resilienza rappresenta un principio che s'intende riconoscere e codificare nell'esperienza del diritto internazionale dell'ambiente, e trova anch'esso collocazione all'interno del Progetto di «*Global Pact for the Environment*» (articolo 16). Il dibattito in corso nella dottrina giuridica a livello globale – stimolato da un'accresciuta sensibilità nei confronti del concetto di resilienza da parte del diritto, in generale, e del diritto pubblico, in particolare – ha condotto alcuni studiosi ad interrogarsi anche sull'emersione di un «principio di resilienza» (Cfr. gli atti del Simposio internazionale «*Law for Social-Ecological Resilience Conference*» svoltosi il 17-19 novembre 2010 a Stoccolma, pubblicati nel 2013 sulla rivista *Ecology and Society (Law and Social-Ecological Resilience, Part I: Contributions from Resilience 2011, Issue 2; Law and Social-Ecological Resilience, Part II, Contributions from Law for Social-Ecological Resilience Symposium Stockholm, Sweden, 2010, Issue 3)*. V. comunque N.A. ROBINSON, *The Resilience Principle*, in *IUCN Academy of Environmental Law eJournal*, n. 5/2014. A.S. GARMESTANI - C.R. ALLEN (eds.), *Social-Ecological Resilience and Law*, Columbia University Press, New York, 2014; T.-L. HUMBY, *Law and Resilience: Mapping the Literature*, in *Seattle Journal of Environmental Law*, Vol. 4, Issue 1, 2014. L. H. MONTEIRO DE LIMA, *The Principle of Resilience*, in *Pace Environmental Law Review*, Vol. 30, Issue 2, 2013. D. ARMITAGE, *Resilience and Administrative Law*, in *Ecology and Society*, Vol. 18, Issue 2, 2013. A.S. GARMESTANI - C. R. ALLEN - M. H. BENSON, *Can Law Foster Social-Ecological Resilience?*, in *Ecology and Society*, Vol. 18, Issue 2, 2013. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007. C. CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 277 ss.). Sul tema, v. anche M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., pp. 44-49. «Il principio di resilienza così configurato corrisponde alla proposta di vincolare *de iure* le agenzie amministrative a definire non solo "i livelli massimi permessi di degradazione e di esaurimento" degli ecosistemi affidati alla loro gestione adattiva, ma soprattutto ad "identificare i *tipping points* per ogni ecosistema" quali "soglie critiche di resilienza" attraverso un "*ecosystem resilience assessment*", che le amministrazioni dovranno operare in occasione dell'assunzione di ogni decisione, avvalendosi del

Per quanto riguarda il principio di resilienza, la disposizione prevede che alcune decisioni amministrative, specificamente individuate, debbano essere assunte nel rispetto delle esigenze di salvaguardia e di tutela della resilienza degli ecosistemi incisi.

Nell'ottica della non regressione, le succitate decisioni amministrative devono conformarsi a politiche di conservazione delle risorse, e quindi quanto meno al loro non depauperamento, e di miglioramento della qualità della vita; ma soprattutto, sempre con riferimento a tali decisioni, la Regione garantisce che la tutela dell'ambiente sarà oggetto di un miglioramento costante, tenuto conto delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento.

Ecco, dunque, ancora una volta l'emersione del nucleo fondante la non regressione, laddove si richiede e si impone alle pubbliche amministrazioni, quanto meno con riferimento a specifiche decisioni, il dovere di perseguire un miglioramento costante, e quindi di non regredire, per quanto riguarda la tutela dell'ambiente.

##### *5. Considerazioni conclusive e indici costituzionali di non regressione*

A conclusione del presente lavoro, alcuni dati si offrono all'evidenza.

In Italia, il dibattito riguardante il principio di regressione si colloca ancora in una fase embrionale nei diversi formanti giuridici.

Dal punto di vista legislativo, si registrano diversi tentativi di codificare il principio all'interno del d. lgs. 152/2006: l'ultima, in ordine cronologico, è in discussione in Parlamento.

Dal punto di vista giurisprudenziale, sebbene la materia "ambiente" sia stata al centro di numerose pronunce, riguardanti i profili contenutistici della definizione di "ambiente", il rapporto tra le categorie "ambiente" ed "ecosistema", il riparto di competenze legislative Stato-regioni *ex* articolo 117 Cost., non si rinvengono sentenze che riconoscano e applichino il principio.

Il dibattito dottrinale, seppur marginale all'interno del panorama giuridico e accademico italiano, oscilla tra riflessioni volte a delineare struttura e presupposti della non regressione ambientale, partendo principalmente dal dato

---

ricorso alle conoscenze scientifiche e, dunque, esercitando discrezionalità di natura tecnica più che amministrativa» (p. 46).

fornito dalla giurisprudenza costituzionale, e tentativi di ricostruire la portata del principio su basi concettuali volte ad affrontare le apparenti antinomie tra il principio stesso e le categorie ordinanti l'assetto costituzionale italiano.

In tale contesto, ad opinione di chi scrive, oltre agli *indici di non regressione* rinvenibili nel diritto positivo, precedentemente analizzati, è possibile rintracciare *profili costituzionali di non regressione* partendo dalla lettura e dall'analisi degli articoli 2 e 4 della Costituzione.

In particolare, l'articolo 2, nella prima parte, stabilisce che la Repubblica «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]».

Tra i diritti inviolabili dell'uomo, la «garanzia accordata al bene fondamentale della vita [...] è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2»<sup>80</sup>, e «il diritto alla vita e all'integrità fisica», unitamente alla libertà personale, è presupposto a tutti gli altri diritti fondamentali in quanto va a «costruire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona»<sup>81</sup>.

Partendo dalle concezioni di “vita” in senso biologico/ecologico e in senso giuridico, una parte della dottrina giuridica ha rilevato come: (i) il valore fondamentale della vita assuma rilevanza giuridica a più livelli a complessità progressiva e crescente, ossia la vita alla scala individuale, la vita alla scala sociale e la vita alla scala ecologica<sup>82</sup>; (ii) i sistemi ecologici siano ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria per l'uomo, sul piano delle leggi naturali<sup>83</sup>; (iii) la difesa della vita nella dimensione ecologica sia preconditione indefettibile per la perpetuazione della vita nella dimensione sociale ed economica, dato che il collasso delle condizioni ecologiche che garantiscono la

---

<sup>80</sup> Sentenza Corte costituzionale, 27 giugno 1996, n. 223.

<sup>81</sup> Sentenza della Corte costituzionale, 9 luglio 1996, n. 238. Simmetricamente, la Corte EDU afferma che «il diritto alla vita è il valore supremo nella gerarchia dei diritti umani» (Corte EDU, 20 ottobre 2015, caso Vasiliaskas v. Lithuania n. 35343/05, § 158; 17 maggio 2010, caso Kononov v. Latvia n. 36376/04, § 241; 22 marzo 2001, caso K.-H. W. b. Germany n. 37201/97, §§ 75, 90 e 96).

<sup>82</sup> M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., pp. 55-58. M. MONTEDURO, S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi* (Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, in ricordo di Giovanni Gabrielli), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 166-167.

<sup>83</sup> M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., pp. 55-58. M. MONTEDURO, S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione*, cit., pp. 166-167.

vita umana in senso bio-fisico determinerebbe il collasso delle società e delle relative economie sorrette dagli ecosistemi di appartenenza<sup>84</sup>.

Tale struttura teorica, unitamente alla ricostruzione del rapporto triadico di interdipendenza tra i tre elementi popolo-territorio-sovranià, da un lato, ha condotto a ritenere l'interesse ad evitare il collasso ecologico come una delle possibili configurazioni dell'interesse ambientale generalmente inteso, non bilanciabile con altri interessi, valori o diritti, perché ha ad oggetto il presupposto, la condizione di possibilità biofisica del bilanciamento giuridico; dall'altro, in linea consequenziale, ha portato a declinare l'interesse ad evitare il collasso ecologico quale elemento del nucleo essenziale e irriducibile del diritto inviolabile alla vita<sup>85</sup>.

La protezione dal collasso ecologico, pertinente al nucleo minimo e incompressibile del diritto alla vita, trova traduzione sul piano giuridico-prescrittivo-programmatico nella seconda parte dell'articolo 2 della Costituzione, laddove si statuisce che la Repubblica «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Al riguardo, scaturiscono alcune riflessioni.

Dal punto di vista soggettivo, una parte della dottrina giuridica ritiene che l'art. 2 Cost. «fonda direttamente, nell'*an*, l'esistenza di "doveri inderogabili" in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del "nucleo irriducibile" dei "diritti inviolabili" della persona umana nel prisma della solidarietà costituzionale»<sup>86</sup>. Dunque, titolari dei doveri inderogabili di solidarietà non sono soltanto soggetti privati, singoli o associati, ma anche le pubbliche amministrazioni<sup>87</sup>.

Il tema riguardante la natura del catalogo dei doveri inderogabili *ex* articolo 2 Cost, da intendersi quale clausola aperta o chiusa, nonché il limite, l'estensione e la configurabilità di tali doveri dal punto di vista soggettivo e

---

<sup>84</sup> M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative*, cit., pp. 55-58.

<sup>85</sup> ID., *op. ult. cit.*, pp. 54-66. Quantomeno l'invulnerabilità del diritto alla vita, riferibile all'individuo-persona, riguarda sicuramente il diritto a conservare la propria esistenza (quando la si vuole conservare). Inoltre, il diritto alla vita delle persone deve ritenersi protetto anche nella più ampia dimensione sociale e relazionale.

<sup>86</sup> M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, pp. 543-596. La citazione è a p. 544.

<sup>87</sup> ID., *op. ult. cit.*, pp. 545-552, in cui l'Autore offre un'ampia ricostruzione dottrinale sul tema.

oggettivo nel rapporto con i diritti inviolabili dell'uomo non può essere approfondito in questa sede<sup>88</sup>.

Ad ogni modo, una parte della dottrina sostiene che «quando i soggetti titolari dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. corrispondono a pubbliche amministrazioni, non sembrano sussistere esigenze di garanzia del *favor libertatis* che impongono un'interpretazione restrittiva, in termini di *numerus clausus*, dei doveri inderogabili enunciati da tale articolo [...] i doveri inderogabili dell'amministrazione pubblica sono in rapporto di inerenza e coimplicazione con i diritti inviolabili della persona umana; i primi, pertanto, sono identificabili in corrispondenza dei secondi»<sup>89</sup>.

Dunque, accedendo a tale ipotesi teorica, dal punto di vista oggettivo, l'inderogabilità del dovere, quantomeno per le pubbliche amministrazioni, si radica sulla salvaguardia, tutela e non comprimibilità del nucleo minimo e irriducibile del diritto fondamentale considerato<sup>90</sup>, del diritto alla *vita individuale e comune* nel caso che qui ci occupa, e quindi strettamente interrelato, in quest'ultimo caso, alla protezione dal collasso ecologico.

L'interesse ad evitare il collasso ecologico, declinato quale interesse pubblico superprimario, pertinente al *minimum* irriducibile del diritto alla vita, troverebbe nel principio di non regressione lo scudo giuridico atto a fornire una protezione inflessibile, impedendo recessioni di ogni tipo e grado, anche minimo.

Specularmente, l'articolo 4, comma 2, della Costituzione statuisce che ogni cittadino «ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

In merito, alcune considerazioni si impongono.

I) Dal punto di vista oggettivo. La configurazione di un dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere un'attività o funzione che si ponga nella direzione di contribuire al progresso materiale o spirituale della società esplicita in maniera evidente un nesso oggettivo tra “dovere” e “progresso”, soggettivamente allargato alla sfera giuridica e soggettiva del cittadino. Considerando l'ambito sociale strutturalmente e gerarchicamente subordinato all'ambito ambientale e ai

---

<sup>88</sup> Sul tema, ID., *op. ult. cit.*, pp. 552-571.

<sup>89</sup> ID., *op. ult. cit.*, p. 557.

<sup>90</sup> ID., *ibidem*.

limiti ecologici del pianeta<sup>91</sup>, la “materialità” o “spiritualità” del progresso presenta connessione con la natura “materiale” e “immateriale” che qualifica il *comune ecosistemico e ambientale*.

II) Dal punto di vista soggettivo. Innanzitutto, il dovere *ex art. 4 Cost.* rientra nel novero dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. e si impone al cittadino, in quanto persona e soggetto di diritto. Partendo dall'assunto in base al quale il riferimento allo svolgimento di una funzione come oggetto di un dovere inderogabile di adempimento richiesto dalla Repubblica è rafforzato dal testo costituzionale ove si tratti di una funzione pubblica, una parte della dottrina giuridica ritiene un errore «che il dovere inderogabile di adempiere alle funzioni pubbliche al servizio esclusivo dell'intera comunità nazionale resti, per così dire, “segregato” – in una prospettiva partecellare – solo nelle limitate sfere individuali dei singoli funzionari, senza invece ascendere, espandersi ed estendersi transitivamente – in una prospettiva sistemica – anche alle pubbliche amministrazioni cui essi appartengono, che tramite essi agiscono, che da essi sono composte e vivificate»<sup>92</sup>.

In definitiva, l'articolo 4, comma 2, della Costituzione configura un dovere in capo ai singoli cittadini e alle pubbliche amministrazioni di contribuire al progresso materiale o spirituale della società, e dunque anche al progresso materiale o spirituale delle condizioni ambientali ed ecosistemiche. Ciò implica, ancora una volta, un dovere di non regredire.

D'altro canto, le misure legislative e le politiche analizzate precedentemente rappresentano esempi di emersione, nel diritto positivo, di una nuova concezione di «*progresso materiale o spirituale della società*» (per utilizzare le sempre icastiche parole dell'art 4 Cost.), in cui la tradizionale opposizione tra temi ambientali e sociali e modelli di sviluppo economico risulta

---

<sup>91</sup> D. GRIGGS ET AL., *Policy: Sustainable development goals for people and planet*, in *Nature*, 495, pp. 305–307; K. BOSSELMANN, *The principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, 2nd ed., Routledge, Abingdon, Oxon (UK), 2017; M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, in *GiustAmm.it*, 2014, pp. 16 ss..

<sup>92</sup> M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione*, cit., in cui l'Autore sostiene che un «concetto-cerniera che, per il tramite dell'organizzazione amministrativa, può consentire l'irradiazione dei doveri inderogabili della persona fisica del funzionario come “singolo” alla persona giuridica pubblica come “formazione sociale”, effondendo, comunicando e amplificando in capo a quest'ultima i medesimi doveri, è quello del “dovere d'ufficio”» (p. 549).

recessiva, cedendo il passo ai concetti-guida di sviluppo sostenibile, di sostenibilità ambientale e di equità sociale inter- ed intra- generazionale<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Sul punto, cfr. G. ROSSI G. – M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Giappichelli, Torino, 2020.

**ABSTRACT**

Sergio Candela – *Il principio di non regressione ambientale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento*

Il presente contributo si propone di analizzare lo stato dell'arte e l'evoluzione giuridica riguardante il principio di non regressione ambientale, in vista di un ipotetico riconoscimento dello stesso all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

In particolare, il metodo di analisi si è sviluppato su più livelli, con riferimento ai formanti dottrinale, giurisprudenziale e normativo, e all'interno di una prospettiva volta ad individuare indici, indicatori e profili di non regressione ambientale in merito allo *ius conditum* e alle iniziative *de iure condendo* che hanno interessato e interessano l'ordinamento giuridico italiano.

**PAROLE-CHIAVE:** *Principio di non regressione; diritto dell'ambiente; indicatori di non regressione ambientale.*

Sergio Candela – *The principle of environmental non-regression within the Italian legal system: emergence indices and first recognition initiatives*

This contribution aims to analyze the state of the art and the legal evolution regarding the principle of environmental non-regression, in view of a hypothetical recognition of the same within the Italian legal system.

In particular, the analysis method was developed on several levels, with reference to doctrinal, jurisprudential and normative formants, and within a perspective aimed at identifying indices, indicators and profiles of environmental non-regression regarding the *ius conditum* and the initiatives *de iure condendo* which have interested and still affect the Italian legal system.

**KEYWORDS:** *Principle of non regression; environmental law; Environment; indicators of environmental non-regression.*



**FREDERIC BOUIN\***

***Cinq années d'application du principe de non-régression en France***

**RESUME:** 1. *Introduction.* – 2. *Une consécration législative du principe désormais reconnue.* – 2.1 *Précisions sur le concept de non-régression.* – 2.2 *Une finalité éthique?* – 2.3 *Un objectif de renforcement constitutionnel non retenu.*

*1. Introduction*

Le principe de non-régression désormais appliqué en France par la loi «biodiversité» du 8 août 2016<sup>1</sup>, célèbre son cinquième anniversaire. Il est donc possible d'en réaliser un premier bilan depuis la présentation de sa consécration dans cette même revue par son instigateur en France, le Professeur émérite de droit de l'environnement Michel Prieur<sup>2</sup>. Le principe de non-régression en France est d'abord issu de travaux universitaires doctrinaux de longue haleine en droit comparé de l'environnement et d'un lobby modeste mais efficace relayé par les associations savantes<sup>3</sup> œuvrant en droit de l'environnement en France. Créé après des débats législatifs renvoyant au rôle même du Parlement dans sa capacité de produire le droit, le principe de non-régression est maintenant clairement établi en droit français par les textes, s'inscrivant dans une reconnaissance et une revendication des organisations internationales et des États.

La reconnaissance institutionnelle et politique du principe juridique nécessitait ensuite une consécration jurisprudence d'un texte inséré parmi les grands principes du droit de l'environnement (principe pollueur-payeur, principe d'information, principe de prévention...) dont seul le temps a parfois permis la mise en œuvre effective. Certains principes fondamentaux du droit de l'environnement restent d'ailleurs assez systématiquement remis en cause

---

\* Maître de Conférences en droit public habilité à diriger des recherches. Directeur du Master Droit de l'environnement et de l'urbanisme à l'Université de Perpignan *Via Domitia* (UR 4216 CDED). Secrétaire général du Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Email: [frederic.bouin@univ-perp.fr](mailto:frederic.bouin@univ-perp.fr)

<sup>1</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *JORF* du 9 août 2016, introduisant l'article L. 110-1, II-9° du Code de l'environnement.

<sup>2</sup> M. PRIEUR, « Une vraie fausse création juridique : le principe de non-régression », *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente* – Anno 2016 / Numero 2, p. 131.

<sup>3</sup> Centre International de Droit Comparé de l'Environnement ([www.cidce.org](http://www.cidce.org)), Société Française pour le Droit Comparé de l'Environnement.

comme pour le principe de participation, lors de la Convention citoyenne pour le climat<sup>4</sup> ou détournés à l'image du principe de précaution<sup>5</sup>.

Les débats doctrinaux nombreux<sup>6</sup> ont toutefois laissé place à une application jurisprudentielle encore rare en raison de ses conditions de mise en œuvre. Ils ont aussi permis et une revendication de constitutionnalisation<sup>7</sup> et son élargissement au-delà de la stricte sphère environnementale, pour tenir compte du caractère transversal et universaliste du droit de l'environnement. Les propos ici présentés s'inscrivent dans cette synthèse bienvenue de chroniques nationales analysant notamment l'actuelle position jurisprudentielle et à permettre de proposer quelques pistes de réflexion personnelle.

## *2. Une consécration législative du principe désormais reconnue*

Le principe de non-régression issu de la loi du 8 août 2016 est présenté dans le code français de l'environnement comme un principe de développement durable destiné notamment aux générations futures. Il est rédigé ainsi dans son article L. 110-1, II : «9° Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment».

### *2.1 Précisions sur le concept de non-régression*

La formulation retenue par le Parlement français a choisi de manifester doublement l'objectif visé: une «non-régression» destinée à ne pas permettre de diminution des dispositions juridiques de protection de l'environnement déjà adoptées; mais sans se satisfaire d'une situation figée. En effet, la non-régression

---

<sup>4</sup> A. GOSSEMENT, « La Convention citoyenne pour le climat : innovation démocratique ou régression juridique? » <https://aoc.media/opinion/2020/02/02/la-convention-citoyenne-pour-le-climat-innovation-democratique-ou-regression-juridique/> 3 février 2020.

<sup>5</sup> Pour une revendication du principe de précaution appliqué à l'écologie, cf D. STEEL, «Philosophy and the Precautionary Principle. Science, Evidence, and Environmental Policy», Cambridge University Press, 2015, p. 256.

<sup>6</sup> On renverra notamment aux nombreuses sources citées dans l'article de H. R. LALLEMENT-MOE: «La non-régression en droit français : mythe ou réalité», *Revue juridique de l'environnement* n° 2/2018, pp. 333-347.

<sup>7</sup> R. ROMI, « L'inscription du principe de non-régression dans la loi biodiversité », *Droit de l'environnement* n° 247, juillet-août 2016, p. 250.

en France est aussi définie dans cet article du Code de l'environnement, par la nécessité d'une «amélioration constante», revendiquant la promotion d'un droit toujours plus favorable à la protection de l'environnement.

Ainsi, ce principe récent vise la reconnaissance d'un besoin de sécurité juridique d'une discipline particulièrement mouvante, tant en raison de la variabilité des exigences sociales que de l'incertitude de certaines connaissances scientifiques aboutissant à permettre la remise en cause de dispositifs normatifs protecteurs parfois adoptés après de longs temps de réflexion. Si le Conseil d'Etat, dès 2017<sup>8</sup>, reconnaissait ainsi que ces dispositions «énoncent un principe d'amélioration constante de la protection de l'environnement», d'autres décisions venaient concomitamment rappeler que ce principe ne pouvait être utilement invoqué directement à l'encontre d'une décision non-réglementaire; limitant ainsi le champ d'application dudit principe<sup>9</sup>.

Dans sa décision du 9 octobre 2019, le Conseil d'Etat va ainsi plus loin puisqu'il va rechercher la quantification de l'intensité des incidences «notables» sur l'environnement des dispositions contestées, pour apprécier la méconnaissance éventuelle du principe de non-régression, dans un exercice parfois particulier d'application des dispositions législatives de l'article L. 110-1, II, 9° C. env<sup>10</sup>.

La Haute juridiction poursuit ensuite son travail d'appréciation et de délimitation dans une série d'arrêts qui vont conduire à exclure l'application du principe de non-régression aux dispositions réglementaires prorogeant la validité d'autorisation antérieure<sup>11</sup> ou correspondant à l'exercice d'une expérimentation territoriale d'un droit de dérogation, dès lors qu'il ne s'agit dans les deux cas, que de dispositions administratives techniques qui ne modifient pas au fond les textes environnementaux<sup>12</sup>; à condition toutefois d'en indiquer les motifs d'intérêt général<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Conseil d'Etat, 8 décembre 2017, Fédération Allier Nature, n° 404391.

<sup>9</sup> Note de R. BRET, sous Tribunal administratif de La Réunion, 14 décembre 2017, Association citoyenne de St Pierre (ACSP) et autres, n° 1401324, *Revue Juridique de l'Environnement* n° 3/2018, P. 632.

<sup>10</sup> Conseil d'Etat, 9 octobre 2019, Association Guyane Nature Environnement, n° 420804.

<sup>11</sup> Conseil d'Etat, 24 juillet 2019, FNE AURA, n° 425973.

<sup>12</sup> Conseil d'Etat, 17 juin 2019, Association les amis de la Terre France, n° 421871.

<sup>13</sup> Conseil d'Etat, 9 juillet 2021, Association de défense de l'environnement des riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé, n° 439195.

La dernière série des décisions jurisprudentielles permet d'approcher les conditions d'appréciation pour l'application du principe de non-régression. Dans son arrêt du 30 décembre 2020, le Conseil d'Etat vient en deux paragraphes opposés, préciser la reconnaissance ou l'exclusion d'une régression des textes adoptés. S'agissant dans les deux cas de dispositions relatives à l'autorisation d'installations classées, le seul critère de modification des textes ne peut suffire à entraîner la méconnaissance du principe de non-régression de la protection de l'environnement. En effet, si la diminution administrative de la prise en compte des intérêts environnementaux - enregistrement au lieu d'autorisation - peut être retenue, encore faut-il vérifier si l'activité reste soumise ou non à une autre procédure environnementale. Les juges administratifs ne retiennent en effet la régression que si la nouvelle procédure appliquée est aussi exempte de toute évaluation environnementale, réalisant ainsi un quasi bilan des conséquences de l'atténuation des textes environnementaux appliqués<sup>14</sup>.

## 2.2 Une finalité éthique?

Le principe de non-régression vise à satisfaire l'exigence éthique d'un progrès juridique pour une meilleure protection de l'environnement dans l'intérêt mutuel des Hommes et de la nature.

A ce titre, l'article L. 110-1, II, 9° C. env. peut donc être considéré comme se rapprochant du thème d'«écologie intégrale» constituant l'enjeu de l'Encyclique du Pape François « Laudato Si »<sup>15</sup> publié le 18 juin 2015. En effet, le principe de non-régression doit avoir vocation à terme de dépasser le strict cadre juridique du droit de l'environnement, pour promouvoir une vision renouvelée d'un principe classique du droit de l'environnement : le principe d'intégration<sup>16</sup>; issu du droit européen de l'environnement et reconnu à l'article 6 de la Charte française de l'environnement<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Conseil d'Etat, 30 décembre 2020, FNE, n°426528.

<sup>15</sup> Site dédié du Vatican : <https://www.laudatosi.va/it.html>.

<sup>16</sup> Principe qualifié de « noyau dur » du développement durable par G. PIERATTI et J.-L. PRAT, « Droit, économie, écologie et développement durable : des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës », *Revue juridique de l'environnement* n° 2000/3, pp. 421-444.

<sup>17</sup> *Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005.*

Il s'agit également de consacrer l'exigence de réversibilité, plus habituellement reconnue en matière de protection patrimoniale et qui fait trop souvent défaut dans les décisions publiques ou privées d'aménagement urbain, de planification urbanistique<sup>18</sup>, de travaux publics ou privés ou d'autorisation d'exploitation des ressources naturelles.

### *2.3 Un objectif de renforcement constitutionnel non retenu*

Dès sa reconnaissance législative, l'idée de la promotion du principe de non-régression à une échelle juridique supérieure fut évoquée<sup>19</sup>. Il s'agit d'envisager alors un double renforcement dudit principe par son insertion dans le bloc de constitutionnalité français à l'instar d'autres textes suprêmes nationaux, s'imposant alors à l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives ; mais aussi d'en rendre plus complexe la possibilité de remise en cause si une nouvelle majorité parlementaire devait l'envisager.

En effet, bénéficiant de l'élan favorisé par l'adoption de la Charte de l'environnement en 2005 et envisagée dans un même processus d'adoption que pour le texte législatif, c'est-à-dire à l'initiative de parlementaires, l'idée d'une élévation du principe de non-régression a été portée à plusieurs reprises ces dernières années dans divers projets de révision constitutionnelle:

- en juin 2018 lors de la proposition de modification de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 pour confier au législateur la «lutte contre le changement climatique» en complément de la préservation de l'environnement<sup>20</sup>;
- en mai 2019 dans le cadre de la révision constitutionnelle «pour un renouveau de la vie démocratique» permettant d'inscrire la préservation de l'environnement à l'article 1 de la Constitution<sup>21</sup>;
- et enfin le dernier projet en décembre 2020 destiné à «compléter l'article premier de la Constitution et relatif à la protection de l'environnement»<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Cour administrative d'appel de Douai, 12 octobre 2021, associations Valois environnement et autres, n° 20DA00617.

<sup>19</sup> M. PRIEUR et G. SOZZO (dir.), « La non-régression en droit de l'environnement », Editions Bruylant, 2012.

<sup>20</sup> Avis du Conseil d'Etat n° 394658 du 3 mai 2018.

<sup>21</sup> Avis du Conseil d'Etat n° 397908 du 20 juin 2019.

<sup>22</sup> Avis du Conseil d'Etat n° 401868 du 14 janvier 2021.

Finale non retenue, la constitutionnalisation du principe de non-régression aurait pu permettre de limiter la remise en cause de législation pourtant reconnue comme pertinente par les études scientifiques comme dans le cas de la réintroduction de néonicotinoïdes par la loi du 14 décembre 2020<sup>23</sup>. En effet, la seule référence constitutionnelle à la préservation de l'environnement (article 2 de la Charte) ou aux politiques de développement durable (art. 6 de la Charte) ne peut garantir que de nouvelles législations fassent pas régresser le droit de l'environnement au regard des autres enjeux juridiques et/ou politiques. Dans sa décision du 10 décembre 2020, relatif à la loi du 14 décembre 2020 précitée, le Conseil constitutionnel a en effet retenu à contrario que «si la préservation de l'environnement était bien affaiblie», les conditions énoncées par la Charte pouvaient être interprétées comme acceptables si «liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi» (paragraphe 14)<sup>24</sup>.

Dans cette décision majeure, le Conseil Constitutionnel décide au contraire de confirmer qu'il n'a pas consacré de manière générale un tel principe, qui interdirait au législateur de revenir sur des choix antérieurs. Selon sa formulation de principe non spécifique au droit de l'environnement<sup>25</sup>, le Conseil juge au contraire qu'il «est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles» (paragraphe 13).

Cette dernière décision semble pour l'instant renvoyer à un futur improbable, faute d'une réponse politique suffisante, la constitutionnalisation du principe de non-régression, seule solution pourtant pour renforcer l'article L. 110-1, II-9° du Code de l'environnement. La France ne suit donc pas en cela la position voisine de la Cour constitutionnelle Belge, qui disposant d'un article 23, alinéa 3, 4° de sa Constitution intégrant une obligation de «*standstill*» (non –

---

<sup>23</sup> Loi n° 2020-1578 du 14 décembre 2020 relative aux conditions de mise sur le marché de certains produits phytopharmaceutiques en cas de danger sanitaires pour les betteraves sucrières, JO n° 0302 du 15 décembre 2020.

<sup>24</sup> C. Constitutionnel n° 2020-809 DC du 12 décembre 2020. Décision commentée par B. Grimprez et I. Bouchemma, « Réintroduction des néonicotinoïdes dans l'environnement: la nécessité fait loi? », *Droit de l'environnement* n° 296, juin 2021, p. 24.

<sup>25</sup> Cf C. Constitutionnel n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 concernant la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises.

régression en droit belge) a conduit à censurer plusieurs articles d'une ordonnance modifiant le Code bruxellois de l'aménagement du territoire et une ordonnance relative aux permis d'aménagement<sup>26</sup>.

L'introduction de la non-régression en droit français, parmi les principes généraux du droit de l'environnement pouvait laisser espérer un engagement définitif au profit de sa progressivité, suivant ainsi l'exemple du droit international de l'environnement. Malheureusement, les conditions de son application amènent à un bilan maussade: le Conseil d'Etat ne se satisfait pas de la seule évocation du principe et attend que la «méconnaissance du principe de non-régression (soit) assortie des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé»<sup>27</sup>. Il laisse ainsi la charge de la preuve aux requérants face à une puissance publique qui tend par ailleurs à favoriser les possibilités de régularisation administrative de procédure irrégulière en toute circonstance. Force est de constater que le droit de l'environnement régresse actuellement en France<sup>28</sup> au profit d'autres arbitrages sociétaux plus favorables aux actions d'aménagement, y compris sous prétextes environnementaux.

---

<sup>26</sup> Arrêt n° 6/2021 du 21 janvier 2021 annulant certaines dispositions de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 novembre 2017 «réformant le Code bruxellois de l'aménagement du territoire et l'ordonnance du 5 juin 1997 relative aux permis d'environnement et modifiant certaines législations connexes».

<sup>27</sup> Conseil d'Etat, 3 août 2021, association pour la protection des animaux sauvages et du patrimoine naturel (ASPAS), n° 439854.

<sup>28</sup> «En France, on assiste à une régression continue du droit de l'environnement», tribune de juristes publiée dans *Le Monde*, le 1<sup>er</sup> juillet 2019.

**ABSTRACT**

Frederic Bouin – *Cinq années d'application du principe de non-régression en France*

Le principe de non-régression, récemment introduit en droit français (2016), fait toujours l'objet d'une remise en cause de son application. Envisagé pendant un temps et quelques projets de réforme pour être consacré au niveau constitutionnel, il reste en attente d'une jurisprudence majeure pour l'ancrer dans le paysage juridique.

**MOTS-CLES:** *non-régression; consécration législative; échec constitutionnel.*

Frederic Bouin – *Five years of application of the Non-Regression Principle in France*

The principle of non-regression, recently introduced into French law (2016), is still subject to questioning of its application. Considered after a few reform projects to be up-graded at the constitutional level, the principle is still awaiting major case law to demonstrate it in legal landscape.

**KEYWORDS:** *non-regression; legislative consecration; constitutional failure.*



ALICE DE NUCCIO\*

*El principio de no regresión ambiental en el Ordenamiento español*

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. El principio de no regresión ambiental en la legislación española. – 2.1. Reconocimiento implícito. – 2.2. Reconocimiento explícito. – 3. La evolución jurisprudencial – 4. El principio de no regresión ambiental en la doctrina. – 5. Reflexiones conclusivas.

1. Introducción

El principio de no regresión ambiental, generalmente definido como la obligación de no disminuir el nivel de tutela ambiental alcanzado en un determinado ordenamiento jurídico, constituye la expresión más emblemática de la esencial aportación de la doctrina jurídica al progreso del derecho.

Como es bien sabido, el mismo tiene su origen en la doctrina francesa<sup>1</sup>, donde se desarrolló a través de un Proyecto de Investigación común de los investigadores del «Centre International de Droit Comparé de l'Environnement» (CIDCE, Limoges, Francia) y del «Centro de Investigaciones en Derecho» (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina)<sup>2</sup> y se afirmó de manera implícita, como resultado de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en el 2012 (Río+20), en el documento denominado «El Futuro Que Queremos»<sup>3</sup>.

En el mismo periodo, precisamente en el 2011, la doctrina española comenzó a interesarse en este principio<sup>4</sup>, a la vez que la jurisprudencia del

---

\* Contratada Predoctoral, Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela (Contrato predoctoral para la formación de doctores. Subprograma estatal de formación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad. PRE2019-087874). E-mail: [alice.denuccio@usc.es](mailto:alice.denuccio@usc.es).

<sup>1</sup> Las principales referencias doctrinales son los trabajos de I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant, Bruselas, 2008, y de M. PRIEUR, *El nuevo principio de "no regresión en Derecho ambiental"*, en *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010.

<sup>2</sup> Proyecto de Investigación Mincyt-ECOS Sud «La aplicabilidad del Principio de No Regresión en materia medioambiental. Posibilidades y Perspectivas», 2010.

<sup>3</sup> En el párrafo 20, la no regresión se expresa como la voluntad de no dar «marcha atrás» a los compromisos con los resultados de Río+20. El documento puede consultarse en el enlace <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf>, 20-21 de junio de 2012, consultado el 24 de mayo de 2021.

<sup>4</sup> Entre los trabajos doctrinales más destacados sobre el principio de no regresión ambiental cabe citar: F. LÓPEZ RAMÓN. Véanse: *Introducción general: regresiones del derecho ambiental*, en F.

Tribunal Supremo (TS) puso en marcha su aplicación al derecho urbanístico, citando un dictamen del Consejo de Estado de 2002 – sobre los espacios verdes urbanos – que lo mencionaba bajo la expresión de «cláusula *stand still*»<sup>5</sup>. A día de hoy, cabe afirmar que el principio ha logrado un elevado grado de desarrollo en el mundo jurídico, hasta su reciente internalización por parte de la legislación estatal a través de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE)<sup>6</sup>.

Por lo tanto, el presente trabajo tiene por objeto ofrecer una panorámica del estado de la cuestión, analizando el proceso de transposición del principio de no regresión ambiental al ordenamiento español.

Para ello, se identificará, en primer lugar, la legislación estatal y autonómica en la que se contiene alguna referencia explícita o implícita al principio, así como el significado atribuido al mismo en la misma. En segundo lugar, se examinará el tratamiento jurisprudencial del principio de no regresión. En tercer lugar, se expondrán las distintas definiciones que la doctrina española ha elaborado del mismo. Por último, teniendo en cuenta los mencionados niveles legislativo, jurisprudencial y doctrinal, se realizarán algunas reflexiones sobre el impacto real que el principio de no regresión ambiental puede tener en la tutela del medioambiente.

## 2. El principio de no regresión ambiental en la legislación española

La legislación ha reconocido expresamente el principio de no regresión ambiental sólo en los últimos años, siguiendo una tendencia ascendente – del nivel autonómico al nivel estatal – e inductiva – de la tutela particular del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos contenida en la Ley 4/2017, de 13 de

---

LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Observatorio de políticas ambientales*, enero 2011, pp. 1-7, y *El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español*, en *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, Práctica*, n. 20, 2011, pp. 13-27.

<sup>5</sup> Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 3784/2011, de 30 de junio, y del Dictamen del Consejo de Estado 3297/2002, al que se refiere. Este último establecía: «la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula *stand still* propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga».

<sup>6</sup> Uno de los primeros comentarios a la LCCTE es de F. LÓPEZ RAMÓN, *La Ley de Cambio Climático*, en *El Herald*, 20 de julio de 2021, accesible en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3362-La-Ley-de-Cambio-Climatico.aspx>, consultado el 26 de julio de 2021.

julio, de Canarias (LSENP), a la más general de lucha contra el cambio climático con la mencionada LCCTE, aprobada en 2021.

Sin embargo, como ha destacado la doctrina, el principio de no regresión se reconocía ya de forma implícita en algunas normas sectoriales como aquellas relativas a los espacios naturales protegidos (en adelante ENPs) y al urbanismo<sup>7</sup>.

### 2.1. Reconocimiento implícito

La Ley 47/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB), establece que deben concurrir tres elementos para que un espacio del territorio nacional sea un ENP. En primer lugar, un elemento físico o material, es decir, de «sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo»<sup>8</sup>. En segundo lugar, un elemento teleológico, determinado por la finalidad de «la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados»<sup>9</sup>. En tercer lugar, un elemento formal, consistente en la declaración por la Administración de un Espacio Natural como protegido<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> F. LÓPEZ RAMÓN, *El principio de no regresión*, cit., y Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, pp. 347-365 y pp. 385-398. Asimismo, vid. A.M. MORENO MOLINA, *Algunos aspectos de la sentencia constitucional relativa a la reforma de la Ley de Costas (nueva regulación de la servidumbre de protección)*, en *Práctica Urbanística*, n. 140, 2016, quien sostiene: «durante los últimos cuarenta años, el ordenamiento ambiental español se ha estructurado sobre (o ha obedecido a) el principio de no regresión. En efecto, la legislación ambiental española se ha alineado claramente durante este periodo [...] sobre el *principio de progresión*, en la medida en que esta legislación, de modo constante, ha ido alcanzando más y más altas cotas de protección». Existen obras donde se apuntan, por el contrario, tendencias regresivas en el nivel de protección ambiental: cfr. F. LÓPEZ RAMÓN, *Introducción general*, cit.; A. NOGUEIRA LÓPEZ, *El mediado derecho a un medio ambiente adecuado*, en B. PENDÁS (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas. III*, pp. 2465-2482; S.M. ÁLVAREZ CARRERO, *La evolución regresiva de la política y del derecho ambiental en España*, en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 41, 2018; ID., *Las regresiones del derecho ambiental como causa de aumento del riesgo sobre grupos vulnerables*, en *Ius et Scientia*, Vol. 4, n. 2, 2018, pp. 31-49.

<sup>8</sup> Artículo 28.1.a) de la LPNB.

<sup>9</sup> Artículo 28.1.b) de la LPNB.

<sup>10</sup> En particular, de acuerdo con el artículo 37 de la LPNB, «corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los Espacios Naturales Protegidos en su ámbito territorial», excepto en el caso de los Parques Nacionales, regulados por la Ley 30/2014 de 3 de diciembre, de Parques Nacionales.

A su vez, de la antedicha declaración se derivan obligaciones de garantía y protección que se concretan en limitaciones al derecho de propiedad y a los usos y actividades económicas<sup>11</sup>, así como a las posibilidades de disminuir o modificar el nivel de protección.

Esta última limitación es la más relevante desde el punto de vista del objeto de este trabajo.

En concreto, solo puede alterarse la delimitación de los ENPs, total o parcialmente, cuando concurren los siguientes elementos. Un elemento de carácter material, es decir, cuando los espacios sufren cambios debidos a su evolución natural. En conexión con el mismo, un elemento teleológico, como la demostración científica de los cambios o, *a contrario*, la ausencia del elemento teleológico originario. Y, finalmente, un elemento formal consistente en el sometimiento del procedimiento de alteración a información pública<sup>12</sup>.

Por ello, esta regulación parece recoger la idea de la no regresión en la medida en que no se puede disminuir el nivel de protección ambiental alcanzado con la declaración de ENP, a menos que desaparezcan los mismos elementos que justificaron su clasificación como tal<sup>13</sup>.

Con respecto al urbanismo, el principio de no regresión ha sido identificado en el régimen de las zonas verdes. En efecto, la determinación de una clase de suelo especialmente protegido y las limitaciones para su modificación marcan un determinado nivel de protección ambiental<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> En líneas generales, quedan prohibidos o limitados en alto grado los usos urbanísticos y de aprovechamiento del suelo que puedan perjudicar la conservación de los valores que justificaron la declaración.

<sup>12</sup> Artículo 13.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En el caso de un espacio de la Red Natura 2000, se prevé la obligación de presentar una propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y su aceptación por la misma. La información pública es un trámite previo a la remisión de dicha propuesta.

<sup>13</sup> Del mismo modo, el Principio de No Regresión Ambiental estaría implícito en algunas leyes autonómicas sobre la protección de los espacios naturales. Por ejemplo, la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Extremadura, la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de Conservación de Naturaleza, de Galicia, y el Decreto Legislativo 1/2015, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, prevén que la descatalogación o descalificación sólo podrá realizarse si hubieran desaparecido los fundamentos que motivaron la protección y no fueran susceptibles de recuperación o restauración, y siempre y cuando la desaparición de aquellas causas no se haya originado por una alteración intencionada.

<sup>14</sup> Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., p. 395 y pp. 397-398.

Aunque, en este ámbito, la competencia corresponde al legislador autonómico, se pueden identificar algunas notas comunes en los procedimientos para la modificación del planeamiento cuando ésta afecta a la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes<sup>15</sup>.

En primer lugar, se requiere un informe previo y favorable de un órgano consultivo que, en algunos casos, será vinculante y, en otros, simplemente preceptivo y no vinculante. En segundo lugar, se exige un aumento de las zonas verdes y espacios libres cuando la modificación del planeamiento conlleve una mayor densidad de población. En tercer lugar, debe preservarse la finalidad pública a que se destinan las zonas verdes y espacios libres. Además, en algunos casos, se establecen medidas compensatorias respecto de los espacios modificados.

A la luz de estas disposiciones, está bastante claro que la regresión ambiental en el ámbito urbanístico, como disminución del nivel de protección ambiental alcanzado en la ciudad a través de la creación de un espacio verde es difícilmente viable, si no imposible.

## *2.2. Reconocimiento explícito*

Como se ha mencionado, la LSENP de Canarias ha reconocido expresamente el principio de no regresión ambiental como uno de sus principios inspiradores, en particular, en relación con los espacios naturales, el medio natural y el paisaje, «sin perjuicio de la revisión de las categorías de protección, como de la incorporación de nuevos espacios, cuando resulte legalmente procedente con sujeción a la legislación básica estatal»<sup>16</sup>.

En realidad, aunque la aplicación del principio se refiere principalmente a la ordenación de los ENPs, lo cierto es que ya en el propio Preámbulo de la Ley se lee que la simplificación, racionalización y renovación del marco

---

<sup>15</sup> Véase: el artículo 36.2.c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; el artículo 101 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias; los artículos 39 y 41 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; el artículo 173.4 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia; el artículo 105 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de País Vasco.

<sup>16</sup> Artículo 5.1.e) de la LSENP de Canarias.

normativo sobre el suelo – que constituyen los criterios de la reforma – encuentran un límite en la «no regresión de las decisiones territoriales básicas», es decir, de las decisiones estructurales que afectan al territorio.

Por tanto, además de los ENPs, permanecen intangibles las decisiones sobre los espacios incluidos en la Red Natura 2000, la contención en el consumo de suelo rústico, la reconducción del uso residencial en el suelo rústico hacia los asentamientos, la compacidad del crecimiento de la ciudad exigiendo la contigüidad del suelo urbanizable con el suelo urbano o la prohibición de clasificar nuevo suelo como destino turístico.

Finalmente, el principio de no regresión ambiental ha tenido plena consagración en la legislación estatal a través de la citada LCCTE. Su objeto es el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París del 2015, la descarbonización de la economía española, la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente<sup>17</sup>.

En particular, el principio comparece entre los principios rectores de las actuaciones y del desarrollo de la ley, que pretende configurarse como punto de encuentro entre medioambiente y economía<sup>18</sup>.

Su definición está contenida en el Preámbulo, donde se establece que la no regresión ambiental es el principio «en virtud del cual la normativa, la actividad de la Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental».

Dicho en otras palabras, si un interés público en conflicto con el medioambiental se considera predominante como resultado de una evaluación comparativa entre ellos, la regresión sería plenamente legítima.

Más adelante, se dispone que los objetivos mínimos nacionales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, energías renovables y eficiencia energética de la economía española para los años 2030 y 2050 – que están recogidos en el título I de la ley – «serán revisables, sin que puedan suponer

---

<sup>17</sup> Artículo 1 de la LCCTE.

<sup>18</sup> Artículo 1.k) de la LCCTE.

una disminución del nivel de ambición medioambiental y deberán reflejar la mayor ambición posible».

Parece entonces que la LCCTE permite la “reductibilidad” del nivel de protección ambiental alcanzado y la “no reductibilidad” de aquel todavía alcanzable, así que se percibe una diferencia entre (no) regresión en el presente y progresión en el futuro.

En el preámbulo, se recuerda, asimismo, que «en el caso de los Estados descentralizados como España, este principio ordena también la interconexión interordinamental: ya no solo como proyección temporal entre normas anteriores y posteriores, sino en el juego de las bases de las normas ambientales, es decir, que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia puedan establecer niveles de protección más altos que la legislación básica estatal». Así se dispone en la Constitución Española (CE), en su artículo 149.1.23, relativo a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección del medioambiente.

A pesar de ello, no se han evitado, en el pasado, tendencias regresivas en la legislación ambiental, en cuanto la Constitución establece obligaciones de mejora para las Comunidades Autónomas únicamente en relación con la legislación básica del Estado y respecto de sus propias leyes<sup>19</sup>. En realidad, si el problema de la regresión en la tutela del medioambiente hubiera podido resolverse en el plano competencial, no habría sido necesario trasponer un principio que prohíbe expresamente el retroceso<sup>20</sup>.

Esto implica que el artículo 149.1.23 CE es sólo una de las posibles manifestaciones del principio de no regresión. Su fundamento constitucional podría encontrarse en el artículo 45 CE, donde se establece «el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el *deber de conservarlo*» (45.1) y la «utilización racional de todos los

---

<sup>19</sup> S.M. ÁLVAREZ CARREÑO, *La evolución regresiva*, cit., pp. 17-20, destaca el caso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia como ejemplo paradigmático de la onda ambiental regresiva. En particular, la Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas, deroga, disminuyendo el nivel de protección ambiental alcanzado, los artículos de la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada, que se contradicen o son incoherentes con la normativa estatal reciente.

<sup>20</sup> Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., p. 241, nota 50, considera que «una disminución de un nivel establecido en una legislación básica por parte de una normatividad autonómica constituiría una infracción al régimen constitucional de distribución de competencias, y por esa vía sería atacable, mas no por la del Principio de No Regresión Ambiental».

recursos naturales, con *el fin de* proteger y mejorar la calidad de la vida y *defender y restaurar* el medio ambiente» (45.2)<sup>21</sup>. La protección del medio ambiente como deber y como fin constituiría un postulado de tal magnitud que afectaría, como consecuencia, a las modalidades de ejercicio de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el artículo 45 CE nunca ha sido mencionado por la LCCTE.

### 3. *La evolución jurisprudencial*

3.1. Desde el año 2011, el principio de no regresión ambiental ha cobrado protagonismo gracias a la jurisprudencia del TS, a pesar de la ausencia inicial de referencias normativas explícitas.

En materia urbanística ha encontrado su primer ámbito de aplicación, a través de la STS 3874/2011, de 13 de junio<sup>22</sup>, en la que se declara: «una vez establecida una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula *stand still* propia del derecho comunitario, que debe ser respetada, salvo la concurrencia de un interés público prevalente» o «poderosas razones de interés general». Esta afirmación representa la síntesis de un razonamiento incardinado en la consideración de que las zonas verdes de la ciudad «nacen con una clara vocación de permanencia» por «su importancia para la vida en la ciudad y el bienestar de sus vecinos». Por lo tanto, la amplia discrecionalidad que le es propia al planificador urbanístico «se torna más estrecha cuando se trata de actuar sobre zonas verdes», con la consecuencia que «ha de intensificarse tal exigencia de motivación, más allá de la que habitualmente se precisa»<sup>23</sup>. En particular, la Administración tiene que exponer las razones «por la que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible».

---

<sup>21</sup> El subrayado es mío.

<sup>22</sup> ECLI:ES:TS:2011:3874. Con esta sentencia, el TS confirmó la anulación efectuada por la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla, que calificaban el frente oriental del Parque o Jardines del Prado de San Sebastián como equipamiento de uso educativo, habilitando la construcción de la nueva Biblioteca General de la Universidad de Sevilla en terrenos calificados por el planeamiento anterior como zona verde.

<sup>23</sup> A este respecto, el propio TS acuña la expresión de «plus en la motivación de los cambios de ordenación cuando afectan a zonas verdes» (STS 2000/2012, de 29 de marzo, ECLI:ES:TS:2012:2000). Esto implica, como afirman E. CARUS ARCOS - H. SANTOS GIL, *La intangibilidad de las zonas verdes como límite al ius variandi del planificador urbanístico. La doctrina del “mínimo sin retorno” o cláusula “stand still”*. (Comentario de la Sentencia de la Sala



3.2. La consolidación del principio de no regresión ambiental en materia urbanística continúa algunos meses después, con la STS 6592/2011 de 30 de septiembre<sup>24</sup>. En este caso, el juez no admite la alteración de una zona verde urbana en razón del principio objeto de estudio, cuya finalidad es «siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del [...] derecho medioambiental». Entonces, teniendo en cuenta que el suelo es «un recurso natural, escaso y no renovable»<sup>25</sup>, el principio de no regresión «implicaría la imposibilidad de no regresar de [...] una clasificación o calificación urbanística [...] directamente dirigida a [su] protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico».

Uno de los aspectos más interesantes de esta sentencia es que parece otorgarle fundamento «en el ámbito normativo comunitario del medio ambiente que hoy impone el nuevo Tratado de Lisboa», en el artículo 45 CE y en el «principio de desarrollo territorial y urbano sostenible», contenido en el artículo

---

*Tercera del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011*), en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2011, pp. 63-71, que el juez realiza «un control más “estrecho” y “riguroso”». Sobre la misma sentencia, cfr. B. LOZANO CUTANDA, *Principio de “standstill” versus discrecionalidad administrativa, sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio (recurso de casación n.º 4045/2009, ponente: María del Pilar Teso Gamella)*, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA - R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 1535-1575; G. GEIS I CARRERAS, *Cuestiones específicas de la ejecución de sentencias urbanísticas que inciden en la protección del medio ambiente. Especial referencia al principio de no regresión del suelo verde urbano*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, pp. 1525-1545, pp. 1529-1531; Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., pp. 398-401.

<sup>24</sup> ECLI:ES:TS:2011:6592. El Tribunal Supremo confirmó la anulación, efectuada por la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, del acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Jaén por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Modificación Puntual n. 27 al Planeamiento de Jabalquinto. Según el TSJ, el proyecto atribuía la condición de suelo urbano a zonas de espacios libres sin justificar mínimamente el por qué de la necesidad de actuar en el sentido propuesto, limitándose a describir lo que se pretendía hacer. V. G. CABELLO MARTÍNEZ, *La aplicación del principio de no regresión en relación con el suelo verde urbano*, en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 25, 2012; M. FRANCH I SAGUER, *Le principe de non-régression dans la jurisprudence récente du Tribunal Suprême espagnol: commentaire des décisions du 22 février 2012 (STS 3774/2009) et du 29 mars (STS 2000/2012)*, en *Revue juridique de l'environnement*, Vo. 39, n. 2, 2014, pp. 219-230, pp. 227-228; Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., pp. 401-403.

<sup>25</sup> El Tribunal Supremo recogió la caracterización del suelo contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo del 2008 (TRLS08), hoy derogado.

2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo del 2008 y reafirmado en el artículo 3 del actual Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana<sup>26</sup>.

De acuerdo con el TS, estas bases jurídicas implican, exigen e imponen un «plus de motivación» consistente en la acreditación y explicitación de «las mejoras concretas que para el interés general supone la edificación de unos terrenos, que antes no lo eran». De tal forma que, en estos casos, la motivación se considera «exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecional de planificación urbanística de la que se encuentra investido el planificador».

3.3. Con la STS 9205/2012, de 23 de febrero<sup>27</sup>, el principio de no regresión ambiental «se consolida como parámetro de validez de las actuaciones urbanísticas que afecten suelos de especial protección»<sup>28</sup>. En particular, se consagra la «exigencia de la especial motivación de aquellas actuaciones [...] que afecten terrenos especialmente protegidos por formar parte de Montes Catalogados; especial motivación que habrá de acreditar y justificar que el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente permiten la descatalogación y desprotección de una parte de los terrenos del Monte, y que su sacrificio está justificado en la obtención de un bien de mayor valor».

3.4. Con más fuerza, la STS 5538/2012, de 10 de julio<sup>29</sup>, afirma que, en el caso de «los suelos rústicos en que concurren especiales valores de carácter ambiental», el principio de no regresión actúa como «límite y contrapeso» de una actuación urbanizadora, incluso cuando consista en su incardinación en otra categoría que mantenga la clasificación de suelos no urbanizables<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Real Decreto 7/2015, de 30 de octubre.

<sup>27</sup> ECLI:ES:TS:2012:9205.

<sup>28</sup> En este caso, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Castilla y León contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León, en la que el juez anuló la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de exclusión de algunos de los terrenos del monte “Llanos de Oruca” del catálogo de utilidad pública de Soria. El objetivo final de este procedimiento era realizar, en esta parte de los montes, una recalificación del suelo como urbanizable para poder construir 500 viviendas y un campo de golf. Véase Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., p. 408.

<sup>29</sup> ECLI:ES:TS:2012:5538.

<sup>30</sup> La sentencia tenía por objeto un recurso de casación interpuesto por la «Asociación Villanueva de la Cañada Sostenible» contra el pronunciamiento dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, por medio del cual se estimó parcialmente el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Madrid, por el que se aprobó, con carácter definitivo, el Proyecto del Plan Parcial del Sector 3 «El Castillo», en Villanueva de la Cañada. En particular, se rechazaron los motivos de impugnación en los que la demandante cuestionó la recalificación de un suelo clasificado como no urbanizable especialmente protegido por el

3.5. En el recorrido previamente efectuado por el TS se inserta, como una desviación, la sentencia del Tribunal Constitucional 233/2015, de 5 de noviembre, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra diversos preceptos de la Ley 2/2013, de 29 de mayo de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988 de 28 de julio, de costas (respetivamente LC y LPSUL)<sup>31</sup>.

Los recurrentes, entre otros, denuncian la violación del principio – implícito en el bloque constitucional formado por los artículos 45, 53 y 132, en relación con el artículo 149.1.23 CE – de «no regresión» del estándar de

---

Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) anterior. El Tribunal Supremo dejó sin efecto el resultado de la sentencia anterior, considerando que la clasificación como suelo urbanizable de suelos anteriormente protegidos carecía de la preceptiva motivación. Véase Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., p. 259, que identifica en las palabras del juez la existencia de «un contenido ambiental inmodificable, relativo a la protección de los suelos con características especiales ambientales» fundamentado en el «deber de conservación de la naturaleza, de la mano con el objetivo de desarrollo sostenible». La misma doctrina jurisprudencial examinada en el texto está contenida en las sentencias del TS 2000/2012, de 29 de marzo, ECLI:ES:TS:2012:2000, y 7778/2012, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2012:7778. Para un análisis de las mismas, véase M. FRANCHI SAGUER, *ob. cit.*, pp. 223-227 y p. 229.

<sup>31</sup> A continuación, se detallan los cambios más significativos introducidos por la LC: una nueva regulación de la anchura de servidumbre de protección en el caso de las desembocaduras de los ríos de 100 a 20 metros (artículo 1.10 de la LC, que dio una nueva regulación al artículo 23.3 de la LPSUL); una nueva permisión de la reducción (a 20 metros) de la anchura de servidumbre de protección en el caso de los «núcleos» o «áreas» que, en las fechas anteriores al 20 de julio de 1988, cumplieran ciertas condiciones de transformación urbanística o contaran con ciertos servicios urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento de agua, suministro de energía eléctrica etc.), y todo ello a pesar de no estar clasificados como «suelo urbano» (Disposición Transitoria 3.3 de la LC, que modificó la Disposición Transitoria 1 de la LPSUL); una nueva regulación, más generosa, de las extracciones de áridos que pueden llevarse a cabo en los terrenos afectados por la servidumbre de protección (artículo 1.11 de la LC, que dio nueva regulación al artículo 25.1.c de la LPSUL); una nueva y más laxa regulación de la publicidad que puede instalarse en los terrenos afectados por la servidumbre de protección (artículo 1.11 de la LC, que dio nueva regulación al artículo 25.4 de la LPSUL); una nueva regulación de las obras que se pueden llevar a cabo en las instalaciones ubicadas en el dominio público marítimo-terrestre o en las servidumbres de tránsito o protección (artículo 1.40 de la LC, que dio nueva regulación a la Disposición Transitoria 4 de la LPSUL). S.M. ÁLVAREZ CARREÑO, *La evolución regresiva*, cit., p. 14, considera la LC como la más significativa del giro regresivo de la legislación ambiental en España. Para un estudio más profundo, se vea M. GARCÍA PÉREZ - F. J. SANZ LARRUGA, *Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas*, ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 2014, y B. SORO MATEO, *La restauración del dominio público marítimo terrestre en el marco de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la ley de costas*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, pp. 2775-2791.

protección ambiental, según el cual cualquier “paso atrás” del legislador en el nivel de protección ambiental debe estar basado, para ser constitucionalmente legítimo, en fundadas razones objetivas, en cambios sobrevenidos en las circunstancias físico-geográficas del bien ambiental protegido, pero no basado en la libre disposición del legislador».

El Tribunal Constitucional (TC) desarrolla su razonamiento empezando por el reconocimiento de la «recepción del principio de no regresión del Derecho medioambiental en algunas normas de carácter sectorial del Derecho internacional, europeo o nacional o en la jurisprudencia internacional o de los países de nuestro entorno». Sin embargo, continúa, como se trata de «referencias sectoriales que no afectan específicamente al dominio público marítimo-terrestre», su detalle no vendría al caso. Por lo tanto, «en la vocación de aplicación universal con la que dicho principio se enuncia», el mismo sería una «*lex non scripta* en el Derecho internacional ambiental», además de una «formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política»<sup>32</sup>.

Tampoco sería posible, según el TC, extraer tal principio de los postulados recogidos en el artículo 45 CE, que «enuncia simplemente un principio rector, no un derecho fundamental», aunque esto evoque «la idea de “no regresión”»: «ciertamente [...] las nociones de conservación, defensa y restauración del medio ambiente, explícitas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional, comportan tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramiento que, en lo que particularmente concierne a la protección del demanio marítimo-terrestre, obligan al legislador a asegurar el mantenimiento de su integridad física y jurídica, su uso público y sus valores paisajísticos. En particular, el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado

---

<sup>32</sup> Sobre este punto A.M. MORENO MOLINA, *ob. cit.*, observa: «por un lado, si el principio de no regresión es una *lex non scripta*, es al menos “lex”; por otro, si es una *lex* del Derecho internacional, lo será por lo tanto del español en cuanto haya recogido dicha normatividad internacional; finalmente, no puede minusvalorarse la práctica y la jurisprudencia foránea simplemente porque “no afectan específicamente al DPTM [Dominio Público Marítimo Terrestre]”, pues la regulación del mismo no puede entenderse fuera del Derecho ambiental general».

tras décadas de intervención tuitiva». Sin embargo, afirma el Alto Tribunal que «el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico. En términos constitucionales, esta relevante diferencia significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente»<sup>33</sup>.

A consecuencia de lo anterior, el juez considera que el control de constitucionalidad habría de ejercerse fraguando un equilibrio entre la noción de reversibilidad de las decisiones normativas, que «otorga al legislador un margen de configuración plenamente legítimo», y su delimitación por hallarse supeditado a los deberes que emanan del conjunto de la Constitución<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Según la doctrina esta afirmación carece de fundamento. ID., *ob. cit.*, afirma que «salvo que se profese un escepticismo radical sobre la eficacia transformadora del Derecho, deberá convenirse en que, habitualmente, en un decurso lógico de la inextricable red de causas y efectos, una legislación más estricta consigue, o debe conseguir, una mejora de la situación del entorno; y, correlativamente, un debilitamiento de la legislación tuitiva ambiental debería fatalmente desembocar en una degradación del ambiente». L. PAREJO ALFONSO, *La sentencia del Tribunal Constitucional 233/2015, de 5 de noviembre, y el demanio marítimo-terrestre. La debilitación de la eficacia protectora del orden constitucional y, por tanto, de la adecuada ordenación del espacio marítimo*, en *Práctica Urbanística*, n. 140, 2016, sostiene: «El objeto del artículo 45 CE no tiene, con toda evidencia, una naturaleza diversa del propio del principio. Pues el precepto, de un lado, reconoce [...] un derecho y establece un correlativo deber [...], que no son precisamente realidades físicas, y manda a los poderes públicos la defensa y restauración del medio ambiente, lo cual tampoco es una realidad jurídica. Que el derecho, el deber y el mandato se refieran a una realidad (referencia que es idéntica al que tiene, de otro lado, el principio de no regresión): el medio ambiente en nada empece a su naturaleza». Por último, también B. LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental: algunas reflexiones desde el Derecho administrativo*, en *Revista de administración pública*, n. 200, 2016, pp. 409-438, a pesar de tener una visión más positiva del reconocimiento del Principio de No Regresión por la sentencia 233/2015 TC, afirma que, en la práctica, la dimensión física y la dimensión jurídica confluyen, «pues una legislación ambientalmente regresiva difícilmente no tendrá una repercusión negativa en el medio físico, incluso a muy corto plazo».

<sup>34</sup> Es decir, de la interpretación sistemática de los artículos 45 y 132 CE. En este sentido, el artículo 132 establece: «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación» (132.1); «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental» (132.2). Entonces, a juicio del Tribunal, el contorno de la discrecionalidad del legislador es «lógicamente más reducido cuando afecta al núcleo de los bienes demanializados *ex art.* 132.2 CE y más extenso cuando se trata de definir el dominio público de configuración legal o el régimen general de uso de los bienes de dominio público».

Por lo tanto, concluye, «la solución no vendrá dada por la mera comparación entre la Ley de costas 1988 y la Ley 2/2013 [...] pues la primera no constituye parámetro jurídico válido para determinar la constitucionalidad de la segunda». De hecho, «puede contribuir a la interpretación de la evolución legislativa y del grado de alteración del statu quo que supone su reforma, pero en ningún caso puede erigirse en un factor de petrificación»<sup>35</sup>.

Incluso sobre la base de este razonamiento, la LC ha superado con éxito el escrutinio constitucional en su mayor parte.

La STC 233/2015 se presta a una serie de reflexiones.

En primer lugar, de la argumentación esgrimida por el TC surge una visión fragmentada del Derecho del medio ambiente y, por consiguiente, de su objeto de protección. En efecto, si todas sus disposiciones emanan del principio finalista de «proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente», no se comprende el por qué los principios enunciados para sus componentes individuales – como el de no regresión – no sean extensibles al bien jurídico en su forma más amplia, en la medida en que son capaces de preservarlo. Además, no se entiende cómo es posible que este principio se traduzca, parafraseando las palabras del TC, en un deber para el legislador, y no también, por otra parte, en un derecho correspondiente para los ciudadanos<sup>36</sup>.

En segundo lugar, en el conjunto de tres segmentos lógicos del razonamiento del TC se observa una cierta contradicción: 1. el artículo 45 CE obligaría al legislador a que asegure el mantenimiento de la *integridad física y jurídica* del medioambiente; 2. esta obligación, en particular, tendría una dimensión que se puede considerar jurídica, en cuanto *no consentiría la adopción de medidas regresivas* sin justificación objetiva; 3. aunque esta dimensión evocaría la idea de la no regresión, el principio homónimo no estaría

<sup>35</sup> Por el contrario, la citada STS 5538/2012 identifica en las normas anteriores el parámetro con el que se mide una regresión.

<sup>36</sup> A este respecto, L. PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, argumenta que: «el artículo 45 CE no solo es susceptible, sino que – por mor del Derecho originario europeo, pero también del principio de unidad de la Constitución – debe ser interpretado en el sentido de que, sin perjuicio de estar ubicado entre los principios constitucionales rectores de la política social y económica y establecer efectivamente un tal principio: reconoce, justamente como presupuesto del juego del expresado principio, el derecho de todos a un medio ambiente adecuado nada menos que para el desarrollo de la persona, que es un verdadero derecho en tanto que correlativo a un verdadero deber de conservación [...] y un derecho de un destacado valor en la medida en que conectado a uno superior del orden constitucional: el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE [...] La efectividad del derecho a un medio ambiente adecuado es, así, el objeto de la política pública presidida por el principio rector».

contenido en ella, ya que *el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico*.

Por el contrario, precisamente, las palabras del TC identifican un plan de acción estrictamente jurídico del artículo 45 CE, que se traduce exactamente en el principio de no regresión medioambiental según su más conocida formulación (de no consentir un retroceso en la protección ambiental sin una razón de interés general). De ello, se derivaría la necesidad, contrariamente a lo que afirma el TC, de comparar la norma actual con la anterior para verificar el respeto, por parte de los poderes públicos, de la conservación y mejora del medio ambiente.

3.6. Finalmente, con la sentencia del Tribunal Supremo 1274/2016, de 16 de marzo<sup>37</sup>, el principio de no regresión se menciona entre los principios de Derecho ambiental explícitamente reconocidos a nivel europeo. Concretamente, se destaca que los principios de prevención, de precaución y de no regresión obligan a interpretar restrictivamente las disposiciones del Reglamento (UE) 1143/2014, de 22 de octubre, «sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras»<sup>38</sup>, teniendo en cuenta las amenazas que conllevan para la biodiversidad, los servicios ecosistémicos, la salud humana y la economía<sup>39</sup>.

3.7. Sin embargo, las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional siguen la orientación más restrictiva expresada en la previa

---

<sup>37</sup> ECLI:ES:TS:2016:1274.

<sup>38</sup> En particular, se declara que el mencionado reglamento contiene, en su preámbulo, «normas y principios tuitivos, sometidos en su interpretación a una necesaria regla restrictiva, dada su naturaleza, pues así lo imponen los principios de precaución y prevención, así como el de no regresión».

<sup>39</sup> La sentencia tenía por objeto un recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación de dos entidades ecologistas contra el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras, pretendiendo la inclusión de determinadas especies de fauna y flora en el mencionado catálogo. El Tribunal estimó parcialmente el recurso, declarando la nulidad del Real Decreto 630/2013, en la parte, entre otras, que no realizaba la mencionada inclusión.

A nivel autonómico, entre las sentencias que se refieren a esta doctrina del TS, cabe citar la reciente STSJ de Galicia 6192/2020, del 11 de diciembre: «los valores paisajísticos del área afectada por el P.E. [Plan Eólico], reconocidos por el Catálogo das Paisaxes, concurren con otros usos forestales, patrimoniales y espacios naturales, siendo preciso analizar su compatibilidad y prevalencia que tiene la protección medioambiental sobre la ordenación industrial y urbanística, debiéndose aplicar el principio de precaución, así como el de no regresión de espacios naturales y ecosistemas, obligando a un estudio riguroso de la compatibilidad de usos [...]».

233/2015. En la STC 132/2017, de 14 de noviembre, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/2017, de 24 de marzo, de segunda modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de montes y ordenación forestal. El recurso se fundamenta en una contradicción entre la norma asturiana y el artículo 45 CE por violación del principio de no regresión, en la medida en que se levanta parcialmente la prohibición de pastoreo en los montes devastados por el fuego que existía en la legislación anterior. En particular, los recurrentes argumentan que «existen supuestos en los que el pastoreo puede dificultar o impedir la adecuada regeneración de un terreno y ello no puede ser obviado por el legislador autonómico, que no ha justificado debidamente el cambio normativo, que debe siempre cumplir ciertas exigencias». El Tribunal Constitucional desestima el motivo de impugnación afirmando que «la Ley impugnada no introduce una mera regla de sentido contrario a la establecida en 2004: sigue prohibiendo el pastoreo en los mismos términos que antes (temporalidad mínima de un año y reserva de dispensa) en los bosques o montes arbolados incendiados y solo elimina la prohibición temporal con respecto a los demás terrenos forestales [...] En suma, la norma que prohíbe el pastoreo se mantiene intacta para todo el bosque o monte arbolado. [...] A este Tribunal no le corresponde determinar si, atendiendo a las condiciones del suelo, la vegetación, la orografía y la ganadería propia del Principado de Asturias, la autorización del pastoreo en los terrenos forestales incendiados distintos de los bosques o montes arbolados es una medida adecuada o no para la regeneración del monte incendiado en general y de la cubierta vegetal en particular en la superficie no arbolada, pues el nuestro no es un juicio de eficacia ni de acierto técnico sobre la legislación impugnada, sino un juicio específico sobre el cumplimiento del deber de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente que emana del artículo 45 CE en los términos antes referidos. Desde esta perspectiva, y considerando los elementos normativos expuestos, no apreciamos en el presente caso “un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva”, por lo que no concurre el presupuesto necesario para aplicar nuestro escrutinio específico derivado del artículo 45 CE».

#### *4. El principio de no regresión ambiental en la doctrina*



Como ya se ha puesto de relieve en la introducción, el principio de no regresión ambiental se ha insertado en el ordenamiento español a través de la doctrina.

López Ramón señaló «la posibilidad de incluir el derecho al medio ambiente entre los derechos humanos, con la consecuencia de aplicarle el principio de no regresión característico de estos»<sup>40</sup>. En efecto, puso de relieve la contradicción sólo aparente con la proscripción de leyes perpetuas contenida en la Declaración de Derechos de 1793, donde se declara que «una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras» (artículo 28). Por el contrario, según este autor, «el principio de no regresión ambiental es una adaptación a las circunstancias contemporáneas de la idea del progreso humano que está detrás de la declaración revolucionaria. Es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente»<sup>41</sup>.

Simón Yarza lo interpreta como «la prohibición *prima facie* de incidir restrictivamente en los aspectos esenciales de un nivel de protección medioambiental dado»<sup>42</sup>.

Amaya Arias sostiene que el principio de no regresión consiste en la imposición de una «limitación a los poderes públicos de disminuir o afectar de manera significativa el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado. Se trata de un principio implícito, relativo y jurídicamente vinculante, cuyo fundamento constitucional y legal es independiente de la naturaleza jurídica del Derecho al Ambiente, y cuyos límites deberán ser determinados en cada caso concreto»<sup>43</sup>. En particular, la

---

<sup>40</sup> F. LÓPEZ RAMÓN, *Introducción general*, cit., p. 3.

<sup>41</sup> *Id.*, *ibidem*.

<sup>42</sup> F. SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 62.

<sup>43</sup> Á.M. AMAYA ARIAS, *El Principio de No Regresión*, cit., pp. 486-487. En concreto, la autora, pp. 240-241, considera que la Constitución española excluye expresamente un contenido mínimo irreductible del derecho a gozar de un ambiente sano, pues el artículo 45 CE no está entre los derechos y libertades reconocidos en el capítulo que, de acuerdo con el artículo 53 CE, pueden ser regulados sólo por ley, «que en todo caso deberá respetar su contenido esencial». Sin embargo, «no se puede llegar al extremo de afirmar que *contrariu sensu*, el legislador no se encuentre limitado en sus facultades para regular las cuestiones ambientales y que es admisible cualquier disminución o afectación del nivel de protección alcanzado, pues además, conforme se avanza en el progreso de la ciencia y de la técnica, eventualmente se podrán descubrir nuevas agresiones al ambiente que desconocerían dicho nivel. En todo caso, se puede adelantar la existencia de un ni-

salud, la calidad de vida, el desarrollo sostenible, las generaciones futuras y la conservación de la naturaleza son todos «argumentos con la suficiente fuerza jurídica para medir el carácter regresivo de una medida en la casuística judicial»<sup>44</sup>. Esto implica que «una medida se entenderá regresiva, y, por lo tanto, jurídicamente inadmisibile, cuando reduzca o afecte significativamente el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado. Por lo tanto, no todas las regresiones en el Derecho Ambiental serán violatorias del Principio de No Regresión»<sup>45</sup>.

Más recientemente, con ocasión del proyecto de Pacto Global por el Medio Ambiente, dicha autora ha actualizado su formulación “en positivo”, estableciendo que «la protección del medio ambiente garantizada por las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas al ambiente solo puede ser objeto de una mejora constante, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento. Las Partes y sus entidades subnacionales se abstendrán de permitir actividades o de adoptar normas que tengan el efecto de reducir el nivel de protección medioambiental garantizado por la legislación vigente, salvo que esté debidamente justificado, conforme a la aplicación del test de regresividad»<sup>46</sup>.

Nogueira López afirma que el principio de no regresión ambiental «busca consolidar los avances en la protección ambiental impidiendo regulaciones que pongan en riesgo el medio»<sup>47</sup>. Equivalente, es la definición dada por Álvarez Carreño, que habla de «prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la actual lucha de intereses»<sup>48</sup>.

Según Doreste Hernández la formulación del principio «persigue garantizar que no se adopten decisiones de política legislativa, reglamentaria o administrativa que puedan disminuir el nivel de protección del medio ambiente

---

vel de protección del ambiente el cual no se podrá disminuir sin justificación, que actuará como límite a las medidas regresivas; ya sea que no se reconozca como un núcleo esencial propiamente dicho».

<sup>44</sup> ID., *El Principio de No Regresión*, cit., p. 257. Por ejemplo, en la citada sentencia 5538/2012 TS, el contenido ambiental inmodificable sería el deber de conservación de la naturaleza, de la mano con el objetivo del desarrollo sostenible (p. 259).

<sup>45</sup> ID., *ob. ult. cit.*, p. 487.

<sup>46</sup> ID., *El Principio de No Regresión del Derecho ambiental y la Agenda 2030*, en Y. AGUILA - C. DE MIGUEL PERALES - V. TAFUR - T. PAREJO (eds.), *Principios de Derecho ambiental y Agenda 2030*, tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 337-350, p. 349.

<sup>47</sup> A. NOGUEIRA LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 2474.

<sup>48</sup> S. M. ÁLVAREZ CARREÑO, *La evolución regresiva*, cit., p. 15.

alcanzado hasta el momento, como reverso negativo de la “cláusula de progreso”<sup>49</sup>, es decir de la *Best Available Technology (BAT)*<sup>50</sup>.

A partir de esta breve reseña de la literatura española sobre el principio de no regresión ambiental, se pueden identificar dos posibles interpretaciones doctrinales: radical y moderada. La primera, minoritaria, restringe su significado a la prohibición de disminuir el nivel de protección ambiental alcanzado, es decir, de aprobar y aplicar una norma que ponga el medio ambiente en una condición de riesgo o que, “simplemente”, haga prevalecer el interés económico sobre el interés ambiental. La segunda, mayoritaria, lo amplía hasta incluir la necesidad de justificación como medio de retroceso en la protección ambiental.

##### 5. Reflexiones conclusivas

A la luz de la revisión de conjunto efectuada sobre el estado de la transposición del principio de no regresión en el ordenamiento español, cabe concluir que su progresiva consolidación como principio de derecho ambiental no puede ser cuestionada. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto su existencia en el mundo jurídico nacional incluso antes de que la legislación reconociera expresamente su existencia y, por consiguiente, la obligación de respetarlo.

Lo que suscita dudas es su impacto real en la protección del medio ambiente, dada la forma en la que ha sido traspuesto e interpretado, en el momento de su aplicación por parte de la Administración Pública.

La comparación de los tres planos jurídicos analizados revela una formulación predominante del principio, esto es, la prohibición de disminuir el nivel de protección alcanzado a través de los conocimientos científicos y técnicos del momento, siempre y cuando no exista un interés general prevalente debidamente justificado. En particular, parece que la regla general (de la

---

<sup>49</sup> J. DORESTE HERNÁNDEZ, *La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española*, en *Actualidad jurídica ambiental*, n. 102, 2020, pp. 553-563, p. 554.

<sup>50</sup> J. JORDANO FRAGA, *La Administración en el Estado Ambiental de Derecho*, en *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 101-141, p. 123. J. DORESTE HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 554, nota 2, específica que «la cláusula de progreso [...] viene a implicar que las normas y títulos administrativos se encuentran sujetos a una obligación permanente de actualización en virtud del estado de la técnica o los avances científicos».

prohibición) vale *pro futuro*, mientras la excepción (a la prohibición) actúa *en el presente*.

En otras palabras, la no regresión ambiental parece concretarse en el ejercicio de una discrecionalidad técnica que no afecta a la evaluación comparativa de los intereses en juego, dado que se encuentran colocados en dos planos distintos y paralelos.

Este aspecto se observa sobre todo en la LCCTE que, como se ha destacado, permite la “reductibilidad” del nivel de protección ambiental alcanzado y la “no reductibilidad” de aquel todavía alcanzable, así que se percibe una diferencia entre (no) regresión en el presente y progresión en el futuro.

A este respecto, resulta lamentable admitir que la potencia inherente en la declaración expresa del principio de no regresión por parte de una ley estatal de amplio alcance, teniendo en cuenta los sectores implicados en la lucha contra el cambio climático y en la transición energética, se encuentra en riesgo de quedar desvirtuada por el ejercicio de una discrecionalidad puramente administrativa.

Por último, no se puede dejar de observar la similitud con el principio de precaución ambiental, habida cuenta de la referencia al concepto de “mejores técnicas disponibles”, que también deben fundamentar las medidas de precaución contra posibles daños al medio ambiente<sup>51</sup>. De hecho, los principios parecen casi confundirse si se considera que ambos tienen el objetivo abstracto de preservar el medio ambiente a través de las *BAT*.

El criterio de diferenciación entre los dos principios aparece en su aplicación concreta por la jurisprudencia, en el momento de verificar el cumplimiento de la obligación de motivación de las medidas regresivas por parte de la Administración.

Como se ha puesto de relieve en el ámbito urbanístico – en el que el TS ha realizado su principal aportación al desarrollo del principio de no regresión – el juez exige que la Administración exponga las razones «por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible». Este segmento

---

<sup>51</sup> Entre otras, cfr. la *Declaration of the International Conference on the Protection of the North Sea, Bremen, 1 November 1984*, sección D, párrafo 3, en D. FREESTONE - T. IJLSTRA (dirs.), *Dordrecht The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Cooperation*, Dordrecht, Springer, 1991, p. 72; la *Ministerial Declaration of the First International Conference on the Protection of the North Sea*, del 24 y 25 de noviembre de 1987, párrafo decimosexto; la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución COM(2000)1 final, ampliamente.

del razonamiento es claramente expresivo del principio de proporcionalidad, que actúa en el momento de conciliar el interés medioambiental con los otros intereses que surgen. Idéntico mecanismo se aplica en la concreción del principio de precaución. Sin embargo, en el caso de la no regresión, la proporcionalidad actúa como catalizador de la misma, en la medida en que el interés medioambiental es el que debe sufrir el menor sacrificio posible en relación con los demás intereses en juego. Por el contrario, en el caso de la precaución, la proporcionalidad actúa como freno, en el sentido de obligar a que las medidas de precaución produzcan el menor sacrificio posible a intereses distintos del medio ambiente. En definitiva, la proporcionalidad, en la no regresión, acentúa el valor medioambiental, en cambio, en la precaución lo desvitaliza.

En esencia, la no regresión ambiental constituye un principio plenamente reconocido por el ordenamiento español y dotado de una identidad propia, cuyo impacto positivo en el medio ambiente se concentra en la fase correctora de la acción administrativa a través de la práctica jurisprudencial.

**ABSTRACT**

Alice De Nuccio - *El Principio de No Regresión Ambiental en el ordenamiento español*

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer una panorámica del estado del arte sobre la transposición del Principio de No Regresión Ambiental en el ordenamiento español.

Se identificará, en primer lugar, la legislación estatal y autonómica que hace referencia explícita o implícita al Principio, así como al significado atribuido al mismo por esta normativa. En segundo lugar, se efectuarán una serie de consideraciones particulares acerca de como la no regresión se ha desarrollado a través de la jurisprudencia. En tercer lugar, se expondrán las distintas definiciones que la doctrina española ha elaborado del mismo. Por último, teniendo en cuenta los mencionados niveles legislativo, jurisprudencial y doctrinal, se realizarán algunas reflexiones sobre el impacto real que el Principio de No Regresión Ambiental puede tener en la tutela del medioambiente.

**PALABRAS-CLAVE:** *Principio de No Regresión Ambiental; cláusula stand still; no retroceso; progreso ambiental; principios de Derecho ambiental*

Alice De Nuccio – *The Principle of Non-Regression in the Spanish Law*

The present work aims to provide an overview of the state of the art about the transposition of the Non-Regression Principle in the Spanish Law.

The first step will be to identify the laws which, at the national and autonomous level, refers, explicitly or implicitly, to the Principle, focusing on the meaning attributed to it by these regulations. Secondly, it will be considered as the Non-Regression acts concretely in the case law. The third step will be to present de definitions of the Principle elaborated by the Spanish scholars. Finally, taking into account these legislative, jurisprudential and doctrinal levels, some reflections about the real impact of the Non-Regression Principle

on the protection of the environment will be expressed.

**KEYWORDS:** *Principle of Non-Regression in Environmental Law; stand still clause; Non-Regression; environmental progress; Principles of Environmental Law*

GYULA BÁNDI\*

*Harnessing the non-retrogression principle for setting environmental thresholds*

**TABLE OF CONTENTS:** 1. *The degree of protecting environmental values.* – 2. *Some general observations on the non-retrogression principle.* – 3. *Non-retrogression in practice – the jurisdiction of the Hungarian Constitutional Court.* – 4. *Concluding remarks.*

*1. The degree of protecting environmental values*

Everybody agrees that *the protection of the environment is a basic general obligation, part of the common good*<sup>1</sup>. This concept also refers to the intrinsically moral character of the problem, reflecting the need for the evaluation of environmental values, as expressed in brief by Encyclical *Laudato Si'*<sup>2</sup>: «194. ... It is not enough to balance, in the medium term, the protection of nature with financial gain, or the preservation of the environment with progress. Halfway measures simply delay the inevitable disaster. Put simply, it is a matter of redefining our notion of progress. A technological and economic development which does not leave in its wake a better world and an integrally higher quality of life cannot be considered progress. ...». The vital point here is what could result in a better world and higher quality of life. What does not fit into these criteria, consequently what is not appropriate, might also be taken as retrogression, contrary to the real notion of progress.

Before turning to the principle of non-retrogression<sup>3</sup>, let us try to formulate a basic universal environmental governing principle, if possible. First,

---

\* Prof. Dr. Gyula Bándi, DSc., Jean Monnet Professor of EU Environmental Law, Head of the Environmental and Competition Law Chair, Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law, Budapest, Ombudsman for Future Generations in Hungary, email: [bandi.gyula@jak.ppke.hu](mailto:bandi.gyula@jak.ppke.hu)

<sup>1</sup> According to Encyclopaedia Britannica online version: «Common good, that which benefits society as a whole, in contrast to the private good of individuals and sections of society». See: <https://www.britannica.com/topic/common-good>.

<sup>2</sup> Encyclical Letter *Laudato Si'* of The Holy Father FRANCIS On Care For Our Common Home, Given in Rome at Saint Peter's on 24 May, 2015.

<sup>3</sup> There is no exact and uniform definition for the formulation of those limitations, which wish to halt the curtailment of already existing environmental measures, requirements. Non-regression, non-retrogression of sometimes non-derogation – the official wording used by the Hungarian Constitutional Court is non-derogation as one might see below - are all available versions for the same term. That is the reason why we use the most popular two versions as exchangeable concepts.



we may perhaps look at the couple of TEU/TFEU<sup>4</sup>, and within this the dilemma of the *high level of protection*, a concept which does not have an exact definition, and therefore may not be verified as a legal requirement, and which also lacks any significant moral content. According to Art. 3 of TEU it applies to the followings:

«(3) The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance».

The *Charter of Fundamental Rights* of the EU<sup>5</sup> should also be mentioned here, reiterating a similar wording in Article 37: «A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development». This wording does not provide any further guidance either as to what high level actually means.

*Art. 191 of TFEU* contains once again a similar statement: «(2) Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. ...»

The hypothesis of a high level of protection somehow attempts to transmit values, even if the actual content of such values can hardly be defined. This value-oriented approach ends up in a negative enumeration, resulting in a methodology which does not describe the merits or content of 'high level', but takes instead as a minimum the non-regression principle. A definite example is the *jurisprudence of the European Court (CJEU)*, in a case related to the regulation on ozone depleting substances. The exact case begins with a dispute between two companies in connection with the prohibition of certain substances<sup>6</sup>. In connection with high level of protection the Court summarizes the following:

«48 As far as that requirement is concerned, it must be observed that the Regulation ensures a high level of protection. ... By prohibiting, in Article 5(1)

---

<sup>4</sup> Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (2012/C 326/01) OJ C 326, 26/10/2012 o. 0001 – 0390.

<sup>5</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

<sup>6</sup> Case C-284/95, Reference to the Court under Article 177 of the EC Treaty by the Giudice di Pace di Genova (Italy) for a preliminary ruling in the proceedings pending before that court between Safety Hi-Tech Srl and S. & T. Srl, E.C.R. (1998) Page I-04301.

of the Regulation, those of HCFCs and thereby adopting a more stringent measure than that deriving from its international obligations, the Community legislature did not infringe the requirement of a high level of protection laid down in Article 130r(2) of the Treaty.

49 Finally, whilst it is undisputed that Article 130r(2) of the Treaty requires Community policy in environmental matters to aim for a high level of protection, such a level of protection, to be compatible with that provision, does not necessarily have to be the highest that is technically possible. ...».

This is nothing more than the upper limit of a negative approach regarding the high level of protection, namely: *the high level of protection does not refer to the highest level*. This approach was echoed<sup>7</sup> ten years later, interpreting the legal requirements in connection with environmental impact assessment: «44 Whilst it is undisputed that Article 191(2) TFEU requires EU policy in environmental matters to aim for a high level of protection, such a level of protection, to be compatible with that provision, does not necessarily have to be the highest that is technically possible. Article 193 TFEU authorises the Member States to maintain or introduce more stringent protective measures (see judgments of 14 July 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, EU:C:1998:352, paragraph 49, and of 14 July 1998, *Bettati*, C-341/95, EU:C:1998:353, paragraph 47)».

Neither could we arrive at a more concrete outcome from the judgements of the past some years<sup>8</sup>. A SEA case just underlines the need for a wider interpretation: «24 Lastly, given the objective of the SEA Directive, which is to provide for such a high level of protection of the environment, the provisions which delimit the scope of the directive, in particular those setting out the definitions of the measures envisaged by the directive, must be interpreted

---

<sup>7</sup> Case C-444/15, Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Regional Administrative Court for Veneto, Italy), made by decision of 16 July 2015, received at the Court on 17 August 2015, in the proceedings *Associazione Italia Nostra Onlus v Comune di Venezia and others* (published in the electronic Reports of Cases (Court Reports - general), ECLI:EU:C:2016:978.

<sup>8</sup> See, for example Case C-24/19, preliminary ruling from the Raad voor Vergunningsbetwistingen (Council for consent disputes, Belgium), in the proceedings *A and Others against Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, 25 June 2020, ECLI:EU:C:2020:503, which in par. 47 refers to the high level of protection as a general requirement.

broadly (judgment of 27 October 2016, D'Oultremont and Others, C-290/15, EU:C:2016:816, paragraph 40 and the case-law cited)<sup>9</sup>.

While one recent judgement combines principles – as high level of protection – with objectives along the line of interpretation: «28 Article 191(2) TFEU provides that EU policy on the environment is to aim at a high level of protection and is to be based, inter alia, on the polluter pays principle. That provision thus does no more than define the general environmental objectives of the European Union, since Article 192 TFEU confers on the European Parliament and the Council of the European Union, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, responsibility for deciding what action is to be taken in order to attain those objectives (judgment of 4 March 2015, Fipa Group and Others, C-534/13, EU:C:2015:140, paragraph 39 and the case-law cited)<sup>10</sup>».

Looking at the above example, a clear effort can be detected aimed at preserving or possibly improving the state of the environment and somehow to formulate a general conceptual baseline.

Among the several other possible options to identify a general framework for a certain expected environmental performance level, one is combining the above broad moral concept with the interpretation of the right to environment. Thinking about the problem of environmental human right, I believe that it should be based on the necessity *to recognize the environmental, ecological embeddedness of sustainable development as a priority*, being the most vulnerable human right. I agree with the author: «Human rights can be said to exist on two different levels: firstly, human rights in their institutionalized form, affirmed by states and identifiable in treaties and positive law (What may be called the contemporary international human rights 'regime'), and secondly, human rights as moral rights, justified by reference to norms that are said to be universal, rather than positive law»<sup>11</sup>.

The current state of art is, that *the right to environment, at least within the codified international regime of human rights is only represented as a moral right*, while in domestic law its legalization is significantly more advanced.

---

<sup>9</sup> Case C-321/18, preliminary ruling from the Conseil d'État (Council of State, Belgium) in the proceedings Terre wallonne ASBL v Région wallonne, 12 June 2019, ECLI:EU:C:2019:484.

<sup>10</sup> Joined Cases C-105/18 to C-113/18, preliminary ruling from the Tribunal Supremo (Supreme Court, Spain), in the proceedings of Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) and others v Administración General del Estado, 7 November 2019, ECLI:EU:C:2019:935.

<sup>11</sup> K. WOODS, *Human rights and environmental sustainability*, Edward Elgar, 2010, 7. old.

According to Shelton<sup>12</sup>: «More than 100 constitutions throughout the world currently guarantee a right to a clean and healthy environment, impose a duty on the state to prevent environmental harm, or mention the protection of the environment or natural resources as a national goal».

The right to environment may also be taken as a need *to change the ethos of governance, our vision of the world*, as environmental protection – and sustainable development in its wider context – *may only be realized through the reform of existing governance and regulatory mechanisms*. Right to environment consequently means a firm commitment on behalf of the states and also of the holders of the right.

Accepting this moral duty, the *European Court of Human Rights* made considerable advances in filling the existing regulatory gap of the European Convention on Human Rights, recognizing that the protection of all other human rights may not be possible without the protection of environmental interests. According to the *Manual on Human Rights and the Environment of the Council of Europe*<sup>13</sup>: «The Court has already identified in its case-law issues related to the environment which could affect the right to life (Article 2), the right to respect for private and family life as well as the home (Article 8), the right to a fair trial and to have access to a court (Article 6), the right to receive and impart information and ideas (Article 10), the right to an effective remedy (Article 13) and the right to the peaceful enjoyment of one's possessions (Article 1 of Protocol No. 1)».

The close relationship has been established by the ECHR through the extension of the scope of obligations, duties of the states, understanding that a human right infringement is not necessarily conceivable only as a direct illegal action of the state organs, but also with inactivity towards the protection of these values. Of course, the scope of such infringement cases is relatively narrow, covering the most significant cases only, and also identifying the direct link with the protection of individual rights. *Analogy has its limitations*. Anyhow, it is again a challenge to define the necessary level of environmental protection by simply referring to human rights.

---

<sup>12</sup> D. SHELTON, *Whiplash and Backlash - Reflections on a Human Rights Approach to Environmental Protection*, in *Santa Clara Journal of International Law*, Volume 13, Issue 1 2015, p. 17.

<sup>13</sup> *Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, ISBN 978-92-871-7319-5, Second Edition, 2012, p. 8.

The above two examples – high level of protection and environmental human rights – still do not provide a canon to determine and identify the positive obligations. We learnt that high level is not the highest possible, and human rights require positive steps on behalf of the state to protect – but to what extent? The difficulty to set some minimum standards is best demonstrated by the BAT requirement<sup>14</sup>. In Art. 3.10. of the industrial emissions directive under point c) we read: «“best” means most effective in achieving a high general level of protection of the environment as a whole». And if we add the term “available” in point b), the wording - «under economically and technically viable conditions, taking into consideration the costs and advantages» – clearly manifest the relativity of the whole concept. “Best” as a condition points to the already mentioned dilemma of “high level”, while “available” again does not require anything too demanding. Thus, somehow one would like to detect at least some minimum level, a certain baseline of what to do, or what should not be done. Non-retrogression principle might not be the most excellent solution, but at least a kind of reaction to the needs. But what does it really mean?

## *2. Some general observations on the non-retrogression principle.*

The non-retrogression principle was not created within the realm of environmental law, nevertheless it is highly significant in this field. According to a scholar: «Framing environmental protection as a human right eliminates those trade-offs that would lead to retrogression from existing levels of environmental protection or would prevent states from providing a minimum core environmental quality. The human rights perspective thus adds legitimacy to the demand for making environmental protection the primary goal of policymaking. Moreover, there is an international human rights edifice that promotes awareness and offers the possibility of remedies to individuals deprived of these rights. The explicit recognition of a right to a healthy environment might therefore provide new tools for civil society to hold governments accountable for ensuring access to the right»<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> See: Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control), OJ L 334, 17.12.2010, p. 17–119.

<sup>15</sup> R. BRATSPIES, *Do We Need a Human Right to a Healthy Environment?*, in *Santa Clara Journal of International Law*, Volume 13, Issue 1, Article 3, 4-2-2015, 36. old.

This principle – also recognized as non-derogation, non-retrogression, non-regression – is closely connected to human dignity, right to life or to similar other rights which characterize the legal status of human beings. Retrogression from the actual status of human person is not acceptable, while the opposite - that is to expand this status – is welcome. “Non-derogation” as a constitutional concept may be interpreted as follows<sup>16</sup>: «The principle of non derogation holds that there is a core of fundamental rights that may not be infringed or limited, even in an emergency. Although it is often conceded in many constitutions - as it is allowed by international human rights instruments - that the state may derogate from its obligations in an emergency, it is also acknowledged that certain essential protections and rights cannot be derogated from (i.e., those protections/obligations are non-derogable). As an example, the right against torture is generally regarded as a principle of *ius cogens*...».

The use of this principle in practice has not always been equally appreciated, mostly due to its ambiguity. American author interpreted constitutionality of the principle in a different field of law: «In 1996, the Supreme Court issued two unrelated decisions reflecting a surprising common theme. In *Romer v. Evans*, the Court struck down a Colorado constitutional amendment barring anti-discrimination laws based on homosexual orientation. In *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. Federal Communications Commission*, the Court invalidated certain provisions of a federal statute regulating cable television. Though substantively dissimilar, both decisions take the same approach to the task of defining constitutional norms. In both cases, the Court insists that the constitutionality of a particular state of affairs depends on how we got there. Government acts unconstitutionally when it reduces pre-existing protection of some (presumably favored) interest but not when it arrives at the same place by a different route. The direction of movement takes precedence over the content of the law. The archetype of this approach is non-retrogression: government can extend protection beyond what the Constitution requires, but it cannot retreat from that extension once made. The Constitution becomes a ratchet, allowing change in one direction only. Consequently, whether a given law will be judged constitutional depends on the

---

<sup>16</sup> M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SOUNDERS (ed.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013, 91-91. old.

state of affairs that existed before the change»<sup>17</sup>. According to the authors, the outcome depends on the action and preference of the judiciary. «In our view, the revival of non-retrogression as a constitutional principle is symptomatic of a Supreme Court adrift in an age of judicial activism»<sup>18</sup>. And the critical issue here is how to define the actual substance of the definition<sup>19</sup>. Anyhow, their scepticism might be resolved by a more precise assessment, so the arguments are not absolute.

Later one of the preparatory papers of the Rio+20 Conference refers to those principles of environmental law that emerged after Stockholm (1972) and Rio UNCED (1992)<sup>20</sup>, and from among them: «One example for a principle which expands the frontiers of environmental law is the Principle of Non-Regression. More common in the field of human rights law, this principle is understood as requiring that norms which have already been adopted by states may not be revised in ways which would imply going backwards on the previous standard of protection». But: «From a legal practitioner's point of view, this raises several questions, e.g.: Is the Principle of Non-Regression a justified and viable concept? How and by whom should the thresholds and criteria of regression and non-regression be determined? Could national courts establish the principle as a standing norm of environmental law by invoking the ratio and aim of environmental law to constantly improve the environment or do the contours of this principle need to be fleshed out in more details first?».

The principle received increasing support with time, mostly in connection with social and environmental issues. Many agreed that the principle has a decisive role within the toolbox of implementation of the right to (a healthy) environment, as underlined also by the special UN expert<sup>21</sup>: «89. ... He strongly

---

<sup>17</sup> J. C. JEFFRIES JR., D. J. LEVINSON, *The Non-Retrogression Principle in Constitutional Law*, in *California Law Review* Volume 86, Issue 6 Article 1, December 1998, 1212. old.

<sup>18</sup> Uo. 1247. old.

<sup>19</sup> Uo. 1248. old.

<sup>20</sup> World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability 2<sup>nd</sup> Preparatory Meeting, 23-24 April 2012 Buenos Aires, Argentina Issue Brief No. 3. The documents may be found at: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9969/advancing\\_justice\\_governance\\_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9969/advancing_justice_governance_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>21</sup> Human Rights Council Twenty-eight session Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, John H. Knox, 2015, március 6.

agrees that as the working group on modernization goes forward, it should adhere to this principle and ensure that all efforts to improve and modernize the procedure by making it more streamlined and efficient do not regress to lower levels of protection for the environment and rights to information and full and effective participation».

More information has come to surface in connection with the right to water and sanitation within the UN human rights discussions. According to a special rapporteur of this area<sup>22</sup> this principle requires further recognition: «7. ... the world is facing enormous challenges in the area of safe water and sanitation, as regards not only improving access but also ensuring quality and sustainability. ... 10. The subsections below explore the links between sustainability and the obligation of States to progressively realize the rights to water and sanitation using maximum available resources, the principle of non-retrogression, and the human rights principle of non-discrimination». And according to a straightforward and simple explanation: «14. A retrogressive measure is one that, directly or indirectly, leads to backward steps in the enjoyment of human rights». One final conclusion is that «17. There is a clear link between non-retrogression and sustainability. Acts or omissions that result in retrogressions in the progressive realization of the rights to water and sanitation jeopardize sustainability».

We must also underline that the given report in its Point 15 summarizes a set of characteristics of the principle's contextual evaluation (listing conditions for retrogression steps), useful for legal practice, bearing in mind that these features are relevant for the human rights relations. These include issues related to retrogression, as reasonable justification, that the measure must be necessary and proportionate, must not be discriminatory, should be temporary and short term in nature, etc.

The special rapporteur for housing also mentions this principle, demonstrating the complexity of the problem<sup>23</sup>. The starting point of the special rapporteur is also sustainable development: «Underlying and deepening the

---

<sup>22</sup> Human Rights Council Twenty fourth session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque. A/HRC/24/44, 2013. július 11.

<sup>23</sup> Statement by: Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Statement by Mr. Miloon Kothari, Special Rapporteur on adequate housing at the World Summit on Sustainable Development Johannesburg, South Africa, 30 August 2002.



content of all these rights are human rights principles such as non-discrimination, gender equality, non-retrogression and the right to a remedy. These principles offer valuable directions so that the gains of development can be sustained for the benefit of human beings and the environment. They also underpin environment principles emanating from the Agenda 21 such as “common but differentiated responsibility” and the precautionary principle».

Similar prohibitions may be detected within the Universal Declaration of Human Rights in Art. 30<sup>24</sup>, implying a broad basis of non-retrogression: «Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein». The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>25</sup> indirectly also implies comparable obligations: «Art. 17: *Prohibition of abuse of rights* - Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention». The International Covenant on Civil and Political Rights<sup>26</sup> contains provisions for exceptional derogations in Art. 4, or restrictions in Art. 5.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>27</sup> has somewhat more direct requirements, which recall the general problem of derogations and their limitations, in Art. 52 (Scope and interpretation of rights and principles).

«1. Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others».

---

<sup>24</sup> Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A) <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

<sup>25</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Rome, 4.XI.1950 [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf).

<sup>26</sup> International Covenant on Civil and Political Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49.

<sup>27</sup> fn. 5.

Thus, the above mentioned four different human rights documents – directly or indirectly – refer to derogations or non-retrogression provisions, although nothing is revealed about the actual content of these requirements, only the prohibition itself is presented, probably as a general reference to proportionality. The Human Rights Committee offers somewhat more components relating to the human rights concerns in connection with Art. 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>28</sup>. The Siracusa Principles are earlier, covering the different aspect of limitation clauses, such as e.g.:

«3. All limitation clauses shall be interpreted strictly and in favor of the rights at issue. ...

7. No limitation shall be applied in an arbitrary manner. ...

10. Whenever a limitation is required in the terms of the Covenant to be "necessary", this term implies that the limitation:

(a) is based on one of the grounds justifying limitations recognized by the relevant article of the Covenant,

(b) responds to a pressing public or social need,

(c) pursues a legitimate aim, and

(d) is proportionate to that aim.

Any assessment as to the necessity of a limitation shall be made on objective considerations.

11. In applying a limitation, a state shall use no more restrictive means than are required for the achievement of the purpose of the limitation.

...

14. The limitation clauses of the Covenant shall not be interpreted to restrict the exercise of any human rights protected to a greater extent by other international obligations binding upon the state».

While the document of 2001 describes the conditions in a more precise way:

• «2. Measures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature. Before a State moves to invoke

---

<sup>28</sup> We may mention first the "Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights" Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), and also CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, Adopted at the Seventy-second Session of the Human Rights Committee, on 31 August 2001 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29. (General Comments).

article 4, two fundamental conditions must be met: the situation must amount to a public emergency which threatens the life of the nation, and the State party must have officially proclaimed a state of emergency. ...

- 4. A fundamental requirement for any measures derogating from the Covenant, as set forth in article 4, paragraph 1, is that such measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation. This requirement relates to the duration, geographical coverage and material scope of the state of emergency and any measures of derogation resorted to because of the emergency».

It is even more vital that there are human rights which may not be touched with such derogations:

- «11. The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law.... However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency (e.g., arts. 11 and 18)».

The ECHR could also accept similar conditions in connection with Art. 15. of the European Convention of Human Rights in 2016<sup>29</sup>.

From among the scholars, focusing on the principle within environmental law, Michel Prieur is the most well-known. His major premise is the following<sup>30</sup>: «2. The environment is a value-policy and an ethic (or a “moral of the environment”, as said by French President Pompidou in 1970) that, because of its scope, reflects a permanent quest for improved human and animal well-being in the name of permanent social progress. Environmental policies, if they reflect progress, should ban any regression». He points also to the major problem, that while everybody stresses the importance of environmental protection, in practice a different reality is demonstrated. «6. Several threats exist that could curb environmental law. They are:

- political: the often demagogic will to simplify laws leads to deregulation, indeed to the repeal of environmental legislation, in view of the growing number of national and international legal environmental standards;

---

<sup>29</sup> Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights - Derogation in time of emergency, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_15\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf).

<sup>30</sup> M PRIEUR, *Non-regression in environmental law*, *S.A.P.I.E.N.S - Surveys and Perspectives Integrating Environment and Society*, 2012. vol. 5. no.2., <https://sapiens.revues.org/1405>.

- economic: the global economic crisis is conducive to speeches calling for fewer legal environmental obligations, some people considering that they hinder development and poverty reduction;

- psychological: the huge scope of environmental standards means they are complex and difficult to understand for non-specialists, which encourages calls for less restrictive environmental laws».

Later he discusses the many forms of retrogression – in point 7 of the paper -, as for example: «National environmental legislation is subject to increasing and often insidious regression:

- changing procedures so as to curtail the rights of the public on the pretext of simplification;

- repealing or amending environmental rules, thus reducing means of protection or rendering them ineffective».

At the very same year, when Prieur summarized the above assertions, the European Parliament – as a preliminary step before the Rio+20 conference in 2012 – issued a statement with a similar appeal<sup>31</sup>: «97. Calls for the recognition of the principle of non-regression in the context of environmental protection as well as fundamental rights;».

Without going further into the examination of the legal dilemma, there are some recent examples listed below, clearly stressing the need for formulating and implementing the non-retrogression principle, mostly for the sake of environmental human rights. The order is simply chronological.

The first in the timeline is the Global Pact for the Environment project<sup>32</sup>, still under discussion at the United Nations, launched in 2018. A written outcome is a draft, covering the most important conditions for a ‘Right to an ecologically sound environment’, as it is stipulated in Art. 1. From among the several conditions of the new right – from precaution or integration to public participation or polluter pays – one is non-retrogression, without providing any further details about the actual terms of such a requirement:

«Article 17 Non-regression

---

<sup>31</sup> European Parliament resolution of 29 September 2011 on developing a common EU position ahead of the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio+20). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0430+0+DOC+XML+V0/HU>.

<sup>32</sup> <https://globalpactenvironment.org/en/>.

The Parties and their sub-national entities refrain from allowing activities or adopting norms that have the effect of reducing the global level of environmental protection guaranteed by current law».

Our second recent illustration is the proposal “Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature”<sup>33</sup>. Here the authors similarly refer to the principle: «The rule of non-regression has several meanings, and its fundamental elements are the following ones:

- a) no subsequent act can reduce the protection of Nature established by a previous act;
- b) all forms of environmental protection (both procedural and substantial) when they are introduced cannot be repealed by subsequent laws;
- c) the damage to environmental interests must always be minimal;
- d) the highest level of environmental protection must always be guaranteed».

The third example is the product of the current pandemia, speaking about the problem of health emergency<sup>34</sup>. This article is a clear reference to the scope of the principle, thus its' connection to certain rights which should not be limited, covering a special field of legal answers: «... the human rights principle of non-retrogression establishes that, in times of economic and financial crisis, assuming rights of the disadvantaged and marginalized individuals and groups are not disproportionately affected. Taking the principle of non-retrogression as a starting point, I believe we need to move from the mere formulation of (negative) limits of what governments are allowed to do to the identification of (positive) requirements to prioritise the preservation of rights of the most vulnerable». And later: «The human rights principle of non-retrogression sets limits to what States are allowed to do when they intend to implement measures that could result in lesser enjoyment of socio-economic rights».

---

<sup>33</sup> *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, Study The European Economic and Social Committee (EESC), 13 December 2019, <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>, p. 72.

<sup>34</sup> K. CASLA, *Rights and Responsibilities: Protecting and Fulfilling Economic and Social Rights in Times of Public Health Emergency*, in C. FERSTMAN, A. FAGAN (eds.), *Covid-19, Law and Human Rights: Essex Dialogues. A Project of the School of Law and Human Rights Centre*, University of Essex, 2020, p. 11 - 17.

Finally, there is again a right-based approach, but from 2021<sup>35</sup>. Darpö clearly requires «1. The introduction of new environmental principles in EU primary law», saying: «It may be fruitful to introduce some new principles of environmental law on the constitutional level in EU law. What is lacking is a general principle of non-regression, meaning a prohibition on Member States to undertake measures entailing environmental degradation, or the weakening of environmental laws».

All four recent examples consistently rely on the non-regression/non-retrogression principle in defining a certain minimum level of obligations towards the state action or intervention. It becomes clear that a positive standard – what should be done – might not be prescribed clearly, but there should be at least some minimum requirement – something like: you should not go over/below that level – as a relatively firm hold for us in looking for the margin of discretion.

### *3. Non-retrogression in practice – the jurisdiction of the Hungarian Constitutional Court*

The best way to define what non-retrogression principle really means is to confront and test it with legal practice. And as most of the above examples, conventions, documents and academic writings refer to the state responsibility in this respect, this legal practice should primarily involve constitutional jurisdiction, which is made to evaluate the operations of the state. The challenge is, how the state organs manage those interests which meet the common good. We shall introduce the path how non-retrogression principle could become a crucial component of the interpretative jurisdiction of the Hungarian Constitutional Court since 1994, in connection with the clarification of what the right to a healthy environment should mean. Obviously, there are several other constituents of the explanation of this right – precautionary principle, future generations' rights, common good or public trust, etc. – in the given adjudication practice which we are not going to discuss here, having the non-retrogression at our focus.

---

<sup>35</sup> *Can Nature Get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context*, by Jan Darpö, commissioned by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament PE 689.328- March 2021, p. 61. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL\\_STU\(2021\)689328\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU(2021)689328_EN.pdf).

At the turning point of Hungarian history, in 1989 the original 1949 constitution was amended<sup>36</sup> in order to prepare the coming political change, and among others encapsulated the right to environment in two different articles. Art. 18 referenced a right to a healthy environment and Article 70/D, par. 2 stipulated environmental protection as an instrument - beside healthy working conditions, management of health care system and ensuring regular physical training - for safeguarding the right to the highest level of mental and physical health. Due to this general phrasing, for the sake of proper implementation these articles had to be interpreted first. The only legitimate interpreter was the Constitutional Court.

The first and most important of the several similar cases, within which the Court provided an explanation to the concept of the right to environment was the decision no. 28/1994. (V.20.). The direct case was a problem of curtailment of nature conservation areas, also the degradation of natural values, opening up the chance for privatization of nature protection areas without giving any balancing obligation or limitation. The Court stated that though private ownership of nature conservation areas in itself was legal, a set of obligations and limitations on the use of this property was missing.

The major argument stemmed from the environmental rights. According to the court the level of protection in the field of environment and nature conservation should not be curtailed, only if necessitated by the realization of other constitutional values or fundamental rights. This meant a balancing of similar levels of interests. The decision asserts that the right to a healthy environment constitutes a state responsibility, undertaken by the establishment and maintenance of the specific system of institutions. As the Court emphasized in points 134 and 138: «the right to environmental protection [...] is primarily an independent and self-contained protection of institutions – that is, a distinct fundamental right exceedingly dominated and determined by its objective aspect of institutional protection. The right to environmental protection raises the guarantees for the implementation of the state duties in the area of environmental protection to the level of a fundamental right, including the conditions under which the degree of protection already achieved may be restricted. Due to the distinctive features of this right, what the State ensures by the protection of individual rights elsewhere it must ensure in this case by providing legal and organizational guarantees».

---

<sup>36</sup> See: [https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hungary/1989-90%20constitution\\_english.pdf](https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hungary/1989-90%20constitution_english.pdf).

An equally important message of the decision is that the real subject of the right to environment should be humanity and nature.

This first judgement also stresses that the level of protection is not at the discretion of the state as this protection constitutes the foundations of human life and the harm to the environment is usually irreparable. The need for a certain level of protection leads to a strict regime of guarantees. Thus, the state is free to choose from the means and methods of protection but has no freedom in allowing any form or even the risk of degradation. It is not allowed to limit or risk the given level of protection with unclear privatization rules and property relations and without a system of preventive measures. This is taken as the non-retrogression principle. Point IV. 1. of the decision stipulates this minimum level of protection as: «the state does not have the freedom to tolerate either the degradation, or the risk of degradation of the state of environment». The best means to fulfill this aspiration is to use preventive measures: «prevention has precedence over all other means to guarantee the right to a healthy environment, for subsequent penalties for irreparable damages cannot ensure restoration of the original condition. [...] The enforcement of the right to a healthy environment by upholding the degree of protection also compels the State not to regress from preventive rules of protection to protection ensured by sanctions. Also, any action by the State contrary to this requirement must be compelled by unavoidable necessity and it should be proportionate with this necessity» (points 134, 140–141.).

The Constitutional Court underlined in points 134 and 140, that «it follows from both the subject and the dogmatic peculiarities of the right to environmental protection that the State must not reduce the degree of protection of nature as guaranteed under law unless necessary to realise other constitutional rights or values. Even in the latter case, the degree of protection must not be reduced disproportionately to the desired objective».

The Court elaborated on the principle of non-retrogression further, also in connection with nature conservation interest<sup>37</sup>: «Damages to nature destroy finite resources, in many cases in an irreparable way, thus missing protection measures might lead to irreversible processes. Consequently, in connection with the implementation of environmental rights it would not be possible to allow quantitative and qualitative fluctuation, dependent upon the economic and social

---

<sup>37</sup> Decision No. 48/1997. (X. 6.) AB.



circumstances ... Implementation of the right to a healthy environment constitutionally requires that the state should not step back from the already given level of protection only in case if otherwise the limitation of a fundamental right would allow... Derogation from this obligation may only be possible in a situation of necessity and only in a proportionate mode». The implementation of the right to environment requires not only keeping the present level of protection, but also that the state should not step backward towards liability-based protection from the preventive measures.

A further element from the judgment 48/1998. (XI. 23.) AB must be emphasized as well. This judgment originally covers the protection of embryo life but also made comparisons with other human rights. The judgment refers to the right to environment as an analogous issue, both rooted in the right to life. According to the Court both the right to health or right to a healthy environment serve the health of future generations. The right to a healthy environment identifies the duty of the state as a constitutional right. These types of rights do not allow fluctuation, as for example in the case of social rights, the implementation of which may well depend on the actual prosperity, actual financial capacity of the state, while other rights – such as the right to environment – may not rise and fall.

In the decision No. 106/2007. (XII. 20.) AB, the Court took the necessity/proportionality test as a core issue, underlining that «3.2. ... the state should not make any steps backwards from the higher level of protection, except for in case of a significant constitutional justification. A significant constitutional justification might only be the protection of another fundamental right or the implementation of another constitutional objective...». Thus, the limitation of the right to environment might only be possible under exceptionally reasonable conditions, using the proportionality test. A good comparison might be the limitation of ownership rights, which is taken by the Court 'not as an absolute right, as it may proportionally be limited, due to public interest reasons' (64/1993 (XII.22.) AB). Such a public interest reason for limiting ownership rights may be the requirement to protect nature conservation interests (33/2006. (VII.13.) AB).

In 2011 a new constitution was adopted, regarded as the "Fundamental Law"<sup>38</sup>. This new constitution encompasses a broader array of environmental

---

<sup>38</sup> [https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2021/01/thefundamentallawofhungary\\_20201223\\_fin.pdf](https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2021/01/thefundamentallawofhungary_20201223_fin.pdf).

references and significantly more encouraging theoretical foundations for the interest of the environment than ever before.

Even in the preamble - or National Avowal – we may find substantive environmental elements: «We commit ourselves to promote and safeguard our heritage, our unique language, the Hungarian culture, the languages and cultures of nationalities living in Hungary, along with all man-made and natural assets of the Carpathian Basin. We bear responsibility for our descendants; therefore, we shall protect the living conditions of future generations by making prudent use of our material, intellectual and natural resources». These words include three major conceptual questions:

- national assets or national heritage,
- future generations
- human dignity.

The “Foundation” part of the Fundamental Law contains Article P), the most significant article offering a pivotal basis for any further constitutional interpretation: «All natural resources, especially arable land, forests and drinking water supplies, biodiversity – in particular native plant and animal species – and cultural assets shall form part of the nation’s common heritage, and the State and every person shall be obliged to protect, sustain and preserve them for future generations».

Part D of the Fundamental Law (Freedom and Responsibility) is the human rights chapter. There are two articles, very similar to the previous constitutional setting, which are vital for the environmental rights:

- Article XX is more indirect, connecting environment protection to public health («Everyone shall have the right to physical and mental health»), where environmental protection is taken as a tool of safeguarding public health;
- Article XXI is the specific article on environmental rights: «(1) Hungary shall recognize and enforce the right of every person to a healthy environment». There are two other paragraphs, not relevant in constitutional interpretation.

The Constitutional Court, while a bit hesitant in certain other issues, has been relatively active in interpreting the cases in connection with the right to a healthy environment and widening its approach to cover even more aspects than before. The first in the list was the decision No. 16/2015. (VI.5.) AB. The decision proved to be the initial one in the field of environmental rights after the adoption

of the Fundamental Law. The Court stressed that the Fundamental Law «did not simply conserve the level of constitutional protection of the right to a healthy environment but includes much broader provisions than the Constitution (110)». The proposed transfer of property management of nature conservation areas to the National Land Management Fund was found unconstitutional since it would reduce the level of environmental protection, as the Fund prioritises mainly economic aspects of managing the land as opposed to ensuring they remain protected nature reserves. The Court ruled that this could result in a retrogression as compared with the already existing level of protection (105).

The Court stated (110) that the proposed legislation, which was sent to the Court by the President of the Republic for constitutional review, did not contain those necessary guarantees which could have been drawn from Par. 1 of Art. P) to ensure that the level of protection of nature conservation provisions would not be curtailed. Even the chance that there is “only” a risk of derogation of the nature conservation level would not be allowed. The legislator, before adopting an amendment must carefully look at the legal context and proper functioning of the regulation. The already available level of protection should not be reduced but should rather be extended. Consequently, the level of then existing guarantees had been used as the measure for the level of protection. This decision also reinforced many of the previous – originating before the Fundamental Law – decisions of the Constitutional Court, ensuring the continuity of constitutional interpretation.

The Constitutional Court decision No. 28/2017. (X. 25.) AB was also connected with nature conservation, more specifically with Natura 2000 protection of the sites versus agricultural uses. Some new provisions of agricultural uses – according to the Court – limited the chances and effectiveness of nature conservation, while these limitations did not prove to be necessary for the protection of any other human right or constitutional value. The actual verdict did not intervene directly in the regulatory process, but only stated that the legislator made an omission.

Fortunately, the Court revealed some very important basic requirements, which paved the way for several further legal arguments since then. They underlined the importance of biodiversity, the special use of Natura 2000 sites, referred to the common heritage of the nation – similar to the common heritage of mankind – and emphasized again the non-retrogression (or non-derogation) principle. According to the Court, while environmental protection is everyone's

obligation, the responsibility of the state is even greater, as the state shall also create the underlying legal conditions of effective environmental protection. In this decision, the Court also interpreted the obligations towards future generations, as articulated by Article. P) of the Fundamental Law. This encompasses – evidently using the arguments of academic writings on the problem of future generations - a three-fold obligation: (1) to provide the chance for options, (2) to maintain the environmental quality, and (3) to provide the chance for access. All three should be used in a way to protect the interest of future generations. In the given case it means that the purely economic vision in connection with the utilization of Natura 2000 sites may not be accepted. Finally, the Court clearly stated that the state, when making various decisions in connection with nature conservation, must keep in mind the precautionary principle. The precautionary principle has also been articulated as part of the constitutional right to the environment.

A significant milestone for the non-retrogression principle was reached when it became labelled as a constitutional principle: «[28] ...The constitutional will can be directly deduced from Art. P) of the Fundamental Law, namely to protect human life and the living conditions ... in a way which preserves the life chances of future generations and based upon the generally accepted principle of non-derogation would definitely not worsen them<sup>39</sup>. Non-derogation, as a supplementary duty of the state environmental legislation, should equally refer to the substantive, procedural and institutional-organizational regulations of environmental protection».

Although the relevant obligations are applicable to everybody, there should be some differentiation according to the extent of such responsibilities. The Court states: «[30] ... While in a broader sense the state, the natural and legal persons all have environmental protection responsibilities, this might not be identical in case of different subjects of law. In case of natural and legal persons, above and beyond being aware of and implementing the current legal requirements, it should not be expected in a general and enforceable way that they tailor their conduct to a legally non defined, abstract goal. On the other hand, one can expect from the state the formulation of all those legal obligations, which must be implemented by the state and by private persons, among others to provide an effective protection for all those values, defined in Par. 1 of Art. P)».

---

<sup>39</sup> The decision itself used this term in brackets, after the Hungarian term.

In order to demonstrate the continuity of the decisions, dating back to the very beginning, the decisions later articulates: «[30] In connection with the regulatory obligations relevant to environmental protection the Constitutional Court has already indicated that “all those duties, which the state might implement elsewhere with the protection of fundamental rights, here should be executed via the stipulation of legislative and institutional guarantees” [decision No. 28/1994. (V. 20.), ABH, 1994, 134, 138.]».

The decision revealed many aspects in connection with the rights of future generations, as for example in point [31], which declares that Par. 1 of Art. P) commissions a “hypothetical heritage” to future generations, close to common heritage of mankind as provided for in international law. Retrogression may endanger this heritage. «[32] ... An absolute, contextual canon originates from Art. P) of the Fundamental Law, in connection with the state of natural resources, which stipulates objective requirements towards the activities of the state at any point in time».

The Decision No. 3223/2017. (IX. 25.) AB is the outcome of a submission of individuals, initiated against a judgement of the Curia in a case. The Court, while rejecting the motion, still summarized the major characteristics of the interpretation of the principle of non-derogation, using clearly the opportunity for making this synopsis. They encapsulated (27) that the reason behind the standard of non-derogation (as the Court called) is the possibility of causing irreversible processes if the protection of environment and nature is not guaranteed. The consequence is that any environmental regulation must be based upon the principles of prevention and precaution. The Court underlined again (28) that non-retrogression (as we call it now) equally covers the questions of substantive law, procedural and institutional regulations, as the three together could provide a complete application of the principle.

This three-fold obligation would mean (28) that non-derogation (retrogression) might be impaired even when substantive law is not changed, but the procedural or institutional regulations are weakened, or if the subject of legal regulation is altered unfavourably from the point of view of environmental protection, while substantive law is not changed. The most important message is that for the interest of complete implementation of the principle the concept of legislation and implementation must be changed, necessitating a long-term, continuous legislative and policy making activity, covering more than one government cycle.

This would also require (28) the use of the proportionality-necessity test in connection with any limitation of fundamental rights. This requirement is also obligatory for the individual decision of a public authority (29). Thus, the authority should not only implement and enforce the legal regulations in force, but also needs to take into consideration the environmental and nature conservation constraints.

The next judgment to be discussed – (13/2018 (IX. 4.) AB), issued 29th August 2018 – is based upon the constitutionality initiative of the President of the Republic, using the arguments of the Ombudsman for Future Generations to a large extent. The main issue is water management, more specifically, the unlimited drilling and use of groundwater wells, down to the level of 80 meters. This judgment combines the references to future generations and right to environment with the questions of state property and national assets (Article. 38 of the Fundamental Law) – to which water resources belong. The significance of authorization in water management administration is also in focus, as the manifestation of prevention was a paramount issue in the decision.

First of all, the Constitutional Court provided an overview of the constitutional significance of the non-derogation principle, beginning with the first decision (28/1994. (V. 20.) AB), emphasizing: «Thus the Decision 28/1994. (V. 20.) AB clearly deducted the principle of non-derogation from Article 18 of the Fundamental Law [right to a healthy environment], and it also assessed the shift of the regulation from the principle of prevention to the principle of polluter pays (sanction) as a violation of non-derogation» (point 17).

The conclusion is: «[20] It means that in accordance with the case law of the Constitutional Court, the principle of non-derogation is now considered to originate directly from the Fundamental Law and it is connected equally to Article P) (1) and Article XXI (1) of the Fundamental Law». The Constitutional Court also points out in the context of non-derogation that in every case when the regulations on protecting the environment are modified, the precautionary principle and the principle of prevention should be taken into account by the legislator, «as the failure to protect the nature and the environment may induce irreversible processes» {most recently: Decision 3223/2017. (IX. 25.) AB, Reasoning [27]}. In accordance with the precautionary principle generally accepted in environmental law, the State must guarantee that the conditions of the environment are not deteriorated due to a particular measure ...«{Decision 27/2017. (X. 25.) AB, Reasoning [49]} ...».

And: «[21] Finally, the Constitutional Court also points out that when the absence of step-back cannot be verified beyond doubt with respect to a regulation, the constitutionality of the step-back should be examined in accordance with Article I (3) of the Fundamental Law, and the State should justify stepping back from the level of environmental protection already achieved, also with account to the precautionary principle, by comparing it to the enforcement of another fundamental right, with respect to necessity and proportionality {Decision 3114/2016. (VI. 10.) AB, Reasoning [45]}».

Thus, the non-regression principle is underlined again, as being based on the provisions of Fundamental Law, and in combination with the precautionary principle, also distinctly referred to. In both cases the necessity-proportionality test shall be used, comparing the protection of the environment to the protection of various other human rights. The Constitutional Court then provided an overview of the importance and the present conditions of subsurface waters, from the point of view of the nation's common heritage according to Par. 1, Art. P) (1). The special importance of sub-surface waters has been discussed in details, to provide the necessary factual basis for the arguments. «[31] Based on all the above, the Constitutional Court notes that in Hungary, since 1960, the establishment of bored wells has continuously been an activity subject to permission, and the regulations in force specify (among others), even in the cases that fall into the competence of the local government's notary, the qualification of the contractor constructing the well and the technical specifications of the well to be established. Requiring a permit for establishing a well guarantees the protection of the quantity of subsurface waters, as the authority is capable not only of continuously monitoring the level of water usage that may be allowed without endangering the quantity of subsurface waters, but in justified cases it can also impose restrictions on the level of water usage concerning the wells that are granted a permit. The technical and professional requirements specified as the condition for issuing the permit serve the purpose of protecting the quality of subsurface waters by allowing only professionals to have appropriate professional qualification to establish wells by using appropriate materials and technologies».

The conclusion of the legal and factual background is: «[62] As it has been already pointed out by the Constitutional Court earlier, based on the precautionary principle, the State shall secure that the condition of the environment does not deteriorate due to a specific measure. {Decision 27/2017.

(X. 25.) AB, Reasoning [49]}. Consequently, the legislator has to verify that a specific planned regulation does not qualify as a step-back, and thus does not cause any damage – an irreversible one, as the case may be –, and does not provide an opportunity in principle for such a damage».

The Court also referred to other provisions of the Fundamental Law: «[65] 8.5. According to Article I (3) of the Fundamental Law, “the rules relating to fundamental rights and obligations shall be laid down in an Act of Parliament. A fundamental right may only be restricted in order to allow the exercise of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent that is absolutely necessary, proportionately to the objective pursued, and respecting the essential content of such fundamental right”. The restriction under Article I (3) of the Fundamental Law has been consistently enforced by the Constitutional Court with the provision that, in line with the precautionary principle, the actual deterioration of the environment shall not be a precondition for the declaration of the breach of non-derogation, as already a risk of the deterioration of the conditions shall justify declaring the breach of non-derogation {Decision 16/2015. (VI. 5.) AB, Reasoning [110]}».

No wonder that the conclusion of the Court is clear: «[67] Based on the above arguments, the Constitutional Court holds that by way of the regulation of the Act, the legislator implemented a step-back from the already achieved level of protecting the environment by not indicating any other fundamental right or constitutional interest being commensurate and acceptable in the particular case according to Article I (3) of the Fundamental Law, and neither has the Constitutional Court found any such right or interest». And: «[72] ... In this context, the Constitutional Court recalls that “in accordance with the precautionary principle generally accepted in environmental law, the State must guarantee that the conditions of the environment are not derogated due to a particular measure” {Decision 27/2017. (X. 25.) AB, Reasoning [49]}, and that from the aspect of the effective protection of the environment, the preventive principle embodied in advance permissions by the authorities should enjoy priority over the polluter pays principle that offers a chance for subsequent sanctions, but which is applicable for preventing only the causing of further damages».

As the proposed law aims to eliminate the permitting or notification requirements in case of the given wells without replacing this with any other guarantees, the Court could not accept this regression of protection interests. We



also should not forget – says the Court – that the protection of water resources is a strategic task of the state. The legislator could not point to any other human rights of constitutional interests which might support the limitation of environmental rights.

The most recent and probably the lengthiest decision has been adopted in July 2020 - Decision No. 14/2020. (VII.6.) AB – about forest legislation, based upon the initiative of the ombudsman. The Hungarian Commissioner for Fundamental Rights, based on the proposal of its Deputy, the Ombudsman for Future Generations, initiated an ex post constitutional review of the amended Forest Management Act before the Constitutional Court. The amendment made logging (clearfelling) possible in larger areas compared to the original act, and it also narrowed the scope of application of the safeguards flowing from the EU Habitats Directive in forest areas through altering certain legal definitions. According to the claim, the direct consequence of the new, amended forest legislation of 2017 proved to be the extremely substantial restriction of the level of nature conservation interests of forest, which might go up to 80 % drawback in many of the cases. The reason for this restriction was mostly economic, namely forestry.

The decision of the Constitutional Court reinforced several obligations flowing from the right to a healthy environment that were also advocated for in our submission. Among others, the special requirement of long-term thinking and planning was mandated by the Constitutional Court under Article P). The Court also stressed the role of forests in preserving biodiversity and in implementing the right to a healthy environment. It also emphasized that under Article P) private actors, such as landowners and forest managers, shall bear special obligations to preserve biodiversity and therefore any legislative measures that enables logging (clearfelling) to a wider extent is a matter for public concern and not only a matter of private interests.

The most important innovation of the decision proved to be the following: «[22] ... the state is acting as kind of trustee (fiduciary) of the natural and cultural assets, as a public trust commissioned by the future generations as beneficiaries, and as a consequence, the utilization and consumption of these assets by the current generations may only be possible to the extent it does not jeopardize the long-term subsistence of these natural and cultural values, as protected assets in their own right». This is a milestone decision in Hungary introducing the public trust doctrine in the practice of the Constitutional Court.

The obligations towards future generations have been underlined to a greater extent than before: «[35] ... Par. 1 of Art P) renders the protection of natural and cultural heritage on their own, also their safeguard for future generations, who do not have legal personality, even against the (temporary economic) interests of current generations». Beside future generations, the decision also uses the well-known other considerations, such as prevention, precaution, proportionality-necessity test, and of course non-retrogression (derogation).

The claim listed more than 30 items of the 2017 amendment of the forest act which might have unconstitutional consequences, as compared with the previous wording of the act. The Court utilised the same analysis for every problematic item as earlier in connection with the protective measures related to Natura 2000 forest areas:

- first there is a need to clarify that there were backward steps, limiting the protective scope of designation of Natura 2000 sites («[50] The amended provisions could lead to the result that in case of certain Natura 2000 forest areas the protection of forest areas and of habitat therein cannot be adequately protected even though the protection of these values is an obligation for the state and everybody...»);

- as a second step the Court examined - [51] - whether is there a chance for justifying the retrogression according to Par. 3 of Art. I. of the Fundamental Law («The rules for fundamental rights and obligations shall be laid down in an Act. A fundamental right may only be restricted to allow the effective use of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent absolutely necessary, proportionate to the objective pursued and with full respect for the essential content of that fundamental right»). Thus, the other fundamental right of constitutional values should have been explicated.

- the third step follows the same line of thought, comparing the retrogression in the level of environmental protection versus the likely need of protecting other fundamental right or constitutional value in practice, using the necessity-proportionality test. At this point we must emphasize that economic interests do not count, other major interests may be mentioned instead – in the given case the national defence and flood management have been accepted as a really competing interest.

The final outcome of the decision: «[154] ... the Constitutional Court affirms that the regulations should be taken as definite retrogression compared

with the previous level of protection, in order to promote the economic interests of forest management».

#### 4. *Concluding remarks*

I took the liberty of comparing the principle of non-retrogression with the 26 years of constitutional practice of the Hungarian Constitutional Court, which increasingly elaborated on the specifics of the application of the principle.

The most common list of detailed specifications of applying the non-retrogression principle is the following:

- the minimum framework to determine the duty of the state should be provided for in case of some specific fundamental rights, namely the *ius cogens* of human rights as commonly accepted: life, health, human dignity, environmental rights in a broader extent (water, sanitation, climate change issues, etc.), safety, etc. are covered. In case of many other human rights oscillation of the level of protection is possible;
- the principle means here that there should not be any move backwards in the already applicable level of protection of these rights – thus the state behaviour in this respect must be compared with its own achievements, any internationally recognised standard is not applicable;
- backward steps, retrogression, regression, or derogation might cover several regulatory spheres: the merits or substantive elements, the procedures, the administrative and institutional structures, the effective operating conditions and others – anything which might have an impact on the impairment of the given rights;
- not only the effective or factual retrogression is prohibited, but also any potential movement to a lower level of protection, the risk or probability of regression in itself is in breach of the principle. Consequently, preventive and precautionary approach must also be used in order to avoid the negative consequences;
- there are some constraints of the principle, situations where other, similarly important fundamental rights – mentioned under the first bullet point - might prevail. However, several human rights cannot serve as legitimate constraints, nor do other reasons, such as property rights, business interests, costs, certain difficulties of implementation, etc.;

- in case of such conflicting similar human rights interest, the proportionality-necessity test should be used in order to justify the regression;
- and finally, the burden of proof – covering each and every item above - is on the state, which, with its legal action, intended to pave the way for a possible retrogression.

Environmental protection can be regulated via multiple tools. If one cannot or does not wish to determine in a constructively positive way the substantive obligations in environmental protection or for an ecologically oriented sustainable development, there is an alternative way, by prescribing the bottomline, the strict minimum that should always be respected. Whether it is labelled as non-retrogression, non-regression, or non-derogation, what counts is the message to the interested parties contained therein.

In certain cases it might be unwise to define what a given state is capable to and should do, given the various levels of financial, technical, administrative or personal resources, or even the necessary scientific fundamentals (bear in mind the precautionary principle). Directly determining the obligations might be unpreferred, as the state is not necessarily willing to create its own limits. Still a certain minimum level is desirable, the strict moral and universal minimum – *ius cogens* -, this is exactly what the non-regression/non-retrogression principle strives for.

**ABSTRACT**

Gyula Bándi – *Harnessing the non-retrogression principle for setting environmental thresholds*

Non-retrogression principle might be taken as a method of , how to definingt the strict minimum in environmental protection. While it does not It might no be so innovative as determineing specific obligations, but it is still a very handy tool to confront the legislator or the public administration with the fundamental duties. Learning from the experiences of the ECHR jurisprudence, this may be taken as a a very viable option, which is well represented in the recent studies related to environmental rights. The Hungarian Constitutional Court from the very first substantive decision in 1994 hais been using applying these principle in its practice from the very first substantive decision in 1994, further elaborating on developing and clarifying the content ,and the requirements stemming from the principle, and using it as a method of comparing the duties of the state with the actual implementation of vital environmental obligations. The actions of the state behaviour in this respect must be compared weighed against with its own previous achievements , covering many items such as substantive elements, the procedures, the administrative and institutional structures, and the effectiveness of operating conditions. Several other principles are also used in relation to the application of the non-retrogression principle, from the precautionary approach to the necessity-proportionality test, all for the purpose of in a sense to placinge the burden of proof on the state. These practical experiences might be helpful when environmental tresholds are to be developed.

**KEYWORDS:** *Environmental rights; Constitutional Court; non-retrogression (non-regression, non-derogation); environmental thresholds;*

*minimum level of requirements; necessity-proportionality test; burden of proof; minimum environmental standards; precautionary principle; rights of future generations.*

LEÏLA CHIKHAOUI-MAHDAOUI \*

*Le principe de non-régression en droit tunisien de l'environnement*

**SOMMAIRE:** *Introduction. – I. De la construction progressive d'un système normatif protecteur de l'environnement... - A. L'introduction de mécanismes protecteurs en droit interne. – 1. Les textes. – 2. Le cadre institutionnel. – 3. La jurisprudence. – B. L'implication en matière de coopération environnementale internationale. – 1. La préservation du milieu marin. – 2. La lutte contre la désertification. – 3. La protection de la biodiversité. – 4. L'adaptation aux changements climatiques. – II. ... À la consécration constitutionnelle d'un droit de l'environnement non régressif. – A. L'apparition de nouveaux «droits à» l'environnement. – 1. Le droit à l'eau. – 2. Le droit à l'environnement. – B. Le renforcement du «droit de» l'environnement. – Conclusion.*

*Introduction*

L'étude du principe de non régression en droit tunisien de l'environnement illustre l'évolution de la législation environnementale dans le pays, qui est passée de l'élaboration casuistique de textes protecteurs de différents éléments du milieu à la consécration constitutionnelle des droits à l'eau et à l'environnement en 2014, couronnant ainsi le dispositif et confirmant sans aucune ambiguïté la valeur accordée à ce principe en Tunisie<sup>1</sup>.

En effet, le droit de l'environnement étant un droit de progrès, son objectif est de préserver l'état du milieu, tant naturel qu'artificiel, voire de l'améliorer, ce dont il résulte que toute mesure venant modifier ce dernier, en ayant pour effet de générer ou de tolérer davantage de pollution ou de dégradation, est considérée comme un recul inacceptable<sup>2</sup>.

Cette idée qui est peu à peu devenue un principe fondamental du droit de l'environnement actuel, à savoir le principe de non régression, est liée à celle de la préservation – conservation, restauration, gestion durable - d'un environnement sain en tant que nouveau droit de l'homme, d'abord proclamé à

---

\* Professeure en droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Université de Carthage. Membre de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (ci-après IPCCPL). [le.chikhaoui@wanadoo.fr](mailto:le.chikhaoui@wanadoo.fr).

<sup>1</sup> Articles 44 et 45 de la Constitution du 27 janvier 2014, version française (Journal Officiel de la République Tunisienne, ci-après JORT, numéro spécial, 20 avril 2015).

<sup>2</sup> M. PRIEUR, *La non régression, condition du développement durable, Vraiment durable*, 2013, n° 1, p.181.

l'échelle internationale, puis progressivement transposé aux différents niveaux internes, notamment dans des textes constitutionnels, du fait de la mondialisation, qui n'est pas seulement économique et politique, mais également juridique et sociale.

En effet, suite à l'apparition des deux premières générations de droits de l'homme (civils et politiques ainsi qu'économiques, sociaux et culturels), dont la reconnaissance date des années postérieures à la deuxième guerre mondiale (années 1950 à 1970), de nouvelles catégories ont vu le jour: d'abord une 3<sup>e</sup> génération de droits liés à la paix, au développement et à l'environnement (années 1990) et plus récemment, une 4<sup>e</sup> génération qui met en avant l'homme, ses droits et sa dignité face à l'évolution de la science (début du XXI<sup>e</sup> siècle); mouvement complété par l'insertion progressive de ces droits dans les constitutions des États, qui inscrivent de nos jours le droit à l'environnement dans leurs constitutions, soit lors d'une première adoption, soit à l'occasion de la révision d'un texte suprême antérieur<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En 1994, la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'environnement de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités avait identifié plus de 60 pays ayant mis en place des dispositions constitutionnelles relatives à l'environnement, In Rapport final établi pour le compte du Conseil économique et social (ONU), *Examen des faits nouveaux intervenus dans les domaines dont la sous-commission s'est déjà occupée: droits de l'homme et environnement*, par Mme F. Z. KSENTINI, Rapporteuse spéciale, Annexe III, *Évolution des normes et pratiques nationales*, UN Doc., E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 juillet 1994, p. 87 et suivantes. En 2001, seulement 12 constitutions dans le monde (sur plus de 150 États membres de l'ONU) consacraient explicitement le droit à l'eau, parmi lesquels (paradoxalement) un seul État développé occidental (Afrique du Sud:1996, Cambodge: 1993, Éthiopie: 1995, Érythrée: 1996, Gambie: 1996, Guatemala: 1985, Laos: 1991, Mexique: révision de 1999, Panama: révision de 1994, Suisse: 1999, Ouganda: 1995 et Zambie: révision de 1996). En 2004, on recensait l'insertion du droit à l'environnement dans les constitutions d'une cinquantaine d'États sur les 193 États du monde et cette option s'est progressivement généralisée: en 2005, la France a adossé une *Charte de l'environnement* à sa Constitution de 1958; en 2011, le Maroc a introduit dans sa Constitution un article 31 mettant à la charge de toutes les personnes publiques (État, établissements publics et collectivités locales) l'obligation d'une «mobilisation de tous les moyens à disposition pour faciliter l'égal accès des citoyennes et citoyens aux conditions leur permettant de jouir des droits: .....d'accès à l'eau et à un environnement sain». Voir le Rapport établi pour le compte du Conseil des droits de l'homme, *Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement*, par le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme recensant, à cette date, environ 140 pays ayant mis en place – à cette date - des dispositions constitutionnelles environnementales, UN Doc. A/HRC/19/34, 16 Décembre 2011, § 6 à 14. Voir aussi M-F. DELHOSTE, *L'environnement dans les constitutions du monde*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* (RDP) n° 2, 2004, p. 441; M. BOTHE, *Le droit de l'environnement dans la Constitution allemande*, in *RJE*, déc. 2005, p. 39; T. NIKOLOPOULOS et M. HAÏARLIS, *La Constitution, la jurisprudence et la protection de l'environnement en Grèce*, in *RJE*, déc. 2005, p. 69; M. PRIEUR, *Droit de l'homme à*



Désormais, l'environnement et sa protection font partie de ces valeurs-phares qui transcendent le temps et l'espace et rassemblent les générations présentes et futures dans le cadre d'une - utopique? - solidarité écologique planétaire, à la formation de laquelle la Tunisie contribue aussi, dans toute la mesure de ses moyens, puisqu'elle a d'abord construit, petit à petit, un droit destiné à protéger l'environnement et ses différentes composantes biotiques et abiotiques, tant naturelles qu'artificielles (patrimoine historique et culturel), avant de constitutionnaliser le droit de l'homme à un environnement sain, en le plaçant parmi les acquis constitutionnels insusceptibles de révision, auxquels le législateur ne peut apporter d'autres limites que celles compatibles avec les «exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique, tout en respectant la proportionnalité...»<sup>4</sup>.

C'est dire tout l'intérêt d'une étude du principe de non régression en droit tunisien de l'environnement, à la fois d'un point de vue théorique permettant d'approfondir l'analyse des fondements et sources de la législation environnementale existante, mais également d'un point de vue pratique, via l'examen concret des mécanismes et dispositifs progressivement consacrés en Tunisie dans ce contexte, notamment du point de vue de l'application des normes ainsi posées en cas de contentieux devant le juge civil, pénal ou administratif, mais également constitutionnel.

Ainsi, pour aborder l'analyser le principe de non régression en droit tunisien de l'environnement, il convient tout d'abord de revenir sur la construction progressive d'une législation protectrice de l'environnement, via la protection sectorielle et partielle de ses différentes composantes (I.), avant d'évoquer la consécration constitutionnelle d'un droit à l'environnement non régressif, qui inclut notamment la reconnaissance et la préservation des droits des générations futures (II.).

---

*l'environnement et développement durable*; [www.francophonie-durable.org](http://www.francophonie-durable.org); et J. MORAND-DEVILLER, *L'environnement dans les constitutions étrangères*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 43, avril 2014, p. 83.

<sup>4</sup> Article 49 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014, version française (Journal Officiel de la République Tunisienne, numéro spécial, 20 avril 2015).

*I. De la construction progressive d'un système normatif protecteur de l'environnement...*

Certains aspects d'une gestion durable et raisonnée des ressources ont toujours existé en Tunisie, compte tenu de la rareté de certaines d'entre elles, comme l'eau, dont l'usage économe était régi par des coutumes et pratiques, puis réglementé à partir de la période islamique (XIII<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne environ) dans le cadre du Règlement de l'Eau d'Ibn Chabbat, qui s'est transmis oralement de génération en génération jusqu'en 1911-12, date à laquelle il a été codifié dans un document appelé Tableau de l'eau de *Tozeur*<sup>5</sup>.

De même, la lutte contre la désertification était une préoccupation prioritaire de la Tunisie indépendante, les jeunes conscrits étant souvent envoyés dans le Sud du pays afin d'y planter et entretenir une ceinture verte contre l'avancée du désert<sup>6</sup>.

Sur le plan juridique, on assiste à partir du milieu des années 1970 à l'introduction progressive d'une législation et de mécanismes protecteurs de l'environnement en droit interne (A), complétée par l'adhésion sans réserve du pays à la plupart des accords environnementaux multilatéraux et la poursuite d'une coopération régionale et bilatérale dans ce domaine (B).

*A. L'introduction de mécanismes protecteurs en droit interne*

La législation protectrice du milieu environnant, tant naturel qu'artificiel, est souvent protéiforme et l'on distingue généralement deux

---

<sup>5</sup> En effet, dans la tradition agricole tunisienne, notamment dans les oasis de la région du *Djérid*, dans le sud tunisien (situé à plus de 460 km de Tunis), l'eau d'irrigation faisait l'objet d'une appropriation privée. Il était très courant de parler de *Moula' al Ma* (propriétaire de l'eau). L. VALENSI écrivait ce qui suit au sujet des oasis du sud tunisien: «ici, l'eau est propriété privée, pour laquelle il arrive qu'on détienne un titre en bonne et due forme tout comme une terre *melk*»; in *L'économie rurale et la vie des campagnes au XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles*, Thèse, Paris IV, 1974, p. 257. Le souci d'une gestion satisfaisante de l'environnement hydrique a aussi motivé l'adoption d'une réglementation protectrice sous le Protectorat, d'abord à travers le décret beylical du 24 septembre 1885 relatif au domaine public qui a consacré les principes d'inaliénabilité, d'insaisissabilité et d'imprescriptibilité de ce domaine, puis dans le cadre du décret du 5 août 1933 portant Règlement sur la conservation et l'utilisation des eaux du domaine public hydraulique. Voir A. AOUIJ MRAD, *Le droit de l'eau potable en Tunisie*, in *Revue Tunisienne de Droit* (RTD), 2001, p. 33.

<sup>6</sup> M. MEDDEB, *Rjim Maatoug comment l'armée tunisienne a fait fleurir le désert*, Tunis, Edition Leaders, 2018.

grandes catégories de systèmes protecteurs, à savoir ceux qui disposent d'un Code de l'environnement en bonne et due forme ayant vocation à être régulièrement complété (ex: France) et ceux qui promulguent, au cas par cas, des textes protecteurs lorsque la situation ou les circonstances l'imposent. La Tunisie fait partie de la deuxième catégorie pour le moment<sup>7</sup>.

Afin de présenter les mécanismes protecteurs de l'environnement en Tunisie, il convient de s'arrêter sur les textes eux-mêmes (1)<sup>8</sup>, mais également sur les institutions chargées de les appliquer (2), ainsi que sur la jurisprudence, même si elle est encore timide en la matière (3).

### *1. Les textes*

L'adoption en Tunisie de texte protecteurs du milieu remonte au milieu des années 1970, lorsque parallèlement à l'émergence de la thématique environnementale à l'échelle planétaire, le législateur tunisien a pris conscience de la nécessité de protéger certaines ressources précieuses, comme l'eau, ce qui a abouti à la promulgation du Code des eaux en 1975. Ce code est toujours en vigueur actuellement, même si la révision en est envisagée pour adapter le texte à l'évolution du secteur<sup>9</sup>.

Concernant la protection et la gestion de l'eau, il convient également de citer certains textes adoptés dans d'autres domaines, mais qui abordent divers aspects de la question de l'eau, comme la loi sur la protection des terres agricoles, promulguée en 1983 et modifiée ultérieurement<sup>10</sup>, ou encore la loi n°

---

<sup>7</sup> En réalité, un projet de Code de l'environnement a été finalisé en 2013, mais n'a pas abouti à ce jour (2021).

<sup>8</sup> Ndlr: Seuls les codes et lois sont évoqués afin de ne pas alourdir la lecture, mais la plupart de ces textes comportent une série de décrets et arrêtés d'application.

<sup>9</sup> Promulgué par la loi n° 75-16 du 31 mars 1975 (JORT du 1<sup>er</sup> avril 1975, p. 612 à 648), tel que mis en oeuvre par de nombreux décrets ultérieurs, le code des eaux a été modifié par la loi n° 87-35 du 6 juillet 1987, la loi n° 88-94 du 2 août 1988 et le décret n° 2001-2606 du 9 novembre 2001 (JORT n° 92 du 16 novembre 2001, p. 3946), ainsi que par la loi n° 2001-116 du 26 novembre 2001 (JORT n° 95 du 27 novembre 2001, p. 3995-3996). La loi n° 2004-24 du 15 mai 2004 a ensuite abrogé l'article 153 du Code des eaux relatif aux groupements d'intérêt hydraulique. Un projet de nouveau code des eaux a été élaboré en 2012, mais n'a pas encore été adopté. Il a été déposé à l'Assemblée des représentants du peuple (ci-après ARP) le 8 octobre 2019 et enregistré sous le numéro 2019-66, puis transmis à la commission parlementaire compétente le 26 décembre 2019. Depuis janvier 2021, c'est la commission de l'agriculture de l'ARP qui l'examine.

<sup>10</sup> Loi n° 83-87 du 11 novembre 1983, relative à la protection des terres agricoles (JORT n° 74 des 15-18 novembre 1983, p. 2920), telle que modifiée par la loi n° 90-45 du 23 avril 1990, la loi n° 96-104 du 25 novembre 1996 (JORT n° 96 du 29 novembre 1996, p. 2393), la loi n° 2007-69 du

95-70 du 17 juillet 1995 relative à la conservation des eaux et du sol, qui comporte des dispositions relatives à la gestion rationnelle de l'eau et à la protection des sols<sup>11</sup>.

En fait, au-delà des dispositifs sectoriels et sans prétendre à l'exhaustivité, le premier texte que l'on peut qualifier d'environnemental en Tunisie est la loi n° 88-91 du 2 août 1988 portant création d'une Agence nationale de protection de l'environnement (ANPE)<sup>12</sup>, souvent qualifiée de véritable «Loi-cadre»<sup>13</sup> en matière d'environnement, dans la mesure où elle constitue le texte de base dans le domaine de la lutte contre la pollution industrielle et de la répression des comportements polluants, qu'ils soient accidentels ou volontaires, commis tant par des personnes physiques que morales, sans oublier qu'elle a introduit l'étude d'impact sur l'environnement en Tunisie<sup>14</sup>.

En effet, la loi n° 88-91 du 2 août 1988 reconnaît le dommage environnemental pur et les notions d'infraction environnementale et de responsabilité pénale des personnes morales, celles-ci pouvant être poursuivies à cet effet devant les tribunaux, indépendamment des poursuites en réparation civile par les victimes, étant précisé qu'en l'espèce c'est à l'ANPE qu'il appartient de poursuivre au pénal et au civil (via la constitution de partie civile) et d'encaisser les montants des amendes, des transactions éventuelles et des dommages et intérêts prononcés.

---

27 décembre 2007 (JORT n° 104 des 28-31 décembre 2007, p. 4351), ainsi que par la loi n° 2016-67 du 15 août 2016 (JORT n° 71 du 30 août 2016, p. 2741). Voir aussi le décret gouvernemental n° 2018-191 du 21 février 2018 fixant les conditions et procédures d'octroi de l'autorisation d'aménagement des constructions existantes ou la création de constructions ou ouvrages non fixes dans les exploitations agricoles et les terres soumises au régime forestier afin de créer des projets de résidences rurales ou d'espaces touristiques liés et annexés à l'activité agricole et les normes techniques desdites constructions (JORT n° 16 du 23 février 2018, p. 504).

<sup>11</sup> (JORT n° 59 du 25 juillet 1995, p. 1569).

<sup>12</sup> (JORT du 2 août 1988, p. 1102-1103). Cette loi a été modifiée et complétée par la loi n° 92-115 du 30 novembre 1992 (JORT n° 81 du 4 décembre 1992 p. 1539), la loi n° 93-120 du 27 décembre 1993 et la loi n° 2001-14 du 30 janvier 2001 (JORT n° 10 du 2 février 2001, p. 214-215).

<sup>13</sup> W. FERCHICHI, *La protection de l'environnement en droit tunisien: études et recherches*, Tunis, Centre d'études juridiques et judiciaires, 2013, p.19 et suivantes.

<sup>14</sup> W. SIFAOU, *L'évolution du cadre légal de l'étude d'impact en Tunisie*, in *Revue tunisienne de droit*, 2007, p. 353-391; ainsi que W. SIFAOU, *L'étude d'impact sur l'environnement dans le cadre du développement urbain durable*, Thèse, doctorat en droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis, 2017.

Un nouveau Code forestier a également été adopté en 1988, dont l'article 1<sup>er</sup> proclame que «le patrimoine forestier est une richesse nationale» et que son développement constitue «une exigence fondamentale de la politique nationale de développement économique et social»<sup>15</sup>.

Les ressources halieutiques ont pour leur part suscité l'intérêt du législateur en 1994, lors de la promulgation de la loi n° 94-13 du 31 janvier 1994 relative à l'exercice de la pêche qui, non seulement régleme cette activité, mais comporte également des dispositions protectrices via l'interdiction de certaines formes ou engins de pêche, la réglementation des périodes de pêche et l'organisation d'un temps de repos biologique destiné à permettre le renouvellement des ressources<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Le code forestier actuellement en vigueur a été promulgué par la loi n° 88-20 du 13 avril 1988 (JORT du 15 avril 1988, p. 559 et JORT n° 30 du 3 mai 1988, p. 678 à 693), tel que modifié et complété par la loi n° 2001-28 du 19 mars 2001 (JORT n° 24 du 23 mars 2001, p. 639), la loi n° 2005-13 du 26 janvier 2005 (JORT n° 9 du 1<sup>er</sup> février 2005, p. 260-262), la loi n° 2009-59 du 20 juillet 2009 (JORT n° 59, 24 juillet 2009, p. 1996) et la loi n° 2018-1 du 3 janvier 2018 (JORT n° 2 du 5 janv. 2018, p. 61). En fait, en Tunisie, la question des forêts s'est posée dès le Protectorat, car le souci de la sauvegarde de ces espaces s'est trouvé confronté à la volonté de distribuer des terrains aux colons. Une Direction des forêts et travaux publics a été mise en place par le décret du 28 juin 1883, ensuite rattachée à la Direction de l'agriculture par le décret du 13 janvier 1895. Toujours pendant le Protectorat, un décret du 22 juillet 1903 a ordonné la délimitation, dans l'ensemble de la Régence, des terrains domaniaux boisés et un décret du 4 décembre 1947 a confié à une Commission de la réforme agraire la mission d'organiser l'apurement du domaine forestier de l'État. Les travaux de cette commission ont abouti à la promulgation du décret du 9 septembre 1948, que l'on peut considérer comme le premier Code forestier en Tunisie, qui consacre dans ses grandes lignes la composition du domaine forestier actuel. L'appropriation par l'État du domaine forestier s'est poursuivie au lendemain de l'Indépendance avec la loi n° 59-96 du 20 août 1959 portant régime forestier (JORT des 25-28 août 1959, p. 901), remplacée par la loi du 30 novembre 1960, qui a créé des commissions techniques dans chaque délégation, ainsi qu'une commission d'appel dans chaque gouvernorat, et les a chargées de la délimitation du domaine forestier. Toutefois, la tâche était bien trop complexe et les commissions n'ont pas pu aboutir dans leur travail. Ceci n'a pas empêché le législateur de l'indépendance de promulguer un code forestier par la loi n° 66-60 du 4 juillet 1966 (JORT du 12 août 1966, p. 1060), largement inspiré du code forestier français de 1827, dont l'application a duré plus de 20 ans, puisqu'il n'a été abrogé que par la loi n° 88-20 du 13 avril 1988 promulguant le code forestier actuellement en vigueur.

<sup>16</sup> (JORT n° 11 du 8 février 1994, p. 227). Cette loi a notamment été modifiée et complétée par la loi n° 97-34 du 26 mai 1997 (JORT n° 44 du 3 juin 1997, p. 1008), la loi n° 99-74 du 26 juillet 1999 (JORT n° 61 du 30 juillet 1999, p. 1253), la loi n° 2009-17 du 16 mars 2009 (JORT n° 22 du 17 mars 2009, p. 785), la loi n° 2009-59 du 20 juillet 2009 (JORT n° 59 du 24 juillet 2009, p. 1996), la loi n° 2010-21 du 26 avril 2010, la loi n° 2013-34 du 21 septembre 2013 (JORT n° 79 du 17 octobre 2013, p. 2821) et la loi n° 2018-30 du 23 mai 2018 (JORT n° 43 du 29 mai 2018, p. 1909).

Un code du patrimoine archéologique, historique et des arts traditionnels a par ailleurs été promulgué par la loi n° 94-35 du 24 février 1994, tel que modifié par la loi n° 2001-118 du 6 décembre 2001<sup>17</sup>.

Suite au soulèvement populaire des 17 décembre 2010 au 14 janvier 2011, le décret-loi du 2011-43 du 25 mai 2011 a modifié ce code en renforçant les interdictions et sanctions, et ce, après avoir constaté les vols perpétrés par les membres de l'ancienne famille présidentielle en matière de biens archéologiques<sup>18</sup>.

Les biens culturels meubles appartenant à l'État, à savoir «tous les biens culturels meubles dont la propriété revient à l'Etat déposés et exposés dans tous les musées, les dépôts, les sites archéologiques, les monuments historiques et dans tous les structures administratives, les établissements et les espaces public», sont également protégés par les dispositions de ce texte (articles 5 et 50), comme précisé par arrêté de la ministre des affaires culturelles<sup>19</sup>.

Dans la même optique d'adaptation de la législation à une meilleure prise en compte de la protection de l'environnement, le législateur tunisien a consacré dès 1994 une nouvelle vision de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire lors du remplacement du premier code de l'urbanisme tunisien datant de 1979 par l'actuel Code de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (ci-après CATU)<sup>20</sup>.

L'article 1<sup>er</sup> de ce texte insiste notamment sur la recherche d'une «harmonisation entre développement économique, développement social et

---

<sup>17</sup> Ce code n'abroge cependant pas les textes antérieurs et maintient notamment la validité des décrets précédents relatifs au classement des monuments historiques, des zones protégées et des sites archéologiques (JORT n° 17, 1<sup>er</sup> mars 1994, p. 355); (JORT n° 98 du 7 décembre 2001, p. 4093).

<sup>18</sup> (JORT n° 39 du 31 mai 2011, p. 805).

<sup>19</sup> Voir arrêté de la ministre des affaires culturelles du 21 août 2020, relatif à la protection des biens culturels meubles dont la propriété revient à l'État (JORT n° 91 du 8 septembre 2020, p. 1996), abrogeant et remplaçant le précédent arrêté du ministre de la culture datant du 20 février 2010.

<sup>20</sup> La promulgation du CATU par la loi n° 94-122 du 28 novembre 1994 a porté en même temps abrogation de deux textes antérieurs, à savoir la loi n° 76-34 du 4 février 1976 relative aux permis de construire et la loi n° 79-43 du 15 août 1979 portant code de l'urbanisme ainsi que l'ensemble des textes qui ont modifié et/ou complété ces lois (JORT n° 96 du 6 décembre 1994, p. 1930). Le CATU a ensuite été modifié et complété par la loi n° 2003-78 du 29 décembre 2003 (JORT n° 104 du 30 décembre 2003, p. 3711 à 3713), la loi n° 2005-71 du 4 août 2005 (JORT n° 62 du 5 août 2005, p. 1974) et la loi n° 2009-9 du 16 février 2009 (JORT n° 14 du 17 février 2009, p. 532).

équilibres écologiques, en vue de garantir un développement durable et le droit du citoyen à un environnement sain».

La révision de ce texte est également envisagée afin de mieux servir la protection de l'environnement et le développement durable<sup>21</sup>.

La gestion des déchets a aussi retenu l'attention du législateur, qui a réglementé ce secteur au moyen de la loi n° 96-41 du 10 juin 1996 relative aux déchets et au contrôle de leur gestion et de leur élimination, telle que modifiée et complétée par les textes subséquents<sup>22</sup>.

Le mode de production agricole biologique, ainsi que l'élevage, ont également donné lieu à l'adoption d'un texte en 1999, qui est venu organiser ce domaine et encourager les agriculteurs à se reconverter<sup>23</sup>.

Le secteur névralgique des hydrocarbures a pour sa part donné lieu à la promulgation d'un code spécifique dédié à l'exploitation, mais comportant néanmoins certaines dispositions protectrices, dont la portée a connu une extension inattendue lors d'une révision opérée en 2017<sup>24</sup>.

Le domaine de la maîtrise de l'énergie, encadré juridiquement dès la fin des années 1980<sup>25</sup>, a donné lieu à une refonte de la législation en la matière en 2004 pour tenir compte des impératifs énergétiques et environnementaux plus exigeants du début du XXI<sup>e</sup> siècle.

---

<sup>21</sup> Voir H. CHEKIR, *Développement durable et aménagement du territoire, enjeux et défis*, in *Recueil d'études offert à M. MIDOUN*, FSJPS, Fondation Hanns SEIDEL, Tunis, 2013, p. 239 à 260.

<sup>22</sup> (JORT n° 49 du 18 juin 1996, p. 1195-1196). Cette loi a été complétée par la loi n° 2001-14 du 30 janvier 2001 (JORT n° 10 du 2 février 2001, p. 214-215). Voir aussi le décret n° 2000-2339 du 10 octobre 2000 fixant la liste des déchets dangereux (JORT n° 86 du 27 octobre 2000).

<sup>23</sup> Voir la loi n° 99-30 du 5 avril 1999 relative à l'agriculture biologique et ses textes d'application (JORT n° 29 du 9 avril 1999, p. 539).

<sup>24</sup> Le Code des hydrocarbures a été promulgué par la loi n° 99-93 du 17 août 1999 (JORT n° 67 du 20 août 1999, p. 1464 à 1491), tel que complété par la loi n° 2002-23 du 14 février 2002 (JORT n° 14 du 15 février 2002, p. 437), la loi n° 2004-61 du 27 juillet 2004 (JORT n° 60 du 27 juillet 2004, p. 1941), la loi n° 2007-70 du 27 décembre 2007 (JORT n° 104 du 28 décembre 2007, p. 4361), la loi n° 2008-15 du 18 février 2008 (JORT n° 16 du 22 février 2008, p. 781) et la loi n° 2017-41 du 30 mai 2017 qui sera évoquée infra (II. B), vu qu'elle a donné lieu à un contrôle de constitutionnalité qui a insisté sur l'interdiction de l'exploitation de gaz de schiste au nom de la protection de l'environnement consacrée par la Constitution de 2014 (JORT n° 44 du 2 juin 2017, p. 1980).

<sup>25</sup> Création d'une Agence pour la maîtrise de l'énergie (AME) par le décret-loi n° 85-8 du 14 septembre 1985, ratifié par la loi n° 85-92 du 22 novembre 1985; loi n° 85-48 du 25 avril 1985 portant encouragement de la recherche, de la production et de la commercialisation des énergies renouvelables et loi n° 90-62 du 24 juillet 1990 relative à la maîtrise de l'énergie.

En effet, la loi n° 2004-72 du 2 août 2004 relative à la maîtrise de l'énergie, telle que modifiée et complétée par la loi n° 2009-7 du 9 février 2009, véritable loi-cadre dans le domaine de l'énergie, a qualifié la maîtrise de l'énergie de «priorité nationale, dans la mesure où elle constitue un élément principal du développement durable, et qui a une relation étroite avec l'évolution économique et sociale et avec la protection de l'environnement» (art. 1<sup>er</sup>)<sup>26</sup>.

Ce texte a rénové la réglementation dans un sens plus soucieux de l'économie d'énergie et de la promotion des énergies renouvelables.

L'adoption de la loi n° 2007-34 du 4 juin 2007 sur la qualité de l'air confirme le souci du législateur tunisien du XXI<sup>e</sup> siècle en faveur d'une protection effective du milieu ambiant, dans la mesure où les objectifs de ce texte s'articulent clairement en faveur de la prévention, de la limitation et de la réduction de la pollution de l'air et de ses impacts négatifs sur la santé de l'Homme et sur l'environnement, et ce, à travers la détermination des procédures de contrôle de la qualité de l'air «afin de rendre effectif le droit du citoyen à un environnement sain et assurer un développement durable» (article 1<sup>er</sup>)<sup>27</sup>.

En 2008, la sauvegarde des palmiers a motivé l'adoption de la loi n° 2008-73 du 2 décembre 2008, ayant pour objectif «la sauvegarde et le développement du patrimoine génétique national des palmiers-dattiers de toute espèce, la préservation de la diversité phoenicicole dans les oasis et la protection des diverses espèces contre la dégradation et contre tous les risques auxquels elles sont confrontées», abrogeant d'anciennes dispositions datant du Protectorat (décret du 27 décembre 1951 relatif la protection des palmiers-dattiers)<sup>28</sup>.

La réglementation des aires marines protégées a pour sa part retenu l'attention du législateur en 2009, via la promulgation de la loi n° 2009-49 du 20 juillet 2009, venue combler une lacune de l'arsenal juridique tunisien, tout en appliquant les engagements internationaux du pays en la matière (notamment le Protocole relatif aux aires protégées de la Convention de Barcelone). Cette loi

---

26 (JORT n° 63 du 6 août 2004, p. 2231 et suivantes) et (JORT n° 12 du 10 février 2009, p. 435).

27 Il s'agit d'une véritable loi-cadre sur l'air (15 articles condensés) dont l'application et le suivi ont été confiés à l'ANPE dans le cadre de sa mission générale de lutte contre les pollutions et nuisances en tous genres (JORT n° 45 du 5 juin 2007, p. 1855).

28 (JORT n° 98 du 5 décembre 2008, p. 4075).



couvre tous les aspects de la création, de la gestion, du régime de protection des aires protégées et de la répression des infractions, ce qui constitue une démarche ambitieuse, dans la mesure où peu d'Etats disposent d'une législation propre aux aires marines protégées. De plus, la protection des zones côtières y est envisagée à partir d'une approche marine alors qu'habituellement, c'est le milieu marin qui est appréhendé de façon marginale depuis une approche terrestre<sup>29</sup>.

Quelques années (et une révolution ...) plus tard, le législateur tunisien a adopté la loi n° 2015-12 du 11 mai 2015 relative à la production d'électricité à partir des énergies renouvelables, telle que modifiée et complétée par la loi n° 2019-47 du 29 mai 2019, relative à l'amélioration du climat de l'investissement<sup>30</sup>.

De même, la notion de responsabilité sociétale des entreprises et/ou organisations (ci-après RSE/RSO) a été introduite dans l'ordonnement juridique existant, afin d'amener les entreprises des secteurs public et privé à intégrer cette approche, via l'adoption de la loi n° 2018-35 du 11 juin 2018<sup>31</sup>.

## *2. Le cadre institutionnel*

---

<sup>29</sup> Avant cette date, le droit tunisien ne disposait pas d'une législation spécifique aux aires marines protégées et consacrait une protection sectorielle du milieu marin. Selon l'article 2 de ce texte, les aires marines protégées sont: «les espaces désignés par la loi, en vue de protéger les milieux naturels, la flore, la faune, les écosystèmes marins et côtiers présentant un intérêt particulier d'un point de vue naturel, scientifique, instructif, récréatif, ou éducatif ou qui constituent des paysages naturels remarquables devant être préservés» (on note l'inclusion des écosystèmes côtiers à côté de ceux marins dans le cadre de cette définition) (JORT n° 58 du 21 juillet 2009, p. 1965).

<sup>30</sup> La loi n° 2015-12 du 11 mai 2015 relative à la production d'électricité à partir des énergies renouvelables a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité préalablement à son adoption, (JORT n° 38 du 15 mai 2015, p. 926). De même, la loi n° 2019-47 du 29 mai 2019 sur l'amélioration du climat de l'investissement, modifiant certaines dispositions de la loi n° 2015-12 du 11 mai 2015 relative à la production d'électricité à partir des énergies renouvelables, a donné lieu à un contrôle de constitutionnalité de la part de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (ci-après IPCCPL) préalablement à son adoption: voir la Décision n° 2019-2 du 27 mai 2019 (JORT n° 45-46 des 7-4 juin 2019).

<sup>31</sup> Ce texte comporte juste 6 articles, dont l'article 2 qui met à la charge des entreprises publiques et privées - et toute autre institution - l'obligation de consacrer des fonds au financement de projets permettant le développement de l'employabilité des jeunes et de l'économie verte, l'article 4 qui prévoit la création de commissions régionales RSE en tant que structures de proposition d'idées de projets appropriés pour les régions et l'article 6 concernant la création d'un Observatoire national RSE auprès de la Présidence du gouvernement pour le suivi et la coordination des activités RSE dans le pays (JORT n° 48-49 des 15-18 juin 2018).

La Tunisie s'est dotée d'un ministre de l'environnement dès 1991, date à laquelle a été nommé le premier titulaire de ce département, dont les services ont été juridiquement organisés deux ans plus tard<sup>32</sup>.

Après avoir exercé ses missions pendant une dizaine d'années sous le nom de ministère de l'environnement et de l'aménagement du territoire (MEAT 1991-2002) et un intermède de deux années au cours desquelles la question environnementale a été rattachée au ministère chargé de l'agriculture et des ressources hydrauliques (MAERH 2002-2004), un département ministériel appelé ministère de l'environnement et du développement durable (MEDD) a été chargé de 2004 à 2011 de la gestion du service public environnemental, ce qui révèle le souci d'une conciliation entre les questions écologiques et les impératifs économiques.

Suite aux troubles survenus entre le 17 décembre 2010, date de l'immolation d'un vendeur ambulant (Mohamed Bouazizi) à Sidi Bouzid, jusqu'au départ de l'ex-Président Ben Ali le 14 janvier 2011, événements concrétisant ce que l'on a ensuite appelé la Révolution du jasmin, des transformations ont à nouveau touché le département ministériel chargé de l'environnement, qui a été fusionné le 10 mars 2011 avec celui de l'agriculture sous le nom de ministère de l'agriculture et de l'environnement (MAE), mais aucun texte n'est intervenu pour modifier l'organisation et le fonctionnement des deux départements, qui ont continué à obéir aux textes antérieurs, sous l'autorité d'un seul ministre (mai 2011)<sup>33</sup>. Diverses péripéties ont ensuite affecté

---

<sup>32</sup> En effet, la Tunisie a procédé à la nomination d'un ministre de l'environnement pour sa représentation à la 2<sup>e</sup> Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le développement (Sommet de la Terre) à Rio de Janeiro en juin 1992, par le décret n° 91-1466 du 11 octobre 1991. Voir aussi les décrets n° 93-303 du 1<sup>er</sup> février 1993, fixant les attributions du ministère de l'environnement et de l'aménagement du territoire et n° 93-304 du 1<sup>er</sup> février 1993, portant organisation du MEAT (JORT du 16 février 1993, pp. 239 et s.); ainsi que le décret n° 94-1636 du 1<sup>er</sup> août 1994, fixant l'organisation et les attributions des services extérieurs du MEAT (JORT n° 62 du 9 août 1994, p. 1303). Les attributions du MEDD ont ensuite été précisées par le décret n° 2005-2933 du 1<sup>er</sup> novembre 2005 (JORT n° 90 du 11 novembre 2005, p. 2986-2988) et que son organisation a été fixée par le décret n° 2006-898 du 27 mars 2006 (JORT n° 27 du 4 avril 2006, p. 750 à 758), tel que modifié et complété par le décret gouvernemental n° 2020-313 du 15 mai 2020, dont l'article 1<sup>er</sup> dispose notamment ce qui suit : «L'expression 'ministère de l'environnement et du développement durable' est remplacée par l'expression 'ministère de l'environnement', et ce, dans l'intitulé du décret n° 2006-898 du 27 mars 2006 susvisé et là où elle figure dans ses dispositions» (JORT n° 43 du 15 mai 2020).

<sup>33</sup> Décret n° 2011-263 du 10 mars 2011 portant nomination des membres du gouvernement (JORT n° 16, 11.3.2011, p. 269).

ce ministère, qui est même devenu brièvement un simple secrétariat d'État auprès du ministère chargé de l'équipement entre 2013 et 2014<sup>34</sup>.

A l'issue de la crise gouvernementale de la fin de l'année 2013, qui a abouti à la mise en place d'un gouvernement de technocrates, les questions environnementales ont été confiées à un ministère de l'équipement, de l'aménagement du territoire et du développement durable (MEATDD) incluant un secrétariat d'État chargé du développement durable, tandis que le ministère de l'agriculture a retrouvé son autonomie<sup>35</sup>.

A l'issue des élections législatives et présidentielles d'octobre/décembre 2014, un ministère de l'environnement et du développement durable (MEDD) a refait son apparition en février 2015<sup>36</sup>.

Un ministre des affaires locales et de l'environnement (MALE) est ensuite désigné en 2016, inaugurant le couplage de l'environnement avec les affaires locales, après la fusion avec l'équipement en 2013 et une brève période d'autonomie (février 2015 à juillet 2016)<sup>37</sup>.

Le décret présidentiel n° 2020-84 du 2 septembre 2020 a désigné un ministre des affaires locales et de l'environnement, confirmant la fusion entre le département chargé des affaires locales avec celui de l'environnement dans le cadre du 2<sup>e</sup> gouvernement de la 2<sup>e</sup> législature post-2014, dans un contexte de crise sanitaire mondiale (gestion de la pandémie due au coronavirus Covid-19)<sup>38</sup>.

Il n'en reste pas moins que le ministère chargé de l'environnement n'est pas la seule instance centrale à intervenir dans ce domaine, car d'autres départements exercent différentes compétences sectorielles dans différents secteurs, tels que le ministère chargé de l'agriculture (forêts et domaine public hydraulique), le ministère chargé de l'équipement (lutte contre les inondations)

---

<sup>34</sup> Décret n° 2013-1372 du 15 mars 2013, portant nomination des membres du gouvernement.

<sup>35</sup> Décret n° 2014-413 du 3 février 2014 (JORT n° 10 du 4 février 2014, p. 331).

<sup>36</sup> Décret présidentiel n° 2015-35 du 6 février 2015 portant nomination du Chef du Gouvernement et de ses membres (JORT n° du 12 du 10 février 2015, p. 468).

<sup>37</sup> Décret présidentiel n° 2016-107 du 27 août 2016 portant nomination du chef du gouvernement et de ses membres, parmi lesquels un ministre des affaires locales et de l'environnement. L'apparition de ce ministère couplant les affaires locales à l'environnement (MALE) est assez mystérieuse, car il avait été créé en tant que ministère des affaires locales par le décret gouvernemental n° 2016-365 du 18 mars 2016 portant fixation de ses attributions, sans référence à l'environnement dans son intitulé, terme que l'on ne trouve pas non plus au niveau du décret n° 2016-951 (organisation du MAL) et qui n'apparaît que dans le texte du 27 août 2016, précité.

<sup>38</sup> (JORT n° 89 du 2 septembre 2020, p. 1715).

ou encore le ministère chargé de la culture (protection des biens culturels et du patrimoine historique), comme il peut arriver au ministère chargé de la défense de mettre ses équipements au service d'un déversement accidentel d'hydrocarbures ou d'envoyer ses troupes planter des arbres dans le désert lorsque la lutte contre le terrorisme lui laisse un peu de répit. En tout état de cause, l'action des autorités centrales est complétée par celle d'environ une dizaine d'établissements publics à vocation nationale placés sous leur tutelle<sup>39</sup>.

Leurs activités souffrent cependant encore souvent d'un manque d'effectifs et de moyens, tant matériels que financiers et même humains<sup>40</sup>.

Les collectivités locales sont pour leur part des actrices incontournables de proximité dans le cadre du déploiement des politiques publiques environnementales, récemment dotées d'un nouveau cadre juridique mettant en exergue leurs nouvelles compétences et responsabilités.

---

<sup>39</sup> Les principaux sont les suivants, par ordre chronologique de création: 1) l'Institut national d'archéologie et des arts institué par le décret du 30 mars 1957, devenu Agence nationale de mise en valeur et d'exploitation du patrimoine archéologique et historique en vertu de la loi n° 88-11 du 25 février 1988, puis Agence de mise en valeur du patrimoine et de promotion culturelle (AMVPPC) selon la loi n° 97-16 du 3 mars 1997 (JORT n° 19 du 7 mars 1997, p. 387); 2) l'Office national d'assainissement (ONAS) créé par la loi n° 74-73 du 3 août 1974, remplacée par la loi n° 93-41 du 13 avril 1993 (JORT n° 30, 23 avril 1993, p. 531-532), elle-même modifiée par la loi n° 2001-14 du 30 janvier 2001, la loi n° 2004-70 du 2 août 2004 (JORT n° 62 du 3 août 2004, p. 2029) et la loi n° 2007-35 du 4 juin 2007 (JORT n° 45 du 5 juin 2007, p. 1855); 3) l'Institut des régions arides (IRA), créé par la loi n°76-6 du 7 janvier 1976; 4) l'Agence (nationale) de maîtrise de l'énergie (ANME), initialement créée par le décret-loi n° 85-8 du 14 septembre 1985, puis à nouveau par la loi n° 2004-72 du 2 août 2004 sur la maîtrise de l'énergie; 5) l'Agence nationale de protection de l'environnement (ANPE) créée par la loi n° 88-91 du 2 août 1988 (JORT du 2 août 1988, p. 1102-1103), telle que complétée par la loi n° 92-115 du 30 novembre 1992 (JORT n° 81 du 4. décembre 1992, p. 1539) et la loi n° 2001-14 du 30 janvier 2001 (JORT n° 10 du 2 février 2001, p. 214-215); 6) l'Institut national du patrimoine créé par le décret n° 93-1609 du 26 juillet 1993 (JORT n° 60 du 13 août 1993, p. 1224), tel que modifié par le décret n° 95-8 du 2 janvier 1995 (JORT n°3 du 10 janvier 1995, pp.50-51) et par le décret gouvernemental n° 2018-165 du 13 février 2018 (JORT n° 14 du 16 février 2018, p. 447); 7) l'Agence pour la protection et l'aménagement du littoral (APAL) créée par la loi n° 95-72 du 24 juillet 1995 (JORT n° 61 du 1<sup>er</sup> août 1995, p. 1612); 8) le Centre international des technologies de l'environnement de Tunis (CITET) institué par la loi n° 96-25 du 25 mars 1996 en application des engagements internationaux de la Tunisie au titre du suivi du Sommet de Rio pour favoriser le développement des industries de l'environnement et le transfert international des technologies propres (JORT n° 25 du 26 mars 1996, p. 615); 9) l'Agence nationale pour la gestion des déchets (ANGED) mise en place par le décret n° 2005-2317 du 23 août 2005 (JORT n° 68 du 26 août 2005, p. 2312-2315), tel que modifié et complété par le décret gouvernemental n° 2017-603 du 16 mai 2017 (JORT n° 41 du 23 mai 2017, p. 1864).

<sup>40</sup> Exemple: l'ANPE dispose depuis sa création en 1988 d'une trentaine d'agents experts-contrôleurs chargés de procéder aux constats de pollution sur l'ensemble du territoire national, ce qui est largement insuffisant.

### 3. La jurisprudence

En dépit de tout ce qui précède, à savoir la mise en place progressive d'un arsenal juridique étoffé et d'institutions chargées de l'appliquer, la doctrine constate en Tunisie que le contentieux environnemental est encore peu abondant, limité à des pollutions clairement établies et souvent court-circuité par le recours à la transaction, en dépit de l'existence de multiples incriminations pouvant donner lieu à des sanctions pénales, notamment en tant que mesures d'accompagnement des différents textes en la matière (code des eaux, code forestier et lois relatives à l'environnement promulguées depuis les années 1990)<sup>41</sup>.

En matière pénale, le juge était d'ailleurs compétent en matière environnementale depuis 1913 via les *infractions intéressant la santé publique*, telles que l'irrespect des mesures de prophylaxie en temps d'épidémie, le dépôt volontaire ou involontaire de substances nuisibles, dans les eaux destinées à la boisson humaine ou animale ou encore l'atteinte à certains éléments de l'environnement artificiel au titre des *dégradation ou destructions de monuments ou d'objets* (articles 160 à 164 du code pénal)<sup>42</sup>.

En matière civile et en dépit d'une plus large ouverture du prétoire aux associations depuis 2011 grâce au décret-loi n° 2011-88 du 24 septembre 2011, la société civile est tout aussi timide en la matière et l'on recense peu d'affaires environnementales<sup>43</sup>.

Pourtant, le juge tunisien n'est pas insensible à la thématique environnementale, comme cela a pu être constaté à diverses reprises, parfois bien avant l'adoption des textes environnementaux les plus importants.

---

<sup>41</sup> W. FERCHICHI, *La protection de l'environnement en droit tunisien: études et recherches*, Tunis, Centre d'études juridiques et judiciaires, 2013, p. 23.

<sup>42</sup> Il s'agit des infractions figurant aux articles 310 à 312 du code pénal, promulgué par le décret beylical du 9 juillet 1913, qui forment le *chapitre III* du Titre II, Livre II de ce code, consacré aux «*infractions diverses et à leur punition*». Ces dispositions répriment les auteurs de tels actes de peine d'emprisonnement dont la durée varie selon la gravité de l'atteinte aux personnes, et d'amendes encore exprimées en francs.

<sup>43</sup> Des travaux académiques ont néanmoins été consacrés à la question et un état des lieux relativement fidèle a été présenté lors d'un colloque sur *Le juge et la protection de l'environnement*, organisé à la Faculté de droit de Sfax, 11-12 février 2017, dont les Actes ont été publiés avec le soutien de la Fédération tunisienne de l'environnement et du développement et l'association Heinrich BOLL Stiftung, SOGIC, 2018.

Dès 1982, le juge administratif tunisien consacrait ainsi la notion d'esthétique urbaine, en la considérant comme un motif valable d'interdiction de l'apposition anarchique d'affiches publicitaires sur le territoire communal<sup>44</sup>.

Plus tard, le juge civil tunisien n'a pas hésité à construire une argumentation empruntée à la théorie civiliste des troubles de voisinage pour appliquer le principe de précaution du droit de l'environnement, notamment lorsque le vecteur d'un risque pour la santé humaine était l'environnement (ondes électromagnétiques), et ce, dans certains arrêts relatifs à des antennes relais de téléphonie mobile. Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel de Sfax du 12 avril 2007, le juge a statué sur les risques de dommages susceptibles d'être causés par une antenne relais de téléphonie mobile installée à 8 mètres des maisons des demandeurs, dans une zone habitée<sup>45</sup>.

L'expertise ayant établi que la station émettait des vibrations et des ondes électromagnétiques en direction des habitations, a considéré qu'elles pourraient avoir des effets néfastes sur la santé des enfants et des personnes âgées. Sur cette base, la Cour a estimé que même si ces émissions n'avaient pas causé de dommages directs et certains, il fallait «supprimer la source du préjudice, en vertu de l'article 99 du Code des obligations et contrats (théorie des troubles de voisinage) sans attendre la survenance de préjudices corporels, le but étant dans (de) pareilles situations graves, la précaution afin d'éviter les préjudices corporels»<sup>46</sup>.

Une position similaire a été adoptée par le Tribunal de première instance de Sfax le 5 mai 2009 dans une affaire relative à une station de téléphonie mobile établie à 20 m des habitations des demandeurs<sup>47</sup>. Qualifiant cette station d'«établissement dangereux pour la santé», le tribunal a ordonné son démantèlement, rappelant que les normes nécessaires pour protéger les voisins contre le danger des champs magnétiques selon différentes législations comparées exigeaient de placer les antennes relais de téléphonie mobile loin des hôpitaux, cliniques, jardins d'enfants, écoles et maisons de retraite; reprenant

---

<sup>44</sup> En effet, le Tribunal Administratif tunisien valide depuis cette date les décisions prises par le maire dans un but *esthétique*, notamment celles interdisant l'apposition d'affiches publicitaires de manière anarchique; voir TA, 15 mars 1982, Chambre Syndicale des Sociétés de Publicité contre Maire de Tunis, Recueil des Arrêts du TA, 1983.

<sup>45</sup> Arrêt n°20290 du 12 avril 2007, inédit.

<sup>46</sup> Arrêt n°20290 du 12 avril 2007, précité.

<sup>47</sup> Décision du TPI de Sfax (Sfax 2), n°1495 du 5 mai 2009, Hikmat et Jamel Eddine Chaari c./Sociétés Orascom, Tunisie Télécom, Tunisiana, inédite.

d'ailleurs sur ce point une Circulaire conjointe des ministres de la santé, des télécommunications et des transports du 2 août 2004. Une autre décision du 12 février 2010 du Tribunal de première instance de Sfax a ordonné l'arrêt des travaux d'installation d'une antenne relais pour les mêmes raisons et la jurisprudence est constante en la matière<sup>48</sup>. La cour de cassation a opté pour la même position dans un arrêt du 7 mars 2014<sup>49</sup>.

Enfin, une décision inédite du Tribunal de première instance de Sfax du 2 mai 2016 s'est expressément référée au principe de précaution pour ordonner la suppression de la source d'un dommage<sup>50</sup>.

Quant au juge administratif, il applique avec constance le principe de précaution dans le cadre de divers recours contre les décisions de présidents de communes ordonnant le démantèlement des antennes relais de téléphonie mobile<sup>51</sup>.

Plus récemment encore, il est possible de déceler la formation d'une ligne jurisprudentielle environnementale à la lecture de certains arrêts de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (IPCCPL), créée par la Constitution du 27 janvier 2014, en attendant la mise en place de la future Cour constitutionnelle<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> TPI Sfax n°1358 du 12 février 2010. Voir aussi TPI Sfax (Sfax 2), n°258 du 24 novembre 2010, Mohammed, Abdelaziz et Slah Triki c./Société Orascom TélécomTunisie; TPI Mahdia, n°19285 du 3 juin 2013 Mansour Chaabane et Al.; TPI Sfax, n°51807 du 8 juin 2015, Ahmed Akrouf et Al. c./société Tunisiana, inédit; TPI Sfax, n°56051 du 23 novembre 2015, Mohammed Zlila et Al. c./ société Ooredoo.

<sup>49</sup> Cass. civ. n° 79181 du 7 mars 2014.

<sup>50</sup> Décision du TPI de Sfax (Sfax 1) n°52582 du 2 mai 2016, inédite.

<sup>51</sup> Voir notamment les décisions suivantes: Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 2, n°13626 du 2 mai 2007, Sté.Tunisie Telecom c./ Président de la commune de Kélibia; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 1, n°13956 du 12 mai 2009, Salah Mhammdi et Al. c./ Président de la commune de Ben Arous et société Hayat.com; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 2, n°16177 du 24 juin 2009, Mohamed El Moncef et Al. c./ Président de la commune de la Marsa; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 4, n°17863 du 15 juillet 2009, Mohammed Ellili et Al. c./ Président de la commune de Tunis, P.D.G. Sté.Tunisie Telecom; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 3, n°12964 du 4 décembre 2009, Sté. Tunisie Telecom c./ Président de la commune de Tunis; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 7, n°14580 du 31 décembre 2010, Sté. Tunisie Telecom c./ Président de la commune de Tunis; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 2, n°18597 du 23 mars 2011, Sté. Tunisie Telecom c./ Président de la commune du Bardo; Chambre d'Appel 4, n°28056 et 28058 et 28059 du 3 mai 5 2012, Président de la commune de Tunis et société Tunisie Telecom c./ Mohammed Ellili et Al.; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 2, n°120682, 30/10/2013, Nabil Guesmi et Al. c./ Agence Nationale des fréquences et Sté. Devona Telecom; Chambre de 1<sup>ère</sup> instance 2, n°19691 du 25 décembre 2013, Mounir Damak et Al. c./ Président de la commune d'El Mnhla et société Tunisie Telecom; Chambre d'Appel 1, n°29044 du 25 février 2014, Président de la commune de Tunis c./ société Tunisie Telecom.

<sup>52</sup> L'apparition d'un juge constitutionnel à part entière en Tunisie est une nouveauté introduite par

En effet, cette instance a été amenée à se prononcer sur des questions environnementales dans le cadre d'au moins trois requêtes en inconstitutionnalité intentées respectivement: en automne 2014 contre le projet de loi sur la production d'électricité à partir des énergies renouvelables<sup>53</sup>, en juin 2016 contre le projet de loi n° 2015-57 portant dispositions exceptionnelles pour la régularisation de la situation des exploitants illégaux de carrières de roches marbrières appartenant au domaine privé de l'Etat<sup>54</sup> et en mai 2017 contre le projet de loi portant modification de certaines dispositions du code des hydrocarbures<sup>55</sup>.

À l'occasion de chacun de ces recours, l'IPCCPL a manifesté sa volonté de donner effet aux articles environnementaux de la Constitution, notamment en se référant clairement, soit à l'article 12 (droit au développement durable), soit à l'article 13 (souveraineté sur les ressources naturelles) ou encore à l'article 45 (droit à l'environnement) du texte suprême.

À côté de la mise en place de mécanismes protecteurs de l'environnement en droit interne tunisien, le pays est partie à la plupart des accords environnementaux multilatéraux et poursuit également une politique de coopération environnementale régionale et bilatérale avec de nombreux partenaires.

---

la Constitution du 27 janvier 2014 créant une Cour constitutionnelle et précisant ses attributions, telle que complétée par la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015 y afférente. En attendant la mise en place de cette juridiction, tribunaire de la désignation de ses 12 membres (à raison de 4 par le pouvoir législatif, 4 par le pouvoir exécutif et 4 par le Conseil supérieur de la magistrature), le législateur constituant a créé une Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (IPCCPL, art. 148, alinéa 7) chargée de veiller au respect du nouveau texte suprême, au moyen de décisions rendues *au nom du peuple* et s'imposant à toutes les autorités, sur saisine d'au moins 30 députés (ou du Président de la République ou du Chef du Gouvernement) dans les 7 jours de l'approbation d'une loi en séance plénière (avant sa promulgation). Le fonctionnement de cette Instance a été organisé par la loi n° 2014-14 du 18 avril 2014 et ses 6 membres désignés par l'arrêté républicain n° 2014-89 du 22 avril 2014, dont 3 hauts magistrats nommés *es qualités* et 3 professeurs de droit. Elle a entamé ses travaux avec l'examen de la loi électorale en mai 2014 et poursuit sa mission à ce jour (avril 2021).

<sup>53</sup> Décision n° 2014-6 du 8 octobre 2014 relative au projet de loi sur la production d'électricité à partir des énergies renouvelables (JORT n° 83 du 20 octobre 2014, p. 2817, version arabe).

<sup>54</sup> Décision n° 2016-3 du 21 juin 2016, relative au projet de loi n° 2015-57 portant dispositions exceptionnelles pour la régularisation de la situation des exploitants illégaux des carrières de roches marbrières appartenant au domaine privé de l'Etat (J.O.R.T n° 52 du 27 juin 2016 p. 2036, version arabe).

<sup>55</sup> Décision n° 2017-3 du 23 mai 2017 relative au projet de loi n° 2017-11 du 18 avril 2017 portant modification de certaines dispositions du Code des hydrocarbures (JORT n° 42 du 26 mai 2017, p. 1900, version arabe).



*B. L'implication en matière de coopération environnementale internationale*

L'apport du droit international de l'environnement aux divers dispositifs de droit interne de l'environnement est indéniable sur tous les plans et la position de la Tunisie vis-à-vis des instruments, tant de *hard* que de *soft law* qui le composent, illustre clairement son adhésion au principe d'une solidarité écologique planétaire dès la formation de ce concept.

En effet, depuis l'essor de la civilisation industrielle à l'échelle planétaire à partir de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, engendrant un étalement transfrontalier des nuisances liées aux activités humaines, la question environnementale a commencé à susciter l'intérêt de la communauté internationale et la Tunisie indépendante n'a pas manqué de participer à toutes les étapes de ce processus, dont il est convenu de fixer le point de départ au niveau mondial à la Résolution 2398 (3 décembre 1978) de l'Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), considérée comme le facteur déclenchant de la protection internationale de l'environnement<sup>56</sup>.

Quelques années plus tard se tenait à Stockholm la 1<sup>ère</sup> Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (1<sup>ère</sup> CNUED, juin 1972), dont la Déclaration de principes constitue jusqu'à nos jours la source de tout le droit international de l'environnement<sup>57</sup>.

D'ailleurs, la notion de durabilité du développement – qui suppose la protection de l'environnement tout au long du cycle de production - a commencé à prendre forme dès cette date, même si elle n'a été clairement exprimée que quelques années plus tard dans le cadre du *Rapport Brundtland*, qui a systématisé en 1987 le concept de développement durable ou *sustainable development*<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Voir S. DOUMBE-BILLE (†), *La résolution (AGNU) 2398*, In *Mélanges Jérôme Fromageau, Un patrimoine vivant, entre nature et culture*, Paris, LGDJ, Éditions Mare & Martin, 2019, p. 97-108.

<sup>57</sup> Pour un aperçu exhaustif du DIE, consulter l'incontournable premier manuel d'Alexandre KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pédone, 1989; mais également l'ouvrage collectif de S. DOUMBE-BILLE (†), C. MIGAZZI, K. NERI, F. PACCAUD et A-M. SMOLINSKA, *Droit international de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2013 et le récent ouvrage à quatre mains de J-M.E ARBOUR, S. LAVALLEE, J. SOHNLE, H. TRUDEAU, *Droit international de l'environnement*, Montréal, éd. Yvon Blais, 3<sup>e</sup> éd., 2016.

<sup>58</sup> *Rapport BRUNDTLAND*, du nom de la présidente suédoise (Gro Harlem BRUNDTLAND) de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) chargée de rédiger ce

Vingt ans après la Conférence de Stockholm, la 2<sup>e</sup> CNUED a abouti à la signature de deux Conventions-cadres sur les changements climatiques et la diversité biologique, à l'adoption d'une Déclaration non contraignante sur les forêts et à la rédaction d'un calendrier pour le 21<sup>e</sup> siècle appelé Agenda 21 présentant plusieurs objectifs à atteindre (si possible) au cours des décennies suivantes en matière d'environnement et de développement, de même qu'une description des moyens, notamment financiers, permettant d'y parvenir<sup>59</sup>.

Suite à la 3<sup>e</sup> (Johannesburg - 2002) puis 4<sup>e</sup> CNUED (2012 - Rio), il a été prévu d'organiser en 2022 la 5<sup>e</sup> CNUED à Stockholm cinquante ans après la première, si toutefois l'on parvient un tant soit peu d'ici là à endiguer la pandémie due au Coronavirus COVID-19 apparue fin 2019 à Wuhan (Chine), le but étant de faire le bilan de ce qui précède et peut-être de soumettre à la négociation des États un futur Pacte pour l'environnement mondial qui pourrait venir renforcer et consolider l'arsenal existant en matière de droit international de l'environnement<sup>60</sup>.

Sans prétendre à l'exhaustivité ni recenser tous les instruments internationaux existants dans ce domaine, il suffit de rappeler que la Tunisie est partie à la très grande majorité de ces accords et veille à les appliquer en droit interne, d'autant plus que son adhésion lui garantit la possibilité d'obtenir un soutien, tant matériel et humain que financier, pour leur mise en œuvre<sup>61</sup>.

---

document en préparation de la 2<sup>e</sup> CNUED (Rio, 1992), intitulé *Notre avenir à tous (Our common future)*, 1987), traduction française, éditions du Fleuve, Montréal, 1988.

<sup>59</sup> Ces textes ont été adoptés le 14 juin 1992 à l'issue de la seconde CNUED, en même temps qu'étaient ouvertes à la signature des États une Convention-cadre sur les changements climatiques, une Convention-cadre sur la diversité biologique et qu'était également adoptée une *Déclaration de principes*, non juridiquement contraignante, mais faisant autorité, pour un *consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts*. La Tunisie a ratifié les 2 accords et leurs protocoles additionnels, signé la Déclaration de Rio et la Déclaration non contraignante sur les forêts et adhéré à l'Agenda 21.

<sup>60</sup> Voir à ce sujet le premier rapport des Nations Unies sur la question, qui examine la façon dont les pays pourraient rassembler les principes généraux du droit de l'environnement en un seul instrument international, intitulé *Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement: vers un Pacte mondial pour l'environnement (A/73/419)*. Voir aussi S. DOUMBE-BILLE (†), *La formalisation en question: des principes aux droits, à propos du «projet de Pacte mondial pour l'environnement»*, in *Revue de la Recherche juridique*, 2019-3, p. 351-366.

<sup>61</sup> Pour un état des lieux, voir L. CHIKHAOUI-MAHDAOUI, *Les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement: position de la Tunisie*, in *La femme et son environnement, sa priorité*, Mélanges offerts à la Professeure S. BOURAOUI, Tunis, CPU, 2018, p.499 à 578.

En effet, tous ces instruments constituent le cadre légal de la mise en œuvre ultérieure par les États membres d'actions de protection et de conservation des ressources, ainsi que de projets de préservation de la faune et de la flore sur leurs territoires respectifs, sur la base de la concertation et du cofinancement.

En tout état de cause, quelques aspects méritent d'être signalés afin d'illustrer cet engagement, notamment en rapport avec la préservation du milieu marin, la lutte contre la désertification, la protection de la biodiversité et l'adaptation aux changements climatiques.

### *1. La préservation du milieu marin*

Ainsi, en tant qu'état côtier riverain de la mer Méditerranée, la Tunisie est partie dès l'origine à l'ensemble des accords visant à protéger le milieu marin contre la pollution, notamment la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, et sur la responsabilité civile du propriétaire de navire transportant des hydrocarbures<sup>62</sup>, telle que complétée par la Convention du 18 décembre 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL)<sup>63</sup>.

Selon la même logique, elle a aussi adhéré dès 1976 à l'intégralité du système de Barcelone, fondé sur la Convention-cadre pour la protection de l'environnement méditerranéen et ses protocoles additionnels (7 à ce jour, 2021), telle que renégociée en 1995 pour devenir la Convention pour la protection de l'environnement marin et des régions côtières de la Méditerranée<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> La Tunisie est partie à la Convention initiale et à tous ses amendements, l'ayant ratifiée par la loi n° 76-13 du 21 janvier 1976 (JORT n° 5 des 20-23 janvier 1976, p. 163). Elle a également ratifié le protocole adopté à Londres le 27 novembre 1992 par la loi n° 96-97 du 18 novembre 1996 (JORT n° 94 du 22 novembre 1996, p. 2319), et a publié le texte de l'amendement par le décret n° 98-1046 du 5 mai 1998 (JORT n° 41 du 22 mai 1998, p. 117 à 1122).

<sup>63</sup> La Tunisie a également ratifié cet accord par la loi n° 76-16 du 21 janvier 1976 (JORT n° 5 des 20-23 janvier 1976, p. 164). Elle a également adhéré à l'ensemble des protocoles additionnels, et notamment au Protocole du 27 novembre 1992, par la loi n° 96-98 du 18 novembre 1996 (JORT n° 94 du 22 novembre 1996, p. 2319), publié par le décret n° 98-1002 du 5 mai 1998 (JORT n° 40 du 19 mai 1998, p. 1085 à 1092).

<sup>64</sup> La Tunisie a adhéré à la Convention-cadre initiale par la loi n° 76-15 du 21 janvier 1976 (JORT

D'ailleurs, dans le cadre de la mise en œuvre du volet institutionnel du Plan d'action pour la Méditerranée, la Tunisie a créé à Salammbô (banlieue de Carthage) un Centre d'activités régionales pour les aires spécialement protégées<sup>65</sup>.

Elle a aussi adhéré au traité sur le nouveau droit de la mer, signé à Montego Bay le 10 décembre 1982<sup>66</sup>.

De même, elle est partie à la Convention sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures dite Convention OPRC, conclue le 30 novembre 1990<sup>67</sup>. Elle a d'ailleurs introduit dans son droit positif l'ensemble des dispositions pertinentes de cet accord, relatives à la mise en place d'un système national de préparation et de lutte contre la pollution par les hydrocarbures, qui comporte notamment la désignation d'une autorité nationale compétente en cas d'accident, chargée d'élaborer un plan national d'intervention urgente recensant l'ensemble des moyens publics et privés disponibles afin de lutter contre de tels événements ainsi que la coopération avec les autres États parties et les industries pétrolières concernant l'acquisition de matériel adéquat et l'échange d'informations<sup>68</sup>.

---

n° 5 des 20-23 janvier 1976, p. 164). La loi n° 98-15 du 23 février 1998 a ensuite ratifié les amendements à la Convention pour la protection de la mer méditerranée contre la pollution, les amendements à ses protocoles et les nouveaux protocoles (JORT n° 17 du 27 février 1998, p. 399). Le seul Protocole auquel la Tunisie n'a pas encore confirmé son accord plénier est le Protocole sur la gestion intégrée des zones côtières (GIZC), signé par 14 États membres les 20-21 janvier 2008 à Madrid – y compris la Tunisie - entré en vigueur à partir du mois de mars 2011 au bout de la 6<sup>e</sup> ratification. La Tunisie ne l'a pas encore ratifié à ce jour (avril 2021), mais le processus est en cours.

<sup>65</sup> Il existe trois autres centres d'activités régionales ou CAR dans le cadre de ce protocole additionnel, situés respectivement à Malte pour la lutte contre la pollution par les hydrocarbures, en France pour le Plan Bleu, et en ex-Yougoslavie pour le Programme d'Actions Prioritaires.

<sup>66</sup> Cet accord est entré en vigueur le 17 novembre 1994, suite à la 60<sup>e</sup> ratification et ne s'applique pas aux États qui ne l'ont pas ratifié (notamment les États-Unis d'Amérique). La Tunisie a confirmé son adhésion par la loi n° 85-6 du 22 février 1985 (JORT n° 17 du 1<sup>er</sup> mars 1985, p. 310). Elle a ensuite ratifié l'accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention (la Zone) par la loi n° 2001-113 du 26 novembre 2001 (JORT n° 95 du 27 novembre 2001, p. 3995).

<sup>67</sup> Voir la loi n° 95-51 du 19 juin 1995, portant autorisation de l'adhésion de la République Tunisienne à la Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, conclue à Londres le 30 novembre 1990 (JORT n° 51, 27 juin 1995, p. 1356) ainsi que le décret n° 96-322 du 5 février 1996, portant publication du texte de l'accord (JORT n° 20 du 8 mars 1996, p. 440 à 450).

<sup>68</sup> Voir la loi n° 96-29 du 3 avril 1996, instituant un plan national d'intervention urgente en mer pour lutter contre les événements de pollution marine (JORT n° 29, 9 avril 1996, p. 709-711), telle que complétée par le décret n° 96-1250 du 15 juillet 1996 précisant la composition et le fonctionnement de la Commission nationale de prévention et de lutte contre la pollution marine

La protection du milieu marin inclut aussi la conservation de certaines espèces rares et menacées, telles que les cétacés, qui ont fait l'objet de l'Accord sur la Conservation des Cétacés de la Mer Noire, de la Méditerranée et de la zone Atlantique adjacente (ACCOBAMS), concernant tout cétacé fréquentant la Mer Noire, la Mer Méditerranée et la zone adjacente de l'Océan Atlantique à l'ouest du détroit de Gibraltar. Quinze (15) États avaient signé cet accord à l'origine, à savoir le 24 novembre 1996, dont la Tunisie, qui l'a ensuite ratifié par la loi n° 2001-68 du 11 juillet 2001<sup>69</sup>.

## *2. La lutte contre la désertification*

La lutte contre la désertification constitue une tradition bien ancrée en Tunisie, et des moyens juridiques, techniques et financiers y ont été consacrés dès les années 1960. Il était donc tout à fait naturel que la Tunisie adhère dès le 14 octobre 1994 à la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (Paris, 17 juin 1994)<sup>70</sup>.

Elle a ensuite pris diverses mesures de droit interne pour donner effet à cet instrument<sup>71</sup>.

Dans le cadre du suivi de cet accord et de l'Agenda 21, l'Observatoire du Sahara et du Sahel (OSS) - mis en place en 1990 en France (projet du Président F. Mitterrand) - a été délocalisé et basé à Tunis depuis 1997<sup>72</sup>.

---

accidentelle.

<sup>69</sup> (JORT n°56 du 13 juillet 2001, p. 1704).

<sup>70</sup> Suite à la signature de la Tunisie le 14 octobre 1994, la Convention a été ratifiée par la loi n° 95-52 du 19 juin 1995 (JORT n° 51 du 27 juin 1995, p. 1356) et le décret n° 96-321 du 5 février 1996 a procédé à sa publication, l'introduisant ainsi en droit interne (JORT n° 21 du 12 mars 1996, p. 465 à 529).

<sup>71</sup> Concrètement, le Plan d'action national de lutte contre la désertification (PAN/LCD) de la Tunisie a été initié dès 1998, puis inscrit parmi les objectifs du X<sup>e</sup> Plan de développement économique et social (2002-2006). Il s'est poursuivi au cours de la période (2004-2007) avec le soutien du Mécanisme Mondial de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (MM/UNCCD) dans le cadre de la contribution à l'élaboration de programmes d'action régionaux pilotes de lutte contre la désertification, en liaison avec la lutte contre la pauvreté.

<sup>72</sup> Il s'agit d'une organisation internationale autonome réunissant des pays d'Afrique et d'Europe ainsi que des organisations internationales régionales et sous-régionales; conçue comme un instrument de coopération permettant d'insérer la lutte contre la désertification dans une perspective de gestion durable des ressources naturelles

### *3. La protection de la biodiversité*

Abritant sur son territoire certaines espèces en voie d'extinction, en particulier le phoque-moine, la Tunisie a adhéré très tôt à la Convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (dite CITES), adoptée par les parties en 1973<sup>73</sup>.

De même, elle est partie à des accords régionaux en la matière, tels que la Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices, élaborée avec l'aide de l'UICN et adoptée le 23 juin 1979 et la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel en Europe, signée sous les auspices du Conseil de l'Europe le 19 septembre 1979. En effet, En tant que pays de passage de certaines de ces espèces, la Tunisie a adhéré aux deux accords, respectivement en 1986 et en 1995<sup>74</sup>.

A ce titre, elle a également adhéré à l'Accord sur la conservation des oiseaux d'eau migrateurs euro-asiatiques, adopté à La Haye le 16 juin 1995<sup>75</sup>.

Bien entendu, la Tunisie ne pouvait manquer d'adhérer à la Convention des Nations Unies sur la préservation de la diversité biologique, signée à Rio en 1992 à l'issue de la 2<sup>e</sup> CNUED, telle que complétée par ses deux Protocoles additionnels, celui de Montréal (2000) sur la prévention des risques technologiques liés aux organismes génétiquement modifiés et celui de Nagoya-Kuala Lumpur (2010) sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Voir la loi n° 74-12 du 11 mai 1974, autorisant la ratification de cet instrument par les autorités compétentes (JORT n° 33 du 14 mai 1974, p. 1002). La Tunisie a également approuvé l'amendement à la CITES adopté à Gaborone (Botswana) le 30 avril 1983, et ce, par la loi n° 2005-66 du 4 août 2005 (JORT n° 62 du 5 août 2005, p. 1973), complétée par le décret n° 2005-2641 du 3 octobre 2005 (JORT n° 80 du 7 octobre 2005, p. 2628).

<sup>74</sup> Ainsi, la loi n° 86-63 du 16 juillet 1986 a confirmé l'adhésion de la Tunisie à la Convention de Bonn (JORT n° 41 des 18-22 juillet 1986, p. 787); tandis que la loi n° 95-75 du 7 août 1995 a autorisé l'adhésion de la Tunisie à la Convention de Berne avec des réserves concernant la protection des espèces figurant en annexe (JORT n° 64 du 11 août 1995, p. 1660).

<sup>75</sup> Approuvé par la loi n° 2004-80 du 6 décembre 2004 (JORT n° 98 du 7 décembre 2004, p. 3335) et ratifiée par le décret n° 2005-355 du 23 février 2005 (JORT n° 17 du 1<sup>er</sup> mars 2005, p. 565)]

<sup>76</sup> La Tunisie a ratifié la Convention sur la biodiversité adoptée à Rio le 5 juin 1992 par la loi n° 93-45 du 3 mai 1993 (JORT n° 35 du 11 mai 1993, p. 627) et a publié le texte de la Convention par le décret n° 93-2372 du 22 novembre 1993 (JORT n° 97 du 21 décembre 1993, p. 2120). Elle a adhéré au Protocole de Carthagène adopté le 29 janvier 2000 à Montréal par la loi n° 2002-58 du 25 juin 2002 (JORT n° 52 du 25 juin 2002, p. 1455), telle que complétée par le décret n° 2002-2675 du 14 octobre 2002 qui l'a ratifié (JORT n° 86 du 22.10.2002, p. 2460). Elle a aussi signé le

Ce Protocole établit notamment des règles internationales en cas de dommages occasionnés à la biodiversité par les mouvements transfrontaliers d'organismes vivants modifiés, ces derniers étant un sous-ensemble des organismes génétiquement modifiés, constitués d'organismes vivants capables de se reproduire dans l'environnement (responsabilité et réparation)<sup>77</sup>.

#### 4. *L'adaptation aux changements climatiques*

Les impacts des activités humaines sur l'atmosphère et le climat ont donné lieu à de nombreux accords en vue de s'adapter à ces phénomènes, notamment à la Convention de Vienne relative à la protection de la couche d'ozone, signée à Vienne le 22 mars 1985 et régulièrement révisée depuis cette date<sup>78</sup>.

La Tunisie en a d'ailleurs transposé diverses dispositions dans son droit interne<sup>79</sup>.

Elle est également partie à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CNUCC) conclue le 9 mai 1992 à New York et signée en juin 1992 par les 154 participants au Sommet de Rio<sup>80</sup>.

---

11 mai 2011 le Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur adopté le 15 octobre 2010 lors de la 5<sup>e</sup> réunion des parties au Protocole de Carthagène et a finalisé son adhésion 10 ans plus tard par la loi n° 2021-12 du 24 mars 2021 et le décret présidentiel de ratification n° 2021-27 du 24 mars 2021 (JORT n° 28 du 26 mars 2021, p. 662-663).

<sup>77</sup> Cet accord est entré en vigueur le 5 mars 2018, 90 jours après le dépôt du 40<sup>e</sup> instrument de ratification.

<sup>78</sup> La Tunisie a ratifié la Convention relative à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, ainsi que le protocole de Montréal du 16 septembre 1987 la complétant, par les lois n° 89-54 et 89-55 du 14 mars 1989 (JORT n° 20 du 21 mars 1989, p. 462-463). La loi n° 93-44 du 3 mai 1993 a autorisé l'adhésion de la Tunisie aux amendements apportés au protocole de Montréal par les réunions des parties contractantes tenues à Londres et à Nairobi les 27-29 juin 1990 et les 19-21 juin 1991 (JORT n° 35 du 11 mai 1993, p. 627). La loi n° 94-72 du 27 juin 1994 a autorisé l'adhésion de la Tunisie aux amendements adoptés lors de la 4<sup>e</sup> réunion des parties, la loi n° 99-77 du 2 août 1999 a ratifié les amendements au Protocole de Montréal adoptés lors de la 9<sup>e</sup> réunion des parties et la loi n° 2004-79 du 6 décembre 2004 a approuvé l'adhésion de la Tunisie à l'amendement de l'ensemble du Protocole, tandis que le décret n° 2005-514 du 7 mars 2005 a ratifié l'adhésion de la Tunisie à cet accord. Enfin, la loi organique n° 2021-11 du 24 mars 2021 approuvé l'adhésion de la République tunisienne à l'amendement du Protocole de Montréal adopté à Kigali (Rwanda) le 15 octobre 2016, ratifié par le décret présidentiel n° 2021-26 du 24 mars 2021 (JORT n° 28 du 26 mars 2021, p. 662-663).

<sup>79</sup> Voir notamment le décret n° 2014-4064 du 30 octobre 2014 a interdit l'importation, l'utilisation et la consommation des substances spécifiées aux deux annexes A et B du Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone (JORT n° 90 du 7 nov. 2014, p. 2994).

<sup>80</sup> Voir la loi n° 93-46 du 3 mai 1993 (JORT n° 35 du 11 mai 1993, p. 627), telle que complétée

Elle a également adhéré au Protocole de Kyoto adopté par les parties le 10 décembre 1997 et annexé à la CNUCC, fondé sur la mise en place d'un mécanisme opérationnel appelé Mécanisme pour un développement propre (MDP) en vue de réduire la pollution atmosphérique et ses effets sur le climat<sup>81</sup>.

Ce mécanisme repose sur la réalisation par les pays industrialisés de projets permettant à des entités des secteurs public ou privé d'investir dans des activités qui réduisent les émissions de gaz à effet de serre (GES) dans des pays en développement et d'acquiescer des crédits en retour sous la forme d'Unités de Réduction Certifiée des Emissions (REC) égales aux réductions réalisées, qu'ils peuvent ensuite comptabiliser pour remplir leurs propres engagements de réduction d'émissions ou vendre sur le marché libre. Les projets au titre du MDP sont censés contribuer à la fois à la réduction globale des émissions de GES, mais aussi au développement durable du pays hôte.

Ce mécanisme a donné lieu à divers accords sectoriels entre les États parties à ce Protocole. Ainsi, le 30 octobre 2006, un accord de coopération entre la France et la Tunisie a été conclu pour la promotion de projets réalisés au titre du MDP<sup>82</sup>.

De même, le 14 mai 2008, un accord-cadre de coopération a été signé entre la Tunisie et la principauté de Monaco pour la « mise en place du MDP et le transfert des crédits d'émission générés »<sup>83</sup>.

D'ailleurs, en droit interne tunisien, l'intégration des dispositions du Protocole de Kyoto est allée très loin, puisque le décret n° 2008-4114 du 30 décembre 2008 a expressément fixé les conditions et procédures de vente des réductions d'émissions certifiées (REC) de gaz à effet de serre générées par les projets réalisés au titre du MDP<sup>84</sup>.

---

par le décret n° 93-2373 du 22 novembre 1993 portant publication du texte de la Convention (JORT n° 97 du 21 décembre 1993, p. 2130).

<sup>81</sup> Voir la loi n° 2002-55 du 19 juin 2002 portant approbation de l'adhésion de la Tunisie audit protocole (JORT n° 51 du 21 juin 2002, p. 1439), telle que complétée par le décret n° 2002-2674 du 14 octobre 2002 portant ratification de cette adhésion (JORT n° 86 du 22 octobre 2002, p. 2460); étant précisé que le Protocole de Kyoto est entré en vigueur le 16 février 2005.

<sup>82</sup> Accord approuvé par le décret n° 2007-230 du 5 février 2007 (JORT n° 12 du 9 février 2007, p. 347). Sur cette base, le Bureau National du MDP, structure relevant du ministère chargé de l'environnement, a approuvé le lancement de 5 projets, dont certains d'une durée de 30 ans, comme par exemple le projet visant à semer la plante *Jatropha* (15 000 ha) en vue de la fabrication de biocarburant et de l'absorption de dioxyde de carbone (30 ans à partir de 2008).

<sup>83</sup> Ratifié par le décret n° 2009-224 du 2 février 2009 (JORT n° 11 du 6 février 2009, p. 416).

<sup>84</sup> (JORT n° 4 du 13 janvier 2009, p. 155).



De même, la Tunisie a adhéré à l'Accord de Paris négocié fin 2015 lors de la 21<sup>e</sup> Conférence des parties (COP 21) à la CNUCC, qui comporte des mesures concrètes de mise en œuvre<sup>85</sup>.

Ceci a abouti à la création, en 2018, d'une Unité de gestion par objectifs (UGPO) auprès du Ministère chargé de l'environnement, notamment chargée de «l'élaboration d'un portefeuille de projets prioritaires dans le domaine de l'atténuation des émissions, d'un plan national d'adaptation au changement climatique et d'un plan d'investissement pour l'exécution des contributions déterminées au niveau national (CDNN)» et de la mise en œuvre de ces activités au cours de la période 2018-2030<sup>86</sup>.

Deux comités ministériels dans le domaine de l'atténuation des émissions de GES et de l'adaptation aux changements climatiques ont également été mis en place en vue de contribuer à l'identification des priorités nationales dans ces domaines et de les intégrer dans les plans de développement, de participer à la préparation des rapports et plans nationaux y relatifs et de tout document élaboré dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de la CNUCC et de l'Accord de Paris sur le climat<sup>87</sup>.

Sur un autre plan, la Tunisie étant potentiellement exposée à de multiples risques de catastrophe (tremblements de terre, invasions acridiennes, épidémies, incendies de forêts, tempêtes en mer, tempêtes de sable ou de neige, orages violents, inondations, sécheresse, risques technologiques ou industriels, etc.) du fait de son environnement naturel et anthropique, elle a participé à toutes les rencontres internationales en la matière et complété ses instruments de droit interne par l'adhésion aux Cadres de Hyogo (CaH, 2005-2015) et de Sendai (CaS, 2015-2030)<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Voir la loi organique n° 2016-72 du 31 octobre 2016 et le décret présidentiel n° 2016-125 du 31 octobre 2016 (JORT n° 90 du 4 novembre 2016, p. 3270).

<sup>86</sup> Voir le décret gouvernemental n° 2018-263 du 12 mars 2018, portant création d'une unité de gestion par objectifs (UGPO) pour la réalisation du programme de suivi et de coordination des activités relatives à la mise en œuvre de *L'Accord de Paris* sur le climat pour la mise en œuvre de la CNUCC et fixant ses missions, son organisation et les modalités de son fonctionnement (JORT n° 23 du 20 mars 2018, p. 712).

<sup>87</sup> Voir les arrêtés du ministre des affaires locales et de l'environnement du 7 février 2020, portant respectivement création d'un Comité national consultatif dans le domaine de l'atténuation des émissions de GES et d'un Comité technique consultatif dans le domaine de l'adaptation aux changements climatiques (JORT n° 13 du 14 février 2020, p. 477).

<sup>88</sup> Dans cette optique, la Tunisie a soumis en mars 2004 une note de 6 pages présentant sa Stratégie de la protection civile en matière de prévention des catastrophes, qui constituait en 2013 le seul document publié au nom du point focal Tunisie sur la plateforme mondiale

Ceci s'inscrit dans l'ensemble des actions entreprises en la matière et se combine avec la réponse du pays aux changements climatiques, car la prévention des catastrophes et la prise en compte des impacts des changements climatiques vont désormais de pair partout dans le monde, nécessitant des réactions adaptées.

En fait, tout l'intérêt de l'implication de la Tunisie dans la coopération environnementale internationale tient à l'intégration des accords en droit interne, car c'est ce qui permet de leur donner effet et de contribuer à ancrer le principe de non régression en la matière.

Dans cette optique, il convient de préciser que la procédure d'intégration des accords internationaux en droit interne s'opère en Tunisie sur la base des articles 65, 67 et 92 de la Constitution du 27 janvier 2014, sachant que les traités à procédure longue nécessitent une approbation par l'Assemblée des représentants du peuple, complétée par une ratification par le Président de la République; tandis que le Chef du Gouvernement est compétent en matière d'approbation des accords à caractère technique, qui n'ont pas d'autorité supérieure à celle des lois<sup>89</sup>.

Concernant les accords environnementaux multilatéraux qui sont généralement des traités à procédure longue, l'article 20 de la Constitution du 27 janvier 2014 dispose clairement ce qui suit: «Les traités approuvés par l'Assemblée des représentants du peuple et ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois et inférieure à celle de la Constitution»<sup>90</sup>, ce qui donne un aperçu des apports du nouveau texte suprême en la matière.

## *II. ... À la consécration constitutionnelle d'un droit de l'environnement non régressif*

---

[www.preventionweb.net](http://www.preventionweb.net). Elle a aussi présenté son Rapport national de suivi sur la mise en oeuvre du Cadre d'action de Hyogo (2011-2013), qui constitue la première contribution du pays au processus d'analyse engagé par les parties.

<sup>89</sup> Voir aussi la loi n° 2016-29 du 5 avril 2016, relative au régime de ratification des traités (JORT n° 29, 8 avril 2016, p. 1126).

<sup>90</sup> Il convient de préciser que cette formulation existait déjà sous l'empire de l'article 32 (nouveau) de l'ancienne Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959 en ces termes: «Les traités ratifiés par le Président de la République et approuvés par la Chambre des Députés ont une autorité supérieure à celle des lois».

Le 27 janvier 2014, la Tunisie a rattrapé son retard en matière de constitutionnalisation des droits environnementaux avec la promulgation de la nouvelle Constitution du pays qui, outre deux articles expressément consacrés aux droits à l'eau (art. 44) et à un environnement sain (art. 45), illustre un esprit environnementaliste certain, qui apparaît à la fois à travers la constitutionnalisation de nouveaux «droits à» l'environnement (A) et le renforcement du «droit de» l'environnement (B).

*A. L'apparition de nouveaux «droits à» l'environnement*

La Tunisie a vécu en 2014 une modernisation de son ordonnancement juridique constitutionnel, lorsque le droit à l'environnement et d'autres droits connexes sont apparus expressément à côté des autres droits fondamentaux de l'homme de génération plus ancienne, l'ensemble faisant partie du Système international des droits de l'homme qui s'est progressivement construit dans un mouvement dynamique, au fur et à mesure de l'évolution des aspirations et des besoins de l'Homme<sup>91</sup>.

En fait, en Tunisie, le Pacte fondamental, qui constitue le premier texte de droit écrit de nature constitutionnelle, avait proclamé dès 1857 une panoplie de droits avant-gardistes (dont le libre exercice du culte), repris dans la Constitution - octroyée par le Bey - du 26 avril 1861, mais dont l'application a été suspendue en 1864, suite à la révolte fiscale de Ali Ben Ghadahem.

Pour sa part, la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959, adoptée 3 ans après l'Indépendance du pays (20 mars 1956) et 2 ans après l'avènement de la première République proclamée le 25 juillet 1957 par la première Assemblée nationale constituante du pays qui a destitué le Bey, alors qu'elle avait été chargée de «doter la Régence d'une Constitution», s'est limitée à une proclamation quasi-formelle des droits de l'homme de la 1<sup>ère</sup> génération... Lors de la révision constitutionnelle de 2002, le législateur constituant a amorcé une ouverture sur l'universalité des droits de l'homme dans un article 5 (nouveau)

---

<sup>91</sup> Bien entendu, cette nouvelle Constitution s'inscrit également dans un vaste mouvement de réforme juridique, politique et institutionnelle visant à faire passer le pays vers davantage de démocratie, de transparence, de bonne gouvernance, de lutte contre la corruption... Les écrits à ce sujet sont abondants et il n'est pas dans le propos de ce papier de s'y attarder. A titre non exhaustif, consulter Y. BEN ACHOUR, *L'islam et la démocratie, une révolution intérieure*, Paris, Gallimard, 2021.

consacrant «les droits de l'homme dans leur universalité». Toutefois, la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959 a continué, jusqu'à sa suspension en 2011, suite aux événements qualifiés de Révolution du jasmin des 17 décembre 2010 au 14 janvier 2011, à résister à l'évolution du système des droits de l'homme et notamment à la montée de la constitutionnalisation des droits de la 3<sup>e</sup> génération en droit comparé.

Au terme d'un long périple (plus de 2 ans de gestation), le texte voté en 2014 par la deuxième Assemblée nationale constituante du pays a retrouvé le chemin des droits universels au travail, à la santé, à l'information, à l'éducation, à la culture et à la créativité, aux libertés académiques, etc., sans oublier la place réservée aux femmes et à leurs droits, sous la pression d'une société civile de plus en plus éveillée.

C'est donc dans le sillage du mouvement mondial de constitutionnalisation des droits environnementaux, qui a pris son essor au XIX<sup>e</sup> siècle, que la grande innovation de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 a consisté à proclamer expressément certains «droits à» l'environnement, en privilégiant certains d'entre eux, tels que le droit à l'eau (art. 44) (1) et le droit à un environnement sain (45) (2) inscrits au chapitre des «droits et libertés»<sup>92</sup>.

### *1. Le droit à l'eau*

Apparu il y a une trentaine d'années, le droit à l'eau se définit comme le droit d'accès de tous à l'eau potable et à l'assainissement. C'est un droit qui fait désormais partie du droit international au même titre que le droit à la nourriture, au logement ou à la santé<sup>93</sup>.

Dans les pays en développement, le droit à l'eau et à l'assainissement est souvent reconnu en théorie mais pas toujours dans les faits.

---

<sup>92</sup> Voir W. FERCHICHI, *L'environnement dans la nouvelle Constitution tunisienne du 27 janvier 2014*, in *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° 2, 2014, pp. 215-218; et A. HAMMAMI-MARRAKCHI, *La constitutionnalisation des droits environnementaux*, In Michel PRIEUR (Dir.), *Hommage à un printemps environnemental*, Mélanges en l'honneur des professeurs S. BOURAOUI, M. GHEZALI et A. MEKOUAR, Limoges, PULIM, 2016, p. 273 à 292.

<sup>93</sup> Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ratifié par 153 états sur 193, reconnaît «le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant» qui sous-entend l'accès à l'eau potable et donc le respect implicite du droit à l'eau. L'Afrique et l'Amérique latine disposent de traités régionaux instaurant le droit à l'eau en tant que droit de l'homme. La Convention relative aux droits de l'enfant (1989) ratifiée par les 193 États du monde, oblige les parties à fournir de l'eau potable aux enfants.

Selon l'article 44 de la Constitution du 27 janvier 2014: «Le droit à l'eau est garanti. Il est du devoir de l'État et de la société de préserver l'eau et de veiller à la rationalisation de son exploitation».

Bien que l'on puisse relever le caractère quelque peu incantatoire de cette formulation, l'insertion du droit à l'eau dans la nouvelle Constitution tunisienne constitue une avancée certaine, qui implique au moins l'accès, l'utilisation et l'exploitation équitable de cette ressource, ce qui lui donne une connotation sociale et humaine indéniable.

En outre, elle confirme et renforce la portée symbolique du «droit à» l'environnement dont elle constitue un élément et qui est lui aussi proclamé par le nouveau texte.

## *2. Le droit à l'environnement*

Le droit à l'environnement fait partie de ces nouveaux droits de l'homme collectifs qui, à défaut d'être toujours effectifs, emportent du moins l'adhésion sans réserve et le consensus de la communauté internationale et même de tous les acteurs à l'échelle interne.

Son apparition en Tunisie date en réalité de 1993, soit 21 ans avant l'adoption de la Constitution du 27 janvier 2014.

En effet, bien avant son inscription dans la Constitution, le droit à un environnement sain a été introduit dans des textes à valeur législative et même simplement réglementaire.

Ainsi, le premier texte à avoir fait allusion à ce droit est le décret n°93-2061 du 11 octobre 1993 portant création de la Commission nationale pour le développement durable (CNDD) dont l'article 2 a cité, parmi les missions qui lui étaient confiées, celle de «préserver les droits des générations futures à un environnement sain et viable».

En 1994, l'article 1<sup>er</sup> du Code de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme a fixé les règles à suivre pour l'organisation et l'exploitation optimales de l'espace: «dans le cadre d'une harmonisation entre développement économique, développement social et équilibres écologiques, en vue de garantir un développement durable et le droit du citoyen à un environnement sain».

Plus tard, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2007-34 du 4 juin 2007 sur la qualité de l'air a identifié les objectifs poursuivis par ce texte, à savoir: «... prévenir,

limiter et réduire la pollution de l'air et ses impacts négatifs sur la santé de l'Homme et sur l'environnement ainsi qu'à fixer les procédures de contrôle de la qualité de l'air, afin de rendre effectif le droit du citoyen à un environnement sain et assurer un développement durable».

Selon la formulation de l'article 45 de la Constitution: «L'État garantit le droit à un environnement sain et équilibré et contribue à la protection du milieu. Il incombe à l'État de fournir les moyens nécessaires à l'élimination de la pollution de l'environnement».

En dépit de la traduction française officielle quelque peu maladroite de l'expression arabe *Salamat El Manakh* par protection du milieu au lieu de sécurité du climat, on note que la Constitution insiste sur la question du climat (citée dès le Préambule) en lui accordant une attention particulière dans le cadre de la reconnaissance du droit de l'homme à l'environnement qui parachève le processus de constitutionnalisation de ce concept<sup>94</sup>.

Il convient de préciser que la sauvegarde de la sécurité du climat (ou sécurité climatique) est une composante assez récente de la protection de l'environnement qui a fait son entrée dans la Constitution (Préambule et article 45) sans aucune opposition de la part des différentes composantes de l'Assemblée nationale constituante, tout comme l'introduction et la validation des concepts d'équité et de solidarité intergénérationnelle.

En réalité, toute l'intérêt d'une consécration constitutionnelle du droit à un environnement sain tient au fait qu'il inclut tous les autres «droits à» l'environnement: droit à l'eau, droit à la préservation des ressources naturelles (eaux, sols, etc.) et des écosystèmes, à la biodiversité continentale et marine et plus largement à tout le «patrimoine commun naturel» dont la dégradation doit être évitée pour permettre aux processus de développement et de création de richesses de se pérenniser.

Toutefois, la généralité de cette proclamation ne précise pas l'ensemble des droits et obligations qui découlent du droit de l'homme à l'environnement et qui peuvent être rattachés, sur le plan procédural, au droit au bien-être personnel, à un cadre de vie favorable, à la santé, à l'information préalable des

---

<sup>94</sup> On note que dans la version française officielle de la Constitution, l'expression *Salamat El Manekh* qui figure dans le Préambule et à l'article 45 a été traduite par protection du milieu alors qu'il s'agit plutôt de la sécurité du climat ou sécurité climatique, étant rappelé que pour l'interprétation et en cas de doute, c'est la version arabe qui fait foi (JORT du 20 avril 2015, numéro spécial).

modifications de l'environnement, à la consultation et, le cas échéant, à l'indemnisation pour les dommages subis par l'environnement ou du fait de l'environnement...

En tout état de cause, la protection du capital naturel et sa préservation apparaissent ainsi de plus en plus, non comme un simple phénomène de mode mais au contraire comme une nécessité vitale garante de la durabilité du développement, qui est également tributaire du renforcement du «droit de» l'environnement opéré par la nouvelle Constitution.

### *B. Le renforcement du «droit de» l'environnement*

La seconde série de mesures environnementales de la Constitution du 27 janvier 2014 a consisté à renforcer clairement le «droit de» l'environnement à différents niveaux.

En effet, la nouvelle Constitution a introduit une vision globale de la protection de l'environnement dès son Préambule, qui, selon son article 145, a la même valeur que l'ensemble du dispositif et «fait partie intégrante» du texte suprême, tandis que son article 146 affirme clairement que «Les dispositions de la présente Constitution sont comprises et interprétées les unes par rapport aux autres, comme une unité cohérente».

Ainsi, le préambule présente une vision globale de la préoccupation environnementale, tout en la plaçant dans son cadre complexe en déclarant que les constituants sont: «Conscients de la nécessité de contribuer à la protection du milieu naturel et d'un environnement sain, propre à garantir la pérennité de nos ressources naturelles et la permanence d'une vie paisible aux générations futures».

Cette formulation se retrouve ensuite à l'article 45 de la Constitution et confirme l'importance de la lutte contre la pollution (maintien d'un environnement sain) qui constitue une constante de la protection de l'environnement.

Un autre élément important de renforcement du droit de l'environnement tient à la référence, dans le Préambule de la Constitution, à la gestion rationnelle des ressources naturelles, que l'on retrouve également au niveau des articles 12 et 13 du dispositif.

En effet, selon l'article 12 de la Constitution: «L'État agit en vue d'assurer la justice sociale, le développement durable et l'équilibre entre les

régions, en tenant compte des indicateurs de développement et du principe de l'inégalité compensatrice. Il assure également l'exploitation rationnelle des ressources nationales»<sup>95</sup>.

Pour sa part, l'article 13 de la Constitution dispose ce qui suit: «Les ressources naturelles appartiennent au peuple tunisien. L'État exerce sur elles sa souveraineté en son nom. Les accords d'investissement relatifs à ces ressources sont soumis à la commission spéciale de l'Assemblée des représentants du peuple. Les conventions y afférentes sont soumises à l'approbation de l'Assemblée»<sup>96</sup>.

L'intégration de cette composante a soulevé de vifs débats au sein de la Constituante. En outre, les formules finalement retenues et adoptées par consensus demeurent mitigées: entre utilisation et exploitation, d'une part, et entre richesses et ressources d'autre part<sup>97</sup>.

Ceci semble d'ailleurs refléter une vision des ressources naturelles qui se rapproche davantage de la dimension économique qu'environnementale/écologique, faisant pencher la balance dans le sens de l'aspect «développement» du développement durable.

En tout état de cause, on peut en déduire que l'article 13 de la Constitution de 2014 reconnaît au peuple tunisien un droit de propriété sur ses ressources naturelles s'inscrivant dans la lignée du droit constitutionnel comparé et du droit international régional, puisque la Charte africaine des droits de l'homme reconnaît depuis 1981 le Droit des peuples à un environnement satisfaisant et propice à leur développement. Il constitutionnalise aussi la notion de développement durable.

La Constitution suggère d'ailleurs une signification large de la notion de ressources nationales susceptible d'inclure à la fois les ressources naturelles et le patrimoine national sous toutes ses formes (historique, culturel, matériel, immatériel, etc.), ce qui correspond à la conception élargie de la notion

---

<sup>95</sup> On note que la version française a traduit *Etamyiz El Ijabi* par «inégalité compensatrice» au lieu de «discrimination positive» qui est plus proche de l'expression arabe - de même qu'elle a réduit la portée de la notion de *Tharawat Watania* (richesses nationales) en la faisant correspondre à l'expression française «ressources nationales», même si celle-ci est juridiquement plus précise (JORT du 20 avril 2015, numéro spécial).

<sup>96</sup> Version française officielle (JORT du 20 avril 2015, numéro spécial).

<sup>97</sup> La signification et l'impact de ces articles commencent à faire l'objet de travaux de recherche. Voir par exemple E. BOUSHIH, *La souveraineté sur les ressources énergétiques, le cas des hydrocarbures*, Mémoire, Mastère en droit de l'environnement, FSJPS, janvier 2018.



d'environnement, déjà adoptée par l'article 2 de la loi n° 88-91 du 2 août 1988 portant création de l'ANPE selon lequel: «On entend par environnement au sens de la présente loi le mode physique y compris le sol, l'air, la mer, les eaux souterraines et de surface, cours d'eau, lacs, lagunes et sebkhas et assimilés, ainsi que les espaces naturels, les paysages, les sites et les espèces animales et végétales et d'une manière générale tout le patrimoine national».

Or, le patrimoine national est loin d'être seulement naturel, car il est également historique, culturel, voire immatériel, étant précisé que la protection du patrimoine culturel a été clairement consacrée par l'article 42 al. 2 de la Constitution de 2014 selon lequel: «l'État protège le patrimoine culturel et en garantit le droit au profit des générations futures».

On note encore une fois la référence aux générations futures, présente dès le préambule; ainsi que la logique de responsabilité, d'équité et de durabilité consacrée en droit international de l'environnement depuis la Déclaration de Stockholm de 1972.

On note aussi une mention claire de l'obligation pour l'État de préserver le patrimoine, qui a fait l'unanimité de toutes les composantes de l'Assemblée nationale constituante, notamment après les pillages des sites et les vols d'antiquités révélés après le 14 janvier 2011 ... Ainsi, la reconnaissance au profit des générations actuelles et futures d'un droit à la culture et au patrimoine complète l'approche holistique du législateur constituant et confirme la nécessité d'une synergie entre toutes les composantes de la protection de l'environnement dans le cadre d'un développement durable (aspects écologiques, économiques et sociaux).

Sur un autre plan, les questions environnementales font partie du domaine de la loi, c'est-à-dire du domaine réservé au législateur.

En effet, selon l'article 65 de la Constitution du 27 janvier 2014: «sont pris sous forme de lois ordinaires, les textes relatifs: (...) aux principes fondamentaux (...) de l'environnement, de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de l'énergie (...)».

Ainsi, dans toute la mesure où les textes juridiques relatifs à l'environnement, mais aussi à l'aménagement du territoire, à l'urbanisme et à l'énergie relèvent de la compétence du pouvoir Législatif sur le plan normatif, du moins pour ce qui est des principes fondamentaux, ceci renforce le droit de l'environnement, même si les détails de ces secteurs relèvent du pouvoir

réglementaire (reconnu principalement au Chef du gouvernement et, concernant certains aspects, au Président de la République).

Complétant ce dispositif, une Instance constitutionnelle indépendante chargée du développement durable et des générations futures (IDDDGF) a été créée par l'article 129 de la Constitution, ayant vocation dès sa mise en place, à être «obligatoirement consultée à propos des projets de lois relatifs aux questions économiques, sociales, environnementales, ainsi qu'en ce qui concerne les plans de développement...»<sup>98</sup>.

On constate ainsi une intégration importante des préoccupations environnementales dans le *corpus* de la nouvelle Constitution tunisienne, même si elles sont souvent couplées avec la notion de développement durable, qui, faut-il le rappeler, les inclut en tout état de cause.

Les deux concepts sont cependant suffisamment séparés pour pouvoir affirmer un renforcement global de la protection juridique de l'environnement et une attention particulière apportée à certaines de ses composantes.

Pour couronner cette approche résolument tournée vers l'avenir, des garanties ont été prévues par la Constitution elle-même afin de donner vie à ces nouveaux droits, notamment un principe implicite de non régression «adossé» à tous les droits et libertés, formulé en ces termes par l'article 49, alinéa 2 de la Constitution selon lequel: «Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'homme et de libertés garantis par la présente Constitution».

Ceci constitue une garantie importante en tant qu'acquis de la nouvelle Constitution, car il s'agit d'une sorte de verrouillage du système de protection constitutionnelle des droits de l'homme empêchant, *a priori*, tout retour en arrière et consacrant de ce fait l'introduction du principe de non régression non seulement en droit de l'environnement, mais également en ce qui concerne les droits et libertés fondamentaux consacrés par le nouveau texte suprême.

### *Conclusion*

---

<sup>98</sup> L'IDDDGF a été et organisée par la loi organique n° 2019-60 du 9 juillet 2019 (JORT n° 59 du 23 juillet 2019 – version arabe). Ses membres n'ont cependant pas encore été désignés à ce jour (avril 2021).

Compte tenu de ce qui précède, le principe de non régression semble bien présent en droit tunisien de l'environnement, et ce, même s'il n'est pas expressément cité en tant que tel, car l'ensemble du dispositif législatif, institutionnel et jurisprudentiel permet de déceler son existence. Ceci est régulièrement confirmé par le déploiement de politiques publiques innovantes, parallèlement à l'évolution des textes depuis la mise en valeur de l'environnement et de sa protection dans le corps et l'esprit de la nouvelle Constitution du pays par le législateur constituant.

Dans le domaine des politiques publiques, plusieurs programmes sectoriels (industrie, environnement, énergie,...) sont pilotés par un ou plusieurs ministères, en collaboration avec diverses structures publiques et/ou privées. Plusieurs stratégies ont notamment été développées, telles que la Stratégie nationale de développement durable (SNDD - 2012) ou la Stratégie nationale pour une économie verte (SNEV - 2016)<sup>99</sup>.

Sur le plan législatif, concomitamment aux transformations juridiques, institutionnelles et politiques liées à la transition juridique, politique et institutionnelle du pays vers un État de droit démocratique, les avancées environnementales se poursuivent. Plus précisément, il convient de citer l'adoption de la loi n° 2020-30 du 30 juin 2020 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS), qui détermine le cadre de référence de ce modèle économique, ainsi que de la loi n°2020-37 du 6 août 2020 relative au Crowdfunding régissant le financement collaboratif/participatif<sup>100</sup>. Ces textes complètent l'introduction de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises et organisations (RSE/RSO) précédemment opérée par la loi n° 2018-35 du 11 mai 2018, dans toute la mesure où ils offrent aux investisseurs la possibilité de recourir à de nouvelles modalités de financement, alternative aux modèles classiques, qui pourraient trouver à s'appliquer en matière de projets dans le domaine de la protection de l'environnement et du développement durable.

Néanmoins, les textes d'application de cette loi n'ont pas encore été adoptés à ce jour et sur le plan juridique, il convient de signaler le retard de la

---

<sup>99</sup> Conçue sur la base d'une étude sur l'économie verte, qui a présenté un plan d'action pour le «verdissement» de la réglementation, intitulée *Étude pour l'élaboration de la stratégie nationale d'économie verte en Tunisie*, Phase IV, *Stratégie de l'économie verte, Plan d'action, Réglementation*, réalisée par le Bureau ACC pour le compte du ministère de l'environnement et du développement durable, Tunis, mai 2016.

<sup>100</sup> (JORT n°63 du 3 juillet 2020, p. 1399-1404) et (JORT n°81 du 18 août 2020, p. 1743-1751).

Tunisie en matière de ratification de certains instruments internationaux, comme la Convention de Maputo sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003, entré en vigueur en 2016)<sup>101</sup> ou le Protocole de Madrid sur la gestion intégrée des zones côtières (2008, entré en vigueur en 2011).

En tout état de cause, la concrétisation de l'ensemble des dispositions de protection de l'environnement demeure tributaire de divers facteurs souvent extra-juridiques, car quels que soient les progrès enregistrés dans ce domaine, ils ne sont jamais acquis et demeurent fragiles, comme en atteste le récent scandale des déchets italiens importés en Tunisie<sup>102</sup>.

Une mobilisation de la société civile tente de faire pression sur les autorités pour accélérer le processus de rapatriement de ces conteneurs<sup>103</sup>.

Si une telle mobilisation des associations et militants écologistes est assez inédite dans le pays, elle augure d'un éveil des consciences qui ne peut qu'aller dans le sens d'une plus grande effectivité du principe de non régression en Tunisie.

---

<sup>101</sup> Voir M. ALI MEKOUAR, *La Convention africaine sur la conservation de la nature en vigueur mais non opérationnelle: l'urgence de convoquer la première Conférence des Parties*, 28 juin 2018, <https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/resources/wcel-country-and-region-reports>.

<sup>102</sup> Selon Jabeur GHNIMI, porte-parole du tribunal de première instance de Sousse, chargé de l'affaire, 282 conteneurs de déchets ménagers importés illégalement d'Italie au cours de mai à juillet 2020 par une entreprise tunisienne étaient toujours au port de Sousse (littoral est du pays) en mars 2021, alors que de telles opérations sont interdites tant par la législation tunisienne que par les conventions internationales et en dépit de la sommation adressée par les autorités de la province italienne de Campanie à la société italienne exportatrice de récupérer ses conteneurs dans un délai de quatre-vingt-dix (90) jours à compter du 9 décembre 2020. 26 personnes sont poursuivies dans cette affaire, notamment des cadres de la douane tunisienne et l'ancien ministre de l'environnement Mustapha AROUI, huit personnes sont en prison et une est en fuite, à savoir le gérant de la société importatrice. Source: *Le Monde Afrique International*, 26 mars 2021 (en ligne).

<sup>103</sup> Des militants ont notamment campé pendant plus d'un mois à proximité du port pour de Sousse maintenir la pression sur les autorités. Jeudi 1<sup>er</sup> avril 2021, plusieurs dizaines d'entre eux ont également protesté devant l'ambassade d'Italie à Tunis, entonnant un chant parodique *Poubella ciao*, détournant les paroles du célèbre chant antifasciste *Bella ciao*. Source: *Le Monde Afrique International*, 14 avril 2021.

**ABSTRACT**

Leïla Chikhaoui-Mahdaoui – *Le principe de non-régression en droit tunisien de l'environnement*

Le présent article tend à démontrer l'existence d'un principe de non régression en droit tunisien de l'environnement. A cet effet, il s'appuie sur une rétrospective de la législation existante, des dispositifs normatifs et institutionnels et de la jurisprudence, complétée par un aperçu des engagements internationaux de la Tunisie dans ce domaine. Un examen de l'apport de la Constitution du 27 janvier 2014 complète la démonstration, car le nouveau texte suprême introduit non seulement de nouveaux droits à l'environnement dans son chapitre consacré aux *Droits et Libertés*, mais renforce également l'ensemble des mécanismes antérieurs en verrouillant le dispositif par un article 49 largement protecteur qui interdit tout retour en arrière, consacrant ainsi implicitement le principe de non régression en droit tunisien de l'environnement.

**MOTS-CLES:** *Tunisie; protection de l'environnement; principe de non régression; droit à l'environnement; droit de l'environnement; constitutionnalisation.*

Leïla Chikhaoui-Mahdaoui – *The Non-Regression Principle in Tunisian Environmental Law*

The purpose of this paper is to demonstrate the existence of a non-regression principle in Tunisian environmental law. It is based on a retrospective of the existing legislation, the normative and institutional framework as well as the environmental case law, supplemented by an overview of the international commitments of the Tunisian republic in this matter. This demonstration is completed by a review of the 2014 Constitution contribution, which not only introduces new environmental rights in its chapter on rights and freedoms, but also strengthens the previous mechanisms, locking the system by a widely protective Article

49 which prohibits any backward reversion, thus implicitly enshrining the principle of non-regression in Tunisian environmental law.

**KEYWORDS:** *Tunisia; environmental protection; principle of non-regression; right to the environment; environmental law; constitutionalization.*

MARIANNE PULCHERIE SIMEON DONOUMASSOU\*

*La contribution du principe de non-régression au droit de l'environnement au Bénin*

**RESUME:** I. *Introduction.* - II. *La place du principe de non-régression dans le droit béninois de l'environnement.* - A. *Le principe de non-régression dans la production législative.* - B. *La mise en œuvre implicite du principe de non-régression.* - III. *Les perspectives d'une internalisation expresse du principe.* - A. *Les opportunités d'action en faveur de l'internalisation.* - B. *Les obstacles pour une mise en œuvre du principe.* - IV. *Conclusion.*

*I. Introduction*

Le principe de non régression peut-il apporter des solutions satisfaisantes dans le développement du droit de l'environnement au Bénin ? Telle est la principale question qui inspire la réflexion sur «la contribution du principe de non régression au droit de l'environnement au Bénin».

La notion de «principe» est entendue en droit de plusieurs manières : «standards», «principes directeurs», «principes généraux», «principes fondamentaux», ou «principes communs».

Indépendamment de toutes ces conceptions substantialistes ou purement formelles, il nous plaît de retenir la définition du «principe», comme étant, «une règle non écrite de portée générale, non formulée dans aucun texte mais que le juge considère comme s'imposant à l'administration, à l'Etat et dont la violation est considérée comme une violation de la règle de droit»<sup>1</sup>. Pour la seule raison, que cette définition est complète et expressive.

On y perçoit, en effet, caractère, la force obligatoire en ce sens que sa méconnaissance dans la prise d'un acte administratif peut entraîner son annulation ou la responsabilité de l'administration. Cette force obligatoire place

---

\* Chargé de recherche (CAMES), Juriste Environnementaliste, Chevalier de l'Ordre National du Bénin, Expert en Droit et Politique de l'Environnement, GIRE et droit de l'eau, Correspondant national du Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE), Ex Conseiller Technique Juridique du Ministre, Ex Chef Cellule Juridique du Ministère, Ministère du Cadre de Vie et du Développement Durable, Point Focal de la Convention de Bâle, Point Focal de la Convention de Bamako, Point Focal de la Convention de Rotterdam. Email: [simeonp69@yahoo.fr](mailto:simeonp69@yahoo.fr)

<sup>1</sup> <http://www.toupije.org/Dictionnaire/Pgd.htm>, le 20 mars 2021 à 09h07mn.

le principe à un carrefour entre les obligations de l'Etat et les droits qu'il confère aux victimes de son inapplication.

Selon l'article 2 de la loi n° 98-030 du 12 février 1999 portant loi-cadre sur l'environnement en République du Bénin, l'environnement est «l'ensemble des éléments naturels et artificiels ainsi que des facteurs économiques, sociaux et culturels qui influent sur les êtres vivants et que ceux-ci peuvent modifier».

Contrairement aux principes généraux du droit, les principes relatifs à l'environnement sont mieux formulés et classés en droit international de l'environnement et en droit national.

La gestion de l'environnement a préoccupé la communauté internationale depuis plusieurs décennies qui, à travers, les déclarations a adopté plusieurs principes, exprimant de ce fait, de la solidarité internationale vis-à-vis des éléments naturels en danger ou menacés.

Si l'intention de la communauté internationale semble louable, le «principe» reste pour Goyard-Fabre et Sève «un terme polysémique dans le vocabulaire juridique, que ce soit dans la langue dans laquelle sont formulées les règles de droit positif ou dans la théorie du droit»<sup>2</sup>.

Kamto Maurice pour sa part, perçoit le «principe» comme «une nébuleuse derrière laquelle se cachent tantôt un simple énoncé de constat, tantôt un énoncé de caractère axiomatique, tantôt une véritable norme juridique»<sup>3</sup>.

Ils sont formulés pour la plupart dans des déclarations, comme de simples énoncés ou recommandations et acquièrent le caractère contraignant avec leur réaffirmation à travers les conventions internationales et les textes juridiques nationaux des pays qui les ont ratifiées. Ainsi, on peut citer, les principes de précaution, de prévention, du pollueur-payeur, de l'utilisateur payeur, etc.

Par ailleurs, le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) à travers le développement du Programme de Montevideo<sup>4</sup> depuis 1981, a reconnu l'importance particulière de l'utilisation des outils juridiques dans la protection de l'environnement. Aussi a-t-il incité fortement les Etats à introduire

---

<sup>2</sup> S. GOYARD-FABRE, R. SEVE 1993. *Les grandes questions de la philosophie du droit*. Questions, 2<sup>e</sup> éd., 114, Put, Paris.

<sup>3</sup> M. KAMTO 1993. *Les nouveaux principes de droit international de l'environnement*. *Rev. Jurid. Environ.* 11.

<sup>4</sup> PNUE, Programme Montevideo pour le développement et l'examen périodique du droit de l'environnement, voir les conclusions de la Réunion spéciale de hauts fonctionnaires d'administrations nationales spécialistes du droit de l'environnement, Montevideo 6 novembre 1981; décision 10/21 du Conseil d'Administration du PNUE, du 31 mai 1982, page 3.



l'évaluation environnementale dans leur législation nationale dans une résolution<sup>5</sup> en 1983.

De plus, la Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982 en son paragraphe 11 c) prévoit que: «les activités pouvant perturber la nature seront précédées d'une évaluation de leurs conséquences et des études concernant l'impact sur la nature des projets de développement seront menées suffisamment à l'avance; au cas où elles seraient entreprises, elles devront être planifiées et exécutées de façon à réduire au minimum les effets nuisibles qui pourraient en résulter».

S'il faut reconnaître que certains principes ont fait leur preuve dans la protection de l'environnement au point que la doctrine les reconnaisse «comme instrument scientifique et juridique original et spécifique à l'environnement»<sup>6</sup>, l'intervention d'autres principes comme celui de la précaution reste très complexe. D'autres encore, comme celui de non-régression, restent inconnus ou très peu connus ou n'ont pas encore pu s'imposer en tant que principe révélateur de grandes actions envers l'environnement.

Il faut d'entrée de jeu faire remarquer que les premiers documents sur l'environnement, n'ont pas institué le principe de non-régression. C'est le cas de la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972 et de celle de Rio sur l'environnement de 1992. Mais ce principe malgré son introduction tardive a inspiré énormément la doctrine. C'est le lieu de reconnaître toute l'impulsion apportée à ce principe par le Professeur Michel Prieur.

Plusieurs articles ont été rédigés sur le principe de non-régression. Mais le champ reste à scruter du moment où plusieurs législations ne l'ont pas internalisé pour le développement de stratégies de sa mise en œuvre. L'analyse de la contribution de la non régression au droit de l'environnement au Bénin trouve son bienfondé dans la nécessité de renforcer le lien entre le développement de ce droit et l'efficacité des politiques publiques en faveur de l'environnement, dans l'optique d'un développement durable.

Cette réflexion sur le sujet offre l'opportunité d'évaluer la place de ce principe dans l'ordonnement juridique pour envisager les perspectives de son

---

<sup>5</sup> Résolution du Conseil du PNUE 11/7 du 24 mai 1983, 12/14 du 28 mai 1984, 13/18 du 24 mai 1985.

<sup>6</sup> M. PRIEUR, « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », Lavoisier, *Revue Juridique de l'Environnement*, 2011/5 n° spécial, pages 7 à 28.

internalisation pour l'amélioration du processus de décision relative à l'environnement au Bénin.

## *II. La place du principe de non-régression dans le droit béninois de l'environnement*

Le droit de l'environnement apparaît comme un instrument qui encourage la gestion coordonnée des différentes interventions face à la pression constante sur l'environnement. Dans cette partie, les dispositions nationales seront scrutées pour relever l'implication directe ou implicite du principe de non régression dans la réglementation environnementale nationale.

### *A. Le principe de non-régression dans la production législative*

Le principe de non-régression établit que «la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment».

L'étude du droit de l'environnement mis en place au Bénin révèle l'existence implicite du principe de non-régression dans la réglementation sur l'environnement au Bénin. Ce principe est en effet déductible des acquis de la charte internationale sur les droits de l'homme et de la constitution en matière de protection des droits de l'homme.

Dans son préambule, la constitution a affirmé «la détermination de créer un État de droit et de démocratie pluraliste, dans lequel les droits fondamentaux de l'Homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et promus comme la condition nécessaire au développement véritable et harmonieux de chaque Béninois tant dans sa dimension temporelle, culturelle, que spirituelle». Le titre II a élevé le droit de l'environnement au rang des droits de la personne humaine. Ce Titre intitulé «Des droits et devoirs de la personne humaine» est suffisamment évocateur et illustratif de la volonté du constituant d'élargir les droits fondamentaux de la personne humaine.

Le Bénin a en outre adhéré à la Charte des Nations Unies de 1945, à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 et à la Charte Africaine

des Droits de l'Homme et des peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de l'Unité Africaine.

Cette charte a proclamé à travers les dispositions de son article 24 «le droit de tous les peuples à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement». Comme l'a affirmé ALI Mékouar, la charte africaine a osé ce qu'aucune convention antérieure de protection des droits de l'homme n'avait tenté: «consacrer formellement le droit naissant qu'était alors le droit à l'environnement»<sup>7</sup>. Le Bénin pour avoir ratifié cette charte le 20 janvier 1986, venait par la même occasion, d'adhérer à cette consécration.

On perçoit bien que cette formulation fait référence expresse au développement et pourrait amener à la considération d'une situation évolutive du droit à l'environnement. Elle situe manifestement ce droit dans une perspective de promotion du développement, dont il serait l'un des outils qui servirait à sa réalisation. Sans relever les contradictions soulevées à propos de ce droit au peuple au niveau de la doctrine<sup>8</sup>, et sans chercher à clarifier à qui incombe l'assurance de ce droit, il faut faire remarquer, que la Constitution béninoise vient à travers son article 27<sup>9</sup>, réaffirmer ce droit à l'endroit de toute personne.

L'autorité symbolique de ce principe lui a valu son caractère précurseur et déclencheur en ce sens que presque toutes les constitutions l'ont proclamé. Déjà en 1995, Alexandre Kiss dénombrait plus de 60<sup>10</sup> constitutions ayant affirmé ce principe «le droit de l'homme à un environnement sain».

---

<sup>7</sup> M.A. MEKOUAR, *Le droit à l'environnement dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, FAO en ligne, avril 2001. <https://www.fao.org/documents/card/es/c/25d7203b-137f-4a51-af39-64ab13236a9e/>

<sup>8</sup> *Ibidem*, p 7. Cette divergence a porté sur la notion de "peuple", terme ambivalent s'il en est, dont le sens n'est pas encore clairement fixé en droit international, et que les auteurs interprètent diversement par rapport aux droits énoncés par la Charte, tantôt en l'assimilant à la population d'un Etat (Matringe, p. 80) ou à l'Etat lui-même comme représentant de la communauté nationale (Bekhechi, p. 90), tantôt en le mettant en relation avec le mot ethnie (Ouguergouz, p. 186) ou encore en le situant dans le contexte de l'émancipation des peuples dominés (Mbaye, p. 27). En réalité, là aussi, les artisans de la Charte ont délibérément évité de définir la notion de peuple, préférant ne pas courir le risque d'une improbable abstraction. Comme le souligne l'un d'entre eux: «Un peuple ne se définit pas. Il s'identifie» (Mbaye, p. 173). Mais la question reste posée de savoir qui, au juste, peut se prévaloir du droit à l'environnement sur la base de l'article 24.

<sup>9</sup> Article 27 de la Constitution du 11 décembre 1990, «toute personne. a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et a le devoir de le défendre. L'État veille à la protection de l'environnement».

<sup>10</sup> Aujourd'hui, plus de 60 constitutions «proclament soit le droit de toute personne à un environnement sain..., soit le devoir de l'Etat de protéger l'environnement» (Kiss, p. 5; voir aussi

Au Bénin, ce principe a joué un rôle catalyseur dans la création normative en matière d'environnement et assure une non régression bien qu'il ne soit pas assimilable au principe de non régression.

Ce raisonnement se justifie à deux égards. Sur le plan de la production normative et sur le plan de la mise en œuvre de la réglementation.

S'agissant de la production normative, la non régression s'est instituée à travers le droit de toute personne à un environnement sain et le développement durable. Aux yeux du constituant et des législateurs nationaux en effet, il est un référentiel incontournable à l'élaboration des nouvelles normes ainsi qu'à l'actualisation de celles devenues caduques. Les exemples tirés du droit national et du droit comparé, mais également ceux issus de la pratique environnementale, aideront à éclairer cette réflexion.

La loi 98-030 du 12 février 1999, portant loi-cadre sur l'environnement en son article 3 b, dispose que «chaque citoyen a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et a le devoir de le défendre».

La loi-cadre n° 2014-19 du 07 août 2014 relative à la pêche et l'aquaculture en République du Bénin quant à elle, à travers les dispositions de l'article 4, impose aux administrations lors de l'exercice des pouvoirs qui leurs sont conférés, de tenir compte lors de l'élaboration des mesures de gestion de la pêche des impacts sur les biens et services que peuvent rendre les écosystèmes aquatiques pour un bénéfice sociétal et environnemental optimal.

Les alinéas b) et f) du même article 4, institue respectivement les principes «d'application de mesures de précaution dans la gestion et le développement des ressources halieutiques» et «d'utilisation des ressources halieutiques de manière optimale tout en veillant à leur développement durable».

Selon l'article 9 de la loi n° 2010-44 du 21 octobre 2010 portant gestion de l'eau en République du Bénin, «la gestion durable de l'eau consiste en une utilisation prudente et rationnelle fondée sur les données scientifiques, les solidarités caractérisant les eaux superficielles et souterraines, le respect des engagements internationaux et les principes généraux de protection de l'environnement reconnus par les lois de la République du Bénin».

---

A. SACHS, *Eco-Justice: Linking Human Rights and the Environment*, Washington, Worldwatch Institute, 1995).

Cette disposition a non seulement institué le principe de gestion durable de la ressource en eau mais également mis en exergue le respect des engagements internationaux.

Faisant allusion aux engagements internationaux, le Bénin a ratifié et a adhéré à plusieurs conventions internationales qui ont réaffirmé expressément ou non certains principes de gestion mais dont l'une principale a affirmé expressément la non régression.

Depuis 1987 le Bénin a ratifié<sup>11</sup> la convention des Nations-Unies sur le droit de la mer signée à MONTEGO BAY le 10 décembre 1982. L'article 311-6 de cet accord a institué une obligation progressiste en « aucune modification ne peut être apportée au principe fondamental concernant le patrimoine commun humanitaire que constituent les fonds marins. La plus forte limitation à la régression exprimée dans cette convention, est le droit retiré aux Parties de nouer un accord dérogeant à ce principe. Ces dispositions n'interdisent pas aux Parties comme le Bénin de légiférer, mais clarifient une situation d'irréversibilité vis-à-vis de l'engagement des Etats.

La convention de Bâle sur les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination à laquelle le Bénin a adhéré par le décret n° 97-513 du 16 octobre 1997, quant à elle, a tenu également compte de la Déclaration de Stockholm dans son préambule. Laquelle déclaration reconnaît le droit de tous à l'environnement sain et le principe de développement durable.

Un document très important adopté par le Bénin par décret en 2004, reste la charte sur la gouvernance environnementale. Selon l'article 1<sup>er</sup>, «La charte nationale sur la gouvernance environnementale est destinée à favoriser la recherche de processus et de solutions pour une gestion partagée de l'environnement. Elle vise à optimiser la gestion de l'environnement. Elle contribue à la lutte contre la pauvreté et au développement durable. Elle témoigne de la volonté de transparence, de déontologie, d'éthique et de recherche de l'efficacité et de la performance en matière de politique environnementale».

Cette disposition démontre l'intangibilité de la théorie du progrès par le recours aux termes «recherche de l'efficacité et de la performance en matière de politique environnementale». Il en résulte une obligation positive pour les pouvoirs administratifs d'adopter des décisions dans le sens d'un progrès.

---

<sup>11</sup> Par décret n°87-262 du 21 août 1987 portant ratification de la Convention sur le droit de la mer de MONTEGO BAY.

L'analyse de ces quelques législations et conventions révèle que le principe de non régression n'est pas affirmé expressément dans la réglementation environnementale au Bénin. Néanmoins, il ne serait pas exagéré d'affirmer son existence ou sa prise en compte implicite dans la production des textes juridiques. Le caractère transversal de l'environnement aidant, tous les secteurs reconnaissent aisément ce droit constitutionnel et s'appliquent à aller de l'avant dans la production législative et sa mise en œuvre.

*B. La mise en œuvre implicite du principe de non-régression*

Le droit de l'environnement est constitué de règles qui encadrent les comportements humains pour une meilleure protection de l'environnement. La mise en œuvre du droit est gouvernée, par le principe de la progressivité et le droit de l'environnement, n'y déroge point.

Il est indéniable que le principe fait expressément défaut dans la réglementation environnementale mais il ne demeure pas moins appliqué. En effet, il est un principe directeur du droit de l'environnement, au même titre que les principes cardinaux de prévention, de précaution, du pollueur-payeur, qui orientent les pouvoirs publics centraux et locaux dans leurs actions de protection de l'environnement.

S'appuyant sur le principe du droit de l'homme à un environnement sain les acteurs de protection de l'environnement ont la possibilité d'empêcher toute mesure ayant pour conséquence d'entraîner un recul dans la mise en œuvre des engagements nationaux. Pour ce faire, l'adoption de programmes d'actions élaborés sur la base des principes, et la mise en place de mécanismes procéduraux obligent au respect de la protection dans un défi de progression.

Le Bénin a pris, en effet, conscience que les problèmes environnementaux sont évolutifs et parallèlement, est obligé de faire des choix de développement qui tiennent compte de l'environnement. Dans le programme d'action 2016-2021, le Gouvernement a envisagé une intervention significative en matière d'aménagement équilibré et durable de l'espace national en lien avec les Objectifs de Développement Durable ODD). L'une des principales pistes d'intervention privilégiées à cet effet est «l'amélioration du cadre de vie et la promotion du développement durable» à travers une meilleure gestion des conventions environnementales.

C'est l'article 7 dernier tiret de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en république du Bénin qui a relevé «le respect de la réglementation en matière environnementale, sociale et du travail ...». Ces dispositions sont renforcées par l'article 46, 6<sup>ème</sup> tiret qui a mis en place un important mécanisme procédural de non régression avec l'insertion du cahier de clauses environnementales. Cette disposition est une preuve de consolidation de la non régression du Bénin dans la prise des mesures réglementaires et législatives de protection de l'environnement. Les considérations environnementales du Code des Marchés Publics, loin de n'être que de simples démarches de bonnes pratiques environnementales, sont concrétisées par un cahier de clauses environnementales, faisant partie intégrante du dossier d'appel d'offre.

En conséquence, dans la pratique, le Code des marchés publics impose un nouvel ordre de marché dont l'exécution est fondée sur une approche fondamentalement différente des relations des hommes et de leur environnement dans la mise en œuvre des marchés publics.

A travers ces clauses environnementales, le législateur vient insérer la notion d'*ordre public écologique à la réglementation* dans l'intérêt général du Bénin. La mise en œuvre de ces clauses est fondée comme l'affirme Alexandre KISS, «sur la justice environnementale qui permet de sauvegarder les ressources environnementales et leurs équilibres»<sup>12</sup>. Elles sont par ailleurs démonstratives que le Droit béninois renferme des dispositions que, ni les acteurs étatiques ni ceux économiques ne pourraient ignorer du fait que cette organisation, d'un ordre juridique supérieur, impose une visée protectrice et évolutive.

Tout en soulignant que l'évaluation de l'effectivité de ces dispositions peut faire l'objet d'une autre étude, l'application des clauses environnementales dans l'exécution des marchés publics, est une pratique démonstrative de la non-régression du Bénin dans son engagement dans la protection de l'environnement. L'Etat, est le grand acheteur, on le sait bien. La certitude de la dynamique environnement dans la mise en œuvre de ces clauses est l'implication des organismes du Ministère en charge de l'environnement à travers les cellules environnementales instituées dans chaque ministère, dans le contrôle de l'exécution des marchés publics.

---

<sup>12</sup> A. KISS (2005), «L'ordre public écologique», dans M. BOUTELET et J. CL. FRITZ (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, Bruxelles, pp. 165.

Quant au titulaire du Marché, il prend «toutes les mesures nécessaires pour protéger l'environnement tant sur le site qu'en dehors et pour éviter tous dégâts ou dommage aux personnes ou propriétés publiques ou autres qui résulteraient de la pollution du bruit ou autres inconvénients résultant des méthodes mises en œuvre pour la réalisation des travaux»<sup>13</sup>.

Mais il faut souligner que les perspectives pour une internalisation expresse du principe de non régression sont grandes avec une prise en compte des opportunités d'actions malgré les obstacles qui peuvent se dresser contre l'effectivité de sa mise en œuvre.

### *III. Les perspectives d'une internalisation expresse du principe*

Le principe de non-régression n'existe pas expressément dans le droit environnemental béninois nous l'avons démontré amplement plus haut. Mais le constat de son inexistence doit-il amener à la défection? Plusieurs opportunités s'offrent à la fois sur le plan international que national pour agir dans le sens de son internalisation.

#### *A. Les opportunités d'action en faveur de l'internalisation*

Le paragraphe 20 de la Déclaration de RIO + 20 affirme «l'intégration des trois dimensions du développement durable a progressé de manière inégale et a subi des revers, aggravés par les multiples crises financières, économiques, alimentaires et énergétiques, qui sont venues remettre en cause l'aptitude de tous les pays, en particulier des pays en développement, à réaliser le développement durable. À cet égard, il est essentiel de ne pas revenir sur les engagements souscrits lors de la Conférence de 1992...».

Cette déclaration politique internationale reste une opportunité d'inviter de tous les pays à l'intégration de ce principe.

L'adoption par le Bénin de plusieurs principes internationaux est la première opportunité d'actions. Le principe selon lequel «l'environnement est un patrimoine commun de l'humanité» et celui de «l'utilisation rationnelle des ressources naturelles par la génération présente de manière à ne pas hypothéquer la possibilité pour les générations futures» sont deux principes dont la mise en

---

<sup>13</sup> DTAO, Passation des marchés de travaux, Bénin, octobre 2018, p 155.



œuvre appelle la prise par l'Etat de réglementations fortes dont la construction ne peut que se faire de manière progressive et sûre.

«Le droit de l'environnement s'appuie sur trois piliers: la prévention par le droit administratif, la répression par le droit pénal, et la réparation par le droit civil. Ces trois piliers sont indissociables et non exclusifs»<sup>14</sup>. Ces trois piliers sont les armes que détient la puissance publique pour prendre les mesures législatives ou réglementaire de manière non-régressive. La réglementation sur les évaluations environnementales constitue un exemple de taille en matière de prévention. On sait que la prévention n'empêche pas les accidents, il faut donc organiser la réparation et la réparation.

Par ailleurs, la progressivité du droit de l'environnement a également un fondement structurel lié aux relations hiérarchiques entre les divers ordres juridiques. La hiérarchie des normes juridiques place le droit international au sommet des normes, s'en suivent les systèmes d'intégration régionale et les droits nationaux.

Lors de la conférence de Rio+20 les Etats ont exprimé la prise en compte des progrès accomplis par le droit international en matière d'environnement et leur volonté de ne plus reculer à l'avenir.

Les paragraphes 19 et 22 de «l'avenir que nous voulons» ont pris acte de la nécessité de poursuivre la mise en œuvre des engagements souscrits précédemment et des progrès réalisés sur la voie du développement durable aux niveaux régional, sous-régional national, et local du fait de l'adoption de mesures législatives, la création d'institutions et la conclusion d'accords internationaux.

Cet engagement international pour la non-régression consacré dans les termes suivants «Il est essentiel de ne pas revenir sur les engagements souscrits lors de la conférence de 1992» impose l'internalisation de ce principe par le Bénin, qui a pris part à cette assise.

Il faut le souligner, une action dans ce sens serait de loin isolée, du moment où ce principe a été expressément revendiqué par d'autres organes comme le Sénat français<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> M. PRIEUR, *L'avenir du droit de l'environnement dans l'espace francophone* Réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF, Jun 2008, Porto-Novo, Bénin. pp.423-430. Hal 00499294, p 4.

<sup>15</sup> Lire le rapport d'information de Laurence Rossignol sur la Conférence de Rio+20 (n° 545, 22 mai 2012, p. 46).

De plus, une étude comparée des constitutions montre que plusieurs états ont intégré ce principe à leur constitution ou à des législations nationales. En France c'est l'article 2, 9° de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages qui a précisé le principe. Il dispose en effet, «Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment».

La constitution de l'Equateur de 2008 prévoit expressément la non-régression (art. 11-8)<sup>16</sup> et l'article 5-3 de la Constitution du Bouthan (2008) dispose pour la protection de l'environnement «une non régression de 60% des forêts pour l'éternité»<sup>17</sup>.

Enfin, le concept de la non-régression n'est pas une exigence abstraite, mais un engagement concret et continu de protection et d'amélioration de l'environnement.

Le Professeur Michel Prieur, a longtemps défendu sa consécration juridique et plusieurs articles de la doctrine ont pu donner un contenu à ce principe et en décrire l'émergence en droit international.

La pertinence de ce principe a amené le Bénin à l'intégrer non pas dans la constitution, mais dans la loi sur l'environnement actualisée introduite dans le processus national de validation. C'est l'article 4, s du projet de loi sur l'environnement qui dispose «le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment». Cette internalisation a été le fruit de tous les acteurs impliqués dans la protection de l'environnement. En attendant le vote de la loi par les législateurs, l'internalisation de ce principe dans le projet de loi actualisé reste un pas de géant non négligeable accompli par le Bénin. La loi une fois

---

<sup>16</sup> «El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio», art 11-8, Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el Registro Oficial No. 449 20 de octubre de 2008

<sup>17</sup> Article 5-3 «The Government shall ensure that, in order to conserve the country's natural resources and to prevent degradation of the ecosystem, a minimum of sixty percent of Bhutan's total land shall be maintained under forest cover for all time».

votée, le Bénin sera hissé au rang des nations ayant intégré expressément la non-régression dans leur réglementation nationale.

Si la nécessité de l'internalisation du principe n'est plus à démontrer au Bénin, certains obstacles inhérents aux conventions et aux réalités nous semblent essentiels à relever.

*B. Les obstacles pour une mise en œuvre du principe*

Nul doute que le principe de non-régression est un principe de développement, nous l'avons développé plus haut. Il devrait être un idéal juridique qui détermine l'organisation et l'action de l'Etat mais malheureusement ce concept peut se retourner comme un gant, lorsque des ouvertures des textes juridiques en offrent l'opportunité.

Comment espérer freiner les reculs des protections de l'environnement quand les conventions internationales qui adhèrent aux principes, offrent l'opportunité de dénonciation aux Etats Parties?

La dénonciation, est l'acte par lequel un Etat ayant ratifié une Convention annonce son intention de mettre fin à ses obligations découlant de cette ratification. Les conventions prévoient généralement que la dénonciation est autorisée dans un délai d'une année, de deux ou trois années. C'est ainsi que l'Article 27 de la convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux a prévu la dénonciation par les Etats de l'accord, après un délai de trois ans après l'entrée en vigueur.

Le protocole de KYOTO à la convention cadre des Nations Unies sur les Changements climatiques a prévu la même disposition en son article 27.1 qui dispose «A l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent protocole à l'égard d'une Partie, cette Partie peut à tout moment le dénoncer par notification écrite au dépositaire».

Un troisième exemple, celui de la convention sur la diversité biologique, révèle la dénonciation à l'article 38, alinéa 1<sup>er</sup> «A l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard d'une Partie contractante, cette Partie contractante peut à tout moment dénoncer la Convention par notification écrite au Dépositaire».

Une étude<sup>18</sup> de l'OIT dénombre 698 dénonciations de plein droit en raison de la ratification de conventions, ces dix dernières années.

La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, a repris les principes de droit international incorporés dans la charte des Nations Unies sur les droits de l'Homme.

Dans son préambule, on relève «l'égalité des droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes», «l'égalité souveraine et l'indépendance de tous les Etats», «la non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats», qui sont autant de principes qui fondent le droit de dénonciation, reconnu à tout Etat

Ainsi, l'article 42 alinéa 2. De la convention de Viennes de 1969 sur le Droit des traités, dispose que «l'extinction d'un traité, sa dénonciation ou le retrait d'une partie ne peuvent avoir lieu qu'en application des dispositions du traité ou de la présente Convention. La même règle vaut pour la suspension de l'application d'un traité».

Selon cette disposition, chaque état est libre de dénoncer un traité si les dispositions dudit traité le prévoient. Ainsi donc les Etats ayant ratifiés les conventions ci-dessus visées sont libres d'y renoncer<sup>19</sup>. Cette liberté accordée se justifie par la volonté d'une garantie de la liberté des Etats en dépit des clauses contractuels des conventions environnementales qui ne précisent aucune durée et sont supposées d'application «perpétuelles».

Les Etats ne peuvent, pas plus que les individus, obliger indéfiniment leurs successeurs et les lier par des liens indissolubles. Telle fut la position confirmée par la jurisprudence de la cour permanente de justice internationale dans «l'Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex»<sup>20</sup>.

On note à travers cette dénonciation une réelle contradiction qui conduira à une marche en arrière dans la mise en œuvre de la protection de l'environnement.

La théorie d'inexistence de droit acquis aux lois au nom de la souveraineté des parlements et de la démocratie, trouve en matière d'environnement difficilement un fondement. Les Etats devraient prendre leur

---

<sup>18</sup> <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-office>.

<sup>19</sup> On peut citer la dénonciation par le Canada en 2011 du Protocole de Kyoto et en 2013 de la Convention sur la désertification. Comme un traité international ne peut être facilement modifié, et donc ne peut reculer substantiellement à tout moment, il était plus facile de faire accepter l'idée de non-régression à ce niveau.

<sup>20</sup> Cf CPJI Série C, n° 58, p. 50 et ss.

responsabilité pour assurer un caractère non- régressif à toute législation environnementale, pour éviter que la substance du droit de l'environnement, ne constitue, en elle-même, un obstacle.

La non appropriation de l'importance de l'environnement par les décideurs politiques peut amener certains décideurs à prendre des décisions, à l'origine de régression. C'est ainsi que pour lutter contre la destruction des arbres, l'Etat béninois a pris la décision en 2003 de subventionner l'achat du gaz pour encourager les ménages à l'utilisation du Gaz et à l'abandon du bois de chauffe et du charbon de bois. Mais en 2008 la subvention a fait l'objet de suspension et la bouteille de 12 l subventionnée à 2500 oscille en 2021 autour de 8 mille francs CFA. Tous les ménages n'ayant pas la possibilité de s'en procurer, la pression est devenue encore plus forte sur le bois. Une application effective du principe après son internalisation, reste sans aucun doute la sensibilisation pour l'adoption de choix économiques viables.

Quid des administrations nationales pour la plupart du temps submergées par des normes et principe. L'appropriation du principe reste une priorité pour éviter les cas de dérèglementation ou de d'allègement des normes, qui en soi constituent des régressions.

Le même travail de sensibilisation mérite d'être mené à l'endroit des acteurs judiciaires pour la sauvegarde des acquis et la constitution d'une jurisprudence solide en la matière.

#### *IV. Conclusion*

Le principe de non-régression n'est pas nouveau, sa reconnaissance dans la mise en œuvre des droits de l'homme est traditionnelle. Avec son insertion en matière environnementale depuis une décennie, ce principe a fait parler de lui depuis et ne manquera pas de faire parler de lui au cours des prochaines années, vu sa pertinence pour le développement durable.

La protection de l'environnement appelle à une intervention pleine de la réglementation. Mais que vaudra réellement une réglementation si elle reste caractéristique d'une régression à travers les objets qu'elle organise?

Pour assurer une protection durable de l'environnement, les Etats doivent porter haut ce principe, en l'internalisant et en clarifiant les déterminants de son effectivité. L'analyse de la contribution du principe de non régression au droit de l'environnement au Bénin a permis de relever que le principe bien que n'étant

pas inscrit expressément dans la constitution nationale et réglementation environnementale, trouve une application implicite à travers la mise en œuvre d'autres principes de développement durable.

Le principe de non-régression permet d'éviter des irréversibilités qui seraient nuisibles à l'environnement où susceptibles de remettre en cause toutes les actions de protection préalablement initiées.

En dépit des contradictions relevées par la doctrine sur sa tendance à figer le droit de l'environnement, le Bénin lui a accordé une importance et vient de l'internaliser dans le projet de loi sur l'environnement en cours d'actualisation.

Ce choix du Bénin peut être justifiée par l'évidence que la durabilité et les générations futures renvoient à la durée et à l'intangibilité pour préserver les droits des descendants de pouvoir jouir d'un environnement non dégradé.

La non-régression reste toutefois encore mal cernée bien que faisant l'objet d'une application implicite. Le vote prochain de la loi sur l'environnement du Bénin, concrétisera son internalisation expresse et facilitera le recours à ce dernier par les acteurs judiciaires et de l'exécutif.

La participation et l'information du public sur le principe permettra, en outre, d'assurer une bonne appropriation du principe par les acteurs chargés d'élaborer les réglementations et de les mettre en œuvre.

Ceci amène à se questionner sur comment déterminer une stratégie de suivi de la non-régression des réglementations environnementales? Les solutions à ce questionnement feront l'objet certainement d'une autre étude qui élargira le champ de la doctrine sur la mise en œuvre de ce principe.

#### BIBLIOGRAPHIE

- DTAO, Passation des marchés de travaux, Bénin, octobre 2018, p 155.
- Goyard-Fabre (S.), Sève R. 1993. *Les grandes questions de la philosophie du droit*. Questions, 2<sup>e</sup> éd., 114, Put, Paris
- Kamto (M.) *Les nouveaux principes de droit international de l'environnement*. 1993 Rev. Jurid. Environ. 11
- Kiss (A), « L'ordre public écologique », dans M. Boutelet et J. Cl. Fritz (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, Bruxelles, 2005

- Mekouar (M.A), Le droit à l'environnement dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Fao en ligne, avril 2001
- PNUE, conclusions de la Réunion spéciale de hauts fonctionnaires d'administrations nationales spécialistes du droit de l'environnement, Montevideo, 6 novembre 1981
- PNUE, décision 10/21 du Conseil d'Administration du PNUE, du 31 mai 1982
- Prieur (M), « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », Lavoisier, Revue Juridique de l'Environnement, 2011/5 n° spécial
- Prieur (M), *L'avenir du droit de l'environnement dans l'espace francophone* Réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF, Jun 2008, Porto-Novo, Bénin. pp.423-430. Hal 00499294
- Prieur (M), la non-régression, condition du développement durable, dans *Vraiment durable* 2013/1 (n° 3)
- Prieur (M), *Droit de L'environnement* (2003) 5° ed, Dalloz
- Résolution du Conseil du PNUE 11/7 du 24 mai 1983, 12/14 du 28 mai 1984, 13/18 du 24 mai 1985
- Senat, Rapport d'information de Laurence Rossignol sur la Conférence de Rio+20, n° 545, 22 mai 2012
- Van Lang (A), *Droit de L'environnement* (2007) 2° ed, PUF, la reconnaissance d'une finalité spécifique
- La Constitution de la République de l'équateur de 2008 publiée dans le registre officiel de n°449 du 20 octobre 2008
- La constitution du 11 décembre 1990 et celle qui l'a modifiée
- Le Protocole de Kyoto
- La convention sur la désertification
- La convention sur la diversité biologique
- La convention de Bâle

**ABSTRACT**

Marianne Pulchérie Simeon Donoumassou – *La contribution du principe de non-régression au droit de l'environnement au Bénin*

La question de savoir si la non-régression est un principe de développement du droit de l'environnement, a inspiré la réflexion sur la contribution de non-régression au droit de l'environnement au Bénin. Devant la nécessité de renforcer le lien entre le développement du droit de l'environnement et l'efficacité des politiques publiques en faveur de l'environnement dans l'optique d'un développement durable, la non-régression a fait l'objet d'une application implicite et a orienté l'élaboration de la réglementation environnementale. L'analyse a permis de relever que le principe bien que n'étant pas inscrit expressément dans la réglementation environnementale nationale, trouve une application implicite à travers la mise en œuvre d'autres principes de développement durable. Son internalisation expresse et son appropriation de quelques obstacles restent le gage de son effectivité.

**MOTS-CLES:** *Environnement; protection; non-régression; droit de l'environnement; développement durable.*

Marianne Pulchérie Simeon Donoumassou – *The contribution of the Non-Regression Principle to Environmental Law in Benin*

The question of whether non-regression is a principle of development of environmental law, has inspired reflection on the contribution of non-regression to environmental law in Benin. Faced with the need to strengthen the link between the development of environmental law and the efficiency of public policies in favor of the environment with a view to sustainable development, non-regression was the subject of implicit application and has guided the development of environmental regulations. The analysis revealed that the principle, although not expressly included in national environmental regulations, finds an implicit application through the implementation of other



principles of sustainable development. Its express internalization and its appropriation of a few obstacles remain the pledge of its effectiveness.

**KEYWORDS:** *Environment; protection; non-regression; environmental law; sustainable development.*

JOSÉ ANTÔNIO TIETZMANN E SILVA\*, LUCIANE MARTINS DE ARAÚJO\*\*

*O princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental no Brasil*

**SUMÁRIO:** 1. *Introdução.* - 2. *A afirmação normativa do princípio de vedação ao retrocesso em matéria ambiental: uma certeza ou uma miragem?* - 3. *A não regressão na jurisprudência ambiental do Supremo Tribunal Federal.* - 4. *A não regressão na jurisprudência ambiental do Superior Tribunal de Justiça.* - 5. *Considerações finais.*

*1. Introdução.*

Falar sobre o princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental implica, por certo, em considerar que não se trata necessariamente de uma novidade no campo do Direito.

Por certo, à luz da teoria dos direitos fundamentais já é possível vislumbrar dito princípio, que se coaduna com a afirmação progressiva dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, no plano interno. Daí por que, em se tratando da garantia e da implementação desses direitos, pautar-se pelo retrocesso não é uma alternativa a se considerar.

No plano brasileiro, a vedação ao retrocesso pode ser deduzida numa via reflexa, qual seja, a da progressividade na afirmação dos direitos fundamentais. Prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, está assim ementada: «§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte»<sup>1</sup>.

A progressividade na afirmação dos direitos humanos vale tanto mais quanto se considere o direito fundamental ao meio ambiente.

---

\* Lawyer in Environmental and Urban Law. Professor and researcher at the Pontifical Catholic University of Goiás, at the Federal University of Goiás' Law Faculty and in its Interdisciplinary Master's degree Program on Human Rights. Associated researcher at the Interdisciplinary Research Centre on Environmental, Land Management and Urban Law (CRIDEAU) of the Limoges University, France ([jtietzmann@ufg.br](mailto:jtietzmann@ufg.br)).

\*\* Lawyer in Environmental and Agrarian Law. Professor and researcher at the Pontifical Catholic University of Goiás' Law and International Relations School. Associated researcher at the Interdisciplinary Research Centre on Environmental, Land Management and Urban Law (CRIDEAU) of the Limoges University, France ([lucianemaraujo@gmail.com](mailto:lucianemaraujo@gmail.com)).

<sup>1</sup> BRASIL, Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.

No plano internacional, o direito humano ao meio ambiente está afirmado pela Declaração de Estocolmo sobre o Meio Humano (1972), pela Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (1981), pelo Protocolo de São Salvador (1988), pela Convenção de Aarhus (1998) ou, ainda, pelo Acordo de Escazú (2018). No plano interno, é o *caput* do artigo 225 da Carta brasileira de 1988 que fala na garantia de um «direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado».

O direito ao meio ambiente, que integra a chamada *terceira dimensão* dos direitos humanos, é tributário de ações proativas - e progressivas - dos Estados, como, aliás, afirmou com certo grau de incisividade a Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 23, proferida em novembro de 2017<sup>2</sup>.

Pois bem, é à luz desses elementos que se buscará apresentar, aqui, de maneira obviamente não exaustiva, a atual percepção normativa e jurisprudencial do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental no Brasil.

A análise terá como foco, no campo da jurisprudência, a atuação dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Na casuística da Corte Constitucional, se abordará o princípio da vedação ao retrocesso ambiental no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade movidas em face da Lei 12.651/2012, a lei florestal brasileira; no Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência deu nascedouro ao princípio *in dubio pro natura*, o princípio será vislumbrado em vários julgados, por meio do qual pretende-se demonstrar a existência de uma visão mais proativa e, por certo, pró-ambiente, se comparada ao STF.

Entende-se ser igualmente necessário se abordar as situações de retrocesso normativo que se vem experimentando no Brasil, visando até mesmo a melhor contemplar o exercício proposto por essa *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente* ao haver-nos encarregado da redação deste artigo.

Assim, o texto se divide nesta introdução, seguida de três partes, que se dedicam, respectivamente, à afirmação normativa do princípio de vedação ao

---

<sup>2</sup> Opinião consultiva OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia. Meio Ambiente e Direitos Humanos (obrigações estatais em relação com o meio ambiente no âmbito d proteção e da garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal - interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

retrocesso em matéria ambiental, ao princípio tal como elencado pela jurisprudência do STF e do STJ e, finalmente, ao retrocesso normativo no País. Segue-se uma breve conclusão, remetendo à necessidade de maior efetividade da normativa ambiental brasileira.

A pesquisa, que é parte do projeto intitulado O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade em matéria ambiental no Brasil, em curso na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás, Brasil), foi realizada tendo por base a construção do Princípio da Vedação ao Retrocesso no plano doutrinário, por meio de pesquisa bibliográfica, bem como na análise de tratados internacionais que reforçam a importância desse princípio. Também analisou-se sua aplicação junto aos tribunais superiores no Brasil, especificamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar qual tem sido a visão de cada uma dessas cortes sobre o princípio em comento.

É tempo, pois, de se verificar como se afirma o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, tanto no plano internacional como no plano brasileiro.

## *2. A afirmação normativa do princípio de vedação ao retrocesso em matéria ambiental: uma certeza ou uma miragem?*

É considerando sua afirmação implícita no texto constitucional de 1988, assim como a inexistência de regra que o especifique em relação à proteção do meio ambiente, que a presente seção, já no seu título, lança questionamento sobre o princípio de vedação ao retrocesso em matéria ambiental.

Assim: deve-se vislumbrar o princípio como sendo uma certeza ou mais como miragem no horizonte desenhando pelo ordenamento jurídico?

Ainda que se possa vislumbrar, num primeiro momento, que a resposta mais simples e direta remeta a um princípio incorpóreo, até mesmo diante da falta de menção expressa no direito positivado no Brasil, a vedação ao retrocesso ambiental está implicitamente prevista nesse *corpus*, como também o está na seara internacional.

Com efeito, as declarações e tratados internacionais de direitos humanos contemplam a necessidade de que eles sejam afirmados progressivamente, o que se nota com maior intensidade quando se trata dos direitos de segunda e terceira dimensões, a exemplo do previsto, de uma parte, pelo artigo 26 da Convenção

Americana de Direitos Humanos<sup>3</sup> e, de outra parte, pelo artigo 1º do Protocolo de San Salvador, de 1988<sup>4</sup>:

Artigo 26. Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Artigo 1. Obrigação de Adotar Medidas. Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo. (grifo não existe no original)

Esses direitos, como se sabe, demandam não apenas obrigações ditas “negativas” por parte dos Estados, mas também - e sobretudo - obrigações positivas. Noutras palavras, os Estados devem agir em prol da garantia do direito ao meio ambiente, o que representa, também, gastos de recursos que nem sempre estão disponíveis.

Sobre o tema, é importante lembrar, de acordo com Sudre<sup>5</sup>, que os instrumentos para a garantia do direito ao meio ambiente se vinculam às obrigações – negativas e positivas – exigíveis dos Estados, no sentido de «favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida», nos termos da Declaração Universal de 1948, pois «[...] todos os direitos são vividos na e para a sociedade e são direitos humanos em sociedade [...]. Os direitos

---

<sup>3</sup> BRASIL, Decreto nº 678, de 06.11.1992, que “Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.” DOU de 9.11.1992.

<sup>4</sup> BRASIL, Decreto nº 3.321, de 30.12.1999, que “Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador.” DOU de 31.12.1999.

<sup>5</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2015. A citação está na página 242.

econômicos, sociais e culturais não são menos necessários que os direitos civis e políticos, são complementares: a ausência dos primeiros compromete o exercício real dos segundos».

Os Estados têm, portanto, obrigações positivas que decorrem do direito ao meio ambiente, em especial pelo fato de que a indissociabilidade e a interdependência entre os direitos humanos ensejam que a violação de qualquer deles implique em que vários outros possam ser ou sejam, de fato, maculados.

Em razão disso, há uma série de obrigações imputáveis aos Estados, em decorrência do direito humano ao ambiente, o que se coaduna com o objetivo de dar cumprimento ao respeito e à garantia dos direitos humanos em sua integralidade.

O Acordo de Escazú (2018), já mencionado, traz o princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental nos princípios que elenca em seu artigo 3º, o que remete à necessária afirmação progressiva dos direitos instrumentais de informação, participação e acesso à justiça nessa seara. Dita abordagem é justamente no sentido de garantir a afirmação, igualmente progressiva, do direito humano ao meio ambiente.

Esse princípio, ressalte-se, já fora reconhecido na declaração final da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, realizada em junho de 2012 no Rio de Janeiro. O parágrafo 20 da declaração intitulada *O futuro que queremos* o afirma, a partir da expressão *do not backtrack* em relação aos compromissos assumidos na Conferência de 1992 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

*We acknowledge that, since 1992, there have been areas of insufficient progress and setbacks in the integration of the three dimensions of sustainable development, aggravated by multiple financial, economic, food and energy crises, which have threatened the ability of all countries, in particular developing countries, to achieve sustainable development. In this regard, it is critical that we do not backtrack from our commitment to the outcome of the United Nations Conference on Environment and Development. We also recognize that one of the current major challenges for all countries, particularly for developing countries, is the impact from the multiple crises affecting the world today.* (ONU, 2012 - grifo não existe no original).

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, o não retrocesso ambiental remete - como para o caso do não retrocesso social - a regra constitucional

implícita, “com base nos princípios da segurança jurídica e da confiança”, como denotam Sarlet e Fensterseiffer.<sup>6</sup>

O princípio, segundo os autores, busca «“blindar” as conquistas legislativas - e, em certa medida, também as administrativas - no âmbito dos direitos fundamentais socioambientais contra retrocessos que venham a comprometer o gozo e o desfrute de tais direitos».

Trata-se, em todo caso, de blindagem relativa, como bem asseveram os autores, já que o que se busca resguardar é o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais, «inclusive naquilo que em que tenham sido objeto de concretização na esfera infraconstitucional».

O princípio visa, igualmente, à garantia de um dever de progressividade no tocante à eficácia social desses direitos, já que devem ser adotadas medidas legislativas e administrativas «que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento dos direitos fundamentais socioambientais».

Sobre o tema, é importante a lição de Canotilho, citado na decisão proferida pelo STF na ADI 4901, quando aduz que:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial<sup>7</sup>.

Diante desses elementos, é certo que não se pode considerar que o princípio da vedação ao retrocesso deva implicar em imobilismo normativo ou de políticas públicas. Deve, isso sim, representar uma continuidade, em progressão, no que diz respeito à garantia, *in casu*, do direito ao meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer as obrigações do Poder Público *vis-à-vis* a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no artigo 225, § 1º, estabelece que a Administração deva:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a

---

<sup>6</sup> I. W. SARLET, T. FENSTERSEIFFER, *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3. ed. São Paulo: RT, 2013. As citações estão nas páginas 67 e 68 da obra.

<sup>7</sup> J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7. ed., 2ª reimpressão, p. 339-340.

integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

As obrigações positivas estabelecidas no texto constitucional brasileiro se coadunam, em linhas gerais, com o que veio a preconizar num passado recente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 23/17. Nessa *opinio* os juízes de São José da Costa Rica aduziram que, com vistas ao respeito e à garantia dos direitos à vida e à integridade das pessoas, os Estados devem:

a) prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território; b) regular e supervisionar as atividades sob sua jurisdição que possam causar danos significativos ao meio ambiente; c) desde que haja risco de danos significativos ao meio ambiente, realizar estudos de impacto ambiental; d) estabelecer um plano de contingência, a fim de ter medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais; e) agir de acordo com o princípio da precaução, para, mesmo na ausência de certeza científica, proteger o direito à vida e à integridade pessoal de danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente; f) cooperar, de boa-fé, na proteção contra danos ambientais; g) notificar os demais Estados potencialmente afetados quando tomem conhecimento de que uma atividade planejada sob sua jurisdição possa gerar um risco de danos transfronteiriços significativos e em casos de emergências ambientais; h) garantir o direito de acesso a informações relacionadas a possíveis efeitos sobre o meio ambiente, consagrados no artigo 13 da Convenção; e, por fim, i) garantir o direito à participação das pessoas sob sua



jurisdição na tomada de decisões e na adoção de políticas que possam afetar o meio ambiente.

Ora, essa opinião da instância interamericana denota clareza quanto à oponibilidade do direito humano ao meio ambiente previsto pelo Protocolo de São Salvador, reforçando, pelas obrigações que se impõem aos Estados - conforme, reitera-se, o faz também a Carta brasileira de 1988 - a necessária progressividade na afirmação do direito ao meio ambiente.

Direito esse que, para alcançar eficácia social, é tributário de regras, políticas e ações públicas, as quais não podem retroceder a ponto de atingir, como já visto, o núcleo essencial do direito ao meio ambiente.

Daí por que, em resposta à pergunta que nomina esta seção, é pertinente considerar que seja no sentido da certeza de um princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, tanto nas normas internacionais como nas brasileiras, princípio esse que está, também, presente na jurisprudência dos tribunais superiores do Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como se verá da seção seguinte.

### *3. A não regressão na jurisprudência ambiental do Supremo Tribunal Federal*

Foi por ocasião do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade<sup>8</sup> e da ação declaratória de constitucionalidade,<sup>9</sup> todas em relação à lei florestal de 2012, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se pronunciou de maneira mais incisiva quanto ao princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental.

Cotejou, por certo, o princípio aplicável aos casos de não retrocesso social para, em seguida, abordar o tema sob a ótica do direito fundamental ao meio ambiente, cujo núcleo não pode ser atingido, seja por normas menos protetivas, seja pela inação do Estado.

Naquela ocasião, muitos dentre os dispositivos legais que foram objeto de questionamento perante o STF tiveram reconhecida sua constitucionalidade. Isso, pois, o entendimento da Corte foi no sentido de que haverá retrocesso apenas quando o núcleo basilar do direito fundamental for atingido, o que nem sempre foi o caso a partir dos dispositivos da lei 12.651.

---

<sup>8</sup> ADI's 4901, 4902, 4903 e 4937.

<sup>9</sup> ADC 42.

Nesse sentido, vislumbra-se a seguinte passagem no voto conduzido pelo relator, o Min. Luiz Fux, na ADI 4901:

Entender como “vedação ao retrocesso” qualquer tipo de reforma legislativa ou administrativa que possa causar decréscimo na satisfação de um dado valor constitucional seria ignorar um elemento básico da realidade: a escassez. Rememore-se que, frequentemente, legisladores e administradores somente poderão implementar avanços na concretização de determinados objetivos constitucionais por meio de medidas que causam efeitos negativos em outros objetivos igualmente caros ao constituinte. O engessamento das possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, a impedir a redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade, em nome de uma suposta “vedação ao retrocesso” sem base no texto constitucional, viola o núcleo básico do princípio democrático e transfere indevidamente ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo. Não fosse o suficiente, ainda afasta arranjos mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. (ADI 4901, p. 18 do Relatório)

O Supremo entendeu, outrossim, que não pode adentrar numa esfera que é a do Poder Legislativo, com o exercício de sua competência legiferante, adotando normas que confortam as políticas adotadas e conduzidas pelo Poder Executivo, com vistas à garantia do direito fundamental ao meio ambiente. Segundo o Relator:

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. [...] (ADI 4901, p. 7 do Relatório)

Isso não significa, entretanto, que a Corte Constitucional brasileira não tenha reconhecido a existência do princípio em comento; tampouco que o mesmo não se possa aplicar a situações que configurem retrocesso no tocante à proteção do meio ambiente.

Ao contrário, o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Florestal, como a necessidade de se curvarem a uma interpretação em conformidade com o texto da Constituição Federal de 1988.

Essa visão da Corte Suprema do País levou à supressão de retrocessos normativos que, reconhecidamente, atingiam o núcleo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ressaltem-se, por oportuno, as regras relativas às áreas de preservação permanente (APP)<sup>10</sup>: exigiu-se que se mantenha esse tipo de vegetação também no entorno de olhos d'água temporários; para os casos de utilidade pública e de interesse social, que permitem a supressão de vegetação em APP, retirou-se a possibilidade de supressão para que se construam «instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais»; tampouco se permite a supressão de vegetação em APP, ainda que se trate de caso de utilidade pública ou interesse social, sem que se busque alternativa técnico-localacional ao empreendimento; destaca-se, enfim, a APP margem de curso d'água, cujo cômputo deve iniciar no leito maior de inundação, e não no malfadado conceito de “borda da calha do leito regular”. Impende destacar, quanto à reserva legal,<sup>11</sup> que o STF determinou fosse interpretado conforme a Constituição o dispositivo que prevê sua compensação, no sentido de que as áreas compensadas devem guardar identidade ecológica entre si.

Deve-se destacar que, em que pese o STF entender como constitucional a criação do instituto denominado “Áreas Rurais Consolidadas”<sup>12</sup>, que possibilitou a continuidade de atividades em áreas onde houve supressão de vegetação em desacordo com as disposições do antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965), referido dispositivo contribuiu para que houvesse uma anistia àqueles que descumpriram o regramento nele contido quanto à proteção de áreas de Preservação Permanente (APP) e de Reserva Legal (RL). Assim, o novo texto legal, mesmo estabelecendo algumas obrigações para a regularização dessas

---

<sup>10</sup> De acordo com o artigo 3º, II, da Lei 12.651/2012, a área de preservação permanente é toda «área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas».

<sup>11</sup> O artigo 3º, III, da Lei 12.651/2012 define reserva legal como sendo a «área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa».

<sup>12</sup> O artigo 3º, IV, da Lei 12.651/2012, define área rural consolidada como sendo a “área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pouso;”.

áreas, levou à redução da proteção ambiental e de sua cobertura vegetal<sup>13</sup>, o que, sem dúvida alguma, representa um retrocesso ambiental e a quebra, portanto, do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto pelo artigo 225 da Carta de 1988.

Se é certo que outros dispositivos legais poderiam (ou deveriam?) haver sido declarados como inconstitucionais pelo STF, esta Corte não poderia, em nome do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, ignorar a separação e a independência dos Poderes, que é fundamento da República Federativa do Brasil, além de condição essencial para o pleno respeito ao pacto federativo.

Daí, se apoiar apenas e tão-somente nesse princípio para julgar uma norma como inconstitucional poderia, segundo o Supremo, configurar ingerência de um Poder sobre o outro - o que é simplesmente vedado.

Vale notar que em casos relativos ao conteúdo de Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e à competência dos entes federados para legislar em matéria de licenciamento ambiental, o STF entendeu que a violação do princípio da vedação ao retrocesso socioambiental só ocorre quando haja clara “flexibilização” das normas.

Assim, na ADI 6288, se a legislação do Estado do Ceará dispensa de licenciamento ambiental empreendimentos potencialmente poluidores, se está falando em ataque ao princípio, ao passo que, na ADI 5547, quando resolução do CONAMA exige modalidade simplificada de licenciamento para assentamentos de reforma agrária, não há que se falar em afronta ao princípio de vedação ao retrocesso.

A justificativa, no primeiro caso, está no fato de que a normativa federal é clara em exigir licenciamento de empreendimentos potencialmente poluidores e de que a competência para tanto é federal - por meio do CONAMA. Daí, a impossibilidade de que ente federado, em extrapolação de competência concorrente, deixe de exigir licença ambiental de certas atividades.

No segundo caso, o STF entendeu que o previsto pela resolução do Conselho de Meio Ambiente não enseja, *de per se*, retrocesso ambiental, já que este poderá se verificar apenas e tão-somente quando da efetiva posta em prática

---

<sup>13</sup> As disposições referentes à Áreas de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal (RL) em Áreas Rurais Consolidadas possuem exigências bem inferiores ao regramento geral. Tais dispositivos estão contidos nos artigos 61 a 65, para as áreas de preservação permanente, e 66 e 67, para a reserva legal.

dos comandos inseridos na aludida resolução, o que independe do texto normativo.

Em julgamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) onde se questionava a Resolução 500/2020 do CONAMA, que revogou as resoluções 284/2001, 302 e 303/2002, o voto condutor do caso aduziu que:

15. Como se vê, o estado de coisas inaugurado pela revogação das Resoluções nos 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do CONAMA sugere agravamento da situação de inadimplência do Brasil para com suas obrigações constitucionais e convencionais de tutela do meio ambiente. A supressão de marcos regulatórios ambientais, procedimento que não se confunde com a sua atualização, configura quadro normativo de aparente retrocesso no campo da proteção e defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CF) e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais à vida (art. 5o, caput, da CF) e à saúde (art. 6o da CF), a ponto de provocar a impressão da ocorrência de efetivo desmonte da estrutura estatal de prevenção e reparação dos danos à integridade do patrimônio ambiental comum

Pois bem, a postura do Supremo é clara no sentido de que a atualização normativa nem sempre ensejará afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, ao passo que a supressão de exigências ambientais sem que outras sobrevenham representa “aparente retrocesso” vis-à-vis a prática do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como previsto pelo artigo 225 da Carta de 1988.

#### *4. A não regressão na jurisprudência ambiental do Superior Tribunal de Justiça*

A discussão sobre o Princípio do Não Retrocesso ou Não Regressão tem sido também objeto de análise e discussão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem enfrentado questões urbanas ou rurais envolvendo a proteção ambiental e a qualidade de vida.

Nesse sentido, vale ressaltar os julgados a seguir, que tratam do tema e que demonstram que referido princípio possui um caráter dinâmico, no qual o entendimento vai acompanhando as mudanças sociais, ambientais e econômicas que acabam interferindo no ordenamento jurídico.

À guisa de exemplo, no plano urbanístico, destaca-se o julgado abaixo, objeto de acirrada discussão entre os ministros e que, ao final, resultou no seguinte desfecho:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO. (REsp 302906 / SP. Min. Relator Herman Benjamin, 2ª Turma).

Trata-se de julgado que envolve questões urbanístico-ambientais que reforçam princípios do Direito Ambiental, como o Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 225,<sup>14</sup> e da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Assim, o Princípio da Não Regressão estaria totalmente em consonância com a garantia «de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes».

Nesse aspecto, o voto de mérito do relator ressalta que o Poder Público poderá flexibilizar restrições urbanístico-ambientais somente se houver inequívoco interesse público «incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos». Tal redução só poderá acontecer em «circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada».

Do voto condutor destaca-se trecho onde o princípio da não regressão serviu de fundamento para a proteção ambiental:

Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de

---

<sup>14</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual.

O princípio da Não Regressão encontra-se, portanto, em total consonância com os preceitos do Desenvolvimento Sustentável<sup>15</sup>, visto que a manutenção das regras protetivas visa, justamente, a possibilitar que as gerações futuras possam também ter acesso aos recursos naturais para suprimento de suas necessidades.

Os questionamentos relativos à Lei Florestal - norma já mencionada alhures - especificamente sobre as Áreas de Preservação Permanente e as de Reserva Legal, também têm sido objeto de discussão junto a essa Corte, conforme se nota a seguir:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. DANO. OBRIGAÇÃO DE RECUPERAR ÁREA DEGRADADA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/1985. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ART. 784, XII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. LIBERDADE CONTRATUAL. FUNÇÃO SOCIAL E ECOLÓGICA DO CONTRATO. ARTS. 421 E 1.228, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. PRINCÍPIO DA MELHORIA DA QUALIDADE AMBIENTAL E PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. INAPLICABILIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). IRRETROATIVIDADE DA LEI. TEMPUS REGIT ACTUM. ART. 6º, CAPUT, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ART. 12 DO DECRETO FEDERAL 8.235/2014. ABRANGÊNCIA DO TAC. PROIBIÇÃO E BOA-FÉ OBJETIVA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. RESERVA MENTAL. ARTS. 110 E 113 DO CÓDIGO CIVIL. CONDUTA ATENTATÓRIA À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ART. 774 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (AgInt no REsp 1688885 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin).

No caso citado, a discussão refere-se à não observância das disposições legais insculpidas no antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965), quanto à necessidade de proteção das Áreas de Preservação Permanente e das de Reserva Legal, em imóvel rural. O descumprimento dos dispositivos legais resultou na

---

<sup>15</sup> De acordo com a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), no Relatório Nosso Futuro Comum, a humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável – de garantir que ele atenda as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas (CMMAD. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 9).

assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta<sup>16</sup>, que fora descumprido. Em face das propostas de alteração do Código de 1965, os proprietários inadimplentes requereram a suspensão do cumprimento do TAC até a aprovação da nova lei, que lhes seria mais benéfica, tese essa que foi objeto de apreciação pelo STJ.

O Tribunal refutou a tese pretendida, tendo em vista que, se assim o fizesse, estar-se-ia violando as disposições da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB); especialmente o previsto por seu art. 6<sup>o</sup><sup>17</sup>, quanto ato jurídico perfeito. Do voto do relator vale ressaltar o seguinte trecho:

Outrossim, celebrar negócio jurídico na expectativa de não ter de cumpri-lo por conta de anunciada reforma legislativa caracteriza repreensível reserva mental (Código Civil, art. 110). Hipótese clara, por outro lado, de conduta atentatória à dignidade da justiça, mediante o emprego de meio artificioso para evitar a execução do que acordado em favor da sociedade ... Firmado o TAC, impossível ao compromissário inadimplente alegar, para não observá-lo, que está à espera de alteração legislativa. Nem poderiam o Estado e outros legitimados pela Lei 7.347/1985 pôr no papel o contrário – isso caracterizaria ofensa grave tanto à segurança jurídica como à garantia de não retrocesso da proteção do meio ambiente, irmã gêmea do princípio da melhoria da qualidade ambiental.

No que se refere à aplicação das normas trazidas pela nova Lei Florestal (Lei 12.651/2012), relativamente às APPs e às RLs, especificamente sobre o cômputo em comum dessas áreas, o entendimento do STJ foi pela aplicação das disposições do art. 15<sup>18</sup>, da lei mencionada:

AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO CÁLCULO DA RESERVA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO CÓDIGO FLORESTAL. VEDAÇÃO AO RETROCESSO

---

<sup>16</sup> Lei nº 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública, art. 5º, § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>17</sup> Decreto-Lei 4.657/1942, art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

<sup>18</sup> Art. 15. Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que: I - o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo; II - a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e III - o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei.



(PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM). PRECEDENTES DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMA DO STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. AgInt no REsp 1668484 / SP, Relator Min. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

Nesse caso, trata-se de Ação Civil Pública que fora proposta pelo Ministério Público, por meio da qual se objetivava fossem observadas as regras do antigo Código Florestal e não as regras da nova lei, em fatos ocorridos na vigência do antigo *Codex* relativamente ao cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de Reserva Legal.

Nesse julgamento, o STJ entendeu que deve-se aplicar as regras novas estabelecidas pela Lei nº 12.651/2012, com as ressalvas das disposições declaradas inconstitucionais pelo STF), «ainda que a degradação tenha ocorrido na vigência da Lei 4.771/1965». Do voto do relator, vale destacar a interpretação dada sobre a aplicação da norma atual, em face do princípio da Não Regressão:

O Tribunal de origem se posicionou a favor da aplicação retroativa do Novo Código Florestal com vistas ao cômputo da Área de Preservação Permanente no percentual da Área de Reserva Legal, a fatos ocorridos antes da vigência do Novo Código Florestal (fls. 477/489). 4. É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, então, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, contudo, deixando claro e expresso que tal princípio tem por escopo e limites a proteção ao núcleo essencial (núcleo duro) dos direitos e garantias socioambientais conquistadas, não podendo ser entendido como uma vedação geral para qualquer tipo de alteração legislativa que venha modificar, limitar ou restringir direitos e obrigações atinentes ao Direito Ambiental. 5. Não é plausível, assim, que o legislador fique indefinidamente vinculado às legislações anteriores e não possa alterar o modo de concretização de determinado direito social, do contrário, o princípio da vedação do retrocesso constituiria óbice absoluto a qualquer proposta legislativa tendente a redimensionar a concreção de um direito social, conferindo, assim, uma intangibilidade às normas infraconstitucionais que não é extensível nem mesmo às normas constitucionais. 6. Tais fatores demonstram que, na interpretação da Corte Suprema – a quem compete a guarda da Constituição Federal –, a Lei 12.651/2012 não introduziu retrocesso proibido à tutela ambiental, justamente porque o princípio da vedação ao retrocesso não implica imutabilidade ou engessamento da atividade legislativa. Destarte, concluir por um suposto direito adquirido da coletividade à aplicação da Lei 4.771/1965, em

detrimento da incidência imediata da Nova Codificação, consistiria, por vias transversas, em afastar a decisão vinculante do STF em controle concentrado de constitucionalidade e consagrar a completa imobilização legislativa para um sem-número de situações.

Nota-se pois, que o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entendeu que o Princípio da Não Regressão não pode significar proteção ambiental de forma imutável, mas sim algo dinâmico e que deve ser entendido no contexto da situação fática e do contexto social, ambiental e econômico.

##### *5. Considerações finais*

Da análise do Princípio da Vedação ao Retrocesso, nota-se que sua concepção visou justamente a reforçar a importância dos direitos fundamentais ligados principalmente à manutenção dos direitos metaindividuais, neste caso, o direito ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida, tido como direito de terceira dimensão.

Dessa forma, no plano internacional, vários documentos fizeram parte de sua construção, reforçando a necessidade de se manterem as conquistas já alcançadas nas legislações pós-Estocolmo (1972), um marco na construção normativa da proteção ao meio ambiente. Essa trajetória trouxe reflexos também no plano interno brasileiro, visto que reforça as garantias constitucionais trazidas pela Constituição de 1988, principalmente no seu artigo 225 - dedicado à temática ambiental.

Tal princípio, no entanto, deve ser interpretado de forma dinâmica, acompanhando assim, as mudanças sociais, econômicas e ambientais, mantendo, porém, a preocupação com a proteção ambiental, com o desenvolvimento sustentável, com a dignidade da pessoa humana, para que se mantenha intacto o núcleo central dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, nota-se que o enfrentamento do Princípio da Vedação ao Retrocesso junto aos Tribunais superiores brasileiros tem demonstrado que ele deve ser analisado diante do caso concreto, exigindo uma precisa dosimetria no tocante à sua aplicação.

Dessa forma, caracteriza-se o retrocesso ambiental somente quando o cerne do direito fundamental for atingido.

Dos casos analisados, chama-se a atenção da posição do Supremo Tribunal Federal ao analisar as ADI's propostas em face da Lei Florestal de 2012, notadamente quanto à existência de retrocesso ambiental em seus dispositivos. Esse tribunal acabou por julgar a constitucionalidade da maioria deles, por haver entendido que a Lei assegurara a manutenção dos direitos fundamentais em análise, mesmo que se vislumbrasse nítida a regressão ambiental, como foi o caso das áreas rurais consolidadas.

Nesse sentido, o STF reforçou, também, o pacto federativo, destacando que cabe ao Poder Legislativo exercer a sua competência legiferante e, ao Poder Executivo, conduzir as política públicas.

Já em relação à aplicação do princípio junto ao Superior Tribunal de Justiça, esta Corte tem enfrentado o assunto, no caso da Lei Florestal, sempre ponderando suas disposições com cada caso concreto. Sua análise, portanto, seja no plano urbanístico, seja no plano rural, reforça a necessidade de aplicação dinâmica do princípio ao caso concreto, aliando-o a outros princípios do Direito Ambiental, como o Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e o Princípio do Desenvolvimento Sustentável.

Assim, pode-se observar a partir da análise procedida, a importância do Princípio da Vedação ao Retrocesso e de sua análise em casos concretos, com o objetivo de fazer valer os direitos humanos já insculpidos no plano internacional e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como das garantias fundamentais trazidas no corpo da Constituição Federal de 1988, sendo ele um importante reforço na busca da proteção efetiva ao meio ambiente - e, por certo, da garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com todas as obrigações, positivas e negativas, que dele decorrem.

**ABSTRACT**

José Antônio Tietzmann e Silva, Luciane Martins de Araújo – *O princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental no Brasil*

Apesar das críticas de seus detratores, o princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental é uma realidade, tanto no plano internacional como no plano do Direito Brasileiro. Esse princípio, afirmado sob a expressão *no backtrack* na declaração final da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, em 2012, e, de maneira expressa, no Acordo de Escazú, de 2018, demonstra não haver dúvidas quanto à sua concretude no mundo jurídico. Em nível brasileiro, encontra guarida no texto constitucional de 1988, todavia de maneira implícita, quando se aduz acerca da segurança jurídica ou do fato de que novos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil integrarão os direitos e garantias fundamentais. O foco do presente artigo é trazer à baila algumas decisões das cortes superiores brasileiras de maior relevo - o STF e o STJ - no que tange ao princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** *vedação ao retrocesso; Brasil; legislação; jurisprudência; direito ao meio ambiente.*

José Antônio Tietzmann e Silva, Luciane Martins de Araújo – *The principle of non-regression on environmental matters in Brazil*

Despite the critics arising from its detractors, the principle of non-regression on environmental matters is real, both for international and Brazilian Law. This principle, brought by the expression *no backtrack*, in the final declaration of the UN Sustainable Development Conference, held at Rio de Janeiro, in 2012, and literally in the 2018 Escazú Accord, demonstrate that there are no doubts concerning its concretion in the juridical world. At the Brazilian level, it finds shelter in the 1988 Federal Constitution, even though in a non explicit way, when it mentions legal certainty or the fact that the new human rights' treaties signed by Brazil will be added to fundamental rights and guarantees. The aim of this article is to present some of the decisions arising

from Brazilian superior courts - the STF and the STJ - that concern the principle of non regression in environmental matters.

**KEYWORDS:** *Non-regression; Brazil; legislation; case law; right to the environment.*

**MIGUEL PATIÑO POSSE\*, ADA VALENTINA GAVIRIA ERAZO\*\***

***El principio de non regressión: la necesidad de proyección de los ODS como política ambiental efectiva en Colombia***

**CONTENIDO:** 1. *Introducción.* - 2. *Metodología.* - 3. *Antecedentes internacionales del principio de no regresión ambiental.* - 3.1 *Antecedentes legales y jurisprudenciales.* - 4. *Racionalidad económica vs. racionalidad ecológica.* - 4.1 *Disyuntiva entre ambiente y economía en el marco jurisprudencial del principio de no regresión.* - 4.2 *Retos del principio de no regresión ambiental en Colombia.* - 5. *La gobernanza ambiental colombiana y el principio de progresión.* - 5.1 *Los indicadores jurídicos como propuesta de gobernanza para la efectividad.* - 6. *Conclusión.*

*1. Introducción*

El principio de no regresividad y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) nacen con la finalidad de evitar lo que se ha considerado por algunos observadores una derrota del hombre frente a la crisis del medio ambiente, acompañada de desafíos como la pandemia del COVID-19, y de otros acontecimientos que conllevan una situación adversa a la conservación de la vida humana y al riesgo del deterioro que afronta la existencia de muchas de las especies biológicas y la conservación de los ecosistemas naturales que son finitos, se ha propuesto cambiar el modelo de la explotación económica extractivista a Estados que tracen un progreso sostenible.

Para países en desarrollo como Colombia, nuestro objeto de estudio; dependen en gran medida de la inversión extranjera que es principalmente extractivista lo que sucinta un reto superior en la salvaguardia sostenible de sus recursos ecosistémicos cuyo deterioro se incrementa sustancialmente con el pasar del tiempo, por esto es importante estudiar el principio de no regresión ambiental en la normativa domestica para esto escribimos el siguiente interrogante.

---

\* Abogado U Javeriana, Phd Derecho Ambiental Universidad de Alicante. Corresponsal CIDCE Colombia. [colabogados2@yahoo.es](mailto:colabogados2@yahoo.es). Agradecemos a los demás miembros de Dialogo Ambiental Colombia. Silvia Forero y Elkin García.

\*\* Abogada UJTL Bogotá. Investigadora en Diálogo Ambiental Colombia, Coordinadora del Semillero de Investigación de Derecho Internacional Ambiental UJTL. [adav.gaviriae@utadeo.edu.co](mailto:adav.gaviriae@utadeo.edu.co). Agradecemos a los demás miembros de Dialogo Ambiental Colombia. Silvia Forero y Elkin García.

¿En el marco jurídico de Colombia, país rico en diversidad ecosistémica, pero en vía de desarrollo y dependiente de la inversión extranjera, es plausible la gobernanza del principio de no regresión ambiental al nivel legislativo, administrativo y judicial que responda de manera efectiva a la crisis multidimensional ambiental, sanitaria, social y económica, ocasionada por la pandemia COVID- 19 en cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible 13 y 16 presentes en la Agenda 2030?

Para esto examinaremos los antecedentes foráneos y domésticos del principio de no regresión que posibilitaron la existencia de los ODS donde confluyen los DDHH y el Derecho Internacional ambiental. Para luego revisar la normativa interna del Estado haciendo un énfasis en el bloque de Constitucionalidad, la ley, los decretos y los fallos jurisprudenciales alrededor del principio en examen.

A partir de lo anterior se filtrará la recopilación de la información por la efectividad en la aplicación del principio de no regresión, determinando su aplicación en los fallos de las altas cortes y los límites al amparo de los tratados internacionales ratificados.

Luego hondaremos en la disyuntiva de la racionalidad ecológica vs la racionalidad económica del Estado colombiano al ser un país en vía de desarrollo, situación a la que se viene enfrentando aun antes de la Pandemia COVID-19, por la inversión extranjera extractivista, no obstante, se incrementa dicho dilema por la crisis multidimensional latente.

Posteriormente y con un mejor panorama del marco normativo nacional, se identificarán los retos de gobernanza a la luz de los ODS 13 y 16 proponiendo una serie de acciones hacia una gobernanza al cuidado de la vida, que aumente el 1% del Plan Nacional de Desarrollo de Colombia y se ratifiquen tratados como el de Escazú para que paren las injusticias ambientales y cese la muerte de líderes ambientales que a hoy supera los 172 casos.

Finalmente se plantearán la teoría de los indicadores jurídicos en cabeza de Michel Pier como método potencialmente efectivo para la gobernanza ambiental colombiana en respuesta de los objetivos del desarrollo sostenible.

## *2. Metodología*

Investigación documental de las ciencias sociales en Derecho. Abordará el principio de no regresión Ambiental en Colombia de manera exploratoria,

mediante un arqueo histórico ocupándose del alcance de este mismo en la normativa interna.

Se acude a un método cualitativo de investigación argumentativa, donde a partir de la teoría jurídica y la jurisprudencia se determina el rol del principio de no regresión a la luz de la efectividad de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) antes y después de la pandemia COVID-19.

Finalmente, la necesidad de Colombia de una gobernanza sostenible en la ejecución de los propósitos de un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho tras la recuperación emergente de la pandemia global del 2020.

### *3. Antecedentes internacionales del principio de no regresión ambiental*

Para abordar el principio de progresión ambiental es importante examinar dos fuentes del Derecho Internacional. Por una parte, el desarrollo de los Derechos humanos y la evolución del Derecho Internacional Ambiental, para la presente redacción por sus siglas DDHH y DIA en un breve recuento histórico.

Estas materias del Derecho Internacional han cambiado la manera de concebir el mundo. Han reestructurado de manera transversal las fuentes del Derecho foráneo y doméstico que ha generado efectos colaterales y directos para el medio ambiente.

La evolución histórica del DIA puede comprenderse en cuatro etapas. La primera se remonta desde el siglo XIX hasta la creación de la ONU en 1945, la segunda etapa, desde la creación de la ONU hasta la Conferencia Mundial Sobre el Medio Humano de Estocolmo de 1972, la tercera etapa desde Estocolmo hasta la Conferencia Mundial Sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992 y finalmente la cuarta etapa de los desarrollos posteriores a Río de Janeiro. Guardando la línea histórica propuesta por este autor, haremos una línea de tiempo intersecante de ambas materias en exposición.

Si bien podría legitimarse la existencia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Ambiental desde la aparición de la vida humana por la relación interdependiente de este con su entorno, estas fuentes del Derecho Internacional han sido reconocidas al margen de múltiples luchas ecosistémicas. Por un lado, el fin de la Guerra de los Treinta Años, concretado mediante la firma de los tratados de paz de Westfalia hecho histórico que se le acota el nacimiento



del Derecho Internacional<sup>1</sup> por otro lado las guerras humanas del siglo XX a raíz de las cuales se frustraron iniciativas la Sociedad de las Naciones, establecida en 1919 durante la gran guerra y tras la finalización de la segunda guerra mundial nace la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 en la ciudad de San Francisco<sup>2</sup> que años más tarde, responderá también a las luchas ambientales mediante el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 1972 en la ciudad de Nairobi<sup>3</sup>.

La primera etapa en mención comprende el Protocolo Adicional de San Salvador de 1988, que señala en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano dando apertura internacional a este como un Derecho Humano en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la Constitución Política colombiana de 1991, se encuentra en el artículo 79, sin embargo, este tratado multilateral se ratificó hasta el 23 diciembre 1997.

La segunda etapa engloba memorables hitos históricos que dan vida para algunos autores al Derecho Internacional Ambiental como una matriz interdependiente de los Derechos Humanos pero autónoma en su desarrollo<sup>4</sup> con la ya mencionada Conferencia Mundial Sobre el Medio Humano de Estocolmo de 1972. No obstante, el principio de no regresión tiene su fuente arraigada al desarrollo de los Derechos Humanos<sup>5</sup>, por esto, es importante mencionar el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, aprobada por Colombia mediante la ley 16 de 1972.

La tercera etapa es el interludio a la intersección de las dos fuentes. Para el DIA el mayor hito de su evolución<sup>6</sup> fue la Conferencia Mundial Sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992 donde se generaron principios como el 23 y 27 que se relacionan con la progresividad ambiental. También se

---

<sup>1</sup> J. RUIZ, J. Y. D. CASTILLO MIREYA, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 23. M. DIAZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimoquinta, Madrid, 2005, p. 61. M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 25.

<sup>2</sup> Crf. sitio web oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja <https://www.icrc.org/en/who-we-are/history>

<sup>3</sup> D. U. VARGAS, F. A. CÁRDENAS, F. C. GARCÍA, *Derecho Internacional Ambiental*, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 21. Véase también Convenio sobre Diversidad Biológica, supra nota 98, Preámbulo.

<sup>5</sup> M. P. CHACÓN, *El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense*, Universitaria Leopoldianum, 2012.

<sup>6</sup> A. C. KISS, D. SHELTON, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, p. 67 y el sitio web <http://csdngo.igc.org/links.htm>

generaron, bases documentales en protección del ambiente, la Agenda 21, la Convención Marco de las Naciones Unidas en Cambio Climático, entre otras.

Por otra parte, en la evolución de los DDHH se da la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 que examina los principios que se habían desarrollado desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ampliando la apertura de nuevos progresos en esta esfera<sup>7</sup>.

Finalmente, en la cuarta etapa confluyen nuestras fuentes Internacionales en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro 2012. Mediante la cual surgen los Objetivos de Desarrollo Sostenible sustituyendo a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que durante 15 años funcionaron como complemento para los Derechos Económicos Sociales y Culturales, empero, la presencia de los DDHH fue deficiente<sup>8</sup>.

Luego de reconocer la necesidad de los DDHH para acelerar el desarrollo sostenible, se consigna la intersección de estas fuentes del Derecho Internacional para lograr el impulso global hacia la realización de los objetivos de la Agenda 2030.

Para cuestiones del presente artículo trataremos los ODS. No obstante, es imprescindible mencionar el tratado de Escazú, catalogado como uno de los más importantes en materia ambiental por John Knox, el primer Experto independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente designado por el Consejo de Derechos Humanos<sup>9</sup>. Además, es el primer acuerdo de esta naturaleza con participación de América Latina y el Caribe, firmado por Colombia en 2019 y cuya ratificación se espera.

No obstante, el Acuerdo de Escazú, es el segundo a nivel global de este tipo, después de la convención de Aarhus de 1998 con participación principal de Europa y Asia Central. Ambos acuerdos responden al desarrollo del principio 10 de la Conferencia de Río de 1992 que busca garantizar el Derecho a un ambiente

---

<sup>7</sup> A. A. CANÇADO, *Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: aproximaciones y convergencias*, *Estudios Internacionales*, Vol. 30, No. 119–120, 1997, p. 321–349.

<sup>8</sup> L. JORGE, A. C. MEDAGLIA, *El Impacto de las Declaraciones de Río y Estocolmo sobre la Legislación y las Políticas Ambientales en América Latina*, *Rev. Ciencias Jurídicas*, Vol. 0, no. 100, 2003.

<sup>9</sup> N. U. CEPAL, Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y medio ambiente destaca reciente adopción del Acuerdo Regional de CEPAL sobre derechos de acceso en asuntos ambientales. 2018, <http://www.cepal.org/es>.

sano y sostenible para las generaciones presentes y futuras, con el fin de generar acceso a toda persona a la información, participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales<sup>10</sup>.

### *3.1 Antecedentes legales y jurisprudenciales*

El principio de progresión en el Derecho Ambiental Colombiano aparece incorporado en su Constitución Política a través del denominado "Bloque de Constitucionalidad" (artículo 93 de la Carta), según el cual los instrumentos internacionales anteriormente mencionados suscritos y/o ratificados por Colombia, se asimilan como preceptos constitucionales<sup>11</sup>.

Así, el Derecho al medio ambiente sano tiene un carácter progresivo, lo que supone el deber de las autoridades competentes de tomar medidas que no impliquen un retroceso injustificado frente al nivel de protección alcanzado. Como se sostiene en la sentencia de la Corte Constitucional C-443-09.

Colombia ha sido catalogado como país pionero, en el establecimiento y desarrollo de normas ambientales, desde la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974 o Código Nacional de Recursos Naturales y protección del Ambiente, el Código Sanitario Nacional en 1979 y la Ley 99 de 1993<sup>12</sup>.

Un ejemplo memorable de aplicación del Principio de no regresión fue la decisión adoptada por la Corte Constitucional de declarar inexecutable la totalidad de la Ley Forestal 1021 de 2006 mediante sentencia C / 227 de 2008. Esta, entre otras cosas, permitía al Estado renunciar a la autonomía y capacidad decisoria, al aceptar que solamente los organismos públicos nacional o regional podría establecer medidas para impedir la deforestación y tala ilegal del bosque, lo cual significaba una regresión frente al régimen anterior, "Decreto 1791 de 1996"<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> N. U. CEPAL, Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 2015, <https://www.cepal.org/es/infografias/principio-10-la-declaracion-rio-medio-ambiente-desarrollo>.

<sup>11</sup> V. SUELT-COCK, *El Bloque De Constitucionalidad como Mecanismo de Interpretación Constitucional. Aproximación a los Contenidos del Bloque en Derechos En Colombia*, Universitas, No. 132, p. 301-382, 2016, Doi: 10.11144/Javeriana.Vj133.Bcmi.

<sup>12</sup> LEGIS EDITORES S. A., *Régimen Legal del Medio Ambiente*, Legis Editores S. A., 2010. <https://www.legis.com.co/regimen-legal-del-medio-ambiente/p>.

<sup>13</sup> M. P. POSSE, *El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental Colombiano*. en: M. PRIEUR, G. SOZZO *La non regresion en droit de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2012. p. 437-452.

La Corte, estableció que la regresividad de la ley forestal 1021 de 2006 en su artículo 2º, consagraba entre principios y normas generales, las acciones para detener dicha deforestación y tala ilegal de los bosques, «así como para promover el desarrollo sostenible del sector forestal, deben ser queridos y ejecutadas de manera conjunta y coordinada entre el Estado, la sociedad civil y el sector productivo», puesto que desconocía la obligación constitucional de proteger las riquezas naturales de la Nación, la realización del saneamiento ambiental y garantía a un ambiente sano, consagrados en los artículos 8, 49, 79, 80 y 334 de la Carta<sup>14</sup>.

La aplicación del principio de no regresión a nivel nacional se ha dado en desarrollo de los derechos sociales, económicos y culturales. Empero, es aplicable también a derechos de carácter colectivo como el derecho al ambiente sano. Tal y como lo señalo la Corte Constitucional en sentencia C-443/09<sup>15</sup> por demanda de inconstitucionalidad de la ley 685 de 2001 (Código de Minas) en selección del artículo 34.

«Ahora bien, a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de no regresión, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo»<sup>16</sup>.

En el marco de la jurisdicción colombiana el principio de progresión esta blindado por los instrumentos jurídicos de protección. Sin embargo, se encuentra en entredicho la materialización efectiva del mismos<sup>17</sup>. La regresión por la pandemia COVID- 19 genero un retroceso alrededor del mundo, que supedito la humanidad a sus designios naturales, además de evidenciar falencias en la

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-443 de 2009. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas”. Actores: Daniel Manrique y Jerónimo Rodríguez Lugo. Magistrado Ponente: Dr. A SIERRA PORTO. Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

<sup>16</sup> *Ibidem*, VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTO, 4. El Principio de Progresividad y la Protección del Derecho al Medio Ambiente Sano.

<sup>17</sup> J. GARCIA AMADO (1997) Citado por M. PATIÑO en *Derecho Ambiental Colombiano*, Bogotá: Legis, 1999 p. 27

economía de los Estados<sup>18</sup>, como Colombia que, fue sometida a un retroceso a la miseria y la escasez. Ahora bien, en el marco Protocolo de San salvador menciona «hasta el máximo de los recursos disponibles»<sup>19</sup>. Lo que puede someter, con grado de certeza el derecho a un ambiente Sano de carácter colectivo a una disyuntiva con las necesidades económicas latentes en la actualidad que profundizaremos en los próximos apartes.

#### *4. Racionalidad económica vs. racionalidad ecológica*

Con el fin de evitar lo que se ha considerado por algunos observadores una derrota del hombre frente a la crisis del medio ambiente, acompañada de desafíos como la pandemia del COVID-19 y de otros acontecimientos que conllevan una situación adversa a la conservación de la vida humana y al riesgo del deterioro que afronta la existencia de muchas de las especies biológicas y la conservación de los ecosistemas naturales, se ha propuesto cambiar el modelo de la explotación económica extractivista a Estados que tracen un progreso sostenible en respeto de su entorno vital que es finito.

Un medio para modificar la anterior realidad sería la implantación efectiva e inmediata del principio de no regresividad en el Derecho Ambiental. Aquí es necesario atender las voces de los ambientalistas que han venido cuestionando el modelo extractivista del desarrollo global. En el caso de América Latina la siguiente apreciación del ambientalista E Left que para alcanzar la sostenibilidad planetaria perseguida por la Agenda 2030, debe tenerse en cuenta el estado actual de cosas en los ámbitos ecológico, biológico y económico<sup>20</sup>.

Coincidimos en el hecho de que vivimos un proceso de extrema globalización, caracterizado (entre otros aspectos), por factores tales como la hiper conexión económica de los países, el cambio climático mundial y la

---

<sup>18</sup> N. U. CEPAL, *La pandemia covid-19 genero un retroceso*, [www.cepal.org. https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral](https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral).

<sup>19</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General) <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos4.htm>.

<sup>20</sup> E LEEF- SIGLO XXI (eds), *Racionalidad ambiental: la reapropiación social de la naturaleza*, Siglo XXI, México, 2004.

comunicación de las personas a través del internet y que todos estos factores han llevado a un predominio de la racionalidad económica sobre la racionalidad ecológica.

Precisamente la actual realidad ambiental no es alentadora; por el contrario, si seguimos como vamos puede producirse en corto plazo una Catástrofe Ambiental a nivel mundial; por ello O'Connor señala que en el actual mundo la economía ha sido "ecologizada" y la naturaleza ha dejado de ser un objeto del proceso de trabajo para ser codificada en términos del capital, para pasar a ser una forma de "capital natural" creando así una forma de valorización económica de la naturaleza<sup>21</sup>.

Desde una perspectiva similar Jalée opina en este sentido que junto con las formas atávicas de explotación intensiva que caracterizaron al "pillaje del tercer mundo", hoy se promueve una explotación "conservacionista" de la naturaleza. Para él; la biodiversidad aparece no sólo como una multiplicidad de formas de vida, sino como zonas de reservas de naturaleza, territorios y hábitat de esa diversidad biológica y cultural, que hoy están siendo valorizados por su riqueza genética, sus recursos ecoturísticos o su función como colectores de carbono<sup>22</sup>.

De esta manera, afirma «si en épocas pasadas por ejemplo se construyó en América Latina, latifundios de caña de azúcar, bananos, café y algodón, el nuevo sentido de la biodiversidad para el capital está llevando a generar un nuevo tipo de latifundio, el "latifundio genético"». Y luego formula los siguientes interrogantes: «¿sobre qué criterios se ha podido restringir el valor de la biodiversidad a la de estos servicios ambientales? Y más aún, ¿bajo qué principios se pueden establecer las nuevas formas de apropiación de estas riquezas biológicas del planeta? ¿Cuáles son las bases de una nueva racionalidad ambiental alternativa?»<sup>23</sup> como zonas de reservas de naturaleza, territorios y hábitat de esa diversidad biológica y cultural. Concomitante a las causas anteriores puede mencionarse la globalización del calentamiento de la atmósfera, la contaminación generalizada de la contaminación de los mares y el aceleramiento de las migraciones por razones ambientales o de pobreza, todo lo

---

<sup>21</sup> J. O'CONNOR, "¿Es posible el capitalismo sostenible?," Papeles de población, Vol. 6, no. 24, 2000.

<sup>22</sup> J. PIERRE, *Pillaje del Tercer Mundo*, Anagrama, Barcelona, 1968. Fue uno de los máximos representantes de la llamada «escuela tercermundialista». Publicó *Le Tiers Monde*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

cual ha llevado al predominio de la señalada racionalidad económica sobre los demás procesos en formas tales que parecen eliminar la dimensión espacial y temporal de la vida. De acuerdo con la apreciación ya conocida de Left: «es esta sobre economización del mundo la que induce una homogeneización de los patrones de producción y de consumo, contra una sustentabilidad planetaria fundada en la diversidad ecológica y cultural».

Es claro entonces que la economía y el concepto mismo de desarrollo «incluyendo al desarrollo sustentable», han venido afirmando el sentido del mundo y de la vida en la producción, como lo ha venido afirmando Jalee uno de los máximos representantes de la llamada escuela tercer mundialista<sup>24</sup>. Por ello se ha sostenido que la naturaleza ha sido cosificada, desnaturalizada de su complejidad ecológica y convertida en materia prima de un proceso económico; también al sentir de Jalee «los recursos naturales se han vuelto simples objetos para la explotación del capital»<sup>25</sup>.

#### *4.1 Disyuntiva entre ambiente y economía en el marco jurisprudencial del principio de no regresión.*

Colombia es un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991<sup>26</sup>. En contexto del Principio de progresión ambiental se pueden destacar los artículos 8º que consagra la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, el 58 sobre la función ecológica de la propiedad, el 79 que establece el goce de un ambiente sano como un derecho colectivo y el deber del Estado de protegerlo y el 95, numeral 8, que corresponde al deber de toda persona de velar por la conservación de un ambiente sano<sup>27</sup>.

Seguido de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional tanto en sentencias de constitucionalidad como en las de revisión de tutelas destaca la aplicación de los artículos en mención. En la Sentencia T-411 de 1992 se categorizó el concepto de Constitución Ecológica, conformada por 34

---

<sup>24</sup> J. PIERRE, Op Cit.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> B. MARQUARDT, *La sexta Ola o era del Estado constitucional democrático, social y ambiental – ECDSA– en Iberoamérica: reconstitucionalización y pluralismo tridimensional*, *Revista Derechos en Acción*, Vol. 14, n.º 14, 2020, p. 356.

<sup>27</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en *Gaceta Constitucional*, 127, de 10.10.1991.

disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medioambiente<sup>28</sup>.

En desarrollo de este modelo de Constitución Ecológica se han producido importantes fallos en materia de progresividad ambiental como los que reconocen personería jurídica a la naturaleza y protección a ecosistemas especiales como a los Páramos, la reserva de la Amazonia, la salvaguardia de algunos ríos del país e incluso la protección a determinados animales como el polémico caso del oso de anteojos llamado “Chucho”. No obstante, también existen recurrentes sentencias, en las cuales se supedita la protección del medio ambiente a el desarrollo económico y social<sup>29</sup>.

Los jueces en las distintas categorías se encuentran en una constante disyuntiva entre la protección del medio ambiente y la economía<sup>30</sup>. Ahora bien, aunque el principio de progresión se encuentra blindado jurídicamente por tratados internacionales y normativa interna, también se enfrenta a la coyuntura generada por la pandemia COVID-19 que trae consigo una crisis multidimensional, ambiental, sanitaria, social y económica, que restringe al Estado Colombiano<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 411 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm>.

<sup>29</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 622 de 2016: reconoce como sujeto de derechos a Rio Atrato. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sentencia STC4360 2018: reconoce la Amazonia colombiana como entidad sujeta de derechos como también el Habeas Corpus del Oso Chucho en providencia AHC 4806-2017. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ en 2018, reconoce como sujeto de derechos a Páramo de Pisba. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA 2019 reconoció como sujetos de derecho a los Ríos Coello, Combeima y Cocora. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN ANTIOQUIA, 2019. Reconoce como sujeto de derechos a Rio Cauca. EL JUZGADO ÚNICO CIVIL MUNICIPAL DE LA PLATA HUILA 2019, reconoce como sujeto de derechos a Rio La Plata.

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 842 de 2013: ordena reabrir el tramo total de la vía Engativá por considerar que no hacía parte del humedal Jaboque. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Providencia STP 13124 de 2016: revalida licencia para ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales en afectación del Rio Bogotá. EL CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 25000-23-26-000-2001-02491-01(28326), de 1997: no encuentra responsabilidad de la CAR en la situación de degradación ambiental de la laguna de Fúquene. Sentencia 25000-23-27-000-2001-90479-01 Sala Contenciosa Administrativa de 2014: no se declara al río Bogotá como sujeto de derechos.

<sup>31</sup> E. M. R. PINZÓN, *Colombia: Impacto económico, social y político de la COVID-19*, Análisis Carolina, no. 24, p. 1, 2020.



El estatus de derecho humano del principio de no regresión ambiental obliga al operador jurídico a aplicar la regla hermenéutica de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental.

«La regla general es que el derecho ambiental, salvo contadas excepciones, únicamente podría ser modificado *in mellius* y nunca *in pejus*»<sup>32</sup>.

No obstante, tiene un límite y este son sus recursos disponibles de acuerdo con el artículo 1.1 del Protocolo de San Salvador<sup>33</sup> que no puede ser excusa para apartarse de los objetivos de Desarrollo Sostenible.

Colombia es un Estado rico en recursos naturales tanto renovables como no renovables, sin embargo, como Estado en Desarrollo tiene interés en la inversión nacional y extranjera de la economía, la cual necesariamente debe aplicar los parámetros y técnicas de la producción sostenible que se persigue a nivel global.

Por esto es importante conocer la normativa doméstica en progresividad ambiental para intentar asegurar el nivel de protección alcanzado. Que no haya una regresión ambiental sino por el contrario un incremento en la conciencia de la importancia del cuidado de los ecosistemas para la subsistencia humana<sup>34</sup>. Con normas que aseguren la protección del entorno vital conexas a la protección de la vida humana y la subsistencia de las generaciones presentes y futuras.

La defensa del medio ambiente es obligación del Estado, así mismo, el cumplimiento de los objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) para el 2030, que no descuida la economía, sino por el contrario, la armoniza con el contexto global que trabaja en pro de un planeta tierra sostenible<sup>35</sup>.

#### *4.2 Retos del principio de no regresión ambiental en Colombia*

Luego de haber hecho un recorrido por la normativa interna del Estado Colombiano, se puede afirmar que se encuentra a la vanguardia teórica en materia ambiental. No obstante, en la práctica, la violación de Derechos Humanos es recurrente al igual que la degradación del medio ambiente. Esto ocurre por la falta

---

<sup>32</sup> O. P. TEXEIRA, *O Direito ao Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

<sup>33</sup> Ob cit "Protocolo De San Salvador".

<sup>34</sup> M.V. BERROS, *Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*, en *J.A.*, 2011-IV, fasc. N.13, Buenos Aires, 2011.

<sup>35</sup> NACIONES UNIDAS, Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, Nac. Unidas, Vol. 1, no. 1, 2015, p. 1-88, <https://undocs.org/es/A/70/1>.

de la efectividad de las normas que pone en entredicho la materialización de los Derechos. Se necesita implementar una mejor gobernanza, si bien es cierto, que la eficiencia es un proceso jurídico complejo que necesita tanto adecuaciones institucionales, procedimientos idóneos, vigilancia administrativa, control judicial y participación de la sociedad civil es inexcusable que los compromisos queden en papel.

Los teóricos que se ocupan de la efectividad ambiental ponen esta realidad en manifiesto en la Reunión de la Corte Constitucional en la ciudad de Ibagué en el 2012.

«En el ámbito global, a pesar de la profusa regulación existente en materia medioambiental, se identifica la necesidad de impulsar la consagración y promoción del principio de no regresión ambiental. Así mismo, es preciso Corte Constitucional 9 fortalecer la relación entre cambio climático y derechos humanos mediante el diseño de políticas, planes y estrategias orientados a compatibilizar los objetivos globales que están implícitos en los derechos humanos con el carácter individual de los mismos»<sup>36</sup>.

Indudablemente las conclusiones alcanzadas en este encuentro señalan que a través del principio de no regresión del derecho ambiental, el Estado mediante una gobernanza idónea, se ve compelido a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido, sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos.

La gobernanza, es el gran reto que tiene Colombia. Es necesario que todos los actores del estado tanto administradores como administrados se coordinen para la realización y de la efectividad de los tratados multilaterales de la Agenda 30 y el Acuerdo de Escazú. Referente al último tratado en mención es necesario destacar que fue un logro la firma de Colombia en 2019. Empero, es necesaria su ratificación, para detener la injusticia ambiental y social que vive la población, en especial los defensores del ambiente cuya cifra de muertes supera

---

<sup>36</sup> M. PIER, CORTE CONSTITUCIONAL, *Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra*, Editorial. Bogotá, 2015, p. 8.

los 172 casos<sup>37</sup> y que además ha incrementado para año 2020 en el confinamiento por la COVID-19<sup>38</sup>. Tema que es digno de memorar en otro artículo.

Colombia, como miembro de las naciones unidas ratifico la Agenda 30 que aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas a través de la Resolución 70/1 de 2015<sup>39</sup>. Tratado que dio vida a los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) objeto de estudio para esta investigación.

La magnitud del problema de la ineffectividad del Derecho Ambiental debe atacarse desde la gobernanza en las múltiples esferas del Estado y la sociedad. No obstante, abordaremos la necesidad de la efectividad en la normativa ambiental a las luces de los ODS 13 y 16.

##### *5. La gobernanza ambiental colombiana y el principio de progresión*

En materia de gobernanza ambiental se han expedido reglas y se han creado instituciones para la administración, manejo y defensa de los bienes tutelados e incluso se han presentado desarrollos legales importantes en distintos países. Esta nueva sensibilidad, exige un cambio en las relaciones con la naturaleza que obedece en gran parte a la actual situación del planeta. Cobran validez las palabras de Boutros Ghali, Secretario General, en el discurso de inauguración de la Cumbre de la Tierra de Río 92, «hemos llegado a un mundo finito, en el que todos estamos inevitablemente confinados" y a que "ello significa simplemente que ya no existe la naturaleza en el sentido clásico de la expresión, sino que, de ahora en adelante, la naturaleza estará en manos de los hombres»<sup>40</sup>.

Colombia es un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991. Por esto, debe admitirse como pieza integral del principio de progresión, la Agenda 2030 que, contempla 17 Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS), que para el documento *sub examine* se tendrán en especial consideración los objetivos 13 y 16.

---

<sup>37</sup> FRONT LINE DEFENDERS, Análisis global de front line defenders, 2019, p. 4.; <https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/global-analysis-2019>.

<sup>38</sup> FRONT LINE DEFENDERS, Análisis global de front line defenders, 2020, p. 21.; <https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/global-analysis-2020>.

<sup>39</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit.

<sup>40</sup> F. RUBIO DE URQUÍA, O. PÁLLA SAGÜÉS, *La Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, Boletín económico de ICE, España, 1992, p. 31.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible, son un nuevo acuerdo ético y programático entre las naciones y las personas para hacerle frente a los desafíos de la sociedad contemporánea. Las preocupaciones globales aún están enfocadas en el lento crecimiento económico, las desigualdades sociales, las preocupaciones ambientales y el anhelo de la paz en todas sus dimensiones. Por eso era necesario una revisión de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), para avanzar en la construcción de soluciones que permitieran el bienestar universal<sup>41</sup>.

Haciendo una comparación con el Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020 y el Informe Anual de Avance en la Implementación de los ODS en Colombia 2020<sup>42</sup>. Guardando las proporciones, muestran que, antes de la pandemia de la COVID-19, los progresos continuaban siendo desiguales y no estábamos bien encauzados para cumplir con los Objetivos para el año 2030.

En Colombia se observaban algunos avances que concuerdan con el panorama global. Antes de la Emergencia Sanitaria por Decreto 417 del 17 de marzo del 2020, por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional, habían disminuido la proporción de niños y jóvenes que no asistían a la escuela, había mejorado el acceso al agua potable con una gestión segura en los sectores urbanos manteniéndose como reto en las zonas rurales<sup>43</sup>, además, estaba aumentando la representación de la mujer en las funciones directivas. Por otro lado, aumentaba el número de personas que padecían inseguridad alimentaria, el medio ambiente natural seguía deteriorándose a un ritmo alarmante y persistían los drásticos niveles de desigualdad en todas las regiones.

Ningún objetivo de desarrollo sostenible se ha librado de los efectos de la pandemia, pero aun en circunstancias normales precovid, el deterioro del ambiente continuaba en aumento y persiste así en la actualidad. El ODS 13 grita acción por el cambio climático emergente, que está en inminente riesgo, en especial en países en desarrollo como lo es Colombia. El desarrollo sostenible debe ser objeto de cuidadosa gobernanza por el Estado colombiano por cuanto, el reto de la sostenibilidad ambiental puede verse amenazado por la economía extractivista para acelerar el crecimiento, sin embargo, no debe permitirse un retroceso que afecte el entorno vital y la subsistencia humana.

---

<sup>41</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit.

<sup>42</sup> L. ALBERTO, D. GÓMEZ, A. GARCÍA, D. RÍOS, O. ROMERO, "Informe anual de avance en la implementación de los ODS en Colombia," 2020, p. 96, <https://www.ods.gov.co/es/resources>.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 28.

Las Empresas Transnacionales (ETN), tienen un enfoque globalizado y buscan maximizar sus utilidades mediante una estrategia comercial diseñada para operar mediante un conglomerado de personas jurídicas con una matriz en común. Que busca, aprovechar las ventajas comparativas que tienen los países, relacionados con costos de producción, comportamiento del consumidor, régimen tributario y normativas legales. Factores indispensables para determinar la inversión y para generar actividades a escala internacional creando filiales y sucursales<sup>44</sup> en dicho territorio<sup>45</sup>.

Las ETN sin perjuicio de reconocer el desarrollo económico y la generación de empleos en las Naciones, tienen responsabilidad local e Internacional por violaciones de derechos humanos y masacres ambientales. Hecho que ha llamado la atención de la comunidad internacional, para lo que se han llevado a cabo formulación de Tratados para evitar que esto continúe sucediendo. Sin embargo, el tema sigue siendo apocado<sup>46</sup>.

Toda vez que las ETN, son entes privados, por tanto, se encuentran sometidos al Derecho Internacional como meros Sujetos del Derecho Internacional Público. Es decir, que a excepción de la responsabilidad extraterritorial. Estas se encuentran sometidas a la legislación local de cada nación lo que implica la necesidad, de no solo tener un cuadro de Derecho Ambiental estructurado, sino que, este trascienda de manera efectiva y armónica a las otras áreas del Derecho que puedan estar encontradas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Lo anterior comporta un reto de gobernabilidad y gobernanza para el Estado Colombiano puesto que es un destino de inversión para las ETN, lo que puede ayudar a la recuperación económica, no obstante, debe haber límites legales, administrativos y judiciales que permitan el pleno desarrollo del Derecho Ambiental y no se incurra en violación del principio de no regresión ambiental, entre otros derechos humanos.

---

<sup>44</sup> Las filiales se diferencian de las sucursales porque no comparten la misma personalidad jurídica que la casa matriz.

<sup>45</sup> M. A. ACHURY RUIZ, *La violación de los DDHH, en los países en vía de desarrollo a consecuencia de las actividades de las empresas transnacionales: caso de estudio Drummond en Colombia*. Guillermo Meléndez Lizarazo Empresas Transnacionales Diplomado Intensivo de Derecho Internacional ACOLDI.

<sup>46</sup> Conferencia internacional «Empresas transnacionales y derechos humanos: caminos para su realización efectiva», 9 y 10 de noviembre de 2017.

Para esto es indispensable aumentar la inversión en sostenibilidad que a hoy es del 1% del Plan Nacional de Desarrollo de Colombia. Lo que deja en jaque la materialización de los instrumentos normativos para su debida ejecución.

Si partimos de la afirmación que, Colombia es un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho. El ultimo componente de esta definición, nos permite afirmar que la inversión del 1% en sostenibilidad es insulsa, por esto, debe ser aumentada por lo menos en un 10%, además, de acompañar el Plan Nacional de Desarrollo de manera transversal en todas sus actividades para responder a los objetivos de la Agenda 30, cuya finalidad es, la tutela de bienes jurídicos esenciales como la vida, salud y el equilibrio ecológico, a través de normas de gobernanza que busquen blindar la biodiversidad y disminuir la contaminación.

Para esto Colombia debe implementar el ODS 13, para tomar medidas urgentes que, aborden el cambio climático y sus impactos ecosistémicos. Revisando el ordenamiento jurídico, encontramos en el marco institucional la Ley 1931 de 2018 un estatuto especial para el cambio climático que, debe ser prioridad para el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, también es necesaria la aplicación efectiva de los instrumentos internacionales que comportan interés en materia, siendo prioritaria la incorporación del Acuerdo de París no solo en el derecho climático sino también en las políticas, las estrategias y la planificación nacional en la gobernanza colombiana, como también, es ineludible la Ratificación del Acuerdo de Escazú para su apremiante implementación.

Igualmente, es necesaria la inversión en un sistema judicial moderno para que el presupuesto del Plan Operativo Anual de Inversiones de la Rama Judicial no se vea reducido por la nueva virtualidad<sup>47</sup>. Sino por el contrario esta sea una herramienta para ampliar la efectividad y celeridad del sistema.

Para la correcta implementación del ODS 16 se necesita invertir en la educación de los jueces en materia ambiental, las sentencias deben ser dictadas por jueces independientes, proactivos, con amplios poderes y conocimientos especializados en la materia ambiental<sup>48</sup>; descongestionar los despachos para que

---

<sup>47</sup> J. BLANQUICET, *Los desafíos de la justicia en Colombia ante la virtualidad*, El Heraldo, 2021, <https://www.elheraldo.co/judicial/los-desafios-de-la-justicia-en-colombia-ante-la-virtualidad-793137>.

<sup>48</sup> M. P. CHACÓN, “*Decisiones judiciales efectivas en materia ambiental effective judicial decisions in environmental matters*”, *Rev. científica Monfragüe*, Vol 11, 2020, p. 6.

la justicia sea real y efectiva. así reducir sustancialmente todas las formas de violencia y trabajar con los gobiernos, las comunidades para encontrar soluciones duraderas a los conflictos e inseguridades por los que atraviesa Colombia, reforzados por la Emergencia Sanitaria ocasionada por la Covid-19.

Colombia debe continuar trabajando en la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, garantizar el acceso a la justicia para todos y establecer instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todas las ramas del poder público del Estado.

Ratificar el acuerdo de Escazú para garantizar el acceso a la Información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, además de establecer tribunales y hacer nombramiento de fiscales especializados en medio ambiente.

Reducir significativamente la corrupción y el soborno en todas sus formas, reduciendo los gastos de funcionamiento y afianzando la existencia de legislación para combatir la corrupción y el blanqueo de dinero. Mediante el establecimiento de instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles para la protección del medio ambiente y el control de la contaminación.

Finalmente promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias que prevea recursos y mecanismos para la recopilación de quejas y reclamos que, cuente con el restablecimiento real de los derechos de los administrados, promoviendo la aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos y medio ambiente para la implementación cierta de los ODS.

### *5.1 Los indicadores jurídicos como propuesta de gobernanza para la efectividad*

Los indicadores jurídicos son una propuesta de gobernanza para Colombia. La postulación académica del autor Michel Prier entiende que, la existencia de indicadores jurídicos como una fuente de información para tomar mejores decisiones en prioritaria, que si bien, no tiene el rigor de tener un efecto jurídicamente vinculante, sean estos afectos a la toma de decisiones gubernamentales.

*«Nous considérons que l'existence d'indicateurs juridiques devrait permettre à l'avenir de remettre le droit à sa juste place comme un des facteurs*

*essentiels conditionnant nécessairement les résultats de la politique environnementale»<sup>49</sup>.*

No se trata, de abogar por la gobernanza numérica o la creencia ciega en los méritos de la evaluación comparativa de los balances aplicados a la ley. Esto apunta, a permitir la restauración del derecho en el futuro como uno de los factores esenciales que condicionan los resultados de la política ambiental que debe ser efectiva y progresiva. El autor Michel Prier, estudia la efectividad ambiental en países en desarrollo como Benin, Camerún, Madagascar y Túnez que del 2017 al 2021 han tenido un progreso considerable en la implementación de los ODS.

Desde 2012, la Fundación Alemana Bertelsmann Stiftung y la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible (SDSN) adscrita a la Universidad de Columbia, Nueva York han estado desarrollando una metodología para clasificar a los estados en la implementación de los ODS.

Esta clasificación se basa en una escala cualitativa del 0 al 100. Los autores aplican 99 indicadores en 157 estados para ayudar a los responsables de la toma de decisiones a identificar las prioridades de acción para alcanzar las metas de los ODS<sup>50</sup>.

Así entonces, en 2017 solo se analizaron 157 países de los Estados parte de las Naciones Unidas. Túnez ocupaba el puesto 65 del mundo, con una calificación de 68,7; Camerún, ubicado en el puesto 130 del mundo, con una calificación de 52,8, Benín, en el puesto 142 del mundo, con 49,5 y Madagascar, en el puesto 153 del mundo, con 43,5.

Colombia hace parte de este estudio, en 2017 se encontraba superando el país de Túnez, con una calificación de 70,05. A hoy 2021, Túnez ocupaba el puesto 60 del mundo, con una calificación de 71.44 encontrándose por encima de Colombia que se ubica en el puesto 68 del mundo, con una calificación de 70.56.

Para la Evaluación de la eficacia del derecho nacional colombiano, es apremiante la implementación de los indicadores jurídicos, siendo indispensable, seleccionar los temas prioritarios de la nación que, a observancia de lo investigado se pueden concretar en seis áreas de evaluación práctica como lo son: los principios generales, las leyes y la jurisprudencia, el medio ambiente en la

---

<sup>49</sup> M. PRIEUR, *Les indicateurs juridiques Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*. Quebec: Instituto de la Francofonía para el Desarrollo Sostenible (IFDD), 2018, p.2.

<sup>50</sup> Sustainable Development Solutions Network, <<http://www.unsdsn.org>>.



Constitución, el derecho a la información, el derecho a la participación pública, el acceso a la justicia ambiental y el sub examine principio de no regresión.

Ahora bien, es preciso afirmar que en Colombia no existen indicadores jurídicos en el marco institucional colombiano, la nación cuenta con indicadores estadísticos, contables y de gestión ambiental en cabeza del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM). También con los Informes de Gestión Anual que presenta el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

No obstante, en el Derecho Internacional Ambiental, el tema de los indicadores jurídico se encuentre en Desarrollo. El Sistema de Cuentas Ambientales y Económicas (SCAE) en su versión 2012 en cual Colombia actuó como miembros del Comité de Expertos para América latina, no se incluyeron los indicadores jurídicos<sup>51</sup>. Existe, la disputa de la difícil amortización y aplicación a escala global.

Sin embargo, para el 2020 la reciente obra “Los Indicadores de Gobernanza Ambiental para América Latina y el Caribe (IGA)”<sup>52</sup>, nos demuestra que es posible abordar los indicadores jurídicos desde una perspectiva regional, este proyecto representa el primer esfuerzo realizado para abordar este desafío mediante la medición del funcionamiento de la gobernanza ambiental en la práctica en diez países de la región entre los que se encuentra Colombia.

Los IGA proporcionan datos nuevos organizados en torno a 11 indicadores primarios de gobernanza ambiental para cada país<sup>53</sup>. Que debería empezar a ser usados para la Gobernanza doméstica, empero, el estado colombiano está en el deber de introducir estos indicadores y crear unos más precisos que sean vinculados al Ordenamiento Jurídico Nacional que, apropien a los administrados de las políticas y el derecho, al menos en lo que respecta a la legislación medioambiental, cuya armonización se ve facilitada por ser un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho.

---

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> M. VIZEU PINHEIRO, L. ROJAS SÁNCHEZ, S. C. LONG, A. PONCE, *Los Indicadores de Gobernanza Ambiental para América Latina y el Caribe (IGA)*: Washington: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2020.

<sup>53</sup> *Ibidem*. 1) Regulación y cumplimiento; 2) Participación ciudadana; 3) Derechos fundamentales ambientales y sociales; 4) Acceso y calidad de la justicia; 5) Calidad del aire y clima; 6) Recursos y calidad del agua; 7) Biodiversidad; 8) Bosques; 9) Océanos, mares y recursos marinos; 10) Gestión de residuos; y 11) Extracción y minería.

Colombia puede ser objeto de estudio para la gobernanza ambiental mediante la postulación prometedora de los indicadores jurídicos, no obstante, es necesaria la inversión estatal para la elaboración de un proyecto serio, objeto una nueva investigación.

### 6. Conclusión

Luego de explorar el principio de no regresión ambiental en ordenamiento jurídico colombiano, en la normativa foránea y doméstica, resolver para el caso en examen la pugna entre economía y sostenibilidad *ex ante* y *ex post* pandemia COVID-19, en contexto de los lineamientos internacionales para la gobernanza efectiva de la agenda 2030 en los principios 13 y 16 podemos dar respuesta a nuestro interrogante.

¿En el marco jurídico de Colombia, país rico en diversidad ecosistémica, pero en vía de desarrollo y dependiente de la inversión extranjera, es plausible la gobernanza del principio de no regresión ambiental al nivel legislativo, administrativo y judicial que responda de manera efectiva a la crisis multidimensional ambiental, sanitaria, social y económica, ocasionada por la pandemia COVID- 19 en cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible 13 y 16 presentes en la Agenda 2030?

Podemos concluir que Colombia es un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, que cuenta con un bloque de constitucionalidad que permite la aplicación de tratados internacionales en la jurisdicción interna, como el protocolo de san salvador que, permite el desarrollo del principio de no regresión como derecho humano de carácter colectivo al amparo del reconocimiento de la Corte constitucional, no obstante, la materialización efectiva del mismo se encuentra en entredicho.

En la consulta de los fallos revisados, se puede afirmar que los jueces en las distintas categorías se encuentran en un constante dilema entre la protección del medio ambiente y la economía. Para países en desarrollo como Colombia, es necesaria la inversión extranjera que es potencialmente extractivista en manos de las empresas transnacionales que buscan legislaciones cómodas que representen una ventaja competitiva en el mercado. Esto representa un reto para la normativa doméstica que debe identificar vacíos legales en el ordenamiento jurídico y asegurar el nivel de protección alcanzado en materia ambiental.

La economía colombiana necesita una recuperación, empero, la defensa del medio ambiente no puede ser apocado puesto que también es una obligación ineludible del Estado. Esta pugna es resuelta por los ODS, donde confluyen los Derechos Humanos, el cuidado progresivo del ambiente, armonizando la economía con el contexto global para alcanzar la sostenibilidad planetaria perseguida por la Agenda 2030.

Es importante aplicar efectivamente los Objetivos de Desarrollo Sostenible, no obstante, se examinaron los ODS 13 y 16 que, se encuentran en incumplimiento *ex ante* de la pandemia COVID-19 y que pueden continuar amenazados por la inobservancia del Estado Colombiano *ex post* de la crisis multidimensional ambiental, sanitaria, social y económica latente.

El ODS 13, se ve amenazado por la baja inversión en sostenibilidad que equivale el 1% del Plan Nacional de Desarrollo de Colombia que debe aumentar por lo menos a un 10%, además de acompañar dicho plan de gobierno de manera transversal en todas sus actividades para responder a los objetivos de la Agenda 30, cuyo objetivo final, es la tutela de bienes jurídicos esenciales como la vida, salud y el equilibrio ecológico, a través de normas de gobernanza que busquen blindar la biodiversidad y disminuir la contaminación.

El ODS 16 también necesita de una inversión considerable en el sistema judicial colombiano que, involucre la educación de los jueces y fiscales en materia ambiental para con esto tener fallos más céleres, independientes, proactivos, con amplios poderes y conocimientos especializados, para descongestionar los despachos, reducir sustancialmente todas las formas de violencia y trabajar con los gobiernos para alcanzar una justicia real, duradera y efectiva.

Por lo que es necesario un cambio de paradigma en la Gobernanza nacional compelida a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando una labor conjunta del estado con la sociedad civil.

Estos anhelos se han concretado en la propuesta del profesor Michel Prieur que, plantea la teoría de los indicadores jurídicos a la luz de los Objetivos de Desarrollo Sostenible como una alternativa que cumple con el respeto al principio de progresividad ambiental, además es pensado desde la efectividad ambiental prioridad para el marco institucional, gubernamental, legislativo y judicial del Estado Colombiano.

**ABSTRACT**

Miguel Patiño Posse, Ada Valentina Gaviria Erazo - *El principio de non regressión: la necesidad de proyección de los ods como política ambiental efectiva en Colombia*

Mediante un recuento histórico del principio de no regresión ambiental en el Derecho Internacional y el Derecho Colombiano, se aborda la importancia de la aplicación de este principio en el marco normativo del estado *sub examine* de acuerdo con los tratados firmados y ratificados por dicho Estado. Resaltando los Objetivos de Desarrollo Sostenible como instrumento *sine qua non* para la gobernanza doméstica. También se aborda como objeto de estudio, la disyuntiva de sostenibilidad vs la economía extractivista a la luz de la Pandemia COVID- 19 que causo un atraso multidimensional que exige una respuesta de recuperación ambiental, sanitaria, social y económica que aplique el principio de no regresión y que además sea efectivo a la luz de los ODS.

**PALABRAS CLAVE:** *Principio de no regresión ambiental en Colombia; Objetivos de desarrollo sostenible; efectividad ambiental; gobernanza con indicadores jurídicos; racionalidad económica; racionalidad ecológica.*

Miguel Patiño Posse, Ada Valentina Gaviria Erazo – *The principle of non-regression: the need for projection of the SDGs as an effective environmental policy in Colombia*

Through a historical account of the principle of environmental non-regression in International Law and Colombian Law, the importance of the application of this principle in the regulatory framework of the *sub-examine* State is addressed in accordance with the treaties signed and ratified by said Condition. Highlight the Sustainable Development Goals as a *sine qua non* instrument for national governance. It is also addressed as an object of study,

the dilemma of sustainability vs the extractive economy in light of the COVID-19 Pandemic that caused a multidimensional delay that requires an environmental, health, social and economic recovery response that applies the principle of no - regression and which is also effective in light of the SDGs.

**KEYWORDS:** *Principle of environmental non-regression in Colombia; Sustainable Development Goals SDG; environmental effectiveness; Governance with legal indicators; economic rationality; ecological rationality.*

**RICARDO GOROSITO ZULUAGA\***

***El Principio de no regresión en el Derecho Ambiental en Uruguay.  
Antígona en el S. XXI***

**INDICE:** I. *En torno a la fundamentación dogmática del nivel de protección alcanzado como logro civilizatorio pétreo y de la progresividad necesaria de la tutela en el Derecho Ambiental.* – 1. *Consideraciones preliminares sobre el sentido cultural progresivo de lo pétreo como nivel civilizatorio acumulado en el Derecho.* – 2. *El Derecho Ambiental como Derecho Natural: la juridización del Ecosistema incluyente del Proyecto humano y la Ecologización del Derecho.* – II. *Principios de No Regresión y Progresividad. Generalidades.* – 3. *Principios de No Regresión y Progresividad. Conceptos básicos.* – 4. *Esencial interrelación entre ambos principios.* – 5. *No regresión y Progresividad, Derechos Humanos y Estado Ambiental de Derecho.* – 6. *Principios de No regresión y Progresividad en la Dogmática Constitucional uruguaya: rol del artículo 72 de la Carta. Los principios como garantías.* – 7. *La recepción de estos principios a nivel legislativo. Límites a su aplicación.* – 8. *Reflexiones abiertas.*

*I. En torno a la fundamentación dogmática del nivel de protección alcanzado como logro civilizatorio pétreo y de la progresividad necesaria de la tutela en el Derecho Ambiental*

*1. Consideraciones preliminares sobre el sentido cultural progresivo de lo pétreo como nivel civilizatorio acumulado en el Derecho*

La historicidad del Derecho revela que los grandes cambios que generan avances, en términos de condiciones y formas generales de la vida, transforman las ideas fuerza que los fundamentan y promueven, en vigencias de unas generaciones y un tiempo, que afectan las concepciones del mundo y de la vida. Esas vigencias son peldaños o escalones que se incorporan y suman al legado cultural progresivo que se proyecta al futuro, y seguramente en el círculo de

---

\* Corresponsal Nacional de CIDCE en Uruguay. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Adscripto de Ciencia Política titulado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Profesor Titular de Derecho Ambiental y Ciencia Política en la Universidad Católica del Uruguay. Presidente del Instituto de Formación y Estudio de los Gobiernos Subnacionales de Uruguay. Email: [ricardo.gorosito@gmail.com](mailto:ricardo.gorosito@gmail.com)

validez de la cultura occidental, expresan valores sobre los que no se vuelve atrás. Adquieren la fijeza de lo pétreo. Y sin embargo, sobre esas “piedras” previas, lo más desafiante y estimulante para los juristas de todo tiempo, y más de aquellos marcados por las grandes crisis que suponen discontinuidades significativas en los procesos sociales, generan épocas nuevas y alumbran Paradigmas nuevos, es edificar sobre esos fundamentos, la incabada superestructura jurídico política, construcción dinamizada por las tensiones entre formas institucionales y contenidos valorativos. Y así, en cuanto síntesis entre conservación de lo logrado y cambio para alcanzar los nuevos horizontes, contra las apariencias, el Derecho es profundamente dinámico, tanto como la Historia, en lo que a sus contenidos, valores y mandatos se refiere. Sin embargo, las formas y los procedimientos, como elementos de la estructura de dominación de las sociedades, tienen siempre otra cadencia que lleva a las permanencias dilatadas en centurias. Además, la quididad de lo jurídico, en la medida que se resume en la condición de norma conductual bilateral y eventualmente coactiva, dictada para efectivizar el control social o ajuste de las conductas individuales regulatorias de la convivencia<sup>1</sup>, ostenta una universalidad absoluta, que se integra como un elemento permanente del vivir socio cultural de la especie humana. Esta forma que adquiere la especie normativa que llamamos jurídica es, por tanto, permanente. Con razón ha podido sostenerse en la doctrina que el Derecho siempre es forma, determinación exterior o requisitos externos de una materialidad o contenido mandatorio.

Esta tensión entre forma y materia o contenido<sup>2</sup>, ha ambientado la búsqueda de una configuración de los ordenamientos en que el contenido alcanzara la fijeza de la forma. Un sentido que fuera dado al Ordenamiento por una voluntad cuya sapiencia o ajuste a la verdad, a la Justicia o a la Naturaleza de la cosas lo pusiera a salvo de las marchas y contramarchas de la experiencia. Ello es un imposible como la Historia lo demuestra. Seguramente por eso, Stammler acuñó su idea de un Derecho Natural de contenido variable y Renard de un “Derecho Natural de contenido progresivo”. Sin embargo, en la fenomenología jurídica, hay unas dimensiones ancestrales del Derecho, como ente cultural, que

---

<sup>1</sup> Cfr. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Introducción al Derecho*, FCU, Montevideo, 1981, pág. 26.

<sup>2</sup> La sociología iluminó científicamente, desde mediados del S XIX, como la evolución histórica de las sociedades se explica en gran medida por el valor disolvente y consecuentemente, reorganizador que debe atribuirse a esa tensión agonal entre forma institucional y contenidos: receptores de los cambios en las ideas políticas, los contenidos, hijos de la entraña histórica contradictoria y a menudo violenta, van pugnando por el cambio normativo y horadando, en realidad actualizando, la estructura institucional y formal.

alcanzan la permanencia e insensibilidad de la piedra. Todo sistema de Derecho, bajo el cual vive una generación de hombres, es un legado de generaciones anteriores en la mayoría de las reglas que lo componen. Como obra, esto es, como conjunto de normas expresadas por la palabra hablada de la boca o por escrito, es obra de los muertos<sup>3</sup> y está en la herencia cultural de los pueblos. Hay por tanto un quid de inevitable contradicción entre Derecho y Vida, un conflicto entre las normas puestas (positivizadas) por las generaciones pasadas y las necesidades de las generaciones presentes y futuras. El campo más inmediato de ese conflicto, como se expresó antes, es el contenido dispositivo, la materia de los mandatos y los valores que las informan, aunque también los aspectos orgánicos y procedimentales, pero estos se relacionan más con los cambios políticos institucionales. Y en la larga evolución de la cultura, más allá de esa esencial conflictividad, el orden estable, ha sido la más importante contribución que las instituciones jurídicas han hecho a la vida social, sin perjuicio de que la Humanidad suele celebrar como grandes fastos los días de las revoluciones, que han sido breves comparados con el cotidiano y rutinario fluir de las conductas regidas por el Derecho, recludas a la repetición de los hechos y actos de la vida social, en lo doméstico o en lo político, sin la resonancia de las epopeyas de cambio en el Poder. Es, precisamente, esta condición de paz social cotidiana, derivada del Orden, unida a la previsibilidad y anticipación de las conductas recíprocas, la obvia respuesta a la primaria pregunta de «¿Por qué y para qué existe el conjunto de normas jurídicas positivas?»<sup>4</sup> Y es también una búsqueda constante de la Humanidad, cuando a estas finalidades primarias, une el ideal de Justicia que es el aspecto que liga la construcción del Orden, como legado del pasado a las respuestas exigidas por el presente y el futuro. El Derecho es como Jano: por el Orden y la Seguridad afirma la herencia regulatoria, las reglas heredadas del pasado; por la Justicia se proyecta hacia el futuro; por la necesidad de Orden está ligada a las generaciones pasadas; por la necesidad de Justicia, se vincula a las luchas de la Humanidad del Presente y el Futuro por más que, también regularmente el Derecho se ha expresado – en todo tiempo y lugar en Occidente - en pronunciamientos declarativos de pretensión intemporal.

---

<sup>3</sup> Esta circunstancia afecta obviamente a la literalidad o materialidad de los mandatos y textos. No a su “lectura interpretativa” para la aplicación, que siempre está incidida por los contextos históricos dinámicos. La estabilidad está en el ámbito de validez del significante; la variabilidad en el significado.

<sup>4</sup> Cfr. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Introducción al Derecho*, cit., pág. 34.



Limitándonos a nuestra Cultura Judeocristiana y grecolatina, en tiempos del Patriarca Moisés, Dios mismo, escribió Su Ley en piedra y la entregó a su Pontífice, conductor del Pueblo, y ello ocurrió mucho antes que en Roma se escribieran, primero en madera y luego en bronce, las leyes de los Decenviros. Ya el mundo griego transfigura conceptualmente la validez del mandato desligándola de la materialidad del continente o soporte, la funda en la perpetuidad del contenido y sitúa, cuando Sófocles lleva la tragedia griega a la cúspide, con su Antígona, en la interioridad de la razón humana la sede de las «*leyes no escritas e inquebrantables de los dioses.... que no son de hoy ni de ayer, viven siempre y nadie sabe cuándo aparecieron*», y que fueron impresas allí por la Naturaleza.

Nada más inmutable e imperecedero que un Derecho de la Naturaleza, un Derecho Natural, surgido de la naturaleza de las cosas, que la Humanidad se limita a descubrir, a comprobar, a constatar, tal como lo proclamó Antígona ante el tirano y lo difundirá, después, la filosofía estoica.

Del fondo de la Historia nos viene el legado del Derecho como pilar institucional de la sociedad humana sobre el cual se construye el orden social, con la estabilidad como gran matriz de la previsibilidad. Y ello tal vez sea así porque la fuente de normas jurídicas de más dilatada vigencia ha sido la costumbre<sup>5</sup>, cuyas notas tipificantes requieren el *usus inveteratus*. Esa ansia de la estabilidad del Orden, presencia fuerte de las generaciones pasadas sobre las conductas del presente, no es, sin embargo, salvo en sociedades aisladas y cerradas, suficiente para contrarrestar las tensiones de cambio que la materialidad jurídica, dinamizada en torno a la constantemente cambiante idea de Justicia, sufre en la experiencia social.

La antropología jurídica contemporánea, al profundizar en el carácter cultural esencial del Derecho, reafirma esta nota de estabilidad y pertenencia a larga duración de la juridicidad ordenadora de conductas sociales, al vincular el Derecho al lenguaje, al entender al Derecho como en el ámbito de la cultura occidental como un lenguaje, algo construido y legado a las nuevas generaciones por las anteriores; en esencia un conjunto de reglas que actualizan algo tan

---

<sup>5</sup> No en vano en el Código de Justiniano (Libro VIII, Título LIII), se lee: Ley Primera: «*Consuetudo precedens et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est*» (Hay que guardar la Costumbre y la razón que la dictó) y Ley Tercera: «*Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur*» (La Costumbre aprobada de antiguo y tenazmente observada, se asemeja a las mismas leyes). (Cfr. G. CABANELLAS, *Repertorio Jurídico*, Ed Heliasta. Bs.As., 1976, pág.8).

antiguo en los agregados humanos como el control social<sup>6</sup>. Esta faceta pétrea del Derecho, que hace básicamente a lo formal y que, como afirmábamos, está en tensión contradictoria con los requerimientos dinámicos de la vida social, relativos a la materialidad, opera, al igual que el lenguaje, como un legado de valor. Como producto civilizatorio, el Derecho en su conjunto y cada una de sus disciplinas y ramas, en cada tiempo histórico, proclama y resume, sus bases dogmáticas y principiológicas, en hitos históricos que van pautando la evolución de la conciencia jurídica de la Humanidad. Por más nuevo que el Derecho Ambiental sea, está cursando ese proceso ancestral, está formalizando el legado de progreso que su propia existencia significa. Un legado que replantea la propia relación del Hombre, la Humanidad, el Proyecto Humano con la Casa Común y para ello, retoma un bien de valor inestimable que está en el acervo heredado: aquella idea de Antígona de que hay una legalidad que viene de la Naturaleza. Esa legalidad se conoce hoy por la Ciencia, para lo cual la Humanidad hubo de evolucionar, siguiendo el esquema comtiano<sup>7</sup>, desde el estado religioso al metafísico y de este al estado positivo o científico<sup>8</sup>. Con razón el gran jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga afirmó, en un aserto de alto valor filosófico, que por esta vía de asumir las tensiones fructíferas entre estabilidad y cambio, entre seguridad y Justicia, reveladas en la temporalidad histórica, se obtiene «...la conciliación entre el enfoque positivista y el jus-naturalista»<sup>9</sup>. Esta conciliación es particularmente potenciada por el cambio de Paradigma, por la emergencia del Paradigma Holístico Ambiental, fenómeno que ha sido viable y pudo darse por, y nutrirse de, los trascendentes cambios en los fundamentos de producción del conocimiento en nuestros tiempo, fundamentos fácticos, epistemológicos, culturales, tecnetrónicos o tecnotrónicos, políticos y jurídicos. Al superar el reduccionismo, la segmentación y el “especialismo”, propio del

---

<sup>6</sup> A. SUPLOT, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del Derecho*, Editorial Siglo XXI, Argentina 2012.

<sup>7</sup> Referido aquí al sólo efecto de sintetizar las grandes líneas del sentido del proceso experimentado por el Espíritu Humano y por cada rama del conocimiento.

<sup>8</sup> Estado o estadio que Comte juzga definitivo ya que en él, el Espíritu Humano «...reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y del destino del Universo y a conocer las causas últimas de los fenómenos, para dedicarse a descubrir, con el uso combinado del razonamiento y la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y similitud....». *Curso de filosofía positiva. Lección Primera*. Aguilar. Buenos Aires, 1973, págs. 34-36.

<sup>9</sup> E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Introducción al Derecho*, cit., pág. 36.

Paradigma Mecánico<sup>10</sup> de la Modernidad europeocéntrica, el Paradigma Holístico amplía ya definitivamente la dirección y el sentido de la fuerza inmanente del desarrollo del Orden Jurídico hacia el horizonte de «creciente realización de la Justicia»<sup>11</sup>, que proyecta ahora su mandamiento intrínseco («dar a cada uno lo que le corresponde») de la humano hacia todo lo viviente, en cuanto el TODO está regido por las leyes de la VIDA procurando la viabilidad a largo plazo del Proyecto Humano al reintegrarlo al Ecosistema Global. Conociendo y comprendiendo por la ciencia, producida bajo la égida del Paradigma Holístico y regida por la prudencia solidaria, los procesos ecológicos y los sistemas esenciales para supervivencia y diversidad de las formas de vida, la idea de justicia, que es inescindible de la idea de Derecho, se constituye en una Justicia Ambiental que refleja y legitima, las condiciones de armonía entre la Sociedad Humana y la Naturaleza<sup>12</sup>. En esos procesos naturales a los cuales se reintegra el Proyecto Humano y en la vida en armonía, hay un valor intrínseco que impone umbrales intangibles de obligada protección jurídica. Son contenidos inmodificables que asumidos por el Derecho, informan la idea de Justicia que hoy confiere toda su dignidad al Proyecto Humano. La ciencia del estado positivo del gran Comte, abre la puerta que mantenía disociados el Mundo Natural y el Mundo Cultural. La ecologización del Derecho en general y la juridificación del Ecosistema desde el Proyecto Humano que culmina hoy en el Derecho Ambiental, supone umbrales de equilibrios, niveles de protección y calidad de conservación y desarrollo de naturaleza pétrea a todo efecto generacional humano. El Derecho Ambiental actualiza, bajo la luz de la ciencia, la antigua idea de un Derecho Natural que la razón descubre. Un Derecho que por ser natural, refleja una legalidad objetivamente configurada en el funcionamiento adecuado de los sistemas naturales, comprendidos los componentes culturales propios del vivir de la especie humana, teleológicamente dirigido a hacer posible el mantenimiento de la vida planetaria y del Proyecto Humano en ella. Por el conocimiento que deriva de la ciencia, enmarcada en una conciencia

---

<sup>10</sup> Ver al respecto, in extenso, M. J. MAGARIÑOS DE MELLO, (Editado y Ordenado por R. GOROSITO ZULUAGA), *Medio Ambiente y Sociedad*, FCU. Montevideo, 2005, págs. 47 y ss.

<sup>11</sup> ID.

<sup>12</sup> Aquí estamos empleando el término Justicia, según la definición que, para alguna de sus acepciones (ética y jurídica) aporta Couture en su Vocabulario: «1.- En sentido ético: virtud consistente en la disposición constante del ánimo de dar a cada uno lo que le corresponde. 2.- En sentido jurídico: valor que indica el orden jurídico establecido y que éste mediante sus preceptos, tiende a realizar...». E. J. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*, Ed. BdF. Bs. As., 2018, pág. 459.

progresivamente biosférica y empática, se va consolidando la visión paradigmática holística, generadora de una “política biosférica”, progresivamente distanciada del belicismo implícito de la geopolítica de los “recursos naturales”, propio de los últimos 200 años. Política biosférica que hoy preanuncia, contiene en sí y progresivamente despliega, los embriones de un Derecho que se ecologiza y que va conformando una gobernabilidad, impuesta por la cooperación global ya no como mera opción estratégica sino como necesidad de sobrevivencia, y basada en «...la idea de que la Tierra es igual que un organismo vivo conformado por una serie de relaciones interdependientes y de que todos nosotros sobreviviremos administrando y cuidando las comunidades más amplias de las que formamos parte»<sup>13</sup>. En lo institucional y en lo normativo, gobernar consiste ya y consistirá con más urgencia aún en los tiempos futuros acercar las superestructuras jurídico políticas al funcionamiento de la infraestructura de la vida, los sistemas políticos normativos a los sistemas naturales.

Todos los principios del Derecho Ambiental, pero en especial, los de progresividad y no regresión, mutuamente inferidos uno en el otro, son poderosos instrumentos para la construcción del Gobierno Planetario. Son también, y mucho más inmediatamente, garantías de protección de los derechos y valores o bienes fundamentales y potentes efectores del cumplimiento del Sistema Normativo Ambiental.

## *2. El Derecho Ambiental como Derecho Natural: la juridización del Ecosistema incluyente del Proyecto humano y la Ecologización del Derecho*

La persistente especulación sobre lo jurídico intemporal estable, se confundió, entonces, con la búsqueda del Derecho Natural<sup>14</sup>, lo que desde hace unas décadas converge con la construcción del Derecho Ambiental como un Derecho Natural<sup>15</sup> dependiente de, o basado en, el conocimiento científico y en

---

<sup>13</sup> J. RIFKIN, *La Civilización Empática*, Paidós, Madrid, 2010, pág. 605.

<sup>14</sup> Ya fuera derivado del Logos, ya de la ratio divina, ya del racionalismo moderno mecanicista-contractualista o ya de la racionalidad empática holística ecológica o ecosistémica, según los tiempos.

<sup>15</sup> Puede también afirmarse que es un Derecho Natural, en nuestro tiempo, por los especiales contextos de tecnología de la información y de instrumental científico para producir conocimiento verificable del funcionamiento de los ecosistemas naturales y culturales, que nutren el contenido de los mandatos, principios y directivas. Es el estadio superior del buscado Derecho Natural. En los paradigmas previos, desde la Antigüedad, las normas que se entendían constituían el Derecho Natural eran proyecciones religiosas o éticas, construidas culturalmente por la Humanidad sobre la

el activismo de las cosas que permite la mutua participación del hombre (o del mundo del Hombre o del Proyecto Humano) en el Ecosistema Natural y del Ecosistema Natural en el Mundo cultural Humano.

La perspectiva histórica revela, como una vigencia fáctica en la construcción occidental de la Cultura Jurídica, la persistencia de la búsqueda, tanto en la especulación doctrinaria como en el orden normativo, de una legalidad que está en el orden natural de las cosas, tanto de las materiales como de las relaciones interhumanas. Esa legalidad puede tener por fundamento y derivar, según tiempos y lugares del Logos<sup>16</sup>, de la ratio divina<sup>17</sup>, del racionalismo moderno mecanicista-contractualista o de la racionalidad empática holística ecológica o ecosistémica. Esa legalidad “natural” que la razón humana descubre y que es intuida por los animales<sup>18</sup>, se formula en el lenguaje de los hombres en aforismos, axiomas, postulados, principios y mandatos, que si en el origen se

---

naturaleza de las cosas del Mundo. Actualmente, el proceso se invierte y la regulación jurídica se proyecta desde los sistemas naturales y culturales hacia el Derecho que los asume y los juridiza. Son los ecosistemas los que informan acerca de sus aspectos cuantitativos y cualitativos, de sus procesos, equilibrios, regularidades, desequilibrios y desorganizaciones. La diferente generación de las reglas consideradas de Derecho Natural bajo las visiones religiosas, metafísicas o mecanicistas, explican seguramente la enorme generalidad de sus enunciaciones como mandatos de conducta, generalidad que les aseguraba su eternidad como ansiado fin. Bajo el Paradigma Holístico, en que las normas reflejan los sistemas naturales con mediación de la ciencia, los mandatos son de gran especificidad y de alta variabilidad en función de los cambios en el conocimiento obtenido con las mejores técnicas y metodologías disponibles. Otra convergencia hay que hace del Derecho Ambiental un mecanismo de realización de objetivos e ideas o doctrinas, expuestas de larga data en la teoría general del Derecho u otras ramas: aquí la convergencia sería con el Derecho Natural de contenido variable de Stammler o con el Derecho Natural de contenido progresivo de Renard, antes ya mencionados. Cfr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, op. cit., pág 31.

<sup>16</sup> Aquí lo usamos en un sentido muy general tal como se lee en el *Diccionario de Filosofía* de la Editorial Grijalbo, Barcelona- Mexico, 1969, Editado por Dagobert D. Runes, pág.238: palabra que viene del griego λόγος, «Término que designa la razón...En su sentido más importante en filosofía, se refiere a la razón cósmica que da orden e inteligibilidad al mundo. En este sentido, la doctrina aparece por vez primera en Heráclito, que afirmó la realidad de un Logos análogo a la razón humana, que regulaba todos los procesos físicos y era la fuente de todas las leyes humanas».

<sup>17</sup> Nos referimos tanto a la versión del Derecho Natural de San Agustín (La ley Eterna es «*ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vitans*» Razón o Voluntad Divina que nos manda observar el orden natural y nos prohíbe perturbarlo), como de Santo Tomás de Aquino (participación en la ley Eterna que no es otra cosa que la Razón Divina que gobierna el Mundo, participación por la razón que es lo más específico de la esencia humana y que distingue la situación del hombre respecto de los animales irracionales, que también participan pero «por un principio inmanente inconsciente»). Ver J. M. AYALA MARTÍNEZ, *El Derecho Natural Antiguo y Medieval. Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, (2003), págs. 377-386.

<sup>18</sup> A Ulpiano pertenece la impresionante afirmación de que el Derecho Natural es aquel «que la Naturaleza enseñó a todos los animales». Cfr. M. PEREIRA GARMENDIA y R. VELAZCO, *Diccionario del Latín Jurídico*. BdF, Bs. As., 2018, pág. 382.

formularon de manera mágica, religiosa o poética y dramática, fue rápidamente formalizada por el genio jurídico pragmático de Roma en preceptos regulatorios de universal validez y que alcanzaron, incluso, una marcada concreción dispositiva y una vigencia pétreo a todos los efectos: *Alterum non laedere*<sup>19</sup>; *Mare et per hoc litora maris, naturale iure omnium communia sunt*<sup>20</sup>; *Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentum incommoda*<sup>21</sup>; *Jure naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur*<sup>22</sup>; *Naturalia jura civilis ratio perimere non potest*<sup>23</sup>; *Legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est juris civilis*<sup>24</sup>; *Naturali juri consuetudine derogari non potest*<sup>25</sup>.

El genio latino racionalizó y formalizó, en estos postulados normativos, un nivel civilizatorio del Derecho, que no admite, por su propia esencia, retrogradaciones. Son también un piso que la Humanidad percibe con un alcance, que en el núcleo más genérico de dichas verdades axiomáticas, supera las fronteras de la especie y alcanza a los animales. Ese conjunto de verdades y principios normativos, que se imponen a la sociabilidad humana a través del órgano de la razón que aprehende esa legalidad, constituyen un grado o un nivel de vida propiamente humana, que en la cosmovisión romana, no se consigue con sólo un vivir político o en la polis, sino en un vivir cívico, en la civitas «...que no es un conglomerado humano cualquiera, sino aquel conglomerado que se basa en el consenso de la ley»<sup>26</sup>.

Ese Derecho Natural, que insufla los mandatos más generales, fundan dogmática y antropológicamente el Orden Jurídico en su expresión ideal o paradigmática, y si ello es así respecto de la juridización romana de la vida sociopolítica, lo será igualmente, en las grandes singladuras, del proceso histórico

---

<sup>19</sup> No dañar a los demás. Ulpiano, Digesto, Lib I, Tit II, ley 10.

<sup>20</sup> Por Derecho Natural, el mar y, por consiguiente sus costas, son comunes a todos. Marciano Digesto. Lib I, Tit VIII, ley 2, Par I.

<sup>21</sup> Es conforme al Derecho Natural que los beneficios de alguna cosa correspondan a quien sufrió sus perjuicios. Paulo. Digesto. Ley 10.

<sup>22</sup> Por Derecho Natural, todos los hombres al principio nacían libres. Instituciones de Justiniano. Libro I, Tit II, Parágrafo II.

<sup>23</sup> La ley civil no puede destruir los derechos naturales. Instituciones de Justiniano, Libro III, Tit I, Parágrafo XL.

<sup>24</sup> La Legítima, en cuanto a su esencia, es de Derecho Natural; pero, en su cuantía, es de Derecho Civil. Aforismo Latino.

<sup>25</sup> El Derecho Natural no puede derogarse por la costumbre. Aforismo Latino.

<sup>26</sup> Cicerón en De Re Pública, I, 25, citado por G. SARTORI, *La Política, lógica y Método de las Ciencias Sociales*, FCE, 1984, FCU, Montevideo, s/f. Serie del Ciclo Básico. 1, pág 6.

hasta nuestros días, en que la razón, ya no reclusa al concepto de mera facultad mental productora mecánica de ideas incondicionadas, sino incluyendo elementos de sensibilidad, empatía y emoción, ayudada por la ciencia y la tecnología, describa, asuma y juridice las leyes de una Naturaleza que se percibe en términos ecosistémicos y a las que se deben ajustarse progresivamente más, las leyes y acciones humanas<sup>27</sup>.

Estas construcciones que en cada tiempo histórico fundan la dogmática jurídica, en la experiencia occidental, como se ha dicho, han variado las bases doctrinarias en que se ha asentado la idea de un Derecho Natural, pero a nuestra altura histórica, superada, en Occidente, toda subordinación ideológica o filosófica a visiones teocéntricas, partidocráticas o cientificistas, tanto la emergencia del Paradigma Holístico Ambiental, centrado en la visión sistémica y el activismo de las cosas, como el discurso jurídico de los Derechos Humanos, constituyen al Derecho Ambiental de nuestros días como expresión de un grado o nivel de protección que cumple esa función de piso o escalón dogmático irrenunciable e infranqueable. De esta manera el Derecho Ambiental adquiere las características del *jus cogens* y aún más fuertes que las mentadas por este concepto del Derecho Internacional Público, que siempre de alguna manera está subordinado al voluntarismo jurídico al servicio de los intereses de cada Estado. En este sentido Magariños de Mello en la Doctrina uruguaya sostuvo: «La identificación por sus efectos de las normas pseudoimperativas<sup>28</sup> del “*Jus Cogens*”, como ya hemos señalado, no resuelve ni puede resolver el problema. La imperatividad de las normas tiene que fundarse en razones sustantivas y, formalmente, en el Derecho Natural, cuya renovación en el pensamiento jusnaturalista en la doctrina del mundo occidental es un hecho evidente... Esas razones sustantivas, a las que la evolución del “hecho social básico necesario” a nivel mundial y particularmente en relación con los intereses emergentes con los países en desarrollo,...presta importante apoyo. Si el objeto del Derecho es

---

<sup>27</sup> Los estoicos, tan preclaros a la luz del pensamiento y la antropología ambiental de nuestro tiempo, teorizaron sobre la Recta Razón, por la cual entendieron, según Glenn R. Morrow (en *Diccionario de Filosofía* de Editorial Grijalbo ya citado, pág. 322. «(gr. *orthós logos* + latín *recta ratio*) Ley u orden que rige la constitución del mundo, al que, según los estoicos, las leyes y las acciones humanas deberían ajustarse: la ley de la Naturaleza».

<sup>28</sup> Antes el autor había manifestado que: «en la medida en que los Estados nunca dejaron de afirmar su soberanía, el “*jus cogens*” no pudo ser otra cosa que una manifestación formal del voluntarismo jurídico al servicio de cada Estado». Cfr. M. J. MAGARIÑOS DE MELLO, (Editado y ordenado por R. GOROSITO ZULUAGA), *Medio Ambiente y Sociedad*, cit., pág. 124.

universal, global y si su aplicación está ligado a valores absolutamente vitales e inescapables, como ocurre en el Derecho Ambiental, cuya aplicación está indisolublemente consustanciada con la supervivencia de las sociedades humanas sus normas tienen que ser imperativas “*per se*”, “*erga omnes*”, independientemente de la voluntad de los Estados, por la naturaleza de las cosas»<sup>29</sup>.

La concepción del Derecho Ambiental como un derecho de *Jus Cogens* y con más razón por lo que viene de citarse como un Derecho Natural o Ecológico vinculado al discurso de los derechos humanos, que se organiza en torno a la idea del Derecho del Desarrollo Sostenible, que refleja y juridiza o juridifica «el orden que rige la constitución del mundo al que las leyes y acciones humanas deberían ajustarse», orden protectorio y reconciliador entre procesos naturales y Proyecto Humano, es constitutivo de la Recta Razón de nuestro tiempo. Las reglas que aseguran o garantizan el equilibrio entre Naturaleza y Cultura, en tanto resultan fundadas en el conocimiento científico, por un lado, y en la prudencia, empatía, discernimiento y *sindéresis*, por otro, y consecuentemente se apartan del extremismo economicista o del fundamentalismo contemplacionista<sup>30</sup>, conforman normas pétreas, integradas al bloque de constitucionalidad en cuanto garantías de protección, que luego se decantan en diversos principios y mandatos e inmediatamente integradas al *Jus Cogens*. De esta forma, el Derecho Ambiental de nuestro tiempo, además de constituir el receptáculo de vigencias de nuestro tiempo que marcan un nivel civilizatorio irrenunciable cumple una función histórica pacificadora similar a la que en su tiempo cumplió y hasta nuestros días cumple el Derecho Laboral en el campo económico social, pues así como el Derecho del Trabajo permitió armonizar las fuerzas del capital y del salario en el seno de la empresa, marcando otro nivel civilizatorio irrenunciable, el Derecho Ambiental, al garantizar el respeto por el valor intrínseco de toda forma de vida, permite la mutua participación del hombre (o del mundo del Hombre o del Proyecto Humano) en el Ecosistema Natural y del Ecosistema Natural en el Mundo Cultural Humano. Supone una síntesis dialéctica de la (falsa) contradicción entre Conservación Natural y Proyecto Humano, que ha encubierto otra más profunda y esa sí verdadera y real: La contradicción entre Entropía y

---

<sup>29</sup> ÍD.

<sup>30</sup> Obvia es la referencia a la clasificación de las macrovisiones ambientales propuesta por Isabel de los Ríos en su obra *Derecho Ambiental*.



Empatía en el orden de la vida planetaria, o entre dominación y co - responsabilidad, en el orden socio-ambiental.

## *II. Principios de No Regresión y Progresividad. Generalidades*

### *3. Principios de No Regresión y Progresividad. Conceptos básicos*

Este Derecho Ambiental de nuestro tiempo, portaestandarte de una transición hacia un modelo de sostenibilidad que debe implicar una profunda reconciliación entre los sistemas humanos culturales y los sistemas naturales, y que identificamos como una construcción de plenitud hacia el ansiado Derecho Natural posible, instituye, lógica y naturalmente los equilibrios que va alcanzando y juridizando, en un nivel de protección o piso civilizatorio. De aquí se desprenden con toda naturalidad el rol dogmático de estos dos rostros del principio protector, en esa función jánica de resumir las perspectivas pasadas y futuras. Esos dos rostros son precisamente la no regresión y la progresividad<sup>31</sup>.

#### *No Regresión.*

La autora brasileña Maria Luiza Machado Granziera<sup>32</sup>, entre los principios informadores del Derecho Ambiental, colaciona «La prohibición de retroceso en la protección del medio ambiente» y dice; «El principio de prohibición del retroceso en materia ambiental se refiere al mantenimiento de las normas protectoras del medio ambiente, conforme lo establecido en los artículos 225 y 170 de la Constitución Federal. El retroceso consiste en la norma que puede poner en riesgo la protección de un derecho fundamental, que en el caso del medio ambiente viene siendo consolidado a lo largo del tiempo. Así, ese principio se fundamenta en la premisa en que las alteraciones de las normas infraconstitucionales no pueden ofender el equilibrio del medio ambiente, dimensión objetiva del Derecho protegido y que no puede ser relativizado».

---

<sup>31</sup> En general, los autores al tratar el tema recuerdan que las denominaciones y términos manejados en esta materia exhibe cierta variedad. Al respecto Cafferatta, recuerda a Prieur afirmando que «...la terminología usada no se ha establecido en forma definitiva: se habla de “principio de stand still” en Derecho belga (Isabelle Hachez; también Maurice Kamto), efecto “trinquete” (expresión de François Ost, Van de Kerchove) o de norma del trinquete antirretorno, de intangibilidad de los derechos fundamentales (Oliver de Frouville), derechos adquiridos legislativos o de carácter irreversible de los derechos humanos (Konrad Hesse)» Cfr. N. A. CAFFERATTA, *Nuevos Principios del Derecho Ambiental*, [AR/DOC/3533/2020](#).

<sup>32</sup> *Direito Ambiental*. Atlas. Sao Paulo, 2014, p 73.

La autora resalta el carácter de garantía del desarrollo sostenible que tiene el principio (como todos ellos), lo que es muy importante en el Derecho Ambiental Constitucional uruguayo por incidencia del art 72 Constitucional: «Para garantizar el Desarrollo Sostenible, inclusive para las generaciones futuras, es necesario que el equilibrio ambiental esté protegido de las amenazas políticas y económicas que muchas veces resultan en retrocesos normativos». La autora, en las “simplificaciones demagógicas” o amenazas políticas incluye no solo las desregulaciones sino también las deslegalizaciones.

Otro autor norteño, Federico Augusto di Trindade Amado<sup>33</sup>, en un interesante planteamiento que realiza bajo el título de “Otros principios ambientales”, formula unas disquisiciones que resultan particularmente sugerentes en el tema de análisis: «Conforme lecciones de Alexandra Aragao (...) analizando la legislación ambiental en Europa, pero cuyo contenido es notoriamente mundial, hay todavía el Principio de Integración, debiendo la protección ambiental ser considerada en la formulación y aplicación de las políticas comunitarias, tanto como el Principio de Nivel Elevado de Protección, que impone la existencia de un parámetro mínimo de protección ambiental entre los países europeos. La referida autora todavía sustenta la existencia del Principio de Prohibición de Retroceso Ecológico, por el que se impide el retroceso de los niveles legales de protección ambiental, salvo temporariamente en situaciones calamitosas, así como el Principio de Progreso Ecológico, que crea la obligación estatal de revisar constantemente la legislación ambiental a fin de mantenerla actualizada».

Mario Peña Chacón formula una fuerte afirmación dogmática de la relación que existe entre la formulación y recepción positiva de este principio con «la búsqueda de perpetuar el nivel de protección alcanzado». Dice el Doctrino constarricense: «El principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental dispone que las leyes nacionales no deberían ser revisadas si esto implicara retroceder respecto de los niveles de protección alcanzados con anterioridad en un determinado país»<sup>34</sup>. Y a renglón seguido, en la misma fuente, destaca el rol que este principio juega en la actualidad de las políticas ambientales en la región latinoamericana: «...y por esta razón, favorece los esfuerzos que ha venido haciendo el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo relativos

---

<sup>33</sup> *Direito Ambiental esquematizado*. Gen-Metodo. Sao Paulo. 2011, pág.55.

<sup>34</sup> M. PEÑA CHACÓN, *El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano*, PNUD. San José, Costa Rica, 2013.

a la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de servicios ecosistémicos que brindan los recursos naturales en América Latina y el Caribe». Este principio, a juicio de este autor, «implica necesariamente una obligación negativa de no hacer (...) de no retroceder; no afectar los umbrales y estándares de protección ya adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección»<sup>35</sup>.

*Progresividad*<sup>36</sup>.

Gabriela García Minella<sup>37</sup>, por su parte define el principio de progresividad diciendo: «Los objetivos ambientales deberán ser logrados de forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos». El principio de progresividad se relaciona no solo con la posibilidad fáctica, sino con la temporal y económica, requerida para alcanzar los niveles de sustentabilidad adecuados.

Alicia Morales Lamberti y Aldo Novak<sup>38</sup>, tratando el “Principio de Progresividad”, afirman que «Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilita la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. El principio de gradualismo es receptado por la ley de Medio Ambiente de Salta n° 7070, estableciendo: “(...) dadas las condiciones económicas y culturales de cada localidad, país o región, la degradación de la calidad ambiental no puede ser superada de un día para otro, por tanto la autoridad pública y la sociedad civil deberán cooperar con las empresas públicas y privadas para implementar las medidas de control, contención y prevención del daño ambiental. El cambio debe ser incrementar para permitir un gerenciamiento y manejo adaptativos”. El principio de progresividad o gradualidad alude a la necesidad realista de que las acciones encaminadas a revertir las causas de la actual situación ambiental se realizarán de forma gradual

---

<sup>35</sup> ID.

<sup>36</sup> En el caso uruguayo, y en aportes doctrinarios, se vincula la presentación de este principio con otro denominado de gradualidad, como surge de la opinión doctrinaria Morales Lamberti y Novak que se cita más adelante.

<sup>37</sup> G. GARCÍA MINELLA, *Ley General del Ambiente*, en E. P. JIMÉNEZ (Coord.), *Derecho Ambiental. Su actualidad de cara al Tercer Milenio*, EDIAR. Bs. As., 2004, pág 70 y ss.

<sup>38</sup> A. MORALES LAMBERTI y A. NOVAK, *Instituciones de derecho ambiental*, MEL Editor. Córdoba, 2005, pág 121 y ss.

atendiendo al cumplimiento de las metas fijadas y la adecuación en razón de las demandas y necesidades de la sociedad, de los resultados que se obtengan de la evolución de conocimientos, de la disponibilidad tecnológica y de la capacidad de acción».

Peña Chacón, en el trabajo multicitado, resalta el rol de contraste (complementario, nos permitimos agregar) de este principio, respecto del previamente aludido de no regresión: «En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia».

#### *4. Esencial interrelación entre ambos principios*

Ahora bien. ¿Cuál es la relación entre estos dos principios, más allá de la indiscutible relación de familia, esto es, de vínculo con la finalidad de protección del ambiente, que guardan entre sí todos los principios rectores e informadores del Derecho Ambiental? ¿Refieren ambas denominaciones a la misma verdad jurídica establecida por la finalidad protectora y la razón biosférica, expresan ambos la garantía de un mismo valor deducido de los ideales de justicia ambiental que informan con mayor o menor intensidad el Derecho Ambiental nacional y comparado? O, ¿son dos principios? En este último caso, ¿cuál es la relación en que se encuentran? ¿Son complementarios?

Antes se ha sostenido que ambos principios están mutuamente inferidos, esto es, que, más allá de su formulación axiomática como conceptos o máximas diferentes, cada uno conlleva o incluye al otro, y ello es así, en la posición que aquí se sustenta, como condición de eficacia. Es posible teóricamente pensar, siendo módicos en la ambición protectora, en confiarla al mantenimiento del nivel alcanzado a cierta altura y prohibir las conductas que pretendan rebajar ese nivel ya alcanzado. Y es posible pensar que ello es diferente del mandato de avanzar o progresar, en extensión o intensidad, en el nivel de protección, en el alcance de la tutela, en términos de desarrollo sostenible. Sin embargo, el análisis se enfrenta de inmediato al desafío de la dinámica de los fenómenos derivados de dos frentes que están poniendo en cuestión la modestia de una consideración separada de la no regresión respecto de la progresividad en materia ambiental y que ambos son esenciales a la adecuada protección del bien jurídico ambiental cuyo disfrute sano y equilibrado es inherente a la personalidad humana: a) por un lado el desafío de

la evolución del conocimiento científico sobre el funcionamiento de los sistemas naturales y culturales y b) por otro lado el desafío de la evolución constante del Derecho de los Derechos Humanos, que al expresarse en Tratados vigentes en el Derecho Internacional Público, van progresando con fuerza reformadora incluso de las Constituciones nacionales y sobrepajando necesariamente los niveles previos de protección doméstica de derechos y garantías así como de imposición de deberes<sup>39</sup>. El principio de no regresión, a nivel de los derechos nacionales, sin su otra cara, la progresividad, es ineficaz para conferir adecuada tutela al ambiente, pues el nivel de protección alcanzado, será ordinariamente sobrepasado, tanto normativa como materialmente, y consecuentemente será ese nivel alcanzado el que deviene regresivo, en sí mismo, si no asume su necesaria apertura a la progresividad.

Esta situación, si se quiere dramática de la no regresión en materia ambiental, que para su propia justificación requiere de la progresividad, es la verificación de que en el Derecho Ambiental, como Derecho Natural de contenido variable, lo pétreo, como se ha sostenido antes, está en la constante ecologización del Derecho, en la adecuación de los sistemas normativos a los naturales, o sea en la formalización jurídica de la mejor protección, en cada momento histórico, de los procesos ecológicos para la supervivencia y diversidad de las formas de vida.

##### *5. No regresión y Progresividad, Derechos Humanos y Estado Ambiental de Derecho*

En este complejo tema resulta de alto valor explicativo y heurístico, las funciones de los principios como diques, por un lado y como cuñas por otro, señaladas por el autor argentino Néstor Cafferatta<sup>40</sup>. Este doctrino, por otra parte, analizando los “Nuevos principios del Derecho Ambiental” expresa que la idea que sustenta el no permitir retrocesos, que entiende común en los principales tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es la «de que, una vez que un derecho humano ha sido reconocido, este no puede ser coartado,

---

<sup>39</sup> El caso uruguayo en este sentido es claro. Cfr. M. RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional. Tomo I*, Montevideo, 2005, pág. 541.

<sup>40</sup> Cfr. N. CAFFERATTA, *Principios de Derecho Ambiental*, en N. A. CAFFERATTA, R. GOROSITO ZULUAGA, A. CASELLA, ED AL., S. ABED (Coordinadora), *Régimen Jurídico de la República del Paraguay*, IDEAS/SISNAM. Asunción, 2007, pág. 130.

destruido ni derogado»<sup>41</sup>. Dice además, que, en coincidencia con José A. Esain, que apuntó a la existencia «de dos caras de la misma moneda», que el Principio de Progresividad «es un corolario del Principio de no regresión». Y luego afirma, citando a Víctor Abaramovich y Christian Courtis, que el rango constitucional que la fuente normativa de Derecho Internacional Público que lo consagra - alude al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)- exhibe en el Derecho Argentino «...ha agregado un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales (desde que) la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo». A la pregunta de «... ¿cuándo puede afirmarse que una norma reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra?», responde: «Lo será en principio, partiendo de la definición del art. 2º del PIDESC<sup>42</sup>, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esta norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja, o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social o le imponga condiciones que con anterioridad no debía sortearse»<sup>43</sup>.

Ricardo Luis y Pablo Lorenzetti, también en la doctrina argentina, tratan la no regresión y la progresividad, dentro de la temática de los principios y directrices del Derecho Ambiental. Ubican precisamente la cuestión del Principio de Progresividad como un complemento del Principio de No Regresión y con la función de apuntar al necesario desarrollo del Derecho Ambiental, en cuanto

---

<sup>41</sup> N. A. CAFFERATTA, *Nuevos Principios del Derecho Ambiental*, en [AR/DOC/3533/2020](#).

<sup>42</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>43</sup> Cafferatta cita con detenimiento la doctrina de Abramovich y Courtis y destaca con razón que estos autores, en relación al tema central de la metodología de comprobación de la condición regresiva o no regresiva de una norma (a nuestro juicio extensible a procedimientos o arreglos institucionales), afirman la vigencia de la inversión de la carga de la prueba, «en virtud de la cual la carga de la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta (...) y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto (strict scrutiny) o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado, la prueba de su justificación. En caso de duda habrá que estarse contra la validez de la norma regresiva». Entendemos compatible esta doctrina siempre que paralelamente se asuma que el principio de no regresión no es ilimitado, y en último caso, el juez siempre debe analizar la proponibilidad, formalidad, legitimidad y concurrencia de los presupuestos y hechos constitutivos de la pretensión.

afirman la modestia aspiracional de la no regresión, meramente como mantenimiento de lo ya alcanzado.

Siguiendo las enseñanzas del Maestro Prieur, concuerdan en que hay tres vías para la recepción del principio de no regresión<sup>44</sup>: la forma de recepción y consagración normativa a texto expreso; la disposición vinculante de la adopción de medidas nacionales que aseguren un nivel de protección que como mínimo sea igual al nivel impuesto por las normas internacionales o, por último, «...de forma más indirecta, aunque no por ello menos explícita, a través de las cláusulas de incompatibilidad con otros acuerdos, o que en caso de competencia o diferencias entre varios convenios, confirmar la superioridad o preeminencia del tratado que propone la mayor protección del medio ambiente»<sup>45</sup>.

Inmediatamente analizan el vínculo de la progresividad con uno de los fundamentos que caracterizan a la prohibición de regresión. Y, entonces definen el principio de progresividad y la especial complementariedad que confiere al principio de no regresión; «El principio de progresividad es un fundamento en cuanto a que hay que avanzar en la tutela de los derechos fundamentales, no es posible retroceder. Si bien la progresividad importa reformas que deberán llevarse a cabo de modo temporal, con metas interinas incorporadas a un cronograma gradual de cumplimiento, también expresa que una vez que se ha emprendido en dicha tarea, no puede volverse atrás. Por el contrario, el nivel de protección alcanzado debe ser respetado y no disminuido sino incrementado»<sup>46</sup>.

Previamente a estos desarrollos en la obra citada, los autores argentinos comentados, conceden a esta temática la relevancia de ubicar los principios de progresividad y no regresión, en el marco del tratamiento del principio protectorio, como pilar característico del Estado de Derecho Ambiental<sup>47</sup>, concepción que luego rematan y reafirman, al sustentar el rol fundante que para la consolidación de estos principios, en su relevancia tipificante nada menos que del Estado Socio Ambiental de Derecho, tiene el modelo (constitucionalizado) de desarrollo sustentable y perdurable. Su enfoque parte de que un desarrollo apto para atender o cautelar las necesidades de las generaciones futuras implica esas

---

<sup>44</sup> En su texto, los autores refieren a «tres modalidades diferentes de expresar la voluntad de no regresión». Cfr. R. L. LORENZETTI y P. LORENZETTI, *Derecho Ambiental. Rubinzal Culzoni*, Bs. As., 2018, pág. 131.

<sup>45</sup> L. LORENZETTI, P. LORENZETTI, *op cit.*, pág. 131.

<sup>46</sup> ÍD., pág. 132.

<sup>47</sup> ÍD., pág. 76.

dos facetas que por nuestra parte hemos identificado como esenciales al principio protectorio: Progresividad y no Regresión. La sola vinculación de estos principios con el desarrollo sostenible convoca el análisis de los equilibrios intergeneracionales y las garantías que el desarrollo del presente debe brindar a la generación futura en términos de herencia, legado o transmisión de bienes y valores ambientales. La idea de garantía está en el cerno de la posición de estos autores y ella dará sustancia a la necesaria armonía y ponderación entre tutela del ambiente y necesidad de desarrollo socioeconómico, que justificará algunos conceptos como los de mínimo existencial o transferencia del máximo de bienes recibidos. Igualmente los autores enfatizan respecto de la incidencia que para el establecimiento de esos niveles de protección progresiva y amparados por el principio de no regresión, en cuanto consultan el equilibrio razonable entre desarrollo y conservación, el rol de la calidad de la información con la que se adoptan las decisiones a todos los niveles del Estado y aun de los particulares, resaltando tanto la atención a la capacidad de carga de los ecosistemas como de los procesos científicamente interpretados. Coinciden finalmente con la Doctrina Prieur sobre la incidencia que el carácter teleológico del Derecho Ambiental le imprime al tipo de protección que consagra<sup>48</sup>.

*6. Principios de No regresión y Progresividad en la Dogmática Constitucional uruguaya: rol del artículo 72 de la Carta. Los principios como garantías*

Tanto el encare garantista de la Doctrina de Lorenzetti como el énfasis teleológico o finalista en el cual Prieur funda dogmáticamente la aceptación de estos principios, recalcan finalmente en el seguro puerto del principio protector y este es el más seguro portal de ingreso al análisis de los mismos en el Derecho Uruguayo, que ubica en la Sección II de la Constitución parte dogmática, expresión clarísima del jusnaturalismo de la Carta uruguaya, la sede normativa de recepción y consagración en sus textos de ambos principios, el de no regresión y el de progresividad, a partir del reconocimiento del Principio Protectorio. Del mandato constitucional (Art. 47)<sup>49</sup> que impone el deber de las personas físicas y

---

<sup>48</sup> R. L. LORENZETTI, P. LORENZETTI, *op.cit.*, pag 129 y ss.

<sup>49</sup> Dice el art. 47 constitucional uruguayo: «La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever



jurídicas, públicas y privadas<sup>50</sup>, de abstención de “cualquier” acto (sobreentendido, también, hecho) que pueda causar deterioro grave al medio ambiente, lo que sigue a la contundente declaración de interés general de la protección del medio ambiente, se desprende la alta jerarquía que la materia ambiental exhibe en la Carta. Esa jerarquía se expresa de manera primaria y directa, en lo valorativo, en lo axiológico constitucional, pero desde esa centralidad se proyecta a la orgánica del Estado instituido en la misma Constitución, e instituido, desde su propio origen, como organización servicial.

En lo axiológico, el Constituyente uruguayo, en la norma citada, hace del ambiente un valor, un bien a proteger. Se consagra el principio protectorio, que se aplica de manera vinculante a la materia ambiental, del mismo modo que a otras materias originadas en bienes o valores vulnerables, como la materia de familia o laboral. En este sentido, una reflexión es de particular utilidad en relación a los puntos de la principiología jusambiental.

Se ha sostenido en la doctrina que el Derecho Ambiental comparte con el Derecho Laboral algunas facetas características. Destacamos a los fines de este

---

sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. 1) La política nacional de Aguas y Saneamiento estará basada en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza. b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas. c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones. d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico. 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales. 4) La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad».

<sup>50</sup> La generalidad de la referencia del sujeto pasivo del deber de abstención que consagra el texto del artículo 47, a “las personas”, fue luego precisado, pero a nivel legislativo, por el art. 3° de la ley 17283 de 28 de Noviembre de 2000, Ley General de Protección del Ambiente de Uruguay, cuya primera oración dice: «...Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, tiene el deber de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente».

artículo su carácter “nuevo”, en continua metamorfosis y que se centra en calificar la vida en una perspectiva humana solidaria intra e intergeneracionalmente<sup>51</sup>, asumiendo un carácter renovador y contestatario frente a instituciones acendradas de otras ramas del Derecho. Ambos tienen la naturaleza de organizar la respuesta jurídica a desafíos muy acuciantes del tiempo de su emergencia (intensificación de la Revolución Industrial en el salto de siglo del XIX al XX, el Derecho Laboral; globalización, deterioro ambiental y emergencia de la Era Tecnológica en el salto del S. XX al S.XXI, el Derecho Ambiental), en la defensa de bienes jurídicos vulnerables: el trabajo subordinado y el ambiente, respectivamente.

El siempre presente Maestro laboralista uruguayo, Américo Plá Rodríguez enseñó, en su hora, que el Derecho Laboral, en su novedad, exhibe unos principios rectores, que aportando a su autonomía normativa, se manifiestan bajo diversas formas, no necesariamente bajo la enunciación directa en una norma, sino frecuentemente esparcidos implícitamente en textos diversos<sup>52</sup>.

Estas enseñanzas<sup>53</sup> son perfectamente aplicables al Derecho Ambiental.

También en nuestra disciplina se identifica un principio “protector”, consagrado en el caso uruguayo en el juego armónico de los artículos 7<sup>54</sup> y 47 constitucionales, que revela “la propia razón de ser” del Derecho Ambiental<sup>55</sup>. También este principio, permea toda la teleología del conjunto normativo y es

---

<sup>51</sup> Cfr. N. A. CAFFERATTA, *Concepto de Derecho Ambiental*, en N. A. CAFFERATTA, S. ABED, R. GOROSITO ZULUAGA, A. CASELLA, P. ABED y E. SANTAGADA, *Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay*, SISNAM/IDEA. Asunción, 2007, pág. 19. Especialmente interesante referencia a enseñanza del Maestro Ramón Ojeda. Para la visión laboralista: A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Laboral*, T I, Vol.I, ACALI., 1976, pág 21.

<sup>52</sup> A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág 37.

<sup>53</sup> Íd., pág 38 y ss.

<sup>54</sup> Dice el art. 7 constitucional uruguayo: «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general».

<sup>55</sup> Del texto constitucional uruguayo, que ubica en la Sección II de la Carta (“Derechos, Deberes y Garantías”) a la protección ambiental, tanto en su dimensión subjetiva de reconocimiento del derecho al medio ambiente sano (de modo implícito o indirecto) como en su dimensión objetiva de materialidad jurídica autónoma y necesaria, tipificante del Estado Ambiental de Derecho (de modo expreso), se desprende la relevancia protectora conferida a los que hemos denominados bienes vulnerables: infancia y juventud; la maternidad; indigentes y carentes de recursos suficientes; el medio ambiente; el trabajo.

posible sostener que se decanta en tres dimensiones o concreciones: el principio<sup>56</sup> “*In dubio pro Natura*”<sup>57</sup>; el principio de la aplicación de la norma más favorable y el principio de la condición más beneficiosa.

Para fundar dogmáticamente el principio de “*In dubio...*”, debe aceptarse el presupuesto sustantivo del Paradigma Ambiental, suficientemente enfatizado por Lorenzetti<sup>58</sup>, de la mudanza en la comprensión de la Naturaleza, que de “fuerte” y constituida por fuerzas incontrolables (a veces, incluso, “oscuras”) pasa a “débil” y necesitada de protección frente a la potencia interventora humana. Así como en el campo laboral este principio es necesario para compensar la debilidad del trabajador acreedor e invertir el principio civil ordinario del *favor debitoris*<sup>59</sup>, en el campo jusambiental, la Naturaleza, vulnerable, como bien en riesgo o potencial víctima, demanda protección o tutela<sup>60</sup>.

El principio de la norma más favorable, dice Plá «...determina que cuando en un caso corresponde aplicar varias normas de distinta jerarquía, se

---

<sup>56</sup> Plá denomina “reglas” en lugar de principios, a estas tres concreciones que entiendo trasladables al Derecho Ambiental.

<sup>57</sup> En la formulación laboral “*in dubio pro operario*”, que cumple una “función similar”, dice Plá, a la que en el Derecho Penal, cumple el principio *in dubio pro reo*.

<sup>58</sup> R. L. LORENZETTI y P. LORENZETTI, *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni. Bs.As., 2018, págs 11 y ss.

<sup>59</sup> En esa esfera normativa, en la relación básica, el deudor es la parte materialmente (normalmente) fuerte, o sea el empleador.

<sup>60</sup> La Corte Suprema de la Nación argentina sostuvo estableció que «...el principio *in dubio pro natura* (...) establece que “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales...” ( en la causa Majul, Julio J. c. Municipio de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental” sentencia del 11/07/2019) citado por Néstor Cafferatta en Los Nuevos Principios del Derecho Ambiental en AR/DOC/3533/2020. Los comentaristas argentinos citados antes, más adelante en la misma obra, tomando las palabras de la Declaración de Quito de la UICN (Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza) sobre el Estado de Derecho en materia ambiental, dicen que conforme a este principio «...se evitarán los riesgos, se privilegiarán los intereses colectivos generales sobre los particulares, se favorecerá la preservación del medio ambiente y en caso de duda se preferirá la interpretación que en forma más amplia proteja el entorno». Cfr. R. L. LORENZETTI y P. LORENZETTI, op. cit., pág 129. Con relación a la formulación laboralista de esta dimensión del principio protector, Plá analizó dos condiciones para su aplicabilidad, perfectamente trasladables al campo ambiental: sólo procede recurrir a este principio cuando exista efectivamente una duda interpretativa y no es lícito usarla para corregir una norma o sustituir la voluntad legislativa o apartarse de ella y nunca es aplicable para ir en contra de la voluntad del legislador o alterar su alcance. En todo caso siempre es preciso investigar la *ratio legis*, la voluntad legislativa y atenerse a los textos cuando son claros.

prefiera aquella que sea más favorable al trabajador». La doctrina laboralista, tal como lo sostiene el mismo autor uruguayo, llega a la afirmación de que «... (l) a aplicación de esta regla provoca una especie de fractura lógica en el problema de la jerarquía de las fuentes, que altera el orden clásico, en el cual las fuentes se armonizan en razón de la importancia del órgano del cual provienen»<sup>61</sup>.

En Derecho Ambiental esta regla tiene amplia aceptación. Lorenzetti, teoriza sobre el “pluralismo de fuentes y regla de precedencia”, regla esta última, de naturaleza lógica, «... que determina que en caso de conflictos de fuentes el juez debe aplicar de modo prevalente la que tutela el bien ambiental»<sup>62</sup>. Por supuesto que, como lo anota Plá Rodríguez, en el campo laboralista, pero sin duda trasladable al campo jusambiental, esta regla de precedencia o de la norma más favorable, tiene un límite claro a su aplicación, configurado por las normas que el legislador establezca expresamente como de orden público o tengan carácter prohibitivo, como en aquellos casos en que se instituyen niveles máximos de protección. Sin embargo, los debates más interesantes y decisivos, con respecto a esta regla o dimensión del principio protectorio, tiene que ver con el proceso o método de determinación del carácter más favorable de una concreta norma en un caso determinado, apuntando a regir el momento de comparación o confrontación entre las normas de una manera objetiva.

La operación de confrontación debe conducir al operador del Derecho a seleccionar la norma que efectivamente mejor proteja el Macrobien Ambiental o los microbienes ambientales concernidos, en perspectiva de sostenibilidad ecosistémica.

Plá, siempre en su disciplina laboral, se pregunta. «¿Cómo se establece la comparación? ¿Deben compararse las dos normas en su conjunto o puede tomarse de cada norma aquella parte que sea más favorable al trabajador?»<sup>63</sup>.

Las respuestas de la doctrina pueden clasificarse en dos grupos, las que restringen las posibilidades a dos grandes criterios y las que postulan ampliar las posibilidades de respuesta más allá de las dos posiciones tradicionales.

---

<sup>61</sup> A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 42.

<sup>62</sup> R. L. LORENZETTI, *Teoría del Derecho Ambiental. La Ley*, Bs. As., 2008., págs. 63 y ss.

<sup>63</sup> A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 45.

La primera dicotomía distingue entre (a) la posición denominada de la inescindibilidad o del conglobamento<sup>64</sup> y (b) la posición denominada atomística o del cúmulo o acumulación<sup>65</sup>.

La segunda corriente, la que amplía las opciones para la comparación determinante de la norma más favorable, agrega a las tradicionales otras dos: (c) la teoría de la inescindibilidad de los institutos y (d) la teoría de la inescindibilidad de las cláusulas. Al respecto, enseñó Plá que dejando de lado «...las dos posiciones extremas (las teorías del conjunto y de la acumulación) por su radicalismo y sus dificultades de aplicación, la opción se reduce, en general, a las otras dos posiciones intermedias, más moderadas y razonables. Dada la diversidad de conceptos que puede encerrar la expresión “cláusula”, así como la muy diferente forma de distribuir un contrato en cláusulas y la muy variada función que cada una de ellas puede cumplir, entiende más racional y lógico establecer la comparación entre los institutos que suponen necesariamente una unidad conceptual y orgánica. Durand que parece afiliarse a la teoría de la acumulación llega finalmente a una conclusión muy similar: la aplicación de una norma puede ser fragmentada a condición de respetar la voluntad de sus autores. Se concibe la aplicación parcial de una regla de derecho cuyas diversas disposiciones son diversas de otras. Pero cuando el acto de voluntad forma un todo que no se puede disociar, cuando diversas disposiciones se equilibran y se justifican unas por otras, la imposibilidad de conservar parte del acto solamente trae como consecuencia la desaparición de la disposición íntegra. Parece esta la solución correcta. El conjunto que se toma en cuenta para establecer la comparación es el integrado por las normas referentes al mismo tema que no puede disociarse sin mengua de su armonía interior. Pero no puede llevarse la preocupación por la armonía más allá de ese ámbito»<sup>66</sup>. Entendemos que las conclusiones de Plá son plenamente aplicables al campo Jus Ambiental para asistir al operador en la tarea tan importante para determinar la norma más

---

<sup>64</sup> Este italianismo se utiliza para designar a esta corriente que Deveali, en el jus laboralismo, llama “criterio orgánico”, «...porque tiene en cuenta el carácter unitario de cada régimen... (por lo que) plantea la comparación entre los dos regímenes en su conjunto y excluye la posibilidad aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y otra del otro, prescindiendo del respectivo carácter unitario». Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág.45.

<sup>65</sup> Esta posición postula la posibilidad de extraer «de cada norma las disposiciones que sean más favorables», por lo que suma «...las ventajas extraídas de diferentes normas, aunque sean de distinto origen». Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág.45.

<sup>66</sup> A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág 45-46.

favorable. Incluso en el caso del Derecho Ambiental donde el grueso de las normas vinculantes son heterónomas y cuyos contenidos son derivados en gran medida de normas técnicas y conclusiones científicas, deben tomarse los conjuntos normativos que rigen o regulan un tema o problema. La presencia de cláusulas en el Derecho Ambiental, tienen su campo de mayor existencia y vigencia en el Derecho Ambiental Internacional con fuente en los tratados u otras normas convencionales, donde resulta indiscutible que habría que estar al principio de la inescindibilidad de las cláusulas que deben interpretarse en el contexto armónico en el instrumento que las consagran.

La última expresión en que se decanta el principio protector general del Derecho Laboral, para Plá, es la regla de la “condición más beneficiosa”. Por ella se «...supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse»<sup>67</sup>. Sostiene el maestro citado que esta regla está muy entrelazada con las anteriores y advierte que puede haber excepciones en su aplicación, configurada por aquellas situaciones en que una norma de superior jerarquía de manera inequívoca suprime un beneficio derivado de norma inferior y puede referirse tanto a beneficios determinados en situaciones concretas como a beneficios generales. Citando a Alonso Garcia dice que la aplicación de esta regla de la condición más beneficiosa «tiene dos consecuencias: una norma general posterior, solo afectará las situaciones anteriores favorables si son más beneficiosas para el trabajador y salvo disposición expresa en contrario, una nueva normativa habrá de respetar como situaciones concretas reconocidas a trabajadores, aquellas más favorables reconocidas para la materia de que se trate o en su conjunto. Esta regla que tiene una faceta restrictiva, en cuanto obliga al mantenimiento de condiciones ventajosas previamente obtenidas, tiene otra expansiva en cuanto pueden las partes fijar condiciones más favorables que las mínimas legalmente establecidas»<sup>68</sup>. La teleología de ésta regla es la misma que inspira en el Derecho Ambiental el principio de no regresión.

El tenor mismo del art 47 de la Constitución uruguaya impone la recepción de este principio de la condición más beneficiosa, así como todos los otros principios que en el Derecho Social y en Derecho Laboral se han

---

<sup>67</sup> ÍD., pág. 46.

<sup>68</sup> A. PLÁ RODRÍGUEZ, op. cit., pág.45, págs. 47-48.

establecido, como barreras a la regresión y como factores de impulsión de la progresividad<sup>69</sup>.

El Constituyente uruguayo se ha cuidado, en el artículo 47 de la Constitución, inmediatamente después de afirmar que la protección del medio Ambiente es de interés general, mandar a las personas «abstenerse de cualquier acto que cause, (*rectius*) pueda causar, depredación destrucción o contaminación graves al medio ambiente». Resulta por demás evidente que el Constituyente adelantó el momento de relevancia en el íter de la conducta, al consagrar un deber de abstención, que obtura la licitud o la mera viabilidad constitucional de los actos realizados por las personas, en cualquier esfera de la vida, que puedan tener efectos lesivos del ambiente en su amplia conceptualización. De manera que ya se trate de retrocesos que puedan radicarse en el ámbito meramente normativo como en el ámbito material están comprendidos en el Derecho Uruguayo en cuanto puedan de ellos derivarse desprotecciones graves al medio ambiente<sup>70</sup>.

A la constatación que surge, de la recepción de estos principios en el Derecho uruguayo por mandato del artículo 47 de la Constitución, se agrega la expresa recepción de los mismos por imperio del juego de los artículos 7 y 72<sup>71</sup> de la Carta.

En diversos trabajos<sup>72</sup> hemos sostenido el carácter de norma puente, entre el Derecho Constitucional, en general, y el Derecho Ambiental Constitucional en Uruguay y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Ambiental Internacional, como significado del artículo 72 de la Constitución

---

<sup>69</sup> Esta regla ha tenido una expresa consagración a nivel legislativo en el derecho Ambiental en Uruguay en el artículo 10 inciso 2 de la ley 17.283 de 28 de Noviembre de 2000 bajo la referencia a norma más protectora: «... Ninguna persona podrá desconocer las exigencias derivadas de normas nacionales o departamentales de protección o conservación ambiental, de igual jerarquía, dictadas en el marco de sus respectivas competencias, al amparo de normas menos rigurosas de los ámbitos departamentales o nacional, respectivamente».

<sup>70</sup> La calificación de graves a los actos que causan depredación, destrucción o contaminación al medio ambiente, fue interpretada de manera vinculante por el Legislador (competencia atribuida por el artículo 85 de la Carta Política) por el artículo 3 inc. 2 de la ley 17.283, que entiende por gravedad la contravención de lo establecido por la ley general de protección del ambiente y demás normas regulatorias de la materia ambiental.

<sup>71</sup> Dice el artículo 72 constitucional uruguayo: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

<sup>72</sup> Vide por ejemplo: R. GOROSITO ZULUAGA, *Estudios de Derecho Ambiental. Parte General. La Ley Uruguay*, Montevideo, 2019, págs.. 209 y ss.

uruguaya. Esta norma puente constitucionaliza normas de fuente internacional con el valor de normas constitucionales uruguayas que integran el bloque de constitucionalidad. El artículo 7 de la Carta reconoce el derecho a la protección en el goce de la vida para todos los habitantes. De manera indirecta el artículo 47 de la Constitución al disponer que el agua es un recurso natural esencial para la vida, ha proyectado el valor constitucional protegido “vida”, más allá de las fronteras de la vida humana, que es la vida referida en el artículo 7 que la vincula a los habitantes de la Republica. Consiguientemente, y como resultado del efecto de ambas normas, la vida protegida, que se singulariza bajo la forma de un derecho subjetivo en el caso de los habitantes, esto es, vida humana, o se proyecta holísticamente del mandato de protección del artículo 47, es toda la vida, animal, vegetal mineral.

La doctrina ha entendido que el sistema constitucional en Uruguay presupone o supone como previa a la Constitución, la existencia del derecho al goce de la vida y de los otros bienes jurídicos aludidos en su texto, limitándose el Constituyente a consagrar el derecho a ser protegido en el goce. No consagra el derecho a la vida como tal, sencillamente porque ello es Derecho Natural y como tal se impone y vincula al Constituyente que se limita a reconocer el derecho al goce de la vida y de otros bienes y derechos<sup>73</sup>. Del mismo modo las limitaciones o privaciones que basado en razones de interés general el legislador ordinario pueda establecer, es sólo respecto de la protección en el goce, jamás en la titularidad de los derechos que son absolutamente prepoliticos en la Republica Oriental del Uruguay. De lo anterior se deriva que dentro del preciso ámbito en que el constituyente y con mucho más razón el legislador ordinario pueden actuar en materia de derechos fundamentales o humanos, es posible distinguir, como lo hizo el maestro uruguayo Horacio Cassinelli Muñoz entre normas de fondo o sustanciales y normas de garantía. Las primeras son aquellas que establecen cuáles son los límites de los derechos fundamentales<sup>74</sup>; las segundas son las que establecen que pasa sí se viola una norma de fondo<sup>75</sup>. La norma que dice que las

---

<sup>73</sup> Con todo lo dicho, sostenemos por nuestra parte, que esa naturaleza de reconocimiento del jusnaturalismo por la Carta uruguaya, es un nivel civilizatorio irrenunciable y, por tanto, pético a nivel constitucional en el país.

<sup>74</sup> O, como en el caso del derecho a la vida (*rectius*, a la protección en el goce de la vida), no establecer ningún límite, sencillamente, porque ese es el único derecho absoluto que la Carta reconoce al proscribir la pena de muerte e imponer diversas exigencias a la calidad de vida, salud, ambiente, etc.

<sup>75</sup> H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho Público*, Tomo I. CECEA, Montevideo, 1972, pág. 60.



personas deben de abstenerse de todo acto que cause depredación grave es una norma de fondo; la norma que establece la prohibición del retroceso en materia ambiental o la que establece el principio de progresividad es una norma de garantía.

El artículo 72 de la Constitución establece que «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana...». Las garantías mentadas en este artículo tienen una conceptualización amplia que comprende aquellas consagradas en las normas que la doctrina califica como normas de garantías, entre las cuales se encuentran estos principios de no regresión y de progresividad. Y ello es así que porque quedan comprendidos en la textualidad de dicho artículo (72), sea en el lote de los derechos como en el de las garantías<sup>76</sup>.

Diversas normas de fuente internacional los consagran y ello es determinante de la conclusión científica recién expuesta, a nivel del Derecho Ambiental Constitucional en Uruguay. En este sentido Risso Ferrand, interpretando el sentido del artículo 72, expresa que «...en la actualidad parecería que el fenómeno de la regulación internacional de la materia no puede permanecer ajeno al intérprete. Y en este sentido y como señala Cajarville Peluffo, ¿puede haber argumento más fuerte para demostrar que un derecho es inherente a la personalidad humana que el hecho de estar reconocido –con algunas variantes- en uno o más tratados internacionales ratificados por la República? Parece que no, y por eso, dicha regulación internacional permite disipar las dudas y atemperar los problemas que surgían al aplicar el art 72. La prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana

---

<sup>76</sup> Sobre la naturaleza de norma de garantía de aquella que consagra los principios de no regresión y progresividad, se ha dicho: «El derecho internacional de los derechos humanos y la mayoría de las constituciones modernas recogen una serie de garantías políticas de los derechos como requisito indispensable para la consolidación de un espacio público democrático. Dichas garantías, concebidas como «garantías primarias», imponen un conjunto de obligaciones positivas y negativas dirigidas al legislador (y también a la Administración): una obligación negativa de no regresividad y, como complemento de esa prohibición de regresividad, atribución al legislador de un deber positivo de progresividad, esto es, no sólo la obligación de mantener el bienestar obtenido, sino además la obligación de promover su satisfacción positiva y gradual. En el mismo sentido, se señala que los progresos alcanzados en un Estado en la protección de los derechos son irreversibles, de modo que siempre será posible «expandir el alcance o el contenido del derecho, pero no restringirlo, y la evolución no podría orientarse en un sentido distinto al de aumentar el vigor de la protección ofrecida por el régimen internacional» Cfr. ESTUDIO SOBRE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA CONFORME A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. IELSUR/PNUD, Montevideo, 2006.

surge precisamente de su inclusión en tratados internacionales referidos a los derechos humanos»<sup>77</sup>.

Todo lo afirmado es absolutamente aplicable a las normas que consagran o reconocen garantías y deberes.

Esas normas de fuente internacional se encuentran tanto en el Derecho Internacional Económico, como en el Derecho de los Derechos Humanos. Todas las normas que la doctrina nacional y regional usualmente menciona y enumera, como consagratorias de la no regresión y la progresividad, integran por la vía de la adhesión, la votación, la ratificación y aprobación, según los casos, el Derecho uruguayo. Como ejemplo, limitando la referencia a normas de protección ambiental, citamos: Declaración de Estocolmo, principio 24 (deber de ocupación de todos los países de las cuestiones relativas a la protección y el mejoramiento del medio ambiente); Declaración de Río, principio 7 (deber de cooperación para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra)<sup>78</sup>; Convención de Montego Bay (Derecho del Mar), aprobada por ley 16.287 de 29 de Julio de 1992, artículo 192 ( obligación de proteger y preservar el medio marino); Estatuto del Río Uruguay, aprobado por Decreto ley 14.521 de 11 de Mayo de 1976, artículo 41, literal b) (obligación de no disminuir en el ordenamiento jurídico las exigencias ni la severidad de las sanciones por infracciones); Convenio de Basilea, aprobado por ley 16.221 de 22 de Octubre de 1991, artículo 11 (la validez de Acuerdos Regionales queda condicionada a que no menoscaben el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos y sus disposiciones no sean menos ambientalmente racionales que el propio Convenio); Protocolo de Cartagena como Acuerdo Complementario al Convenio sobre Diversidad Biológica, aprobado por ley 18.792 de 12 de Agosto de 2011, artículo 14 (Las Partes podrán concertar acuerdos y arreglos bilaterales, regionales y multilaterales relativos a los movimientos transfronterizos intencionales de organismos vivos modificados, siempre que esos acuerdos y arreglos sean compatibles con el objetivo del presente Protocolo y no constituyan una reducción del nivel de protección establecido por el Protocolo) y finalmente citemos el reciente Acuerdo de Escazú, aprobado por ley 19.773 de 17 de Julio de 2019, artículo 3 (que regula los Principios que guiarán la implementación del

---

<sup>77</sup> M. RISSO FERRAND, op. cit., pág. 539.

<sup>78</sup> El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, aprobado por Ley 17.712 de 27 de Octubre de 2003, en su artículo 1° reafirmó el compromiso de los Estado Parte, entre ellos Uruguay, con los Principios enunciados en la Declaración de Río.

Acuerdo, estableciendo expresamente en el literal c) principio de no regresión y principio de progresividad.).

*7. La recepción de estos principios a nivel legislativo. Límites a su aplicación*

A nivel legislativo uruguayo, el artículo 6to, cuyo *nomen iuris* es Principios de política ambiental, literal c. de la ley 17.283 de 28 de Noviembre de 2000, dice: «Constituye un supuesto para la efectiva integración de la dimensión ambiental al desarrollo económico y social, la incorporación gradual y progresiva de las nuevas exigencias, sin que por ello deba reconocerse la consolidación de situaciones preexistentes».

El legislador uruguayo expide a los operadores encargados de la aplicación de las normas y, en general, de la gestión de las políticas nacionales ambientales (expresamente aludidos en el acápite de la norma que se comenta) un mandato claro hacia la progresividad que se une nítidamente con el principio de gradualidad (de nuevas exigencias). La literalidad del texto pone manifiesto el vínculo que la ley uruguaya se encarga de resaltar entre políticas económicas y sociales con las ambientales. Como resulta evidente el mandato de gestión es que todas las perspectivas sectoriales que en conjunto convergen en la idea y concepción del desarrollo sostenible (ambiental, económico y social) deben ser integradas en las acciones de formulación y ejecución de las políticas de manera equilibrada y todas las perspectivas deben estar presentes en la adopción de las decisiones. Por tanto conservación, crecimiento y equidad, forman parte de un trípode evaluatorio de las acciones que deben proyectarse de manera progresiva, cuidando no obstante la incorporación integrada de las tres dimensiones.

Esta particular redacción de la norma legal, con sede en la ley general de protección del ambiente, que es la ley 17283 de 28 de Noviembre de 2000, permite introducir una breve referencia a los límites de la operatividad de estos principios en la aplicación y cumplimiento del Derecho Ambiental.

En la doctrina extranjera ha sostenido Peña Chacón que el Principio de no regresión «no es ilimitado ni irrestricto y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principios del desarrollo sostenible y

uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental»<sup>79</sup>. Al estudiar los límites en la aplicación de estos principios, corresponde tomar vivamente en cuenta otra reflexión de este doctrino costarricense: en la aplicación de principios tan nuevos, es preciso tener siempre presente por todo operador, sea legislando, sea juzgando, administrando o enseñando, se deben aceptar los aportes más solventes en la esfera de la doctrina y de la práctica, respecto de su contenido, alcances y limitaciones, para de esa manera evitar las interpretaciones solitarias o tan heterodoxas que resulten arbitrarias. El recurso a la información actualizada sobre el estado de situación de estos principios en el Derecho Internacional Ambiental, en el Derecho de los Derechos Humanos, en el Derecho Internacional Económico y Regulador del Libre Comercio, en los aportes de la mejor doctrina y de la jurisprudencia de los Tribunales cimeros, es una buena base de orientación, tal como aconseja el profesor Peña Chacón.

En el Derecho Constitucional uruguayo, estos principios se enmarcan en la sistemática de la Sección II de la Constitución. Tienen asegurado un campo importante de aplicación por imperio del artículo 72 constitucional, cuyos efectos en la materia se han expuesto y, tienen igualmente una restricción derivada de los principios que rigen el orden jerárquico de las normas y el principio de desarrollo sostenible que, también jerárquicamente los precede, en cuanto ese modelo de desarrollo es el marco más amplio en que se integra la protección ambiental mandatada por la Carta. No puede pretenderse, en el marco constitucional uruguayo, una aplicación absoluta de estos principios, en cuanto toda la política ambiental y sus instrumentos deben integrarse en la perspectiva material del modelo de desarrollo sostenible y en perspectiva normativa, orgánica y procedimental de la Constitución y normas derivadas.

#### 8. *Reflexiones abiertas*

La cuestión de estos principios que se ha resumido, está lejos de configurar un campo reflexivo consolidado o menos cerrado.

Pensar e investigar en torno a los mismos, es abrir sendas y perspectivas que convocan con fuerza al planteamiento de grandes temas, que están muy lejos de tener exclusivo interés académico, por la estrecha relación existente entre estos

---

<sup>79</sup> M. P. CHACÓN (Director), *El principio de no regresión*, cit.

principios y las políticas de respuesta al deterioro ambiental. Que como tales políticas están sometidas a los luchas por el poder político y social

Este tema actualiza nuevas dimensiones del problema del vínculo entre política, gobernabilidad y protección ambiental, ya que, invocando estos principios, lo que en el fondo se está exigiendo es una cierta orientación y profundidad de las políticas ambientales, de su eficacia y de su efectividad, pero no meramente en su formalidad, sino en su contenido, porque no se cumple con la prohibición de retroceso llamando norma protectora a cualquier contenido normativo que se autocalifique tal sino exclusivamente a aquellas que cumplan los rangos propios del nivel civilizatorio alcanzado. Hay un necesario escrutinio de contenido que derivándose, como hemos visto, en gran medida de avances en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Económico, se pone en directa confrontación con el principio rector de la soberanía nacional.

Esa es una línea innegable de tensión en el plano global: las elites dirigentes nacionales ven cómo desde los centros de creación de normas de fuente internacional, se ponen pisos y parámetros, que son límites a su accionar doméstico.

Hay allí de manera evidente, un frente de tensión entre no regresión, progresividad y soberanía.

Y detrás o al costado de esa línea de tensión está otra, la tensión entre política y ciencia, en su traducción de resultados sociales que tanto pueden ayudar a un esquema de gobierno político como ponerlo en cuestión y hasta deslegitimarlo.

En las reflexiones del futuro estarán seguramente todas estas dimensiones que hoy comienzan a asomarse en la transición hacia la sostenibilidad y donde acucian los temas de legitimidad de las políticas y gobernabilidad.

Como en la tragedia griega, en la praxis política de toda latitud, cuando el Derecho Ambiental proclama la necesidad de proteger y no retroceder, de proteger y progresar, se desatan las tensiones entre un Derecho que exige un fuerte compromiso con los procesos de largo plazo y el Poder Político que debe administrar las coyunturas.

La tragedia de Antígona que continúa moviendo las ruedas de la Historia.  
Montevideo, junio de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

Ayala Martínez Jorge M., *El Derecho Natural Antiguo y Medieval*, *Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, (2003), págs. 377-386, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/821648.pdf>

Cabanellas Guillermo, *Repertorio Jurídico*. Ed Heliasta. Bs.As., 1976.

Cafferatta Néstor A., *Principios de Derecho Ambiental*, en Néstor A. Cafferatta, Ricardo Gorosito Zuluaga, Aldo Casella, ed al. Coordinadora Sheila Abed. *Régimen Jurídico de la República del Paraguay*. IDEA/SISNAM. Asunción, 2007.

Cafferatta Néstor A., *Nuevos Principios del Derecho Ambiental*. [AR/DOC/533/2020](#)

Cassinelli Muñoz Horacio, *Derecho Público* Tomo I, CECEA, Montevideo, 1972.

Comte Augusto, *Curso de filosofía positiva. Lección Primera*, Aguilar. Bs. As., 1973.

Couture Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Ed. BdF. Bs. As., 2018.

Di Trindade Amado Federico Augusto, *Direito Ambiental esquematizado*, Gen-Metodo, Sao Paulo.2011.

*Diccionario de Filosofía* de la Editorial Grijalbo, Barcelona- México, 1969, Editado por Dagobert D. Runes.

García Minella Gabriela, *Ley General del Ambiente*, en Eduardo Pablo Jiménez Coordinador, *Derecho Ambiental. Su actualidad de cara al Tercer Milenio*, EDIAR. Bs. As., 2004.

Gorosito Zuluaga Ricardo, *Estudios de Derecho Ambiental. Parte General*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2019.

Gorosito Zuluaga Ricardo, *Los Principios en el Derecho Ambiental*, *Revista de Derecho*, N° 16. Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2017.

IELSUR/PNUD. ESTUDIO SOBRE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA CONFORME A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, Montevideo, 2006.

Jiménez de Aréchaga Eduardo, *Introducción al Derecho*, FCU, Montevideo, 1981.

Lorenzetti Ricardo Luis y Lorenzetti Pablo, *Derecho Ambiental*. Rubinzal Culzoni. Bs. As., 2018.

- Lorenzetti Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley., Bs. As., 2008.
- Machado Granziera Maria Luiza, *Direito Ambiental*, Atlas, Sao Paulo, 2014.
- Magariños de Mello Mateo J., Editado y Ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga, *Medio Ambiente y Sociedad*, FCU, Montevideo, 2005.
- Morales Lamberti, Alicia y Novak, Aldo. *Instituciones de Derecho Ambiental*. MEL Editor. Córdoba, 2005.
- Peña Chacón Mario, *El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano*, PNUD, San José, Costa Rica, 2013
- Pereira Garmendia Mario y Velazco Ramiro, *Diccionario del Latín Jurídico*, BdF, Bs. As., 2018.
- Plá Rodríguez Américo, *Curso de Derecho Laboral*. T I, Vol. I, ACALI, 1976.
- Rifkin Jeremy, *La Civilización Empática*. Paidós. Madrid, 2010.
- Risso Ferrand Martín, *Derecho Constitucional*. Tomo I, Montevideo, 2005.
- Supiot Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del Derecho*, Editorial Siglo XXI, Argentina 2012.

**ABSTRACT**

Ricardo Gorosito Zuluaga – *El Principio de no regresión en el Derecho Ambiental en Uruguay. Antígona en el S XXI*

La relevancia que la teorización sobre el Principio de No Regresión exhibe en la doctrina del Derecho Ambiental, ha sido impulsada por la percepción de riesgos políticos, económicos y sociales que amenazan el progreso continuo del Derecho Ambiental, en su esencia protectora en vínculo con el Derecho de los Derechos Humanos y del Desarrollo Sostenible. Es esa relevancia la que impone una perspectiva que trascienda lo meramente descriptivo respecto de la mayor o menor receptividad conferida por los ámbitos domésticos de los Derechos Nacionales y reponga la cuestión de la no regresión - y su contracara necesaria la progresividad - en su fundamentación dogmática como vigencia y logro civilizatorio irrenunciable. Esta perspectiva dogmática no solo realza el valor de estos Principios entre los fundamentos del Paradigma Holístico Ambiental y del Estado Ambiental de Derecho, sino que revela al Derecho Ambiental como Derecho Natural dependiente de o basado en el conocimiento científico y en el activismo de las cosas que permite la mutua participación del hombre (o del mundo del Hombre o del Proyecto Humano) en el Ecosistema Natural y del Ecosistema Natural en el Mundo cultural Humano. Desde este marco teórico, la especial recepción de estos principios en el Derecho Ambiental constitucional en Uruguay, los tipifica como garantías fundamentales del Principio Protector constitucionalizado y potencia el rol de estos principios como valla antiregresiva y palanca progresiva, en el contexto del modelo de desarrollo sostenible, que impone a todo operador jurídico aplicar los estándares en el prudente equilibrio de las dimensiones de conservación ambiental, equidad y justicia social y crecimiento económico.

**PALABRAS-CLAVE:** *Dogmática; pétreo; progresividad; ecologización; garantía.*

Ricardo Gorosito Zuluaga – *The Principle of Non-regression in Environmental Law in Uruguay. Antigone in the XXI Century*



The relevance that the theorization on the Principle of Non-Regression exhibits in the doctrine of Environmental Law, has been driven by the perception of political, economic and social risks that threaten the continuous progress of Environmental Law, in its protective essence in connection with the Law of Human Rights and Sustainable Development. It is this relevance that imposes an analytical perspective that transcends the merely descriptive with respect to the greater or lesser receptivity conferred by the domestic spheres of National Rights and replaces the question of non-regression – and its necessary counterpart, progressiveness- in its dogmatic foundation as validity and irrevocable civilizing achievement. This dogmatic perspective not only enhances the value of these Principles among the foundations on the Environmental Holistic Paradigm and the Environmental Rule of Law, but also reveals Environmental Law as a Natural Law dependent on or based on scientific knowledge and the activism of things that allows the mutual participation of man (or the world of Man or the Human Project) in the Natural Ecosystem and the Natural Ecosystem in the Human cultural World. From this theoretical framework, the special reception of these principles in the constitutional Environmental Law in Uruguay, typifies them as fundamental guarantees of the constitutionalized Protective Principle and enhances the role of these principles as an antiregressive fence and progressive lever, in the context of the sustainable development model, which requires all legal operators to apply the standards in the prudent balance of the dimensions of environmental conservation, equity and social justice, and economic growth.

**KEYWORDS:** *Dogmatic; stony; progressivity; greening; guarantee.*

**ISABEL DE LOS RÍOS\***

***El principio de irreversibilidad o no regresión de las normas ambientales en el derecho ambiental venezolano especial referencia al derecho ambiental de Venezuela***

**SUMARIO:** *Introducción. – I. Los principios de irreversibilidad y progresividad de los derechos humanos en la normativa venezolana. – 1.1. El principio de irreversibilidad: el compromiso primario. – 1.2. El principio de progresividad: la incorporación de adelantos normativos. – II. El reconocimiento constitucional del derecho al ambiente. – III. La reforma de las normas ambientales. – 3.1. La modificación de normas ambientales en sentido regresivo. – 3.2. La práctica administrativa y judicial y el retroceso disimulado del derecho ambiental. – 3.3. las exigencias de orden público y de interés general como justificación para el retroceso de las normas ambientales. – Conclusión.*

#### *Introducción*

Toda prohibición u obligación de carácter ambiental tiene una repercusión en el derecho de propiedad, de allí que las relaciones comercio/ambiente sean cada vez más evidentes. No solamente por la influencia de las relaciones comerciales internacionales sobre los patrones de consumo, los modos de producción, la generación y disposición de desechos, el uso de los recursos naturales, la repercusión de los costos ambientales en los precios de los productos, sino también por las restricciones de las importaciones y las limitaciones impuestas por las preocupaciones ambientales. Estas relaciones son cada día más tomadas en cuenta, como consta de los resultados de las diferentes

---

\* Abogada. Doctora en Derecho del Ambiente por la Universidad de Ciencias Jurídicas de Estrasburgo. Francia. Doctora Honoris Causa en Humanidades por la Universidad Paulo Freire, Nicaragua. Profesora titular e Investigadora del Centro de Estudios del Desarrollo de la Universidad Central de Venezuela. Magister en Derecho del Ambiente y Ordenación del Territorio y Especialista en Contaminación y Molestias Ambientales, por la Universidad de Estrasburgo. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Externado de Colombia. Miembro fundadora de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas. Miembro fundadora de la Academia Transdisciplinaria Internacional del Ambiente. Ha recibido premios y distinciones honoríficas otorgadas en Venezuela, Francia, Perú y México. Autora de más de 20 libros y capítulos de libros en obras colectivas y 20 artículos en revistas arbitradas, todos en derecho del ambiente. Autora de 9 libros literarios, en su mayoría poesía. Dirección electrónica [luzabel@gmail.com](mailto:luzabel@gmail.com).

Cumbres Mundiales. Lo que viene a revitalizar la vieja discusión ambiente versus desarrollo, que convertía ambos conceptos en antagónicos.

Además, las normas jurídicas implementadas por los países para evitar la degradación ambiental tienen una repercusión traducible en dinero por los costos adicionales que acarrearán en la producción de los bienes. Ello está expuesto en el Principio 10 de la Conferencia de Estocolmo 1972, referido a la estabilidad de los precios y la obtención de ingresos adecuados de los productos básicos y las materias primas; y en la segunda parte del Principio 11 de la misma Conferencia:

«Los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras de llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales». Otro punto de encuentro es la valoración económica del ambiente y de los recursos naturales renovables, sus beneficios, sus impactos, algunos de cuyos aspectos son susceptibles de valorarse en términos monetarios sin mayores dificultades, como por ejemplo, la disminución del valor de la tierra en áreas contaminadas o con drásticas restricciones de construcción; otros no tan fáciles de valorar en el mercado como los servicios ambientales, como ejemplo la absorción de carbono de los bosques. Ello sin contar las repercusiones económicas de los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos.

Estas características exclusivas del Derecho Ambiental han conducido, necesariamente, a la creación de nuevos principios, que se añaden a los principios generales del derecho hasta ahora consagrados, que resultaron insuficientes. Se encuentran derivados de los documentos internacionales, fundamentalmente de las Declaraciones de Principios de las Conferencias de Estocolmo y de Río, y de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982; son universalmente aplicables y aunque en su origen tenían solo carácter indicativo, hoy en día sirven de sustento a las normas jurídicas ambientales de los diferentes países, al servir de socorro para suplir las todavía abundantes carencias legislativas. Pero también para guiar al intérprete en la aplicación de las normas existentes, cuya especificidad y complejidad tan marcadas las tornan de difícil comprensión, y al legislador en una materia que ha irrumpido de modo avasallante en las normas clásicas del derecho, trastocando no pocos principios de larga data.

La validez de la elaboración de tales principios es un asunto pacífico, entre otras razones porque no existe una determinación expresa o un número cerrado de principios generales del derecho; porque ellos no se aplican a todas las

disciplinas de manera inflexible (por ejemplo, el derecho penal escapa a algunos de ellos); y por la enorme construcción legal y doctrinaria del derecho ambiental, rama que nació, como ninguna otra, asistida de toda una elaboración filosófica, ideológica y conceptual. Entre ellos cabe mencionar por lo pertinente a este caso, el de la limitación de derechos adquiridos por razones ambientales<sup>1</sup> y el de precaución<sup>2</sup>.

Y no puede pasarse por alto lo relativo al hambre y a la pobreza, eje de “El futuro que queremos”, documento final de la Cumbre Río+20, de 2012. Y quizá sea la primera vez que una cumbre mundial en la materia aborda la necesidad de integrar en el desarrollo sustentable sus aspectos económicos, sociales y ambientales y los vínculos entre ellos.

Ahora bien, la crisis financiera de 2008, originada en la burbuja inmobiliaria estadounidense con graves secuelas a nivel mundial que la convirtió en crisis planetaria, entre otros efectos produjo que se hayan «registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sustentable, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas» como señala el documento *ibidem*.

Esos “contratiempos en la integración de las tres dimensiones” eufemísticamente se refieren a la prioridad dada a los aspectos económicos ante las amenazas que se ciernen sobre el equilibrio ambiente-economía-sociedad, lo que equivale a decir, con fórmula más cruda, que en caso de conflicto ambiente-economía-sociedad las normas de protección ambiental, que han costado luchas de decenios, son las que van sufrir un repliegue frente a simples coyunturas financieras desventajosas, tornando vigente la vieja discusión ambiente versus desarrollo, que convertía ambos conceptos en antagónicos, siendo, por el contrario, no solo complementarios sino indisolubles. Y esto es así pues la incorporación de las preocupaciones ambientales -y con ellas la variable tiempo-

---

<sup>1</sup> Nacionalmente, el artículo 112 de la Constitución incluye entre las limitaciones invocables para limitar el derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. Además, las limitaciones al derecho de propiedad originadas en declaratorias de áreas naturales protegidas no causan derecho a indemnizar, salvo excepciones muy puntuales, específicamente, las relativas a las actividades agrícolas.

<sup>2</sup> Principio 15 de Río: «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

es lo que asegura la perpetuidad del desarrollo, al punto de garantizarlo a las generaciones futuras.

Ante estas amenazas, ya concretadas en algunos países, sobre todo industrializados, se impuso la fundamentación de una teoría que pudiera oponerse con éxito a los retrocesos legislativos, administrativos o jurisprudenciales en la materia.

Ello motivó que un grupo de juristas, liderados por el jurista francés Michel Prieur, en 2010 emprendiera una investigación con el objeto de construir este nuevo principio, el “Principio de no regresión”, que iría a enriquecer los ya consagrados en las cumbres mundiales ambientales al presentarse en la próxima reunión de Río 2012. El término “no regresión” preferí traducirlo al español como “principio de irreversibilidad”, y así aparece en mis contribuciones al trabajo del equipo, término preferible en mi criterio por constituir una construcción gramatical en positivo y con una sola palabra, además, por ser vocablo ya consagrado para los derechos humanos.

Es también de recordar que a pesar de los esfuerzos hechos por el equipo en las reuniones preparatorias de la Reunión Río+20, y de las discusiones hasta el último minuto, el principio de irreversibilidad no fue aceptado en el documento final “El futuro que queremos”; quedó reducido al reconocimiento de que, frente a lo insuficiente de los progresos alcanzados desde la última Cumbre Mundial y los contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sustentable, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible, «es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo», expuesto en el párrafo 20.

Con esto se ilustra no solo la viabilidad de la construcción de nuevos principios, sino la posibilidad de que resulten no solo novedosos, sino antagónicos a otros principios estatuidos. El derecho es dinámico, y más lo es el Derecho del Ambiente, tanto por ser un derecho emergente y, en consecuencia, sujeto a los cambios propios de una disciplina que está haciéndose un espacio y buscando sus propias modalidades, como porque al depender de ciencias, procesos y recursos en permanente transformación, las normas ambientales deben ser concebidas de tal manera que permitan su adaptación a esos cambios.

Pero una cosa es su dinamismo y la potestad del legislador de modificar las leyes, y otra la involución de las normas, sea de la materia que fuere. Frente a las amenazas que en estos momentos penden-más que nunca con la situación económica derivada de la pandemia coronavirus- sobre las normas ambientales se impone la fundamentación de una teoría que pueda oponerse con éxito a los retrocesos legislativos o jurisprudenciales en materia de ambiente.

Así el objetivo de este trabajo es identificar y examinar en la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolanas las claves que permitan sustentar el principio de irreversibilidad de las normas ambientales. Para cumplir con el objetivo trazado, la investigación se sustentará en la especificidad del objeto del Derecho del Ambiente y su relevancia para la supervivencia humana; los principios generales del derecho ambiental; y en las teorías análogas existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### *1. Los principios de irreversibilidad y progresividad de los derechos humanos en la normativa venezolana.*

Los avances científicos y tecnológicos de los que el mundo goza hoy en día han surgido como respuesta a las necesidades humanas, y, en consecuencia, para facilitar que el ser humano pudiera alcanzar una vida más digna. No obstante, estos mismos avances han originado los desequilibrios ambientales que ponen en peligro nuestra supervivencia. Así, se sufre esta contradicción dialéctica que entrelaza desde el inicio, los derechos humanos y el ambiente. Pero esas relaciones van mucho más allá. De allí que resulte útil, para este trabajo, el apoyo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Resultan tan vinculados el derecho del ambiente, en tanto que rama jurídica, y el derecho al ambiente, en tanto que derecho humano, que ha llevado, incluso a algunos interpretes a confundir ambos conceptos, pese a que esta postura supone un grave retroceso filosófico pues significa reducir el ambiente a su consideración respecto al ser humano, obviando su valor per se.

#### *1.1. El principio de irreversibilidad: el compromiso primario*

Una de las principales características de los derechos humanos es su irreversibilidad. Esta es la obligación mínima para el Estado y trae aparejado como consecuencia la imposibilidad de su derogatoria y la obligatoriedad de

aplicar, entre dos normas diferentes para el mismo caso, aquella más favorable, sin que venga al caso la jerarquía legal. Y es la obligación mínima porque no exige un avance, tan solo impide una desmejora. En Venezuela es reconocida en el artículo 25 constitucional. El respeto a este principio es obligatorio para todos los órganos públicos, en consecuencia, impone al legislador y a todos los entes públicos la obligación de no reducir el alcance de los derechos fundamentales ya conquistados:

Artículo 25: Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Vale decir, ningún acto del poder público puede revertir un derecho humano ya conquistado. Otra disposición viene en su auxilio:

Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Este artículo es relevante porque concede a las normas internacionales un rango por encima, incluso, de la Constitución, justamente si otorga derechos más favorables. En otros países, la discusión sobre la aplicación de los tratados internacionales por encima de las normas internas se encuentra todavía viva. Pero aún más allá va el artículo 153 del mismo texto, respecto a los tratados de integración latinoamericana y caribeña, por cuanto se refieren concretamente a la materia ambiental: sobre manera los que toquen los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, son consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

Artículo 153: La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos

y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna).

Más claramente, pero solo en cuanto al derecho al trabajo, se observa el Artículo 89 constitucional, el cual establece que «ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales» y «cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad».

*1.2. El principio de progresividad: la incorporación de adelantos normativos*

Este principio conlleva la obligación para los Estados de adoptar medidas en forma sucesivas y continuas, cada vez más favorables a los ciudadanos. Así, no solo significa la imposibilidad del retorno a una situación anterior, que sería la exigencia límite por parte del Estado, sino que va un paso más allá por cuanto supone la obligación de ir incorporando una evolución positiva que asegure un mejor desarrollo de cada uno de esos derechos. Por ello se encuentra muy próximo y es subsecuente al principio de irreversibilidad de las normas relativas a derechos y garantías constitucionales. El principio de progresividad tiene su sustento en Venezuela en el artículo 19 del Texto Fundamental:

Artículo 19: El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.



Por ello, los derechos humanos, en cuanto irreversibles y progresivos, no pueden derogarse ni disminuirse una vez establecidos, y, en caso de modificación, debe ser para aumentar su goce efectivo. Una sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo<sup>3</sup>, analiza el alcance del término:

«El texto constitucional reconoce de manera expresa el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. Tal progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este ámbito cobra relevancia la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales. Ahora bien, el señalado artículo 19 constitucional no puede ser interpretado de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 22 y 23 de, los cuales completan el contenido de aquél, articulándose de esta forma la base dogmática general para la protección de los derechos humanos».

Otra sentencia del más alto tribunal hace referencia al mismo principio<sup>4</sup>: «Sentado lo anterior, observa que los vocablos intangibilidad y progresividad comprenden dos acepciones apartes. La intangibilidad puede entenderse adjetivamente en el sentido que no debe ni puede tocarse; la progresividad se entiende como cualidad de progresivo que significa que avanza, favorece el avance o lo procura o que progresa o aumenta en cantidad o perfección. De allí que, los derechos de los trabajadores en cuanto intangibles no pueden alterarse o modificarse luego de haberse establecidos; y que de modificarse se debe favorecer su avance o progreso».

## *II. El reconocimiento constitucional del derecho al ambiente*

---

<sup>3</sup> De fecha 06 días de febrero de 2007. Exp: 06-0898, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

<sup>4</sup> De fecha 23 de octubre 2007, caso Renny Gómez Boada, contra la sociedad mercantil C.V.G. BAUXILUM, C.A., con ponencia del Magistrado Omar Mora Diaz.

Ahora falta saber si el derecho al ambiente tiene reconocimiento legal para, en consecuencia, poder gozar de los mismos principios de los demás derechos humanos. La Constitución venezolana de 1999 dedica más de treinta artículos al tema ambiental, de los cuales tres constituyen un capítulo completo, más el preámbulo, donde se puede leer: «con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica ... en un Estado ... que promueva ... el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales».

El interés por el ambiente aparece como eje a lo largo de su articulado, constituyendo un tema transversal, e incorporándolo como un derecho fundamental, equivalente a la vida, e incluso por encima del derecho a la propiedad, a la salud y a la educación, y considerándolo como fin del Estado, como una de las bases para favorecer la integración latinoamericana y como fundamento de la seguridad de la Nación. Virtualmente no existe punto notable de la vida nacional que escape a las previsiones ambientales, constituyendo el ambiente la noción que apuntala las otras, al mismo tiempo que hilvana los demás asuntos públicos.

Esto no fue producto del acaso, el Constituyente tomó esta vía de modo más que consciente, como lo demuestra la exposición de motivos: «los principios contenidos en este capítulo (el consagrado a los Derechos Ambientales) encuentran su transversalización a través de otras disposiciones y principios que tienen como finalidad el desarrollo ecológico, social y económicamente sustentable de la Nación». En otras palabras, todo el desarrollo de la Nación, se realizará sobre bases ecológicas y ambientalmente admisibles.

Opino que puede alegarse que cualquier norma ambiental redundante en beneficio del goce al ambiente, pues tiende a garantizar su calidad, disponibilidad y ejercicio, y que la derogatoria o retroceso de alguna norma de protección o mejoramiento del ambiente menoscaba el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un ambiente sano, pues la elasticidad en las reglas y políticas ambientales va a disminuir las características ideales o próximas al ideal del ambiente garantizado, que en Venezuela son bien rígidas, toda vez que se exige que sea sano, seguro y ecológicamente equilibrado. Más aún si se observa el objeto de la principal ley ambiental venezolana, la Ley Orgánica del Ambiente<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial N° 5833 del 22 de diciembre de 2006.

Artículo 1: Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente, en el marco del desarrollo sustentable como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad, para contribuir a la seguridad y al logro del máximo bienestar de la población y al sostenimiento del planeta, en interés de la humanidad. De igual forma, establece las normas que desarrollan las garantías y derechos constitucionales a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

Deja claro que las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente, contribuyen al goce del derecho al ambiente, y, como corolario, que su menoscabo o retroceso se manifestará en perjuicio del goce del derecho humano al ambiente sano. Y no puede ser de otro modo, pues la única manera de garantizar un ambiente adecuado, en un estado de derecho, es con reglas claras y severas que impidan su degradación o deterioro; ambos asuntos deben ir de la mano. Sólo a través de normas que garanticen la conservación, defensa, y mejoramiento del ambiente es posible para el Estado atender esta garantía.

En el mismo artículo 127 de la Carta Magna también se estipula el deber del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos y las áreas de importancia ecológica, como parques nacionales y demás áreas naturales protegidas. También aparece como obligación fundamental del Estado, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Pero en esta obligación el Estado no está solo, sino que debe contar «con la activa participación de la sociedad», que como se señaló, conforma una característica de los derechos humanos de la solidaridad.

De otra parte, Venezuela es signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 11 es claro al consagrar el derecho al ambiente:

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

### *III. La reforma de las normas ambientales*

Partiendo del hecho de que, en tanto que reglas que son necesarias para poder garantizar el derecho al ambiente sano, se les aplica el principio de irreversibilidad, las reformas no pueden significar una involución. Pero la realidad puede presentarse de varias formas: la violación del principio expresamente por normas sustantivas nuevas o por la vía de normas procesales que impidan o dificulten el ejercicio de los derechos; la violación tácita por la inaplicabilidad administrativa o judicial; la violación alegando intereses superiores.

### *3.1. La modificación de normas ambientales en sentido regresivo*

No se conocen hasta ahora casos en Venezuela donde normas ambientales nuevas hayan conducido a un retroceso o relajamiento de las precedentes. Al contrario, las leyes y reglamentos progresivamente se han tornado más rigurosos a medida que se han ido alcanzado estándares más elevados de calidad ambiental, sobre todo en las normas técnicas de rango sublegal. No solo eso.

Se observa que en el período de cuarenta años que va de 1957<sup>6</sup>, hasta 1998<sup>7</sup>, solo se promulgaron cinco leyes ambientales: la Ley Orgánica del Ambiente, Ley Forestal de Suelos y de Aguas, Ley de Protección a la Fauna Silvestre, Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y Ley Penal del Ambiente. En los quince años de 2000 a 2015 se promulgaron veinte leyes ambientales, entre ellas, la Ley de Diversidad Biológica, Ley de Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos, Ley de Desechos Sólidos, Ley de Zonas Costeras, Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares, Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Aguas, Ley de Aguas, Ley de Pesca y Acuicultura, Ley de Sanidad Agrícola Integral, Ley de Bosques, Ley de semillas, material para reproducción animal e insumos biológicos, Decreto-Ley Orgánica de Espacios Acuáticos y Ley de Geografía, Cartografía y Catastro<sup>8</sup>.

Por débiles que hayan sido las leyes, que no lo son, ya el hecho de entrar a regular asuntos que no lo estaban, indica un avance fundamental en las reglas

---

<sup>6</sup> Se escoge esa fecha por marcar el fin de gobiernos de facto del siglo XX.

<sup>7</sup> Fecha emblemática por marcar el inicio, con la Constitución de ese año, del estado social de derecho y las subsiguientes reformas estructurales y de políticas públicas.

<sup>8</sup> Ver al respecto: I. DE LOS RÍOS, *Breve reseña de la legislación ambiental venezolana*, Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas, 2014.

de protección del ambiente. Algunas, como la Ley Orgánica del Ambiente<sup>9</sup> y Ley Penal del Ambiente<sup>10</sup> existían pero fueron modificadas en esos diez años, pero siempre con la característica de ser más severa la más reciente, lo contrario significaría una desmejora en cuanto a las garantías ambientales alcanzadas precedentemente, por tal motivo, no se han presentado casos en la jurisprudencia alegando la violación del principio en materia ambiental. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no presenta vacilaciones en cuanto a que no es admisible un cambio normativo negativo que desmejore los derechos humanos, como ya se ejemplificó en sentencia sobre derechos laborales mencionada supra.

Ello no solo en cuanto a las normas sustantivas. Las reformas procesales deben ir en el mismo sentido, pues incumben a los mecanismos de acceso y ejercicio efectivo de los derechos y garantías, sin los cuales estos resultarían en una simple expectativa de derechos, sin ningún valor. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reiterada y muy numerosa en el sentido de que tampoco es posible limitar el alcance de las normas sustantivas a través de normas procedimentales que dificulten su ejercicio. Lo vemos, por ejemplo, en sentencia del Tribunal Supremo<sup>11</sup>, que, aunque referida a un asunto penal, es perfectamente aplicable a todos los derechos humanos dado el radio de acción de la sentencia, referido a las reformas procesales en general, expresado en el segundo párrafo aquí copiado:

«(...) nos encontramos en presencia de un asunto penal en el cual el procesado, teniendo acceso en la fase de juicio al beneficio de Suspensión Condicional de la Pena, se acoge a una medida del proceso que cercena ese derecho, lo cual es contrario a toda disposición procesal penal dentro de nuestro marco legal y constitucional, ya que la situación procesal de una persona inculpada en un delito no puede sufrir cambios o modificaciones que signifiquen un retroceso, perjuicio, lesión o desmejora de cara al proceso penal, ya que se estaría quebrantando el precepto contenido en el artículo 19º de la Constitución de Venezuela. (...). En este sentido, las reformas procesales deben orientarse desde la perspectiva de una inserción positiva, tocante a la esencia misma de los derechos humanos, que en este caso particular atañe al derecho a la

---

<sup>9</sup> Gaceta Oficial N° 5833 extraordinario, 22 de diciembre de 2006.

<sup>10</sup> G.O. N° 39.913, 02 de mayo 2012.

<sup>11</sup> De fecha 04 de julio de 2006, caso Jorge Salcedo Díaz, expediente 05-0712, con ponencia de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

libertad, al mecanismo de acceso a la justicia y a la obtención de ese derecho, por aquello de que los derechos humanos son de interpretación extensiva y progresiva, no pudiéndose hacer una interpretación restrictiva que limite su aplicación».

Como quiera que, como características comunes, los derechos humanos, son indivisibles e interdependientes, lo cual impide que puedan establecerse comparaciones o jerarquías entre ellos, la opinión del más alto tribunal debe amparar también el derecho al ambiente sano. En esto no puede presentarse ninguna duda o discusión, como sí cabría entre si la progresividad, irreversibilidad e intangibilidad del derecho humano al ambiente abarca la progresividad, irreversibilidad e intangibilidad de las normas ambientales y no solo las que atañen los derechos humanos. Este, repito, es el punto a esclarecer.

### *3.2. La práctica administrativa y judicial y el retroceso disimulado del derecho ambiental*

En Venezuela, la práctica administrativa ha sido tradicionalmente mucho mas eficaz en la defensa del ambiente que la jurisdiccional, en primer lugar, a través del poder reglamentario, con el dictado de numerosos decretos ambientales de carácter técnico, antes del año 2000 cuando la labor legislativa fue casi inexistente, y en segundo lugar, a través de su poder de vigilancia y control, particularmente estricto, tanto en lo concerniente a las autorizaciones para la afectación de recursos naturales, como a la sanciones en caso de incumplimiento de las normas o de los permisos y licencias ambientales. La jurisdicción, y en especial la penal, ha estado, también tradicionalmente, poco dispuesta a sancionar conductas contrarias al ambiente, y en cuanto a la civil, pocas personas acuden a este medio por daños ambientales y esta es una vía mayormente privada.

En este sentido es preciso acotar, que, como se ha venido repitiendo desde 1976 cuando fue promulgada la primera Ley Orgánica del Ambiente y creado el primer ministerio ambiental en América, a las primeras personas a quienes es preciso concientizar son los jueces. Lamentablemente este asunto ha tardado demasiado. Aun cuando puede hacerse más y mejor, no es a nivel de la promulgación de leyes y decretos donde se encuentra el problema, sino en su falta de aplicación, sobre manera a nivel jurisdiccional.

Pero tampoco puede hablarse de un retroceso, pues desde sus inicios fue así, sino de una evolución muy lenta a este respecto, pues aunque se ha avanzado, en Venezuela todavía el nivel de aplicación de las normas no es el mejor.

*3.3. las exigencias de orden público y de interés general como justificación para el retroceso de las normas ambientales*

En cuanto a las exigencias de orden público y de interés general como justificación para un repliegue de las normas ambientales, el asunto actualmente es muy complejo de dilucidar por cuanto no existe un criterio unánime frente al tema. Por un lado, argumentando motivos de interés general y, concretamente, la obligación del Estado de garantizar un medio ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, el Ministerio del Ambiente ha emitido dictámenes declarando la nulidad de actos administrativos por los cuales se habían concedido permisos para el aprovechamiento de recursos naturales, especialmente en el caso de concesiones mineras. Es decir, los motivos de interés general han valido de argumento a favor del ambiente.

De otro lado, se ha tolerado la actividad agrícola y la construcción de viviendas en terrenos declarados como áreas naturales protegidas, incluidos parques nacionales, alegando como justificación el desarrollo rural, la utilización de tierras ociosas (siendo esta idea contraria a los que es un área natural protegida, donde no hay tierras ociosas), la incorporación del campesino al proceso productivo y la seguridad alimentaria. Las mayoría de las veces sin beneficios económicos o sociales, pues por regla general se trata de tierras no aptas para el cultivo.

Con todo, no pareciera que el derecho al ambiente sano, seguro y equilibrado estuviera en desventaja con otros derechos humanos por el propio hecho de tocar intereses económicos, sino más por causas provenientes de ser un derecho todavía en evolución, al contrario de las conquistas ya consolidadas en derecho penal y laboral. Baso esta opinión en el hecho de que los derechos laborales también inciden en el orden económico, y, sin embargo, no se relajan, al menos en Venezuela, alegando crisis económica alguna, pese a que algunas voces se levantaron en este sentido.

De otro modo, no existe en el país, o al menos no he encontrado, teorías sobre un nivel mínimo de protección ambiental, como lo hay en los demás derechos humanos. No obstante, entiendo que el nivel mínimo debe ser los

derechos ya reivindicados, sobre los cuales no es posible una regresión pues se estaría atentando contra los preceptos constitucionales y los tratados internacionales firmados por la República.

### *Conclusión*

Los evidentes puntos de encuentro entre los factores económicos y la defensa del ambiente han producido que ante la crisis económica y financiera mundial, algunas leyes ambientales hayan sido desmejoradas o flexibilizadas de manera de disminuir costos, e incluso, se tomen áreas protegidas para incorporarlas a la producción de bienes. Ante este peligro se impone ahondar en el análisis de aquellos elementos teóricos, en un derecho todavía emergente pese a su fecunda trayectoria, de modo de encontrar nuevos elementos para su defensa.

El objeto de protección del derecho al ambiente como rama jurídica, además de su peculiaridad, reviste características que lo hacen imprescindible para la vida y para el goce de los demás derechos humanos. De otra parte, el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado ha sido reconocido en varios sistemas regionales y en la mayoría de las constituciones nacionales, entre ellas, la venezolana. Estos derechos gozan de unos principios ya consagrados, como el de irreversibilidad, que significa el reconocimiento de una conquista mínima; y el de progresividad que se traduce como una evolución sostenida.

El punto es, ahora, esclarecer si pueden alegarse estos principios para las normas ambientales, vale decir, si el derecho del ambiente es irreversible, progresivo e intangible. Ese objeto es necesario protegerlo en sí mismo, pues de lo contrario no se podría garantizar el derecho al ambiente, lo que es apenas natural. Resultaría contradictorio pretender garantizar el derecho al ambiente sin garantizar el ambiente también. No puede sino concluirse que teniendo los derechos humanos unos principios, y habiendo sido reconocido el derecho al ambiente como un derecho humano, goza de los mismos principios que los otros. Y la única manera, por ahora, es a través del derecho. Cualquier medida, franca o solapada, que signifique una regresión o rescisión de las normas ambientales debe entenderse como atentatoria de la Constitución.

No obstante, el principio no encontró eco en Río+20. Como ya es un lugar común, por lo repetido desde el final de la Reunión, la copa quedó a la mitad, unos la verán medio llena, otros la verán medio vacía. Y los más optimistas, que son los más, pues no hay nadie más optimista que un ambientalista, declaran que



si bien no revela ningún compromiso, deja la puerta abierta para acciones más concretas.

Escribí después de Río 92, que si el siglo XX había sido el del principio de prevención, el XXI sería el del principio de precaución. No pensé, en mi inagotable optimismo ambientalista, que se debería, a 40 años de Estocolmo, luchar por una reivindicación mínima como el principio de irreversibilidad. El derecho es de las ciencias más antiguas y, al mismo tiempo, siempre nueva; aquella vieja camisa que le iba quedando corta a la sociedad, que decían nuestros profesores. Mas, el derecho del ambiente no espera a quedar estrecho, va fabricando su propia camisa antes de quedar inservible. Y hasta pienso que va fabricando la sociedad a la que le quede bien la camisa. Vamos entonces, por esta otra conquista.

#### BIBLIOGRAFIA

De los Ríos Isabel, Derecho del Ambiente. *Especial referencia a las disposiciones penales*, Editora Isabel De los Ríos. Caracas, 1ª. edición octubre 1993, 2ª. edición revisada 1994.

De los Ríos Isabel, *Breve reseña de la legislación ambiental venezolana*, Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas, 2014.

De los Ríos Isabel, *Principios de Derecho Ambiental*. Edit. Isabel De los Ríos, Caracas, tercera edición puesta al día, 2016.

De los Ríos Isabel, *El principio de irreversibilidad de las normas ambientales en el derecho venezolano*, In: *La non régression en droit de l'environnement*, sous la direction de Michel Prieur et Gonzalo Sozzo. Bruylant, Bruxelles, 2012.

De los Ríos Isabel, *El principio de irreversibilidad de las normas ambientales en algunos países latinoamericanos*. Encuentro Mundial de Juristas de Medio Ambiente. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable, Río+20. Río de Janeiro, junio 2012.

De los Ríos Isabel, *Los principios generales del Derecho Ambiental luego de la Conferencia de Estocolmo*, In: *A efetividades do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na América Latina. Balanço dos resultados das quatro décadas da Conferência de Estocolmo*, Editora Universitária Leopoldianum, Santos, 2012.

De los Ríos Isabel, *Nuevo reto del Derecho ambiental: la construcción del principio de irreversibilidad de las normas de protección del ambiente*, In: Peña Chacón Mario (editor), *El principio de no regresión en Iberoamérica: balance y perspectivas*. Centro de Derecho Ambiental de IUCN. Bonn, 2016.

Peña Chacón Mario (Dir.), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, San José, 2013.

Peña Chacón Mario, *El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 8, mayo 2013.

Peña Chacón Mario (edit.), *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*, UICN, Gland, 2015.

Preiur Michel y Sozzo Gonzalo (coord.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Real Ferrer Gabriel, *El principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la sostenibilidad*. In: Peña Chacón Mario (edit.), *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*, UICN, Gland, 2015.

**ABSTRACT**

Isabel De los Ríos – *El principio de irreversibilidad o no regresión de las normas ambientales en el derecho ambiental venezolano especial referencia al derecho ambiental de Venezuela*

Los principios generales del derecho ambiental se encuentran derivados de los documentos internacionales, fundamentalmente de las Declaraciones de Principios de las Conferencias de Estocolmo y de Río, y de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. La validez de la elaboración de tales principios es un asunto pacífico, entre otras razones porque no existe un número cerrado de principios generales del derecho; más en Derecho Ambiental, un derecho emergente, en permanente evolución. Esto ha llevado a la elaboración de un nuevo principio, el de no retroceso. Este principio ha sido consagrado desde el principio en los derechos humanos, pero no sucede así, todavía, en derecho ambiental. Cualquier norma ambiental redundante en beneficio del goce al ambiente, pues tiende a garantizar su calidad, y que la derogatoria o retroceso de alguna norma de protección o mejoramiento del ambiente menoscaba el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un ambiente sano. Partiendo del hecho de que, en tanto que reglas que son necesarias para poder garantizar el derecho al ambiente sano, se les aplica el principio de irreversibilidad. La realidad puede presentarse de varias formas: la violación del principio expresamente por normas nuevas o por normas procesales que impidan o dificulten el ejercicio de los derechos; la violación tácita por la inaplicabilidad administrativa o judicial; la violación alegando intereses superiores. No se conocen hasta ahora casos en Venezuela donde normas ambientales nuevas hayan conducido a un retroceso o relajamiento de las precedentes. La práctica administrativa y la jurisprudencia venezolana también ha corroborado la validez de tal principio en Derecho ambiental en el país.

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho Ambiental; Principios generales del Derecho; Derechos Humanos; Principio de no regresión; Principio de irreversibilidad.*

Isabel De los Ríos – *The principle of irreversibility of environmental rules with special reference to environmental of Venezuela*

The general principles of environmental law are derived from international documents, fundamentally from the Declarations of Principles of the Stockholm and Rio Conferences, and the 1982 World Charter for Nature. The validity of the elaboration of such principles is a peaceful matter, among other reasons because there is no closed number of general principles of law; more in Environmental Law, an emerging law, in permanent evolution. This has led to the development of a new principle, that of no retrogression. This principle permeates all matters relating to human rights, but this is not the case yet in environmental law. It can be argued that any environmental standard is beneficial to the enjoyment of the environment, since it tends to guarantee its quality, and that the repeal or setback of any standard for the protection or improvement of the environment undermines the right of citizens to enjoy a healthy environment. Starting from the fact that, as rules that are necessary to guarantee the right to a healthy environment, the principle of irreversibility is applied to them. But reality can be presented in several ways: the violation of the principle expressly by new substantive norms or by way of.

**KEYWORDS:** *Environmental law; General principles of law; Human rights; Principle of non-regression; Irreversibility principle.*

MARIO PEÑA CHACON\*

*El principio de progresividad como contracara del principio de no regresión ambiental\*\**

*“Hasta el éxito de la norma obliga a cambiarla cuando logra su objetivo por normas que apunten a objetivos superadores”.*

Mario F. Valls

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* - 2. *Principio de progresividad de los derechos ambientales. Conceptualización, contenido y alcances.* - 3. *Fundamentación del Principio de Progresividad del Derecho Ambiental.* - 3.1 *Fundamentación basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* - 3.2 *Fundamentación basada en el Derecho Internacional Ambiental.* - 3.3 *Fundamentación basada en el derecho internacional regulador del libre comercio y las inversiones.* - 3.4 *Fundamentación basada en el derecho de la Constitución.* - 3.5 *Fundamentación basada en el derecho interno.* - 4. *Obligaciones estatales derivadas del principio de progresividad de los derechos ambientales.* - 5. *Límites, excepciones y restricciones.* - 6. *Principio de progresividad en la hermenéutica jurídica ambiental.* - 7. *Conclusiones.*

*1. Introducción*

A raíz del principio de progresividad del derecho ambiental, el Estado debe proceder a adoptar, lo más expedita y eficazmente posible y comprometiendo hasta el máximo de recursos de los que disponga, medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos.

---

\* PROF. INTERINO LIC., Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de las Maestrías en: Derecho Ambiental, Derecho Público, Negocios Internacionales y Gestión y Turismo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR), Profesor de los cursos del énfasis en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. E-mail: [mariopenachacon@gmail.com](mailto:mariopenachacon@gmail.com).

\*\* La versión original este artículo formó parte de la obra jurídica *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, primera edición, San José, 2021, bajo el título “El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental”.

2. *Principio de progresividad de los derechos ambientales. Conceptualización, contenido y alcances*

El maestro francés Prieur<sup>1</sup> apoya la hipótesis de un derecho ambiental obligatoriamente progresivo en la consagración del medio ambiente como derecho humano. Afirma que el derecho ambiental ha pasado a convertirse en un derecho fundamental, y como tal, se beneficia de las teorías existentes previamente cuyo objetivo es aumentar aún más la efectividad de los derechos humanos, por ello, 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 este connotado jurista francés<sup>2</sup>, la idea de garantizar un desarrollo continuo y progresivo del derecho ambiental hasta los niveles más elevados de efectividad es inherente a su carácter finalista, cuyo objetivo es la mejora continua de la protección del medio ambiente mediante normas jurídicas que contribuyan a la preservación de la diversidad biológica y a la disminución de la contaminación. 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 progresividad del derecho ambiental se ve legitimada, de forma jurídica, a través de los derechos humanos y su finalidad de *favorecer el progreso social e instaurar mejores condiciones de vida*, en los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>3</sup>. De allí resultan para los Estados obligaciones positivas, en especial en el área ambiental.

Por su parte, Valls<sup>4</sup> nos recuerda que la permanencia y serenidad que se le atribuye al derecho en general no vale en materia ambiental, porque el ambiente cambia espontáneamente y por acción antrópica. La mera preservación del ambiente demanda una acción permanente, por ello a su entender el «*stand still*» no basta en materia ambiental. Acertadamente afirma que «la casa, los dientes y el ambiente se deben limpiar todos los días» y «hasta el éxito de la norma obliga

---

<sup>1</sup> M. PRIEUR, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Editions Bruylant, Bruselas, 2012.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

<sup>4</sup> M. F. VALLS, “La regresión acecha al derecho ambiental. La doctrina está alerta”, en M. PEÑA CHACÓN (Editor), *El Principio de no regresión del derecho ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.

a cambiarla cuando logra su objetivo por normas que apunten a objetivos superadores». Según su criterio, el derecho ambiental no solo debe ser no regresivo, sino también progresivo. Por ello expone que la opción entre progresión y regresión es clara: «los seres humanos preferimos la progresión, pero no todos los seres humanos prefieren el progreso del prójimo, sobre todo si es en vez del propio».

Respecto a la definición de principio de progresividad contenida en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente de Argentina<sup>5</sup>: «Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos», VALLS es muy crítico, manifestando que se constituye en una rémora a la acción inmediata y urgente que suele requerir la protección del ambiente, ya que paradójicamente impone la gradualidad para la prosecución de los objetivos ambientales. A su criterio, «la restricción que la definición impuso al principio enerva el sentido positivo que legitima para accionar a quien tenga derecho a su uso y goce contra quien disminuya o impida ese uso y goce»<sup>6</sup>.

Esáin<sup>7</sup> expone que la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la luz de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello, favorecer el progreso social, ordenar a los Estados a avanzar de manera progresiva en el goce cada vez más acabado del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, conlleva que los esfuerzos de protección -tanto las limitaciones de derechos individuales como las medidas de acción positiva del Estado- se deberán dar de manera gradual -para no afectar drásticamente los derechos individuales de propiedad o industria lícita- pero sin retrocesos.

A su juicio<sup>8</sup>, del principio de progresividad derivan dos subprincipios: *gradualidad* y *no regresión*. La gradualidad, importa una limitación al avance de las reglas de policía ambiental, o por lo menos una exigencia de escalonamiento

---

<sup>5</sup> Ley número 25675 sancionada el 06 de noviembre de 2002 y promulgada el 27 de noviembre de 2002

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> J. ESAÍN, “Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente”, en M. PEÑA CHACÓN (Editor), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. PNUD, 2013.

<sup>8</sup> *Ibid.*

en su ejecución y el diferimiento en el tiempo en cuanto a la aplicabilidad de límites sancionados. Por ello, protege los derechos individuales contra el desembarco de normas que amplíen la protección ambiental - lo que importa en muchos casos una restricción de los primeros - permitiendo a sus titulares una adecuación paulatina a las nuevas exigencias. En el otro extremo, se encuentra la no regresión, que manda mantener y nunca disminuir los estándares de protección alcanzados, a fin de ir consolidando el progresivo incremento en sus niveles de concretización.

Para Esaín<sup>9</sup>, el derecho al ambiente exige un marco: el desarrollo sostenible, y es esa estructura la que debe modificarse, mutar para lograr la protección del derecho. En esto, las autoridades deben adoptar políticas de fomento o policía que progresivamente avancen en el logro del desarrollo sostenible. De esta forma, el desarrollo sostenible impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica avanzar y mejorar en las medidas de protección del medio ambiente.

Por otra parte, Sozzo<sup>10</sup> expone que, si bien es posible apoyarse en la idea de desarrollo sustentable, tal y como lo hace Esaín, una perspectiva más radical acerca de la idea de progreso, permite un *punto arquimédico* más universal: la idea de progreso como perdurabilidad que, a su vez, se sustenta en la idea de patrimonio común de la humanidad y de la responsabilidad para con las generaciones futuras. A su criterio, la idea de progreso como implementación progresiva es más reciente; parte del reconocimiento de que los objetivos y metas no pueden ser alcanzados de manera inmediata e instantánea, sino que requieren un proceso de implementación. Para este jurista argentino, la progresividad se vincula con la idea de que el derecho es eminentemente instrumental, encontrándose materialmente orientado por la política. Manifiesta que si en efecto, debe marcharse siempre hacia adelante, ello implica no retrocederse, por tanto, se hace necesario asegurar el progreso como progresividad – faceta positiva- y con ello, la inhibición de los retrocesos – faceta negativa.

Para Gatica<sup>11</sup>, la idea de progreso como mejoramiento continuo, concebido tradicionalmente como económico y tecnológico, y sus

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> G. SOZZO, “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20”, *JA*, 2011, IV, fascículo n. 13, Buenos Aires, 2011.

<sup>11</sup> S. GATICA, *Principio de no regresión de la caída de la idea de progreso al deber de progresividad*, Tesina de Especialización, Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, 2014.



reformulaciones, ha tenido su reflejo en ámbitos como la filosofía, la política y el derecho. Afirma que su proyección en el ámbito jurídico quedó plasmada con la consagración del principio de progresividad de los derechos humanos, que implicó una reformulación en los términos de lo que tradicionalmente se entendió como progreso.

Por su parte, Cafferatta<sup>12</sup> expone que, por el principio de progresividad, el legislador no puede menoscabar 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 eficacia, lo que obliga al Parlamento a dar en todo momento a la legislación un efecto ascendente. Respecto a la connotación de *gradualidad*, citando a Bibiloni<sup>13</sup>, Cafferatta<sup>14</sup> hace hincapié que, en la doctrina argentina, se destaca que este principio responde a las ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización y de adaptación.

Berros<sup>15</sup> explica que la obligación de “progreso” o “*mejora continua en las condiciones de existencia*” contenida en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), manda al Estado a “*hacer*”, “*moverse hacia delante*” y “*generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección de estos derechos*”. El fin de la progresividad en el derecho ambiental, a su criterio, aparece de la mano de la idea de un estado de situación y un objetivo de máxima a cumplir mediante la consecución de una serie de medidas. Considerando especialmente el PIDESC y recreando el vínculo entre el ambiente y el ámbito de los derechos humanos, afirma que, si bien la progresividad importa reformas a ser cumplidas temporalmente con metas interinas incorporadas a un cronograma gradual de cumplimiento, una vez que se ha avanzado en dicha tarea, no puede volverse atrás. Concluye indicando que, por el contrario, el nivel de protección alcanzado debe ser respetado y no disminuido sino incrementado.

---

<sup>12</sup> N. CAFFERATTA, *Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la Ley 25675 General del Ambiente*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2012.

<sup>13</sup> H. BIBILONI, "Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica, *J.A.*, 7 de marzo 2001, Número especial de Derecho Ambiental, 1º parte citado por Néstor Cafferatta en “*Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada*”, DJ, 2002- 3.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> M. V. BERROS, “Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”, en *J. A.*, 2011-IV, fasc. N.13, Buenos Aires, 2011.

A todas luces, el carácter finalista del derecho ambiental y su objetivo de tutela de bienes jurídicos esenciales como la vida, salud y el equilibrio ecológico, a través de normas jurídicas que busquen aumentar la protección de la biodiversidad y disminuir la contaminación, conlleva ineludiblemente a sostener que este únicamente podrá ser efectivo, cuando las modificaciones que le afecten conduzcan a un medio ambiente mejor que el anterior<sup>16</sup>.

A través del principio de progresividad del derecho ambiental, el Estado se ve compelido a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos.

El estatus de progresividad del derecho ambiental como derecho humano busca la evolución sostenida de la normativa mediante medidas sucesivas y continuas cada vez más favorables, y con ello asegurar las condiciones ambientales más aptas para las generaciones presentes y futuras. Trata de asegurar que el nivel de protección alcanzado sea respetado, no disminuido, sino más bien incrementado<sup>17</sup>. La regla general es que el derecho ambiental, salvo contadas excepciones, únicamente podría ser modificado *in mellius* y nunca *in pejus*<sup>18</sup>, ya que, en esta materia, *el camino es hacia adelante, nunca hacia atrás*<sup>19</sup>.

En virtud del principio de progresividad, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección del derecho humano al ambiente, reconocido por el artículo 11 del Protocolo de Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales - Protocolo de San Salvador - y 50 constitucional<sup>20</sup>, el cual requiere de múltiples acciones estatales de carácter positivo para su protección y pleno goce por parte de todos sus titulares.

La aplicación efectiva del principio de progresividad ambiental implica una serie de obligaciones estatales dentro de las que se encuentran: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales aprobadas idealmente tras un

---

<sup>16</sup> M. PRIEUR, *op.cit.*

<sup>17</sup> M. V. BERROS, *op.cit.*

<sup>18</sup> O. P. TEXEIRA, *O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

<sup>19</sup> Voto número 2014-18836 del 18 de noviembre de 2014, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

<sup>20</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica del 07 de noviembre de 1949.

proceso que permita una participación pública informada y considere las normas nacionales e internacionales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos ambientales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos ambientales; vigilar la situación de los derechos ambientales y contar con información detallada al respecto; no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivas, y cerciorarse de que las medidas adoptadas sean cumplidas<sup>21</sup>.

Otros derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, tales como el derecho al agua potable y al saneamiento, derecho a la alimentación, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, así como los derechos de los desplazados ambientales, comparten su carácter progresivo.

El principio de progresividad, como contracara del principio de no regresividad, conlleva siempre una obligación positiva que se traduce en *progreso o mejora continua en las condiciones de existencia*. Aquí el imperativo manda *hacer*, el Estado debe *moverse hacia delante y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental* mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas<sup>22</sup>.

Mientras el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo<sup>23</sup> de protección ambiental que debe respetarse, el de progresividad busca el avance gradual, constante y sistemático hacia la más plena realización de los derechos humanos ambientales. Este principio parte de la idea de evolución clásica del derecho y su modificación permanente e inevitable a través de procesos normativos y jurisprudenciales que eleven el nivel de protección ambiental.

Si bien, el principio de progresividad de los derechos humanos ambientales impulsa su protección hacia adelante por parte del Estado, en procura

---

<sup>21</sup> Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

<sup>22</sup> M. V. BERROS, *op.cit.*

<sup>23</sup> M. V. BERROS, *Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*, en *J.A.*, 2011-IV, fasc. N. 13, 2011. «La idea de “mínimo” pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del “volumen de transferencia” hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar una idea de “mínimo” en lugar de “máximo” a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir».

de su desarrollo, con el fin de garantizar estabilidad a los alcances logrados e imponer racionalidad en la explotación, utilización de los recursos naturales y en la producción de bienes, su implementación debe darse de forma gradual para no afectar otros derechos individuales y sociales, lo anterior bajo la lógica de la interdependencia de los derechos humanos y la búsqueda del justo equilibrio en su aplicación<sup>24</sup>.

Por ello, la obligación de progresividad ambiental no es absoluta, ilimitada ni mucho menos irrestricta, encontrándose condicionada por el margen de discreción con el que cuenta el Estado en la selección de los mecanismos para hacerlas efectivas, así como por la totalidad del elenco de derechos fundamentales, con los que los derechos ambientales deben coexistir en justo equilibrio. El Estado deberá proceder lo más expedita y eficazmente posible, comprometiendo hasta el máximo de recursos de los que disponga, procurando una participación pública informada y teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales; a escoger aquella medida que mejor potencie el fin ambiental propuesto, y que, a la vez, sea la menos sacrificante en relación con otros derechos humanos.

El estatus de derecho humano, su reconocimiento a nivel constitucional y convencional, su carácter finalista, así como los principios ambientales de progresividad, no regresividad y precautorio, obligan al operador jurídico a aplicar la regla hermenéutica de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental.

Sería posible entonces afirmar que el principio de progresividad actúa como una obligación constitucional y convencional de carácter positivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en estricto y justo equilibrio con el resto de los derechos humanos.

### *3. Fundamentación del Principio de Progresividad del Derecho Ambiental*

Al estado actual de su desarrollo, es posible deducir el contenido, alcances y limitaciones del principio de progresividad de los derechos ambientales acudiendo al derecho internacional de los derechos humanos,

---

<sup>24</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto número 2015-5616 del 22 de abril del 2015.

derecho internacional ambiental, derecho internacional regulador del libre comercio y las inversiones, derecho constitucional, derecho interno, y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

### *3.1 Fundamentación basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes. El goce completo de los derechos civiles y políticos es imposible sin el de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>25</sup>

El derecho humano al ambiente, considerado como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, viene hoy a completar y reforzar los derechos civiles y políticos<sup>26</sup>.

En virtud de lo anterior, es posible fundamentar el principio de progresividad de los derechos ambientales basándose en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo de Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

<sup>25</sup> Párrafo 13 de la proclamación de Teherán de 1968 (UN doc A/CONF 32/41); párrafo 5 de la Declaración de Viena de 1993 (A/CONF.157/23).

<sup>26</sup> Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente promovido por el Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE).// La inclusión de los derechos ambientales dentro de los derechos económicos, sociales y culturales encuentra sustento tanto en el principio 25 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo el cual dispone que la paz, el desarrollo y la protección ambiental son interdependientes e indivisibles, como en el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incorpora en su artículo 11.1 de manera expresa, los derechos ambientales. De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, de forma incipiente, relaciona los DESC con los derechos ambientales a través de sus artículos 12.1 y 12.2.b, que reconocen el derecho a un nivel de vida adecuado y a la mejora continua de las condiciones de vida, así como el derecho de toda persona a disfrutar de los más elevados niveles de salud física y mental relacionados con mejoras en todos los aspectos de higiene del trabajo y medio ambiente.

Conforme a la Carta de Naciones Unidas<sup>27</sup> y al Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>28</sup>, los pueblos han resuelto favorecer el progreso social, instaurar mejores condiciones de vida en la más amplia libertad y hacer efectivo el respeto universal de los derechos humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>29</sup>, en su artículo 5, dispone que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. Tampoco admite restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>30</sup> en su artículo 2.1. dispone:

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

Siguiendo la doctrina de los autores Courtis y Abramovich<sup>31</sup>, del artículo 2.1 del PIDESC pueden extraerse distintas pero complementarias nociones de progresividad, una primera relacionada con la *gradualidad* de las medidas que deben ser adoptadas por los Estados en el tiempo, y la segunda vinculada al concepto de *progreso*, como deber estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>27</sup> La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

<sup>28</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

<sup>29</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>30</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI) del 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>31</sup> V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

En primer lugar, para dichos autores, la progresividad implica un reconocimiento de la necesidad de un esfuerzo prolongado por parte de los Estados, para alcanzar la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el PIDESC. Esta idea de progresividad encuentra fundamento en la Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>32</sup> que al efecto dispuso:

«El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo (...). Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (...). Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo».

Por su parte, la segunda noción de progresividad, a criterio de Courtis y Abramovich<sup>33</sup>, trae consigo una obligación de aumento sostenido en el nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, sea una idea de *progreso* entendida como mejora gradual, constante y sistemática de los resultados en materia de derechos sociales. Al respecto, el párrafo 9 de la Observación General número 3 impone la obligación de moverse tan rápido y efectivamente hacia la meta, mientras que su párrafo 2 dispone que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos, deben ser deliberadas concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 11.1 del PIDESC que al efecto establece:

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

---

<sup>32</sup> Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

<sup>33</sup> *Ibid.*

existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

Al respecto Courtis<sup>34</sup> recalca que el PIDESC requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de *progreso*, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales. De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, a criterio del mencionado autor, es posible extraer algunas obligaciones concretas, entre ellas, la obligación mínima asumida por el Estado de *no regresividad*, sea, la prohibición de adoptar medidas, ya se trate de políticas, normas jurídicas, prácticas administrativas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora *progresiva*.

Para Courtis<sup>35</sup>, dado que el Estado se compromete a mejorar la situación de estos derechos simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes.

También es posible extraer y derivar la obligación de progresividad de los instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano, específicamente del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 1 del Protocolo de San Salvador que prevén respectivamente la obligación de progresividad:

«Artículo 26. Desarrollo progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

«Artículo 1. Obligación de adoptar medidas. Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

---

<sup>34</sup> C. COURTIS, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006.

<sup>35</sup> *Ibid.*



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

Aunado a las dos disposiciones antes citadas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó el 7 de junio de 2005, mediante la Resolución AG/RES 2074 las *Normas para la confección de informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador*, en la que se define la obligación de progresividad de la siguiente manera:

«5.1. A Los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural».

A la vez, las referidas Normas conceptualiza "*medidas regresivas*" de la siguiente forma:

«Se recuerda que por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido. Se recuerda también que el carácter acotado en el tiempo de ciertas medidas regresivas como consecuencia o a continuación de situaciones excepcionales permite una evaluación distinta».

Como bien lo señala Courtis<sup>36</sup>, la idea de progresividad en el sentido de *progreso* también encuentra asidero en la interpretación que le ha venido dando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al artículo 26 de la Convención Americana:

«Si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en este campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos». Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1997.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

«El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos». Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, 2000.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los apartados 102 y 105 de la sentencia del 1 de junio de 2009 del caso *Acevedo y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú, respecto del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales del artículo 26 de la Convención, señaló lo siguiente:

«102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”<sup>37</sup>. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido<sup>38</sup>. Así, la

---

<sup>37</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones (1990), párr. 9.

<sup>38</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que: «[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son “adecuadas” o “razonables”, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta

implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos».

«105. El incumplimiento de las referidas sentencias judiciales y el consecuente efecto patrimonial que este ha tenido sobre las víctimas son situaciones que afectan los derechos a la protección judicial y a la propiedad, reconocidos en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana, respectivamente. En cambio, el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento».

En la Opinión Consultiva OC 23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, refiriéndose al derecho humano al acceso al agua, la Corte Interamericana dispuso:

«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 derecho, 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” 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

---

la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo». Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto», E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

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»».

Esta misma Corte, en el caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia del 6 de febrero del 2020, al realizar el análisis de la responsabilidad estatal, después de haber tenido como trasgredidos los derechos humanos a un medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al acceso al agua y a participar en la vida cultural, dispuso:

«272. A fin de examinar la responsabilidad estatal, es preciso dejar establecido que, como surge de lo ya expuesto, sin perjuicio de la obligación de adoptar providencias para, “progresivamente”, lograr la “plena efectividad” de los derechos incluidos en el artículo 26 de la Convención, el contenido de tales derechos incluye aspectos que son de inmediata exigibilidad. Se ha indicado que rigen al respecto las obligaciones prescritas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. En el presente caso, los alegatos de las partes aluden a la obligación estatal de garantizar el goce de los derechos, previniendo o evitando su lesión por parte de particulares. En esto centrará su examen la Corte. El caso no requiere un análisis sobre conductas estatales vinculadas al avance “progresivo” en la “plena efectividad” de los derechos».

También es importante citar las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>39</sup>, que al igual que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los organismos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, considera como violatorio de los derechos económicos, sociales y culturales:

- La derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social o cultural del que ya se goza; (Principio 14.a)
- La adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos; (Principio 14.d);

---

<sup>39</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*, 24 período de sesiones, doc. E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000. Las directrices constituyen un instrumento interpretativo al que acuden con frecuencia los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

- La adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho. (Principio 14.e)
- La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor. (Principio 14.f)

Además, el reconocimiento de las obligaciones de progresividad y no regresividad de los derechos ambientales ha sido objeto de análisis en los distintos informes del Experto Independiente de la Naciones Unidas (actualmente bajo el estatus de Relator Especial) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Al efecto, el informe número A-HRC-25-53 del 30 de diciembre de 2013 sobre obligaciones relacionadas con el medio ambiente dispone:

«80. Las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente incluyen también las obligaciones sustantivas de aprobar marcos jurídicos e institucionales que protejan contra los daños ambientales que interfieran en el disfrute de los derechos humanos, incluidos los daños ocasionados por actores privados. La obligación de proteger los derechos humanos de los daños ambientales no exige a los Estados que prohíban todas las actividades que puedan degradar el medio ambiente; los Estados pueden optar por lograr un equilibrio entre la protección del medio ambiente y otros intereses sociales legítimos. Sin embargo, este equilibrio debe ser razonable y no conducir a violaciones previsibles e injustificadas de los derechos humanos. Para determinar si un equilibrio es razonable, pueden resultar especialmente pertinentes las normas nacionales e internacionales relativas a la salud. También se desaconsejan enérgicamente las medidas regresivas».

Por su parte, el Informe H/HRC/31/52 del 1 de febrero del 2016 acerca de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el cambio climático, menciona:

«43. La obligación de cooperación internacional se basa en la práctica general de los Estados y, más concretamente, en la Carta de las Naciones Unidas. El artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas exige promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos” y, en el artículo 56, “todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los

propósitos consignados en el Artículo 55”. Del mismo modo, el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requiere que cada una de sus partes adopte “medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales” para lograr progresivamente los derechos reconocidos en el Pacto».

«48. Esta distinción es pertinente para todas las obligaciones de derechos humanos de los Estados en relación con el cambio climático, en particular el deber de cooperación internacional. Al igual que en las normas de derechos humanos en general, algunas de esas obligaciones son de efecto inmediato y requieren básicamente la misma conducta de todos los Estados. Por ejemplo, todos deben respetar los derechos a la libertad de expresión y de asociación en la formulación y aplicación de medidas relacionadas con el clima. Al mismo tiempo, es posible que el cumplimiento de otras obligaciones, por ejemplo, las medidas encaminadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, varíe según las distintas capacidades y situaciones. Sin embargo, incluso en esos casos, los Estados deben hacer todo lo que puedan. Más precisamente, en consonancia con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado debe adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en este Pacto por todos los medios apropiados”».

«68. En el plano nacional, cada Estado tiene la obligación de proteger a quienes se encuentran en su territorio de los efectos perjudiciales del cambio climático. Esta obligación es relativamente sencilla en lo referente al establecimiento y la aplicación de medidas de adaptación eficaces. Los Estados deben adoptar un marco jurídico e institucional que preste asistencia a quienes estén bajo su jurisdicción para adaptarse a los efectos inevitables del cambio climático. Los Estados, si bien tienen cierto grado de discrecionalidad en cuanto a qué medidas adoptar, teniendo en cuenta su situación económica y otras prioridades nacionales, deberían asegurarse de que las medidas se formulen tras un proceso que permita una participación pública informada, tengan en cuenta las normas nacionales e internacionales y no sean regresivas ni discriminatorias. Por último, una vez que se adoptan las normas, los Estados deben cerciorarse de que se cumplan».

«75. La aplicación de esos factores al régimen internacional del cambio climático indica que los Estados han logrado un equilibrio razonable en muchos

aspectos. Han llevado a cabo un proceso internacional de adopción de decisiones basadas en evaluaciones científicas detalladas que se han divulgado públicamente. El acuerdo surgido de este proceso en 2015 tiene en cuenta las normas internacionales, en particular las normas relativas a los derechos humanos, y no es regresivo. Tampoco parece ser discriminatorio y comprende algunas disposiciones que tienen por fin atender a las preocupaciones de los países y las comunidades más vulnerables».

Por último, y siempre en relación con el Informe H/HRC/31/52 del 1 de febrero del 2016, el Relator Especial fue enfático en señalar:

«Sería una simplificación excesiva dar a entender que todas las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales están sujetos a una realización progresiva dependiendo de la situación de los Estados y que todas las obligaciones relativas a los derechos civiles y políticos exigen exactamente el mismo comportamiento de los Estados. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dejado claro que algunas obligaciones contraídas en virtud del Pacto, incluida la no discriminación, surten efecto inmediato (véase la observación general núm. 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes, párr. 1). Si bien todas las partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están obligadas a respetar los derechos civiles y políticos adoptando (o absteniéndose de adoptar) fundamentalmente las mismas medidas, el Comité de Derechos Humanos ha declarado que, al menos en algunas circunstancias, los Estados también están obligados a actuar con la debida diligencia para prevenir y reparar la vulneración de derechos por personas o entidades privadas (véase la observación general núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 8). La consideración de lo que es diligencia debida en un caso particular podría verse afectada por varios factores que pueden variar de una situación a otra».

También es importante destacar que el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú<sup>40</sup>, primer acuerdo

---

<sup>40</sup> Adoptado en la ciudad de Escazú, San José, Costa Rica el 04 de marzo de 2018, se trata del primer acuerdo regional vinculante para proteger los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). El Acuerdo se encuentra abierto a la firma de todos los países de América Latina y el Caribe (33 naciones) en la Sede de las Naciones

regional vinculante sobre derechos humanos y medio ambiente, recoge en su artículo tercero, dentro del elenco de principios, a los principios de progresividad y no regresión.

A todas luces, la obligación de progresividad y de prohibición de regresividad inherente a la totalidad de los derechos humanos, incluye todas aquellas medidas políticas, jurídicas y administrativas que puedan afectar el nivel de protección ambiental alcanzado con anterioridad, así como la obligación de mejora progresiva y sistemática del nivel de calidad ambiental. En este contexto, la regla general es que los derechos humanos ambientales, salvo contadas excepciones, únicamente podría ser modificado para mejorarlo.

Ante el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos y dentro de ellos los derechos estrictamente ambientales, el Estado se ve obligado en brindarles respeto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todos los estadios de su desarrollo y crecimiento. Esta misma obligación impide a la vez, todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad.

### *3.2 Fundamentación basada en el Derecho Internacional Ambiental*

Coincidimos con Prieur<sup>41</sup> en que el derecho internacional ambiental posee una visión futurista y progresista del mundo, lo cual se ve plasmado en su objetivo de promover un mejor medio ambiente en beneficio de la humanidad.

Al efecto, la idea de progresividad se encuentra inserta en los principales instrumentos internacionales de *soft law*<sup>42</sup>. La Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, en sus principios 1, 2 y 24, establece el compromiso solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las

---

Unidas en Nueva York, del 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020, y que estará sujeto a la ratificación, la aceptación o la aprobación de los Estados que lo hayan firmado.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *El Soft law* o derecho blando del derecho internacional ambiental, integrado entre otros por la Declaraciones de Estocolmo 72, Río 92, Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración sobre derecho al desarrollo, Agenda XXI, Río+20, forma parte del bloque de constitucionalidad costarricense de acuerdo a los votos de la Sala Constitucional: 5893-1995, 2988-1999, 10693-2002, 10540-2013, entre otros.



generaciones presentes y futuras. Por su parte, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el artículo 7, fija los objetivos de conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra, mientras que la Declaración Río+20 de 2012 reconoce que desde 1992, los progresos han sido insuficientes y se han registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, de ahí que no sea posible dar marcha atrás al compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Por su parte, también es posible fundamentar la idea de progresividad ambiental sustentado en los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Costa Rica,<sup>43</sup> en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental; mejorar el medio ambiente; aumentar la biodiversidad; proteger los recursos naturales bióticos y abióticos y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental<sup>44</sup>; esto conlleva a la vez a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho que para el caso costarricense, el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Entre ellos, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convención sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Convenio de Minamata el Mercurio, Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Convenio Regional sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

<sup>44</sup> M. PRIEUR, *op.cit.*

<sup>45</sup> La jurisprudencia constitucional costarricense ha equiparado el derecho internacional ambiental al derecho internacional de los Derechos Humanos (Votos constitucionales: 6240-1993 y 2485-1994). A la luz del artículo 48 de la Constitución Política, todos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, y, por ende, los de derecho internacional ambiental, han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente estos deben ser incorporados en la interpretación y aplicación de la propia Constitución Política (Voto constitucional: 10693-2002). El derecho internacional ambiental es parte integrante del bloque de constitucionalidad junto con la

Como muestra de ello, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres<sup>46</sup> establece en su artículo XIV.1, que sus disposiciones no afectarán en modo alguno el derecho de las Partes de adoptar: a) medidas internas más estrictas respecto de las condiciones de comercio, captura, posesión o transporte de especímenes de especies incluidas en los Apéndices I, II y III, o prohibirlos enteramente; o b) medidas internas que restrinjan o prohíban el comercio, la captura, la posesión o el transporte de especies no incluidas en los Apéndices I, II o III.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>47</sup>, en los artículos 65, 207, 208, 209, 210, 222 y 234, autoriza expresamente a las Partes suscriptoras a establecer leyes, reglamentos y medidas más estrictas y eficaces que las reglas, estándares, prácticas y procedimientos recomendados de carácter internacional. Tales normas, reglamentos y procedimientos deben ser reexaminados con la periodicidad necesaria. A la vez, en su artículo 311-6, dispone que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad, lo cual, de acuerdo con PRIUER<sup>48</sup>, se torna en una garantía de no regresión al otorgarle un carácter de intangibilidad al patrimonio común de la humanidad.

---

Constitución Política y los principios constitucionales (Votos constitucionales: 6240-1993, 2485-1994, 13099-2010, 10540-2013). Instrumentos internacionales de derechos humanos y ambiente gozan de un valor igual/superior respecto a la Constitución Política, en la medida que brinden mayor cobertura, protección o tutela (Votos constitucionales: 3435-1992, 2313-1995, 18884-2008). Todos los órganos del Estado, incluido el Ejecutivo y el Legislativo, son garantes del control de convencionalidad, a fin de respetar y garantizar una tutela y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales (Voto constitucional: 6247-2013). El constituyente incorporó el derecho internacional sobre el mar al ordenamiento jurídico interno; sus principios se aplican directamente y la norma o principio internacional tiene el valor de la norma constitucional, incluso superior en caso de insuficiencia o ausencia de ésta (Voto constitucional 10540-2013). Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha integrado del derecho internacional sobre el mar con el derecho internacional ambiental (Voto constitucionales: 10540-2013). El derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y plena ejecutoriedad, incluso los instrumentos internacionales no ratificados (Voto constitucional 3705-1993) en tanto la formulación de su texto no exija de un desarrollo legislativo posterior. Sus normas son imperativas, por lo que los jueces están obligados a aplicarlas en forma automática, junto con la Constitución, los códigos y la demás normativa del país. Se trata de legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa (Votos constitucionales: 6240-1993 y 2485-1994).

<sup>46</sup> Ley número 5605 del 30 de octubre de 1974.

<sup>47</sup> Ley número 7291 del 23 de marzo de 1992.

<sup>48</sup> *Ibid.*

El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono<sup>49</sup>, en el artículo 2.3, establece que sus disposiciones no afectarán en modo alguno al derecho de las Partes a adoptar, de conformidad con el derecho internacional, medidas adicionales, ni afectarán tampoco a las medidas adicionales ya adoptadas por cualquier Parte, siempre que esas medidas no sean incompatibles con las obligaciones que les impone el Convenio.

El Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación<sup>50</sup>, en el artículo 4.11, establece que nada de lo dispuesto en el Convenio impedirá que una Parte imponga exigencias adicionales que sean conformes a las disposiciones del mismo y estén de acuerdo con las normas del derecho internacional, a fin de proteger mejor la salud humana y el medio ambiente. En el numeral 4.13 dispone que las Partes se comprometen a estudiar periódicamente las posibilidades de reducir la cuantía y/o el potencial de contaminación de los desechos peligrosos y otros desechos que se exporten a otros Estados, en particular a países en desarrollo. Por su parte, el artículo 11 sobre acuerdos bilaterales, multilaterales y regionales, autoriza a las Partes a concertar acuerdos o arreglos bilaterales, multilaterales o regionales sobre el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos, con Partes o con Estados que no sean Partes siempre que dichos acuerdos o arreglos no menoscaben el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el Convenio. Estos acuerdos o arreglos estipularán disposiciones que no sean menos ambientalmente racionales que las previstas en el Convenio, tomando en cuenta en particular los intereses de los países en desarrollo.

El Convenio sobre Diversidad Biológica<sup>51</sup>, en su artículo 8 inciso k), dispone que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones reglamentarias para la protección de las especies y poblaciones amenazadas.

La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación<sup>52</sup>, en su Artículo 5.e), dispone como obligación de los países Partes afectados de crear un entorno propicio, según corresponda, mediante el fortalecimiento de la legislación pertinente en vigor y, en caso de que esta no

---

<sup>49</sup> Ley número 7228 del 06 de mayo de 1991.

<sup>50</sup> Ley número 7438 del 06 de octubre de 1994.

<sup>51</sup> Ley número 7416 del 30 de junio de 1994.

<sup>52</sup> Ley número 7699 del 03 de octubre de 1997.

exista, la promulgación de nuevas leyes y el establecimiento de políticas y programas de acción a largo plazo.

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático<sup>53</sup>, en el artículo 7.2.e), prevé que la Conferencia de las Partes evaluará, sobre la base de toda la información que se le proporcione de conformidad con las disposiciones de la Convención, la aplicación de la Convención por las Partes, los efectos generales de las medidas adoptadas en virtud de la Convención, en particular los efectos ambientales, económicos y sociales, así como su efecto acumulativo y la medida en que se avanza hacia el logro del objetivo de la Convención.

El Convenio sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes<sup>54</sup>, artículo 5, establece que cada Parte adoptará como mínimo una serie de medidas para reducir las liberaciones totales derivadas de fuentes antropógenas de cada uno de los productos químicos incluidos en el anexo C, con la meta de seguir reduciéndolas al mínimo y, en los casos en que sea viable, eliminarlas definitivamente.

El Convenio de Minamata sobre el Mercurio<sup>55</sup>, en su artículo 21, obliga a cada Parte a informar, a través de la Secretaría, a la Conferencia de las Partes, sobre las medidas que haya adoptado para aplicar las disposiciones del Convenio y sobre la eficacia de esas medidas y los posibles desafíos para el logro de sus objetivos. El propósito será que las medidas aplicadas por una Parte permitan lograr, con el tiempo, progresos razonables en la reducción de las emisiones

Por último, el Acuerdo de París de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático<sup>56</sup>, en su preámbulo reconoce la necesidad de una respuesta progresiva y eficaz a la amenaza apremiante del cambio climático, sobre la base de los mejores conocimientos científicos disponibles. A la vez, en el artículo 3 dispone con relación a las contribuciones determinadas a nivel nacional, que los esfuerzos de todas las Partes representarán una progresión a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta la necesidad de apoyar a las Partes que son países en desarrollo para lograr la aplicación efectiva del Acuerdo. Además en su artículo 7, inciso 9) señala que cada Parte deberá, cuando sea el caso, emprender procesos de planificación de la adaptación y adoptar medidas, como la

---

<sup>53</sup> Ley número 7414 del 13 de junio de 1994.

<sup>54</sup> Ley número 8538 del 23 de agosto de 2006.

<sup>55</sup> Ley número 9391 del 16 de agosto de 2016.

<sup>56</sup> Ley número 9405 del 04 de octubre de 2016.

formulación o mejora de los planes, políticas y/o contribuciones pertinentes, lo que podrá incluir: a) La aplicación de medidas, iniciativas y/o esfuerzos de adaptación; b) El proceso de formulación y ejecución de los planes nacionales de adaptación; c) La evaluación de los efectos del cambio climático y de la vulnerabilidad a este, con miras a formular sus medidas prioritarias determinadas a nivel nacional, teniendo en cuenta a las personas, los lugares y los ecosistemas vulnerables; d) La vigilancia y evaluación de los planes, políticas, programas y medidas de adaptación y la extracción de las enseñanzas correspondientes; y e) El aumento de la resiliencia de los sistemas socioeconómicos y ecológicos, en particular mediante la diversificación económica y la gestión sostenible de los recursos naturales. Adicionalmente, dispone que en el 2023 se realizará un primer balance global para determinar cuánto se avanzó en la consecución del objetivo de limitar el crecimiento de la temperatura en menos de 2 grados centígrados y de ser necesario, se ajustarán las metas de los Estados a través de nuevas contribuciones determinadas a nivel nacional que deberán ser revisados y ampliados para ser más ambiciosos cada cinco años.

Coincidimos con Prieur<sup>57</sup> en que, en materia de derecho internacional ambiental, la normativa internacional posterior debe ser siempre más rigurosa que la anterior y, por tanto, se descarta la regla de “*lex posterior derogat priori*”, ya que se busca la aplicación de la norma más estricta, protectora y favorable para el ambiente.

A manera de ejemplo, los Convenios de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación así como el Convenio de Helsinki sobre cursos de aguas transfronterizos y lagos internacionales<sup>58</sup>, prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente; mientras tanto, el Convenio sobre Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que el derecho internacional ambiental ejerce un papel fundamental y protagónico en la sustentación del principio de progresividad del derecho ambiental.

---

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Decisión 95/308/CE del Consejo de Europa, de 24 de julio de 1995.

*3.3. Fundamentación basada en el derecho internacional regulador del libre comercio y las inversiones*

Apostándole a una política exterior de apertura comercial que inició a mediados de la década de los noventa, Costa Rica ha ratificado una serie de tratados de libre comercio y acuerdos de asociación, así como acuerdos paralelos o *side agreements* de cooperación ambiental, de los cuales es posible extraer las obligaciones de progresividad y no regresión del derecho ambiental.

Costa Rica ha contraído una serie de obligaciones de carácter ambiental al suscribir tratados y acuerdos comerciales de libre comercio y promoción de la inversión extranjera. A la fecha se encuentran vigentes los siguientes instrumentos internacionales: Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana<sup>59</sup>; Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile y Protocolo Bilateral Adjunto Celebrado entre las Repúblicas de Costa Rica y de Chile;<sup>60</sup> Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá<sup>61</sup> y su Acuerdo de Cooperación Ambiental entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de Canadá;<sup>62</sup> Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM);<sup>63</sup> Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica -Estados Unidos (CAFTA-DR)<sup>64</sup>; Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Popular de China<sup>65</sup> y su Acuerdo de Cooperación Ambiental entre el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones de la República de Costa Rica y el Ministerio de Protección Ambiental de la República Popular de China; Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá y Protocolo Bilateral entre Costa Rica y Panamá al Tratado de Libre Comercio<sup>66</sup>; Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica,

---

<sup>59</sup> Ley número 7882 del 9 de junio de 1999.

<sup>60</sup> Ley número 8055 del 04 de enero del 2001.

<sup>61</sup> Ley número 8300 del 10 de septiembre del 2002.

<sup>62</sup> Ley número 8286 del 17 de junio de 2002.

<sup>63</sup> Ley número 8455 del 19 de septiembre del 2005.

<sup>64</sup> Ley número 8622 del 21 de noviembre de 2007.

<sup>65</sup> Ley número 8953 del 2 de junio de 2011.

<sup>66</sup> Ley número 8675 del 16 de octubre de 2008.

El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua<sup>67</sup>; Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República del Perú<sup>68</sup>; Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y la República de Singapur<sup>69</sup>; Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro (AACUE)<sup>70</sup>; Tratado de Libre Comercio entre los Estados AELC (Liechtenstein, Suiza, Noruega e Islandia) y los Estados Centroamericanos<sup>71</sup>; Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Colombia<sup>72</sup>.

Dentro de las principales obligaciones ambientales adquiridas por Costa Rica a través de la suscripción de acuerdos comerciales de libre comercio y promoción de la inversión extranjera se encuentran: buscar altos niveles de protección ambiental; aplicación efectiva, sostenida y recurrente de la legislación ambiental, incluyendo los acuerdos internacionales ambientales; así como no dejar sin efecto o derogar, ni ofrecer dejar sin efecto o derogar dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, así como el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile y del Protocolo Bilateral Adjunto Celebrado entre las Repúblicas de Costa Rica y de Chile, suscritos en 1999 y 2001 respectivamente, no contienen alusión expresa respecto a la obligación de mejoramiento continuo de la legislación ambiental, ni tampoco a su aplicación efectiva, supeditándose únicamente a establecer que las Partes harán compatibles, sus respectivas medidas de normalización, sin reducir el nivel de seguridad o de protección a la vida o la salud humana, animal o vegetal, del ambiente o de los consumidores<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Ley número 9122 del 06 de marzo de 2013.

<sup>68</sup> Ley número 9133 del 25 de abril de 2013.

<sup>69</sup> Ley número 9123 del 01 de julio de 2013.

<sup>70</sup> Ley número 9154 del 03 de julio de 2013.

<sup>71</sup> Ley número 9232 del 3 de abril del 2014.

<sup>72</sup> Ley número 9238 del 05 de mayo de 2014.

<sup>73</sup> Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, Artículo 13.05 Compatibilidad y equivalencia: 1.- «Sin perjuicio de los derechos que les confiera este capítulo y tomando en cuenta las actividades internacionales de normalización, las Partes harán compatibles, sus respectivas medidas de normalización, sin reducir el nivel de seguridad o de protección a la vida o la salud humana, animal o vegetal, del ambiente o de los consumidores. 2.- Cada Parte

Tratándose del Acuerdo Ambiental Paralelo al Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá y del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA-DR), la principal obligación en materia ambiental consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental<sup>74</sup>, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de modificar sus leyes y políticas ambientales. Esta obligación se encuentra contenida en los artículos 2 y 3 del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Costa Rica y Canadá<sup>75</sup> y en el artículo 17.1 del CAFTA-DR<sup>76</sup>. Cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con

---

aceptará un reglamento técnico que adopte la otra Parte como equivalente a uno propio, cuando en cooperación con la otra Parte, la Parte exportadora tenga la convicción de que los reglamentos técnicos de la Parte importadora, cumplen de manera adecuada con los objetivos legítimos de esta. 3.- A solicitud de la Parte exportadora, la Parte importadora le comunicará por escrito sus razones de no haber aceptado un reglamento técnico conforme al párrafo 2. 4.- Las Partes reconocen la necesidad de actualizar, revisar y lograr la armonización de las normas y reglamentos técnicos, así como crear mecanismos que permitan a las Partes llevar a cabo la evaluación de la conformidad, diseñar sistemas de evaluación de la conformidad, certificar, acreditar y crear marcas de conformidad para certificación». Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile y del Protocolo Bilateral Adjunto Celebrado entre las Repúblicas de Costa Rica y de Chile. Artículo 9.06 Compatibilidad y equivalencia. 1. «Sin perjuicio de los derechos que les confiera este Capítulo y tomando en cuenta las actividades internacionales de normalización, en el mayor grado posible, las Partes harán compatibles sus respectivas medidas de normalización, sin reducir el nivel de seguridad o de protección a la vida o la salud humana, animal o vegetal, del ambiente o de los consumidores. 2. Una Parte aceptará un reglamento técnico que adopte otra Parte como equivalente a uno propio, cuando en cooperación con esa otra Parte, la Parte importadora determine que los reglamentos técnicos de la Parte exportadora, cumplen de manera adecuada con los objetivos legítimos de la Parte importadora. 3. A solicitud de la Parte exportadora, la Parte importadora le comunicará por escrito las razones por las cuales no acepta un reglamento técnico conforme al párrafo 2».

<sup>74</sup> Un aspecto relevante a considerar respecto a estos dos instrumentos comerciales es la restrictiva definición de legislación ambiental que ofrece el artículo 19 del Acuerdo Paralelo Costa Rica - Canadá y el artículo 17.13.1 del CAFTA-DR, y que excluye toda aquella normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales.

<sup>75</sup> Reconociendo el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles domésticos de protección ambiental y sus políticas y prioridades domésticas de desarrollo ambiental, así como de adoptar y modificar de manera consecuente su legislación ambiental, cada parte deberá asegurarse que su legislación provea altos niveles de protección ambiental y se esforzará por continuar mejorando dicha legislación.

<sup>76</sup> Niveles de Protección. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus



el único condicionante que dichas reformas busquen lograr *altos niveles de protección*, concepto que engloba la esencia del principio de progresividad ambiental. A la anterior disposición hay que sumarle la obligación de aplicar de manera efectiva, sostenida y recurrente la legislación ambiental contenida en el artículo 3 del Acuerdo de Cooperación Ambiental Costa Rica-Canadá<sup>77</sup> y el 17.2.1.a del CAFTA-DR<sup>78</sup>, la cual busca evitar la ineffectividad en la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental, ineffectividad que se opone a la noción de progresividad. Aunada a las anteriores obligaciones, el CAFTA-DR en el artículo 17.2.2 prohíbe expresamente la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental<sup>79</sup>.

Tanto el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM) como el Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y la República de Singapur, reconocen la importancia de contribuir globalmente con la protección del ambiente y, consecuentemente, reafirman los compromisos y obligaciones establecidos en los acuerdos ambientales multilaterales de los que son Parte, obligaciones que son de carácter progresivo.

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá y Protocolo Bilateral entre Costa Rica y Panamá al Tratado de Libre Comercio; Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República del Perú; y Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Colombia, reconocen

---

leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.

<sup>77</sup> Aplicación de las Leyes Ambientales. — Con el fin de lograr altos niveles de protección ambiental y el cumplimiento con su legislación ambiental, cada parte aplicará de manera efectiva sus leyes ambientales a través de medidas gubernamentales adecuadas, conforme al artículo 14.

<sup>78</sup> Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

<sup>79</sup> Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

a las Partes el derecho a adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que consideren apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta las inquietudes en materia ambiental, a la vez, concomitantemente se les prohíbe promover la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la legislación ambiental nacional en armonía con el principio de no regresión.

Por su parte, el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro (AACUE) y el Tratado de Libre Comercio entre los Estados AELC (Liechtenstein, Suiza, Noruega e Islandia) y los Estados Centroamericanos, de forma expresa, clara, precisa y reiterativa, incorporan tanto la obligación de progresividad como la prohibición de retroceso de la normativa ambiental. Ambos instrumentos comerciales apuntan a mantener al menos, y preferentemente mejorar, el nivel de buena gobernanza, así como los niveles alcanzados en materia ambiental, mediante la aplicación efectiva de los convenios internacionales de los cuales las Partes son parte<sup>80</sup>.

A la vez, las Partes reafirman el respeto por sus respectivas Constituciones y por sus derechos allí establecidos para regular con el fin de establecer sus propias prioridades en materia de desarrollo sostenible, sus propios niveles internos de protección medioambiental y social, así como para adoptar o modificar consecuentemente su legislación y sus políticas pertinentes. Para ello, cada Parte procurará garantizar que su legislación y políticas proporcionen y fomenten *altos niveles de protección medioambiental*, apropiados para sus condiciones sociales, medioambientales y económicas, y coherentes con los estándares reconocidos internacionalmente y con los acuerdos internacionales ambientales de los que son parte, y procurarán mejorar dicha legislación y políticas en la medida en que estas no sean aplicadas de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre las Partes o una restricción encubierta al comercio internacional<sup>81</sup>.

En ambos instrumentos, las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante la reducción de los niveles de protección contemplados en su legislación ambiental interna, por lo cual una Parte no dejará sin efecto ni derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, su

---

<sup>80</sup> Artículo 2 inciso g) del AACUE y artículo 5.6.1. del AELC.

<sup>81</sup> Artículo 285.1 del AACUE y 9.3.1. del AELC.

legislación ambiental de una manera que afecte el comercio o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión o de un inversionista en su territorio<sup>82</sup>. A la vez, una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes<sup>83</sup>.

Por último, en el marco del proceso de negociación para el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y China, fue negociado un acuerdo paralelo de entendimiento y cooperación para regular las relaciones de cooperación en materia ambiental entre ambos países. Su objetivo primordial consiste en establecer un marco adecuado para la cooperación intergubernamental dirigida a fortalecer la protección del medio ambiente en ambos países. En el marco de este acuerdo, las Partes no asumieron nuevas obligaciones, ni se comprometieron a alterar o modificar su legislación ambiental. Los principales compromisos adquiridos consisten en promover, impulsar y aplicar *altos niveles de protección ambiental*, en cumplimiento de la obligación de progresividad; reconocer que las normas ambientales no pueden ser empleadas con fines proteccionistas o distorsionantes del comercio; establecer un procedimiento de consultas para resolver cualquier asunto derivado de la interpretación o aplicación del acuerdo; y designar puntos de contacto en ambos países para garantizar su adecuado funcionamiento.

Luego del anterior análisis, es posible afirmar que la gran mayoría de los tratados de libre comercio y acuerdos de cooperación ambiental ratificados por Costa Rica, buscan alcanzar altos niveles de protección ambiental, estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos– obligando a los Estados Parte a aplicar de manera efectiva, sostenida y recurrente su propia legislación ambiental y a la vez, prohibiendo una rebaja en los umbrales de protección.

### *3.4 Fundamentación basada en el derecho de la Constitución*

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

---

<sup>82</sup> Artículo 291.1.2. del AACUE.

<sup>83</sup> Artículo 291.1.3. del AACUE y Artículo 9.4.1. del AELC.

Costa Rica<sup>84</sup> y ostentar estatus de derecho humano fundamental<sup>85</sup>, se beneficia de los privilegios constitucionales de rigidez<sup>86</sup>, intangibilidad<sup>87</sup>, reserva de ley<sup>88</sup>,

---

<sup>84</sup> El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

<sup>85</sup> «Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes presentes y futuros de este país, de disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. El cumplimiento de este requisito es fundamental garantía para la protección de la vida y la salud públicas, no sólo de los costarricenses, sino además de todos los miembros de la comunidad mundial. La violación a estos fundamentales preceptos conlleva la posibilidad de lesión o puesta en peligro de intereses a corto, mediano y largo plazo. La pérdida de biodiversidad producto de la contaminación, de la explotación inadecuada de especies, entre otras, es una de las formas a través de las cuales puede ser rota la integridad del ambiente, con resultados la mayoría de las veces irreversibles y acumulativos. El Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando -a través de la fiscalización y la intervención directa- la realización de actos que lesionen el medio ambiente, y en la correlativa e igualmente ineludible prohibición de fomentar su degradación. Es deber de la Sala Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales, servir de contralor del cumplimiento de los deberes que para el Estado costarricense implica el citado artículo 50, que lo obliga no apenas a reconocer el derecho al medio ambiente, sino además a utilizar todos los medios material y jurídicamente válidos para su protección contra los ataques de que pueda ser objeto». Voto número 1109-2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

<sup>86</sup> «Efectivamente, a la luz del principio de la supremacía constitucional, los derechos y garantías - éstas últimas, entendidas como instrumentos de servicio y eficacia de los primeros- sociales, son irrenunciables; sin embargo, esta especial condición debe entenderse referida a todos los derechos fundamentales (concepto más amplio que "constitucionales"), independientemente de la clasificación o categorización que se haga de ellos, precisamente en virtud de su especial naturaleza, al conformarse de la esencia y condición del ser humano y su dignidad, en tanto los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a la libre disposición de su beneficiario. Se entiende que la renuncia se configura en la manifestación expresa de abandono del derecho y su absoluta prescindencia. De manera que hay un interés público en la intangibilidad de los derechos fundamentales, en protección de su beneficiario, precisamente para ponerlo a salvo de presiones indebidas que puedan orientar su accionar en ese sentido». Voto número 878-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

<sup>87</sup> «Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto este se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porqué desde las

progresividad y no regresividad, ampliamente reconocidos y desarrollados a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional.

La obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho es creciente, gradual y progresiva. Respecto a estos tres deberes la Sala Constitucional en el voto 644-1999 del 29 de enero de 1999 dispuso:

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

El reconocimiento del carácter progresivo del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado por parte de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional costarricense en el ámbito de tutela de los derechos fundamentales, inicia a partir del año 2010, ligado a la aplicación del principio precautorio. En el voto número 2010-18702 del 10 de noviembre del 2010 la Sala Constitucional expuso:

---

primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la "rigidez", es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas». Voto número 2003-2771 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

<sup>88</sup> «En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; y En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley». Voto número 3550-1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

«Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales».

Para el año 2012, la Sala Constitucional por medio del voto 2012-1963 del 15 de febrero del 2012, reconoció la naturaleza de derecho social o prestacional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y con ello por primera vez, aplicó de forma conjunta y sinérgica los principios de progresividad y de no regresividad en resguardo del Patrimonio Natural del Estado. En lo que interesa la sentencia dispuso:

«Este corolario tiene pleno sustento en el principio de no regresividad o, en sentido contrario, de progresividad en materia de protección del medio ambiente y de garantía del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como derecho social o prestacional que es».

A través del voto número 2012-8892 del 22 de junio del 2012, la Sala Constitucional amplió el carácter progresivo de los derechos ambientales al ámbito específico del derecho humano al agua potable, al respecto dispuso:

«Esta definición dista de ser una manifestación retórica de la Sala; por el contrario, la misma deviene de la responsable integración del amplio marco normativo que regula la materia, que, como se dijo, requiere del progresivo avance y reconocimiento propio del ámbito de los derechos humanos, toda vez que el derecho al agua y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado son derechos humanos fundamentales».

Cabe destacar que en el voto 2017-5994 del 26 de abril de 2017, la Sala Constitucional reconoció el carácter progresivo de la aplicación del principio de Evaluación de Impacto Ambiental, previo a la realización de obras, actividades o proyectos:

«En este sentido, la realización de Estudios de Impacto Ambiental se erige en un principio que debe ser debidamente observado y aplicado, al punto que de manera paulatina y progresiva – como corresponde en el ámbito de los derechos humanos – la misma legislación y la propia jurisprudencia de esta Sala, ha perfilado la importancia y necesidad de contar con este tipo de evaluación debidamente realizada de manera previa a la realización de determinado tipo de obras».

Por medio del voto 2012-13367 del 21 de setiembre del 2012, la Sala empieza a desarrollar una línea jurisprudencial de reconocimiento expreso del

principio de progresividad, vinculada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los principios constitucionales de no regresividad, objetivación de la tutela ambiental, precautorio e inderogabilidad singular de las normas. En ese sentido el voto reza:

«V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección. En este sentido, la Sala Constitucional ha expresado en su jurisprudencia, a propósito del derecho a la salud: "...conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el

derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. (Sentencia de la Sala Constitucional N.º 9469-07). En relación con el derecho al ambiente dijo: “Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio.” (Sentencia de la Sala Constitucional N.º 18702-10). En consecuencia, en aplicación de estos dos principios, la Sala Constitucional ha establecido que es constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección (principio de progresividad); sin embargo, la reducción solo se puede dar por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida. El derecho vale lo que valen sus garantías, por ello se produce una violación de estos principios cuando el estudio técnico incumple las exigencias constitucionales y técnicas requeridas. Si tal garantía resulta transgredida, también lo será el derecho fundamental que la garantía protege y es en esa medida, que la reducción de las áreas protegidas sería inconstitucional».

Dentro de esa misma línea jurisprudencial, en el voto 2013-10158 del 24 de julio de 2013, la Sala Constitucional evacuó consulta facultativa de constitucionalidad del proyecto de ley denominado *Ley de Territorios Costeros Comunitarios*, reiterando el vínculo inescindible y aplicación sinérgica de los principios de progresividad, no regresividad, objetivación y precautorio como escudos protectores del demanio público ambiental. Al respecto la Sala Constitucional expuso en la sentencia:

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



fundamentales, aspecto señalado en el vicio de forma analizado en esta sentencia».

Por su parte, a través del voto número 2016-415 del 13 de enero del 2016, la Sala Constitucional declaró sin lugar acción de inconstitucionalidad contra el artículo 46 y Transitorios I, II y IV del Decreto Ejecutivo No. 36627-MINAET, por estimarlos conformes a los principios de progresividad, no regresividad y objetivación del derecho ambiental; al efecto la Sala argumentó:

«El principio de no regresión en materia ambiental no se ve afectado con el cambio de normativa: El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. En este sentido, examinando este principio en la acción presentada, pese a que el accionante alega como violado este principio, no logró establecerse que el cambio de medio para el control y vigilancia de las unidades de transporte de combustible, implicara una regresión. Antes bien, parece que el nuevo medio (pruebas técnicas), al ir más allá de la valoración de la antigüedad, lejos de violar el principio de no regresión en materia ambiental, más bien lo fortalece».

Mención especial merece el voto constitucional 2014-16583 del 8 de octubre del 2014, en donde la Sala Constitucional desarrolla la obligación de progresividad fundamentándose en el derecho internacional ambiental, específicamente en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs), dejando vedada con ello todo tipo de desmejora regulatoria en esta materia:

«Véase que la eliminación que se pide podría constituirse en una infracción al compromiso de gradualidad que persigue la disminución de los gases COPs junto a los controles de las quemadas agrícolas. La anulación de la norma legal implica, en nuestro criterio, todo lo contrario al progreso de las

condiciones actuales, revela un contrasentido, si vemos que aun frente a las regulaciones actuales se pueden presentar quemas agrícolas sin licencias, cuando más si no existe del todo, lo que implicaría una verdadera desmejora regulatoria. De este modo, el remedio planteado perjudica más que las desventajas que se dice tienen la continua aplicación de la norma».

En los votos 2014-18836 del 18 de noviembre de 2014 y 2015-5616 del 22 de abril de 2015, la Sala Constitucional empieza a delinear una línea jurisprudencial a través de la cual busca equilibrar la obligación de progresividad de los derechos ambientales con el fin de no afectar otros derechos humanos, ya sean civiles y políticos o bien, económicos, sociales o culturales. Al respecto la Sala Constitucional en la sentencia 2015-5616 dispuso:

«Ciertamente, el principio de progresividad de los derechos humanos impulsa la protección de éstos hacia adelante por parte del Estado, en procura de su desarrollo, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento se hace por medio de instrumentos internacionales y la legislación nacional, con el fin de garantizar estabilidad a los alcances logrados e imponer racionalidad en la explotación, utilización de los recursos naturales y en la producción de bienes, las que deben venir acompañados de cierta gradualidad, pues no opera sin un apoyo y logística del Estado, mediante recursos y políticas, muchas veces impuestas unilateralmente contra la voluntad de los particulares, especialmente si la medida establecida es razonable y proporcional a los derechos involucrados. Pero uno de los elementos más importantes, es su incremento gradual para no afectar otros derechos individuales y sociales. Los principios del derecho ambiental sirven para integrar y sistematizar esta rama jurídica con las demás ramas del Derecho, donde si bien la balanza normalmente se inclina hacia el avance gradual demanda un ejercicio equilibrado con la guía de los estudios técnicos y científicos».

Finalmente, en la sentencia número 2017-5994 del veintiséis de abril del 2017, tal y como lo había hecho la Sala Constitucional en ocasiones anteriores con relación al principio de no regresividad<sup>89</sup>, por primera vez fija límites al principio de progresividad, especialmente como parámetro de constitucionalidad por omisión. En lo que interesa la Sala dispuso:

---

<sup>89</sup> Al respecto pueden consultarse entre otras las sentencias constitucionales números: 2012-13367, 2015-5616, y 2016-415.

«De ahí que se pueda concluir que, no cualquier modificación de la normativa ambiental implica necesariamente una disminución de protección del derecho al ambiente, no toda modificación que no sea lo suficientemente amplia debe interpretarse como una inconstitucionalidad por omisión. Lo deseable no torna en inconstitucional a la norma que no se acerque a ello. En efecto, todas las normas son perfectibles pero el que se acerquen o alejen de un criterio de perfecto o deseable no las hace inconstitucionales».

### *3.5 Fundamentación basada en el derecho interno*

A pesar que el principio de progresividad no aparece citado o definido de forma expresa en las distintas leyes ambientales de Costa Rica, la idea de progresividad se encuentra diseminada a lo largo y ancho del bloque de legalidad ambiental.

De esta forma, es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de progresividad sustentado en el carácter finalista del derecho ambiental, el cual se ve reflejado en leyes tales como la Ley Orgánica del Ambiente<sup>90</sup>, Ley de Biodiversidad<sup>91</sup>, Ley Forestal<sup>92</sup>, Ley de Conservación de Vida Silvestre<sup>93</sup>, Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos<sup>94</sup>, Ley de Gestión Integral de Residuos<sup>95</sup>, en la medida que buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales, así como disminuir la contaminación y la degradación ambiental; lo que conlleva a deducir fehacientemente la obligación de progresividad y su consecuente imposibilidad de regresión en su aplicación dentro del derecho interno.

### *4. Obligaciones estatales derivadas del principio de progresividad de los derechos ambientales*

---

<sup>90</sup> Ley número 7554 del 4 de octubre de 1995.

<sup>91</sup> Ley número 7788 del 30 de abril de 1998.

<sup>92</sup> Ley número 7575 del 5 de febrero de 1996.

<sup>93</sup> Ley número 7317 del 21 de octubre de 1992.

<sup>94</sup> Ley número 7779 del 30 de abril de 1998.

<sup>95</sup> Ley número 8839 del 24 de junio de 2010.

El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización y la correspondiente obligación estatal y de toda persona natural o jurídica, pública o privada, de cuidar, conservar, proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas y contribuir al mejoramiento de su calidad, es de naturaleza y carácter progresivo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 3, identificó una serie de obligaciones de inmediato cumplimiento por parte de los Estados signatarios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde actualmente quedan insertos los derechos ambientales, dentro de las que destacan: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales; vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto; y la de no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivas.

De acuerdo con el apartado 9 de la Observación General número 3, la principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas «para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]». La expresión “*progresiva efectividad*” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone

así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga<sup>96</sup>.

Ahora bien, siendo que toda persona tiene el derecho a un nivel elevado de protección del estado del ambiente y a la no regresión de los niveles de protección ya alcanzados, los Estados deben adoptar las medidas progresivas necesarias para luchar eficazmente contra las vulneraciones al entorno<sup>97</sup>.

Tanto las obligaciones consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de carácter procedimental, tales como el acceso a la información ambiental, participación pública, acceso a la justicia ambiental y a la educación; como aquellas obligaciones sustantivas de prevención, precaución, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad y restauración de daños ambientales, se benefician del privilegio de progresividad.

De igual forma, otros derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, entre ellos derecho al agua potable y al saneamiento, derecho a la alimentación, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, así como los derechos de los desplazados ambientales, también comparten su carácter progresivo.

La obligación de progresividad de los derechos ambientales implica, entre otras obligaciones estatales la de adoptar normas ambientales efectivas y asegurar su implementación y cumplimiento, así como la prohibición de emitir normas o de permitir actividades, obras o proyectos, que tengan como efecto la reducción del nivel de protección ambiental alcanzado hasta el momento.

##### *5. Límites, excepciones y restricciones*

---

<sup>96</sup> Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

<sup>97</sup> Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente promovido por el Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE).

La obligación de progresividad ambiental no es absoluta, ilimitada ni mucho menos irrestricta, encontrándose condicionada por el margen de discreción con el que cuenta el Estado en la selección de los mecanismos para hacerlas efectivas, así como por la totalidad del elenco de derechos fundamentales, con los que los derechos ambientales deben coexistir en justo equilibrio.

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan que al igual que con los derechos civiles y políticos, los Estados cuentan con un margen de discreción en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas sus respectivas obligaciones. Tanto la práctica de los Estados, como la forma en que las entidades internacionales de supervisión de tratados y los tribunales nacionales aplican las normas legales a casos y situaciones concretos, han contribuido a la evolución de normas mínimas universales y a una comprensión común acerca del alcance, la naturaleza y las limitaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludido, no pudiendo recurrir a las disposiciones relativas a la "aplicación progresiva" del artículo 2 del PIDESC como pretexto del incumplimiento. Del mismo modo, los Estados no pueden justificar la derogación o limitación de los derechos reconocidos en el PIDESC en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales<sup>98</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el apartado 102 de la sentencia del 1 de junio de 2009 del caso Acevedo y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, en relación con el margen de flexibilidad con que cuentan los Estados para el cumplimiento efectivo de sus obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención señaló lo siguiente:

---

<sup>98</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*, 24 período de sesiones, doc. E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000. Las directrices constituyen un instrumento interpretativo al que acuden con frecuencia los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

«102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”<sup>99</sup>. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido<sup>100</sup>. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos».

En esa misma línea, el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio,

---

<sup>99</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones (1990), párr. 9.

<sup>100</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que «[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto», E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

saludable y sostenible, en el Informe A/HRC/31/52 del 01 de febrero del 2016, acerca de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el cambio climático, expuso que los Estados, si bien tienen cierto grado de discrecionalidad en cuanto a qué medidas adoptar, teniendo en cuenta su situación económica y otras prioridades nacionales, deberían asegurarse de que las medidas se formulen tras un proceso que permita una participación pública informada, tengan en cuenta las normas nacionales e internacionales y no sean regresivas ni discriminatorias. Por último, una vez que se adoptan las normas, los Estados deben cerciorarse de que se cumplan.

Por último, y siempre en relación con el margen de discrecionalidad con que cuenta el Estado para cumplir sus obligaciones consustanciales a la aplicación efectiva del principio de progresividad ambiental, la Sala Constitucional costarricense en la sentencia número 2017-5994 del veintiséis de abril del 2017, dispuso:

«De ahí que se pueda concluir que, no cualquier modificación de la normativa ambiental implica necesariamente una disminución de protección del derecho al ambiente, no toda modificación que no sea lo suficientemente amplia debe interpretarse como una inconstitucionalidad por omisión. Lo deseable no torna en inconstitucional a la norma que no se acerque a ello. En efecto, todas las normas son perfectibles pero el que se acerquen o alejen de un criterio de perfecto o deseable no las hace inconstitucionales».

Por otra parte, la obligación de progresividad de los derechos ambientales se ve limitada por la aplicación y cumplimiento efectivo del resto de los derechos humanos con los que deben coexistir y convivir en equilibrio y armonía.

En el Informe A/HRC/25/53 de la Organización de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible,<sup>101</sup> el Experto Independiente sostuvo:

«80. Las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente incluyen también las obligaciones sustantivas de aprobar marcos jurídicos e institucionales que protejan contra los daños ambientales que interfieran en el disfrute de los derechos humanos, incluidos los daños ocasionados por actores privados. La obligación de proteger los derechos humanos de los daños ambientales no exige a los Estados que prohíban todas las

---

<sup>101</sup> Informe A/HRC/25/53 del 30 de diciembre del 2013.



actividades que puedan degradar el medio ambiente; los Estados pueden optar por lograr un equilibrio entre la protección del medio ambiente y otros intereses sociales legítimos. Sin embargo, este equilibrio debe ser razonable y no conducir a violaciones previsibles e injustificadas de los derechos humanos. Para determinar si un equilibrio es razonable, pueden resultar especialmente pertinentes las normas nacionales e internacionales relativas a la salud. También se desaconsejan enérgicamente las medidas regresivas».

En ese mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dispuesto que los Estados pueden optar por lograr un equilibrio entre la protección del medio ambiente y otras cuestiones importantes para la sociedad, como el desarrollo económico y los derechos de otros. Sin embargo, este equilibrio debe ser razonable y no conducir a violaciones previsibles e injustificadas de los derechos humanos. Asimismo, el TEDH ha dictado sentencias en que ha declarado que los Estados no lograron establecer un equilibrio justo entre la protección de los derechos contra los daños ambientales y la protección de otros intereses<sup>102</sup>.

Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos ha dejado claro que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>103</sup> no exige a los Estados renunciar a todas las explotaciones petroleras. En el caso *Ogoniland*, la Comisión citó los enormes daños ambientales que habían afectado a los derechos de los habitantes de la región del delta del Níger al dictaminar que no se tuvo el cuidado que se debía haber tenido, entre otras cosas adoptando medidas razonables, para prevenir la contaminación y la degradación ecológica por la producción de petróleo<sup>104</sup>.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana en la sentencia del caso Pueblo Saramaka versus Surinam del 28 de noviembre de 2007, determinó que el derecho de propiedad comunal no es absoluto y que los Estados pueden restringir su uso y goce cuando hayan sido establecidas previamente por ley; sean necesarias; proporcionales y tengan como fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Se remite al lector a los casos *López Ostra contra Reino de España*, N.º 16798/90, 9 de diciembre de 1994; y *Tatar v. Rumania*, N.º 67021/01, 27 de enero de 2009.

<sup>103</sup> Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

<sup>104</sup> Informe A/HRC/25/53 del 30 de diciembre del 2013.

<sup>105</sup> «127. No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la

Por último, tomando en cuenta los límites, excepciones y restricciones antes expuestos, es importante destacar que los principios de razonabilidad y proporcionalidad se posicionan como los parámetros constitucionales idóneos para determinar el efectivo cumplimiento estatal de la obligación de progresividad de los derechos ambientales.

Si bien el Estado cuenta con un margen de maniobra o discrecionalidad para escoger entre varias medidas, sean estas de carácter legislativo, administrativo o judicial, a raíz de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, deberá escoger aquella que califique como la más adecuada, justa, necesaria, óptima e idónea en relación con el fin u objetivo ambiental que pretende satisfacer, lo cual conlleva a la vez, la escogencia de la medida que implique el menor costo e impacto sobre el disfrute de otros derechos humanos que también se benefician de la cláusula de progresividad.

Por lo anterior, el Estado deberá proceder lo más expedita y eficazmente posible, comprometiendo hasta el máximo de recursos de los que disponga, procurando una participación pública informada pública informada y teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales; a escoger aquella medida que mejor potencie el fin ambiental propuesto, y que al mismo tiempo, sea la menos sacrificante en relación con otros derechos humanos, independientemente que se trate de derechos civiles y políticos o de económicos, sociales y culturales.

Esta línea ha sido la adoptada por la Sala Constitucional costarricense en el voto 2015-5616 del 22 de abril del 2015, a través estableció como límites o condicionantes de la obligación de progresividad a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, disponiendo al efecto:

---

Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio». Sentencia caso Pueblo Saramaka versus Surinam del 28 de noviembre de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

«Ciertamente, el principio de progresividad de los derechos humanos impulsa la protección de éstos hacia adelante por parte del Estado, en procura de su desarrollo, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento se hace por medio de instrumentos internacionales y la legislación nacional, con el fin de garantizar estabilidad a los alcances logrados e imponer racionalidad en la explotación, utilización de los recursos naturales y en la producción de bienes, las que deben venir acompañados de cierta gradualidad, pues no opera sin un apoyo y logística del Estado, mediante recursos y políticas, muchas veces impuestas unilateralmente contra la voluntad de los particulares, especialmente si la medida establecida es razonable y proporcional a los derechos involucrados. Pero uno de los elementos más importantes, es su incremento gradual para no afectar otros derechos individuales y sociales. Los principios del derecho ambiental sirven para integrar y sistematizar esta rama jurídica con las demás ramas del Derecho, donde si bien la balanza normalmente se inclina hacia el avance gradual demanda un ejercicio equilibrado con la guía de los estudios técnicos y científicos».

#### *6. Principio de progresividad en la hermenéutica jurídica ambiental*

El carácter finalista y evolutivo del derecho ambiental y su carácter progresivo obligan al operador jurídico a buscar aquella interpretación que permita aplicar la norma para "*proteger más y contaminar menos*", "*aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*" sin perder de vista la necesidad de un "*uso racional de los recursos naturales*" que satisfaga las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

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

Ese carácter evolutivo y finalista también es compartido por el derecho internacional ambiental el cual, por medio de tratados, convenios y declaraciones de principios ambientales, busca procurar el más alto nivel de protección ambiental. Partiendo del hecho de que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena

ejecutoriedad, el intérprete jurídico se ve constreñido a interpretar la normativa interna de conformidad con las obligaciones progresivas contraídas por el país al suscribir y ratificar dichos convenios ambientales.

En tanto las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que están destinadas, corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio precautorio cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, el operador jurídico debe interpretar y aplicar la norma de manera que impida la realización de este tipo de actividades hasta tanto cuente con plena certeza científica respecto a su inocuidad. Nótese entonces que las obligaciones de progresividad y no regresión implican para el operador jurídico, interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica.

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

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

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

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

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como consecuencia de lo anterior, los derechos humanos ambientales y la normativa de rango inferior que la desarrolla, deben interpretarse de la manera que les sea más favorable y provechosa y mejor puedan viabilizar, en el plano de la eficacia, su *ratio essendi*.

Tampoco puede desligarse el operador jurídico de interpretar de conformidad con la obligación de progresividad prevista en la Convención Americana y su Protocolo de San Salvador, por la cual en principio, le está vedado al Estado (incluyendo por supuesto al aplicador del derecho) adoptar políticas, medidas, sancionar y aplicar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el protocolo o con posterioridad a cada avance progresivo. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo<sup>106</sup>.

Lo anteriormente expuesto permite afirmar que el estatus de derecho humano, su reconocimiento a nivel constitucional y convencional, su carácter finalista, así como los principios ambientales de progresividad, no regresividad y precautorio, obligan al operador jurídico a aplicar la regla de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental, lo anterior en estricto cumplimiento del principio *indubio pro natura*.

## 7. Conclusiones

---

<sup>106</sup>CIDH, “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, CIDH, accesible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>

Para finalizar, retomamos lo afirmado por Cafferatta<sup>107</sup> en cuanto a que «El derecho ambiental es un derecho muy joven, que no tiene más de 40 años de vida frente a derechos o ramas del derecho que son centenarias, entonces, es un adolescente. Tiene todavía defectos, tiene todavía falta de madurez, de desarrollo, es decir, está en evolución». Ante esta realidad, el principio de progresividad ambiental se posiciona como el motor que impulsa hacia adelante el proceso constante e inacabado de transformación jurídica en beneficio de la humanidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

Abramovich Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

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

Berros María Valeria, “Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”, en *J.A.*, 2011-IV, fasc. N.13, Buenos Aires, 2011.

Bibiloni Homero, “Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica”, en *J.A.*, Buenos Aires, marzo 2001.

Birnfeld Carlos André Souza, *A emergencia de uma dimensao ecológica para a cidadania, alguns subsídios aos operadores jurídicas*, UFSC, Santa Catarina, 1997.

Cafferatta Néstor, *Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la Ley 25675 General del Ambiente*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2012.

Courtis Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006.

De Ayala Araújo Patryck, “Ensaio sobre o Estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira?” *Exposición de los resultados parciales producidos en el ámbito de los proyectos de investigación financiados por el CNPQ N° 14/2010 (484312/2010-3) y 14/2012 (485994/2012-7)*, Santa Catarina, 2012.

---

<sup>107</sup> *Ibid.*

Esain José, “Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente”, en Peña Chacón Mario (director), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. PNUD, 2013.

Ferrer Mac-Gregor Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en *El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Consultado 16 de junio de 2017. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

Gatica Sofía Florencia, *Principio de no regresión de la caída de la idea de progreso al deber de progresividad*, Tesina de Especialización, Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, 2014.

González Ballar Rafael, Peña Chacón Mario, *El proceso ambiental en Costa Rica*, Editorial Isolma S.A., San José, 2015.

Morato Leite José Rubens y de Ayala Araujo Patryck, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, Editora Dos Tribunais, São Paulo, 2010.

Peña Chacón Mario, “El principio de no regresión ambiental en la legislación y jurisprudencia costarricense” en Peña Chacón Mario. (editor), *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

Peña Chacón Mario, “Test de regresividad ambiental”, en Peña Chacón, Mario (coordinador), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.

Peña Chacón Mario, “Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental”, en Peña Chacón Mario, (coordinador) *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.

Peña Chacón Mario, *Derecho Ambiental Efectivo*, Programa Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2016.

Peña Chacón Mario (coordinador), *Derecho al ambiente en la Constitución Política, alcances y límites*, Editorial Isolma, San José, 2016.

Peña Chacón Mario, “Derecho Internacional regulador del libre comercio y las inversiones como fundamento del principio de progresividad y prohibición de retroceso ambiental”, en *XI Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, diciembre 2016.

Peña Chacón Mario, “El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso”, en *Revista de la*

*Asociación Costarricense de Derecho Internacional ACODI*, número 6, junio 2017.

Peña Chacón Mario, “Justo Equilibrio entre el derecho a un ambiente sano y el resto de los Derechos Humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 14, noviembre 2014.

Peña Chacón Mario, “El principio de progresividad ambiental en la jurisprudencia constitucional costarricense”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 24, junio 2017.

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

Sarlet Ingo Wolfgang y Fensterseifer Tiago, *Direito Constitucional Ambiental*, Editora Dos Tribunais, São Paulo, 2014.

Sozzo Gonzalo, “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20”, *JA*, 2011, IV, fascículo n. 13, Buenos Aires, 2011.

Texeira Orci Paulino, *O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

Valls Mario F, “La regresión acecha al derecho ambiental. La doctrina está alerta”, en Peña Chacón Mario (Editor), *El Principio de no regresión del derecho ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.



**ABSTRACT**

Mario Peña Chacon – *El principio de progresividad como contracara del principio de no regresión ambiental*

A través del principio de progresividad del derecho ambiental, el Estado se ve compelido a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial, que tengan como finalidad el incremento gradual, constante, sostenido y sistemático del alcance y amplitud del nivel de protección ambiental, buscando alcanzar su plena efectividad en justo equilibrio con la protección y promoción del resto de los derechos humanos.

**PALABRAS CLAVES:** *Principio de progresividad; Principio de no regresividad; Derechos humanos ambientales.*

Mario Peña Chacon – *The Principle of Progressivity as the other side of the Principle of Non-Regression in Environmental Law*

By means of progressivity principle of environmental law, the State is compelled to adopt legislative, administrative and judicial measures aimed at gradually, steadily and systematically increasing the scope and breadth of environmental protection level, by seeking achieve its full effectiveness in a just balance with the rest of human rights.

**KEYWORDS:** *Progressivity principle; Non-regression principle; Environmental human rights.*

**EDUARDO J. MITRE GUERRA\***

*El principio de non regresión ambiental en la jurisprudencia sobre áreas protegidas en Panamá*

**SUMARIO:** I. *Introducción. Aproximación conceptual.* – II. *Enfoque de la doctrina jurisprudencial.* – III. *El principio de no regresión en el ordenamiento ambiental panameño.* – IV. *El aporte de la jurisprudencia en la construcción del principio de no regresión ambiental en Panamá y su especial referencia en asuntos sobre áreas protegidas.* – 1. *El caso Humedal Bahía de Panamá.* – 2. *Otros pronunciamientos relacionados con el Humedal Bahía de Panamá.* – 3. *Los Manglares de la Bahía de Chame.* – V. *Conclusiones.*

*I. Introducción. Aproximación conceptual*

Evitar la regresión o el retroceso en los avances alcanzados en torno a la protección medioambiental, es una necesidad de nuestro tiempo. Es un hecho incuestionable que a pesar de que la mayoría de los países cuenta con un número plural de leyes y reglamentos en materia ambiental; que se han ratificado docenas de instrumentos internacionales referidos a las distintas materias especiales y sectoriales del derecho ambiental y aun cuando los Estados promueven y suscriben todo tipo de compromisos prospectivos, lo cierto es que la constante sigue siendo contraria a la protección ambiental o cuanto menos no logra alcanzar los estándares requeridos.

Es así que, en la actualidad, el derecho del medio ambiente ya no trata tanto de ver si la ley es verdaderamente efectiva y/o aplicable; aspecto que no deja de ser importante y necesario. Lo que sucede es que en la actualidad del derecho ambiental, resulta imprescindible que la ley no sólo sea oportuna en cuanto regula y compromete la protección medioambiental, sino también que invierta las tendencias o prácticas que perjudiquen la gestión ambiental, en sintonía con los fines y principios propugnados en la Constitución y en el contenido de los derechos fundamentales – que actúan como límites a los

---

\* Profesor de derecho procesal ambiental en la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Santa María La Antigua y de derechos humanos en la Maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad de Panamá. Abogado de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República (Panamá). Doctor en Derecho y Máster en Derecho de Aguas por la Universidad de Zaragoza (España). Colaborador del Grupo de investigación Agua, Derecho y Medio Ambiente de la Universidad de Zaragoza y Focal Point del Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado. Correo: [emitreguerra@gmail.com](mailto:emitreguerra@gmail.com)

retrocesos –<sup>1</sup>. En otras palabras, para el derecho ambiental del siglo veintiuno tanto es fundamental que el Estado prevenga las posibles amenazas o impactos al medio ambiente como que evite retroceder en la regulación, implementación y desarrollo normativo de las políticas públicas en materia de medio ambiente y recursos naturales.

No retroceder o evitar el desmejoramiento de la protección ambiental, en el ámbito jurídico encuentra amparo bajo la rúbrica de lo que Michel Prieur ha denominado “principio de no regresión ambiental”. De acuerdo con el profesor emérito de la Universidad de Limoges, Francia, lo que está en juego con la formulación del principio de no regresión «es la protección de los avances alcanzados en el contenido de las legislaciones ambientales», es decir que, desde la óptica del derecho ambiental moderno «los retrocesos constituyen regresiones en la protección del medio ambiente, incluso cuando, [...], no se pueda producir una no regresión absoluta, sino únicamente unos grados de regresión»<sup>2</sup>.

Michel Prieur, teórico pionero en la defensa del principio de no regresión, sostiene que los retrocesos ambientales pueden producirse de diferentes formas, por un lado, con la abrogación, modificación, derogación de la ley o de los instrumentos de protección ambiental contemplados en la ley, y por el otro, como resultado «de la interpretación del derecho por parte del juez, que, al aplicar el principio de desarrollo sostenible, favorecerá la conciliación de los intereses ambientales y los intereses económicos y sociales y, por tanto, podrá arbitrar a favor de los intereses no ambientales y, de este modo, poner en entredicho los avances en derecho ambiental»<sup>3</sup>.

Fernando López Ramón, señala que pueden ser manifestaciones de regresión ambiental, la aprobación de leyes encaminadas a rebajar los niveles de protección ambiental para permitir la construcción o la legalización de variadas obras y actividades; la falta de continuidad en las estructuras administrativas, su sometimiento a la pura y dura decisión, sin adecuada justificación; y la desprotección de espacios naturales a través de sentencias por prácticas indebidas del Estado o por la falta de capacidad para la concreción de las medidas dispuestas en torno a la declaración de espacios protegidos<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A. EMBID IRUJO, (2011): p. 119.

<sup>2</sup> M. PRIEUR, (2010): p. 64.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>4</sup> F. LÓPEZ RAMÓN, (2011): pp. 19-24.

En tanto que, Mario Peña Chacón, principal defensor de este principio en América Latina, sostiene que el «principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad». De ahí que de acuerdo con el profesor de la Universidad de Costa Rica, esta orientación «[t]iene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación»<sup>5</sup>.

El principio de no regresión ambiental o principio de *standstill*, de antirretorno o de intangibilidad de los derechos fundamentales, como se le conoce también en el derecho comparado<sup>6</sup>, es pues un mandato a las autoridades públicas jurídicamente vinculante en virtud de que su fundamentación jurídica se apoya en Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el país<sup>7</sup>, como lo es principalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADDH o Pacto de San José), instrumentos que, además, en el caso de Panamá, forman parte del Bloque de Constitucionalidad, lo que ahonda mayormente en el carácter obligatorio de su aplicación.

## *II. Enfoque de la doctrina jurisprudencial.*

En el ámbito panameño el principio de no regresión ingresa en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia a partir de la Sentencia de 23 de diciembre de 2013, en la que se falla a favor de la protección irrestricta del área protegida Humedal Bahía de Panamá, sobre la base de los compromisos adquiridos por el Estado panameño al suscribir el Convenio Relativo a los Humedales de Importancia Internacional (“Convenio Ramsar”).

En esta sentencia, la Sala Tercera Corte de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del magistrado Víctor Benavides Pinilla, adoptó como concepto y fundamento de este principio:

---

<sup>5</sup> M. PEÑA CHACON, (2013): p. 16.

<sup>6</sup> M. PRIEUR, (2010): p. 63.

<sup>7</sup> A. AMAYA ARIAS, (2015).

«[...] que la estimación de la *no regresión en materia ambiental*, proviene de un principio del derecho reconocido por la doctrina como principio de no regresión, principio bajo el cual se “enuncia que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad” (vid. Peña Chacón, Mario (dir.). *El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano*. PNUD, San José, 2013, p. 16).

Este principio se desprende del principio de progresividad, el cual “ya no solamente surge como una obligación en la esfera de los derechos humanos, sino que aparece según la doctrina, como un principio en materia ambiental, (pues) es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, y cuya solidaridad implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente” [...].

Al referirnos al *principio de no regresión ambiental*, nos remitimos a un concepto, que además encuentra pleno soporte en la jurisprudencia de distintos países. En ese sentido, por mencionar alguno, podemos hacer mención a la Sentencia 5538/2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, en la cual se expone que:

“El principio de no regresión, ha sido considerado como una ‘Cláusula de statu quo’ o ‘de no regresión’, con la finalidad, siempre, de proteger los avances alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental, como es el caso del Dictamen del Consejo 3297/2002, que si bien referido a modificación de zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula *stand still* propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga.

Pues bien la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea. Ya nos hemos referido, en concreto, al denominado “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”; del que se ocupa el citado artículo 2<sup>a</sup> del vigente TRLS08, que impone a las diversas políticas públicas “relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo” la

obligación de proceder a la utilización del mismo “conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible”; por tanto, este principio, ha de estar presente en supuestos como el de autos, en el que si bien no se procede a la supresión de suelos especialmente protegidos resulta incuestionable la afectación negativa que sobre los mismos se puede producir por su inclusión en una actuación urbanizadora y, en consecuencia, este principio ha de actuar como límite y como contrapeso de dicha actuación, dadas las consecuencias irreversibles de la misma.

En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos” [...]]».

### *III. El principio de no regresión en el ordenamiento ambiental panameño*

El principio de no regresión ambiental lo encontramos en el artículo 3 literal 3 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe de 2018 (Acuerdo de Escazú). Este Acuerdo que no es otra cosa que un verdadero tratado internacional, fue aprobado en Panamá mediante Ley 125 de 4 de febrero de 2021 (Gaceta Oficial 28956-A de 6 de febrero de 2020), creando con ello la base jurídica para aplicar, exigir y tutelar el principio de no regresión en materia ambiental.

Igualmente, si hacemos un ejercicio similar al que propone el profesor Michel Prieur, inmediatamente nos encontraremos con varias disposiciones constitucionales y legales que aluden a las características de este principio y que también sirven de fundamento para su aplicación en Panamá.

Como punto de partida, debemos examinar la normativa constitucional<sup>8</sup>. El artículo 118 de la Constitución Panameña consagra el deber del Estado de garantizar un ambiente sano y libre de contaminación, es decir, establece la obligación positiva de garantizar y proteger el ambiente, lo que lleva implícito una condición de acción, es decir, de avanzar hacia tal garantía mediante la adopción de medidas legislativas e institucionales progresivas. Por otro lado, tenemos normas constitucionales que expresamente establecen entre las obligaciones del Estado la de –mantener el equilibrio ecológico y evitar la destrucción de los ecosistemas - (art. 119), de – evitar la depredación de los bosques, tierras y aguas y asegurar su preservación, renovación y permanencia- (art. 120), y de – evitar que se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales- (art. 121)<sup>9</sup>. Como vemos, estas disposiciones establecen un deber de “evitar” que aunque no entraña per se una prohibición de retroceso, presupone una condición de cautela en la protección que invalida posiciones en contra del deber de cuidado. Entiéndase entonces, que la disposición constitucional obliga a los poderes públicos a “evitar desproteger”, “evitar desregular”, “evitar desmejorar o perjudicar”, etc.

En nuestro medio, este principio cuenta también con el apoyo de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente, modificada por la Ley 8 de 25 de marzo de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente. Así, el artículo 1 establece que al Estado le corresponde la administración del ambiente, mientras que el artículo 2 párrafo 36 prescribe el principio de desarrollo sostenible como el «proceso o capacidad de una sociedad humana de satisfacer las necesidades y aspiraciones sociales, culturales, políticas, ambientales y económicas actuales, de sus miembros, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias». De modo más expreso, la misma norma en su

---

<sup>8</sup> En la Constitución panameña no hay referencia al principio de no regresión, como si lo hace, por ejemplo, el artículo 423 (3) de la Constitución de Ecuador de 2008 (armonización de las legislaciones con énfasis en los derechos y regímenes ambientales [entre otros], de acuerdo a los principios de progresividad y no regresividad).

<sup>9</sup> Artículo 119: El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y *evite la destrucción de los ecosistemas*.

Artículo 120: El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, *de manera que se evite su depredación* y se asegure su preservación, renovación y permanencia. Artículo 121: La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, *a fin de evitar* que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales.

párrafo 57 define “protección” como el «conjunto de medidas y políticas para mejorar el ambiente natural y combatir sus amenazas, y *evitar su deterioro*».

De acuerdo con la Corte panameña:

«[...] En nuestro medio jurídico, este principio se debe deducir de lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 13 de 27 de octubre de 1976 (que aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), con relación al artículo 1 (La administración del [ambiente] es una obligación del Estado) y 2 (principio de desarrollo sostenible) de la Ley N° 41 de 1998; en particular a partir de la norma convencional que establece el principio de progresividad, el Estado se obliga a cumplir con ciertas prestaciones sociales, entre las cuales se encuentran las de carácter ambiental, desarrolladas en la Ley General del Ambiente, y demás regulación sectorial.

En el contexto del señalado artículo 2 *lex cit*, como explica el profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, Mario Peña Chacón, se entiende que el principio de no regresión tiene por “finalidad evitar (la) supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación” [...].».

Ahora bien, al margen de las disposiciones señaladas, en la ley general de ambiente se encuentran también otras prescripciones que aluden al principio de progresividad y que por tanto ahondan en la tesis de la no regresividad. En esa línea, el artículo 22 de la Ley General de Ambiente dispone que el «ordenamiento ambiental del territorio nacional se ejecutará en forma progresiva por las autoridades competentes». Ha de destacarse que esta misma disposición contempla una prohibición de regreso, así: «Las actividades que se autoricen no *deberán perjudicar* el uso o función prioritaria del área respectiva, identificada en el Programa de Ordenamiento Ambiental del Territorio Nacional».

Como vemos, la ley condiciona la actividad pública ambiental al “principio de gradualidad”, como dice la misma. Así, se insiste en el artículo 33, al señalar que las «normas ambientales que se emitan serán aplicadas por la autoridad competente, en forma gradual y escalonada, preferiblemente en base a procesos de autorregulación y cumplimiento voluntario por parte de las empresas, y de conformidad con el reglamento respectivo».



Otra norma que contempla una cláusula de progresividad es el artículo 38, en el que se dice que en la «determinación de los nuevos niveles de calidad, se aplicará el principio de gradualidad, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles». La norma, como se aprecia, refuerza la idea de que el proceso de revisión y actualización de los instrumentos económicos y de regulación ambiental (que se realiza como mínimo cada cinco años), en cualquier caso será progresivo y no en otras condiciones.

En términos similares, se refiere el artículo 2 (7) del Decreto Ejecutivo 480 de 23 de abril de 2013, en el que se establece como principio de la política nacional de recursos hídricos el principio de gradualidad y flexibilidad. «De acuerdo a este principio, la política debe ser flexible y su implementación debe darse en forma gradual, avanzando de enfoques sectoriales a enfoques ecosistémicos integrales, acorde con las diversas realidades territoriales». La disposición legal señala que los «planes y programas de gestión del recurso hídricos, representan un proceso que debe desarrollarse en forma paulatina». En tanto que la flexibilidad en la aplicación del principio de gradualidad supone que «que el avance del plan de implementación pueda incorporar nuevos elementos que surgen de la evolución de las necesidades de la población, sin que ello afecte el cumplimiento cabal de los deberes y derechos de los usuarios».

Por otro lado, en el marco de las responsabilidades convenidas con la firma de ciertos Tratados de Libre Comercio, podemos identificar la referencia expresa a este principio ambiental. De ese tenor son el artículo 17.02 (b) del Tratado de Libre Comercio de Panamá y Canadá, aprobado mediante Ley 69 de 26 de octubre de 2010, en el que se establece «el compromiso de no derogar leyes ambientales nacionales para estimular el comercio o la inversión». La Ley 53 de 13 de diciembre de 2007, que aprueba el Tratado de Promoción Comercial entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América, por su parte consagra en el artículo 17.3 numeral 2 que: «Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia, una Parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes».

En tanto que, la Ley 4 de 7 de abril de 2014, por la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Estados AELC (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza) y los Estados Centroamericanos, de forma mucho más abarcadora, contempla en su artículo 9.4 lo que denomina como “principio de mantenimiento de los niveles de protección”, el cual supone que: «(a) las Partes reconocen que es inapropiado debilitar o reducir los niveles de protección contemplados en sus leyes, regulaciones y estándares medioambientales y laborales, con la única intención de promover la inversión de otra Parte, o de buscar o mejorar una ventaja competitiva de comercio para productores o proveedores de servicios que estén operando en su territorio»; y que «(b) una parte no dejará ni derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar sus leyes, regulaciones y estándares medioambientales y laborales, con el fin de promover la inversión de otra Parte, o de buscar o mejorar una ventaja competitiva de comercio para productores o proveedores de servicios que estén operando en su territorio».

*IV. El aporte de la jurisprudencia en la construcción del principio de no regresión ambiental en Panamá y su especial referencia en asuntos sobre áreas protegidas.*

En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia se advierte una importante referencia al principio de no regresión ambiental en la señalada Sentencia de 23 de diciembre de 2013. Antes de este fallo, la Corte hizo alguna alusión a la no regresividad en Sentencia de 1 de diciembre de 2009. Ésta última, si bien no trata materia ambiental, conviene atenderla pues en ella se precisó la relación del principio de progresividad con su complemento o derivación el principio de no regresión antes que se introdujera como criterio de tutela ambiental.

En concreto, sólo interesa destacar que a través del pronunciamiento de 1 de diciembre de 2009 la Corte reconoció que la cláusula de progresividad en materia de derechos humanos «exige que los Estados tomen “medidas legislativas o de cualquier otro carácter” para avanzar en el logro de dicha efectividad, o por lo menos para evitar retrocesos en esta materia». Así, bajo el planteamiento de la Corte la «exigencia del requisito de las certificaciones de eficacia terapéutica comprobada, de equivalencia terapéutica y de la calidad de medicamento intercambiable, en las adquisiciones de medicamentos genéricos

por parte de instituciones públicas de salud», constituye «una medida de desarrollo progresivo del derecho a la salud de la colectividad». En tanto que, en contraposición, «la no exigencia del referido requisito en la adquisición del Interferón Beta 1B, 250 MCG, inyectable [...] pese a tratarse de la adquisición de un medicamento para el tratamiento de una condición grave o crítica como lo es la esclerosis múltiple», supone «una medida regresiva no justificada que signific[a] un retroceso en el logro de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales».

### *1. El caso Humedal Bahía de Panamá.*

Ya en el ámbito ambiental, la precitada Sentencia de 23 de diciembre de 2013, como se adelantó, aplica por primera vez el principio de no regresión bajo la consideración de que la pretensión de exclusión del Humedal Bahía de Panamá, del régimen jurídico de protección y conservación de áreas protegidas, es contraria al régimen jurídico de áreas protegidas y desconoce los compromisos adquiridos por el país con respecto a la Convención Ramsar.

Como aspecto preliminar, cabe señalar que la demanda que resolviera la Corte a través del fallo que mantuvo la categoría de área protegida del humedal, no es la única que fue presentada antes las instancias jurisdiccionales. La defensa de la protección de este humedal ha sido una de las más enérgicas que se han escenificados en el país en los últimos años<sup>10</sup>, de ahí la alta demandabilidad que se generó con el fin de evitar las actuaciones de distintas entidades públicas que buscaban, contrario a la tendencia actual «que concibe el humedal como un elemento imprescindible para la pervivencia de la variedad biológica»<sup>11</sup>, allanar el camino al desarrollo de proyectos inmobiliarios y al

---

<sup>10</sup> El área protegida comprende una superficie total de 856.52 km<sup>2</sup> + 0.045 m<sup>2</sup>; de los cuales, 396.91 km<sup>2</sup> + 0.570 m<sup>2</sup> son terrestres, y 459.60 km<sup>2</sup> + 9.474 m<sup>2</sup> son parte marina. Este área tiene una superficie de 489.19 km<sup>2</sup>. Es el sitio Ramsar número 1319 de la Lista de Humedales de Importancia Internacional. Es una de las áreas más importantes para aves playeras migratorias en las Américas. «El conteo total más alto de un solo día fue de más de 362,952 aves playeras en octubre de 1997 (Watts et al., 1998). El 90% de las aves playeras de entremareas que pasan el invierno en Panamá, lo hacen en una zona de 30 km, que va desde Juan Díaz hasta un poco antes de la desembocadura del río Bayano. Ha sido el primer sitio de Centroamérica en unirse a la Red Hemisférica de Reservas para Aves Playeras (RHRAP) en 2005». Vid. CREHO (2010): pp. 27-32.

<sup>11</sup> A. EMBID IRUJO, (1998): p. 82.

relleno sobre manglares ubicados dentro del área protegida en la zona costera al Este de la ciudad de Panamá.

Una breve reseña de las acciones legales y constitucionales promovidas, refleja que la Corte resolvió, primero, la demanda que pretendía la anulación en sede contencioso-administrativa de la resolución que creaba el área protegida Humedal Bahía de Panamá. Ésta se falló mediante la precitada Sentencia de 23 de diciembre de 2013 que mantuvo la legalidad del mismo, lo que dio lugar, además, que perdiera efecto pronunciarse sobre otras dos acciones judiciales que fueron instauradas en contra del mismo acto administrativo. Por otro lado, también fueron impugnados los actos de la Autoridad de los Recursos Acuáticos que variaban y disminuían las tasas, impuestos y multas por tala de manglar. Estos actos fueron suspendidos por la Sala Tercera de la Corte mediante Autos de 3 de diciembre de 2015 y 18 de enero de 2015. En tanto que, otras acciones fueron propuestas en atención a que el Órgano Ejecutivo, posterior al fallo de 23 de diciembre de 2013 y al final del período de la administración 2009-2014, propuso a la Asamblea Nacional en esa última legislatura, un proyecto de ley que si bien reforzaba el área protegida al elevar su protección a la ley, lo cierto es que disminuía de forma sustancial los límites antes definidos en la Resolución N° AG-0072-2009. Ésta actuación generó en lo menos dos acciones de amparo de garantías constitucionales que fueron atendidas por el Pleno de la Corte, al admitir y suspender sus efectos<sup>12</sup>.

Al margen de lo anterior, lo que nos interesa resaltar ahora es sobre las consideraciones emitidas por la Corte en el fallo que sienta las bases de la no regresión ambiental en este medio jurídico.

En ese supuesto, la Corte panameña estableció en fallo de 23 de diciembre de 2013 que la anulación (en este caso en vía jurisdiccional) de un acto administrativo de interés general o público de carácter ambiental, a menos que sea por un interés superior a estos, acarrea una regresión en el desarrollo de las medidas de protección del medio ambiente.

---

<sup>12</sup> Luego de la vorágine legal reseñada, al comienzo de la legislatura de la administración 2014-2019, por fin se aprobó mediante Ley 1 de 2 de febrero de 2014, declarar área protegida al refugio de vida silvestre Sitio Ramsar Humedal Bahía de Panamá (GO. 27717 de 9 de febrero de 2015), lo que impide el desarrollo de proyectos hasta tanto se elabore un plan de gestión de la reserva.

Para la Sala Tercera «el establecimiento de un *área protegida* trae de suyo un interés general y público, dado que su importancia va ligada a la protección de todo un ecosistema; en este caso, especialmente integrado “como hábitat de aves acuáticas que comprenden extensiones de marismas, pantanos y turberas o superficies cubiertas de agua, sean éstos de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o aguas marinas, cuya profundidad de mareas bajas no exceda de 6 metros” [...]».

De ahí pues, que el fallo sostenga que la declaración de área protegida del Humedal Bahía de Panamá y su inclusión como sitio RAMSAR, «no hace más que reconocer la importancia socio-ambiental de tal superficie, así como la necesidad de salvaguardar los procesos biológicos que allí se desarrollan». Por consiguiente, la Corte señaló «que si se contempla [...] la anulación del acto administrativo en cuestión, se estaría en clara contradicción con los fines, principios y lineamientos que protege la legislación ambiental panameña». Es decir, que «se daría paso a una regresión en materia ambiental. Regresión que resultaría de excluirse el Humedal Bahía de Panamá, del régimen jurídico de protección y conservación de los ecosistemas existentes en la referida área protegida».

La Corte toma como referencia para determinar las posibles consecuencias adversas de no mantenerse la condición de área protegida, el mismo acto administrativo que emitiera la Autoridad Nacional del Ambiente declarando sitio RAMSAR al Humedal Bahía de Panamá. Tal resolución (JD-Nº 09-94 de 1994) en su artículo 10 enuncia una serie de acciones que se pretenden evitar con la declaratoria de área protegida, las que a juicio de la Corte podrían darse de no conservarse el régimen de protección especial de dicho área:

«Tales actividades, como razonablemente advierte el artículo 10 de la Resolución JD-No 09-94 de 1995, podrían ser: 1.) La remoción, tala, desmonte, relleno, desecación, extracción y cualquier otra actividad que afecte el flujo hidrológico de los manglares; 2.) El hostigamiento, recolección, captura, cacería, transporte y/o comercialización de especímenes de la fauna silvestre; 3.) La introducción de especies exóticas dentro del Humedal Bahía de Panamá; 4.) El depósito de desechos sólidos, orgánicos e inorgánicos, y de aguas residuales; 5.) El vertimiento de sustancias que contaminan las aguas marinas y fluviales, tales como agroquímicos, hidrocarburos, aguas servidas (industriales, riego, agropecuarias y domésticas) y otras, sin el debido tratamiento de dichas

sustancias; 6.) La entrada de nuevos ocupantes a los terrenos que conforman el área protegida; 7.) El establecimiento de actividades que atenten contra la integridad y el mantenimiento de las características ecológicas del ecosistema, así como sus bienes y servicios ambientales, y los fines de conservación y uso sostenible del que pretende dicho Humedal Bahía de Panamá; 8.) La roza y quema de rastrojos mayores de 5 años; 9.) El desmonte (expansión de frontera agrícola), dentro del área; 10.) La pesca, más allá de artesanal o de subsistencia; entre otras que puedan causar daños al Humedal y a sus ecosistemas asociados o interferir con las acciones de manejo del área protegida».

En definitiva, en su razonamiento la Corte estimó que si se desamparaba el humedal, las amenazas que se intentaban evitar podrían realizarse, dándose así un claro retroceso en la protección ambiental. Más en concreto que:

«[...] si se deslegitiman los mínimos de protección alcanzados a través de la Resolución N° AG-0072-2009, se dejaría sin resguardo jurídico-ambiental el denominado Humedal Bahía de Panamá, poniéndose en estado de vulnerabilidad el ya frágil ecosistema, y los procesos ecológicos de dicha área.

Dicho de otro modo, la desprotección de la superficie marino-costera establecida dentro del área protegida, expondría al humedal y su zona de amortiguamiento, a actividades incompatibles con la política de protección y conservación de los recursos naturales y culturales que se establece en la legislación vigente, y en el Plan de Manejo del área protegida, que exigen la garantía y mantenimiento de las características ecológicas de los ecosistemas de humedales del área (aspecto que advierte el artículo 8 del acto acusado en concordancia con los establecido en la Convención RAMSAR y la Conferencia de las Partes que establece el Marco de Referencia para la Aplicación de la Convención de RAMSAR).

[...]

Así las cosas, esta Sala después de la ponderación cuidadosa de las normas alegadas y las circunstancias que giran en torno a los efectos jurídicos de la declaratoria del área protegida Humedal Bahía de Panamá, arriba a la conclusión de que el acto demandado, no infringe las normas aducidas así como tampoco afecta el ordenamiento jurídico en general; el cual, vale la pena insistir, en el peor de los casos, sí se vería lesionado con la adopción de una medida legal, administrativa o judicial, que retrotraiga los efectos de protección hasta ahora conseguidos a través de la Resolución N° AG-0072-2009 [...].».

## *2. Otros pronunciamientos relacionados con el Humedal Bahía de Panamá*

En algunos otros precedentes se hace implícita referencia al principio de no regresión. En esa línea, se encuentran los Autos de 26 de mayo de 2014 y 5 de junio de 2014 a través de los cuales el Pleno de la Corte Suprema de Justicia hace referencia indirecta a la prohibición de regresividad al admitir y suspender los efectos de una orden del Órgano Ejecutivo que autorizaba al titular del Ministerio de Economía y Finanzas a proponer ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley que de acuerdo con la Corte *disminuía los límites* del área protegida Humedal Bahía de Panamá. En efecto, la referencia indirecta a la no regresividad sirvió de fundamento para que una vez admitida la demanda, se surtiera la suspensión de la orden, previniéndose así, de forma preliminar que se propusiera y diera debate a un proyecto que tenía por pretensión reducir el territorio del área protegida, en contraposición a los compromisos internacionales suscritos por el país con relación a la Convención Ramsar.

En términos similares, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en Auto de 8 de enero de 2015 decidió también suspender provisionalmente los efectos de una resolución administrativa en la que se variaban y disminuían las tasas, impuestos y multas por tala de manglar. A juicio de la Corte la acción cautelar era procedente en virtud de los efectos regresivos que preliminarmente se advertían sobre el ordenamiento jurídico ambiental.

## *3. Los Manglares de la Bahía de Chame*

Otro pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es de 9 de agosto de 2018, el cual decidió la demanda de nulidad incoada contra la Resolución No. AG-0462-2013 de 19 de julio de 2013 de la Autoridad Nacional del Ambiente, a través de la cual el ahora Ministerio de Ambiente modificó la Resolución AG-364-2009 de 27 de mayo de 2009, que creó el área protegida Manglares de la Bahía de Chame.

Los demandantes aquí sostenían que la modificación adoptada implicaba la reducción de los límites del área protegida, de 8,899 has + 9,181 m<sup>2</sup> con un inventario forestal de 5,957.6 has a tan solo 6,774 has + 0023 m<sup>2</sup>.

Alegaban que el área tanto había sido protegida a través de la Resolución AG-364-2009 de 27 de mayo de 2009 como hacia parte del área de uso múltiple comprendida entre los corregimientos de Sajalices, Bejuco, El Líbano y Punta Chame, declarada así mediante el Acuerdo 9 de 2 de agosto de 2007 del Municipio de Chame.

Según lo planteado por los demandantes, el Plan de Manejo Forestal del Área de Uso Múltiple Manglares de la Bahía de Chame es un importante sitio para las aves playeras migratorias y las garzas que anidan en la Isla Taborcillo, que está dentro de sus márgenes, además de que en dicha Bahía desembocan cuatro ríos importantes con gran diversidad de peces, moluscos y crustáceos. Resaltaba la demanda que la modificación se sustentó en un Informe Técnico de la Administración Regional de la Autoridad Nacional del Ambiente, que no justifica la reducción de los límites del área protegida ni es congruente con el tratamiento que le da al área el Plan de Manejo Forestal.

Para resolver el asunto, la Sala de lo Contencioso Administrativo se refirió, en primer lugar, a las normas que regulan la modificación de los límites de un área protegida y sus requisitos. En este caso, la normativa aplicable se encontraba en la Resolución No. AG-0619-012 de 8 de noviembre de 2012, según la cual “sólo se podrá modificar” los límites de un área protegida declarada, cuando se hayan producido inconsistencias en la normativa que crea el área protegida; existan errores y traslapes en la descripción de los límites; para la unificación de áreas protegidas colindantes; la incorporación de ecosistemas poco representados de acuerdo al análisis que realice el Sistema Nacional de Áreas Protegidas; para incorporar áreas que garanticen la reproducción, anidamiento o alimentación requerida para la propagación de especies de vida silvestre, en especial especies endémicas, en peligro, vulnerables o migratorias; o bien para incluir terrenos privados donados, titulados, ubicados en las zonas de amortiguamiento.

Bajo este contexto, la Sala llegó a la conclusión de que el acto demandado era ilegal, tras observar que el Informe Técnico que lo fundaba, no se ajustaba adecuadamente a los criterios jurídicos que permitían la modificación de los límites de un área protegida. Para la Corte el Informe Técnico carecía de razones de peso para la modificación, ya que aunque éste aludía a varios de los requisitos necesarios para ello, lo que sustentaba, centralmente, era que había una inconsistencia entre los límites señalados en la Resolución AG-364-2009 de 27 de mayo de 2009, que creó el área protegida



Manglares de la Bahía de Chame y los límites que se mencionaban en el Plan de Manejo, de 3 mil hectáreas menos. Según lo explica la sentencia, lo anterior no justificaba la reducción del espacio territorial del área protegida, sino que en todo caso procedía era ajustar el Plan de Manejo a la extensión que realmente correspondía al área protegida y no al contrario.

#### *V. Conclusiones*

De momento aunque son escasos los pronunciamientos sobre el principio de no regresión, lo cierto es que su introducción en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia panameña a través de la Sentencia de 23 de diciembre de 2013 ha significado un importante avance hacia su desarrollo y perfeccionamiento en nuestro medio. El Acuerdo de Escazú y su aprobación mediante Ley en Panamá, es otro paso importante en esa dirección. Su reconocimiento y aplicación incidirá en tres aspectos a tener en cuenta: 1) como canon de interpretación para el juzgador a la hora de resolver causas en las que se controviertan intereses y derechos fundamentales asociados con la tutela del medio ambiente; 2) como directriz que advierte sobre la necesidad de actuar conforme a planes de desarrollo ambiental progresivos y por tanto no injustificadamente regresivos; y 3) en cuanto opera como herramienta de argumentación y como parámetro orientado a sustentar las acciones legales y/o constitucionales que se promuevan en defensa de la naturaleza.

#### BIBLIOGRAFIA

AMAYA ARIAS Á. (2015), *El principio de no regresión en el derecho ambiental*, Iustel: Madrid.

CREHO (2010), *Inventario de los humedales continentales y costeros de Panamá*, Autoridad Nacional del Ambiente: Panamá.

EMBID IRUJO A. (2011), *El derecho público de la crisis económica*, En: BLASCO ESTEVE A. (coord.), *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública: Madrid.

EMBED IRUJO A. (1998), *La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua*, En: EMBED IRUJO A. (dir.), *El nuevo derecho de aguas: obras hidráulicas y su financiación*, Civitas: Madrid.

LÓPEZ RAMÓN F. (2011), *El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el derecho español*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, No. 10, pp. 13-27.

PEÑA CHACÓN M. (2013), *El principio de No regresión ambiental en la legislación y jurisprudencia costarricense*, En: PEÑA CHACÓN M. (dir.), *El principio de no regresión ambiental en el derecho latinoamericano comparado*, PNUD: San José.

PRIEUR M. (2010), *El nuevo «Principio de no regresión en derecho ambiental»*, En: Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa, Prensas Universitarias de Zaragoza: Zaragoza.

#### JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Tercera. Demanda contencioso administrativa de nulidad. Constantino González Riquelme c. Resolución No. AG 0072-2009 de 3 de febrero de 2009 de la Autoridad Nacional del Ambiente. Sentencia de 23 de diciembre de 2013. Exp. 123.12.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Pleno. Acción de amparo de garantías constitucionales. Félix Wing Solís c. Resolución de Gabinete No. 95 de 13 de mayo de 2014. Resoluciones de 16 de mayo y 5 de junio de 2014. Exp. 488-14.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Tercera. Demanda contencioso administrativa de nulidad. Rivera, Bolívar & Castañedas c. Resolución J.D. No. 023 de 23 de mayo de 2012 de la Autoridad de los Recursos Acuáticos. Auto de 8 de enero de 2015. Exp. 598-2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Tercera. Demanda contencioso administrativa de nulidad. Rivera, Bolívar & Castañedas c. Resolución AG 0462-2013 de la Autoridad Nacional del Ambiente. Sentencia de 9 de agosto de 2018. Exp. 740-13.

**ABSTRACT**

Eduardo J. Mitre Guerra – *El principio de non regresión ambiental en la jurisprudencia sobre áreas protegidas en Panamá*

El principio de no regresión ambiental juega un papel importante en el Derecho Ambiental del siglo XXI. Su construcción ha sido originalmente teórica. El Profesor Michel Prieur ha sido su principal impulsor, trabajo que ha permitido que hoy por hoy se cuente con normativa y pronunciamientos judiciales que reconocen y aplican el principio de no regresión ambiental. En Panamá se dio un importante paso hacia el reconocimiento de este principio por la vía jurisprudencial. Ahora también mediante la ratificación del Acuerdo de Escazú, cuyo texto recoge expresamente este principio. Este trabajo alude a estos aspectos, sobre todo a la jurisprudencia contencioso administrativa que inaugura su aplicación en Panamá.

**PALABRAS CLAVE:** *Principio de no regresión ambiental; Acuerdo de Escazú; jurisprudencia panameña; áreas protegidas.*

Eduardo J. Mitre Guerra – *The Principle of Non-Regression in protected areas in Panama's case law*

The principle of environmental non-regression plays an important role in twenty-first century Environmental Law. Its construction was originally theoretical. Professor Michel Prieur has been its main promoter, work that has allowed today to have regulations and judicial pronouncements that recognize and apply the principle of environmental non-regression. In Panamá, an important step was taken towards the recognition of this principle through jurisprudential means. Now also through the ratification of the Escazú Agreement, the text of which expressly reflects this principle. This work describe these aspects, especially the jurisprudence that inaugurates its

application in Panamá.

**KEYWORDS:** *Principle of environmental non-regression; Escazú Agreement; jurisprudence of Panamá; protected areas.*

**RAMÓN OJEDA-MESTRE\***, **ANA LAURA SILVA LÓPEZ\*\***  
***La No regresión o digresión en México***

**SUMARIO:** 1. *Introducción* – 2. *Un breve recuento de la gestación del Derecho Ambiental mexicano* – 3. *La regresión como enemiga del avance* – 4. *Trasposiciones del Principio de No Regresión ambiental en el orden jurídico mexicano* – 5. *Mirar el pasado para construir un mejor futuro* – 6. *El Derecho Ambiental como derecho social* – 7. *A modo de conclusión*

### *1. Introducción.*

Los problemas ambientales no competen individualmente a cada nación, es una problemática en la que cualquier acción llevada a cabo en un lugar del mundo, repercute en todos los espacios, y afecta a todas las personas, y no solo a las que nos encontramos hoy físicamente en el espacio, sino también a aquellas potenciales personas que habitarán el planeta en el futuro.

Ante esta realidad diversos países, a través de instrumentos de Derecho Ambiental es que han establecido las directrices bajo las cuales se debe conducir la humanidad con la finalidad de salvaguardar el ambiente, disminuir la aceleración del cambio climático, y asegurar recursos para las generaciones futuras. Estas directrices son los Principios del Derecho Ambiental, que deben distinguirse entre aquellos de carácter general que establecen los grandes objetivos del Derecho Ambiental, cuya positivación no sólo supone una simple incorporación al texto legal, sino que entraña transformaciones profundas del orden jurídico, como la idea de desarrollo sustentable o el derecho al medio ambiente adecuado; y aquellos a través de los cuales se pretenden lograr esos objetivos, que tienen por tanto un carácter instrumental y su positivación es necesaria con el carácter de normas o instituciones jurídicas<sup>1</sup>.

Uno de estos principios es el de No Regresión, entendiendo que la regresión no solamente constituye un vicio del retroceso cultural o intelectual sino también tiene cargas importantes de dispendio económico y de confusión

---

\* Presidente del Centro de Estudios Integrales de Innovación y el Territorio, S. C.

\*\* Maestra en Derecho Laboral, Profesora Investigadora del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, México.

<sup>1</sup> M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, París, Dalloz, 2001, p. 47 en J. J. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, *Tratado de Derecho Ambiental mexicano. Las instituciones fundamentales de Derecho Ambiental*, México, UAM, p. 86.

social. Pero la regresión, hay que decirlo, tiene también la función avalorativa o axiológica de la corrección de los errores en materia de Derecho Ambiental o de cualquier otra rama jurídica. De allí que debemos preguntarnos si la regresión es compatible con la sustentabilidad y con la sostenibilidad.

La regresión o la reversa jurídica llevarían a la aplicación de lo que el premio Nobel de Economía Paul Samuelson llamó la "*Ley de los rendimientos decrecientes*" y que desarrolló de David Ricardo. Esto significa, que en la medida que el derecho, que custodia, protege o tutela al ambiente (y que por ende ampara la vida y la calidad de vida de los habitantes de este mundo y las de las generaciones venideras) se angosta en magnitud o se disminuye en calidad, en esa medida y circunstancias quedan desprotegidas tanto la naturaleza como las franjas humanas, que, a mayor abundamiento, han venido ensanchándose en el planeta. Es decir: los bienes ambientales sirven hoy a más seres humanos que hace cien años o, dicho de otra manera, la parte alícuota de capital ambiental que le tocaría per cápita a cada ser humanos se ha contraído.

Esto es de enorme importancia, porque implica que cada centímetro de naturaleza vale hoy mucho más para cada ser humano por el principio de escasez que rige la economía. El derecho moderno tiene que entender y atender esto de manera urgente. Hay una frase que se atribuye a los revolucionarios cubanos o españoles que dice: «Si avanzo, sígueme. Si me detengo: empújame. Si retrocedo mátame» Cuando el Derecho Ambiental retrocede, no solamente ultimamos más naturaleza, sino que anulamos las posibilidades de vida de la humanidad presente y futura.

En este artículo se hace una revisión de la adaptación del Principio de No Regresión en el orden jurídico mexicano, a partir del compromiso adquirido ante las naciones para adecuarse a las finalidades del Derecho Ambiental internacional, con miras de generar un presente sustentable para un futuro sostenido, a través de la ubicación de sus propias debilidades, sistematizadas como las manifestaciones contrarias a la No regresión, para así entender qué acciones están pendientes de realizarse para generar un verdadero orden jurídico ambiental progresivo.

En primer lugar, revisar el momento en que la "ecología" comienza a mostrar destellos en las ideas de los legisladores mexicanos, permite hacer un recuento de lo que más adelante se convertirá en el Derecho Ambiental mexicano, el cual debe adaptarse a las necesidades e inquietudes que aquejan a la humanidad. En el segundo apartado de este estudio, se revisa que la

preocupación y ocupación por el ambiente hoy en día cobra mayor importancia en los intereses sociales, pero que no ha sido el suficiente como para hacer del cuidado ambiental un quehacer cotidiano, lo que nos lleva a un sistema jurídico nacional ambiental inconcluso, cuyas debilidades se expresan en incongruencias que encuadran con lo que Michel Prieur y González Márquez expresan como manifestaciones contrarias al Principio de No Regresión como se verá en el tercer apartado, para terminar con la reflexión del Derecho Ambiental como parte del derecho social, por todas sus implicaciones, alcances e intereses, y la urgente necesidad de atender el Principio de No Regresión.

## 2. *Un breve recuento de la gestación del Derecho Ambiental mexicano*

En 1917 en una casa ubicada en el cerro del Obispado en la ciudad de Querétaro en el centro del país, se instalaron algunos de los principales Constituyentes que habrían de dotar de una avanzada Carta Magna a un México que apenas estaba saliendo de la primera revolución social del siglo XX.

Junto con esos constituyentes había diputados muy prestigiados y muy bien elegidos, entre ellos Pastor Rouaix; como asesor especial se hallaba un científico, intelectual, estudioso, maestro, jurista y sociólogo autor de un libro que transformaría el pensamiento de una gran parte de las inteligencias más avanzadas de su época, el maestro Andrés Molina Enríquez autor del libro *Los Grandes Problemas Nacionales*, quien había leído con fruición en la biblioteca de otro gran intelectual de los siglos XIX y XX, el alemán Franz Mayer<sup>2</sup>, un libro que es ya parte de la historia ambiental de la humanidad, me refiero al libro sobre la metamorfosis de los organismos escrito nada más y nada menos que por Ernest Haeckel y en el cual acuñó por primera vez y de manera trascendente la palabra ecología<sup>3</sup> que todos conocemos. Haeckel dijo que la ecología era la relación de los seres vivos con su entorno, particularmente la relación del ser humano con las otras criaturas de la naturaleza punto y aparte.

---

<sup>2</sup> <https://franzmayer.org.mx/biblioteca/>

<sup>3</sup> E. HAECKEL, *Generelle Morphologie der Organismen (Morfología general de los organismos)*, 1866 cuyo segundo volumen dedicó a Charles Darwin, Wolfgang Goethe y Jean-Baptiste Lamarck. *Generelle Morphologie der Organismen: allgemeine Grundzüge der organischen Formen-Wissenschaft, mechanisch begründet durch die von C. Darwin reformirte Decendenz-Theorie*. 1866. Berlín, Alemania.

La ecología, se convertiría unas décadas más tarde, pues ese libro de Haeckel fue escrito en 1860 aproximadamente, en el origen de lo que hoy llamamos el medio ambiente, que en su connotación actual inicia su trayecto transformador a mediados del siglo XX. Recordemos que la reunión de Estocolmo de 1972 inicia su fase organizativa en los años 60 cuando ya se manejaba el término *environment*.

Así pues, Andrés Molina Enríquez les transmite a los diputados constituyentes principales de la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 los conceptos de un gran darwinista, evolucionista y afiliado al positivismo de su época, y principalmente a ese grupo histórico encabezado por el constituyente Pastor Rouaix, que habría de redactar el artículo 27 constitucional<sup>4</sup> que trata de la defensa y nacionalidad de bosques,

---

<sup>4</sup> El Artículo 27 referido contenía estos párrafos: «Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el Decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados: se considerará de utilidad pública. Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o substancias, que, en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas. Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos. Son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos interiores de formación natural, que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos principales o arroyos afluentes desde el punto en que brota la primera agua permanente hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar o que crucen dos o más Estados; las de las corrientes intermitentes que atraviesen dos o más Estados en su rama principal; las aguas de los ríos, arroyos o barrancos, cuando sirvan de límite al territorio nacional o al de los Estados; las aguas que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Cualquiera otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atraviese; pero el aprovechamiento de las aguas, cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados. En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible».



agua, petróleo, minas, suelo y subsuelo, mares y costas, en fin, un artículo muy avanzado para el derecho de su época que acentuaba que esos eran bienes nacionales o bienes comunes de los mexicanos.

Ese es el origen jurídico de los actuales derechos ambientales en México que apenas cumplirán en estos días 50 años con la promulgación de la *Ley Federal para prevenir y controlar la contaminación*<sup>5</sup> y que se considera el acta de nacimiento del Derecho Ambiental de México, pues fue el fundamento para los primeros reglamentos relativos al control y prevención de la contaminación, como el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Atmosférica provocada por humos y polvos<sup>6</sup>, Reglamento para el Control y Prevención de la Contaminación de las Aguas<sup>7</sup>, el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental generada por la emisión de ruidos<sup>8</sup>, y el Reglamento para Prevenir y Controlar la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y Otras Materias<sup>9</sup>. Estos Reglamentos han trascendido a la Ley que les dio origen, tanto que algunos aún se encuentran en vigor.

A partir de ahí, el *iter legis ambientalis* ha sido errático, serpenteante, zigzagueante, de avances y retrocesos, de errores graves y aciertos grandes, de copias vulgares, de *Copy Paste*, o de brillantes originalidades, de luces y sombras, como seguramente lo ha sido en muchas otras naciones.

### 3. La regresión como enemiga del avance

El derecho, pese a su nombre, nunca ha ido en línea recta, nunca, ni en México ni en Roma, Egipto, Inglaterra o en la antigua tierra de Hammurabi. Los frutos deontológicos de las sociedades han ido surgiendo por las costumbres,

---

<sup>5</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el día 23 de marzo de 1971, sin embargo, esta ley desde su nacimiento carecía de ciertas certezas para funcionar. En primer lugar, la falta de un fundamento constitucional sólido, que estableciera el terreno para el objeto de esta ley fuera plenamente asequible. La reforma al artículo 73 fracción XVI que incluía la lucha contra la contaminación como facultad del Consejo de Salubridad General, publicada el 6 de julio del mismo año clasificaba a la ley federal para prevenir y controlar la contaminación como una ley de salubridad general, lo que limitaba sus alcances. Disponibles en [https://www.dof.gob.mx/index\\_111.php?year=1971&month=03&day=23](https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=1971&month=03&day=23).

<sup>6</sup> DOF 17 de septiembre de 1971.

<sup>7</sup> DOF 29 de marzo de 1973.

<sup>8</sup> DOF 2 de enero de 1976.

<sup>9</sup> DOF 23 de enero de 1979.

por los miedos, por los intereses económicos, bélicos, de dominación o del refinamiento de la cultura o por los arañazos de líderes, gobernantes, dictadores o caudillos o de las luchas religiosas.

De tal manera que resulta difícil pedirle a un derecho malcriado, mal educado, caprichoso y muchas veces *né dans les airs*, que no se detenga y que vaya siempre en línea recta hacia adelante. Es imposible en la realidad, pero debe ser el *desiderátum* humano de la perfectibilidad. Nuevas áreas de la regulación jurídica se agolpan en los anaqueles de la modernidad<sup>10</sup>.

Es este derecho el que debe adaptarse a las circunstancias presentes, no para complicarlas, sino para resolverlas. En el 2021 el mundo tiene unas prioridades manifiestas que apuntan al fortalecimiento de la No Regresión, las cuales se reflejan no solo en la dirección que toman los organismos internacionales, o el derecho, sino es evidente desde las inquietudes de las personas como se puede revisar en el informe de la Organización “no gubernamental” de Nueva York, USA, *Avaaz*, la cual en Italia tiene 2,500,000 miembros y en México millón y medio, en el cual se muestran los resultados de una encuesta en 17 idiomas enviada a millones de habitantes del mundo y que fue respondida por más de 150,000 personas, y se deja ver con el cuestionamiento muy claro en torno al posicionamiento de la problemática ambiental en los intereses de la sociedad<sup>11</sup>:

*¿Qué deberíamos priorizar durante los próximos meses?*

Nuestra comunidad ha respondido a nuestra encuesta anual desde todos los rincones del mundo, compartiendo esperanzas y sueños para un mundo mejor. Esta es quizás una de las encuestas mundiales más grandes que se hayan hecho, y nos ayudará a establecer nuestras prioridades y a definir cómo nos manifestamos en esta época crucial.

Resumen de los resultados en las 5 prioridades de campañas:

---

<sup>10</sup> M. MONTEDURO, G. BUIA, *La regulación de las nanotecnologías: desafíos y tendencias actuales*, Andavira Editores, 2018.

<sup>11</sup> <https://secure.avaaz.org/page/es/> [www.avaaz.org/es/contact](http://www.avaaz.org/es/contact) Avaaz.org 27 Union Square West Suite 500 New York, NY 10003 USA.



Gráfica 1, Elaboración propia con resultados de la encuesta Avaaz

Como puede verse, el interés en la crisis climática es el criterio predominante en los intereses de las personas entrevistadas, justo porque se reconoce ya el daño ambiental que se está generando y que además se están padeciendo sus consecuencias, el medio ambiente se posiciona como número uno. La encuesta tuvo a bien preguntar también cuál consideran que sería la solución a esta situación.

*¿Cómo debemos responder a la crisis climática?*

Estas son las dos ideas de campañas que más respaldo obtuvieron:

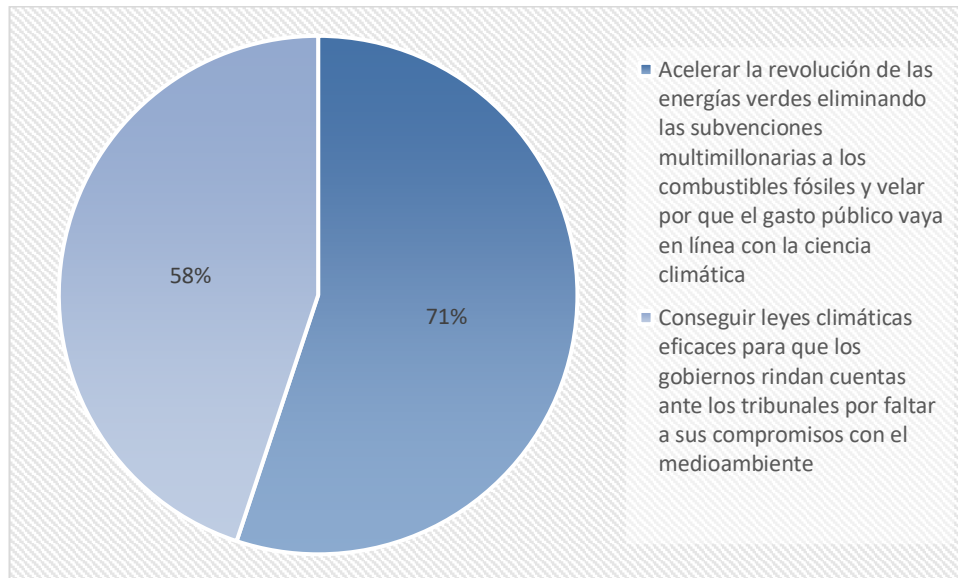


Gráfico 2, elaboración propia con resultados de la encuesta Avaaz

Este cuestionamiento hace evidente que el derecho no se ve como la solución preliminar para combatir la crisis climática, lo que evidencia las debilidades del derecho, pues dadas múltiples experiencias en que la aplicación de la ley es arbitraria, ha puesto de manifiesto a los ojos de la sociedad que el derecho por sí mismo no garantiza la justicia, y por tanto el cuidado y protección del medio ambiente. En ese sentido, la solución que se propone es una política pública encaminada al desarrollo de las energías limpias y la inversión en ciencia climática, lo que se considera una postura muy razonable, pues a quien más poder confiarle la solución de un problema que a la ciencia.

El siguiente cuestionamiento que se retoma del informe es

*¿Qué pasos deberíamos dar para proteger la naturaleza y la biodiversidad?*

Estas son las dos ideas que más respaldo obtuvieron:

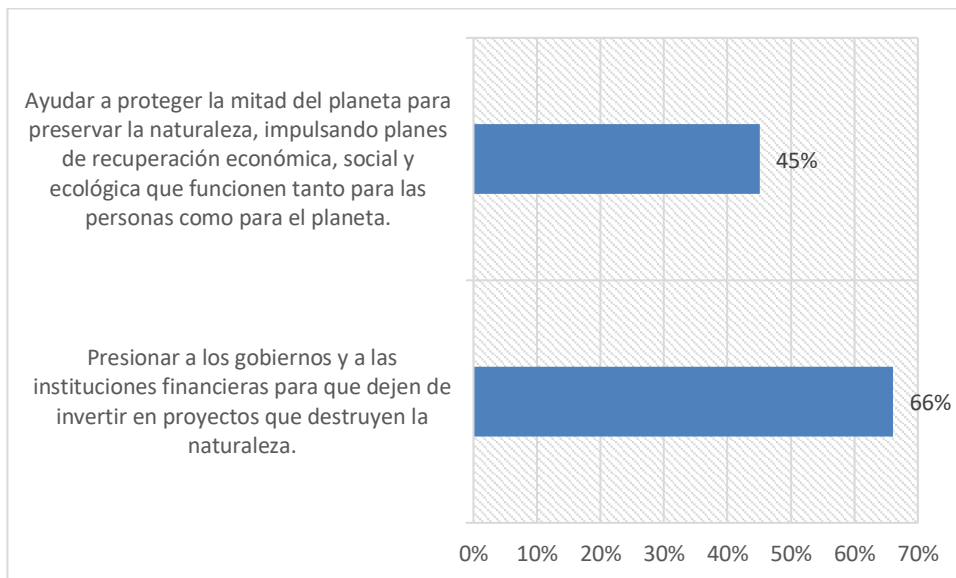


Gráfico 3, elaboración propia con resultados de la encuesta Avaaz

Este último planteamiento, nos deja ver una postura social clara respecto de quien se considera responsable del daño ambiental: los gobiernos e instituciones financieras que invierten en proyectos que destruyen la naturaleza, lo cual no está equivocado, sin embargo ¿quiénes nos beneficiamos de las comodidades que brindan esos proyectos? Pensando así, quizá la respuesta no hubiese tenido esa cantidad de votantes. Sirva esta pregunta para una reflexión personal respecto de quién es el verdadero responsable del daño ambiental.

Así pues, la inquietud derivada de la crisis climática que acontece en el planeta ha permeado a una gran parte de la sociedad civil, tomando la forma ya no de un reconocimiento por parte de la autoridad, sino de una naciente exigencia por parte de los ciudadanos para que la autoridad cumpla con su deber. Debe mencionarse que la sociedad mexicana ha respondido de forma lenta al interés y acción en cuanto a temas ambientales se refiere, pues solo al 22% de la población tiene interés, pero de este porcentaje solo la mitad de toma acciones al respecto, de acuerdo con un estudio realizado por la consultora Kantar<sup>12</sup>, aunque desde una perspectiva alentadora, el proceso de toma de

<sup>12</sup> *Who cares, who does?* Disponible en <https://www.kantarworldpanel.com/mx/Noticias-/Who-Cares-Who-Does>.

conciencia desde la sociedad ya está iniciado, y se habrá de expandir poco a poco, esperando que cuando sea una mayoría la interesada en la problemática ambiental, no sea demasiado tarde.

Ante estas realidades es que el derecho debe adaptarse, para ser eficaz y una solución que brinde soluciones certeras, confiables y sobre todo justas desde cualquier perspectiva. No es una tarea fácil, el derecho tiene que mejorarse y corregir sus debilidades, y los principios del derecho, como lo es el Principio de No Regresión Ambiental, son las directrices que indican el camino que se debe seguir para perfeccionar las leyes.

Una vez planteado el contexto al cual el derecho ambiental debe ajustarse, habrá que revisar críticamente si no han existido retrocesos en materia ambiental en el orden jurídico mexicano con el reconocimiento del Principio de No Regresión ambiental.

#### *4. Trasposiciones del Principio de No Regresión ambiental en el orden jurídico mexicano*

México, al igual que otros países, ha adquirido los compromisos internacionales que tienen como objetivo lograr el desarrollo sustentable a nivel internacional, considerando precautoriamente las afectaciones ambientales para su prevención, y en su caso, reparación, y así poco a poco deconstruir el modelo de producción falto de responsabilidad ambiental y social, por uno que prepare su propia sostenibilidad en un marco de bienestar general.

En nuestro país, desde la gestación del Derecho Ambiental (del que se ha dado recuento breve a inicio del presente escrito) se han llevado a cabo adecuaciones para estar en concierto con las tendencias del derecho internacional ambiental, pues ha firmado y ratificado la mayoría de los tratados<sup>13</sup> en materia de Derecho Ambiental, y derivado de estos compromisos es que se ha dado la promulgación de leyes en materia ambiental, o bien la implementación de políticas ambientales que buscan conseguir el cuidado al medio ambiente; sin embargo, hay debilidades que no permiten la correcta

---

<sup>13</sup> El término Tratado es usado en el sentido que le da la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 2º., párrafo 1º., inciso a) que señala «Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

aplicación de la legislación ambiental, y por lo tanto, de la consecución de la justicia ambiental.

En su resolución del 20 de septiembre de 2011 el Parlamento Europeo en su apartado 97 decidió pedir el Reconocimiento del Principio de No Regresión en el contexto de la Protección del ambiente y los derechos fundamentales. El Estado Mexicano ha adoptado este principio durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río+20, dentro del documento "El futuro que queremos".

El Principio de No Regresión ambiental señala que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser consideradas si es que su aplicación implica un retroceso respecto de los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación<sup>14</sup>.

De acuerdo Michel Prieur y José Juan González Márquez<sup>15</sup>, las manifestaciones de un orden jurídico contrarias a este principio son:

- a. Que un país se reúse a adherirse a un tratado internacional
- b. Que un país boicotee su implementación
- c. Cuando en la legislación nacional se modifican los procedimientos para reducir los derechos del público con el pretexto de la simplificación.
- d. Cuando se derogan o modifican las reglas para reducir los mecanismos de protección o hacerlos ineficaces.
- e. Cuando al reglamentar un principio constitucional en materia ambiental, la ley no es clara y por lo tanto resulta inentendible y hace imposible el ejercicio de ese derecho.

A continuación, retomando las manifestaciones apenas enlistadas, es que se lleva a cabo una revisión de casos que demuestran cómo es que aún, a pesar de los esfuerzos en materia legislativa de generar leyes que procuren el cuidado

---

<sup>14</sup> M. PRIEUR, "Non-Regression in Environmental Law", S.A.P.I. EN.S, vol. 5, núm. 2, agosto de 2012, p. 55; M. PEÑA CHACÓN, "El Principio de No Regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", Revista Judicial, Costa Rica, núm. 104, junio de 2012.

<sup>15</sup> J. J. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, *Tratado de Derecho Ambiental mexicano. Las instituciones fundamentales del Derecho Ambiental*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2018, pp. 109-110.

ambiental, se cae en estos supuestos contrarios al Principio de No Regresión, que se pueden entender como las debilidades del orden jurídico mexicano a la luz de este Principio.

*i. Congestión normativa, un boicoteo inintencionado*

El informe titulado *Estado de Derecho Ambiental: Primer informe global*, la primera evaluación global sobre la materia, publicada en 2019 por ONU Medio Ambiente<sup>16</sup>, concluyó que, aunque el volumen de leyes ambientales se ha multiplicado por 38 desde 1972, la incapacidad de aplicarlas y hacerlas cumplir plenamente, constituye la debilidad más grande del Derecho Ambiental, y por lo tanto es uno de los mayores desafíos para mitigar el cambio climático, reducir la contaminación o detener la pérdida generalizada de especies y hábitats.

El mismo informe explica por qué, pese a la proliferación de leyes ambientales, persisten problemas como la contaminación, la reducción de la biodiversidad y el cambio climático, dijo David Boyd, Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y el medio ambiente «A menos que se fortalezca el estado de Derecho Ambiental, incluso las normas aparentemente rigurosas están destinadas al fracaso y no se alcanzará el derecho humano fundamental a un medio ambiente saludable»<sup>17</sup>. Se lamenta que ni el multilateralismo ni la asignación de fondos han dado lugar a la creación de organismos ambientales sólidos capaces de hacer cumplir las leyes y los reglamentos con efectividad.

Los autores del informe identificaron los numerosos factores que contribuyen a la deficiente aplicación de las leyes ambientales, entre ellos, la escasa coordinación entre organismos gubernamentales, una capacidad institucional debilitada, la falta de acceso a la información, la corrupción y una participación cívica reducida.

«Ya tenemos la maquinaria en forma de leyes, regulaciones y agencias para regir nuestro medio ambiente de forma sostenible. La voluntad política resulta ahora esencial para garantizar que las leyes y organismos funcionen a favor del planeta. Esta primera evaluación mundial sobre el estado de Derecho

---

<sup>16</sup> ONU, Reporte especial, “Se registra gran aumento de leyes ambientales en los últimos 40 años, pero hace falta mejorar su aplicación”. Disponible en <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/se-registra-gran-aumento-de-leyes-ambientales-en-los>, Nairobi, Panamá, consultado el 26 de junio de 2021

<sup>17</sup> *Idem*.



Ambiental destaca la labor de las naciones que están del lado correcto de la historia y, como resultado, cuáles son más fuertes y seguras», dijo Joyce Msuya, Directora Ejecutiva interina de ONU Medio Ambiente<sup>18</sup>.

México no es ajeno a todos los factores señalados por el informe anterior, pues dada la falta de sistematización en las leyes ambientales, el sistema de concurrencias y la negligencia que de este sistema se deriva<sup>19</sup>, y las incongruencias que se generan por la promulgación de leyes y reglamentos sin consideración de los ya existentes, dan pie a la inestabilidad en la aplicación de las mismas, generando incertidumbre, incoherencias y falta de claridad en su aplicación; además para el juzgador, al aplicar las leyes que de origen son débiles, sus acciones tendrán el mismo tenor, y el alcance de la legislación y la justiciabilidad no aspira a la consecución de los objetivos del Derecho Ambiental.

El informe detalla acontecimientos positivos en materia de Derecho Ambiental registrados desde 1972, incluida la aprobación del derecho constitucional a un medio ambiente sano en 88 países y la consagración de la protección del medio ambiente en las constituciones de otros 65. Además, se resalta el establecimiento de más de 350 tribunales ambientales en más de 50 países, y la existencia de disposiciones legales sobre el derecho de los ciudadanos a la información ambiental en más de 60 Estados. En México, el derecho a un medio ambiente sano está reconocido por la Constitución en el artículo 4º párrafo quinto «Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por ley»<sup>20</sup>.

Pero a pesar de la constitucionalización de este derecho, hay una tendencia preocupante y es la resistencia a las leyes ambientales que ha resultado en un creciente número de casos de hostigamiento, amenazas y asesinatos de defensores del medio ambiente. Entre 2002 y 2013, 908 personas fueron asesinadas en 35 países, entre ellas, guardaparques, inspectores

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Como señala Brañes «es como un sistema de distribución de competencias respecto de una misma materia que lleva a cabo el Congreso de la Unión entre los tres diversos órdenes de gobierno existentes en la República». R. BRAÑES, *Manual de Derecho Ambiental mexicano*, Fondo de cultura económica, México, 2000, pp. 87-96.

<sup>20</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 1999.

gubernamentales y activistas locales. Solo en 2017, 197 defensores ambientales fueron asesinados.

En México, entre 2012 y 2019 hubo decenas de asesinatos de defensores ambientales y en 2020 continúa la tendencia de creciente violencia a defensores de derechos humanos ambientales, pues se registraron 18 asesinatos. Estos ataques se realizaron tanto hacia personas en lo individual, contra dos o más personas, contra comunidades, así como contra organizaciones de la sociedad civil que ejercen la defensa ambiental, de la tierra o el territorio.



Gráfica 1, elaboración propia con datos de CMDA

Como puede observarse en la gráfica, las agresiones se han dado principalmente en el ámbito forestal y el de vías de comunicación con 24.6% del total cada uno. En el primer caso, la mayoría se relaciona con tala clandestina. En el rubro de obras relacionadas con vías de comunicación, se registraron 8 ataques vinculados con el proyecto del Tren Maya que lleva a cabo la actual administración; 3 relacionadas con el proyecto de la carretera en San Francisco Xochicuautila, en el Estado de México; 3 con el caso de la construcción del Puente Vehicular Xochimilco, en Ciudad de México y 3 más con construcciones de carreteras en diferentes estados. En menor porcentaje, se

cometieron agresiones en el sector de la minería, la industria eléctrica y el turismo, entre otros.

Uno de los factores que propicia la situación anterior es la falta generalizada de rendición de cuentas, gobernanza sólida y respeto por los derechos humanos a favor de la sostenibilidad. La participación efectiva de una sociedad civil informada contribuye a que los gobiernos adopten mejores decisiones, las empresas apliquen medidas más responsables y las leyes ambientales sean más efectivas.

Es evidente la necesidad de desarrollar y promover el estado de Derecho Ambiental, lo que plantea un desafío para todos los países, y para México en particular, ubicándose apenas en las prioridades sociales, políticas y jurídicas.

ii. *La falta de armonización y actualización de la legislación*

En nuestro país, algunas de las principales leyes ambientales han padecido pústulas de regresión, directas, *de jure, o de facto* al no dotarlas de reglamentos actualizados o en ambos casos como la Ley de Aguas Nacionales, que es un caso extremadamente preocupante, pero también otras como la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (instrumentos de política ambiental); Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable; Ley General de Vida Silvestre; Ley de Desarrollo Rural Sustentable; Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos; Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados; Ley de Productos Orgánicos; Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables; Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos; Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

Esto ha generado casos como la falta de certeza jurídica generada con la entrada en vigor de la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente en el Sector de Hidrocarburos LANSIPMASH que crea la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos<sup>21</sup> como organismo desconcentrado de la

---

<sup>21</sup> Y no está de más mencionar que no se justificó su creación como desconcentrado de la SEMARNAT, en virtud de la política económica que se ha vislumbrado durante los últimos meses, ya que la actividad petrolera estuvo por debajo de lo esperado, debido a una menor plataforma de producción de Petróleos Mexicanos de 2,398 miles de barriles diarios (mbd) en el periodo julio-septiembre, nivel que contrasta con un estimado de 2,520 mbd, estimándose que la menor producción petrolera durante este año le restará 0.4 puntos porcentuales al crecimiento del Producto Interno Bruto de 2014. Calderón García Jessica, "Los principios de progresividad y no regresión en el marco de la ley de la agencia nacional de seguridad industrial y de protección al

Secretaría del Medio Ambiente y recursos Naturales SEMARNAT en el marco de la Reforma constitucional de 2013<sup>22</sup>, al que se le otorgaron facultades de «emitir, suspender, revocar o negar licencias, autorización, permisos y registros en materia ambiental, y en específico en el sector hidrocarburos y materias de residuos peligrosos de aquellos», facultades que desde un inicio eran atribución de la SEMARNAT, conforme la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente LGEEPA, acto con el cual se le resta importancia a este proceso administrativo para el ambiente, además de que se contemplan en una nueva legislación sin realizar, y no debe olvidarse que la Agencia depende de la Secretaría por ser un desconcentrado y no contar con personalidad jurídica ni patrimonio propios.

Es por ello que bajo la perspectiva de no regresión, la expedición de la LANSIPMASH es contraria, pues el Estado mexicano está dando un paso atrás en el derecho a un medio ambiente sano, por no procurar la protección para que los gobernados puedan gozar de un entorno adecuado que garantice su desarrollo y bienestar, sumado a la falta de atención en la armonización de las leyes en el marco constitucional de derechos humanos, por lo que el implementar esta LANSIPMASH implicaría serios retroceso para México en materia de derechos humanos, el cuidado al medio ambiente, el desarrollo sostenible y en el bienestar para la población mexicana.

*iii. Cuando se derogan o modifican las reglas para reducir los mecanismos de protección o hacerlos ineficaces*

Una situación que está generando inquietud en nuestro país es la actual reforma al sistema eléctrico, la cual podríamos encuadrarla en este supuesto de manifestaciones contrarias al Principio de No Regresión. Esta reforma toma su justificación con la reforma constitucional en materia de energía de 2013, o mejor conocida como reforma energética, la cual buscó modificar el sector energético en nuestro país dando paso de un monopolio estatal a uno de libre mercado para el aprovechamiento de los hidrocarburos y de la electricidad, en el que es posible la participación de la inversión privada para desarrollar e impulsar mercados energéticos bajo los principios de eficiencia y competitividad, permitiendo la libertad de empresa sujeta a la supervisión y control estatal mediante la expedición de regulación y el otorgamiento de

---

medio ambiente del sector hidrocarburos”, *La Barra*, No. 93, Nov 2014, Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/801452673>, consultado el 23 de junio de 2021.

<sup>22</sup> Conocida como Reforma energética, la cual se retoma más adelante.

permisos, autorizaciones y licencias a sus participantes para llevar a cabo distintas actividades de las industrias petrolera y eléctrica. Si bien esta reforma no puso el énfasis esperado en materia de transición a energías limpias o renovables, abrió la posibilidad para que empresas cuyo objeto es la generación de energía limpia pudieran ser pioneras en esta actividad, lo que se considera un aspecto positivo desde el punto de vista ambiental ya que la generación de energía renovable es un acierto en la procuración del cuidado ambiental, además de que constituyó un primer acercamiento a la consecución de los compromisos contraídos por el país con el Acuerdo de París, consistentes en reducción del 22% de emisiones de gases de efecto invernadero para 2030 y de promoción de las energías renovables para la contribución a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que aceleran el cambio climático, y por lo tanto, de la procuración y respeto del derecho humano a un medio ambiente sano.

En marzo de 2021<sup>23</sup> se ha propuesto una modificación al régimen de la electricidad con la intención de fortalecer a la Comisión Federal de Electricidad, que es la empresa pública que se encarga de generar y transmitir electricidad en México, a través del cambio del sistema de subastas públicas de electricidad que CFE compra a un precio fijo para después vender a consumidores, y en cambio pueda comprar directamente al mejor vendedor, que deberá ofrecer los costos de la electricidad bajo los criterios del mercado. Además, se da prioridad para abastecer a la red eléctrica la energía de plantas de CFE, dejando en tercer lugar a las energías provenientes de empresas privadas que generan energía a través de recursos renovables.

Con esta nueva modificación al sistema eléctrico, hay una evidente regresión en materia ambiental, puesto que la reforma no está incentivando la producción de energía limpia, lo que además de no contribuir a la consecución de los compromisos adquiridos por México respecto de la emisión de gases de efecto invernadero, puede llegar a repercutir el derecho humano a un medio ambiente sano por la misma razón. Habrá que esperar para poder analizar los resultados, y confirmar nuestras suposiciones.

iv. *Falta de claridad y congruencia en la ley*

En este último criterio contrario al Principio de No Regresión ambiental, José Juan González Márquez indica que se manifiesta cuando al

---

<sup>23</sup> Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 2021, Disponible en [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5613245&fecha=09/03/2021](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613245&fecha=09/03/2021).

reglamentar un principio constitucional en materia ambiental, la ley no es clara y por lo tanto resulta inentendible y hace imposible el ejercicio de ese derecho, teniendo como caso de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental que resulta inasequible cuando define lo que debe entenderse por daño al ambiente<sup>24</sup>.

Otro caso que se puede insertar en este supuesto es el referente a las acciones colectivas en materia ambiental, que tienen su justificación en el mandato de acceso a la justicia contenido en los principios del Derecho Ambiental, lo que en palabras de González Márquez permite la «adecuada protección del bien jurídico medio ambiente y el pleno ejercicio de derecho al medio ambiente adecuado», lo que requiere el reconocimiento de la tutela de intereses jurídicos colectivos para otorgar ciertas posibilidades a la ciudadanía<sup>25</sup>, con la cual se intentó establecer mecanismos e instrumentos procesales que hicieran posible el ejercicio pleno de los derechos colectivos y permitan su defensa, así como contribuir a mejorar el acceso a la justicia para aquellos derechos que aún no tienen una vía adecuada para su efectivo ejercicio. Sin embargo, la regulación de las acciones colectivas contiene vicios y fallas que compromete su realización, lo que hace evidente la falta de atención al Principio de No Regresión. Ahora se hace un estudio de estas debilidades.

El 29 de julio de 2010 se adicionó al artículo 17 constitucional un párrafo en los siguientes términos: «El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos».

A través de las acciones colectivas sería posible ejercer acciones legales para:

- A. Combatir una resolución por la que se haya negado el acceso a la información.
- B. La prevención de daños ambientales por actividades peligrosas, o la reparación de los daños causados.
- C. La aplicación de la ley ambiental en sí misma.

---

<sup>24</sup> J. J. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, *Tratado de Derecho Ambiental mexicano. Las instituciones fundamentales del Derecho Ambiental*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2018.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 109.

También se adicionó al Código Federal de Procedimientos Civiles el libro quinto intitulado "De las acciones colectivas", que establece que «la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los tribunales de la Federación» y «sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente».

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado con la Tesis de jurisprudencia P./J. 36/2011. «Protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico. Es una materia concurrente por disposición constitucional»<sup>26</sup>, pero como se acaba de revisar, en el ámbito jurisdiccional se restringe la tutela ambiental al ámbito federal, lo que genera una contradicción para el acceso a la justicia.

Además, el tema de la prescripción de acciones colectivas, desde la perspectiva de las cuestiones ambientales, el artículo 584 del Código de Federal de Procedimientos Civiles se otorga un plazo de tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño y si se trata de un daño de naturaleza continua, como suelen ser muchos de los daños ambientales, plazo comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

Por su parte la Suprema Corte ha sostenido que la protección del medio ambiente y los recursos naturales es de tal importancia que significa el "interés social" de la sociedad mexicana e implica y justifica, en cuanto resulten indisponibles, restricciones estrictamente necesarias y conducentes a preservar y mantener ese interés, precisa y puntualmente, en las leyes que establecen el orden público<sup>27</sup>.

Como puede verse, también hay un contrasentido en lo que establece el instrumento procesal y la postura de nuestro máximo impartidor de justicia<sup>28</sup>, lo

---

<sup>26</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Pleno, libro I, t. 1, octubre de 2011, p. 297.

<sup>27</sup> Tesis aislada I.4o.A.447. "Medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar. Concepto, regulación y concreción de esa garantía", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1799.

<sup>28</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado así: «... Si bien conforme al referido artículo 1934, el plazo de la prescripción de la acción para exigir la reparación de los daños causados en términos del señalado capítulo V empieza a correr a partir de que se causa el daño, lo cierto es que tal regla aplicará siempre y cuando el afectado tenga conocimiento del mismo, pues de lo contrario, dicho plazo iniciará hasta en tanto el afectado conozca el daño y en consecuencia, esté en posibilidad de exigir la obligación que deriva del mismo; debiendo

que a todas luces es una debilidad, pues los efectos de los daños ambientales pueden evidenciarse bastante después de haberse causado el daño, de tal manera que el artículo 29 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental dispone que la acción prescribe a los doce años contados a partir del día en que se produzca el daño al ambiente y sus efectos.

De lo anterior resulta la necesidad de reinterpretar la figura de la prescripción a la luz de los principios del Derecho Ambiental, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo se convierta en un aliado del degradador ambiental y con ello se niegue el acceso a la justicia<sup>29</sup>.

v. *Otros ejemplos de regresión*

En México podemos recordar algunos otros ejemplos vergonzosos como aquel en que el Presidente de la República (Jefe del Poder Ejecutivo en un régimen presidencial republicano y federal) envió una iniciativa para incorporar conceptos importantes en la carta Magna y el Poder Legislativo (de su mismo partido mayoritariamente) sólo dejó vivos un par de renglones que dicen en el artículo 4º «Toda persona tiene derecho a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar» fue una regresión ectópica pues no se concibe que un congreso donde el Partido presidencial tiene la mayoría, le mutilaran de tal manera su proyecto de reforma<sup>30</sup>.

Otro caso es cuando el Presidente de la República en 2002 y 2003 promulgó leyes como las de Aguas Nacionales o la de Vida Silvestre y violando las disposiciones que le fijó el Congreso de la Unión en el sentido de expedir los reglamentos en un corto plazo definido, los emitió hasta el último día de su

---

señalarse que si el actor asevera haber tenido conocimiento en una fecha determinada y el demandado niega esa aseveración manifestando que tuvo conocimiento desde antes, entonces, la carga probatoria de esa afirmación le corresponde al demandado». Tesis de jurisprudencia 113/2011, "Daños causados en términos del capítulo V del título primero de los códigos civiles federal y para el Distrito Federal. Inicio del cómputo del plazo para que opere la prescripción de la acción relativa a su reparación, conforme al artículo 1934 de dichos ordenamientos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Primera Sala, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, p. 2206.

<sup>29</sup> Peña Chacón, Mario, "Daño ambiental y prescripción", *Medio ambiente & Derecho*, Sevilla, núm.19, julio de 2009.

<sup>30</sup> La propuesta a votarse en el Pleno del Senado el pasado miércoles 9 de diciembre de 2020 señalaba que «todas las personas tienen derecho a un medio ambiente sano que contribuya al cuidado del Planeta y a garantizar la coexistencia de todos los sistemas de vida. Corresponde al Estado y a la sociedad, conservar, restaurar, desarrollar sosteniblemente y proteger la biodiversidad, los ecosistemas y el equilibrio ecológico. La Ley establecerá mecanismos de participación social, prevención, control y acceso a la justicia, así como sanciones y responsabilidades por actos u omisiones que causen daño, contaminación o deterioro ambiental».



período gubernamental el 30 de noviembre de 2006. También se vio recientemente el caso de que habiendo aprobado el Congreso de la Unión una reforma específica para proteger las franjas de manglares en los litorales mexicanos (México posee 10 mil kilómetros de litorales: siete mil en el Océano Pacífico y tres en el Atlántico, Golfo de México y Caribe). Más de la mitad de los gobernadores de los estados de la República (incluidos los del Partido del Ejecutivo Federal) publicaron una carta abierta en los principales periódicos nacionales presionando al Presidente para no promulgar la reforma al artículo 60 Ter de la *Ley General de Vida Silvestre*. En un hecho insólito, el Presidente resistió las presiones y promulgó ese mismo día la Reforma en el periódico Oficial. Poco tiempo después hicieron modificaciones a la Ley de Turismo para contrarrestar esa disposición en un claro intento regresivo.

Lamentables ejemplos de regresión, aparejados con la responsabilidad del Estado por la regresión en su error e incongruencia al actuar, su falta de seriedad en la generación y aplicación de la legislación ambiental. Todos los casos anteriores pueden interpretarse como la desregulación en los gobiernos o del adelgazamiento del estado, llegando así a lo que Prieur menciona como “*délégifération*”.

##### *5. Mirar el pasado para construir un mejor futuro*

Se ha visto en la reciente historia de México que la regresión es sumamente fácil aún en aspectos medulares como el de la Banca y el Crédito. En 1982 el Ejecutivo Federal decidió en medio de una grave crisis financiera, la nacionalización de la Banca Privada. Pasó de manos de empresarios particulares mexicanos al Estado o Gobierno. Para ello se reformó incluso el artículo 28 de la Constitución. Para 1990 se derogó esa modificación, y la Banca hoy está ya en manos de Empresas extranjeras, españolas, canadienses, estadounidenses, etc. Sólo el 5 por ciento de las operaciones bancarias se hace en bancos de mexicanos. Esto es, de 1982 a 2010, en menos de treinta años la regresión fue brutal. Hay experiencia, pues en la facilidad de las reversas jurídico- políticas, por lo que en materia ambiental se vienen dando más fácilmente de jure y de facto.

Pero aún, en la misma educación Universitaria se han dado retrocesos dolorosos, como en el caso de la Universidad Nacional Autónoma de México donde el director de la Facultad, Fernando Serrano Migallón, impulsó un

retroceso a la reforma realizada por el anterior director Máximo Carvajal Contreras quien había logrado que la asignatura de Derecho Ambiental (Derecho Ecológico la llamaron) fuera obligatoria y existieran 16 grupos con maestros preparados ad hoc. La regresión y la preterintencionalidad de Serrano permitieron que hoy sea una materia optativa con sólo tres grupos. Igualmente sucedió eso en el Instituto Politécnico Nacional donde desaparecieron arteralmente la carrera de Ingeniero Petrolero en un país cuya cuarta parte de su PIB depende del hidrocarburo. Casualmente eso sucedió al mismo tiempo de lo de la UNAM. Lo mismo se ve en el derecho a la vivienda o en el derecho a la cultura o el grotesco espectáculo de un partido “verde” pidiendo que regrese la pena de muerte para los culpables del delito de secuestro y lo ha llegado a manejar la UNESCO en relación con los derechos humanos de la niñez.

Quiero recordar aquí lo que publicamos en el imprescindible libro de Michel Prieur respecto a la No regresión<sup>31</sup>. En ese pequeño ensayo, ¡¡¡de hace 10 años!!! sólo pretendimos exponer, desde una perspectiva mexicana, algunos de los filos del Principio de No Regresión cuya difícil y ardua adopción se ha vuelto urgente en la comunidad internacional.

En las primeras líneas de esa memorable novela que es *La Insoportable Levedad del Ser*, del escritor checo Milán Kundera, se lee: «La idea del eterno retorno es misteriosa. Con esta idea, Nietzsche dejó perplejos a los demás filósofos: ¡Pensar que alguna vez haya que repetirse todo tal como lo hemos vivido ya y que incluso esa repetición haya de repetirse hasta el infinito! ¿Qué quiere decir ese mito demencial?». Este trasunto lo recoge Spengler también en *La decadencia de Occidente*, pero todos nos conducen a Heráclito y tal vez a Anaximandro.

Esto fue lo que recordaba cuando escuché por primera vez a Michel Prieur presentar la convocatoria para que el jusambientalismo mundial asumiera como principio duro el de la No Regresión. El Medio Ambiente nos hace entrar en un espacio sin fronteras y en una temporalidad sin límites. *A priori* para un proceso de juridificación, de legislar para toda la vida, parece más bien

---

<sup>31</sup> M. PRIEUR, G. SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 1<sup>re</sup> édition 2012. Un tour d'horizon complet sur le principe novateur de non régression en droit de l'environnement. R. OJEDA MESTRE, *Del eterno retorno a la no regresión*. Vid. R. OJEDA-MESTRE, *El sistema de control internacional de la implementación del Acuerdo de Escazú*, en M. PRIEUR, G. SOZZO, A. NÁPOLI, *Acuerdo de Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Universidad Nacional del Litoral (Argentina), 2020, p. 309.

pretencioso. Es inconsistente con el art. 28 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 24 de junio de 1793 que: «una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes». Pero además de que este texto nunca se ha aplicado, el medio ambiente y el desarrollo sostenible están ahora en completa contradicción con esta fórmula y, a continuación, por el contrario, lo que priva hoy en día es no olvidar los derechos de las generaciones futuras y no adoptar medidas que podrían traerles perjuicios. Pero también puede interpretarse el mensaje del art. 28 en favor del Principio de No Regresión.

De hecho, cambiar hoy la legislación protectora del medio ambiente para reducir el nivel de protección es imponer a futuras generaciones un entorno más degradado debido a una ley con contenido regresivo: nuestra generación puede hacer que las generaciones futuras sufran una ley que reduciría la protección del medio ambiente. La regresión de la Ley de medio ambiente decidida hoy es una violación de los derechos de las generaciones futuras porque conduce a imponer a estas generaciones un entorno degradado.

Sostuvimos que «O el Derecho Ambiental es un derecho social realmente o se convierte en estatua de sal al querer volver su mirada nostálgica al bucolismo. No, no es cierto que todo tiempo pasado fue mejor. El Derecho Ambiental no es para regresar a la caverna de la historia». Hay una ética elemental que nos dice que el hombre tiene derecho a usar la naturaleza en su beneficio y la obligación de usar su inteligencia para mantenerla, cuidarla o reproducirla.

Es muy fácil ser ecologista, conservacionista y ambientalista cuando en nuestros hogares ya están los satisfactores de la modernidad en cuya consecución o fabricación tanto daño se hizo a la naturaleza. El nuevo Derecho Ambiental verdadero es el que no tolera pobreza o marginación. Cada vez que usamos la nevera o refrigerador, la luz eléctrica, la computadora, el micrófono, el gas para la estufa o el calentador de agua, la TV o el radio, el coche o el teléfono celular, estamos afectando gravemente el planeta y nos hacemos tontos o sordos. Como cantó Bob Dylan en *The rolling stone*: «How many times must a man turn his head, and pretend that he just does not see? The answer my friend is blowing in the wind».

¿Para qué queremos el derecho, si no para ir a la justicia ambiental? *Sumus ad justitiam nati*. Somos nacidos para ir a la justicia. Pero si el Derecho Ambiental no nos lleva a la superación real de la mayoría de los seres humanos

y aceptamos cuidar más a la foca o a la orquídea o a la mariposa, entonces es un derecho elitista y excluyente. Sí, hoy tenemos mucho Derecho Ambiental, tal vez demasiado, porque nos hemos engañado, una vez más, creyendo que muchas normas hacen más derecho o muchas leyes hacen más justicia y eso, no es verdad y todos aquí lo sabemos. Pasemos del jusambientalismo cuantitativo al Derecho Ambiental cualitativo.

El *jus suum quique tribuere*, implica darle al ser humano no nada más su porción de naturaleza impoluta, sino su parte alícuota de los bienes de la cultura y el progreso. Este no es un postulado del romanticismo o del *enviromanticism*.

El Principio de la No Regresión ha de entenderse también vinculado a la idea sustancial de la no retroactividad. La evolución jurídica debe llevarnos hacia delante. Esto significa que el derecho de mañana ha de tutelar más y mejor los bienes y servicios ambientales o la biodiversidad mejor que ahora o que ayer. Si sucede al revés, el derecho sufre de un retroceso o de una degradación cualitativa.

¿El Principio de No Regresión es un *dictatum* cualitativo en tanto que la pura no retroactividad es un proceso de cuantificación temporal?

En México se ha recogido un postulado de la cultura jurídica universal a través del artículo 14 constitucional que señala: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. El Código Civil lo recoge también desde antes de la Constitución Mexicana, Código Civil que señala que a la aplicación de la ley no se le dará efecto retroactivo. Este concepto se halla en casi todas las legislaciones del mundo.

Como es sabido, la irretroactividad de las leyes significa que las normas legales rigen a partir de su vigencia sin poder aplicarse a situaciones pasadas, sobre todo por razones de seguridad jurídica. Imaginemos la situación de que alguien cometiera un hecho en ese momento no calificado como delito, y al momento de ser juzgado rigiera otra ley que sí lo condenara, y ésta pudiera serle aplicada.

Este principio constitucional sólo puede ser dejado de lado cuando la nueva ley sea más beneficiosa para el procesado, pues la irretroactividad de las leyes penales se funda en no producirle perjuicio.

#### 6. *El Derecho Ambiental como derecho social*

En el Derecho Ambiental se protegen no nada más bienes y servicios de la naturaleza o de sus vínculos con el ser humano y del resto de los seres vivos o de materias inanimadas, sino también aristas económicas. Cuando hablamos de recursos naturales estamos aludiendo a un concepto de la economía, al vocablo “recurso”. Si se dan bandazos regresivos en la legislación ambiental se afecta el patrimonio posible de las generaciones futuras y presentes, su disponibilidad de un entorno que haga viable su permanencia como especie en el planeta.

Tenemos claro que el ser humano puede establecer viveros y criaderos, terrestres, fluviales o marinos, bancos de germoplasma y muchos otros medios de avance científico para recuperar o ampliar los “activos” vegetales o animales, micológicos o de microorganismos diversos para su conveniencia o recuperación. No así al revés. El árbol o el cangrejo se tardarán millones de años para evolucionar hasta llegar a un hombre y eso si la estocástica se lo permite.

Nos resistimos a creer que es sano o aceptable, éticamente, dejar morir a miles de niños de hambre en África, en Asia o en América latina mientras destino millones de euros o yenes a cuidar a alguna especie de mariposas o de patos. Si puedo hacer ambas cosas, perfecto, pero no es así. La pobreza se extiende como una maldición en el planeta y los escasos recursos económicos de que se disponen no son suficientes realmente para atender la desnutrición, el raquitismo o el hambre en el mundo.

Lo que está en juego dice el profesor Prieur «c'est la sauvegarde des progrès acquis dans le contenu des législations environnementales. On pourrait préférer la formulation positive: le principe de progrès, mais elle est trop vague et en réalité toute législation est supposée apporter des progrès à la société»<sup>32</sup>.

La ciencia va avanzando para la congelación de óvulos y esperma de las especies y los bancos de germoplasma sorprenderán en sus disponibilidades, lo que nos hace abrigar esperanzas de que habrá alimento suficiente en el futuro para el volumen demográfico del siglo XXII, pero el problema del hambre y de la morbilidad y mortalidad de la pobreza está hoy ya aquí. La crisis económica abrumadora está cobrando mucho más víctimas entre los depauperados y mal alimentados y ello no debe legitimar que el Derecho Ambiental retroceda, sino que los grandes depredadores, afectantes o devoradores de recursos naturales

---

<sup>32</sup> M. PRIEUR, “El Nuevo Principio de No Regresión en Derecho Ambiental”, en: *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, pág. 64.

deben ser compelidos a rediseñar su actividad económica, financiera, productiva o extractiva, para hacer menos lesión al planeta sería una nueva “Ley de los daños y perjuicios decrecientes” y no al revés como lo postula el cangrejismo del Derecho Ambiental que parece caminar para atrás.

Cada pieza de la naturaleza, por microscópica que sea, debe ser protegida cada vez mejor. Para ello se necesita un derecho más evolucionado e indexado a los “tiempos modernos” del conocimiento y la velocidad. Si sucede lo contrario, si el Derecho Ambiental “regresa al closet” de la historia las aplanadoras económicas y comerciales colocarán a la naturaleza en condiciones de insalvable.

Nos enfrentamos a otro laberinto aún más complejo: Si el derecho representa al *establishment*. Si las leyes no son más que el espejo de los esquemas dominantes en una sociedad, entonces al pugnar por la no regresión tal vez estamos condenando a que las «cosas permanezcan en el estado en que se encuentran» como acostumbra decir la Corte Suprema de México. Ya Novoa Monreal había escrito, o descrito, hace años al derecho como un obstáculo al cambio social<sup>33</sup> y hoy podemos estar ante un nuevo derecho o superviniente que es en realidad un obstáculo a la recuperación ambiental.

No, el Derecho Ambiental no es una entelequia palindrómica que se lea igual de atrás para adelante que al revés. En México se tiene muy claro este intento de ganar más dinero en los negocios haciendo que las leyes retrocedan en favor de un *status quo* injusto, inequitativo o autoritario.

Y la propia FLACSO ha hecho advertencias en el sentido de que «Los derechos humanos se han constituido en la estructura básica de la sociedad que debe imperar en toda interacción de poder político, económico o social. Los principios de respeto a los núcleos básicos de cada derecho, el sistemático y progresivo avance en el cumplimiento de las obligaciones, la prohibición de regresión en estos derechos y el máximo uso de recursos disponibles para cumplimentar las obligaciones internacionales, se entrelazan con el régimen democrático para determinar el tipo de democracia que actualmente tenemos y avanzar rumbo a la consolidación de la misma».

En los derechos sociales, por las presiones del neoliberalismo es en donde se resienten más estos fenómenos del retroceso. Así lo explican varios

---

<sup>33</sup> Véase E. NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, 2007.

autores, lo vemos en el embate a las jubilaciones o el retiro, pero también en el derecho privado se analiza con frecuencia este tema y la inseguridad y el narcotráfico han obligado a la sociedad y al gobierno a aceptar regresiones en el derecho a la circulación, las comunicaciones privadas o el tránsito. También se percibe en cuestiones como la regresión del principio de patrimonio común de la humanidad aplicado a la zona internacional de los fondos marinos.

En varios campos de los derechos sociales o de la tercera generación se descubren a cada momento los embates. Un estado que interviene para no intervenir en los aspectos laborales se ha dicho en el artículo La Regresión en los derechos laborales o en los derechos humanos relacionados con el artículo 4 Constitucional Mexicano que establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que toda persona es libre para decidir de manera responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, por lo que en el derecho Penal se percibe también esa epidemia de retroceso que está contagiando al jusambientalismo y así también lo percibe un senador mexicano en cuanto a los derechos electorales y la transparencia.

#### *7. A modo de conclusión*

Si bien, México ha buscado adecuar su orden jurídico a los principios del Derecho Ambiental, incluyendo el de No Regresión, es cierto que no lo ha hecho con la debida seriedad, pensando realmente en qué se busca proteger con la normatividad ambiental, porqué es necesario proteger el bien jurídico llamado ambiente, y para quien hay que realizarlo. De alguna manera, todas las adecuaciones legislativas en la materia están disfrazadas de un compromiso vacío, que concluye en valoraciones técnicas, mas no justas, y por lo tanto contrarias a la sustentabilidad.

Sin embargo, como se planteó en el presente trabajo, la sociedad comienza a tomar en sus atenciones la cuestión ambiental, situación favorable para nuestra materia, pues si, al igual que la lucha por los derechos humanos, la lucha por el cuidado del medio ambiente surge de la sociedad, y esta misma es la que cada vez defiende en mayor medida el ambiente, exige justicia y que el Estado cumpla con sus deberes de garante y protector del derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sustentable, el Derecho Ambiental no solo será una materia jurídica, sino será una práctica social, y por lo tanto hará del Derecho Ambiental un derecho eficaz, eficiente y justo.

No nos permite el espacio de este pequeño trabajo aludir a todos los indicios que existen en la primera década del siglo XXI que nos hacen sospechar con fundamento de que hay una corriente regresiva o retrocedente del Derecho Ambiental mexicano al igual que se columbra en el resto de las naciones.

Ello nos lleva a sumar nuestra voz de alerta. La crisis económica que viven nuestros países no es solamente “la causa de la causa”, hay algo más, una determinación de no alentar más al ambientalismo sano como motor de la recuperación de la naturaleza agredida y lesionada. No queremos entender que la humanidad en sus grandes mayorías está empobrecida y que requiere de empleo y satisfactores básicos por encima de todo, inclusive en medio ambiente, pero ello no es patente de curso para arrasar todo en beneficio del lucroteísmo rampante.

Ojalá que los juristas del mundo comprometidos con la ética ambiental moderna puedan encontrar los asideros deontológicos necesarios para evitar la revolución ambiental violenta y reivindicatoria que parece anunciarse ante los retrocesos.

Para alcanzar los objetivos de los cientos de leyes, reglamentos y políticas nacionales en este sector –incluidos la salud, el bienestar público, economías sólidas y sociedades pacíficas– se debe asignar prioridad absoluta al fortalecimiento del estado de Derecho Ambiental.

#### FUENTES

#### *BIBLIOGRÁFICAS*

ANGLÉS H. Marisol, “Acciones colectivas en materia de protección ambiental, fallas de origen”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 144, Septiembre-Diciembre de 2015, pp. 899-929.

BRAÑES Raúl, *Manual de Derecho Ambiental mexicano*, Fondo de cultura económica, México, 2000.

CALDERÓN G. Jessica, “Los principios de progresividad y no regresión en el marco de la ley de la agencia nacional de seguridad industrial y de protección al medio ambiente del sector hidrocarburos”, *La Barra*, No. 93, Nov 2014.



GONZÁLEZ MÁRQUEZ José Juan, *Tratado de Derecho Ambiental mexicano. Las instituciones fundamentales de Derecho Ambiental*, México, UAM, 2018.

HAECKEL Ernst, *Generelle Morphologie der Organismen: allgemeine Grundzüge der organischen Formen-Wissenschaft, mechanisch begründet durch die von C. Darwin reformirte Decendenz-Theorie*. 1866. Berlín, Alemania.

MONTEDURO M., BUIA G., *La regulación de las nanotecnologías : desafíos y tendencias actuales*, Andavira Editores, 2018.

OJEDA-MESTRE Ramón, *Del eterno retorno a la no regresión*. Vid. *El sistema de control internacional de la implementación del Acuerdo de Escazú*.

OJEDA-MESTRE Ramón, en Acuerdo de Escazú. *Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*. Prieur M., Sozzo G., Nápoli A., Universidad Nacional del Litoral (Argentina). 2020.

PEÑA CHACÓN Mario, "Daño ambiental y prescripción", *Medio ambiente & Derecho*, Sevilla, núm.19, julio de 2009.

PEÑA CHACÓN Mario. "El Principio de No Regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", *Revista Judicial*. Costa Rica, núm. 104, junio de 2012.

PRIEUR Michel, SOZZO Gonzalo, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 1<sup>re</sup> édition, 2012 .

PRIEUR, Michel, "Non-Regression in Environmental Law", S.A.P.I.EN.S, vol. 5, núm. 2, agosto de 2012, p. 55.

PRIEUR, Michel, "El Nuevo Principio de No Regresión en Derecho Ambiental", en: *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, pág. 64.

NOVOA MONREAL Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, 2007.

#### EN LÍNEA

Animal Político, Arturo Daen, "La reforma eléctrica de AMLO", Disponible en <https://www.animalpolitico.com/elsabueso/reforma-electrica-amlo-cfe-costos-alertas/>

Animal Político, Francisco Reynoso. “Sí a la reforma eléctrica, pero no a cualquier costo”, Disponible en <https://www.animalpolitico.com/res-publica/si-a-la-reforma-del-sector-electrico-pero-no-a-cualquier-costo/>

Avaaz, el mundo en acción ORG, Avaaz.org 27 Union Square West Suite 500 New York, NY 10003 USA, Disponible en or <https://secure.avaaz.org/page/es/> [www.avaaz.org/es/contact](http://www.avaaz.org/es/contact)

Biblioteca Franz Mayer, Disponible en <https://franzmayer.org.mx/biblioteca/>

Diario Oficial de la Federación, Disponible en <https://www.dof.gob.mx/>

Forbes, Arturo Solís, “Guía para entender la reforma eléctrica de AMLO”, 10 de marzo de 2021, Disponible en <https://www.forbes.com.mx/politica-guia-reforma-electrica-congreso/>

ONU, Reporte especial, “Se registra gran aumento de leyes ambientales en los últimos 40 años, pero hace falta mejorar su aplicación”, Disponible en <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/se-registra-gran-aumento-de-leYES-ambientales-en-los>, consultado el 26 de junio de 2021

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

Kantar, “Who cares, who does?” Disponible en <https://www.kantarworldpanel.com/mx/Noticias-/Who-Cares-Who-Does>

**ABSTRACT**

Ramón Ojeda-Mestre, Ana Laura Silva López – *La No regresión o digresión en México*

En el marco de los 50 años del Derecho Ambiental en México, es necesario hacer una reflexión en torno a la adaptación del orden jurídico respecto del Principio de No Regresión y el planteamiento ¿Para qué queremos el derecho, si no para ir a la justicia ambiental? Desde un análisis crítico este trabajo hace una breve descripción de casos que demuestran que, a pesar de los esfuerzos en materia legislativa de generar leyes ambientales, se cae en los supuestos contrarios al Principio de No Regresión. El medio ambiente y el desarrollo sostenible están ahora en contradicción con esta fórmula y, lo que priva hoy en día es no olvidar los derechos de las generaciones futuras por que la regresión de la Ley de medio ambiente decidida hoy es una violación de los derechos de las generaciones futuras.

**PALABRAS CLAVE:** *Medio ambiente; principio de no regresión; derecho ambiental mexicano; sustentabilidad.*

Ramón Ojeda-Mestre, Ana Laura Silva López – *Non-regression or digression in Mexico*

Within the framework of the 50 years of Environmental Law in Mexico, it is necessary to reflect about the legal order adaptation with respect the non-regression principle and the approach Why do we want the law, if not to get the environmental justice? From a critical analysis, this paper makes a brief description of cases that show, despite the legislative efforts of generate environmental laws, it falls under the opposite assumptions to the non-regression principle. The environment and the sustainable development are now in contradiction whit this principle and, what is most important today is don't forget the future generations rights, because environmental law regression

today decided, is a future generation's rights violations.

**KEYWORDS:** *Environment; protection; principle of non-regression; mexican environmental law; sustainability.*

**VICTOR DAVID\***

***Keeping one's word. The Kanak values behind the introduction of the principle of non-regression in the Loyalty Islands Province Environmental Code***

**TABLE OF CONTENTS:** 1. *Introduction.* – 2. *Kanak worldview as source of Environmental Law in a context of legal pluralism.* – 3. *Same objective, different values.*

*1. Introduction*

The non-regression principle, even if it is a late comer in legal environmental protection history, is essential among the fundamental principles that are part of environmental law. The legal protection of the environment, though it had probably existed in some marginal and or sectoral form here and there, started to really develop in international law and national legislations fifty years ago. Real progress was indeed reached across the world, supported by the international community and under the auspices of the United Nations and its agencies, through constitutional and legal provisions, after realizing in the 1960s and 1970s that human demography and human activities had produced terrible damages on the natural elements across the globe for over two centuries.

However, such progress was often put to a halt as successive pieces of legislation and regulations were adopted to favour economic development (in order to contribute to human well-being in line with sustainable development theories) to ease the “burden” supposedly created by law on economic actors in various sectors by obligations and prohibitions for the protection of Nature. However, not backtracking on guarantees given by lawmakers in terms of sustainable protection of Nature became more and more obvious as the ongoing loss of biodiversity, extensive forms of pollutions and global warming impacts were warnings not to be ignored.

The non-regression principle, long defended by Professor Michel Prieur and other notorious academics, was, we all remember, timidly affirmed in the final declaration "The Future We Want" of the Rio+20 world summit in 2012.

---

\* Chargé de Recherche at the French National Research Institute for Sustainable Development (IRD) UMR SENS (CIRAD/IRD/Université Paul Valéry- Montpellier). Campus Agro Environnemental Caraïbe – Martinique. Email: [victor.david@ird.fr](mailto:victor.david@ird.fr)

Since then, a number of countries have integrated non-regression in their environmental law. Like many other academics involved in the wellbeing of the natural environment and harmony with Nature, one could only enthusiastically adhere to it and take part in its dissemination. A good occasion was given when one of the three provinces of New Caledonia, the Loyalty Islands Province (LIP hereafter) reached out to the scientific community to draft their environmental law. The team of legal experts I coordinated were keen, through the scientific support provided to the LIP to propose to and convince local lawmakers of the introduction of this principle whose relevance was no longer in question, including in New Caledonia<sup>1</sup>. In this paper we will not elaborate on the principle itself, but we shall try to cast light on how it was introduced in a small group of French islands in the Pacific in a recent context of legal pluralism. We shall first present the institutional decentralized context that made it possible to acknowledge Kanak customary worldviews in formal law. We shall proceed in a second part exposing the extent to which the Kanak worldview and customary rules were included in LIP's environmental law and present the rationale that brought Kanak lawmakers to willingly vote the adoption of the principle of non-regression.

## *2. Kanak worldview as source of Environmental Law in a context of legal pluralism*

New Caledonia is a French Territory in the western South Pacific. Its population is made of a large group<sup>2</sup> of indigenous Kanak people, and other populations, a majority of whom are of European descent, that have durably settled there since the beginning of colonization in 1853. During more than one and a half century of French colonization, French law was applied across the archipelago and the Kanak were stripped of their rights, their land and culture and the rule of endogenous (customary) law was limited to the few reserves where they were forcibly moved. The process of political emancipation started after World War 2. The Kanak were given full French citizenship in the late 1950's and started from the late 1960s to claim the recognition of their dignity

---

<sup>1</sup> Some material used in this paper is borrowed from my PhD thesis: D. VICTOR, « Pour une meilleure protection juridique de l'Environnement en Nouvelle-Calédonie. Innover par la construction participative du Droit ». Thèse de doctorat. PSL EHESS. 2018.

<sup>2</sup> Kanak people represented 41,2 % of the whole population in the 2019 census.

as a sovereign Melanesian people. Independence for the archipelago entered the political agenda in the mid-seventies bipolarizing New Caledonia into pro-France and pro-independence parties and forcing France about forty years ago to start working out solutions to ease the growing tension between the indigenous and non-indigenous communities. The improvement in the Kanak's social and political status was made through an evolving institutional organization on a territorial basis<sup>3</sup>, in response to the claims of the separatist political leaders and the balance of power between secessionists and Pro-France political movements.

In this respect, the creation of three Provinces<sup>4</sup> by the Matignon-Oudinot agreements in 1988 after almost five years of near civil-war and their confirmation by the Nouméa Agreement in 1998 was a key element of the political architecture put in place by French national authorities to bring peace and stability to the Territory. France also agreed to hold a self-determination referendum in New Caledonia, implicitly accepting the idea that the Territory could become independent if the majority of its voting population decided so.

The 1999 New Caledonia Act (1999 NCA hereafter) of March 19, 1999<sup>5</sup> adopted by the French Parliament to implement the 1998 Nouméa Agreement organizes a federal type of distribution of powers<sup>6</sup> between the (French) State, New Caledonia and its three provinces.

Under this framework the three provinces have jurisdiction over all matters that are not explicitly devolved to the State or New Caledonia. It is the case of environmental matters. Of little interest to provincial authorities in the early years of their creation, environment has gradually become an emblematic provincial field of intervention and provincial environmental regulations have grown fast in quantity and fields covered. Today, faithful to the French tradition

---

<sup>3</sup> From the mid-1970s, the intensification of the independence movement initiated by Kanak leaders met with a territorial division of the archipelago by the French government as an answer to political claims. The creations of local "pays" by the Lemoine Act in 1984, and then of "regions" by the Fabius Pisani Act in 1985 are strong evidence of the realization by national and local political leaders of the need for political power sharing on a territorial basis to take into account the distribution of ethnic groups across the islands. The restitution of previously confiscated land to the Kanak was also part of the solutions.

<sup>4</sup> The Grande Terre, the main island of the archipelago is divided into Province Nord and Province Sud. Lifou, Maré, Ouvéa and Tiga, islands, east of the Grande Terre make up the Loyalty Islands Province.

<sup>5</sup> Loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000393606/> Accessed on July 8, 2021.

<sup>6</sup> Sections 20 to 61. 1999 NCA

of assembling all regulations relative to a specific field in a Code, each province has its own Environmental Code. While the North and South Provinces adopted their respective Codes in 2008 and 2009, the Loyalty Islands Province did so in April 2016<sup>7</sup>. Differing from the two other provinces, the LIP had adopted only a few environmental regulations since the 1990s<sup>8</sup>. Therefore, when they launched the project in 2013 of writing their Environmental Code, it meant more than just codifying existing rules: regulations had to be drafted in different fields related to environment protection and management.

The LIP had little human resources to work fulltime on the *Code de l'Environnement de la Province des Îles Loyauté* (hereafter CEPIL). They partnered with the *French National Research Institute for Sustainable Development (IRD)* in Nouméa to help them draft their environmental law. That is how, as a research fellow in environmental law at IRD at that time, I was involved in the project and since 2014 have worked with an ad hoc team of legal experts and academics (among whom Professor Michel Prieur) to co-construct<sup>9</sup> with the local, elected, and customary authorities, various principles and regulations that went into the CEPIL that was adopted in April 2016.

One important challenge posed by the writing of this code was to overcome the difficulties linked to the necessary articulation between formal (French) law and custom<sup>10</sup>: 97% of the LIP population is made of indigenous

---

<sup>7</sup> The April 2019 edition of the consolidated CEPIL is available at the following URL: <https://www.province-iles.nc/sites/default/files/2019-03/19-033-Code-of-the-environment-PIL.pdf> Accessed on June 7 2021; texts adopted later are available in the *Journal Officiel de Nouvelle-Calédonie (JONC)*, available at [www.juridoc.nc](http://www.juridoc.nc)

<sup>8</sup> Being a separate set of four coral islands, the LIP was much less exposed to industrial, agricultural and mining activities than the two other provinces on the main Grande Terre Island and therefore there was no need to regulate mostly traditional activities.

<sup>9</sup> Numerous meetings are held with customary authorities and general populations in Lifou, Maré and Ouvéa. Consultative Committees of New Caledonia, the two other provinces, scientific and technical experts were all asked to comment each of the draft regulations. For a recently developed description of the participative methodology used in the building of the CEPIL, please refer to: C. DAVID, V. DAVID, « L'émancipation contrariée du droit de l'environnement en Nouvelle-Calédonie. L'accès à la nature et les aires naturelles protégées dans le code de l'environnement de la province des îles Loyauté », *Revue Juridique de l'Environnement*, N°2/ Juin 2021, SFDE, Strasbourg.

<sup>10</sup> The (difficult) coexistence between customary law and formal is neither a new topic nor one limited to New Caledonia. Among numerous legal and social sciences studies just related to French Territories we can cite: R. LAFARGUE (Dir.) *La Coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie; Aux sources d'un droit commun coutumier*, Université de Paris X Nanterre, 2002; R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, 2010; C. KUHN, C.



Kanak people and 98% of its territory is under the customary lands' status<sup>11</sup>. Legal pluralism was unknown in New Caledonia till the end of the twentieth century. The problem was the predominance of French law for more than 150 years over the Territory. We all know the longstanding position of France, stuck with its Jacobin traditions of the indivisibility of the Republic, the unity of the people, universal equality, and unity of law. France has always had difficulty in recognizing the very existence of legal pluralism on its national territory. Therefore, endogenous law was severely affected during this period by the disruption of social structures and authorities, land dispossessions and the dislocation of its territorial and material scope. However, it did not disappear and continued to regulate relations between Kanak people within the limits of their clans and tribes. From the 1980s onwards, the gradual rehabilitation of Kanak customary authorities and their institutionalization, the reclaiming of some of their lands, their cultural dignity, and the symbolic restitution of political sovereignty, brought endogenous law back to the forefront. New Caledonia having embarked on a decolonization process from 1989 and more so with the Nouméa Agreement in 1998, Loyalty Islands' provincial authorities decided to elaborate formal regulations which reflected as much as possible the traditional ways of life of the Kanak people and respect the role and powers of the customary authorities in compliance however, with the hierarchy of norms proper to New Caledonia.

The terms of reference for providing scientific and legal advice to the LIP were thus made clear. There was no question of copy-pasting or even just transposing environmental regulations existing elsewhere. So, how were we going to reconcile Kanak culture and thinking, and formal environmental law

---

POPINEAU, « La dualité droit commun - droit local: une difficile coexistence: Colloque du Conseil général de Mayotte et de l'Institut de droit d'outre-mer (Idom) (Mamoudzou, 9-11 décembre 2009) », *Revue Juridique de l'Océan Indien*, Octobre 2011, n° 13 – p. 49-63; E. CORNUT, PASCALE DEUMIER, *L'intégration de la coutume kanak dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie: Rapport de recherche*, Université de Nouvelle-Calédonie, Laboratoire Recherches Juridiques et Economiques, Décembre 2016, p. 558; C. DAVID, « Domianialité publique maritime et usages coutumiers en Nouvelle-Calédonie », *Hal.archives-ouvertes.fr*, 2017; F. DOUAIRE-MARSAUDON, « Droit Coutumier et Loi Républicaine Dans Une Collectivité d'outre-Mer Française (Wallis-et-Futuna) », *Ethnologie Française*, vol. 48, no. 1, 2018, pp. 81-92; V. DAVID, C. DAVID, « Beyond Legal Pluralism, the hybridization of the norm. The case of the Loyalty Islands Province (New Caledonia) Environmental Code », *Codification and Creation of Community and Customary Laws in the South Pacific and Beyond*, Jul 2018, Canberra, Australia. hal-02116975.

<sup>11</sup> Sections 18 and 19, 1999 NCA.

mainly derived from European thinking? That is where the participatory method (see note 6) for co-constructing the local environmental law proved both useful and efficient.

During (tough) preliminary discussions, the Customary Senate of New Caledonia (composed by 16 customarily designated Senators) who represent the Kanak people over issues that pertain to cultural identity and custom, insisted on adding a Preamble to the CEPIL to emphasize Kanak world vision, values, and social organisation. The provincial authorities accepted, and a Preamble was drafted in the Senate's premises in Nouméa during a collective working session. It introduces the recognition of customary authorities and the co-management of the environment by both formal and customary authorities. As a matter of fact, the Preamble paved the way for the introduction of the principle of subsidiarity into the CEPIL. In the same way it works in the European Union, this principle written in Article 110-11 of the CEPIL states that Provincial authorities recognize customary law and will not introduce formal regulations whenever and wherever local traditional rules and practices provide an appropriate management and protection of the natural environment. Inspired by this highly symbolic Preamble, the very first article of the CEPIL states:

«ARTICLE 110-1: The natural environment is inseparable from locally applicable cultural practices and customary rules. The policies implemented in environmental matters respect the obligations inherent in the particular link between the natural environment and the cultural dimension specific to the territory of the Loyalty Islands.

The Loyalty Islands Province takes into account the existence of customary environmental management methods and incorporates these methods into the regulations, in accordance with the principle of subsidiarity»<sup>12</sup>.

In line with the principle stated in Article 110-1 above, the LIP adopted other innovative principles to integrate Kanak culture such as the principle of recognition of natural elements as legal subjects<sup>13</sup> which reads as follows:

«ARTICLE 110-3: The unitary principle of life, which means that man belongs to the natural environment which surrounds him and conceives his identity in the natural environment is the founding principle of Kanak society. In order to take account of this vision of life and of the Kanak social

---

<sup>12</sup> CEPIL. See note 2. Our translation.

<sup>13</sup> Ibid. Our emphasis Our translation.

organisation, certain elements of Nature may be recognised as having a legal personality with rights of their own, in compliance with legislative and regulatory provisions in force».

With such examples of the strong commitment to consider indigenous values while co-constructing their environmental law, one will not be surprised to learn that the LIP' Assembly adopted the principle of non-regression as being totally a part of their own culture as we shall see later.

### *3. Same objective, different values.*

By unanimously adopting the principle of non-regression a few months before the French national Parliament did so in the "Reconquest of Biodiversity Act" of August 2016, the Loyalty Islands Province introduced an innovation in French positive law. However, they were in a totally different state of mind when they examined the bill in the provincial Assembly than their national counterparts. Indeed, French lawmakers had a tough time in accomplishing this in Paris. Opponents of the principle of non-regression have always had the same arguments: it would have no operational or normative scope; it would deprive tomorrow's political leaders of decision-making leeway; it would be a brake on economic and development activities... The vicissitudes and heated debates in the national Parliament that preceded its adoption speak for themselves. One could quote Député Sermier, opposed to the insertion of this guiding principle in Article L-110 of the national Environmental Code during the 3rd reading of the Bill after the failure of the Joint Parliamentary Committee on July 20, 2016, and who said:

«[t]he principle of non-regression is a legal UFO consisting of affirming in the law that environmental protection will only be subject to improvements and that all provisions made today are immutable. (...) What a pretense towards future generations! Indeed, it amounts to saying that we are more intelligent than them, that our legislation is perfect, that it answers all the problems of today and especially those of tomorrow, therefore that it should never be touched again. (...)»<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016-extra/20161016.asp#P847239>. [Accessed on June 7 2021]. Our translation.

During the first session devoted to the examination of the Bill (11th version and countless amendments) on June 21, 2016, Ms. Geneviève Gaillard, rapporteur of the Committee on Sustainable Development and Land Use at the National Assembly, had for her part defended the principle of non-regression by placing it in a more global vision of the protection of biodiversity:

«(...) I am particularly attached to the principle of non-regression, which is a fundamental aspect of this text; (...). This principle is crucial: without such a provision, there will always be a good reason to lower the level of environmental protection. I proposed in committee that the wording be made more dynamic by emphasizing that the notion of "continual improvement" as applied to environmental protection should be understood to mean "in the light of scientific and technical knowledge". This principle provides that the level of environmental protection cannot be lowered. It is a principle of progress according to which environmental protection can only be subject to constant improvement. It is a principle of action and not of prohibition: it does not prohibit the modification of the existing rule as long as this does not lead to a decrease in protection. This principle is the expression of a duty that must be imposed on public authorities beyond political alternations. (...) This principle is the corollary of Article 2 of the Charter of the Environment, according to which "Everyone has the duty to participate in the preservation and improvement of the environment"»<sup>15</sup>.

We presented arguments of this kind during our work meetings with local authorities and populations. The adoption of the principle of non-regression in the Loyalty Islands Province was however, based on more than just scientific knowledge on the preservation of species and spaces or even constitutional duties. The text that was voted reads as follows:

«ARTICLE 110-6: The protection and preservation of the environment are fundamental values for the populations of the Loyalty Islands. The legal translation of these values through this Code constitutes a commitment made to future generations to leave them a healthy environment. The authorities of the Loyalty Islands Province, by virtue of the principle of non-regression and with due respect of ecological balances, undertake not to reduce the level of environmental protection»<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ibid. Our translation.

<sup>16</sup> Ibid. Our emphasis. Our translation.

As indicated earlier in this paper, the voluntary commitment made by the province in the Preamble and Article 110-1 of the CEPIL is a commitment to respect Kanak culture and people. As a matter of fact, the principle of non-regression finds its equivalent in the Kanak tradition of keeping one's word. The word in Kanak country is sacred:

«The word is the whole of nature. And man is also part of nature, of Creation. He is the one who speaks, but at the same time it is all of nature that speaks, all its elements that communicate with each other like the spring with the sea. The water of the source will travel a path before arriving in the sea, like the clans, which go from North to South. The word is also the wind, the breath. The one that binds us, and that's why we must respect the one who speaks. The word is like water, it is vital. In large meetings, if you want to hear the word of the old [the spirits], you must first make room within yourself, you must clean up. You have to respect the word. If there is no respect, the word will not stay, it will pass you by. The word also binds and unbinds. It is made to gather, not to divide. That is why we must be careful with our words, with what we say. When you have the word, you are not superior to those you address. There are no great and small in the word. The one who speaks the word and the one who receives it are on the same level, their breaths are the same, they are equal. There is a whole, from the top, that is to say from the place where the word starts, to the bottom, where it spreads. The word is alive. At the same time, it is invisible, like the air, the wind. They are invisible, but we hear them. The word comes from the bowels of the earth»<sup>17</sup>.

Many such testimonies as this one were often heard during participatory meetings with the general public in various tribes and work meetings in provincial offices. By enacting the non-regression principle, the Loyalty Islands Province lawmakers were making a commitment, giving their word to future generations, not to diminish the protection afforded to the environment by subsequent regulations that would reverse what has been achieved. This principle of non-regression is in fact a basic rule in Kanak society in terms of fundamental rights and intergenerational solidarity as much as it protects nature itself.

---

<sup>17</sup> M. ARTHUR, *Kanak griot, tribu de Nôdôwé (Nonhoué) à Canala, Mwà Vée* N°76, ADCK, Nouméa, 2012. Our emphasis. Our translation.

In keeping with the idea of negotiated law (between customary and formal authorities) that guides the writing of the CEPIL, the observations made during the participatory discussions were taken into account. The example of the Ouvéa parakeet was on people's minds. The Ouvéa parakeet (*Eunymphicus uvaensis*), an endemic species, even if its hunting has been prohibited since a 1956 decree, had seen its population decline due to poaching and deforestation. In the early 1990s, various protection measures were implemented, with the support of the Association for the Protection of the Ouvéa Parakeet, the province and the local people. From 600 individuals in 1993, there were nearly 3000 birds in 2011 according to bird scientists. This increase in the number of parakeets is such that several inhabitants openly mentioned in the participatory meetings the nuisance caused by the parakeets to the crops in the fields or around the huts and to the fruit trees, some not hesitating to admit that they sometimes hunted them despite the ban. The local people had to be reassured that applying the principle of non-regression would not exclude the province from taking temporary regulation measures. In the wording adopted by the Loyalty Islands Province, the principle of non-regression is mentioned «with respect for ecological balances» to show precisely that there was nothing definitive about this principle. The provincial elected representatives followed the same reasoning as the Rapporteur of the national law we mentioned above: the community has a duty, in a *balanced approach*, not to reduce the level of protection given to Nature and future generations' right to a healthy environment.

Since its adoption in 2016 by the LIP, we have not encountered a regulatory or administrative decision taken by local authorities that would have infringed the non-regression principle. The fact that the social acceptability of this principle within the Kanak people, as it totally matched with their social and cultural values, was ensured, probably explains that it is still effective five years after. Both in the method of its adoption and its content, we think it is an example to keep in mind.

**ABSTRACT**

Victor David – *Keeping one's word. The Kanak values behind the introduction of the principle of non-regression in the Loyalty Islands Province Environmental Code*

Most institutional frameworks acknowledge the right of lawmakers to undo previously established rules in particular over time, except for some fundamental concepts and rights that are usually embedded in Constitutions. Few provisions relevant to the protection of the natural environment are part of these exceptions. Hardly won conservation measures and regulations of human activities in the past fifty years to protect Nature years can logically, even if unfortunate, be put aside by successive lawmakers for various reasons. Academics, legal experts, and lawmakers who promote the principle of non-regression of legal provisions in environmental matters usually advance therefore arguments on the need to keep steady and forward moving the legal protection of the natural environment. Their arguments are based on scientific data and indicators that establish the need for strong regulations to mitigate, if not entirely stop destructive human impacts on Nature which are often justified by economic development and the well-being of contemporary human societies. In this paper we shall however present the case of the Loyalty islands Province in New Caledonia who introduced the non-regression principle in their environmental Code for other reasons pertaining to their own culture and the respect of future generations.

**KEYWORDS:** *Non-regression principle; Environmental Law; New Caledonia; Loyalty Islands Province; Indigenous People; Kanak.*

## **NOTE E COMMENTI**



**LAURA PERGOLIZZI\***

***Concessione di incentivi agli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e governo del territorio (Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13462)***

**SOMMARIO:** 1. *La vicenda.* – 2. *Il quadro generale del sistema di incentivazione.* – 3. *La valorizzazione dell'esigenza di una risposta sanzionatoria alle ipotesi "di violazioni rilevanti di maggiori gravità" necessaria al mantenimento della regolarità urbanistica.* – 4. *La "chiave" della primazia degli interessi funzionalmente collegati con il governo del territorio.* – 5. *Considerazioni conclusive.*

### *1. La vicenda*

La vicenda trae origine da un'istanza formulata da una società per ottenere la concessione della tariffa incentivante di cui al d.m. 15 maggio 2011 (IV conto energia), in relazione ad un impianto fotovoltaico realizzato sulla base di una d.i.a., come previsto dalla legislazione regionale di riferimento. Il Gestore dei Servizi Energetici – G.S.E. S.p.A, decorso (da circa un anno) il termine per la conclusione del procedimento amministrativo, fissato in 120 giorni, invitava la società ad integrare la documentazione con la dichiarazione del Comune attestante la validità della d.i.a., come previsto dal d.m. del 2011 agli allegati 3-A e 3-C. Successivamente, lo stesso G.S.E. respingeva la richiesta con provvedimento emanato ai sensi dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011, nella versione anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 50/2017, avendo rilevato il diniego, da parte del Comune, di formulare la dichiarazione in previsione.

Il ricorso introduttivo del giudizio ed il ricorso per motivi aggiunti venivano affidati ai seguenti motivi: l'intervenuta formazione del silenzio assenso sulla richiesta degli incentivi e il conseguente difetto dei presupposti per l'esercizio di ulteriori poteri di istruttoria e di decisione sulla medesima; l'illegittimità, in ogni caso, della richiesta dell'attestazione di idoneità del titolo, nella specie, una d.i.a., da parte del Comune. Nel corso della discussione orale

---

\* Ricercatrice TD-A di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina. E-mail: [laura.pergolizzi@unime.it](mailto:laura.pergolizzi@unime.it)

la parte ricorrente chiedeva che, con riferimento all'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011, al tempo vigente, nella parte in cui conferisce al G.S.E. il potere di negare il beneficio in caso di mancata conferma dell'idoneità della d.i.a. da parte dei competenti Comuni, il Collegio sollevasse la questione di legittimità costituzionale oppure di compatibilità con il diritto dell'Unione europea in relazione (quanto alla prima possibile questione) agli articoli 3, 41 e 42 della Costituzione, nonché (quanto alla seconda possibile questione) degli articoli 16 e 17 della direttiva 2006/123/CE (c.d. *Bolkestein*) e 41 (Diritto ad una buona amministrazione) della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza).

Il Collegio, dato atto della manifesta infondatezza delle questioni pregiudiziali, ha respinto il ricorso, da un lato, negando l'applicabilità del meccanismo del silenzio assenso all'istituto della tariffa incentivante, poiché quest'ultima afferirebbe alla materia "ambiente"<sup>1</sup>; dall'altro, affermando la legittimità della richiesta della dichiarazione, rilasciata dal Comune, che attesti l'idoneità della d.i.a., configurando quest'ultima come una delle condizioni necessarie per la concessione della tariffa incentivante.

Il presente contributo concentra l'attenzione sui profili concernenti le questioni pregiudiziali ed il secondo motivo del ricorso. I diversi compendi argomentativi selezionati sottendono lo sforzo interpretativo del giudice amministrativo di "rileggere" la disciplina degli incentivi pubblici alle fonti energetiche rinnovabili anche alla luce di una "inedita" prospettiva garantista circa la regolarità edilizia dell'impianto alimentato da FER, offrendo lo spunto per riflettere sul bilanciamento tra l'interesse economico del privato e gli interessi collegati al governo del territorio, in un terreno, quale quello delle fonti energetiche rinnovabili, ove aneliti di liberalizzazione e semplificazione sono puntualmente messi in discussione.

## *2. Il quadro generale del sistema di incentivazione*

Prima di esaminare le questioni sottoposte all'attenzione del TAR e le ragioni poste a sostegno della relativa decisione, si ritiene utile delineare

---

<sup>1</sup> Ma, su tale profilo, si rinvia alle osservazioni critiche di M. CALABRÒ, *Energia e ambiente: tra integrazione e differenziazione. Riflessioni sull'applicabilità degli istituti di semplificazione al procedimento di riconoscimento di tariffe incentivanti in materia energetica*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021.

brevemente i principali caratteri che connotano l'istituto delle tariffe incentivanti.

Tra le diverse misure a sostegno dell'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili<sup>2</sup> che, nel corso degli ultimi anni, sono state elaborate nell'ambito delle politiche energetiche europee<sup>3</sup>, e recepite a livello dell'ordinamento interno, quella delle tariffe incentivanti ricopre un ruolo particolarmente rilevante perchè ha lo scopo di garantire la diminuzione dei, non esigui, costi per la produzione di energia rinnovabile per il tramite dell'impiego di ingenti

---

<sup>2</sup> A. MARZANATI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 5; A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, 16; G. DE MAIO, *Politiche di incentivazione fiscale ed energie rinnovabili*, in L. CHIEFFI, F. PINTO, *Il governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 330 ss.; M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Amministrazione in cammino*, 2014; M.T. MOSCHETTA, *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2015, 2, pp. 94 ss.; A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, pp. 6-31; M. DE FOCATIIS, *Il sistema italiano tra incentivi, obblighi e contraddizioni*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, CEDAM, Milano, Padova, 2017, pp. 97-103; F. LUISO, *I sistemi di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile. Una valutazione critica dei diversi modelli disponibili e sperimentati*, in G.D. COMPORI, S. LUCATTINI (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 143-152; S. AMOROSINO, «Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, pp. 255 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 1; M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili* (nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18), in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it), 2021; G. M. CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 471-488.

<sup>3</sup> Osserva come le soluzioni elaborate a livello europeo, allo scopo di rispondere alla necessità, che è particolarmente avvertita in Europa, di energia, e di soddisfare l'esigenza di diminuzione dell'inquinamento dovuto alle emissioni climalteranti generate dagli impianti che producono energia attraverso petrolio e gas, oltre che di diminuzione della consistente dipendenza energetica dai Paesi che possiedono tali materie prime, si possono sintetizzare «nella necessità di utilizzare fonti rinnovabili per la produzione di energia e in quella di consumare meno energia possibile», F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico, efficienza energetica e amministrazioni: il Piano di azione nazionale per l'efficienza energetica nell'ambito della Programmazione energetica nazionale*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 160.

investimenti pubblici e favorire l'ingresso degli operatori economici sul mercato agevolando l'aumento della domanda dei privati.

In adempimento della direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, emanata al fine di rispettare i parametri indicati dal Protocollo di *Kyoto*, il legislatore nazionale (d.lgs. n. 387/2003) ha previsto la possibilità di richiedere tariffe incentivanti per la produzione di elettricità da impianti fotovoltaici, delegando ad appositi decreti ministeriali la relativa disciplina. Nella specie, si ricordano i decreti interministeriali del 28 luglio 2005 e del 6 febbraio 2006 (I Conto Energia), introduttivi del sistema di finanziamento in conto esercizio della produzione elettrica, cui hanno fatto seguito il d.m. 19 febbraio 2007 (II Conto Energia), introduttivo di un premio per gli impianti fotovoltaici abbinati all'uso efficiente dell'energia, ed il d.m. 6 agosto 2010 (III Conto Energia), introduttivo di specifiche tariffe per alcune tipologie di impianto fotovoltaico, con particolare attenzione per le tipologie di impianto integrate con caratteristiche innovative. In questo scenario, il d.lgs. 28/2011, recante «Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE», ha dedicato un intero titolo, il quinto, ai “regimi di sostegno”, nel cui ambito l'art. 42, che, come meglio si vedrà, è stato modificato più volte da parte del legislatore, detta le regole dei controlli e delle sanzioni sulle procedure di erogazione dei benefici. Successivamente, il d.m. 5 maggio 2011 (IV Conto Energia) ha definito il meccanismo di incentivazione riguardante gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011, mettendo in evidenza l'obiettivo di allineare il livello delle tariffe all'evoluzione dei costi della tecnologia fotovoltaica, fissando il limite di costo cumulato annuo degli incentivi in 6 miliardi di euro (limite che verrà, poi, innalzato a 6,7 miliardi di euro con il d.m. 5 luglio 2012, recante il quinto, ed ultimo, “Conto Energia”)<sup>4</sup>.

Il meccanismo su cui si basa l'istituto è quello di garantire il graduale allineamento dell'incentivo pubblico con i costi delle tecnologie fino a raggiungere la stabilità sul mercato degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e la certezza della “riduzione degli oneri” di sostegno in

---

<sup>4</sup> Cfr. Pagina *web* istituzionale del G.S.E., nella sezione che si occupa del “Conto Energia”, disponibile al link: [www.gse.it](http://www.gse.it).

capo al privato. Siffatta ricostruzione emerge dalla lettura di alcune disposizioni che regolano la materia, tra le quali, in particolare, l'art. 23 del d.lgs. n. 28/2011, recante i principi generali dei regimi di sostegno applicati all'energia prodotta da fonti rinnovabili e all'efficienza energetica, laddove dispone che «la nuova disciplina stabilisce un quadro generale volto alla promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica (...) attraverso la predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione, perseguendo nel contempo l'armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori». Costituiscono ulteriori principi generali «la gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati e la proporzionalità agli obiettivi, nonché la flessibilità della struttura dei regimi di sostegno, al fine di tener conto dei meccanismi del mercato e dell'evoluzione delle tecnologie delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica». In ultimo, per quanto maggiormente rileva in questa sede, occorre precisare che, come specificato espressamente nel preambolo al d.m. 5 maggio 2011, gli obiettivi sottesi alla realizzazione del sistema c.d. conto energia devono essere posti «in linea con le politiche adottate nei principali paesi europei» e al fine di mantenere «stabilità e certezza sul mercato».

Il procedimento per l'accesso alle tariffe incentivanti è caratterizzato da una marcata tensione tra la semplificazione e la complessità del procedimento amministrativo, tensione aggravata, probabilmente, dal susseguirsi dei numerosi decreti ministeriali in materia<sup>5</sup>, ciascuno dei quali ha apportato, di volta in volta, un elemento di innovazione nelle dinamiche procedurali prodromiche alla concessione degli incentivi pubblici a sostegno dell'energia “pulita”<sup>6</sup>. In estrema sintesi, al di là delle differenti formule e dei diversi modelli procedurali enucleati da ciascun decreto ministeriale, la procedura per la concessione della tariffa incentivante interviene in una fase successiva alla realizzazione dell'impianto di energia rinnovabile, essendo attivata su impulso del privato che, nella qualità di “responsabile” di un impianto già realizzato, chiede di potere accedere al “beneficio” economico che l'ordinamento appresta a

---

<sup>5</sup> M. DE FOCATHIS, *Il sistema italiano tra incentivi*, op. cit., 98.

<sup>6</sup> M. A. SANDULLI, *La S.C.I.A. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di «non sincerità» legislativa. Spunti per un forum*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011, 6.

sostegno della produzione dell'energia pulita, a tal scopo assolvendo all'onere di allegazione della documentazione necessaria a dimostrare questa circostanza. Sotto il profilo organizzativo, l'istruttoria e la definizione dell'istanza di concessione della tariffa incentivante sono affidate al G.S.E.<sup>7</sup>, soggetto privato munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate, tra l'altro, alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo e alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza, nonché all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico<sup>8</sup>, che opera nell'ambito di un quadro istituzionale assai articolato<sup>9</sup>. Una volta delineati gli elementi essenziali dell'istituto di riferimento, si ritiene opportuno soffermarsi sulla norma che, più di ogni altra, ha alimentato e continua ad alimentare il dibattito giurisprudenziale nel cui ambito si inserisce la sentenza in commento.

Si tratta, in particolare, della previsione, contenuta nel d.m. 15 maggio 2011, secondo la quale, tra la documentazione da presentare a sostegno della richiesta della tariffa incentivante, nel caso di impianti realizzati in base a d.i.a., il soggetto responsabile deve depositare anche una «dichiarazione della competente amministrazione comunale attestante che la d.i.a. costituisce titolo idoneo alla realizzazione dell'impianto» (allegg. 3A e 3C).

Tale previsione pone un duplice ordine di questioni: se, nell'ambito del procedimento per la concessione della tariffa incentivante residui o meno uno spazio per un intervento da parte del soggetto pubblico territorialmente competente in materia edilizia, ed eventualmente, in caso di risposta

---

<sup>7</sup> Il "Gestore dei Servizi Energetici - G.S.E. S.p.A." è una società per azioni costituita ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del d.lgs. n. 79/1999 e dell'art 1, commi 1, lettera a), b) e c) e 3, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004 ed è regolata dallo "Statuto del Gestore dei Servizi Energetici - G.S.E. S.p.A." (documento disponibile al link [www.gse.it](http://www.gse.it)). La Società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e 11, comma 3 del d.lgs. n. 79/1999, nonché le attività correlate di cui al d.lgs. n. 387/2003 in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti, come specificate dall'art. 4 dello Statuto. La Società è interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 3 comma 4 del d.lgs. n. 79/1999). Gli indirizzi strategici ed operativi, già dettati dal Ministero dello Sviluppo Economico, sono oggi esercitati dal Ministero della Transizione ecologica (art. 2, d.lgs. n. 22/2021), che esercita, congiuntamente con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, i diritti dell'azionista (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 79/1999).

<sup>8</sup> Ad. Plen., 3 settembre 2019, n.9, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 5, I, p. 1345.

<sup>9</sup> F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico*, op. cit., p. 160.

affermativa, in che modo questi possa agire senza mortificare l'interesse del privato ad ottenere il beneficio economico richiesto; se il potere esercitato dall'amministrazione territorialmente competente in materia edilizia al fine di formulare la "dichiarazione" di cui al d.m. del 2011 sia compatibile con l'impostazione dell'istituto della dichiarazione di inizio attività.

La tematica si inserisce appieno nel dibattito (mai sopito) sul rapporto tra le prospettive di liberalizzazione e semplificazione e le esigenze di garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico<sup>10</sup>, ove si assiste alla tensione tra due diversi indirizzi interpretativi: l'uno, di tipo "efficientista", che guarda con favore all'utilizzo di strumenti ispirati dalla logica della liberalizzazione e della semplificazione, poiché ritenuti utili ai fini della garanzia del buon andamento e della soddisfazione dell'esigenza di celerità e di speditezza imposte dal mercato, a maggior ragione considerando il fatto che quest'ultimo deve essere calato in un contesto di "mercato unico europeo"; l'altro, più "formalista", che avverte con preoccupazione i rischi "insiti" nel meccanismo di autoconformazione alle regole, sulla base di una logica secondo la quale questo meccanismo fisiologicamente non metta al riparo dalle possibili distorsioni «da un utilizzo spregiudicato ad opera degli interessati, che può diventare pericolosa se combinata con i comportamenti non corretti dell'autorità preposta alla vigilanza»<sup>11</sup>.

Nel solco di questo secondo indirizzo, il giudice amministrativo applica al caso di specie una logica "formalista", che sottende essere anche la più "garantista": con un'interpretazione letterale del contenuto della previsione

---

<sup>10</sup> F. LIGUORI, *Semplificazioni e liberalizzazioni nelle riforme amministrative*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 11 ss.; A. ROMEO, *Liberalizzazione e concorrenza: per una (ulteriore riforma dei servizi pubblici)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 1503 ss.; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, pp. 355-372; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 2008, 3-4, pp. 405 ss.

<sup>11</sup> F. LIGUORI, *Segnalazione certificata di inizio attività e denuncia di inizio attività*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 527. Sulle questioni giuridiche connesse all'esigenza di velocizzare la realizzazione di opere o di impianti di pubblica utilità senza trascurare gli interessi di tipo ambientale e paesaggistico, considerate le esigenze sottese allo sviluppo economico-industriale funzionale a rispondere alle sfide imposte dalla globalizzazione dei mercati e dal quadro di recessione economica, F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, p. 889.

oggetto di censura, ne “giustifica” la legittimità sulla base della finalità di rafforzare il controllo sulla regolarità urbanistica ed edilizia del titolo abilitativo, sancendo la necessità dell'intervento dell'organo territoriale, che diventa, di fatto, finale attestatore del diritto del privato ad ottenere il beneficio economico.

*3. La valorizzazione dell'esigenza di una risposta sanzionatoria alle ipotesi “di violazioni rilevanti di maggiori gravità” necessaria al mantenimento della regolarità urbanistica*

Gli elementi cardine dell'impostazione della decisione in commento vengono “anticipati” dal giudice amministrativo già in sede di esame delle censure di carattere pregiudiziale e preliminare formulate dalla società ricorrente.

In particolare, tali censure riguardano la prima versione dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011, laddove la sua applicazione conferisce al G.S.E. il potere di negare il beneficio in caso di mancata conferma della validità della d.i.a. da parte del competente Comune.

Occorre ricordare che la prima versione della norma disponeva che il G.S.E., nel caso in cui avesse riscontrato violazioni “rilevanti” ai fini dell'erogazione degli incentivi, avrebbe dovuto disporre «il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonchè il recupero delle somme già erogate», e trasmettere «all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481».

È utile precisare che, in seguito, l'articolo in questione è stato oggetto di più di un intervento di riforma volto ad attenuare la “gravità” delle conseguenze della violazione compiuta dal privato. L'articolo 1, comma 960, lettera a), della legge n. 205/2017 ha introdotto il sistema della “decurtazione” degli incentivi; l'art. 13-*bis*, comma 1, lett. a) del d.l. n. 101/2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 128/2019 ha ridotto il *quantum* della percentuale di siffatta decurtazione; e, infine, l'art. 56, comma 7, lett. a) e *a-bis*) del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120/2020, ha subordinato il meccanismo di decadenza dagli incentivi «in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241» (art. 56, comma 7, lett. a). Con tale ultimo intervento, inoltre, si è esteso il campo di applicazione della



norma: al comma 3, secondo periodo, le parole «al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti» sono state sostituite dalle seguenti: «al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio energetico, conseguente agli interventi di efficientamento degli impianti» (art. 56, comma 7, lett. *a-bis*)<sup>12</sup>.

Nel caso di specie, il giudice amministrativo, pur non potendo fare riferimento all'applicazione dello *ius superveniens* costituito dalla novella introdotta dall'art. 56 del d.l. n. 76/2020, o comunque della decurtazione

---

<sup>12</sup> Le numerose modifiche normative sono probabilmente intervenute anche al fine di sciogliere definitivamente alcuni nodi interpretativi che erano sorti, in dottrina e giurisprudenza, con riferimento alla configurazione della natura giuridica del potere affidato dalla norma in capo al G.S.E., oscillando tra la configurazione alla stregua del potere sanzionatorio, la configurazione alla stregua del potere di autotutela e quella che predilige l'inquadramento nell'alveo del potere di accertamento. In realtà, nel corso degli ultimi anni la giurisprudenza sembrava aver definitivamente avvalorato l'indirizzo favorevole alla configurazione della misura in questione nell'alveo del potere di verifica, accertamento e controllo volto ad acclarare lo stato dell'impianto ed accertarne la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall'interessato, perciò privo di spazi di discrezionalità e avente, al contrario, natura doverosa ed esito vincolato. A tal proposito, la giurisprudenza ha affermato che il potere di verifica in questione «non è volto al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa di spessore provvedimentale, bensì al controllo circa la veridicità delle dichiarazioni formulate da un privato nell'ambito di una procedura volta ad attribuire sovvenzioni pubbliche. Esulano quindi, in radice, le caratteristiche proprie degli atti di secondo grado e, conseguentemente, non è applicabile l'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990» (Cons. Stato, IV, 12 dicembre 2019, n.8442, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Tale potere, non è riconducibile al paradigma normativo del potere di autotutela di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, trattandosi di un potere di decadenza previsto in caso di mancato rispetto della normativa condizionante l'erogazione degli incentivi, vertendosi in un settore speciale di attività amministrativa, preordinato al conferimento di incentivi pubblici, per il cui legittimo esercizio non sono richiesti i presupposti sostanziali (interesse pubblico attuale e valutazione dell'affidamento) e temporali (termine ragionevole comunque non superiore a 18 mesi) previsti per il legittimo esercizio del potere di autotutela. Il G.S.E. è, infatti, titolare di un potere immanente di verifica della spettanza di tali benefici; potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso. Cfr. TAR Lazio, Roma, III, 7 ottobre 2020, n. 10147, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In termini, TAR, Lazio, Roma, III, 1 febbraio 2019, n. 1289, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); v. anche, da ultimo, Ad. Plen., 11 settembre 2020, n. 18, ove si distingue dal più ampio *genus* dell'autotutela la decadenza ex art. 42 del d.lgs. 28/2011, nella formula vigente *ratione temporis*, quale vicenda pubblicistica estintiva *ex tunc* di una posizione giuridica di vantaggio. Alla medesima conclusione, è pervenuta una recente sentenza che, nel negare la natura sanzionatoria della misura della decadenza dagli incentivi, in applicazione dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28/2011, configura la stessa come misura «solo accertativa della violazione rilevante commessa, essendo finalizzata al recupero delle somme indebitamente erogate; di conseguenza, non appaiono applicabili la normativa e i principi previsti in tema di procedimenti *lato sensu* punitivi» (TAR Lazio, Roma, III, 11 agosto 2020, n. 9158, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

dell'incentivo in luogo della decadenza, compie il tentativo di ricavare le argomentazioni a sostegno della conformità della norma oggetto di censura ai parametri costituzionali relativi al diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e a quello di proprietà privata (art. 42 Cost.), oltre che di eguaglianza, proprio sulla base della ricostruzione della logica sottesa ai diversi interventi normativi che si sono susseguiti nel corso degli anni. Richiamando alcuni passaggi della sentenza della Corte Costituzionale n. 237/2020<sup>13</sup>, che si è incidentalmente occupata dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28/2011, ha ritenuto che le diverse riforme del legislatore siano state mosse dall'intento di: 1) non intervenire nell'ambito dei controlli; 2) intervenire, invece, sul piano "sanzionatorio", rendendo maggiormente flessibili, in conformità con il principio di adeguatezza e proporzionalità, le conseguenze derivanti dalle violazioni, poste in essere dagli operatori economici, tenendo conto dell'effettiva gravità delle stesse; 3) in tale frangente, mantenere una risposta sanzionatoria alle ipotesi "di violazioni rilevanti di maggiori gravità", fra le quali - si afferma - «deve necessariamente rientrare la materia della regolarità urbanistica ed edilizia del titolo che assiste l'edificazione degli impianti, che in tal modo risulta - ancora - conformare anche l'attività economica e la proprietà privata inerenti gli impianti in questione»<sup>14</sup>.

Sulla base di questi presupposti, l'applicazione dell'art. 42, comma 3 del d.lgs. n. 28/2011, nell'ipotesi di mancata "conferma" dell'idoneità della d.i.a. da parte del Comune competente, è ritenuta essere pienamente compatibile con i principi dell'ordinamento, compreso il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in ragione di una «intuitiva differenza tra i soggetti dotati di titolo edilizio idoneo allo scopo e soggetti privi di tale titolo»<sup>15</sup>.

Il complesso delle argomentazioni così sintetizzate lascia trasparire una certa ritrosia del giudice amministrativo nell'ammettere che la d.i.a. sia idonea, da sola, a garantire la compatibilità urbanistica ed edilizia di una costruzione, al

---

<sup>13</sup> Con questa sentenza la Corte Costituzionale ha giudicato costituzionalmente illegittimo il comma 4-*sexies* dell'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 nella parte in cui - a parità di condizioni, ossia sul comune presupposto che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all'impianto alcun vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria - non prevede la riammissione agli incentivi per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili diversi dall'eolico, ovvero per impianti eolici iscritti in registri differenti da quello relativo all'anno 2012 (EOLN-RG2012).

<sup>14</sup> V. par. 9 della pronuncia in commento.

<sup>15</sup> V. par. 9 della pronuncia in commento.

pari di quanto avviene nell'ipotesi in cui il titolo edilizio si sostanzia in un provvedimento espresso della pubblica amministrazione.

Siffatto indirizzo sembra “tornare indietro nel tempo”, all'epoca in cui il legislatore, sulla scorta dei poteri riconosciutigli dall'art. 41 della Costituzione, aveva introdotto nell'ordinamento meccanismi di “controllo preventivo” della compatibilità dell'attività economica del privato con il quadro normativo di riferimento e con gli interessi pubblici coinvolti<sup>16</sup>. Viceversa, sembra non prendere in particolare considerazione il più recente processo di riforme volto a soddisfare la sempre più stringente «esigenza di semplificare»<sup>17</sup>. Constatati gli effetti delle complessità burocratiche e le tempistiche delle amministrazioni sul piano dell'effettivo esercizio dell'attività di impresa, l'ordinamento si è mosso «dapprima, verso la progressiva elaborazione di strumenti di semplificazione procedimentale, e, successivamente, di formule sostitutive di controllo, di tipo meramente successivo, di cui ha gradualmente esteso la portata a sempre più vasti settori di attività»<sup>18</sup>. È nel solco di questo più recente percorso che si attesta la nascita e l'evoluzione dell'istituto della d.i.a. (poi s.c.i.a.), introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 19 della legge n. 241/1990, come misura «insieme di *deregulation*, di liberalizzazione e di autoamministrazione dei privati»<sup>19</sup>. È vero che tale figura è stata estesa al settore dell'edilizia con particolare cautela, essendo preposta al fine di abilitare soltanto determinate categorie di interventi edilizi. Ma il fatto che il Testo unico dell'edilizia abbia previsto per l'interessato la facoltà di chiedere il rilascio del permesso di costruire per la realizzazione degli interventi effettuabili con s.c.i.a. (art. 22, comma 7) o, viceversa, di avvalersi della s.c.i.a. in alternativa al permesso di costruire (art. 23), è considerato come una “spia” del fatto che i due regimi giuridici, nelle ipotesi in cui sono entrambi ammessi come titolo abilitativo funzionale alla realizzazione di una determinata opera o impianto, non dovrebbero essere destinatari di un diverso trattamento. Dunque, la d.i.a., una

---

<sup>16</sup> M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 261.

<sup>17</sup> E. CASSETTA, *Diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Giuffrè, Milano, 2016, p. 497; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; F. TIGANO, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2008; L. VANDELLI, G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Maggioli, Bologna, 1999.

<sup>18</sup> M.A. SANDULLI, *La segnalazione*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>19</sup> G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 613.

volta perfezionatasi, viene configurata come un titolo abilitativo valido ed efficace (sotto tale profilo equiparabile *quoad effectum* al rilascio del provvedimento espresso)<sup>20</sup>, offrendo «in teoria, le stesse garanzie della verifica attuata dagli uffici comunali in sede di procedimento di rilascio del permesso di costruire»<sup>21</sup>.

Relegando queste circostanze sullo sfondo del proprio iter argomentativo, il giudice amministrativo si spinge ad applicare il medesimo ragionamento elaborato in sede di esame della questione di compatibilità costituzionale anche al fine di negare la sussistenza di un contrasto tra la previsione oggetto di censura ed il diritto dell'Unione europea, ritenendo anche alla luce della direttiva 2006/123/CE (c.d. *Bolkestein*), che non si possa prescindere, nel caso di specie, «dall'assunzione del necessario titolo edilizio»<sup>22</sup>. A ben vedere, però, tale affermazione non trova una conferma nella sede del diritto positivo, non soltanto se si considera il contenuto della direttiva in questione, dalla cui lettura non è possibile riscontrare una simile richiesta, ma anche quello della relativa disciplina di recepimento, contenuta nel d.lgs. n. 59/2010. L'art. 14 (regimi autorizzatori), di cui al Capo II (Disposizioni generali in materia di regimi autorizzatori) del Titolo II (Disposizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività di servizi), dispone che «fatte salve le disposizioni istitutive e relative ad ordini, collegi e albi professionali, regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni di cui al presente titolo» (comma 1); che «nelle materie di legislazione concorrente, le Regioni possono istituire o mantenere albi, elenchi, sistemi di accreditamento e ruoli, solo nel caso in cui siano previsti tra i principi generali determinati dalla legislazione dello Stato» (comma 2); che «il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili» (comma 3); specifica, poi, che «le disposizioni del presente capo non si applicano agli aspetti dei regimi di autorizzazione che sono disciplinati direttamente o indirettamente da altri strumenti comunitari» (comma 4). L'art. 17 prevede, ai

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, VI, 22 settembre 2014, n. 4780, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, Giuffrè Francis Lefebvre Milano, 2020, p. 167.

<sup>22</sup> V. par. 10 della pronuncia in commento.

fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al decreto in questione, l'applicazione del procedimento di cui all'art. 20 della legge n. 241/1990 e, in tutti i casi diversi da quelli di cui all'art. 14 per i quali le norme vigenti, alla data di entrata in vigore, prevedono regimi autorizzatori o di dichiarazione di inizio attività, l'applicazione dell'art. 19 della legge n. 241/1990, e successive modificazioni (comma 1). Il campo di applicazione dell'obbligo di adozione del provvedimento espresso è estremamente circoscritto, essendo limitato all'ipotesi in cui vi sia un «motivo imperativo di interesse generale» (comma 2), per la cui nozione, come rilevato dalla dottrina, si deve fare riferimento alla giurisprudenza del giudice europeo<sup>23</sup>, ma che nel nostro ordinamento potrebbe essere riferito, ad ipotesi quali la sussistenza di motivi connessi alla sanità pubblica, all'incolumità pubblica oppure, ancora, all'ordine pubblico, e così via<sup>24</sup>.

Ma, quel che più rileva, è che la direttiva n. 28/2009/CE sulla «promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE»<sup>25</sup> non impone

---

<sup>23</sup> F. ASTONE, *European Union Justice*, in F. FRACCHIA (ed.) *Textbook of Public Law*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 363-369.

<sup>24</sup> V. PARISIO, *Direttiva "Bolkestein", silenzio-assenso, d.i.a., "liberalizzazioni temperate", dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, p. 2978. Sul tema, cfr. A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, pp. 95 ss.; F. ASTONE, *Erogazione dei servizi di rilevanza economica e modelli di gestione*, in R. FERRARA, F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Codice delle cittadinanze*, Giuffrè, Milano, 2006; S. MICOSSI, *Le previsioni della direttiva servizi*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2007; G. FONDERICO, *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 8, pp. 921-928; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009; M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Monografias de la Revista Aragonesa de Administración pública*, 2010; N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. «La direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2010; E. L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, pp. 1239 ss.; F. DI CRISTINA, *La regolazione pubblica dei servizi privati: principi e regole nel mercato europeo a un decennio dalla direttiva Bolkestein*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva servizi*, Giappichelli, Torino, 2016; F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Giuffrè, Milano, 2016.

<sup>25</sup> <https://eur-lex.europa.eu>. In dottrina, cfr. G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, 4; L. AMMANNATI, *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 2013; A. MOLITERNI, *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, 18.

l'adozione di un provvedimento espresso, anzi, al contrario, celerità e procedimenti semplificati. In particolare, l'art. 13 (Procedure amministrative, regolamentazioni e codici), dopo aver specificato che gli Stati membri «assicurano» che «le norme nazionali in materia di procedure di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze applicabili agli impianti e alle connesse infrastrutture della rete di trasmissione e distribuzione per la produzione di elettricità, di calore o di freddo a partire da fonti energetiche rinnovabili e al processo di trasformazione della biomassa in biocarburanti o altri prodotti energetici» siano «proporzionate e necessarie», introduce, tra gli obiettivi da perseguire, quello che «le procedure amministrative siano semplificate e accelerate al livello amministrativo adeguato» (lett. c).

Coerentemente, in sede di applicazione della direttiva citata, il d.lgs. n. 28/2011, al fine di favorire lo «sviluppo delle fonti rinnovabili», e, al contempo, il conseguimento, nel rispetto del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni, degli obiettivi a tal scopo, fissati dall'ordinamento, dispone che «la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili sono disciplinati secondo speciali procedure amministrative semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate, sulla base delle specifiche caratteristiche di ogni singola applicazione» (art. 4, comma 1).

#### *4. La “chiave” della primazia degli interessi funzionalmente collegati con il governo del territorio*

Anche con riferimento all'ulteriore profilo oggetto di contestazione, che concerne la presunta illegittimità dalla previsione contenuta nel d.m. del 2011 (allegg. 3A e 3C), la sentenza in commento fa ricorso ad un compendio di argomentazioni che fanno leva sull'esigenza di rafforzamento della garanzia degli interessi funzionali al governo del territorio. In particolare, essa richiama la «necessità che l'intervento di realizzazione dell'impianto fotovoltaico sia conforme (anche) alla normativa edilizia, in linea con il generale interesse a che l'iniziativa economica privata si svolga *secundum legem*»<sup>26</sup>. A tal scopo,

---

<sup>26</sup> V. par. 11 della pronuncia in commento.

avvalora l'indirizzo giurisprudenziale<sup>27</sup> secondo il quale il regime incentivante conferirebbe all'esercizio della vigilanza sul settore «una connotazione pubblicistica ancor più pregnante»<sup>28</sup> idonea a stimolare lo svolgimento di «verifiche in concreto sugli interventi eseguiti sul territorio comunale»<sup>29</sup>, in forza della finalità di «scongiurare, a un tempo, la perpetrazione di abusi edilizi e l'indebita ammissione agli incentivi»<sup>30</sup> che è «immanente nella legge» e, in ogni caso, fondata sulla base dell'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011, laddove si pone l'obiettivo di «rendere efficiente l'intero processo amministrativo ed accelerare la realizzazione degli impianti, ...al contempo, contrastando attività speculative nelle diverse fasi di autorizzazione, connessione, costruzione, esercizio degli impianti e rilascio degli incentivi»<sup>31</sup>.

Brevemente accennando al fatto che i plessi disciplinari di riferimento (norme edilizie e regime di sostegno) abbiano distinti presupposti, il giudice amministrativo dimostra di voler comunque individuare un punto di equilibrio che subordini la concessione del beneficio all'esito del controllo sulla "regolarità", sotto il profilo urbanistico-edilizio, dell'impianto di energia rinnovabile<sup>32</sup>. L'argomentazione prospettata fa "perno" su un duplice piano: da un lato, la configurazione della dichiarazione in previsione come «adempimento necessario ai fini della fruizione del regime di sostegno»<sup>33</sup>, la cui assenza, però, «non incide sulla compatibilità edilizia dell'intervento»<sup>34</sup> e, dall'altro, l'enucleazione della sussistenza di un rapporto di subordinazione tra l'accesso ai benefici e la «responsabile attestazione»<sup>35</sup> dell'ente preposto alla vigilanza sull'attività edilizia.

Le implicazioni di tale impostazione si rivelano "estreme" sia sul versante che attiene al regime amministrativo della realizzazione dell'impianto

---

<sup>27</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, III stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13460, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio, Roma, III stralcio, 24 novembre 2020, n. 12464, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio, Roma, III-ter., 28 giugno 2013, n. 6484, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che richiama la sentenza TAR Lazio, Roma, III-ter., 3 agosto 2012, n. 7214, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché di recente, TAR Lazio, Roma, III-ter., 23 marzo 2020, n. 3578, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>28</sup> V. par. 11 della pronuncia in commento.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

di energia rinnovabile, sia sul versante che attiene al regime della tariffa incentivante.

Sul primo versante, sembrerebbe, anzitutto, prodursi un effetto “ampliativo” della funzione amministrativa di controllo *ex post* che residua con riferimento all’istituto della d.i.a. (ora s.c.i.a.).

Ed invero, come già si è fatto cenno, l’istituto della d.i.a.<sup>36</sup>, visto anche come strumento di “liberalizzazione temperata”<sup>37</sup>, poiché si configura come un atto soggettivamente e oggettivamente privato con cui l’interessato esercita la propria legittimazione *ex lege* all’esercizio di attività liberalizzate, ovvero quale strumento di liberalizzazione legale all’esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio pubblicistico<sup>38</sup>, riflette un fenomeno di semplificazione<sup>39</sup> sotto il profilo della delimitazione dei controlli successivi da parte della pubblica amministrazione<sup>40</sup>, laddove il potere “positivo” di autorizzazione e l’espressione

---

<sup>36</sup> G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività: profili teorici*, Milano, 2000; E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi a regime amministrativo. L’art. 19 della l. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001; A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: fra riforme del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 11, 1327; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, EGEA, Milano, 2006; A. POLICE, *Contributo allo studio della dichiarazione di inizio attività e della sua natura giuridica*, in *Nuove Autonomie*, 2008, pp. 17 ss.; M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2004, 121 ss.; Id., *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell’anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017; Id. *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole, op. cit.*, pp. 261 ss.; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Giuffrè, Milano, 2011; F. LIGUORI, *Segnalazione certificata di inizio attività e denuncia di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 527; E. SCOTTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 582 ss.; G. VESPERINI, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 2, 154 ss.; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *Commento all’art. 19*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 898 ss.; G. STRAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

<sup>37</sup> V. PARISIO, *Direttiva “Bolkestein”, silenzio-assenso, d.i.a., “liberalizzazioni temperate”, op. cit.*

<sup>38</sup> Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 215, con nota di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell’art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Diritto pubblico*, 2014, 1, pp. 15 ss.; M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata*, op. cit., p. 278

<sup>39</sup> G. STRAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione*, op. cit., p. 69.

<sup>40</sup> G. STRAZZA, *La s.c.i.a. e il suo controllo successivo esercitato dalla pubblica amministrazione: problematiche non solo definitorie*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2014, 2, p. 376.



autoritativa è soltanto eventuale<sup>41</sup>. In particolare, si annovera il potere dell'Amministrazione di verifica della sussistenza di tutti i requisiti e presupposti richiesti dalla legge per l'esercizio dell'attività oggetto della dichiarazione, esercitato alle condizioni ed entro gli stringenti limiti, anche sotto il profilo temporale<sup>42</sup>, previsti dalla legge, oppure, qualora ciò non sia possibile, di divieto della prosecuzione dell'attività e di sanzione, se necessario, dell'imprenditore che si sia reso responsabile di dichiarazioni mendaci, ferma restando la possibilità di intervenire in presenza dei presupposti dell'autotutela<sup>43</sup>.

La finalità è quella di garantire la stabilità delle situazioni giuridiche soggettive scaturenti dalla d.i.a.<sup>44</sup>, in particolare la stabilità della posizione del dichiarante, tutelando l'affidamento di quest'ultimo sulla legittimità del titolo edilizio. Tale impostazione trova oggi ulteriore conferma nell'art. 12 del d.l. n. 76/2020 (cd "decreto semplificazioni"), laddove, nell'aggiungere un comma 8-bis all'art. 2 della legge n. 241/1990, qualifica espressamente come inefficaci le determinazioni adottate successivamente alla scadenza dei termini per l'adozione dei provvedimenti inibitori di cui all'art. 19, commi 3 e 6-bis. Relativamente alla s.c.i.a. edilizia, la legge di conversione chiarisce che l'inefficacia è circoscritta ai poteri di divieto di prosecuzione dell'attività e rimozione degli effetti di cui al primo periodo del comma 6-bis e non concerne i poteri di vigilanza sull'attività urbanistico - edilizia previsti dal Testo unico dell'edilizia<sup>45</sup>.

Le brevi considerazioni fin qui svolte offrono più di uno spunto per riflettere sulla problematicità insita nella norma in contestazione, contenuta nel d.m. del 2011, laddove stabilisce che il soggetto responsabile dell'impianto di

---

<sup>41</sup> F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a – s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, p. 1223; G. STRAZZA, *La s.c.i.a. e il suo controllo successivo*, op. cit.

<sup>42</sup> N. RANGONE, *Semplificazione ed effettività dei controlli sulle imprese*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 3, pp. 882 ss.

<sup>43</sup> G. GARGANO, A. POLICE, M.R. SPASIANO, *La segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)*, in A. POLICE, M.R. SPASIANO (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 42.

<sup>44</sup> Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>45</sup> M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole*, op. cit., p. 590. Cfr. riferimenti contenuti in M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 3, p. 181; M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it), 2021, 1.

energia rinnovabile deve depositare anche una «dichiarazione della competente amministrazione comunale attestante che la d.i.a. costituisce titolo idoneo alla realizzazione dell'impianto», considerato che tale previsione conferisce all'amministrazione comunale un potere di difficile inquadramento, poiché di per sé diverso dai poteri pubblici ordinariamente esercitabili sulla d.i.a., oltre che non soggetto ad alcun limite temporale e, dunque, suscettibile, *sine die*, di produrre un effetto destabilizzante sulla posizione del titolare del titolo edilizio.

Sotto un diverso profilo, la previsione oggetto di censura, contenuta nel d.m. del 2011, presenta alcuni aspetti contraddittori rispetto alla logica della semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti<sup>46</sup>.

È noto che, ad esito del lungo processo di riforma confluito nel d.p.r. n. 445/2000 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), e nelle modifiche ed integrazioni ad esso successive, gli strumenti alternativi alla produzione di certificati rappresentano non già un'alternativa, ma lo strumento privilegiato di documentazione utilizzabile nei rapporti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, le quali non possono più, come avveniva in passato, né richiedere, né accettare certificati; e neppure, rilasciare certificati che debbano poi essere prodotti ad altre pubbliche amministrazioni<sup>47</sup>, salvo specifiche limitazioni con riferimento a talune tipologie di documenti<sup>48</sup>.

La *ratio* è quella di semplificare i processi decisionali pubblici e, al contempo, l'azione del privato nel campo della documentazione

---

<sup>46</sup> A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, p. 869; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 3-4, pp. 603-618; M. OCCHIENA, *Autocertificazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa, op. cit.*, pp. 873 ss.; M. GNES, *La decertificazione. Dalle certificazioni amministrative alle dichiarazioni sostitutive*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014; L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 93; Cfr. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 181 ss.; id. *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020.

<sup>47</sup> M. GNES, *La decertificazione, op. cit.*, p. 13.

<sup>48</sup> Nella specie, «certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti». Cfr. art. 49, d.p.r. n. 445/2000.

amministrativa<sup>49</sup>, evitando a quest'ultimo «le lunghe e onerose attese agli sportelli per ritirare certificati e trasportarli materialmente dall'uno all'altro ufficio»<sup>50</sup>.

Applicando tali coordinate al caso di specie, si rileva che: sotto il profilo soggettivo, sia l'amministrazione comunale, in quanto soggetto pubblico, sia il G.S.E., in quanto soggetto privato che svolge funzioni pubbliche, nella qualità di gestore dei servizi energetici, sono "destinatari" delle regole di cui al d.p.r. n. 445/2000; sotto il profilo oggettivo, la documentazione riguardante la dichiarazione di inizio attività, in assenza di uno specifico divieto in tal senso, rientra nell'ambito dell'applicazione delle misure di semplificazione previste dal sopracitato d.p.r.

Ciò è sufficiente a mettere in "crisi" l'operatività della previsione oggetto di censura, secondo la quale il privato, per ottenere la concessione della tariffa incentivante da parte del G.S.E., deve richiedere all'amministrazione comunale il rilascio dell'attestazione riguardante la "compatibilità" della d.i.a., e, dopo averla ricevuta, trasmetterla al G.S.E. Dovrebbe, invece, trovare una normale applicazione un sistema secondo il quale il privato è autorizzato a corredare l'istanza di concessione della tariffa incentivante della documentazione, prodotta nella forma dell'autodichiarazione, riguardante la d.i.a.; qualora, in sede di esame della documentazione in tal modo trasmessa dal privato, emerga l'esigenza di chiarimenti, il G.S.E. (e non il privato), interloquisce con l'amministrazione comunale.

Sul secondo versante, sembrerebbe configurarsi una impropria "invasione" da parte del settore dell'edilizia nella diversa ed autonoma materia riguardante la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia.

Nella specie, l'allegazione, da parte del privato, della "dichiarazione" di cui al d.m. del 2011 sembra atteggiarsi come una *conditio sine qua non* della concessione della tariffa incentivante: la mancata allegazione, da parte del privato, all'istanza per la concessione del beneficio economico, di tale dichiarazione, ancorchè causata dal rifiuto, opposto dal Comune, di rilasciarla, è di per sé idonea a legittimare il rigetto dell'istanza da parte del G.S.E.

---

<sup>49</sup> M. OCCHIENA, *Autocertificazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 873 ss.; L. DONATO, *Le autocertificazioni*, op. cit., p. 93.

<sup>50</sup>M. A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020.

Il giudice amministrativo sembra non cogliere appieno la rilevanza degli effetti di questa ricostruzione sul piano applicativo, astenendosi dall'individuare chiaramente ove risieda la linea di demarcazione tra il regime di sostegno alle fonti energetiche rinnovabili ed il regime amministrativo funzionale alla legittima edificazione dell'impianto di energia rinnovabile, in ragione di una sottesa difficoltà di sganciare definitivamente il primo dal secondo, vista la delicatezza dei diversi interessi in gioco.

Del resto, questa difficoltà si avverte anche nella sede del dibattito, sorto in giurisprudenza, relativo alla configurabilità, o meno, in capo al G.S.E., del potere di sindacare gli atti prodromici che devono essere adottati da altre amministrazioni ovvero enti locali<sup>51</sup>. Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, il controllo operato dal G.S.E. avrebbe carattere «meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore»<sup>52</sup>, atteso che «una diversa soluzione interpretativa rischia di «legittimare l'attribuzione ad un organo amministrativo di un generalizzato potere di controllo sulla legittimità degli atti amministrativi rilasciati da tutte le amministrazioni»<sup>53</sup>.

Si registra, tuttavia, un indirizzo di segno contrario secondo cui, pur muovendo dalla premessa secondo la quale il G.S.E. sia competente «ai soli fini della concessione di incentivazione, a valutare la sussistenza di tutti i requisiti di legge per l'erogazione delle tariffe incentivanti in quanto autorizzato dalla legge», si ritiene che «in questa competenza» rientri anche il potere di effettuare tutte le opportune ed adeguate verifiche, sia tecniche che amministrative, tese al controllo dell'idoneità del requisito del titolo edilizio<sup>54</sup>. In questo caso, ancora

---

<sup>51</sup> G. GIORDANO, *Il sindacato sui titoli autorizzativi: il potere del G.S.E. S.p.A. tra controllo formale e sostanziale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2019, 7.

<sup>52</sup> Cons. Stato, IV, 14 maggio 2018, n. 2859, par. 3.2., in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> TAR Lazio, Roma, III, 5 febbraio 2018, n.1392, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 2, I, p. 488. Cfr. anche Cons. Stato, IV, 15 ottobre 2020, n.6241 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): Il Consiglio di Stato ha individuato forme di discrezionalità tecnica nell'ambito di alcune fattispecie rispetto alle quali il G.S.E., nell'esercizio della funzione di controllo conferitale dal legislatore «non si limiti ad un'attività di accertamento bensì eserciti una forma di discrezionalità tecnica o, comunque, si trovi a dover contestualizzare le regole tecniche ed i parametri fissati dal legislatore». Ad esempio, l'esistenza di un'attività valutativa del G.S.E. è stata attestata nel diniego alla domanda di concessione della tariffa incentivante sulla base di una contestazione circa le modalità costruttive oltre che della struttura dell'edificio, sulla base di una determinazione del concetto di «edificio» che non si è limitata a richiamare il testo del d.p.r. n. 412/1993 ma ha invocato la «ratio

una volta, si assiste ad un tentativo di attenuazione della portata della concezione tradizionale della funzione delle tariffe incentivanti, subordinando in modo sempre più marcato l'interesse economico del privato ad ottenere l'incentivo pubblico alla tutela degli interessi coinvolgenti l'uso del territorio.

##### *5. Considerazioni conclusive*

Sotto tutti i profili esaminati, si pone una questione problematica di carattere sistematico. Perché un decreto ministeriale che regola il "regime di sostegno" si occupa di una "vicenda" che riguarda la materia edilizia? Ed invero, i due plessi disciplinari (norme edilizie e regime di sostegno) sono differenti non soltanto, come riscontrato dallo stesso giudice amministrativo, sotto il profilo della finalità, ma anche sotto il profilo dei presupposti, della *ratio*, dei soggetti coinvolti, dei procedimenti. Il primo incide sulla sfera della libertà economica del privato; il secondo, sulla sfera del governo del territorio; il primo vede come principale attore il G.S.E., il secondo, l'amministrazione locale dotata delle principali competenze in materia edilizia. Sotto il profilo procedurale, le due vicende trovano un fondamento in regole e meccanismi operativi diversi. Il procedimento finalizzato alla concessione della tariffa incentivante da parte del G.S.E. interviene "a valle" dell'applicazione del separato e non connesso *iter* di formazione del titolo abilitativo in materia edilizia. Ciascuno di questi regimi amministrativi trova fondamento in un compendio di norme specifico. Ciò tanto è vero che il d.lgs. n. 28/2011 si è occupato di entrambi i regimi in questione in sedi separate, distinguendo i contenuti del Titolo II, «Procedure amministrative, regolamentazioni e codici», da quelli del Titolo V, «regimi di sostegno»; gli altri interventi normativi dedicati ai benefici economici alle energie rinnovabili non si occupano del regime amministrativo per la realizzazione degli impianti di energia rinnovabile; viceversa, quelli che riguardano il regime amministrativo per la realizzazione degli impianti di energia rinnovabile, non riguardano il regime dei

---

del contesto normativo in cui tale concetto si inserisce», in rapporto agli "obiettivi primari delle politiche di incentivazione della produzione di energia elettrica". A questo proposito, il Consiglio di Stato ha specificato che «nell'ipotesi in cui venga in rilievo un margine, per così dire libero, di attività amministrativa, rappresentato dalla valutazione dei profili tecnico - giuridici della fattispecie di incentivazione, anche il G.S.E. deve sottostare alle regole che presidono all'esercizio del potere amministrativo discrezionale, ivi compresi i limiti che l'ordinamento pone alla rimozione di ufficio degli atti illegittimi».

benefici economici. Basti considerare che la più recente normativa che ha effettuato la ricognizione degli interventi edilizi e dei relativi regimi amministrativi, contenuta nel d.lgs. n. 222/2016 (c.d. Decreto Scia 2), Allegato A, Parte IV (edilizia), ha riservato uno spazio al regime amministrativo per la realizzazione di alcuni impianti di energia rinnovabile, ad esempio i pannelli fotovoltaici a servizio degli edifici (la cui realizzazione, a determinate condizioni, è stata riportata nell'alveo dell'attività di edilizia libera), ma non ha fatto alcun cenno al regime amministrativo delle tariffe incentivanti.

Questo aspetto meriterebbe maggiore attenzione: nell'ottica di una piena applicazione del principio di legalità, declinato nei corollari della certezza del diritto e della chiarezza delle norme, sarebbe stato preferibile che gli istituti che afferiscono alla materia edilizia fossero disciplinati nella loro sede "naturale"<sup>55</sup>.

Le osservazioni formulate hanno permesso di rilevare come, nella sede dell'ordinamento italiano, il sistema delle "tariffe incentivanti" se, da un lato, è stato concepito al fine di "abbattere" le barriere economiche all'ingresso del privato nel settore delle energie rinnovabili, dall'altro, in alcuni casi, ha determinato la realizzazione di barriere "procedurali" per il tramite dell'introduzione di meccanismi complessi di accesso al beneficio.

La previsione, contenuta nel d.m. del 2011, di una «dichiarazione della competente amministrazione comunale attestante che la d.i.a. costituisce titolo idoneo alla realizzazione dell'impianto», rappresenta un esempio emblematico di questa spiccata tendenza formalistica dell'ordinamento perché, a discapito dell'esigenza di speditezza e celerità che connotano la procedura di accesso al beneficio economico, introduce un meccanismo procedurale complesso, avente carattere di specialità rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che connotano l'istituto della d.i.a. Nella pronuncia in commento, il giudice amministrativo non ha avuto il coraggio di paralizzare questo peculiare meccanismo procedurale, ed ha, invece, preferito compiere il difficile sforzo di "mantenerlo in vita", forzando l'argomentazione a sostegno della sussistenza dei presupposti che ne determinerebbero la legittimità, in particolare, facendo leva su una presunta riemersione dell'interesse funzionale al governo del

---

<sup>55</sup> M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, p. 159, osserva come una cornice normativa composta, come auspicava già Rousseau, da «poche leggi, chiare e semplici e [...] ben rispettate» sia in grado di garantire la certezza del diritto e costituisce «un requisito indispensabile per promuovere le attività economiche».

territorio sul piano del procedimento per la concessione della tariffa incentivante. Questa tecnica argomentativa potrebbe destare preoccupazioni per l'avvenire: se il giudice amministrativo dovesse continuare a farne uso quando non del tutto necessaria, o comunque, come nel caso di specie, non giustificata, potrebbe accentuarsi, in modo ancor più evidente rispetto al passato, lo "smarrimento" di quella chiave semplificatoria che si rivela essenziale al buon funzionamento di un moderno regime di sostegno agli impianti di energia rinnovabile.

**ABSTRACT**

Laura Pergolizzi – *Concessione di incentivi agli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e governo del territorio. (Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13462)*

La sentenza in commento si occupa, tra i profili esaminati, della previsione, contenuta nel d.m. 15 maggio 2011, secondo la quale la richiesta della concessione della tariffa incentivante formulata dal soggetto responsabile dell'impianto fotovoltaico realizzato in base a d.i.a. deve essere corredata anche da una «dichiarazione della competente amministrazione comunale attestante che la d.i.a. costituisce titolo idoneo alla realizzazione dell'impianto».

Il giudice amministrativo riconosce la legittimità di tale previsione, sotto il profilo della compatibilità con il principio di non aggravamento e con le regole della semplificazione amministrativa, in particolare, quelle che disciplinano l'istituto della dichiarazione di inizio attività, facendo ricorso ad una prospettiva di tipo formalista, che sottende essere anche la più "garantista", fondata sulla riemersione, sul piano del procedimento per la concessione della tariffa incentivante, dell'interesse funzionale al governo del territorio. I diversi compendi argomentativi selezionati offrono lo spunto per riflettere sul bilanciamento tra diversi valori e interessi in un terreno, quale quello delle fonti energetiche rinnovabili, ove aneliti di liberalizzazione e semplificazione sono puntualmente messi in discussione.

**PAROLE-CHIAVE:** *Energie rinnovabili; impianto fotovoltaico; tariffe incentivanti; semplificazione amministrativa; governo del territorio.*

Laura Pergolizzi – *Granting of incentives to plants powered by renewable energy sources and governance of the territory. (Note of Regional Administrative Tribunal of Lazio, Rome, No 13462 of 14 December 2020).*

The ruling examined concerns, among the profiles analyzed, the provision of the ministerial decree on May 15, 2011, according to which the request of the "incentive tariff" made by the responsible for the photovoltaic



plant built on the basis of the “declaration to start work must also be accompanied by a declaration by the competent municipal administration certifying that the declaration to start work is suitable for the construction of the plant”.

The administrative court recognises the legality of that provision, from the point of view of compatibility with the principle of no aggravation of the administrative procedure and with the administrative simplification rules, in particular those governing the institution of the declaration to start work, using a formalist perspective, which is also the most “protective”, based on re-emergence, at the level of the procedure for granting the incentive tariff, of the functional interest in the governance of the territory. The various arguments selected offer an opportunity to reflect on the balance between different values and interests in a field, such as renewable energy sources, where liberalisation and simplification are regularly called into question.

**KEYWORDS:** *Renewable energy; photovoltaic plants; incentive rates; administrative simplification; government of the territory.*

## **OPINIONI E SEGNALAZIONI**

LEONARDO FABIO PASTORINO\*

*La evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: los estándares de la Corte IDH y las concordantes orientaciones de la CSJN a través del caso “Majul”\*\**

**SUMARIO:** 1. *Introducción. Cuestiones metodológicas.* – 1.1. *Diálogo de fuentes: derecho interno y Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* – 1.2. *Diálogo de fuentes: el triple conforme en casos ambientales que involucran derechos humanos.* – 2. *El caso “Majul”, síntesis.* – 3. *Los derechos ambientales colectivos y la compleja trama relacional que se da en los mismos.* – 4. *Relación de la causa con los derechos humanos.* – 5. *Estudios y evaluación de impacto ambiental.* – 5.1. *Prevención y obligaciones estatales.* – 5.2. *La importancia de evaluar alternativas.* – 5.3. *El carácter previo de los estudios.* – 5.4. *La contradicción inadmisibles entre la evaluación de impacto previo y las aprobaciones “condicionadas”.* – 5.5. *La ley general del ambiente y la exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.* – 6. *Acceso a la justicia, eficacia de procedimientos, debido proceso y preferencia del amparo como acción ambiental más idónea.* – 6.1. *Acceso a la justicia.* – 6.2. *Eficacia de procedimientos y la debilitación de la tutela sustancial a partir de un hoy exagerado y superpuesto menú de acciones.* – 6.3. *El amparo ambiental como vía privilegiada y más idónea.*

*1. Introducción. Cuestiones metodológicas*

El presente análisis se propuso verificar en un caso concreto el grado de correlación de la jurisprudencia argentina con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de evaluación del impacto ambiental considerando principalmente los estándares sustantivos hasta ahora identificados en la relación entre la protección del ambiente y el respeto a los

---

\* Professore ordinario di diritto agrario, Università di Verona. E-mail: [leonardofabio.pastorino@univr.it](mailto:leonardofabio.pastorino@univr.it)

\*\* El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto “Evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: estudio comparativo según estándares e indicadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (33620180101274CB) dirigido por la Prof. Doctora Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba, UNC - AR) y del proyecto “Derecho agrario, ambiental y del agua: respuestas en tiempos de cambio” (11/J169) dirigido hasta septiembre de 2021 por el autor en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP - AR).

derechos humanos y, en forma algo más tangencial, los estándares de procedimiento con ellos -y con el caso en análisis-conexos.

Se ha elegido un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia (CSJN) de entre los más recientes y más ricos en materia de principios de derecho ambiental y de correcciones a prácticas extendidas sobre incorrecta aplicación de normas vigentes en materia de evaluación de impacto ambiental. Se trata del caso “Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de amparo ambiental”<sup>1</sup>, caso que puede también señalar el culminar, aunque tal vez provisorio, de un recorrido jurisprudencial en el máximo tribunal argentino para la adopción de un enfoque ecosistémico del derecho, el fortalecimiento eficaz de la protección ambiental y del eje prevenir – cesar – recomponer y la enunciación pretoriana de los principios “*in dubio pro natura*” e “*in dubio pro aqua*”, recorrido que tiene faros fundamentales en las sentencias de autos “Mendoza”<sup>2</sup>; “La Pampa”<sup>3</sup> y “Majul”. Con mayor detalle y más citas a otros interesantes casos este recorrido fue reseñado recientemente por Alicia Morales Lamberti quien también abordó cómo se llegó a este reconocimiento a través de documentos internacionales (2020a y 2020b). Este desarrollo doctrinario que tiene el valor, precisamente, de mostrar la coherencia y evolución a partir de cada caso de las enseñanzas de la Corte Suprema argentina, más allá de muchísimos otros comentarios a sus sentencias por parte de muchos otros tantos autores de los más calificados en la doctrina ambiental del país, dimensiona el significado de los principios referidos.

Resulta importante señalar que esta evolución jurisprudencial del Máximo Tribunal cierra un recorrido y se orienta contundentemente hacia esta visión ecocéntrica. En *El daño al ambiente* (Pastorino, 2005), se demostró, a partir de los debates producidos en la Convención de 1994, que los constituyentes no se habían inclinado por una posición netamente antropocéntrica, como así sí concluyó otro autor en base a los proyectos presentados (Rabbi-Baldi Cabanillas, 1998), sino que habían dejado planteada tanto una visión más antropocéntrica en el primer párrafo del art. 41 y otra más ecocéntrica en el segundo párrafo de ese artículo, tal como lo sintetizara la

---

<sup>1</sup> CSJ 714/2016/RH1, sentencia del 11 de julio de 2019.

<sup>2</sup> M. 1569. XL. Originario. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo).

<sup>3</sup> CSJ 243/2014 (50-L) CS1. Originario. “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”.

convencional Vallejos. Se sostuvo que se trató de una solución transaccional que tal vez fue aceptada por todos los bloques a la espera de una maduración de las ideas en una época en que ya introducir la protección ambiental en la Constitución costaba. Un poco más adelante, la ley 25.675 postuló algunas cuestiones más claramente ecocéntricas como reconocer que sea intrínseco a la definición de la legislación ambiental la garantía de la dinámica de los sistemas ecológicos y mantener su capacidad de carga (art. 6) entre otras. Las sentencias antes mencionadas van, como se dijo, clarificando más esta posición y la consolidan como un meta objetivo de nuestro sistema jurídico.

La elección del caso “Majul” para este trabajo que intenta analizar en términos comparativos y también de adecuación la jurisprudencia interamericana con la nacional no se trata del análisis de un caso más, de una sentencia aislada, sino que se pueden calificar sus enseñanzas, a la luz de esa colocación evolutiva con sus precedentes, como verdadera doctrina judicial de nuestro máximo tribunal. A ello se suma la importancia didáctica y ejemplificadora del precedente de nuestra Corte Suprema, como en su momento lo tuvo el caso “Mendoza”, sentando interpretaciones, procedimientos y pautas de cómo aplicar las todavía escasas normas sustanciales y procesales para un derecho ambiental aún en formación. Pero todavía en forma más concreta y asertiva, la sentencia que será objeto de este trabajo deja sin efecto nada más ni nada menos que una sentencia del máximo tribunal de provincia, donde se reenvían los autos para que se dicte un nuevo pronunciamiento en base a la correcta aplicación del derecho en ella practicada con lo que también adopta un valor ejemplificador.

Siendo que también el proyecto de investigación que origina la presente labor tiene como objetivo específico identificar estándares e indicadores cualitativos de progreso, para medir la calidad y magnitud de los esfuerzos en las políticas, acciones, decisiones, planes o programas ambientales provinciales dirigidos a promover, proteger y garantizar los derechos ambientales sustantivos y procesales, en el comentario también se hará referencias a ciertas prácticas que la Corte señala como contrarias a derecho, pero que trascienden en su habitualidad el caso aislado que se analiza.

El análisis será realizado en base al concepto de diálogo de fuentes que a nivel nacional está fundado en los parámetros y jerarquización normativa a nivel constitucional y ratificado con la sanción del Código Civil y Comercial (CCC).

*1.1. Diálogo de fuentes: derecho interno y Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

En relación a la Constitución, es sabido que los tratados de derechos humanos enunciados en el art. 75 inc. 22, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos a los que el Congreso, con una mayoría especial decida dotar de rango supremo, tienen jerarquía constitucional. Bajo tal orientación, en primer lugar corresponde abordar la relación del caso planteado con los derechos humanos (en función de su valor paradigmático de impacto ambiental y social y en relación con aquellos) y la aplicación en el mismo de los estándares establecidos para esos supuestos.

Con esta jerarquización, se procura inscribir a nuestra Constitución en el proceso universal del derecho internacional de los derechos humanos, reforzando y mejorando la protección nacional de los derechos fundamentales al hacer explícito lo que antes no lo era, sin olvidar la valiosa función interpretativa que precursoramente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) había realizado muy tempranamente, en los casos “Kot” (*Fallos* 241:291) en 1958, y “Outon” (*Fallos* 267:215) en 1967, citando la Declaración Universal de Derechos Humanos (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicaceleaya, 2001).

A esa relevante novedad normativa introducida por la reforma constitucional de 1994 debe agregarse algo aún más importante; y es que esos instrumentos internacionales prevén órganos de fiscalización del cumplimiento -o incumplimiento- por parte de los estados de los compromisos internacionales asumidos a la hora de suscribirlos, aprobarlos y ratificarlos. Esos órganos -para el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)- son, además, intérprete autorizado de dichos tratados.

En concreto, la Corte IDH, ya sea a través de su competencia contenciosa (en el caso en que el Estado la haya aceptado voluntariamente) o consultiva (ejercida a solicitud de la CIDH o de un Estado), determina, en razón de ser la intérprete final de la CADH (artículo 62) la compatibilidad o incompatibilidad de todo el ordenamiento jurídico interno y de los actos de los

funcionarios estatales no sólo a dicha Convención, pero también a todo el resto de los instrumentos del *corpus iuris* interamericano (Nogueira Alcalá, 2012). Esto ha dado en llamarse control de convencionalidad, nombre dado por la Corte recientemente, pero que realiza –aún sin norma expresa- desde sus inicios como tribunal interamericano, en estrecha relación con el deber que tienen los Estados partes de la CADH de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella (artículo 1.1) y de adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2). Este control de convencionalidad se funda, además, en dos principios del derecho internacional: el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe, y la prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas, en conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Olano García, 2016).

En 2014, la propia Corte IDH advirtió que ese control debe hacerse además sobre la base de lo que ella señale también en ejercicio de su competencia no contenciosa –por medio de sus opiniones consultivas- (Opinión Consultiva 21/14, párr. 31).

En el orden interno, la Corte Suprema –aún antes de la última reforma constitucional- en 1992, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (*Fallos* 315:1492), aceptó que “debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”, citando para ello la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte IDH. Luego de la reforma, en el caso “Girolidi” (*Fallos* 318:514), dijo que la jerarquía constitucional de ese instrumento “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75 inc. 22, párr. 2 CN) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. En el caso “Bramajo” (*Fallos* 319:1840), sumó las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

### *1.2. Diálogo de fuentes: el triple conforme en casos ambientales que involucran derechos humanos*

Si bien el caso en cuestión no se resuelve en base al Código Civil y Comercial ya que no se trata de una relación meramente entre privados o por el

uso de derechos personales o reales reconocidos a través del mismo, vale la pena recordar que fue a partir de él que se comenzó a utilizar la expresión “diálogo de fuentes” en relación al derecho ambiental. Siguiendo la tradición del Código Civil que se planteó siempre como norma supletoria, de cierre u ordenadora de todo el sistema jurídico subconstitucional, el Código Civil y Comercial contiene específicas disposiciones ordenantes de los distintos sistemas normativos.

Por un lado, los artículos 1 y 2 reiteran la jerarquía de la fuente internacional en materia de derechos humanos y la importancia de las decisiones coherentes entre todas las fuentes del sistema. Por otro lado, los artículos 14, 240 y 241 jerarquizan los intereses colectivos, reconocen el microsistema de derecho administrativo ambiental, reconoce valores de orden público como la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros y ratifica la aplicabilidad directa en cualquier jurisdicción, de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental.

El aporte del Código Civil y Comercial, con estas pocas citas, fortalece la interpretación que ya ponía en el art. 41 el origen de un orden público ambiental fundado en el deber de preservar el ambiente que sería un deber que trasciende cualquier mandato normativo imponiendo una auto responsabilidad de los sujetos privados y estatales en el ejercicio de sus derechos propios e individuales cuando está comprometida la tutela ambiental (Pastorino, 2005), posición más claramente expuesta con el reconocimiento a dicho orden público ambiental por el artículo 3 de la ley general del ambiente, 25.675. Es así que, el Código Civil y Comercial, más allá de su ámbito preciso de actuación en el derecho privado, respecto a esta temática, trasciende el mismo y se enarbola con una pretensión sistémica. En definitiva, como entiende Morales Lamberti al enmarcar el proyecto de investigación en cuyo ámbito se desarrolla el presente análisis y valorizar las reglas impuestas por el Código, “el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, exige al intérprete la verificación de un doble conforme: por una parte, balancear su ‘compatibilidad’ con los derechos de incidencia colectiva; y por otra, a verificar su ‘conformidad’ al microsistema especial integrado por normas ambientales nacionales, provinciales y municipales dictadas en el interés público (art. 240 CCC)”. Proceso que se debe completar con la compatibilidad o un ‘tercer’



conforme, en su caso, con los estándares surgidos en el sistema de derechos humanos.

## *2. El caso "Majul", síntesis*

En el caso, el señor Julio José Majul, vecino de Gualeguaychú, en la provincia de Entre Ríos, interpuso acción de amparo ambiental colectivo contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, ubicado en la margen del río Gualeguaychú opuesta a su ciudad, y contra la empresa que estaba llevando adelante el proyecto inmobiliario "Amarras de Gualeguaychú" con el objeto de prevenir un daño inminente y grave "para toda la comunidad de las ciudades de Gualeguaychú y de Pueblo General Belgrano y las zonas aledañas" y para que cesen los perjuicios ya producidos y también se los repare. Posteriormente adhieren a la acción otros vecinos más; el actor amplía demanda contra la Provincia para que no autorice la obra y el juez de primera instancia llamó como tercero al Municipio de Gualeguaychú.

Al tiempo de la demanda, el actor alegó que los trabajos habían comenzado antes de contar con las autorizaciones necesarias, con desmonte y destrucción de montes nativos en zonas protegidas por ordenanzas municipales y levantado enormes diques y construido otros terraplenes con movimiento de suelo que podrían provocar inundaciones a los habitantes de las zonas costeras. También denunció la falta de un plan de tratamiento de los residuos domiciliarios y de los efluentes cloacales del barrio a erigirse. También indicó que el desarrollo urbanístico podría afectar el parque Unzué, una de las áreas declaradas protegidas, atento el tráfico que podría aumentar buscando conectar con Gualeguaychú, ciudad más populosa y que ofrece más comercios, servicios y posibilidades de empleo. En tales condiciones, invocó su carácter de afectado en los términos del art. 43 y precedentes 337:1361 y 332:111 ("Kersich" y "Halabi", respectivamente) en razón de estar en juego los derechos a gozar de un ambiente sano y equilibrado y de acceso al agua potable.

## *3. Los derechos ambientales colectivos y la compleja trama relacional que se da en los mismos*

Desde el tiempo previo a la reforma de la Constitución Nacional está en debate la naturaleza del derecho a reclamar por el cuidado del ambiente. En un

principio, se dio la discusión sobre si se trataba de un verdadero derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés difuso. Paradigmático el debate entre Cano y Marienhoff (1983). Pero aún entre la teoría que finalmente triunfó, la del derecho subjetivo, hubo y hay varias posiciones, a veces contradictorias entre sí o que sólo muestran una arista de un derecho mucho más complejo que aquellos derechos individuales tradicionales. Por un lado, las posiciones que buscan el reconocimiento de un derecho subjetivo en cada persona a vivir en un ambiente sano y equilibrado (al que también deberíamos acostumbrarnos a agregar su goce, disfrute y contemplación y a recibir los beneficios de una buena calidad de vida a partir de un ambiente que mantenga su grado natural de evolución y diversidad) y por otro lado los que sostienen que en realidad se trata de un derecho subjetivo pero del propio ambiente y sus elementos, teoría que por primera vez enunció, en 1974 el norteamericano Christopher Stone, en un artículo que luego fue publicado con otros temas de su autoría en un libro (Stone, 1996). Incluso, en una posición todavía más extrema de esta segunda, están quienes opinan que más que un derecho subjetivo de cada ser humano al ambiente, éstos deben ser considerados sujetos sólo a obligaciones que garanticen el derecho del propio ambiente (Bibiloni, 2005). Para los que sostienen que se trata de un derecho subjetivo de las personas humanas, también difiere el fundamento o categoría de este derecho. Al inicio se la admitió vinculada a otros derechos individuales como la salud o la propiedad. Otros lo vieron como un derecho de la personalidad, o como un derecho fundamental de la persona, o como un derecho humano. Las distintas posiciones fueron sintetizadas en *El daño al ambiente* (Pastorino, 2005). Finalmente, está la cuestión de si es un derecho de cada una de las personas, que lo pueden ejercer exclusiva y excluyentemente, o de todas las personas que lo deben compatibilizar o ejercer en forma concurrente. Es decir, si lo que se tiene es un derecho subjetivo individual exigible e irrenunciable o si el derecho es a la participación por la toma de decisiones sobre el ambiente pero con la limitante que ninguna persona, incluso las personas públicas estatales, pueden apropiarse y disponer *per se*, sobre este bien común. Este último aspecto es el que el citado caso Halabi busca comenzar a despejar. Sin embargo, vale también la pena observar, que el caso se refiere a otro tipo de derechos que pueden plantearse desde una perspectiva individual y también desde una perspectiva colectiva, como es el caso de un servicio público y de los derechos del consumidor, pero que no son exactamente equivalentes al derecho al ambiente que, por la

naturaleza del bien protegido y su relación con la existencia misma de la vida de cada ser vivo en el Planeta, pasa a tener una condición que le da especificidad respecto a los restantes derechos colectivos.

El punto de partida para resolver muchas de estas disyuntivas puede ser el de entender que, en muchos casos, no son tales y que el fenómeno ambiental puede dar lugar a todas ellas según el caso, la perspectiva desde dónde se lo encara o la pretensión que se busca lograr, partiendo del entendimiento que el fenómeno ambiental y las relaciones jurídicas que comporta, son por demás complejos. Tratando de aclarar con el texto constitucional, “todos” los habitantes puede referir a que cada uno de ellos tiene un derecho subjetivo a vivir en un ambiente sano y equilibrado y también que todos ellos tienen el derecho subjetivo colectivo a decidir cómo se logra mantener ese ambiente sano, en equilibrio pero también permitiendo las actividades productivas que satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Muchos de estos debates quedaron sin zanjarse en tanto surgían muchos de los textos normativos que todavía hoy nos rigen. Un ejemplo claro es el del término “afectado” en el art. 41 y en la ley general del ambiente y las distintas posturas que hubo para interpretar si era el afectado en su propio centro de intereses personales o era el afectado ante el incumplimiento de la desiderata constitucional de proteger el ambiente *per se* y así, por reflejo, para una mejor vida de la humanidad.

Esta mirada casi caleidoscópica del fenómeno ambiental es la que también explica las diferencias y, a la vez, intensas interrelaciones entre lo que llamamos daño a través del ambiente o daños ambientales personales o daños ambientales civiles y los daños al ambiente en sí mismo o daños ambientales colectivos. Muchas veces un mero impacto que el ambiente puede soportar es causa adecuada de un daño cierto y verificable en la salud o vida de las personas u otros seres vivos. Otras veces tenemos grandes daños a los ecosistemas y no por ello se verifica un daño civil.

A pesar de los grandes avances que en pocas décadas desde su irrupción impuso el derecho ambiental a las concepciones tradicionales del derecho, aún queda a veces a fuego y otras veces más solapadas, aquellas ideas clásicas del interés personal como base de la legitimación y la acción procesal. Todavía se mezclan en las demandas ambientales la pretensión de descontaminar un río con la calidad de vecino sufriente de algún daño. Aún esta calidad de vecino

enmarca una proximidad que justificara “un cierto interés” que no parece poder ser aún el interés puro y simple de la conservación del ambiente y más allá de tener que demostrar que, ciertamente, cualquier atentado a tal conservación pueda llevar a una vida individual de las actuales o futuras generaciones más degradada en su calidad.

Como reseñamos en la síntesis, en el caso “Majul” sigue habiendo un poco de esto. Es vecino del lugar, lo que parece legitimarlo, luego debe aclarar que actúa como “afectado”, reclama por posibles inundaciones que causen afectaciones personales y también por la calidad del agua que podría perder su condición de potable y, por ende, apta para el consumo humano. Ello a pesar que los daños concretos y a recomponer son los vinculados a la deforestación y afectación del bosque nativo, a los humedales que la Corte parece rescatar como un ambiente particularmente valioso y a proteger más allá que todavía no se cuenta con la ley de presupuestos mínimos de protección para ellos, los daños al ciclo hidrológico y las alteraciones en la llanura de inundación.

#### *4. Relación de la causa con los derechos humanos*

En este punto, es donde el caso además de ambiental aparece como un verdadero caso de derechos humanos.

Si recurrimos a la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora también la citaremos como OC 23), la que por el momento aparece como el primero y más ordenado texto de las consideraciones de la Corte IDH sobre derecho ambiental, surge un intento por relacionar las cuestiones ambientales y su potencialidad de afectar los derechos humanos, siempre que pongan en juego la vida o la integridad de las personas. Pero vale la pena señalar que este razonamiento es inducido por la propia consulta de Colombia que, en sus preguntas hace expresa mención a los arts. 4.1 (derecho a la vida) y 5.1 (derecho a la integridad personal), ante la ausencia de una previsión expresa del derecho al ambiente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello no obstante, la Corte IDH en su respuesta, también se va a referir al derecho al ambiente como derecho humano autónomo que, en vía evolutiva, aparece expresamente reconocido en el Protocolo Adicional a dicha Convención dedicado a los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador y firmado en 1988.

Por su propio ámbito de actuación en el campo de los derechos humanos, la Corte IDH plantea las intensas interrelaciones entre derechos humanos y protección al ambiente pero no subsume al derecho ambiental en los primeros, es decir que deja entrever que no toda causa ambiental va a estar vinculada a los mismos, así como tampoco es posible concluir que los regímenes especiales de protección ambiental extiendan por sí mismos la jurisdicción de los Estados Parte a efectos de sus obligaciones bajo la Convención Americana (párr. 93).

En su párrafo 41 recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos; reafirma la especificidad de los tratados de derechos humanos y recuerda que de ellos se derivan obligaciones estatales hacia los individuos bajo su jurisdicción. Y a ello agrega que también existe un extenso *corpus iuris* de derecho ambiental internacional pero que en ese ámbito normativo, si bien a la Corte IDH no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho ambiental, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana (párr. 44).

La OC 23, con extensas citas a antecedentes de derecho internacional fundamenta la existencia de un derecho al ambiente sano autónomo, es decir, sin necesidad de conexión con la vida o la salud de las personas humanas y, como se dijo antes, lo admite en los términos del artículo 11 del Protocolo de San Salvador que lo recepta en estos términos: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 11).

Para la Corte, el derecho al ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del ambiente, «tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte IDH advierte una tendencia a

reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales» (pár. 62). Con citas a la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de esa institución en Río de Janeiro del 26 al 29 de abril de 2016; sentencias de las cortes constitucionales de Colombia y Ecuador y las constituciones de Bolivia y Ecuador. Se puede leer un estudio más profundo de estos documentos internacionales en los escritos recientes de Alicia Morales Lamberti (2020).

Sin embargo, también recuerda que para la propia Corte IDH determinados proyectos o intervenciones en el medio ambiente en que se desarrollan las personas, pueden representar un riesgo a la vida y a la integridad personal de las personas (caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador y caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam). Ello así pues entiende que los daños ambientales (refiriéndose a aquellos que llamamos al ambiente en sí mismo, Pastorino, 2005) pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio aunque algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental. Así clasifica los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del ambiente, también identificados como derechos sustantivos (citando como ejemplos el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad) y aquellos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales o de procedimiento (párr. 64).

Con respecto a la vinculación con los derechos humanos a la vida y a la integridad personal, la Corte recordó que ya se ha referido al acceso y calidad del agua, alimentación y salud, los que, a su vez, están en íntima relación con el derecho al ambiente sano. También, en virtud de la transversalidad de los derechos humanos (Cenicacelaya, 2012), ha expresado que la calidad del agua, la salud y el acceso a los alimentos en forma adecuada son condiciones que impactan de manera aguda en el derecho a una existencia digna y a condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos. Finalmente, la Corte ha incluido la protección del medio ambiente (*sic*) como una condición para la vida digna (Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 163, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 187, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 172).

### *5. Estudios y evaluación de impacto ambiental*

El actor alega que si bien se realizó un estudio de impacto ambiental, no se cumplió con los presupuestos mínimos indicados en la Ley General del Ambiente, 25.675, que impone un procedimiento administrativo más complejo de evaluación con una decisión administrativa final que le dé conclusión, tal como se verá. Adujo que el "Plan de Manejo Ambiental" presentado por la empresa, reconoce la pérdida de cobertura vegetal, la alteración del comportamiento de los patrones de fauna, la afectación del paisaje y la modificación del cauce del río.

Por su parte, ya entrando en su análisis, es decir, luego de la reseña o resultandos del expediente, es la propia CSJN la que observa que en el mismo estudio existe información y conclusiones con un peso tal que lo invalidan y da por probado que en el caso se llevaron acciones para la construcción del barrio que dañaron el ambiente, las que, por su magnitud, ocasionarían impactos permanentes e irreversibles. En particular, la zona del emprendimiento estaría incluida en la "Reserva de los Pájaros y sus Pueblos Libres" creada formalmente por ley provincial 9718. También se remarca que el proyecto se realizará sobre una zona de humedales y que los movimientos del suelo, la construcción de talud vial y el relleno de celdas con material refulado, alterarían las cotas de la morfología original del terreno. Entrecomillado la CSJN remarca como dada por el propio estudio la conclusión que «se trata de impactos permanentes e irreversibles». Aún más impactante es la constatación que desde la presentación del estudio y antes de su aprobación, la empresa realizó trabajos de magnitud en el predio. Existieron otras denuncias previas de vecinos y también una presentación administrativa ante la Provincia, del propio Municipio de Gualeguaychú y se deja constancia de constataciones por la misma Provincia, incluso en el período en que una cautelar de primera instancia había suspendido la ejecución de las obras. Incluso, se cita que el Director de Desarrollo Sustentable de la Municipalidad de Gualeguaychú envió a la Secretaría de Ambiente Sustentable de la Provincia un acta de constatación y fotografías informando la ejecución de obras y movimientos de suelo a gran escala y que también presenta un informe donde se evidencian las graves transformaciones en el área en el transcurso del tiempo, acompañando fotos de 2004 que permiten comparar el deterioro. Finalmente, se hace mención a dos

oficios enviados por el Director de Hidráulica de la Provincia dirigidos a las secretarías de Ambiente y de la Producción en la esfera provincial, del que surgían afectaciones en el valle de inundación y que la construcción implicaría una sobreelevación del nivel del río en el tramo de aguas arriba de la obra que podrían causar inundación a la población.

A propósito, la OC 23 se refiere a las obligaciones estatales que se derivan de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos y trata la prevención, la precaución y la mitigación del daño, todas claramente vinculadas a la situación tratada en autos “Majul” y también el deber de cooperación entre los estados, que en este caso puede no tener directa aplicación.

#### *5.1. Prevención y obligaciones estatales*

Respecto a la prevención, ya sabemos que se trata de un principio configurativo de la especialidad del derecho ambiental y del fundamento de los institutos del estudio de impacto ambiental y de la evaluación de impacto ambiental (ver en *El daño al ambiente* los debates constitucionales, Pastorino, 2005) así como de los planes de contingencia y de las auditorías, entre tantos otros. No es la intención de este trabajo analizar las insuficiencias de la OC 23, pero no se puede dejar de mencionar la perplejidad que la misma deja al acotar el ámbito de aplicación de este principio al que llama obligación, sólo a los daños “significativos” (pár. 135), cuando es conocido ya por todos que también existen impactos acumulativos, históricos y combinados, que en sí mismos o individualmente pueden considerarse cada uno tolerable o absorbible por la capacidad de carga de los ecosistemas pero que, en su conjunto, pueden causar perjuicios de difícil recomposición o directamente irreversibles. También llama la atención que para la Corte IDH la obligación de prevención sea simplemente de medios y no de resultados (pár. 143).

En forma más detallada, la Corte entiende que para cumplir la obligación estatal de prevención, los estados deben regular, pero también supervisar y fiscalizar. En el caso que tratamos, respecto a la Evaluación de Impacto Ambiental existe regulación, pero evidentemente fue reprochable el proceso de fiscalización y supervisión, tanto en lo que hace al control del estudio como a las tareas de desmonte que, si bien se detectaron, no pudieron ser detenidas. La otra obligación claramente desarrollada en la OC 23 es la



obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, en el que nos detendremos más; el deber de establecer un plan de contingencia que no está mencionado en el fallo y, por ende, queda la duda si estuvo contemplado o no en el EIA y el deber de mitigar en casos de ocurrencia del daño ambiental, lo que constituye uno de los aspectos más sobresalientes del fallo que marca una guía de actuación judicial por demás plausible y efectiva.

La Corte Interamericana hasta el momento solo se ha pronunciado respecto a la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental respecto a actividades desarrolladas en territorio de comunidades indígenas (pár. 156). No obstante, advierte que la obligación existe también en relación con cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo (157). También se ha sostenido que al analizar un EIA los estados tienen que tener en cuenta sus compromisos internacionales y las posibles afectaciones a derechos humanos (Romero, 2019).

La primera observación que corresponde hacer es que la Corte Interamericana menciona la obligación de realizar un “Estudio de Impacto Ambiental” (EIA) y no, como surge de la ley general del ambiente, 25.675 y de la doctrina más reconocida, partiendo del recordado impulsor del derecho ambiental Ramón Martín Mateo (1992), un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental” (EvIA). Ello no obstante, los detalles con los que describe al EIA la OC 23 en cuanto a sus contenidos y buenas prácticas, no dejan dudas de que se trata de un estudio que debe pasar por un proceso de evaluación. Así, el párrafo 150 de la OC 23 expresa que: «esta regulación debería ser clara al menos sobre:

i) cuáles actividades propuestas e impactos deben ser examinados (áreas y aspectos cubiertos);

ii) cómo debe ser el procedimiento para realizar un estudio de impacto ambiental (requisitos y procedimientos);

iii) qué responsabilidades y deberes tienen las personas que proponen el proyecto, las autoridades competentes y los entes u órganos que toman las decisiones (responsabilidades y deberes);

iv) cómo se utilizará el proceso del estudio de impacto ambiental para aprobar las actividades propuestas (relación con la toma de decisiones); y

v) qué pasos y medidas deben adoptarse en caso que no se siga el procedimiento establecido para realizar el estudio de impacto ambiental o para

implementar los términos y condiciones de la aprobación (cumplimiento e implementación)».

También indica que los estudios deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto y hacerse “antes” de la realización de la actividad.

A partir del párrafo 163 la Corte enuncia otras condiciones que deben cumplir los EIA:

- a) ser previos;
- b) realizados por entidades independientes bajo la supervisión del Estado;
- c) abarcar el impacto acumulado;
- d) contemplar la participación ciudadana;
- e) respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y
- f) tener contenidos acordes a las circunstancias específicas de cada caso y el nivel de riesgo que implica la actividad propuesta, lo que debe determinarse para cada caso en la legislación.

### *5.2 La importancia de evaluar alternativas*

Otro aspecto significativo es que la OC 23 remarca la necesidad de que el estudio contemple alternativas. Al respecto, nuestra ley general del ambiente nada dice, pero se rescata el artículo 97 del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, ley 12.257, que exige expresamente describir y evaluar las distintas alternativas, su impacto positivo o negativo sobre el ambiente y su costo económico y luego describir detalladamente la alternativa elegida, fundamentando la selección y estableciendo las consecuencias adversas al ambiente y las propuestas para disminuirlas al mínimo posible.

### *5.3 El caracter previo de los estudios*

En este punto vale recordar que tanto los EIA como las EvIA son instrumentos especialmente contruidos en el ámbito del derecho ambiental e inspirados en la prevención y objetivo bien concreto de evitar toda alteración innecesaria ante la premisa general de evitar superar la capacidad de carga del ambiente y un estado de regresión ambiental y la idea de que el comportamiento del ambiente y sus reacciones a todos los impactos posibles está poco estudiada

pero se presume que en muchos casos no hay vuelta atrás y si la hay es a un estado de retroceso. No se trata de meras formalidades como en muchos casos se los usa y por involucrar derechos colectivos llama a la supervisión de autoridades y también de la comunidad. En consonancia se ha sostenido (Morales Lamberti, 1999) que la evaluación de impacto ambiental es tanto un proceso para predecir las clases de resultados reales y potenciales de las interacciones esperadas entre una nueva acción o proyecto y el ambiente donde se la planifica y un producto en tanto documento que contiene la información de soporte necesaria sobre el proyecto y el ambiente señalando los compromisos del proponente sobre medidas de mitigación y predicción de impactos efectuadas por profesionales calificados. Se trata de un proceso de estudio sistemático e interdisciplinario destinado a predecir (por ende previo) las consecuencias ambientales, estudio que responde a cánones que también deben exponerse ya que tanto el estudio como todo el proceso de evaluación y toma de decisión administrativa final debe ser susceptible de revisión bajo un test de razonabilidad.

La Corte IDH manifiesta que preferiblemente, los estudios de impacto ambiental deben comenzar antes que la ubicación y diseño de los proyectos estén decididas (pár. 162). Esto puede ser un principio importante a tener cuenta en especial para grandes obras. En nuestro país, los procesos de evaluación pueden tener que ver con radicaciones de industrias o emprendimientos inmobiliarios que, en muchos casos, se hacen donde el promotor ya tiene un derecho de propiedad sobre las tierras. Esto tiende a hacer forzar el resultado del Estudio porque termina condicionando la ejecución o no, pero también es justo plantearse si resulta racional llevar la recomendación a regla. Es también verdad que, por definición, si el emplazamiento no es idóneo, el procedimiento administrativo de toma de decisión debería denegar la autorización. A la vez, es también útil remarcar que el análisis de alternativas puede tener que ver con la traza o ubicación de un proyecto o actividad, pero también puede estar vinculada con diferentes alternativas del proyecto o desarrollo de las actividades en el mismo sitio.

Al referirse al carácter previo del EIA y relacionarlo con el caso “Majul”, lo que parecería ocioso tener que puntualizar, cobra relevancia. En el caso, según da cuenta la propia Corte Suprema, hay una serie de constataciones que acreditan obras realizadas previas a la autorización; anomalías de procedimiento; desconocimiento de informes presentados por oficio por parte

de otras áreas; ausencia de participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. No surge del caso y no se encontró, con algún mecanismo de acceso público facilitado, el propio EIA por lo que nada se puede decir sobre los procedimientos y variables tenidas en cuenta en el mismo, pero la Corte es concluyente al indicar que el mismo estudio daba cuenta de impactos irreversibles. Tampoco hay alguna noticia de que se hayan evaluado alternativas.

*5.4. La contradicción inadmisibile entre la evaluación de impacto previo y las aprobaciones “condicionadas”*

Es interesante rescatar que la misma Corte indica que el EIA fue aprobado tardíamente y “condicionado”. Esta práctica administrativa de emitir declaraciones de impacto ambiental (DIA) condicionadas, no es novedosa en la gestión ambiental local. A propósito, tengo presente por conocimiento directo que tanto la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires primero, como su reemplazante el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible después, han emitido muchos certificados de aptitud ambiental que, según la ley 11.459 vienen a ser el equivalente del acto administrativo que emite una DIA pero para la evaluación previa a la radicación de una industria, en forma condicionada y utilizando precisamente ese término. El condicionamiento suele deberse a verdaderas normas que falta cumplir o permisos (de vuelco, por ejemplo) que falta obtener. En muchos casos los condicionamientos para el funcionamiento son varios pero exigencias de casas matrices, de organismos de crédito u otras razones imponen la necesidad de contar con esta decisión.

En la causa “Fundación Ecosur”, la Cámara Contenciosoadministrativo de San Martín<sup>4</sup>, ya daba cuenta de certificados de este tipo el 7 de septiembre de 2001. Allí se dice que “por medio de la Resolución SPA 1510/01 el Secretario de Política Ambiental resolvió otorgar el certificado de aptitud ambiental a la firma Diacrom para el establecimiento industrial dedicado a cromado duro electrolítico (art. 1). En el art. 2 de la citada resolución se dispone que, sin perjuicio de todo otro requerimiento que en el marco de su autoridad ambiental

---

<sup>4</sup> Causa N° 928-SI, «Fundación Ecosur, Ecológica, Cultural y Educativa, desde los Pueblos del Sur c/ Municipalidad de Vicente López y otro s/Amparo», sentencia del 25 de julio de 2008, voto de la camarista Ana María Bezzi al que adhieren sus colegas.

le pudiera exigir, el funcionamiento del citado establecimiento quedaba condicionado al cumplimiento de los requisitos planteados por la Dirección de Impacto Ambiental, que constan en el Anexo I de la resolución, bajo apercibimiento de revocación del certificado de aptitud ambiental”. La lectura completa de la sentencia, de más de 90 páginas, da cuenta de las prácticas patológicas de las autoridades ambientales de la Provincia y del Municipio en el otorgamiento de sucesivos permisos aunque sean precarios para mantener el funcionamiento de la empresa, los que provenían incluso de tiempos anteriores a la ley 11.459.

Solo a fin de dar más indicios de que se trata de una práctica habitual, también se puede ver la decisión de la Corte Suprema en autos “Asociación Civil de Protección Ambiental del Río Paraná y otro c/Carboquímica del Paraná S. As y otro s/incidente de medida cautelar”, del 2 de julio de 2020 donde nuevamente se menciona un certificado de aptitud ambiental condicionado, esta vez otorgado por el Director Ejecutivo de Fiscalización Ambiental del OPDS. A partir de noticias periodísticas<sup>5</sup> se da cuenta que el certificado sería de agosto de 2017, 16 años del citado anteriormente.

#### *5.5 La ley general del ambiente y la exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental*

Vale la pena recordar las pocas pero precisas disposiciones que respecto a los EIA y a las EvIA disponen con carácter de norma de presupuestos mínimos de protección ambiental y por ende obligatorias para todo el territorio y todas las autoridades y a las cuales deben adecuarse las normas provinciales y municipales (art. 41 tercer párrafo de la CN y principio de congruencia, art. 4 de la ley 25.675). Esta ley impone la obligación de someter, con carácter «previo a su ejecución», a toda obra o actividad susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, «en forma significativa» a «un procedimiento de evaluación de impacto ambiental» (art. 11). Tal procedimiento inicia con una declaración jurada del promotor del proyecto donde se indique si el mismo puede afectar el ambiente y en base al cual las autoridades competentes deberán hacer una primera evaluación para

---

<sup>5</sup> <https://agenciatierraviva.com.ar/el-estado-complice-de-la-contaminacion-empresaria-causa-carboquimica/>

determinar si se debe o no presentar un estudio de impacto ambiental. La ley luego determina que, en consecuencia, deberán (se entiende que sigue refiriéndose a las autoridades competentes) realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo (no da margen a terceras hipótesis como que se apruebe bajo determinadas modificaciones o que se apruebe condicionado a cumplimientos que deberían ser previos) de los estudios presentados (art. 12). El artículo 13 menciona los requisitos mínimos que debe contar cualquier estudio de impacto ambiental, más allá que el artículo previo remite a leyes particulares que se suponen serán más específicas a cada actividad u obra a evaluar. Entre ellos se menciona la descripción detallada del proyecto, obra o actividad, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.

Como el Capítulo de la EIA en la ley termina ahí, parece que muchos promotores de actividades o autoridades no leen más allá y omiten el artículo 21 de la misma ley que, bajo el título de la Participación ciudadana reza que ésta «deberá asegurarse», frase por demás contundente y que no admite mayores interpretaciones o excepciones, «principalmente», «en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental» y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

De la sentencia “Majul” surge evidente que no se habilitó ninguna alternativa de participación ciudadana. Por el contrario, el propio Municipio de Gualeguaychú había solicitado en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto administrativo con el que se otorgó aptitud ambiental al barrio. Además, el juez de primera instancia había citado como tercero a la Municipalidad de San José de Gualeguaychú, por entender que también la obra podría afectar a su comunidad. Hubo también distintas denuncias de vecinos.

Uno de los aspectos más interesantes de la causa es que la misma se dirige a remediar los daños ya cometidos y así falla el juez de primera instancia y la Corte Suprema. Esto se corresponde también con los estándares de la Corte Interamericana que en su OC 23 enuncia el deber de mitigar en caso de ocurrencia del daño ambiental en el marco del deber más amplio de prevención. Vale la pena puntualizar esto último ya que si no estuviéramos en este marco de prevención, donde, como en el caso de autos “Majul”, el incumplimiento de los deberes de prevención llevan a la ocurrencia de daños concretos, el deber de

mitigar puede resultar insuficiente cuando se entiende que mitigar es algo menos que recomponer (Pastorino, 2005). En este aspecto, la Corte nacional va más allá de la mitigación y exige la recomposición, pero vale también la pena hacer la salvedad que la OC 23 se emite en el ámbito de una cuestión concreta de recursos naturales compartidos, es decir, en una cuestión de derecho internacional público y responde a cuestionamientos específicos realizados por Colombia en ese marco, más allá que la Corte Interamericana expresa que aprovechará la consulta para ir más allá y manifestar algunas consideraciones que trascienden dicho caso.

*6. Acceso a la justicia, eficacia de procedimientos, debido proceso y preferencia del amparo como acción ambiental más idónea*

La Opinión Consultiva 23 señala entre las obligaciones estatales de carácter instrumental o de procedimiento a efectos de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas en el marco de posibles daños al ambiente al acceso a la información; la participación pública y el acceso a la justicia. Si bien el primero de ellos es absolutamente esencial para poder llevar a cabo en los mejores términos posibles la participación, hemos visto que en la causa “Majul” no se trata de ese derecho sino y, fundamentalmente, del acceso a la justicia.

*6.1. Acceso a la justicia*

Sobre el acceso a la justicia, la Corte Interamericana entiende que constituye una norma imperativa del derecho internacional y que los estados se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, sustanciados de conformidad a las reglas del debido proceso legal. En relación con la protección ambiental, el párrafo 234 señala que el acceso a la justicia permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y sirve para remediar violaciones a los derechos humanos por incumplimiento a las mismas, incluyendo la reparación. También considera que este acceso a la justicia garantiza la plena realización de los otros dos derechos de procedimiento (información y participación pública o ciudadana).

El acceso a la justicia debe complementarse con la efectiva tutela judicial continua y efectiva a los derechos vulnerados. No basta acceder a la

jurisdicción sino que se lo hace para obtener una respuesta asertiva del poder judicial que resuelva el conflicto e interprete las normas sustanciales. En este punto la discusión procesal en torno a la vía elegida, cada vez más presente en la jurisprudencia ambiental como argucia procesal para no responder a la cuestión de fondo, parcialmente satisface el acceso pero incumple con la tutela judicial efectiva. Es el aporte más significativo de la Corte en este caso “Majul”, como lo ha hecho en muchos casos más, para hacer prevalecer tal efectividad de las decisiones judiciales y de las normas ambientales, a la vez de proteger los derechos sustanciales que pueden quedar desvalidos de respuesta por una maraña de interpretaciones y de normas.

En una primera instancia el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos declaró la nulidad de lo actuado por el juez de primera instancia por haberse dictado bajo una ley de amparo derogada, echando por la borda la tradición secular del amparo como garantía constitucional de origen pretoriano.

En una segunda sentencia el mismo Tribunal invalida la la resolución de grado desconociendo la procedencia del amparo por existir en curso un procedimiento administrativo solicitado por la Municipalidad de Gualaguaychú, pero que el mismo actor había mencionado. Rescató que en el ínterin, el Gobierno de Entre Ríos había suspendido la obra por decreto, acto que debe contar con presunción de legitimidad, sosteniendo que, en consecuencia, no habría peligro urgente que autorizara a obviar la vía administrativa ya iniciada.

La Corte Suprema, por el contrario, sostuvo que «el superior tribunal local, al rechazar la acción de amparo en razón de que existía ‘un reclamo reflejo’ deducido con anterioridad por la Municipalidad de Gualaguaychú en sede administrativa, omitió dar respuesta a planteos del actor conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados». Refuta la aludida coincidencia de pretensiones remarcando que en la causa judicial el actor pretendía también la reparación de los daños ya causados, además del cese de los impactos y la prevención vía rechazo de la obra. En sus palabras, la Corte expresa que «si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de



competencias (*Fallos* 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (*Fallos* 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros)».

Censuró, además, la Corte nacional al Tribunal provincial acusándolo de cometer un exceso ritual manifiesto y vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva. Para ello, también trajo a colación el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 -que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie- y recordó los principios por la misma Corte reconocidos, como *in dubio pro natura e in dubio pro aqua*.

#### *6.2. Eficacia de procedimientos y la debilitación de la tutela sustancial a partir de un hoy exagerado y superpuesto menú de acciones*

Resulta muy interesante al menos enunciar un problema procesal ambiental generado por el juego de acciones -específicas o no- por las que las cuestiones ambientales pueden acceder a la justicia. Requiere un tratamiento y debate más profundo que la especificidad del tema elegido no permite tratar de tal modo, a pesar de su clara correlación, pero como se dijo, vale la pena enunciar y dar algunas guías para tal profundización.

En 1994, con la reforma constitucional, se trató de aportar una solución a grandes dificultades que tenía el acceso a la justicia para la protección del ambiente en sí mismo. Las cuestiones vinculadas a daños en la salud y propiedad de los particulares y las molestias ocasionadas por la contaminación, ruido, u otras inmisiones, estaba ya prevista en el Código Civil. La Constitución reformada respondió con el artículo 41 poniendo fin al debate sobre si se trataba de un derecho subjetivo al ambiente o un mero interés o interés difuso o colectivo. El art. 43 consagró una vía específica para plantear los casos ambientales colectivos -junto a otros derechos de ese tipo de incidencia- en su segundo párrafo. Ese hito del derecho ambiental argentino unió la suerte de la eficacia y garantía del derecho sustancial a la acción de amparo ambiental colectiva pero, a la vez, generó un debate sobre si ese segundo párrafo del artículo 43 era una subespecie del género amparo y si para poder plantear el amparo colectivo debían darse todos los presupuestos de la acción de amparo general, enunciados en el primer párrafo y, entre ellos, «que no exista otro

remedio judicial más idóneo». A partir de ahí, la jurisprudencia ambiental argentina mostró que había muchas veces otros remedios judiciales más idóneos. También surgieron leyes específicas que plantearon acciones ambientales, como la ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires o luego la misma ley general del ambiente, 25.675 y por último otros cuerpos normativos como el Código Procesal Contencioso – Administrativo bonaerense que contiene distintas pretensiones y procesos por los que se puede llevar una cuestión ambiental. La gran apertura que la reforma constitucional generó en la jurisprudencia y legislación y la creación de esta cantidad de acciones, contiene también el riesgo de la banalización y el riesgo que se neutralice, entre tantas acciones, la eficacia del derecho.

### *6.3. El amparo ambiental como vía privilegiada y más idónea*

Sin embargo se ha abierto otra interpretación que intenta superar la idea de subordinación del amparo ambiental al amparo individual y evolucionar hacia su consideración como vía privilegiada para las cuestiones ambientales. En tal sentido, sin ánimo de exhaustividad, se ha manifestado la justicia federal cordobesa en la causa “Ulla” al decir que «la legislación ha dotado a esta acción de amparo especial, de características propias que importan un apartamiento de las reglas clásicas del amparo “común”»<sup>6</sup>.

En paralelo, otra jurisprudencia, invocando el acceso a la justicia y la necesidad de avanzar en el proceso para que el juez interprete con mayores elementos si corresponde el caso a su jurisdicción o si el caso entra dentro de la acción planteada, deniegan la posibilidad de rechazo *in limine* de la acción y hacen transitar causas sin una corrección por parte del juez del tipo de acción o procedimiento del caso y luego resultan sentencias, varios años posteriores al inicio de la causa, resueltas por error en la acción planteada o por no poderse acreditar algún presupuesto, verbigracia el daño actual o inminente. Ya en 2008, en el caso mencionado de la “Fundación Ecosur”, la cámara había señalado que en esa instancia constituiría un rigorismo formal manifiesto la exigencia de acudir a otras vías judiciales y desvirtuaría la finalidad de un adecuado servicio de justicia. Al solo efecto ejemplificativo de esta realidad, se vuelve a ver la

---

<sup>6</sup> CFACdba, Sala “A”, “Ulla, Laura y otros c/Fidela, Delia Ribas y Eduardo Ramon Ribas S.H y otro s/Amparo ambiental”, sentencia del 1 de abril de 2015.

misma situación en el caso “Cabaleiro”<sup>7</sup> donde finalmente, la SCBA aplicando el principio de precaución también a estos efectos, termina admitiendo la procedencia del amparo.

En el caso “Majul” la Corte, si bien considera los presupuestos del amparo tradicional, flexibiliza el análisis y aplica una interpretación que se orienta a entender al amparo ambiental como una acción especial, idónea por sí misma y privilegiada por el constituyente para planteos de derechos colectivos y que no se limita a aspectos preventivos, para oponerse a actos administrativos contrarios a la tutela ambiental o solicitar el cese de actividades perjudiciales.

#### CITAS

BIBILONI, Héctor (2005). *El proceso ambiental*, LexisNexis, Buenos Aires.

CANO, Guillermo (1983a). “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, LL 1983-D-568.

- (1983b). “Acerca de la acción popular y otros temas del derecho ambiental”, ED 151-673.

CENICACELAYA, María de las Nieves (2012). *El derecho al agua. Un derecho humano transversal*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires.

MARIENHOFF, Miguel (1983a). “Delfines y toninas y acción popular”, ED 105-245.

- (1983b). “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”, ED 106-923.

MARTÍN MATEO, Ramón (1992). *Tratado de derecho ambiental*, vol. II, Trivium, Madrid.

MORALES LAMBERTI, Alicia (1999). *Derecho ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental*, Alveroni, Córdoba.

- (2020a). “Justicia hídrica ambiental. Doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia”, JA. II, fasc. 13, p. 9.

- (2020b). “La aplicación de los principios emergentes *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* en la doctrina judicial de la Corte Surpema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas”, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, N° 64, oct – dic.

---

<sup>7</sup> SCBA, causa C. 117.088 "Cabaleiro, Luis Fernando contra Papel Prensa S.A. Amparo", sentencia del 11 de febrero de 2016.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2016). “Teoría del control de convencionalidad” en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 14, N° 1 65, Universidad de Talca.

PASTORINO, Leonardo (2005). *El daño al ambiente*, LexisNexis, Buenos Aires.

QUIROGA Lavié, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2001). *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (1998). “Génesis y sentido del art. 41 de la Constitución Nacional” en JA 1998-IV-1020.

ROMERO, Roxana (2019). “Algunos aspectos destacables de la visión holística de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos expresados en la OC 23/17” en Albarenga et al, *El derecho ambiental en la sustentabilidad del desarrollo local*, Fundación Ambiente y Desarrollo Sustentable, Corrientes.

STONE, Christopher (1996). *Should trees have standing? And other essays on law, morals and the environment*, Oceana Publications, New York.

**ABSTRACT**

Leonardo Fabio Pastorino – *La evaluación de impacto ambiental y social en los derechos humanos: los estándares de la Corte IDH y las concordantes orientaciones de la CSJN a través del caso “Majul”*

El presente trabajo busca verificar en un caso concreto (“Majul”) el grado de correlación de la jurisprudencia argentina con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de evaluación del impacto ambiental considerando principalmente los estándares sustantivos hasta ahora identificados en la relación entre la protección del ambiente y el respeto a los derechos humanos y, en forma algo más tangencial, los estándares de procedimiento con ellos -y con el caso en análisis- conexos.

Se analiza el valor de la fuente internacional, especialmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; se considera la OC 23 de la Corte IDH y su jurisprudencia en materia ambiental; se puntualiza sobre aspectos concordantes entre la OC 23 y la sentencia del caso Majul a la vez que se señalan algunas deficiencias de política y aplicación de las normas ambientales. En especial se aborda la compleja relación jurídica al interior de las cuestiones ambientales y entre derecho ambiental y derechos humanos; la caracterización de la evaluación de impacto ambiental y su necesario carácter previo y el acceso a la justicia y la eficacia de la acción de amparo ante la violación de derechos ambientales.

**PALABRAS CLAVES:** *Evaluación de impacto ambiental; estándares ambientales; derechos humanos; acceso a la justicia.*

Leonardo Fabio Pastorino – *The environmental and social impact assessment on the human rights: the standards of the I/A Court HR and the concordant guidelines of the CSJN through the “Majul” case*

This work seeks to verify, in a specific case (“Majul”), the degree of correlation of Argentine jurisprudence with the standards of the Inter-American Human Rights System in matters of environmental impact assessment, considering mainly the substantive standards identified so far in

the relationship between the protection of the environment and respect for human rights and, somewhat more tangentially, the procedural standards related to them -and to the case under analysis.

The value of the international source is analyzed, especially the Inter-American Human Rights System, considering the Advisory Opinion OC 23 of the Inter-American Court and its jurisprudence on environmental matters. In particular, the concordant aspects between Advisory Opinion OC 23 and the judgment in the Majul case are specified, while pointing out some deficiencies in the policy and application of environmental regulations. The complex legal relationship within environmental issues and between environmental law and human rights is addressed, as well as the characterization of the environmental impact assessment and its necessary prior character, and the access to justice and the effectiveness of the *amparo* action against the violation of environmental rights.

**KEYWORDS:** *Environmental impact assessment; environmental standards; human rights; access to justice.*

**ELISA FIORINI BECKHAUSER\***

*A metamorfose do Direito frente à mudança climática e a contribuição da dimensão ecológica dos direitos humanos*

**SÚMARIO:** 1. *A mudança climática como um fator de metamorfose do Direito* – 2. *O perfil do Direito frente à mudança do clima: uma perspectiva ecologizada* – 3. *A ecologização das categorias jurídicas no contexto de mudança do clima* – 4. *A ecologização dos Direitos Humanos: a tutela indissociável dos sistemas naturais e humanos* – 4.1 *O diálogo entre a proteção ambiental e os direitos humanos* – 4.2 *A ecologização dos direitos humanos: aspectos centrais* – 5. *Conclusão*

*1. A mudança climática como fator de metamorfose do Direito*

O termo *metamorfose*, na obra de Ulrich Beck<sup>1</sup>, sinaliza um momento de transformação radical em que as certezas da sociedade moderna ruem e emergem novas estruturas a partir da convulsão do presente. A mudança climática altera a lógica de pensar os desafios sociais e o tempo para reagir a eles, pois cria impasses inéditos que extrapolam limites geográficos nacionais, e abre espaço a horizontes normativos e panoramas universais. Assim, o fenômeno climático, de origem eminentemente antropogênica e consequências que se projetam no espaço e se estratificam a longo prazo no tempo, é hoje um agente de metamorfose.

Na Época do Antropoceno, a mudança do clima escancara problemas estruturais do capitalismo industrial organizado através do Estado-nação e ameaça objetivamente a existência humana nos moldes conhecidos até então. A sociedade industrial nacionalmente organizada se metamorfoseia em uma sociedade de risco mundial desconhecida, que maneja riscos globais gerados

---

\* Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, e advogada credenciada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC). Integrante da LACLIMA (Latin American Climate Lawyers Initiative for Mobilizing Action), da MOVE-LAM (Latin American Observatory on Human Mobility, Climate Change and Disasters). Colaboradora da Rede Harmony with Nature (HwN) da Organização das Nações Unidas (ONU) na categoria Young Professional em Earth-centered Law. E-mail address: [elisafbeckhauser@hotmail.com](mailto:elisafbeckhauser@hotmail.com).

<sup>1</sup> U. BECK, *A metamorfose do mundo*. Tradução: Pedro Duarte. Polity Press Ltd, Cambridge, 2017, p. 54.

pela humanidade<sup>2</sup>, mas que não podem ser por ela controlados. Assim, a mudança climática é um *ponto de ruptura* que potencializa riscos e incertezas globais, e altera as estruturas sociais de modo a originar «novas formas de poder, de desigualdade e insegurança, bem como a novas formas de cooperação e solidariedade entre as fronteiras»<sup>3</sup>. Em virtude da sua característica global e transfronteiriça, a mudança climática fomenta, em vez da soberania, a interdependência entre as nações de um mundo em risco.

O momento ligeiramente anterior à catástrofe pode gerar um impulso para o agir coletivo que transforma o *status quo*, o que Beck denomina de *efeitos secundários positivos* advindos da crise<sup>4</sup>. Em termos práticos, esse processo exige: (i) a alteração dos horizontes sociais rumo a um panorama cosmopolita de ações e (ii) o fim da dualidade natureza-sociedade. Tais processos ocorrem por meio da *societalização* da destruição da natureza, ou seja, quando as agressões aos ecossistemas e aos entes naturais passam a ser, também, contradições sociais e conflitos político-econômicos.

A mudança climática lança luz na estrutura de poder que faz uma distinção fundamental entre os grupos que criam os riscos e aqueles que sofrem os danos: os *decision-makers*, em regra, não são responsáveis a partir da perspectiva dos afetados, enquanto estes possuem poucas condições materiais de acessar os processos de decisão. Seguindo a dinâmica dos esquemas imperialistas, o acesso ao poder e as consequências dele são atribuídos a grupos completamente distintos<sup>5</sup>. Por isso, endereçar a crise climática requer «in addition to rethinking new configurations of responsibility, also the 'response-ability'», que socialmente significa a habilidade de integrar os interesses dos segmentos populacionais em situação de vulnerabilidade<sup>6</sup>.

Neste cenário, é papel do direito alterar a lógica tradicional de estruturação *top-down* com normas fragmentadas e objetivos de curto prazo. É preciso endereçar uma cooperação cosmopolita de decisões coletivas e vinculantes, ao que Ulrich Beck menciona que se devem considerar as *ciudades*

---

<sup>2</sup> Aqui, leia-se pelo sistema econômico capitalista de produção e consumo que é gerido pelas classes de poder. [complementar]

<sup>3</sup> Ibid., p. 54.

<sup>4</sup> Ibid., p. 60.

<sup>5</sup> Ibid., p. 55-56.

<sup>6</sup> U. BAXI, *Towards a climate change justice theory?* *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 7 No. 1, March 2016, p. 7-31.



*mundiais* como agentes jurídicos transnacionais de vozes organizadas, pois é nesses espaços que a mudança climática demonstra visivelmente seus efeitos<sup>7</sup>.

Para além de um fenômeno bioquímico do planeta, a mudança climática implica a reforma dos modelos de pensamento, estilos de vida, consumo, legislação, economia, política e até ciência, justamente por refletir erros cruciais no uso dos recursos naturais e no modelo de crescimento econômico infinito adotado na modernidade. Com isso, o autor apresenta a categoria do *catastrofismo emancipatório*, circunstância temporal-decisória em que se produzem horizontes normativos de bens comuns e se substitui o panorama nacional pelo cosmopolita<sup>8</sup>.

A metamorfose, portanto, pode se desenvolver através de três lentes: a violação crítica à norma, considerando que a antecipação da catástrofe global viola normas da existência humana e da civilização; a violação de valores que causa um choque antropológico<sup>9</sup>; e a catarse social. Neste sentido, o risco climático pode, por via tangente, mobilizar um trabalho cultural ativo e uma política de cooperação que criem entendimentos comuns (de todas as nações), a fim de que o confronto entre as instituições jurídicas, da política e dos novos horizontes normativos produzam um processo não linear e permanente de reforma<sup>10</sup>.

Uma característica de potencial transformação da mudança climática reside no fato de que os traumas experimentados socialmente a partir de seus impactos podem conduzir à emergência de novos horizontes normativos que associam pautas antes tratadas separadamente. É justamente no momento em que o passado se reproblematisa por condicionar e estar contido no futuro ameaçador que ocorre a metamorfose: normas e imperativos que guiavam o direito requerem ideias alternativas, mas ainda contam com uma bússola que aponta para um caminho, em alguma medida, incerto<sup>11</sup>.

Para que a catástrofe dê asas à emancipação, é preciso que as tragédias e os riscos sejam percebidos a partir de uma comunicação global, sem a separação nacional dos desastres que as faz parecer parciais ou locais, pois são mundiais.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 63.

<sup>8</sup> Ibid., p. 148.

<sup>9</sup> Ulrich Beck, na obra (p. 156) define o choque antropológico como a ocorrência de acontecimentos terríveis que deixam marcas capazes de mudar o futuro de maneira fundamental e irrevogável, dando origem a uma nova maneira de ver o mundo.

<sup>10</sup> Ibid., p. 150.

<sup>11</sup> Ibid., p. 159.

Entretanto, os efeitos transversais de eventos como a alteração do clima não são plenamente regulados pela estrutura tradicional do direito. Justamente por isso, eventos catastróficos tornam urgente uma nova operação sobre estruturas que antes pareciam imutáveis. No caso da mudança climática, percebe-se que esforços de países isoladamente não são suficientes, e por isso devem-se adotar medidas globais de cooperação internacional entre as nações.

Em síntese, a mudança climática impõe a busca por um novo horizonte normativo de inclusão, capaz de transformar a lei e abandonar a ideologia neoliberal para praticar novas formas de responsabilidade transnacional. O cuidado com o clima traz uma orientação para o futuro: alteração de estilos de vida e padrões de consumo voltados para a proteção da natureza. Nesta linha, a metamorfose da função, dos institutos e das categorias do direito é um movimento fundamental para garantir a regulação integral das atividades antropogênicas na trilha da sustentabilidade e do enfrentamento da mudança do clima, contornos que serão delineados a seguir.

## *2. O perfil do Direito diante da mudança do clima: uma perspectiva ecologizada*

O regime jurídico-legislativo dominante opera centrado no ser humano e seus dispositivos se organizam em uma escala temporal artificial de curto prazo. Esta estrutura se retroalimenta com o modelo neoliberal de crescimento exponencial dos níveis de produção e consumo, impulsionando o desenvolvimento socioeconômico dos segmentos de poder e reduzindo a natureza a um objeto-propriedade<sup>12</sup>.

As sociedades contemporâneas estão imersas em um «gigantesco experimento sem controle», em que os processos naturais e sociais se articulam de maneira sem precedentes, gerando dinâmicas e sinergias que ameaçam a espécie humana, o equilíbrio planetário e a vida *lato sensu*<sup>13</sup>.

Em termos físico-químicos, a mudança climática é um fenômeno causal de operação não estática ou programática e de interações caóticas, motivo pela

---

<sup>12</sup> S. ADELMAN, *The sustainable development goals, anthropocentrism and neoliberalism*, in D. FRENCH-L. KOTZÉ (Eds.). *Sustainable Development Global Goals: Law, Theory and Implementation*. 2018. Edward Elgar, Cheltenham, p. 15-40.

<sup>13</sup> M. NEILL, 2000 *apud* V. M. TOLEDO. *El metabolismo social: una nueva teoría socioecológica*. Relaciones 136, otoño 2013, p. 41-47, ISSN 0185-3929.

qual as ações hodiernas se projetam para o futuro com um agravamento não apenas linear, mas exponencial, vez que as consequências se estratificam no tempo. Por isso, as escolhas equivocadas das gerações atuais intensificam os efeitos da mudança do clima e elevam os gastos de mitigação e adaptação nas próximas décadas<sup>14</sup>.

Historicamente, o direito funcionou como uma ferramenta de perpetuação dos interesses econômicos e de agravamento da crise ecológica<sup>15</sup> ao lado do positivismo científico e da lógica econômica reducionista, que em vez de reproduzirem o funcionamento dos sistemas naturais na lei, legitimaram a uma ideologia da acumulação de curto prazo<sup>16</sup>.

O momento de ruptura exige repensar a relação histórica entre direito, política e desenvolvimento do sistema energético do planeta. Cabe à ciência jurídica a tarefa de regular as interações humanas com o planeta em meio à Época geológica radicalmente caracterizada pela interferência humana no meio, e para isso os sistemas jurídicos devem incorporar informações do cenário científico-natural e energético-econômico<sup>17</sup>. Nessa fase, o direito busca solucionar os desafios normativos de um sistema terrestre em constante mudança, a partir de regulamentações socioecológicas globais ligadas ao Antropoceno e de demandas epistemológicas a ele associadas. Esse endereçamento se subdivide em duas abordagens: (i) descritiva, quando o direito abarca os aspectos jurídicos da governança do sistema terrestre, e (ii) prescritivo, ao se alinhar com as demandas do Antropoceno no sentido de tornar a lei capaz de responder aos desafios interconectados e complexos desse sistema<sup>18</sup>.

Will Steffen et al. sublinha que o desafio climático no Antropoceno se estabelece em um paradigma de sistemas socioecológicos planetários integrados

---

<sup>14</sup> U. BAXI, *Towards a climate change justice theory?* *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 7 No. 1, March 2016, p. 7–31.

<sup>15</sup> M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC: Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 2/2018, publicado em: 05 abr 2018, p. 1-74. Disponível em: <<https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-monteduro/le-decisioni-amministrative-nell-era-della-recessione-ecologica>>. Acesso em: 19 dez 2019.

<sup>16</sup> F. CAPRA-U. MATTEI, *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 61.

<sup>17</sup> M. CARDUCCI, *Insegnare l'emergenza climatica*, p. 6. Material não publicado.

<sup>18</sup> L. KOTZÈ-R. KIM, *Earth system law: the juridical dimensions of earth system governance*, in *Earth System Governance Journal*. 2019. <https://doi.org/10.1016/j.esg.2019.100003>.

e por isso exige ações em escala global, com perfis policêntricos e multiníveis, e não centralizados ou hierarquizados. O protagonismo da gestão do sistema natural que dá suporte à vida deve se alicerçar no conhecimento científico sobre os limites do sistema terrestre, direcionando esforços para o uso racional de recursos e para a transformação dos sistemas agrícolas e energético<sup>19</sup>.

Louis Kotzé ensina que a resposta à crise ecológica envolve a transformação de pessoas e de interesses econômicos, sociais e institucionais. Reconhecendo que apesar da necessidade de soluções tecnológicas, as decisões fundamentais acerca do ambiente vão refletir, em última análise, os compromissos éticos assumidos com os seres humanos e o mundo natural. Por isso, propõe uma intervenção socioinstitucional, com uso de tecnologias sofisticadas, para responder aos desafios do Antropoceno<sup>20</sup>.

Neste novo contexto, o direito deve se desprender da categoria protetiva centrada eminentemente nos direitos individuais, posto que a catástrofe climática afeta o papel da humanidade na condição de *espécie* na Terra, isto é, uma comunidade em interação com o meio. A sustentabilidade exige que os seres humanos definam seu papel conjunto no mundo na condição de espécie, e não de indivíduos particulares com interesses privados. A comunidade humana deve garantir que estilos de vida, atividades econômicas e estruturas físico-tecnológicas preservem a capacidade da natureza de sustentar a vida, ou seja, estejam circunscritos aos limites biofísicos do planeta. Isso implica repensar as normas a partir de princípios organizacionais ecológicos, preterindo o desenvolvimento econômico e a vantagem competitiva a fim de resguardar a sobrevivência de toda a rede de vida a longo prazo, em suma, corresponde à revolução ecojurídica<sup>21</sup>.

Iniciativas de *ecologizar* o direito têm surgido ao redor do mundo, com princípios, categorias e noções voltados à integridade ecológica, ao valor intrínseco dos seres não humanos e aos direitos da natureza. Esse modelo alternativo e ecologizado confere aos ecossistemas o foco regulatório fundamental da lei, que abandona a temporalidade unidimensional e se

---

<sup>19</sup> W. STEFFEN, ET AL., *The Anthropocene: from global change to planetary stewardship*, in *Ambio*, Vol. 40, 2011, p. 742.

<sup>20</sup> L. KOTZÉ, *Rethinking global environmental law and governance in the Anthropocene*, in *Journal of Energy & nature resources law*, v. 32, p. 121-156.

<sup>21</sup> F. CAPRA-U. MATTEI, *op. cit.*, p. 249.

engendra em escalas de tempo ecológicas, viabilizando a restauração da integridade dos sistemas que viabilizam a vida na Terra<sup>22</sup>.

Fritjof Capra e Ugo Mattei sinalizam que o preceito fundamental a ser assimilado é o de que «a sustentabilidade não é uma propriedade individual, mas uma propriedade de toda a rede de relações, e sempre diz respeito a toda uma comunidade – que interage com outras»<sup>23</sup>. A interpretação das legislações humanas como manifestações de uma ordem relacional em que o indivíduo estabelece conexões sinérgicas com outros habitantes da comunidade planetária cria a ideia de poderes, direitos e deveres comuns a todos, para além da esfera humana. Isso rompe com o paradigma de objetificação da natureza e reconhece nexos biológicos e sistêmicos que unem a humanidade ao planeta:

«se evidenció la necesidad de acercar nuevamente la humanidad a su entorno natural, de forma que nos reconozcamos huéspedes de una casa común y que valoremos los nexos biológicos y espirituales que nos unen con la naturaleza. Es decir, redescubrir el desarrollo desde una perspectiva de armonía que implica importantes responsabilidades individuales y colectivas. El nuevo modelo sería equidistante entre sociedad, estado, mercado y naturaleza»<sup>24</sup>.

A complementaridade dos valores atribuídos à natureza na construção de uma racionalidade ambiental exige novas abordagens que integrem as condições de sustentabilidade ecológica e os significados da natureza construídos a partir da cultura nos direitos comunitários e ambientais. Neste sentido, a racionalidade ambiental se orienta por um viés ecológico, democrático e sustentável, cujas bases produtivas se sustentem na entropia e na complexidade ambiental, e conectam saberes coletivos às condições reais de sustentabilidade ecológica<sup>25</sup>.

No que concerne à nova racionalidade, Fritjof Capra explica que a abordagem científica para o estudo da ecologia deve examinar os sistemas vivos

---

<sup>22</sup> K. BOSSELMANN, *Shifting the legal paradigm: earth-centered law and governance*, in P. MAGALHÃES-W. STEFFEN-K. BOSSELMANN-A. ARAGÃO-V. MARQUES (Eds.). *The Safe Operating Space Treaty: A New Approach to Managing Our Use of the Earth System*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, pp. 64-82.

<sup>23</sup> F. CAPRA-U. MATTEI, *op cit.*, p. 250.

<sup>24</sup> M. A. BRAVO-M. C. SALAZAR, *La iniciativa Yasuni-itt como materialización de los derechos de la naturaleza*, in C. E. GALLEGOS-ANDA-C. P. FERNANDEZ (ed.). *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011. p. 211-212.

<sup>25</sup> E. LEFF, *Racionalidad Ambiental: la reapropiación social de la naturaleza*. 1ª ed, 2004, 9, p. 35-36.

e interconectados, cujas propriedades não podem ser reduzidas às partes fragmentadas, pois o todo é diferente da simples soma das partes<sup>26</sup>.

Contudo, a principal dificuldade que encontra o sistema jurídico hoje não é necessariamente afirmar que as atuais gerações devem convergir seus atos para a proteção e resguardo dos direitos das gerações futuras, mas demonstrar como assegurar e cumprir esse dever de acordo com a estrutura posta<sup>27</sup>. Em razão disso, a abertura de espaços para discussões sobre novas configurações de sociabilidade, a criação de instrumentos jurídicos que contemplem medidas de gerenciamento preventivo e de governança dos riscos se torna um papel fundamental do direito no Antropoceno<sup>28</sup>.

Klaus Bosselmann alerta para a importância de um desenvolvimento legislativo orientado para a proteção ambiental, pois a lei pode tanto fomentar o *status quo* quanto ser um instrumento de impulso para a mudança<sup>29</sup>. Com efeito, o aparato jurídico deve se organizar para manter as atividades antropogênicas no espaço seguro em que a humanidade pode se desenvolver. Isto significa que a lei deve estar em consonância com os limites físicos da biosfera, delimitando a intervenção humana de acordo com as características biogeofísicas de um planeta finito e que independem da pressão econômica ou da vontade política. A conformação dos contornos legais à capacidade do ecossistema é, portanto, é fundamental para garantir a preservação dos limites naturais do planeta<sup>30</sup>.

Para sobreviver na Época do Antropoceno, a humanidade deve assumir sua condição *transitória* na Terra, conformando suas atividades aos limites intransponíveis e preservando a herança cultural coletiva. Com isso, promovem-se alterações profundas nas estruturas sociais, com o abandono do modo privado de vida e suas concepções de identidade, liberdade e progresso<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> F. CAPRA, *Alfabetização ecológica: o desafio para a educação do século 21*, in A. TRIGUEIRO (Coord), *Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*, Rio de Janeiro: Sexante, 2003, p. 21.

<sup>27</sup> U. BAXI, *op. cit.*, p. 7–31.

<sup>28</sup> G. P. BELCHIOR, *Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, p. 43.

<sup>29</sup> K. BOSSELMANN, *Grounding the rule of law*, in C. VOIGT, *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013, p. 76.

<sup>30</sup> M. MONTEDURO, *op. cit.* p. 1-74.

<sup>31</sup> D. JAMIESON, *Reason in a Dark Time: Why the Struggle against Climate Change Failed—and What It Means for Our future*, Oxford: Oxford University Press, 2014, 3 *apud* J. WAINWRIGHT—G. MANN, *Climate Leviathan: a political theory of our planetary future*, Editora Verso, London, New York, 2018. ISBN-13: 978-1-78663-429-0, p. 20.

Apresentadas algumas nuances acerca da metamorfose do direito e releituras fundamentais para um perfil ecologizado, os próximos tópicos delineiam propostas transformativas rumo a uma legislação reguladora das ações antrópicas de acordo com as características do sistema terrestre e dos ecossistemas naturais. Nesta direção, cabe ao direito abandonar a postura *antinatural* que endossa necessidades materiais artificialmente incutidas no imaginário coletivo e que manipulam os ciclos energéticos da natureza,<sup>32</sup> passando a atender novas demandas socioecológicas com foco nas ameaças emergentes da mudança climática.

### 3. A ecologização das categorias jurídicas no contexto de mudança do clima

A principiologia do ordenamento jurídico é peça fundamental na transição para o direito ecologizado. Neste aspecto, mencionam-se os princípios ecojurídicos<sup>33</sup> que, observa Massimo Monteduro, caracterizam-se pela conjunção entre a força da lei e a incorporação de preceitos substantivos da ciência sobre o funcionamento dos sistemas ecológicos. Essa abordagem preenche uma lacuna entre a ecologia e a legislação, confiando o seu embasamento a uma abstração rigorosa e a uma sólida reconstrução teórica, por meio de um diálogo entre direito e ciência<sup>34</sup>. Para isso, propõe os princípios de não regressão e resiliência.

O princípio da não regressão proíbe a redução do limiar legal de tutela dos sistemas ecológicos já garantidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, veda ao legislador e ao intérprete suprimir a concretização da norma que tenha como objeto o núcleo essencial de um direito fundamental, ou que inviabilize a

---

<sup>3231</sup> M. CARDUCCI, *Il diritto costituzionale "durante" la catastrofe climatica*. La Costituzione.info. 21 set 2019. Disponível em: <<https://www.lacostituzione.info/index.php/2019/09/21/il-diritto-costituzionale-durante-la-catastrofe-climatica/>>. Acesso em: 18 dez 2019.

<sup>33</sup> No artigo *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, Massimo Monteduro lança a proposta de princípios *ecojurídicos* que sinalizam, em linhas gerais, a colaboração transdisciplinar entre os juristas e outros cientistas. Essa abordagem permite a estruturação de um elo entre a ecologia e o direito, isto é, de um diálogo estreito entre direito e ciência, propiciando a construção de normas e regras jurídicas ligadas aos conhecimentos científicos e não somente à opinião do legislador.

<sup>34</sup> M. MONTEDURO, *op. cit.* p. 1-74.

fruição de tal direito sem criar mecanismos compensatórios<sup>35</sup>. Deste modo, quando atingido certo nível regulatório de proteção ambiental, o sistema jurídico que o alcançou só poderá continuar a expandi-lo<sup>36</sup>. Esse princípio possui dimensão dúplce na proteção e promoção de direitos: a) na esfera negativa, salvaguarda o meio ambiente de ameaças que fragilizam o nível de proteção jurídica atingido, e considera o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de defesa; b) a dimensão positiva promove as condições ambientais adequadas à concretização deste direito, estabelecendo os níveis necessários de proteção<sup>37</sup>.

O princípio da proibição de retrocesso ambiental se interliga à ideia política de tutela dos direitos humanos, do patrimônio natural e das gerações futuras<sup>38</sup>, e, como ensina Michel Prieur, geralmente figura como um princípio geral de direito ambiental, pois defende os progressos já obtidos para evitar ou limitar a deterioração do ambiente<sup>39</sup>.

O princípio da resiliência (ecológica), por sua vez, obriga atores públicos e privados a observar o nível e o tempo de adaptação dos ecossistemas aos distúrbios, evitar ações que se aproximem dos limiares críticos de resiliência dos ecossistemas, aumentar os níveis de resiliência de ecossistemas que já experimentaram danos e, processualmente, adaptar procedimentos legais para que as atividades de tomada de decisão acompanhem o desenvolvimento da resiliência dos ecossistemas envolvidos.

Em resumo:

*«il principio di resilienza così configurato corrisponde alla proposta di vincolare de iure le agenzie amministrative a definire non solo “i livelli*

---

<sup>35</sup> F. DERBLI, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 298.

<sup>36</sup> M. MONTEDURO, *op. cit.*, p. 1-74.

<sup>37</sup> W. C. ROTHENBURG, *Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade*, in Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA).; *Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental* (2012: Brasília, DF), p. 248-249.

<sup>38</sup> A. H. BENJAMIN, *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, in F. WALCACER-G. PURVIN-S. PITOMBEIRA (Eds.). *Direito Ambiental e o princípio da vedação de retrocesso*. Tribo da Ilha Editora, Florianópolis, 2020, São Paulo: IBAP- Instituto Brasileiro de Advocacia Pública: APRODAB- Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil, 2020.

<sup>39</sup> M. PRIEUR, *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, in Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA); *Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental* (2012: Brasília, DF), p. 11.



*massimi permessi di degradazione e di esaurimento” degli ecosistemi affidati alla loro gestione adattiva, ma soprattutto ad “identificare i tipping points per ogni ecosistema” quali “soglie critiche di resilienza” attraverso un “ecosystem resilience assessment”, che le amministrazioni dovranno operare in occasione dell’assunzione di ogni decisione, avvalendosi del ricorso alle conoscenze scientifiche e, dunque, esercitando discrezionalità di natura tecnica più che amministrativa»<sup>40</sup>.*

Esse princípio também exige a vinculação das normas às características e aspectos dos sistemas socioecológicos a que se destinam, levando em consideração as perspectivas multidimensionais e complexas das relações que os compõem, consoante afirma a *World Declaration on the Environmental Rule of Law*<sup>41</sup>.

De notória importância é o princípio *in dubio pro natura*, que, em uma primeira análise, consiste na interpretação mais favorável à proteção da natureza em situações de dúvida sobre o alcance das disposições legais ambientais e que objetiva garantir o mínimo existencial ecológico em casos de colisão de direitos. Esse princípio promove o fortalecimento do núcleo essencial do direito ao meio ambiente<sup>42</sup>, e estabelece que não se tomem ações com impactos adversos, ainda que potenciais, ao meio ambiente<sup>43</sup>.

Quanto ao princípio do *in dubio pro natura*, Patryck Ayala observa a experiência jurisprudencial latino-americana que perpassa por um giro ecocêntrico de afirmação de um conteúdo ecológico para os direitos e que têm contribuído para ressignificar o princípio. A partir desses lentes emergentes, interpretações a favor da natureza se aplicam não só em casos de dúvidas, mas agem como mandados *gerais* de interpretação e aplicação de normas jurídicas ambientais, vez que essas «*sempre* deverão ser aplicadas por meio do melhor sentido que favoreça a natureza»<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> M. MONTEDURO, *op. cit.* p. 1-74.

<sup>41</sup> IUCN. International Union for Conservation of Nature. *World Declaration on the Environmental Rule of Law*. Disponível em: <[https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/world\\_declaration\\_on\\_the\\_environmental\\_rule\\_of\\_law\\_final\\_2017-3-17.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/world_declaration_on_the_environmental_rule_of_law_final_2017-3-17.pdf)>. Acesso em 27 fev 2020, p. 4.

<sup>42</sup> J. R. M. LEITE (eds), *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente: rupturas necessárias*, Lumen Juris, 2018.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>44</sup> P. AYALA, M. C. COELHO, *Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3. 2020, <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7235/pdf>, p. 127.

Em vez de uma aplicação restritiva deste princípio apenas como resposta ecológica para *estados de dúvida* ou contextos de incerteza científica, em que as decisões favoreçam a natureza, define-se o *in dubio pro natura* a partir da sua relação com uma estrutura jurídica que deve favorecer, sempre, respostas em favor da natureza, sobretudo em situações próximas de romper com os limites planetários, que nesses casos se tornam imperativos de proteção. Isto justifica de modo mais abrangente as decisões *pro natura*.

Além disso, outro importante tópico para regulação normativa concerne aos direitos das gerações futuras, pauta que envolve escolhas complexas e otimizações de procedimentos a serem adotados nas decisões jurídicas e políticas, vez que as gerações futuras não podem expor seus interesses básicos<sup>45</sup>, mas podem ser consideradas titulares, e não apenas beneficiárias, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>46</sup>.

A geopolítica da responsabilidade proporcional sobre o desencadeamento da mudança do clima também é um fator relevante a ser incorporado pela norma jurídica. Os causadores diretos são, majoritariamente, empresas fósseis com sede no Norte Global, que concentram os rendimentos advindos de atividades poluidoras que geram riscos ambientais que, contudo, concentram-se em países periféricos. Disso decorre que a acentuação de vulnerabilidades sociais se projetam sobre comunidades e populações com menor capacidade material de responder aos eventos climáticos. Em virtude disso, entender a disparidade de responsabilidades para a alteração da dinâmica da biosfera, exige analisar as forças políticas que contribuem para o fenômeno e as maneiras pelas quais essas forças podem ser transformadas, apenas isso pode conduzir ao entendimento das emergentes *relações de força*<sup>47</sup> com as quais se lida na esfera climática.

Importa notar que desastres originados por eventos climáticos extremos são resultado de vulnerabilidades acumuladas que se chocam com perigos naturais. Assim, a situação de *vulnerabilidade*<sup>48</sup> à mudança climática conduz a

---

<sup>45</sup> U. BAXI, *op. cit.*, p. 7–31.

<sup>46</sup> B. LEWIS, *Environmental Human Rights and Climate Change: Current Status and Future Prospects*, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2018, [https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0\\_7](https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0_7), p. 212.

<sup>47</sup> A. GRAMSCI, [Q13§17] *Selections from the Prison Notebook*, translated and edited by Quintin Hoare and Geoffrey Nowell Smith, New York: International Publishers, 1971, p. 180.

<sup>48</sup> G. LIZARRALDE ET. AL., *We said, they said: the politics of conceptual frameworks in disasters and climate change in Colombia and Latin America*, in *Disaster Prevention and Management: An*

condições de insegurança material, mas tem como causalidades processos históricos estruturais de injustiças como marginalização, exploração, colonialismo e segregação de grupos e comunidades. Deste modo, há uma dimensão política na criação de riscos de desastres e nas respostas de resiliência e adaptação à mudança climática.

A potencialização de riscos de desastres é um problema constante, e sua raiz socioecológica aventa o questionamento sobre a insustentabilidade do ritmo e da lógica do sistema capitalista no Antropoceno – pauta também endereçada pela justiça climática. Ademais, a narrativa acerca da vulnerabilidade se interconecta a pautas de desigualdade de distribuição de renda, direitos e oportunidades, vez que os desastres geralmente atingem comunidades sem poder econômico e pouca influência política.

Nesta direção, empresas fósseis que contribuem de forma decisiva para a mudança climática devem ser oneradas proporcionalmente à sua condição de empresas poluidoras, a fim de que a natureza, a biodiversidade e as funções ecológicas não sejam monetizadas para o lucro de grandes corporações a partir do custo benefício de curto prazo<sup>49</sup>.

Considerando que porção significativa de emissões de GEE é emitida por atores não estatais, como empresas privadas e corporações<sup>50</sup>, é dever dos Estados exercer uma regulamentação criteriosa das atividades por eles autorizadas, avaliando seus efeitos climáticos a longo prazo dentro e fora do território. Ademais, é obrigação dos governos facilitar a participação pública na tomada de decisões em temas atinentes à mudança do clima e auxiliar de forma eficiente os segmentos populacionais mais afetados<sup>51</sup>.

---

*International Journal*, Vol. 29 No. 6, 2020 pp. 909-928 Emerald Publishing Limited 0965-3562. DOI I 10.1108/DPM-01-2020-0011.

<sup>49</sup> EUROPEAN PARLIAMENTARY GROUP (GUE/NGL). *Manifesto sull'emergenza climatica*. Brussels, Belgium. April 2019. Disponível em: <<https://www.guengl.eu/issues/publications/a-climate-emergency-manifesto-to-avert-climate-catastrophe/>>. Acesso em: 18 jan 2020.

<sup>50</sup> M. CORQUODALE, 2002: 384, 2009 *apud* B. LEWIS, *Environmental Human Rights and Climate Change: Current Status and Future Prospects*, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2018, [https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0\\_7](https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0_7), p. 174.

<sup>51</sup> A. BOYLE, *Climate change, the Paris Agreement and Human Rights*, in *ICLQ*, vol 67, October 2018 pp 759-777 doi:10.1017/S0020589318000222. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/climate-change-the-paris-agreement-and-human-rights/34D22E7A5B7D155FF291B65A4688A194/core-reader>>. Acesso em: 11 dez 2019.

Assim, além da responsabilidade histórica das empresas fósseis, os Estados são figuras juridicamente vinculadas, e nesse contexto, a soberania não pode ser utilizada como blindagem frente às obrigações climáticas. Começa-se a argumentar a possibilidade de impor obrigações aos Estados por danos transfronteiriços, tema abordado pela Convenção de Cartagena e já enfrentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na Opinião Consultiva 23/17, a CIDH decidiu que os Estados possuem o dever de respeitar e garantir os direitos humanos de qualquer pessoa presente em seu território, isto é, que esteja sujeita à sua autoridade e controle. Neste entendimento, o termo *controle* inclui a implementação ampla e não limitada às fronteiras físicas das unidades soberanas territoriais, de modo que os Estados podem se tornar internacionalmente responsáveis por atos atribuíveis a si no interior de seu território, mas também por atos externos que sejam funcionalmente dependentes de sua jurisdição. Com isso, qualquer Estado é obrigado a respeitar os direitos humanos das pessoas em seu território, e aquelas que estão fora dele, propriamente pelo caráter não territorial dos direitos humanos e do meio ambiente<sup>52</sup>.

Expande-se o conceito de jurisdição para situações que extrapolam os limites físicos do Estado, abarcando também situações em que este exerça controle sobre uma ou mais pessoas, e cujos efeitos sejam produzidos tanto dentro como fora de seu território. Esse conceito de jurisdição ainda é excepcional, mas sinaliza que os Estados devem garantir os direitos humanos não somente em suas fronteiras, mas também observar que atividades sob sua jurisdição não causem danos ao meio ambiente e aos direitos humanos em outros países, do que decorre a obrigação de evitar danos transfronteiriços<sup>53</sup>.

Neste contexto, cabe abordar o conceito de dano significativo, desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional sobre a prevenção de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas. A natureza *significativa* do dano consiste em envolver todas as esferas do existente, isto é, desde a dimensão humana da saúde até a econômica-social e ambiental. Nessa

---

<sup>52</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República del Colombia*. Medio Ambiente y Derechos Humanos. Disponível em: < [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)>. Acesso em: 15 abr 2020.

<sup>53</sup> F. LILLO, *L'ambiente come diritto umano. L'opinione consultiva CIDH OC 23/17 nelle sue prime applicazioni giurisprudenziali*. Working paper 2018, Università del Salento, Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali.

perspectiva, os danos significativos diferem do «nível mínimo» de degradação ambiental de que trata o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cuja convenção não contém uma menção explícita ao direito ao meio ambiente. De fato, o dano significativo é geral e ecossistêmico, enquanto o nível mínimo é parametrizado exclusivamente para os efeitos diretos do evento no indivíduo<sup>54</sup>.

Neste sentido, buscam-se fundamentos intersubjetivos e normativamente compartilhados para postular deveres e obrigações que tenham como base uma ética forte sobre o princípio de prevenção de danos. Os grupos que ocupam posições de poder possuem a obrigação ética de se abster de ações com alta probabilidade de causar danos a interesses básicos ou a direitos fundamentais tanto para a geração atual quanto para as futuras. O princípio da prevenção de danos, assim, interliga-se com o princípio do poluidor-pagador e da precaução, e chama atenção à urgência de inserir a pauta climática nas negociações internacionais de efeito vinculante entre os Estados<sup>55</sup>.

Uma vez identificados os limites planetários pela ciência, eles devem ser incorporados pelas esferas político-jurídicas em nível transnacional, de modo a proteger o espaço operacional de segurança da Terra<sup>56</sup>. Isso indica que é preciso buscar um paradigma forte quanto aos direitos humanos e conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a capacidade física dos ecossistemas para sobreviver no Antropoceno. Analisar a forma com que operam as relações coordenadas de poder, as oportunidades políticas, as forças sociais e a atuação dessa conjugação de fatores sobre a integridade do planeta é um passo urgente que o direito deve incorporar para regular os aspectos sociais decorrentes dos desafios climáticos.

#### 4. A ecologização dos direitos humanos e a construção do sujeito ecológico

##### 4.1 O diálogo entre a proteção ambiental e os direitos humanos

---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> U. BAXI, *op. cit.*, p. 7-31.

<sup>56</sup> M. PERRONE-R. OCCHIPINTI-V. TUDISCA, *Confini planetari, le soglie che non possiamo (più) superare*, in *Scienza in rete*. 24 fev 2013. Disponível em: <<https://www.scienzainrete.it/contenuto/articolo/milly-barba-rita-occhipinti-michela-perrone-valentina-tudisca/confini-planetari>>. Acesso em: 20 dez 2019.

O impacto do meio ambiente na realização de direitos humanos tem sido entendido, tradicionalmente, em termos de danos à saúde humana, mas as ameaças ambientais também se interconectam com outros valores como o cultural e o paisagístico, por exemplo. Como consequências analíticas disso, tem-se que os direitos humanos que podem ser mobilizados para a proteção ambiental se relacionam com a saúde e integridade física em geral, além daqueles relacionados a pautas culturais. Tais conexões determinam, por sua vez, o escopo de proteção que a ferramenta jurídica dos direitos humanos pode fornecer ao meio ambiente<sup>57</sup>.

Quanto aos direitos civis, políticos, assim como econômicos, sociais e culturais, Cançado Trindade categoriza a dimensão temporal como sua base unificadora, pois esses direitos não tutelam apenas o indivíduo cuja escala de interesses é de curto prazo, mas protegem grupos e comunidades, que possuem direitos que se projetam no tempo<sup>58</sup>.

Na trilha do direito internacional, é amplo o reconhecimento da interdependência entre proteção do meio ambiente, desenvolvimento sustentável e direitos humanos. A Declaração de Estocolmo<sup>59</sup>, em 1972, afirmou a necessidade de balancear o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente humano. Em seguida, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>60</sup>, em 1992, destacou que os seres humanos estão no centro das preocupações relacionadas ao desenvolvimento sustentável, e que esse exige a proteção do meio ambiente como parte integrante e *sine qua non* no seu processo. Igualmente, a Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento

---

<sup>57</sup> P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International environmental law*, 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 363.

<sup>58</sup> A. A. C. TRINDADE, *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Imprensa, Porto Alegre, 1993. p. 70

<sup>59</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano*. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1. Disponível em: <[http://apambiente.pt/\\_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972\\_Declaracao\\_Estocolmo.pdf](http://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf)>. Acesso em: 15 abr 2020.

<sup>60</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992. Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1). Disponível em: <[https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao\\_rio\\_ma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf)>. Acesso em: 15 abr 2020.

Sustentável estabeleceu que alcançá-lo envolve, além do desenvolvimento social e econômico, também a proteção ambiental como pilar fundamental<sup>61</sup>.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente sublinha o reforço mútuo entre os direitos humanos e a proteção ambiental, afirmando que aqueles conferem maior autoridade jurídica para o combate de danos à natureza. Deste modo, direitos processuais proporcionam mecanismos para obter direitos substantivos relacionados ao ambiente, ambiente do qual a realização de tais direitos substantivos depende:

«Environmental rule of law is inextricably connected to constitutional and human rights. Many constitutional and human rights depend on the environment—without a healthy environment and the clean air, water, and sustenance it provides, people would not have the most basic necessities for life. Constitutional and human rights law in turn offers a framework for reinforcing and strengthening environmental rule of law as many environmental harms can be addressed through the protection of constitutional and human rights»<sup>62</sup>.

A partir desta construção, Dupuy e Viñuales categorizam três abordagens sinérgicas para observar a relação entre direitos humanos e proteção ambiental: (i) um ambiente satisfatório como condição necessária para a realização de direitos humanos; (ii) o uso instrumental dos direitos humanos como técnica jurídica para garantir um determinado nível de proteção ambiental; (iii) direitos humanos como um componente integral do conceito de desenvolvimento sustentável<sup>63</sup>.

A jurisprudência ambiental segue trilhas diversas a depender dos contextos e dos tribunais que analisam os casos concretos. No histórico da Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, a dimensão ambiental dos direitos humanos foi majoritariamente associada a aspectos da saúde e integridade

---

<sup>61</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável*. Adotada na Cúpula Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. Johannesburgo, 4 de setembro de 2002. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/decpol.pdf>>. Acesso em: 15 abr 2020.

<sup>62</sup> UNEP (2019). *Environmental Rule of Law: First Global Report*. United Nations Environment Programme, Nairobi, p. 25.

<sup>63</sup> P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International environmental law*, 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 359-360. Adicionalmente, deve-se notar que o desenvolvimento sustentável possui uma acentuada dimensão temporal, pois o elemento essencial da sustentabilidade é a obrigação geral básica de se voltar para o futuro, de modo que o direito ao desenvolvimento esteja imbricado necessariamente à qualidade de um ambiente saudável para as gerações futuras. (A. A. C. TRINDADE, *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Imprensa, Porto Alegre, 1993, p. 173).

humana em sentido amplo, sobretudo quanto aos direitos à vida privada e à família. Quanto se trata da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a jurisprudência ambiental envereda por um caminho diverso como resultado de dinâmicas socioespaciais próprias do continente. O seu foco são aspectos culturais ligados à integridade das terras ancestrais que grupos indígenas e tribais tradicionalmente habitam e que são indispensáveis para o seu modo de vida<sup>64</sup>.

Apesar das diferentes abordagens, em termos gerais, o meio ambiente é um tema transversal de direitos humanos, pois a degradação ambiental prejudica e ameaça o direito a uma vida segura e saudável de forma generalizada<sup>65</sup>. É justamente a dependência humana da qualidade ambiental que faz desta última uma dimensão dos direitos humanos<sup>66</sup>. O meio ambiente equilibrado também auxilia a clarificar o âmbito no qual se inserem todos os outros direitos humanos, reforçando-os e revelando novas dimensões e novos direitos.

O processo de inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente ganhou uma nova etapa em 2021. Após décadas em que o Sistema Universal já assinalava a dimensão ambiental dos direitos humanos, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu o meio ambiente saudável como um direito humano autônomo.

A pauta do reconhecimento de um direito humano ao meio ambiente equilibrado já era vinha sendo debatida ao longo das últimas décadas. Em 2017, por exemplo, por ocasião da Opinião Consultiva 23, a CIDH reconheceu a necessidade de desenvolver um direito humano ao meio ambiente substantivo e procedimental, de forma progressiva, nas esferas individual e coletiva, o que significaria afirmar um direito autônomo em relação à dimensão ambiental dos direitos humanos. O precedente assevera que obrigações em matéria ambiental são indissociáveis da proteção de direitos humanos.

Esse direito, nas lições de Cançado Trindade, possui uma natureza multifacetada. Conta com esferas individual e coletiva quanto aos sujeitos e

---

<sup>64</sup> P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International environmental law*, 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, p. 370-372.

<sup>65</sup> UNITED NATIONS. *Human rights and the environment (Resolution 16/11)*. General Assembly, 12 abr 2011. Disponível em: <[https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A.HRC.RES.16.11\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A.HRC.RES.16.11_en.pdf)>. Acesso em: 11 abr 2020.

<sup>66</sup> A. A. C. TRINDADE, *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Imprensa: Porto Alegre, 1993, p. 78.



beneficiários, mas também possui uma dimensão social quanto à implementação - complexidade das relações jurídicas -, e objeto de proteção - o bem comum que é o meio ambiente humano<sup>67</sup>.

Existem vantagens no reconhecimento deste direito humano, vez que auxilia na proteção ambiental como uma ideia concreta e vinculante, e não abstrata, direcionando a atenção às necessidades das populações vulneráveis de maneira mais nítida e buscando medidas específicas de proteção ambiental para esse fim<sup>68</sup>.

Seguindo a trilha do reconhecimento desse direito autônomo, e entendendo que a relação entre os direitos humanos e o meio ambiente são um processo de dinâmica influência com as necessidades reais do tempo presente, atualmente observa-se uma tendência de *ecologizar* esses direitos - tópico sobre o qual se desenvolvem breves comentários a seguir.

#### *4.2 A ecologização dos direitos humanos: aspectos centrais*

Ainda que no momento de seu surgimento os direitos humanos tenham sido concebidos em vértices de antropocentrismo e individualismo, eles não são estanques e podem se modificar a partir de uma interpretação evolutiva e extensiva com o decorrer do tempo e o surgimento de novas pautas que imponham a sua ressignificação<sup>69</sup>.

O momento histórico atual de crise ecológica, cujo principal sintoma é a mudança climática, demonstra a necessidade de uma nova relação harmônica entre humanidade e natureza. Isso significa estabelecer uma pauta compartilhada de tutela entre os direitos humanos e a salvaguarda ambiental, inclusive com o reconhecimento de subjetividade jurídica à natureza.

O combate a essa crise envolve uma multiplicidade de elementos e uma visão holística do todo, e necessita de uma comunicação estratégica entre os ordenamentos jurídicos. Assim, uma das premissas fundamentais para a ecologização dos direitos humanos está no fato de que ao se considerar o ser

---

<sup>67</sup> A. A. C. TRINDADE, *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Imprensa, Porto Alegre, 1993. p. 144.

<sup>68</sup> S. GLAZEBROOK, *op. cit.*, p. 93.

<sup>69</sup> F. S. CAVEDON-CAPDEVILLE, *Jurisprudência ecologizada nas Cortes de Direitos Humanos: contribuições para a ecologização dos Direitos Humanos*, in J. R. M. LEITE (ed.), *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente: rupturas necessárias*, Lumen Juris, 2018, p. 198.

humano como titular de direitos acima e desconectado do ambiente, fomenta-se a instrumentalização da natureza e sua exploração se reproduz por meio da própria lei.

Exemplificam-se casos como o direito de propriedade. Esse direito não deve se sobrepor aos interesses ambientais, e, em uma perspectiva longínqua, essa relação não deve ser tida como uma interferência estatal inadequada no uso da propriedade privada, vez que, como ela afeta os direitos e interesses coletivos, deve ser regulada por critérios de qualidade ambiental<sup>70</sup>.

Alan Boyle explica que a ecologização dos direitos humanos leva em conta que a humanidade depende do meio ambiente para sobreviver, tornando-o uma pré-condição para o gozo dos direitos humanos, que, por sua vez, atuam como ferramentas para abordar questões ambientais, tanto na perspectiva processual, como substantiva<sup>71</sup>.

Assim, a premissa inicial da ecologização dos direitos humanos é superar uma tutela fragmentada para construir uma visão ecológica da relação entre direitos humanos e meio ambiente. Abre-se a juridicidade ao entendimento de que o direito é uma extensão da ecologia – e, portanto, não deve impor ao meio natural regras socialmente criadas –, o que acarreta a redefinição de objetos e conceitos jurídicos a partir da interdependência entre todos os elementos da comunidade planetária.

Na condição de pré-requisito para a dignidade humana e para a realização de todos os direitos, a integridade ambiental ganha relevância no ordenamento jurídico, o que confere a ela maior proteção. Aqui reside um elemento determinante, qual seja a transposição do ser humano do centro do sistema jurídico para a condição de um ser sujeito de direitos e obrigações, inserido na natureza e integrante da comunidade planetária, isto é, um *sujeito ecológico*. Com isso, os direitos humanos tornam-se direitos inseridos em um contexto ambiental do qual não podem se dissociar<sup>72</sup>.

Fernanda Cavedon-Capdeville explica que a partir deste paradigma os seres humanos se percebem como sujeitos de direito no ambiente do qual são um elemento, e no qual o ambiente também se torna sujeito. Deste modo, o reconhecimento de direitos próprios à Natureza também é um aspecto do processo de ecologização de direitos. Essa percepção rejeita a lógica de poder e

---

<sup>70</sup> S. GLAZEBROOK, *op. cit.*, p. 94.

<sup>71</sup> A. BOYLE, *op. cit.*, p. 759–777.

<sup>72</sup> J. R. M. LEITE (ed.), *op. cit.*, p. 34.

dominação da espécie humana sobre os demais sujeitos da comunidade do planeta e fomenta bases horizontais e cooperativas de convivência com a Terra.

Assim, a autora elucida que:

«A ecologização dos direitos humanos requer transcender o senso mesmo do humano, protegendo o humano em uma dimensão lato sensu, como parte indissociável de um sistema natural/planetário do qual depende para realizar-se e no qual atua. O humano que se protege é um sujeito ecológico»<sup>73</sup>.

Por outro lado, há também a dimensão humana e social das questões ambientais, pois o meio ambiente chega a um lugar de centralizada importância para os contornos da dignidade humana, dado que é imprescindível à concretização dos direitos humanos que definem o contorno desta dignidade<sup>74</sup>.

Louis Kotzé indica que para isso é preciso entrar no paradigma ecocêntrico a partir da abordagem da «Comunidade da Terra», uma narrativa cultural orientadora ecologicamente sensível<sup>75</sup>, que vê a biosfera como uma comunidade de objetos que também inclui seres humanos, os quais poderiam fornecer um espaço intelectual dentro do qual expandir o círculo da ética humana para se concentrar na preservação da integridade da Terra e dos sistemas planetários<sup>76</sup>.

Disso extrai-se que o sistema jurídico-ambiental é essencial para a realização dos direitos humanos, enquanto esses auxiliam no alcance dos fins do sistema jurídico-ambiental, de modo a potencializar, informar e reforçar, promover a coerência e a legitimidade das políticas e normas ambientais.

Assim, o processo de ecologização dos direitos humanos envolve distintas fases - algumas já elucidadas anteriormente: (i) conferir dimensão ambiental aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, reinterpretando sua vertente tradicional para integrar os elementos ambientais; (ii) afirmar um direito ambiental autônomo, o que exige reconhecer formalmente um direito humano ao meio ambiente; (iii) aplicar os direitos humanos segundo a lógica de que esses direitos destinam-se aos seres humanos na qualidade de membros da comunidade planetária, havendo inter-relação entre

---

<sup>73</sup> F. S. CAVEDON-CAPDEVILLE, *op. cit.*, p. 187.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>75</sup> E. GRANT-L. KOTZÉ-K. MORROW, *op. cit.*, *Human Rights and the Environment: In Search of a New Relationship. Synergies and Common Themes*, in *Oñati Socio-Legal Series*[online], 3 (5), 2013, 953-965. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2221302>. Acesso em: 20 nov 2019.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 953-965.

a integridade da natureza e a dignidade humana; (iv) transcender os atuais estágios de titularidade, tempo e espaço dos conceitos jurídicos tradicionais, estendendo-os à coletividade, gerações futuras e natureza; (v) incorporar a Terra e os animais não humanos a um sistema amplo de direitos, considerando indissociáveis direitos da natureza e direitos humanos na construção da dignidade de todos os integrantes da comunidade planetária<sup>77</sup>.

Importa salientar que a abordagem ecológica dos direitos humanos não se limita à proteção ambiental, mas observa *a maneira* com que essa proteção se realiza. Esses direitos possuem raízes na tradição democrática, de participação cidadã não discriminatória, isto é, uma edificação jurídica e valorativa ampliada. Por isso, «qualidades inerentes aos direitos humanos, como sua universalidade, indivisibilidade, ou a não discriminação no seu reconhecimento e garantia são essenciais para uma abordagem ecológica do direito»<sup>78</sup>.

Contribuição expressiva ao tema foi conferida pela Opinião Consultiva 23/17 sobre a garantia dos direitos à vida e à integridade física face aos danos ambientais. A decisão, que amplamente afirmou a interdependência entre direitos humanos e meio ambiente, também fornece subsídios teóricos para superar a fragmentação dos sistemas jurídicos tradicionais.

Depreende-se da Opinião Consultiva que:

«Los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales como la dignidad, la igualdad y la libertad. La realización de esos atributos depende de un medio ambiente que les permita florecer. Al mismo tiempo, la protección eficaz del medio ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas informadas, transparentes y adecuada»<sup>79</sup>.

Em uma clara tendência de ecologização - já mencionada em tópico anterior - a Opinião Consultiva enfrentou a incidência da jurisdição em matéria de danos ambientais e direitos humanos, e atribuiu aos Estados obrigações de garantir o direito à vida e à integridade física no contexto de proteção ambiental, evitando que atividades sob seu controle produzam danos transfronteiriços e violem direitos. Ao integrar princípios e normas do sistema jurídico-ambiental para analisar as situações de potencial violação dos direitos humanos relacionados ao meio ambiente, e empregando critérios e obrigações de

---

<sup>77</sup> J. R. M. LEITE (ed.), *op. cit.*, p. 82.

<sup>78</sup> F.S. CAVEDON-CAPDEVILLE, *op. cit.*, p. 195.

<sup>79</sup> CIDH, *op. cit.*

proteção dos direitos humanos de caráter ambiental para os Estados, a Corte reforçou a necessária comunicação entre os sistemas no desenvolvimento da ecologização<sup>80</sup>.

A transformação ecológica dos direitos humanos perpassa a consideração de que as condições físicas das quais depende a vida humana são fundamentais. Assim, devem ser protegidas as circunstâncias ecológicas como um pré-requisito da vida humana e do seu bem-estar como um direito universal humano. O elo entre a ética ambiental e os direitos humanos descreve limitações claras às liberdades individuais, vez que elas são exercidas em um contexto ecológico e social. Observa-se a relação entre a humanidade e a natureza na transição entre a perspectiva antropocêntrica para a ecocêntrica, em que a humanidade é parte integrante da natureza e seu foco é a implementação da ética ambiental nos direitos humanos<sup>81</sup>.

Nesta direção, a ecologização dos direitos humanos se lança como instrumento para confrontar os efeitos da mudança climática e também uma estratégia para assegurar os direitos relacionados ao meio ambiente, podendo-se pensar, inclusive, em direitos de proteção climática. Com isso, reconhece-se a crise ecológica e suas reações como uma questão importante de direitos humanos, tanto porque danos aos ecossistemas são fatores de violação desses direitos, tanto porque eles são fundamentos de orientação de políticas ambientais e cujo marco protetivo fornece instrumentos para auxiliar na salvaguarda ambiental<sup>82</sup>.

O *Human Rights Appeal 2019*, da Organização das Nações Unidas, também expõe a necessidade de integrar os direitos humanos para um desenvolvimento que respeite a natureza e que não ignore as populações em maior situação de vulnerabilidade, aduzindo que a mudança climática é a principal ameaça para a Agenda 2030. Ademais, destaca-se a importância de ponderar os impactos da mudança climática sobre as comunidades com menor capacidade material de adaptação e resiliência, a fim de exigir que os Estados

---

<sup>80</sup> J. R. M. LEITE (ed.), *op. cit.*, p. 56.

<sup>81</sup> P. TAYLOR, *From environmental to ecological human rights: a new dynamic in international law?*, in K. BOSSELMANN-P. TAYLO, *Ecological approaches to environmental law*, UK: Elgar. ISBN: 978 1 78536 266 8; K. BOSSELMANN, *Grounding the rule of law*, in H. C. BUGGE-C. VOIGT, *Rule of Law for nature: Basic Issues and New Developments in Environmental Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 75-93.

<sup>82</sup> F. S. CAVEDON-CAPDEVILLE, *op. cit.*, p. 192.

respondam às necessidades desses extratos de pessoas atendendo integralmente os mandamentos dos direitos humanos<sup>83</sup>.

Em suma, a ecologização dos direitos humanos dispõe que os titulares de direitos humanos só podem exercê-los em um contexto social e ambiental, nunca excluídos dele. Exercer plenamente esses direitos requer um ambiente em equilíbrio e saudável, entrelaçando direitos humanos e proteção ecológica como faces complementares da mesma moeda<sup>84</sup>.

##### *5. Conclusão: o Direito entre a metamorfose e a ecologização*

Este trabalho buscou desenvolver alguns contornos relacionados ao direito diante do cenário da mudança climática na Época do Antropoceno. Inicialmente, parte-se da reflexão acerca da metamorfose do Direito ocasionada pela convulsão dos paradigmas da sociedade moderna, abordando o contexto de clara insegurança e de entrave à operacionalidade tradicional do sistema jurídico, este que é chamado a regular riscos globais gerados, mas não controlados, pela humanidade.

A metamorfose do direito, que inicia a argumentação deste artigo e se torna uma premissa para seus desdobramentos, verifica-se a partir do fato de que a mudança climática coloca em xeque certezas consolidadas e implica repensar questões estruturais da ordem social, econômica, política e também jurídica, dando origem a inéditas formas de poder, cooperação e solidariedade transfronteiriças. Emergindo novos horizontes sobre as tecnologias, o mercado e as leis, estreita-se a interdependência entre as nações e a ideia de complementaridade entre a natureza e a sociedade.

Neste contexto, reflexiona-se acerca da perspectiva ecologizada que o direito deve incorporar. Expõe-se esse modelo em construção no qual princípios, categorias e noções jurídicas se voltam à tutela da integridade ecológica e conferem aos ecossistemas o foco regulatório fundamental da lei, abandonando a temporalidade unidimensional centrada nos interesses de indivíduos humanos como atores privados e superiores ao meio.

Desse modo, o ordenamento jurídico se reformula com base na

---

<sup>83</sup> UNITED NATIONS. *Human Rights Appeal 2019*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AnnualAppeal2019.pdf>>. Acesso em 31 out 2019.

<sup>84</sup> F. S. CAVEDON-CAPDEVILLE, *op. cit.*, p. 188.

organização ecológica dos sistemas naturais, mantendo as atividades antropogênicas circunscritas ao espaço operacional seguro no qual a lei se alinha à realidade física de um planeta finito. Aqui, percebe-se a mudança de racionalidade subjacente à lógica do direito, vez que são preteridos o desenvolvimento econômico e a vantagem competitiva com o intuito de resguardar a sobrevivência de toda a rede de vida a longo prazo.

As exposições teóricas também permitiram constatar que a dimensão ecologizada dos direitos humanos exerce função imprescindível na regulação ambiental e climática, pois assume que a salvaguarda das unidades ecossistêmicas e do equilíbrio ambiental são *conditio sine qua non* para a proteção dos seres humanos e realização de seus direitos, como pilares que se retroalimentam.

Assim, estabelecem-se sinergias entre os direitos humanos e o sistema natural terrestre como elementos indissociáveis, e o ser humano passa a ser tutelado na acepção ampla de um *sujeito ecológico*. Isso significa conferir maior atenção ao papel da humanidade como *mais* uma espécie na comunidade planetária. Os seres humanos devem atuar, portanto, como um elemento central para a sustentabilidade dos ecossistemas dos quais não pode se dissociar, e com os quais convive em bases horizontais e cooperativas.

**ABSTRACT**

Elisa Fiorini Beckhauser – *A metamorfose do Direito frente à mudança climática e a contribuição da dimensão ecológica dos Direitos Humanos*

A mudança climática é um fenômeno emergente que potencializa riscos e incertezas no Antropoceno, questionando paradigmas sociopolíticos fundamentais e metamorfoseando a postura tradicional do direito rumo a uma dimensão ecológica. Partindo-se desta hipótese inicial, o trabalho objetiva delinear os principais aspectos do perfil ecológico do direito, lançando luz sobre a necessidade de uma nova racionalidade do sistema jurídico, com a releitura de suas categorias e dos direitos humanos para enfrentar a mudança do clima. Utilizando-se do método dedutivo e das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, este artigo permitiu verificar que a mudança climática se apresenta como um ponto de ruptura e de alteração dos horizontes sociais, capaz de criar um panorama cosmopolita de ações e colocar fim à dualidade humano-natureza. Neste cenário de transformações contínuas, observou-se que o direito deve se reformular com base na organização ecológica dos sistemas naturais, mantendo as atividades antropogênicas circunscritas ao espaço operacional seguro no qual a lei se alinha à realidade física de um planeta finito e a sustentabilidade atua como uma rede de relações comunitárias em constante interação. Por fim, constata-se a relevância da dimensão ecológica dos direitos humanos, que a partir da consideração do meio ambiente como um pré-requisito para a plena realização de todos os direitos, transpõe o ser humano do centro do sistema jurídico e o torna um sujeito ecológico, tutelado indissociavelmente dos ecossistemas naturais, de modo que o direito fomente bases horizontais e cooperativas de convivência no planeta.

**PALAVRAS-CHAVE:** *mudança climática; metamorfose; direitos humanos; ecologização do direito; Antropoceno.*

Elisa Fiorini Beckhauser – *The metamorphosis of Law in the face of climate change and the contribution of the ecological dimension of Human*



*Rights*

Climate change is an emerging phenomenon that potentiates risks and uncertainties in the Anthropocene, questioning fundamental socio-political paradigms and metamorphosing the traditional posture of law towards an ecological dimension. Starting from this initial hypothesis, the paper aims to outline the main aspects of the ecological profile of law, shedding light on the need for new rationality of the legal system, with a re-reading of its categories and human rights to face climate change. By the deductive method and the techniques of documentary and bibliographic research, this article allowed verifying that climate change is a point of rupture and shift of social horizons, capable of creating a cosmopolitan panorama of actions and ending the human-nature duality. In this scenario of continuous transformations, one observed that the law must be reformulated based on the ecological organization of natural systems, in a way to keep anthropogenic activities limited to a safe operating space. Thus, the law aligns with the physical reality of a finite planet, and sustainability acts as a network of community relations in constant interaction. Finally, one could find the relevance of the ecological dimension of human rights to face climate change which, taking the environment as a prerequisite for the full enjoyment of all rights, transposes the human being from the center of the legal system to an ecological subject position, inextricably protected along with the natural ecosystems, so that law fosters horizontal and cooperative bases of coexistence in the planet.

**KEYWORDS:** *climate change; metamorphosis; human rights; ecologizing of law; Anthropocene.*

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN\*

*Climate Change and French Way of Participation*

**TABLE OF CONTENTS:** 1. *The French doctrine of participation:* A) *Early institutionalist collaboration.* B) *Controversial environmental opposition.* C) *Integrated ecological participation.* 2. *The Grenelle environment process:* A) *Outline of the experience.* B) *Strengths and weaknesses.* C) *A negotiation model.* 3. *Citizens Convention for Climate:* A) *Formation and outcomes.* B) *Perplexing aspects.* C) *A deliberation model.*

*1. The French doctrine of participation*

In a context of periodic crises in constitutional democracy, administrative participation forms part of the arsenal to counterbalance the detachment of authorities, public-sector elitism and citizen apathy. In this paper, we will attempt to describe how administrative participation evolved in French doctrine, although it is impossible to establish exact delimiting dates for the series of publications and events conveying the interaction between theory and practice. The periods are approximate and overlap each other, especially during times of change. Similarly, the aim of giving academic groups a prominent role in the series of trends is also to try to reference general or dominant guidelines, which we will see in the work by authors representing each stage.

In France, the theory concerning individuals collaborating with the government emerged early on during the roaring twenties, led by the institutionalist movement; however, its robust theoretical foundations failed to translate into practical measures, rather, the second postwar period offered a chance for large-scale public construction works and economic growth divorced from the idea of participation (A). At the time of the May 1968 crisis, we can identify a devastating sociological view of the first participatory experiments;

---

\* Professor of Administrative Law, University of Zaragoza (Spain). Study conducted as part of the ADESTER research group, financed by the Regional Government of Aragon (S22\_20R), and the research project: "Nature conservation banks and other environmental offsetting measures" of the Spanish Ministry of Economy, Industry and Competitiveness (PGC2018-099237-B-I00). The author is grateful to Michel Prieur (Limoges University), Olivier Lecucq and Hubert Alcaraz (University of Pau and Pays de l'Adour) and Diego Vera and Elsa M. Álvarez (Malaga University) for reading and commenting on a provisional text, although he claims sole responsibility for any errors and omissions that may have slipped through. E-mail: [flopez@unizar.es](mailto:flopez@unizar.es)

severely criticised, they highlight official attempts to neutralise the dissidents' demands; consequently, relations with the government seemed dominated by conflict and the rejection of the legitimacy of public power (*B*). In the 1980s, the deliberative democracy model burst into the Anglo-American political philosophy as a new form of ordering power relationships, although in France, and probably in most of Europe, there was an increase in participation types, particularly relating to environmental protection, which could apparently no longer be rechannelled into a single rationale; that is why we talk of the French way of participation, as we aim to identify an unstoppable process of consolidating participatory techniques, largely revolving around experts trained in a variety of non-governmental organisations engaged in vibrant social participation (*C*)<sup>1</sup>.

*A) Early institutionalist collaboration*

As is well known, the bureaucratic management model, championed in German Protestant theory of the state, reached its doctrinal zenith in Weber's historical and sociological arguments, which were compiled posthumously in 1922<sup>2</sup>. A professional bureaucracy subject to a sound hierarchical principle in objectively and uniformly applying the law became the dominant ideal in constitutional systems<sup>3</sup>.

Based on these considerations, citizen participation in public affairs was restricted to exercising suffrage<sup>4</sup>. Self-management did not represent a way for citizens to engage in the government's activity; instead it was a concept for

---

<sup>1</sup> The three periods established here largely coincide with those proposed by C. CLAEYS-MEKDADE (2006: 1–18).

<sup>2</sup> M. WEBER (1922). On the influence of Protestantism in shaping European capitalism, see M. WEBER (1904).

<sup>3</sup> See M. WEBER (1922: 133–140, 549–585 and 809–813), in which he identifies the legal domination with bureaucratic management type as the model for the modern state.

<sup>4</sup> Suffrage was also predominantly masculine. In Europe, women's right to vote was recognised in waves with peaks and troughs, especially after the two world wars: in 1919 (Germany, Netherlands), 1921 (Sweden), 1928 (United Kingdom), 1933 (Spain), 1944 (France) and 1945 (Italy). The international declaration of universal suffrage as everyone's right was not made until the Universal Declaration of Human Rights (1948: article 21.3).

grouping together instances when legal systems allowed regional communities or professional corporations to perform government roles as an exception<sup>5</sup>.

The gaps in the bureaucratic management model include early contributions made by French institutionalists linked to social Catholicism<sup>6</sup>. According to the theory posited by Hauriou (1925), an institution is characterised by an objective that results in the organisation a community requires to achieve it<sup>7</sup>. His disciple Renard (1930) used this as a basis to demand social and political recognition of institutions, mainly the church, but also corporations and associations<sup>8</sup>.

Gény (1930) was responsible for the detailed application of institutionalist theories to the government sphere<sup>9</sup>. In his remarkable book, given how early it was published, the author explains the feasibility of individuals collaborating with the government<sup>10</sup>. To that end, he criticises individualist notions establishing absolute separation between public and private lives and forbidding individuals from interfering in the exercise of government prerogatives<sup>11</sup>. Instead of these approaches, he advocates tempering the principle of non-collaboration as ideas and events have evolved in the delivery of public services and in the robustness of the institutionalist theory<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> See, for example: L. VON STEIN (1869: 110–127), which includes provinces, municipalities and professional and commercial corporations as cases of self-management; G. JELLINEK (1905: 637–660), who refers to forms of decentralisation by administrative autonomy and regions, which coincide with manifestations of self-management; O. MAYER (1906: 259–260), who translates the German expression *Selbstverwaltungskörper* into French as *Administration propre*, including in that category municipalities and also foundations and associations of public law constituted and supervised by the State; A. MERKL (1927: 337–361), with an approach to self-management equivalent to decentralisation, organised on both a regional and personal basis. In other words, regional and corporate entities exhaust administrative participation types, which are never viewed as something that could be incorporated into the one and only state administration.

<sup>6</sup> After Pope Leo XIII issued the encyclical *Rerum novarum* (1891), a social Catholicism aiming to strike a balance between Protestant liberalism and Soviet communism spread in several European scenarios. In France, it centred around the magazine *Le Sillon* and gathered several intellectuals trying to reconcile the Catholic religion with republican principles, including solidarity with the working class. However, clashes with the ecclesiastical authorities led Pope Pius X to explicitly condemn the movement in his encyclical *Notre charge apostolique* (1911).

<sup>7</sup> M. Hauriou (1925: 89–128), which includes studies by the author grouped under the title *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*.

<sup>8</sup> G. RENARD (1930).

<sup>9</sup> B. GENY (1930).

<sup>10</sup> *Ibid.*: 1–17.

<sup>11</sup> *Ibid.*: 19–44.

<sup>12</sup> *Ibid.*: 44–72.

Based on the previous theoretical framework, Gény expounds the three main ways individuals can collaborate with the government that he observes in the institutions of French statute law: a) *collaboration via interference*, which he proposes as a general explanation of valid actions by individuals performing government roles in the public interest as a result of an apparent investiture or in situations of state of necessity, as those during the First World War<sup>13</sup>; b) *collaboration via actual administrative decentralisation*, which he observes in governed people associating to exercise an advisory role, public services and even decision-making and execution powers typical of the public authority<sup>14</sup>; and c) *collaboration via parallel activity*, whose general examples the author identifies in foundations, associations and societies, which, even though they are established to promote individual freedoms, serve to offload some of the state remits onto governed people, including—as one example of this collaboration—taxpayers performing actions that correspond to the municipality<sup>15</sup>.

Given the relevance of these theoretical and practical approaches, it would have been fascinating to follow their development. However, the period between the wars and the Second World War were not a good time for fostering the social and political philosophy of collaboration with the government. Boosted by the aid received under the Marshall Plan after the war, France began a reconstruction and development period resulting in unparalleled economic growth, which is why it is referred to as the Thirty Glorious Years (*les Trente Glorieuses*).

In the newly established Fifth Republic, however, institutionalist theories were not followed, neither was it considered necessary to seek any special citizen legitimation for actions transforming the country. Large-scale infrastructures and the complex utilities for transport, energy, water, urbanisation, health and other services—including several nuclear power plants—were met with general citizen approval. The population did not ask to participate and the authorities did not think it was required<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Ibid.: 81–163, in which the author first dismisses the theories of management of others' businesses, of unjust enrichment and of de facto officials as an explanation of cases of individuals collaborating via interference in the performance of government roles.

<sup>14</sup> Ibid.: 165–240.

<sup>15</sup> Ibid.: 241–279.

<sup>16</sup> See C. CLAEYS-MEKDADE (2006: 3), who identifies the 1950–1970 period in France as lacking in environmental participation, manifested by the «acceptance/imposition» of large-

*B) Controversial environmental opposition*

French public opinion began to turn gradually and more significantly in the 1960s, which witnessed a proliferation of a wide range of social movements to protect the environment. As is well known, the discontent corroding the prosperous yet barely egalitarian French nation culminated in May 1968. The country was seriously convulsed by the condemnation and demands uniting workers and students, the former unhappy with their work conditions and the latter alarmed by the lack of opportunities for personal, social and political development<sup>17</sup>. The need to open up the public sector to society pervaded the strikers' demands and particularly some citizens' perception of necessary changes.

At that time, participation began to be demanded as one of the measures required to change government habits. Rejection of the Weberian approach stemming from organisational sociology played a vital role in forming the new participatory administration model. One of the most consequential works in this regard is linked to Crozier (1963) and his denouncement of closed systems such as the one represented by the French government<sup>18</sup>.

The prominent study by Chevallier (1976) is included within Crozier's sphere of academic influence<sup>19</sup>. Despite being a jurist, his baselines and detailed examinations are largely sociological, although this does not imply any ideological neutrality. Thus, the author identifies participation as an essential condition of the necessary democratisation of government action. This enables

---

scale infrastructures, which were appreciated by the population, with possible opposition reduced to a game of «negotiations of notables» (ibid.: 3).

<sup>17</sup> See A. NIETO (1971).

<sup>18</sup> See M. CROZIER (1963), in which he performs an empirical analysis of two large bureaucratic structures and ends up identifying a vicious circle of imposed regulations and centralised decision-making. As these cause personnel to become dependent and frustrated, more rules and more controls have to be established, thereby fostering ritualism, a class ethos, fleeing from reality and lack of participation. We also need to refer to M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON AND J. WATANUKI (1975), in which Crozier is particularly concerned with the situation of European democracies and highlights the importance of bureaucracy, among other issues (ibid.: 11–57). The significance of this author and his school can be gauged in A. PAULANGE-MIROVIC (2013: 545–567).

<sup>19</sup> J. CHEVALLIER (1975). This author believes the importance of Crozier's thinking lies in the express appeal of his organisational theories as a study framework (J. CHEVALLIER, 1975: 6–7), which does not prevent discrepancies in specific issues (ibid.: 50, 57).

him to launch a devastating criticism of the alternative stance, namely approaches limiting the scope of the participation to a simple means of improving government efficiency<sup>20</sup>.

Chevallier critically examines the participatory mechanisms established in the French government system to both reorganise the power structure and link it with society<sup>21</sup>. He believes they are techniques for bolstering the government's legitimation and image and changes that would mask the failings of the traditional principle of hierarchy by reducing conflicts, strengthening membership of the civil service or channelling and integrating trade union opposition<sup>22</sup>. In short, any changes in the way government power is exercised cannot conceal the actual results of participatory formulae, which Chevalier finds disappointing<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> J. CHEVALLIER (1975: 6) rejects the Weberian bureaucratic organisation model, considering it "rigid, ineffective, closed" and, supported expressly by M. Crozier's work, «incapable of correcting itself due to its errors». Nevertheless, in Chevallier's opinion, the French government is guided by this model, characterised as «a leadership style based on domination and subordination», since it is built on a pyramid job and task structure supported by centralised decision-making powers and unity of direction—in other words, it follows a strict principle of hierarchy—which is also viewed from the outside as a closed community that looks inwards for its principles of operation and keeps the public at a distance due to its monopolistic structure and assignment of public power prerogatives (ibid.: 7–10). The parallel description and criticism D. LOCHAK (1976) makes of the principle of hierarchy from a civil-service standpoint are perfectly consistent with Chevallier's approach.

<sup>21</sup> See J. CHEVALLIER (1975: 14–30), who applies French statute law details to the government's organisational and procedural reforms together with the results of a total of 26 dissertations defended by his students in the faculties of law of Amiens and Reims (1972–1975), on participation in local structures, town planning, land organisation and other administrative sectors (ibid.: 58–59).

<sup>22</sup> See J. CHEVALLIER (1975: 30–43), in which he outlines how to denaturalise participatory procedures and criticises reforms for not being standardised, the practice of unequal levels of participation based on stakeholders' differing social and economic positions, and the impossibility of non-organised forces to accede to governmental power; all this leads him to present the government apparatus as a mechanism for reproducing the social domination system: «Behind the official game of participation, based on equal competition of all social demands, lies a disparate reality: either the game is artificial and destined to serve as an ideological cover for a government whose authoritarian leadership style remains unaltered, or it is being played with marked cards, pitting players against each other as they do not have the same hands or possibilities of winning» (ibid.: 35).

<sup>23</sup> According to J. Chevallier, government participation should be all-inclusive, as gleaned from his criticism of the lack of participation in national defence (ibid.: 31) or in hospital organisation (ibid.: 35) and from the option for a government system formed by a plurality of autonomous centres exercising their powers without any higher control (ibid.: 36) and with their own economic resources (ibid.: 38).

Although the above doctrinal approaches may seem extreme, they link up with the demands and conflicts typically found in the first manifestations of ecologist opposition<sup>24</sup>. The fight against nuclear power, opposition to new motorways and high-speed rail lines, controversies surrounding waste facilities and many other infrastructures and utilities cause ongoing tension. A complete lack of recognition of the legitimacy of opposing stances, by both the authorities and the people demanding participation, can be observed in the origin of the clashes. That is why the demands escalated from, firstly, decision-making procedures to, secondly, decision-making organisation and, finally, the decision itself.

It is true that the initial political responses tended to neutralise protest movements along the lines of Tomasi di Lampedusa's *The Leopard*: everything must change to remain the same. The creation of the Ministry of the Environment (1971)—undoubtedly an early yet significant step France took to shape public interest in protecting the environment—was a political initiative backing the organisational solution scientists and bureaucrats wanted, although it was initially entirely disconnected from participatory demands<sup>25</sup>.

Some public roles are naturally better suited to participation than others, however. Town planning was a first area conducive to demands for and establishment of participatory techniques that could ease the tension caused by the varying powers of central, regional and municipal authorities and also by the interests of property owners, business owners, professionals and ecologists, among others. However, it was the environmental policy that would end up leading the process to demand and implement modern ways of participation, as we will see below.

### *C) Integrated ecological participation*

A pivotal movement of political philosophy supporting the deliberative democracy model began in the 1980s in the Anglo-American context. It is an ideal based on establishing that democratic systems are incapable of effectively

---

<sup>24</sup> According to C. CLAEYS-MEKDADE (2006: 3–4), after the previous phase of the people's uncritical acceptance of large-scale public works came the 1970–1990 period, which the author terms "environmental opposition". The unstoppable dynamic during these years involved the founding of small associations whose strength lies precisely in their plurality and local qualities.

<sup>25</sup> See Ministère de l'Écologie, du Développement Durable et de l'Énergie (2013).



resolving basic political disagreements. Instead of making decisions based on negotiation or voting, the proposed method was the strategic use of debating by the potentially impacted people or groups, with a series of principles observed to ensure the participants were on a level playing field<sup>26</sup>.

In the French experience, however, although contributions to debates of deliberative democracy abound<sup>27</sup>, pragmatic approaches seem to dominate; generally, these are unrelated to major theories and, sometimes, they are even subject to simple trial and error experiments.

The preferred area for developing and applying participatory techniques has been that related to environmental problems for at least two reasons: the first is the cross-sectional or horizontal nature of the environment, which, rather than being targeted by just one specific public policy, is the general focus of a wide variety of actions, thus resulting in a huge potential for environmental participation to expand<sup>28</sup>; the second reason concerns environmental decision-making methods, whose impact on the environment needs to be evaluated due to the same uncertainty that can affect the scientific knowledge of analysed objects<sup>29</sup>. Consequently, the scope of the objects considered and of the procedures applied establishes an extensive field for citizen participation.

Although this participation is broad-ranging, technical experts of all kinds play the most active role. The government no longer exclusively possesses the technical knowledge that in the past allowed it to adopt decisions

---

<sup>26</sup> The origin of the doctrine is linked to J.M. BESSETTE (1980). The model's basic principles are usually found in J. HABERMAS (1981) and J. ELSTER (1983). The first advancements include: J. COHEN (1989) and J. BOHMAN (1996). See extensively J. L. MARTÍ (2006).

<sup>27</sup> See A. BOUVIER (2007).

<sup>28</sup> From a legal standpoint, environmental protection is an aim, a major objective of legislation applicable to all public policies. This is how it is expressed in the principle of environmental integration, whereby the range of public policies should not be encompassed into just one environmental policy; instead, an initiative to protect the environment should be impressed upon all sectors and lines of public action, without prejudice to specific or sectoral environmental policies being rolled out alongside this general objective. The principle of integration is established in article 11 of the Treaty on the Functioning of the European Union (2007): «Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development».

<sup>29</sup> The environmental impact assessment is a US technique that was imposed on the European Community by Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985. It is currently regulated in Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment. See the studies in *Revue Juridique de l'Environnement* (2011).

backed only by its own experts. Top-ranking civil servants cannot now monopolise the knowledge applied in government decision-making, which is hugely fragmented and often fails to provide clear, unequivocal responses to questions raised. Associations of business owners, trade unions and ecologist organisations frequently have their own experts capable of collaborating with, rather than competing against, specialised civil servants to solve environmental problems.

Throughout the 1990s, the controversial confrontations marking the previous stage seemed to give way to more integrated participation; however, this does not mean it was more manageable, just more linked to expert knowledge of the issues<sup>30</sup>. Naturally, this is a trend rather than a standardised movement, as the new organisational and procedural measures could have been the consequence of demands or approaches put forward by non-governmental organisations that contributed to institutionalising specific mechanisms of citizen participation without renouncing their own positions. In any case, the variety of participatory types was characteristic of new trends in French doctrine, as we can see in some contributions.

In his study, the political scientist Blondiaux (2008) notes the emergence of these new participatory democracy practices to address failings in the traditional institutions of representative democracy<sup>31</sup>. Nevertheless, he also analyses criticism of these same participatory experiences: the limited local scope of the initiatives, practical command of rhetorical skills, political instrumentation, or the lack of decisive influence in actual public decision-making<sup>32</sup>. These criticisms, however, do not prevent the author from considering that the future of the participation is assured, given the expansion of citizen rights in political expression and also generalised demands for the accountability of people in government office<sup>33</sup>. This leads him to believe that participatory demands can no longer be conceived as a curb on public action but as a complement forcing consideration of viewpoints held by a broad range of

---

<sup>30</sup> See C. CLAEYS-MEKDADE (2006: 4-5), who dates “eco-citizen participation” from 1990 onwards, couched in “a criticism integration logic” characterised by strong pragmatism.

<sup>31</sup> L. BLONDIAUX (2008).

<sup>32</sup> L. BLONDIAUX (2008: 58–67). For this author, participation is a success because it is an appropriate way to respond to profound changes in our increasingly divided and complex societies requiring mechanisms for individuals and groups to connect (*ibid.*: 68).

<sup>33</sup> *Ibid.*: 70-74, in which he identifies the main participatory democracy types: budgeting, public debates and citizen juries.

people through citizen debates viewed as necessary and useful in adopting public decisions<sup>34</sup>.

The contribution made by van Lang (2014) on the legal extent of the principle of environmental participation is worth highlighting<sup>35</sup>. The author begins by mentioning that the principle in question initially lacked a precise meaning, which explains widespread criticism of its main embodiments, such as the late insertion of public surveys in decision-making processes or the limited scope of public debates<sup>36</sup>. However, she states that the principle «has become spectacularly consolidated in recent years» due to the impact of the sustainable development concept, which involves striking a balance between environmental protection, economic growth and social progress, especially through governing techniques leading to the expansion of the circle of stakeholders associated with decision-making and the systematic search for solutions reached by consensus<sup>37</sup>.

The thriving regulatory framework of environmental participation in France has actually been based on a series of texts forming the foundations of a system underscored in jurisprudence with broad political support. Thus, Bouchardeau's law (1983) began the important system of public surveys for large-scale public works<sup>38</sup>. Barnier's law (1995), with the aim of making environmental protection more robust, established the French National Committee of Public Debate granting associations major powers of promotion<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Ibid.: 107.

<sup>35</sup> A. VAN LANG (2014). Also see the collective works: Conseil d'État (2013), M. BOUTELET AND J. OLIVIER, eds. (2009).

<sup>36</sup> A. VAN LANG (2014: 2).

<sup>37</sup> Ibid.: 3–5; the author places environmental democracy within participatory democracy, considering that a “tempered version” of the latter is the specific deliberative democracy model.

<sup>38</sup> Law 83-630 of 12 July 1983 on the democratisation of public surveys and the protection of the environment is usually linked to the then minister for the environment, Huguette Bouchardeau, in P. Mauroy's cabinet, during President Mitterrand's first term. The regulation considerably helped improve the understanding and usefulness of public participation in environmental decision-making.

<sup>39</sup> Law 95-101 of 2 February 1995, on strengthening the protection of the environment, is known by the name of the then minister for the environment, M. Barnier, who promoted it during Balladur's government at the end of President Mitterrand's second term. We could say, therefore, that this law was linked to the French political left during its gestation, although it was applied by the centre-right executives that followed. Its contents include the creation of the French National Committee of Public Debate (article 2), which initially seemed to respond to the independent body model, since: a) chaired by a councillor of state, it is formed equally by political representatives, members of the state council and jurisdictions, and representatives of environmental associations; b) it acts on ministerial, parliamentary, regional, or association initiative; and c) it imposes public debate of projects with major impacts on the environment, and

Later, the Aarhus Convention (1998) established the public's right of participation in environmental decisions, detailing the scope, methods and effects<sup>40</sup>. The Constitutional Charter for the Environment (2005) confirmed the right to participation and referred the specification of its conditions and limits to the legislator, with a considerable reduction in regulatory power<sup>41</sup>. The law applying the principle of environmental participation (2012) emphasised the effectiveness of public consultations and debates, expanded affected decisions and consolidated the procedures to follow<sup>42</sup>.

Out of the many eminent institutions, we will focus on two national experiences. Both are crucial due to their scale and influence, no doubt a reflection of widespread collective willingness to participate in public decision-making. They differ, however, in their approach and practice, to the extent that they can be viewed as two separate models: one is the Grenelle environment process model, in which negotiation and agreement techniques predominate; the other is the model applied in the Citizens Convention for Climate, which follows deliberative democracy designs. In this paper we will compare the advantages and drawbacks and the strengths and weaknesses of both systems. Although they involve significant attempts to overcome the limitations of the

---

organises private committees whose reviews are not publicised. It was recognised formally as an independent administrative authority in article 134 of Law 2002-276 of 27 February 2002 on grassroots democracy. For the latest developments in France on public debates as a means of participatory democracy in constant progress, see TH. BERTRAND AND J. MARGUIN (2017).

<sup>40</sup> Convention promoted by the United Nations Economic Commission for Europe and approved in Aarhus on 25 June 1998, on access to information, public participation in the decision-making process and access to justice in environmental matters, ratified by France on 8 July 2002 (Law 2002-285 of 28 February 2002 and Decree 2002-1187 of 12 September 2002). See the series of studies on the Aarhus Convention in *Revue juridique de l'environnement* (1999).

<sup>41</sup> Constitutional Law 2005-205 of 1 March 2005, on the Environmental Charter, was the initiative of President Chirac. In article 7 it states: «Everyone has the right, within the conditions and limits defined by the law, to access information on the environment held by public authorities and to participate in producing public decisions impacting the environment». See the series of studies on the Constitutional Charter for the Environment in *Revue juridique de l'environnement* (2005).

<sup>42</sup> Law 2012-1460 of 27 December 2012, on applying the principle of public participation defined in article 7 of the Charter for the Environment, was approved at the beginning of President Hollande's term. See A. van Lang (2014: 17–25) for how it is applied to jurisprudence. Bear in mind that these participatory openings conceived in relation to environmental decisions influenced the generalisation of similar techniques for all administrative actions, as seen in the code on relations between the public and the government approved by Ordinance 2015-1341 of 23 October 2015. Its articles L131-1 to L135-2 regulate public association types in decisions made by the government (online open consultation, consultative government commissions and, especially, public surveys, as well as the public participation system in local decision-making).

principles of political representation and government hierarchy, they still make us question the very foundations of democracy and government.

## *2. The Grenelle environment process*

The first prominent national experience of public participation in France is the Grenelle environment process. Implemented in the 2007–2012 period, it included proper participatory stages, approval of the corresponding legal instruments and the drafting of monitoring reports. It consists of a set of actions whose features and outcomes have been analysed several times. We will outline its actions (A), its possible strengths and weaknesses (B) and its classification as a participatory model based on negotiation (C).

### *A) Outline of the experience*

The *Grenelle de l'environnement* was a process announced by President Sarkozy at the start of his term to fulfil the electoral promise of setting a major national ecological agreement in motion<sup>43</sup>. It was named after the place where they attempted to end the May 1968 crisis<sup>44</sup>. Its political backer's reason for his

---

<sup>43</sup> The forging of the political and environmental commitment seems to have resulted from two driving forces: the Alliance pour la planète, a short-lived organisation that initially brought together over eighty bodies on the initiative of Greenpeace and Friends of the Earth – France; and another linked to the popular journalist and presidential candidate N. Hulot. He managed to persuade several candidates in the 2007 elections to sign up to an ecological pact with ten sustainability objectives concerning the economy, energy, agriculture, land, transport, taxation, biodiversity, health, research and international policy, as well as five specific proposals: 1) creating a deputy prime minister responsible for sustainable development; 2) introducing a tax on carbon dioxide emissions; 3) focusing agricultural aid on the basis of quality criteria; 4) systematising participatory democracy procedures; and 5) developing an educational and awareness policy on ecology and sustainable development. See D. BOY (2010), and also the details provided at [www.fondation-nicolas-hulot.org](http://www.fondation-nicolas-hulot.org).

<sup>44</sup> In the 1968 crisis, the initial official reaction was more apparent than real; nevertheless, it led to a curious shaping of language. In an attempt to placate the general mood, Pompidou, the then prime minister and future president, instigated meetings with trade union and business representatives at the headquarters of the Ministry for Employment in Rue de Grenelle in Paris. Although there is no record of the signing of any document, the proclamation that this would happen sufficed for there to be talk of the Grenelle agreements. Since then, the place name has been used as an antonomasia in French to generically identify major negotiation processes between parties and even their outcome. Consequently, there are Grenelles of the sea, waves, hunting, teaching, health, public employment and, especially, the environment. For an explanation of this linguistic process, see D. BARBET (2010).

support may have been opportunism—a chance to be in the media limelight—which could help explain why some stakeholders were disappointed with the final results. However, this does not take objective significance away from the participatory process, which, in Prieur's words, was «original, long and complex» and formed «the first specific translation» of constitutional and international provisions for environmental participation<sup>45</sup>.

The *Grenelle de l'environnement* was implemented in two main differentiated procedures: one concerning social participation and the other parliamentary decision-making<sup>46</sup>. They connect and overlap, as seen in the insertion of a parliamentary debate between participatory mechanisms or in the establishment of a monitoring committee of legislative developments. Nevertheless, the differentiation can still be made without it seeming arbitrary and despite awareness that it leaves the government's role in a kind of limbo—it appears as a promotor, negotiator and even an arbiter, although its internal processes do not gain any external relevance.

The following phases were observed in the participatory process throughout 2007: a) formation of *working groups* representing several collectives to produce action proposals in the allocated subjects<sup>47</sup>; b) *consultations*, which began with a general debate in parliament, followed by regional meetings and a national announcement, as well as the issuing of reports

---

<sup>45</sup> M. PRIEUR (2010: 7 and 9), in which, on assessing the Grenelle process, the author underscores that France had not previously defined its environmental policy, unlike the European Community, which had been approving a series of environmental programmes since 1971 (ibid.: 7). Nevertheless, the same author collates some attempts at programming over the years (ibid.: 8–9): the “hundred measures” of Prime Minister Chaban-Delmas (1970), the quality of life charter promoted by President Giscard d'Estaing (1978), the report by M. Barnier advocating one hundred new measures (1989), the green plan produced during the term of Prime Minister Rocard (1990), the creation of the Commission for Sustainable Development (1993) and the series of national sustainable development strategies (1997, 2003 and 2010).

<sup>46</sup> For a complete and critical explanation of the various stages and positive and negative aspects of the *Grenelle de l'environnement*, see D. BOY, M. BRUGIDOU, CH. HALPERN and P. LASCOURMES (2012). In Spanish, see: D. J. VERA JURADO AND R. GALÁN VIOQUÉ (2009 and 2011), A. BOTO ÁLVAREZ (2010).

<sup>47</sup> Six working groups were formed and were responsible for: a) climate change and energy; b) biodiversity; c) health and the environment; d) sustainable production and consumption; e) ecological democracy; and f) ecological development fostering employment and competitiveness. Each party comprised 40 to 60 people representing the five collectives (state, local groups, non-governmental organisations, business owners and workers), with a total of around 350 participants. They drafted their reports between July and September 2007.

by several consultative bodies and other organisations<sup>48</sup>; c) *round tables* for providing conclusions<sup>49</sup>; and d) formation of *operational committees* responsible for defining the process contents<sup>50</sup>.

Next came the legislative process, which involved trying to translate the results obtained in the participatory stages into regulations. The most noteworthy content was as follows: a) first and foremost the law called *Grenelle I*, with a high programmatic content, since it established the general objectives of environmental reforms and achieved a high consensus across parliament<sup>51</sup>; b) it was followed by the law *Grenelle II*, which included a complex set of legal reforms generating widespread political dissent<sup>52</sup>; c) in parallel, some budgetary

---

<sup>48</sup> The general parliamentary debate is included in the records of the session of the *Assemblée Nationale* on 3 October 2007 based on a statement made by J. L. Borloo, Minister for Sustainable Ecology, Development and Organisation. Regional consultations were organised by the prefects in 18 average cities from 5 to 19 October 2007. The national consultation took place online on 14 October 2007. Several reports were issued by consultative bodies, and professional and business organisations.

<sup>49</sup> Largely negotiatory in scope, four round tables were held publicly on 24 and 25 October 2007, made up of representatives of the four collectives (associations, workers, business owners and regional groups) and the fifth collective, that is, the ministries directly involved due to the subject matter. The respective conclusions were published on the website of the Ministry for Ecology, Sustainable Development and Organisation.

<sup>50</sup> Thirty operational committees were established on detailed subjects. Prevalent in their formation were state representatives (45%) and business owners (25%).

<sup>51</sup> Law 2009-967 of 3 August 2009 on programming for the application of the Grenelle for the environment. It was passed almost unanimously by parliamentary political forces. This law adopted the major national commitment to fight against climate change, the backbone of the majority of the law's content. Although the Kyoto Protocol (1997) was being implemented during that 2008–2012 period, question marks were already being raised over later international commitments, which would not start to get on track until the Paris Agreement (2015). Nevertheless, in the law Grenelle I, the French state adopted a total of 268 objectives, which include the following: a) a considerable reduction in greenhouse gas emissions, which had to be divided by four by 2050; b) the start of the *taxe carbone*, a tax on carbon dioxide emissions; c) a land policy to protect biodiversity and conserve the natural environment; and d) prevention of risks for the environment and health.

<sup>52</sup> Law 2010-788 of 12 July 2010 on the national commitment to the environment. This is a long, complex text specifying measures to achieve the objectives established in the previous law and structured around six main areas: construction, transport, energy, biodiversity, waste and environmental governance. Thus, several provisions and new aspects were incorporated into environmental legislation: building housing in accordance with the BBC (*bâtiment basse consommation*) regulations; addressing energy insecurity; creating green and blue links for ecological connectivity; promoting organic agriculture; limiting the use of pesticides; regulating genetically modified organisms; establishing tax criteria to promote less polluting vehicles (*taxe bonus-malus*); developing energy labelling; and other issues. Also promoted were the construction of large-scale infrastructures and facilities, high-speed rail lines and renewable energy installations. For a critical appraisal, see PH. BILLET (2010: 19–25). The studies collated in

and financial provisions were adopted forming a kind of law *Grenelle III*<sup>53</sup>; and d) in the end, a *monitoring committee* was set up to assess the outcomes of the entire process<sup>54</sup>.

### *B) Strengths and weaknesses*

The striking feature of the Grenelle participatory process was grouping diverse stakeholders and allowing them to freely design guidelines for acting on environmental problems. Consequently, organisational and procedural solutions were established to form the bases of a French environmental participation model. This model seems to be characterised by the following elements: a) *governance of five*, so that state representatives, local collectives, non-governmental organisations, business owners and workers are integrated in the process; b) *autonomy of the works*, which right from the start were implemented with no conditions brought over from projects previously produced by experts linked to the government; c) *publicity of the actions*, reflected in easy access to data and the documents generated during the process, especially due to using new technologies; d) *favouring negotiations* that make it possible to establish

---

the specific edition of the *Revue juridique de l'environnement* (2010) provide information and criteria on reforms for building, town planning, water and flooding (B. Drobenko), transport (L. Fonbaustier), sea and marine environment (A. Citores), protection of nature (Ch. Cans), waste, industrial risks and nanoparticles (Ph. Billet), governance of companies and consumers (M.P. Blin-Franchomme), advertising (R. Léost), energy and climate (Ch. Krolík), public surveys (J.C. Helin) and producing regulations (G. Monédiaire). From a legal stance, the aspect worth noting in these reforms is the recognition of citizens' right to participate in producing regulatory texts, which was incorporated into article L 120-1 of the environmental code.

<sup>53</sup> Law 2008-1425 of 27 December 2008 on budgeting for 2009; Law 2008-1443 of 30 December 2008 modifying the budgets for 2008. Law 2009-1673 of 30 December 2009 on budgeting for 2010, regulated the carbon tax, which, however, was declared unconstitutional by the Constitutional Council 2009-599, of 29 December 2009, due to the excessive number of exemptions it included.

<sup>54</sup> The *Comité nationale du développement durable et le Grenelle de l'environnement* was established by Decree 2010-370 of 13 April 2010. The committee was formed by 41 members, divided as per the *gouvernance à cinq* model. It was replaced by the *Conseil national de la transition écologique* by Decree 2013-753 of 16 August 2013. Previously, the *Conseil économique et social* had been transformed into the *Conseil économique, social et environnemental* (Economic, Social and Environmental Council, known as CESE for short in French) by constitutional Law 2008-724 of 23 July 2008, which explains why it produced a final report in the Grenelle environment process: CESE (2012). In its report, CESE praises the *gouvernance à cinq* and not only proposes maintaining the outcomes of the original process but also relaunching it with principles updated for a green economy that can lead to sustainable development. It seems to be the swansong of the *Grenelle de l'environnement*.



solutions to environmental issues agreed with the represented social and political groups; and e) *effectiveness of the participation*, since besides consulting collective representatives, it is clear that the aim from the beginning is to establish public policy objectives and rules to address the problems detected.

Certainly, there may be doubts about the consistency and scope of these characteristics: a) the criteria applied to select the participating organisations and appoint their representatives is not known; b) the *gouvernance à cinq* formula favours business owners, workers and ecologists to the detriment of professional and rural collectives; c) the original idea of the five represented parties was gradually diluted in later phases of the process in favour of state agents<sup>55</sup>; d) the existence and, naturally, the level of the government's and parliament's involvement with the outcomes of the participatory process were shrouded in uncertainty; e) many representatives of the associative movement still feel disappointed by the defects observed in the procedures and by the scant importance attributed to the reforms; and f) finally, the events that unfolded could lead us to link the Grenelle process with the presidential period in which it took place and, therefore, consider it finished by the end of 2012.

All the above is true. Bitter criticism was plentiful, especially from the ecologist movement<sup>56</sup>. Crucial issues were sidelined, for example nuclear power, genetically modified organisms and the ecotax on transport. Nevertheless, the Grenelle environment experience made it possible to establish a set of properly French environmental participation procedures.

### *C) A negotiation model*

In accordance with the theory put forward by Boy (2010), the process is rooted in the traditions of consultative government, local consultation procedures related to the environment and seeking legitimation of controversial political decisions, although for the author all these sources form an “original

---

<sup>55</sup> The initial formation of the working groups was a balanced distribution of the various collectives and there was even a consolidated presence of non-governmental organisations with 26% of the places compared with 19% for the state representatives. However, as the works progressed, the state representatives gradually acquired more prominence until they represented 45% of the participants in the final phase of the operational committees. See the calculations by D. BOY (2010: 316–317).

<sup>56</sup> See, for example, S. KERCHOVE (2010).

synthesis” in the Grenelle process<sup>57</sup>. He includes the experience within deliberative democracy, despite emphasising that it cannot be viewed as targeting the wider society, but instead a part of the organised civil society, and led, in any case, by state agents<sup>58</sup>. The analysis of the surveys enables him to state that «the social image of Grenelle has become consolidated and the public seem to trust this process to arrive at more effective environmental policies» and he ends up qualifying the process as a «major event in the history of environmental policies in France»<sup>59</sup>.

In my opinion, these are not mechanisms that can be considered, either exclusively or predominantly, a manifestation of Anglo-American deliberative democracy formulae. Debate, argument and reasoning by the representatives of several collectives are undoubtedly elements present in the process. However, confining Grenelle to a kind of search for the best, most sound, most exact or fairest logical discourse would seem inappropriate, since participation *à la française*, at least in this case, also includes a major dose of negotiation based on represented interests. Furthermore, the preference for technical decisions, especially those linked to the bureaucracy of merit and capability, is accepted in the final implementation regulations. In the end, the political decisions adopted by government and parliament also prevail and are imposed.

### 3. *Citizens Convention for Climate*

The second main French experience of national participation that we will refer to is linked to the Citizens Convention for Climate, whose actions occurred from 2019 to 2021<sup>60</sup>. As with the Grenelle process, we can identify a first period of citizens' proposals and a second of legislative developments. However, the similarities end there, since the Convention's formula rules out governance linked to several collectives and instead opts to form a representative assembly of French society, which would have to express general

---

<sup>57</sup> See D. BOY (2010: 318–320).

<sup>58</sup> Ibid.: 321–322.

<sup>59</sup> Ibid.: 324.

<sup>60</sup> For a summary of comparative experiences in the field, see S. ACOSTA (2020: 15-25), which includes, in addition to the French Convention, the citizens' assemblies of parliamentary initiative constituted in the United Kingdom (2020-2021) and Scotland (2020-2021) exclusively in relation to climate change, and in Ireland (2016-2018) including deliberation on other issues, as well as the People's Climate Parliament developed in Sweden by citizen impulse (2014-2018).

political objectives in the fight against climate change. Our interest lies in focusing on the criteria applied in forming the assembly and its outcomes (A), which will enable us to assess how sound the principles of the participatory formula are (B), to end by upholding its status as a deliberative participation model (C).

*A) Formation and outcomes*

The yellow vest movement put a great deal of pressure on President Macron, who was forced to react by offering ways to overcome the built-up tensions<sup>61</sup>. One of the measures adopted was the convening of the Great National Debate, whose proposals included randomly selecting a group of people to represent French citizens and to establish guidelines for fighting climate change<sup>62</sup>.

This was the origin of the Citizens Convention for Climate, set up on a temporary basis by the government as part of the Economic, Social and Environmental Council. Its purpose was to «define structural measures to manage, with a spirit of social justice, to reduce greenhouse gas emissions by at least 40 per cent from now to 2030 in relation to 1990»<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> See J. CONFRAVEUX, ed. (2019) for details of the yellow vest (*gilets jaunes*) movement from 2018 to 2019.

<sup>62</sup> The Great National Debate, announced by the president of the Republic on 14 December 2018, began on 15 January and was expected to finish on 15 March 2019, although in the end it was extended to June 2020. It consisted of a variety of activities: meetings, online questionnaire, regional assemblies with randomly selected citizens and grievance books in town halls. Calculations place participant involvement at around two million. For its legal system, see: Decree 2019-23 of 14 January 2019, establishing a mission to organise and coordinate the Great National Debate; Decree 2019-61 of 31 January 2019, establishing a panel of guarantors for the Great National Debate. In the doctrine, see: E. BUGE AND C. MORIO (2019), who offer a range of data on participation levels in the Great National Debate (*ibid.*: 1211–1214); they estimate that it is an “unprecedented” experience and they assess it as hybrid as it has features of citizen consultation, deliberative debates and people’s demands (*ibid.*: 1209, 1220 and 1238); P. PERRINEAU (2020), who considers that the debate contributes the worldwide novelty of a large-scale participatory democracy experience, although he views its actual impacts on French political life as “modest”.

<sup>63</sup> See the *lettre de mission* sent by Prime Minister Philippe to the Economic, Social and Environmental Council (CESE) on 2 July 2019 ([www.conventioncitoyennepourleclimat.fr](http://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr)).

The Convention was formed by 150 citizens selected using an initially random procedure<sup>64</sup>. Thus, a database of 300,000 randomly selected telephone numbers (85% mobiles and 15% landlines) was created and used to contact the phone owners to, firstly, gain their consent and, secondly, apply certain quotas regarding gender, age, educational level, socio-professional category, district and geographical area. Therefore, this was a voluntary procedure fostering the presence of participatory people motivated by the subject<sup>65</sup>.

CESE was responsible for the logistics of the Convention's work with a budget that enabled it to absorb expenses and compensations<sup>66</sup>. A large *governance committee* with functional autonomy was in charge of organisation<sup>67</sup>. In addition, to ensure the complete freedom of the work, a panel was established with three *guarantors* appointed by the chairpersons of CESE and both parliamentary chambers<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> For a detailed analysis of the selection procedures applied, see: J.M. FOURNIAU, B. APOUEY AND S. TOURNUS (2020). For practical reasons, 165 phone owners were actually selected including substitutes (ibid.: 4); however, the reference to 150 was kept as it was considered a "symbol" (ibid.: 6).

<sup>65</sup> The fact that it was voluntary actually lies in the detail that nine out of every ten people contacted by telephone hung up when they were told the reason for the call. In the end, 96,500 phone calls were made (or text messages sent); 11,400 people responded, and out of these 700 were not eligible and 6,600 decided not to participate, leaving 4,100. The selection criteria were applied to these citizens to recruit 191 people (151 participants and 40 substitutes) but the final number of participants was 165. All the details can be found in J.M. FOURNIAU, B. APOUEY AND S. TOURNUS (2020: 3).

<sup>66</sup> The Convention's final budget came to €5,431,223 to pay for the expenses of experts, management, communications, promotion, logistics, compensation, random selection process and carbon offsets. The CESE paid for the travel, accommodation and childcare costs of the Convention's members, who received a payment for participating in each session equivalent to the amount given to jurors (€86.04/day, with a maximum total of €1,462), as well as compensation for the loss of work income (€10.03/hour). All the details can be found at: [www.conventioncitoyennepourleclimat.fr](http://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr).

<sup>67</sup> In the prime minister's appointment letter dated 2 July 2019, the CESE was given a large margin to form the governing committee, which was responsible for ensuring the implementation of the Convention, providing support to produce the work programme, supervising execution, establishing the internal regulations and defining the methods to follow. The committee was chaired by the directors of the Terra Nova Foundation and the European Foundation for Climate. It was formed by climate (3) and participatory democracy (3) experts, representatives of the economic and social sectors (4), ministry-appointed figures (2) and randomly selected Convention members (2), with the deputy chairperson of the CESE acting as the general rapporteur. All the details can be consulted at [www.conventioncitoyennepourleclimat.fr](http://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr).

<sup>68</sup> In the prime minister's appointment letter dated 2 July 2019, this formation of the panel of guarantors was suggested to oversee the implementation of the Convention's works in accordance with the principles of impartiality and sincerity.

From a technical viewpoint, the Convention's members were able to access several advisory services formed on the governance committee's initiative. These were: a) the *support group* comprising fifteen experts, who advised on the work to be performed and the proposals to adopt; b) the *legislative committee*, formed by six civil servants and jurists, who provided details on how to couch the measures prepared by the Convention in appropriate legal terms; c) *parties intervening* in training sessions from public authorities, universities, companies, associations, foundations and others; d) *checkers* loaned to the Convention's members by several research centres; and e) *session team leaders*, professionals at promoting citizen dialogue and linked to consulting companies hired for that purpose. The team was rounded off with around thirty accredited *observers* who were present at the Convention's sessions<sup>69</sup>.

The work took place on seven weekends from October 2019 to June 2020. Many of the sessions were dedicated to training the Convention's members, who received information and criteria related to their mission from the intervening parties and checkers. Five working groups were established around the themes of: accommodation; travel; food; consumption; and production and work. The group leaders made the activities interesting to ensure effective participation of all members taking part in the debates. This was aided by holding the plenary meetings in small groups. Before the propositions were adopted, with the help of the support group and the legislative committee, they were always preceded by argument, reasoning and discussion<sup>70</sup>.

The final proposals were formally adopted at the Convention's last session and merited a widely favourable overall vote<sup>71</sup>. Following the contents is neither easy, nor indeed entertaining, even if their presentation is well

---

<sup>69</sup> All the details can be found at: [www.conventioncitoyennepourleclimat.fr](http://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr).

<sup>70</sup> All the details can be found at: [www.conventioncitoyennepourleclimat.fr](http://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr).

<sup>71</sup> See Convention Citoyenne pour le Climat (2021). The text can be found at [www.propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr](http://www.propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr). The result of voting on the entire report was: 95% in favour, 5% against. In general, a high level of consensus is observed in the voting on the proposals, with favourable percentages of 95% and even above 98% almost always the norm. Nevertheless, some cases were more controversial, such as the one relating to the establishment of a maximum speed of 110 km/h on motorways, discussed at length in the media, whose percentage of positive votes was 59.7% compared with 40.3% of negative votes (ibid.: 183); this measure was one of the three explicitly rejected by President Macron, together with those on reforming the constitutional preamble and limiting business profits, which were also excluded (statements in *Le Monde* on 29 June 2020).

organised in the five abovementioned themes, which are divided into families of objectives, including explanations or specific motivations. In addition, the proposals can be accompanied by two activities that do not involve the members: a) an impact assessment of the general target of reducing greenhouse gas emissions, performed by the support group; and b) redrafting parts of the text that should be deleted, as well as appropriate additions, depending on the legislative committee's opinion<sup>72</sup>.

This is a structured set of complex criteria and proposals involving an exhaustive journey through the legal system, which needs the introduction of a broad variety of reforms, some essential and significant and others less so. Some could be adopted by the executive by approving the corresponding regulation, others would require following the legislative procedure, and there are even proposals to amend the constitution of the Republic. Such a far-reaching scope of the Convention's proposals deserves some analysis.

### *B) Perplexing aspects*

The Citizens Convention for Climate is a new and vital exercise of national deliberative citizen participation, as I will try to advocate. It has allowed approaches that can serve to structure a public policy with huge ramifications. However, wide-ranging questions remain about its formation, action and proposals, which we can perhaps condense into two sets of issues: the first is structural and the second concerns the usability of the experience.

The first issue that we must consider is the scope that should be given to the Convention's deliberations on the level of depletion of the French political system, and even the need to replace it with deliberative democracy. In this regard, if we heed some authors' presentation, the Citizens Convention for Climate would be a kind of "France in miniature", more representative of diversity in French society than parliament and, therefore, more suited to remedying the serious failings we are assured exist in representative mechanisms and applicable legislation<sup>73</sup>. A collective that additionally is free

---

<sup>72</sup> See Convention Citoyenne pour le Climat (2021:11).

<sup>73</sup> See: F. GOUGOU AND S. PERSICO (2020), who compare the Convention's social composition with that of the national assembly, concluding that the former has enabled the representation of social groups that are absent or clearly underrepresented in the latter (ibid.: 3-4); N. STIRN (2021), who simply seems to provide details of the aforementioned criteria on the Convention's

from ideological ties and commitments other than objectively seeking the public interest<sup>74</sup>.

Nevertheless, different doctrinal assessments are still made, highlighting the limits of the representativeness attributed to the Convention<sup>75</sup>: a) random selection did not make it directly representative<sup>76</sup>; b) the demographic criteria adopted to appoint the members may have been inappropriate and insufficient<sup>77</sup>; c) particularly, the lack of representation of the population's opinions has been highlighted<sup>78</sup>; and d) in practice, the debates were limited in the extent of their opposing views<sup>79</sup>.

Naturally, it seems that we must rule out any aim to replace the supposedly "exhausted" French representative democracy by a deliberative democracy exercised by citizens with no ideology. The Convention involves a direct relationship between the president of the Republic and citizens. Its practical effects are limited to public opinion and exercising suffrage. Trying to establish an effective link between the parliament resulting from free elections and the assembly of citizens formed by following demographic criteria is not feasible.

The second major issue the Citizens Convention for Climate raises concerns the material contents impacted by its works. Their usability should be addressed, given that their starting point is the confirmation of the alleged

---

representativeness (ibid.: 148–149). In the Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 8) its members assure the French people that they are forming «an image of French society capable of representing you».

<sup>74</sup> See L. BLONDIAUX (2020), who highlights the «unprecedented and incomparable» nature of the Convention (ibid.: 17), whose components would always have sought to be «in a general interest position», an attitude that «contrasts with parliamentary assemblies» (ibid.: 18).

<sup>75</sup> D. COURANT (2020).

<sup>76</sup> Ibid.: 60–61, in which the author explains that, statistically, a larger panel of around a thousand citizens would be necessary so that all the social categories could be represented, and also that participation should be obligatory, conditions that the Citizens Convention for Climate did not meet.

<sup>77</sup> Ibid.: 61, in which the author states that the criteria applied in selecting the Convention's members do not include, for example, the race component commonly used in the Anglo-American countries for this type of experience.

<sup>78</sup> Ibid.: 61–62, highlighting that over 80% of the Convention's members stated they "think about ecology" often or always.

<sup>79</sup> Ibid.: 62, in which the author underlines that the climate change problem is open and complex, and also that there is no conflict in the guidelines the experts gave to the Convention's members.

ineffectiveness of the current legal system to ensure the protection of the environment and specifically to combat climate change<sup>80</sup>.

Is this the case? In other words, does France have a disastrous environmental law requiring essential changes? If it were appropriate, I would respond negatively, given both the sound framework afforded by the European Union's environmental policy and the impact of the genuinely French contributions on the issue. Nonetheless, as it is understood that an author's personal opinion is not relevant, we need to find the extent to which the Convention's outcomes underpin the image of a provider of the minimum attention the climate emergency requires.

The two constitutional reform proposals made by the Convention seem appropriate for calibrating the material significance we are seeking. One reform proposes adding a special preponderance on protecting the environment above human rights in the preamble of the Republic's Constitution<sup>81</sup>. The other aims to consolidate France's responsibility for environmental issues by committing to the conservation of biodiversity, the environment and to combating climate change<sup>82</sup>.

Both initiatives have proved problematic and have ended up being ruled out for important reasons. Modifying the constitutional preamble was immediately rejected by the president of the Republic as he believed it questioned the supremacy of human rights by establishing an unwarranted hierarchy among constitutional rules<sup>83</sup>. The proposal to include conservationist

---

<sup>80</sup> See Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 13), in which the works performed are said to have made it possible to «discover numerous initiatives and existing laws to protect the environment». However, at the same time, it states that «for several reasons this does not work», apparently because the rules are neither applied nor respected. These are intuitions, not statements of facts.

<sup>81</sup> Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 414), in which it is proposed that the commitment to human rights, the principles of national sovereignty and environmental rights and duties in the 1958 Constitution preamble should be followed by a new paragraph stating: «The reconciliation of rights, freedoms and principles arising from it must not compromise the preservation of the environment, humankind's shared heritage». This suggestion coincides with the one in amendment 328 to the constitutional bill 911 of 9 May 2018 for a more representative, responsible and effective democracy, which was withdrawn on 29 August 2019.

<sup>82</sup> Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 416), proposing the inclusion of a new paragraph in article 1 of the Constitution: «The Republic guarantees the conservation of biodiversity, the environment and the fight against climate change».

<sup>83</sup> Statements made by President Macron, *Le Monde*, 29 June 2020. Imposing a complete subordination of human rights to environmental protection demands raises unknowns that are hard to solve given the variety of both subjective situations that may be impacted and the



duties in the fundamental text was adopted in the corresponding constitutional bill, but as it was conditioned in the Senate to the contents of the Constitutional Charter for the Environment, the initiative failed<sup>84</sup>. Consequently, it seems the referendum planned as the culmination and legitimation of the work performed by the Citizens Convention for Climate will not take place<sup>85</sup>.

*C) A deliberation model*

The Convention's work offers useful, attractive proposals whose basic principles are well-argued. Alongside these, however, we also find statements and aims that can seem debatable, enigmatic and even naive<sup>86</sup>. This is only to be

---

environmental protection measures involved. The Constitutional Council has certainly shown that it is receptive to forward-looking approaches in this regard, and it even uses concepts that closely mirror those used in the proposal to amend the constitutional preamble referred to. Thus, in its decision 2019-823 of 31 January 2020 (*case of the phytosanitary products*), it inferred from the preamble of the Constitutional Charter for the Environment that "the protection of the environment—humankind's shared heritage—is an objective with constitutional value". It is an objective that could even justify some restrictions of human rights and freedoms such as those imposed on free enterprise in the analysed case. Nevertheless, in the 2020-809 decision of 10 December 2020 (*case of phytosanitary products for sugar beet*), the same Constitutional Council prudently specified that the limits established by the legislator in exercising the right to live in a balanced, health-respecting environment (article 1 of the Constitutional Charter for the Environment) «could not fail to observe constitutional requirements, nor be justified by a reason of general interest, nor be proportional to the aim pursued».

<sup>84</sup> See constitutional bill 3787 of 20 January 2021, completing article 1 of the constitution concerning the conservation of the environment, which absorbed the proposal in the Citizens Convention for Climate. The text resulting from the second reading in the national assembly (22 June 2021) coincided substantially with the government project while the one resulting from the second reading in the senate (5 July 2021) required the conservationist commitment to have to take place «in the conditions set forth in the Charter for the Environment». The divergence between the chambers led to the announcement of the government's withdrawal of the bill (6 July 2021). The report by the State Council (401868 of 14 January 2021) highlighted that «the principle of protecting the environment now occupies the highest position in the hierarchy of regulations» after becoming part of the Constitutional Charter for the Environment, «an integral part of the constitutional corpus» (point 4).

<sup>85</sup> See the reasons provided in favour of a constitutional referendum concerning climate change: N. STIRN (2021: 163–172); F. GOUGOU AND S. PERSICO (2020: 6–11); D. COURANT (2020: 64).

<sup>86</sup> The relationship between many of the Convention's proposals and the mission it was given—finding appropriate ways to reduce greenhouse gas emissions—is not always obvious; see L.A. DUVIC-PAOLI (2022: 20). In the Convention Citoyenne pour le Climat report (2021: 11) we can find confirmation of the disperse nature of its proposals, given that the support group rated each of them using a scale of involvement with the objective of reducing emissions with scores ranging from the maximum of three stars to the "not assessable" category.

expected given the entity's composition and the methodology followed in its work.

However, this variety of contents, affecting the quality and the opportunity of the outcomes, enables us to diminish the importance of the scope that they should be given. They should not be seen as inevitable, as necessary or even, in some cases, as plausible reforms. The president of the Republic's emphasis on the Convention's impact is exclusively political in scope as it should be measured in terms of the electorate's satisfaction. Its effects cannot be considered as legally binding for either the president or, obviously, parliament, which was not involved in designing the operation.

Lack of obligation for political authorities does not translate into no commitment, however. Not only were the demands of the deliberative processes met in the reasoned implementation of the Convention's work, the debates were also continued in the president's and parliament's responses after the event. The decision-making method based on reasoning seems to have continued to reject, correct, weigh up or absorb the proposals arising from the citizen participation process<sup>87</sup>.

If we strip the Convention of its aims or possibilities of replacing representative democracy, we will discover a pioneering, innovative and attractive citizen participation experience in the definition of public climate policy. A formula presenting itself as a deliberation model enabling the French political system to be completed, extended and improved.

The varied mechanisms that have formed the branches of the rule of law throughout history show no signs of depletion, as some circles would have us believe. Respect for human rights and the separation of powers are still the crucial foundations of constitutional systems, as the French revolutionaries

---

<sup>87</sup> The effects of the Citizens Convention for Climate include the climate and resilience law, Law 2021-1104 of 22 August 2021, on the fight against climate change and consolidating resilience to its impacts, whose bill 3875 of 10 February 2021 was the subject of detailed debates set out in acts of parliament; thus, the proposals put forward in the Convention cannot be viewed as sterile under any circumstances. See E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ AND M. MORENO LINDE (2021). Creating an independent authority for environmental protection and transforming the CESE into a citizen participation chamber have been sidelined as they are issues raised as a focus of discussion requiring constitutional reforms in *Convention Citoyenne pour le Climat* (2021: 419–421); in this regard, see the observations made N. STIRN (2021: 162–164).

asserted (article 16 of the 1789 Declaration). As part of these rights, active and passive suffrage of all human beings provides the lifeblood of our democracies and determines the formation of parliaments based on ideologies and the interests of several collectives. Weberian approaches and, in general, the findings of the German school of public law are still useful for explaining the concepts and basic relationships of political systems. It would be irresponsible to lay claim to superior solutions based on a type of genetic-social engineering that would have to ensure the formation of representative samples of countries' populations.

I will stop there. I realise these are elementary questions not involving any contribution as they are extremely well known and understood. I will only add that recognising permanent elements of democracy under no circumstances involves rejecting reforms that improve their content and scope. As is well known, we are currently immersed in essential lines of action, such as the fight against corruption or holding governors to account.

Citizen participation is undoubtedly one of the ways we can improve representative political systems. In short, the Convention experience, as a complement to democracy rather than its replacement, and beyond the constraints arising from its political genesis, is a useful and attractive model in comparative law.

#### BIBLIOGRAPHY

ACOSTA, SARA, coord. (2020), *Asambleas ciudadanas: el poder de la participación social en la acción climática*, Madrid, Conama, 64 pp.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ELSA-MARINA & MORENO LINDE, MANUEL (2021), "Francia y su agenda por el clima en la época Macron", G. García-Álvarez & álii (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2021*, Madrid, CIEMAT, 267-285.

BARBET, DENIS (2010), *Grenelle: histoire politique d'un mot*, Presses Universitaires de Rennes, 282 pp.

BERTRAND, THOMAS & MARGUIN, JULIEN (2017), "La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure de débat public", *Revue Juridique de l'Environnement*, 3, 457-493.

BESSETTE, JOSEPH M. (1980), "Deliberative Democracy. The Majority Principle in Republican Government", R.A. Goldwin & W.A. Chabira (eds.), *How democratic is the Constitution?*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 102-116.

BILLET, PHILIPPE (2010), "De la loi Grenelle 1 à la loi Grenelle 2", *Revue juridique de l'environnement*, special issue, 19-25.

BLONDIAUX, LOÏC (2008), *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, 109 pp.

BLONDIAUX, LOÏC (2020), "La délibération au coeur de la convention citoyenne" (interview), *Diagonal*, 209, 17-19.

BOHMAN, JAMES (1996), *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge (Massachusetts), MIT, 320 pp.

BOTO ÁLVAREZ, ALEJANDRA (2010), "La puesta en marcha efectiva de Grenelle de l'environnement en Francia: balance y perspectivas", *Revista General de Derecho Administrativo*, 25, 1-32.

BOUTELET, MARGUERITE & OLIVIER, JULIETTE, eds. (2009), *La démocratie environnementale. Participation du public aux décisions et politiques environnementales*, Éditions Universitaires de Dijon, 250 pp.

BOUVIER, ALBAN (2007), "Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative", *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-136, 5-34.

BOY, DANIEL (2010), "Le Grenelle de l'environnement: une novation politique?", *Revue française d'administration publique*, 134, 313-314.

BOY, DANIEL - BRUGIDOU, MATTHIEU - HALPERN, CHARLOTTE & LASCOUMES, PIERRE (2012), *Le Grenelle de l'environnement: acteurs, discours, effets*, Paris, Armand Collin, 352 pp.

BUGE, ERIC & MORIO, CAMILLE (2019), "Le grand débat national, apports et limites pour la participation citoyenne", *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 5, 1205-1238.

CHEVALLIER, JACQUES (1975), "Bilan de recherche sur la participation dans l'Administration française", J. Chevallier, J.L. Picard & F. Rangeon, *La participation dans l'Administration française*, Paris, Presses Universitaires de France, 5-57.

CLAEYS-MEKDADE, CECILIA (2006), "La participation environnementale a la française : le citoyen, l'État... et le sociologue", *Vertigo. La revue électronique en sciences de l'environnement*, 7-3, 1-18.

COHEN, JOSHUA (1989), "Deliberation and Democratic Legitimacy", A. Hamlin & Ph. Petit (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Oxford, Blackwell, 17-34.

CONFRAVEUX, JOSEPH, ed. (2019), *Le fond de l'air est jaune. Comprendre une révolte inédite*, Paris, Seuil, 224 pp.

Conseil d'État (2013), *La démocratie environnementale*, La Documentation Française, 297 pp.

Conseil économique, social et environnemental (2012), *Bilan du Grenelle de l'environnement. Pour un nouveau élan*, Journal Officiel de la République Française, 71 pp.

Convention Citoyenne pour le Climat (2021), *Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat*, report finally adopted on 21<sup>th</sup> June 2020, corrected version on 29<sup>th</sup> January 2021, 460 pp.

COURANT, DIMITRI (2020), "La Convention citoyenne pour le climat. Une représentation délibérative", *Revue Projet*, 378, 60-64.

CROZIER, MICHEL (1963), *Le phénomène bureaucratique. Essai sur les tendances bureaucratiques des systèmes d'organisation modernes et sur leurs relations en France avec le système social et culturel*, Paris, Seuil, 413 pp.

CROZIER, MICHEL; S.P. HUNTINGTON, SAMUEL P. & WATANUKI, JOJI (1975), *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to de Trilateral Commission*, New York University Press, 220 pp.

DUVIC-PAOLI, LESLIE-ANNE (2022), "Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens' Assemblies", *Transnational Environmental Law*, 1-27.

ELSTER, JON (1983), *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge University Press, 192 pp.

FOURNIAU, JEAN MICHEL ; APOUEY, BENEDICTE & TOURNUS, SOLENE (2020), "Le recrutement et les caractéristiques des 150 citoyens de la Convention citoyenne pour le climat", [www.participation-et-democratie.fr](http://www.participation-et-democratie.fr), 21 pp.

GENY, BERNARD (1930), *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, préface de G. Renard, Paris, Recueil Sirey, 300 pp.

GOUGOU, FLORENT & PERSICO, SIMON (2020), "Décider ensemble. La Convention citoyenne pour le climat et le défi démocratique", *La vie des idées*, 29/05/2020, 1-11.

HABERMAS, JÜRGEN (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Mai, Suhrkamp Verlag, 2 vols.

HAURIUO, MAURICE (1925), "Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 23, 89-128.

JELLINEK, GEORG (1905), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 837 pp.

KERCHOVE, STEPHEN (2010), *Grenelle de l'environnement: l'histoire d'un échec*, Gap, Yves Michel, 128 pp.

LANG, AGATHE VAN (2014), "Le principe de participation: un succès inattendu", *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 43, 1-38.

LOCHAK, DANIELLE (1976), "Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique", *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, 37, 121-203.

MARTÍ, JOSÉ LUIS (2006), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 359 pp.

MERKL, ADOLF (1927), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 400 pp.

MAYER, OTTO (1906), *Le droit administrative allemand*, IV, French edition by the author, Paris, Giard & Brière, 405 pp.

Ministère de l'Écologie, du Développement Durable et de l'Énergie (2013), *Pour mémoire. Revue du comité d'histoire, proceedings of Association pour l'histoire de la protection de la nature et de l'environnement, Aux sources de la création du ministère de l'Environnement* (Paris, 16<sup>th</sup> November 2011), 126 pp.

NIETO, ALEJANDRO (1971), *La ideología revolucionaria de los estudiantes europeos*, Barcelona, Ariel, 277 pp.

PAULANGE-MIROVIC, ALEXANDRE (2013), "Nous avons réinventé la sociologie. L'Association pour le développement des sciences appliquées: genèse sociale d'une entreprise académique (1968-1975)", *Revue française de science politique*, 63-3, 545-567.

PERRINEAU, PASCAL (2020), "Le grand débat national: la démocratie participative à grande échelle", *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 175, 113-129.

PRIEUR, MICHEL (2010), "Du Grenelle de l'environnement à la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement", *Revue juridique de l'environnement*, special issue, 7-12.

RENARD, GEORGES (1930), *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique. Vol I, Partie juridique*, Paris, Recueil Sirey, 639 pp.

*Revue juridique de l'environnement* (1999), special issue on *Convention d'Aarhus*, 133 pp.

*Revue juridique de l'environnement* (2005), special issue on *Charte constitutionnelle de l'environnement*, 264 pp.

*Revue juridique de l'environnement* (2010), special issue on *Présentation de la loi portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II)*, 251 pp.

*Revue juridique de l'environnement* (2011), special issue on *Évaluation environnementale et gestion de la biodiversité*, 184 pp.

STEIN, LORENZ VON (1869), *Die Verwaltungslehre, I-2. Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem*, Suttgart, Cotta'schen, 355 pp.

STIRN, NORA (2021), "Le nouvel élan participatif de la Convention citoyenne pour le climat et ses répercussions sur la procédure de révision de la Constitution", *Revue française de droit constitutionnel*, 127, 147-173.

VERA JURADO, DIEGO-JOSÉ & GALÁN VIOQUÉ, ROBERTO (2009), "Francia: el proceso *Grenelle* de definición de la política ambiental", F. López Ramón (ed.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 169-179

VERA JURADO, DIEGO-JOSÉ & GALÁN VIOQUÉ, ROBERTO (2011), "Francia: las nuevas referencias constitucionales y los logros del proceso de *Grenelle*", F. López Ramón (ed.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 135-147.

WEBER, MAX (1922), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehender Soziologie*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1980, 948 pp.

WEBER, MAX (1904), "Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 20-1, 1-54.

**ABSTRACT**

Fernando López Ramón – *Climate Change and French way of participation*

The purpose of this study is to present and assess in legal terms the national public participation and deliberation procedures concerning the environment and, specifically, climate change followed in the French Republic. Firstly, an outline is provided of the development of the general framework of administrative participation in French doctrine: from pioneering approaches linked to institutionalist trends to controversial advocacy of transferring roles to stakeholder collectives and, more recently, as part of the comparative context of emerging Anglo-American theories on deliberative democracy, a highly pragmatic growth in integrated participatory methods. Secondly, based on this theoretical groundwork, two major national experiences are discussed: the Grenelle environment process, with details of its implementation, strengths, weaknesses and final structure as a negotiation model; and the contrasting Citizens Convention for Climate, with information on its formation, outcomes, some perplexing aspects resulting from implementing it and how it is viewed as a deliberation model.

**KEYWORDS:** *Climate Change; Participation: French doctrine; Grenelle environment process; Citizens' Convention for Climate.*



SABRINA PRADUROUX\*

*Il privato, la proprietà e l'ambiente: spunti di riflessione da un confronto tra il diritto italiano e quello francese*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* - 2. *L'ambiente nel lessico costituzionale.* - 3. *Il cittadino come attore principale del diritto ambientale nella Carta dell'ambiente.* - 4. *Alla ricerca della funzione ecologica della proprietà privata.* - 5. *Gli strumenti per l'attuazione della funzione ecologica della proprietà privata.* - 6. *Le obligations réelles environnementales: i proprietari terrieri nel ruolo di mandatari dell'interesse ambientale.* - 7. *Conclusioni.*

*1. Introduzione*

Negli ultimi 70 anni, in Europa sono scomparse più della metà delle zone paludose e la maggior parte dei terreni coltivabili ad alto valore naturalistico. Oggi almeno 1677 specie animali europee su un totale di 15.060 sono considerate in via d'estinzione<sup>1</sup>.

L'habitat di molte specie a rischio risulta incluso in aree agricole o boschive di proprietà privata: basti pensare che i due terzi del patrimonio forestale italiano, e i tre quarti di quello francese, appartengono a privati.

La questione ambientale si scontra dunque inevitabilmente con la questione proprietaria, nella misura in cui i terreni di proprietà privata costituiscono un'importante fonte di servizi ecosistemici.

Il presente scritto si interroga sul rilievo assunto dall'ambiente nel quadro dei valori costituzionali negli ordinamenti giuridici italiano e francese, sul modo in cui la tutela dell'ambiente incide sulla concezione e struttura stessa del diritto di proprietà privata, e sul ruolo che il privato proprietario terriero è chiamato a svolgere nell'implementazione di azioni a favore della conservazione, gestione e ripristino della biodiversità.

*2. L'ambiente nel lessico costituzionale*

---

\* Ricercatrice in Diritto privato comparato presso il Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. E-mail: [sabrina.praduroux@unito.it](mailto:sabrina.praduroux@unito.it).

<sup>1</sup> V. la lista rossa delle specie minacciate in Europa predisposta dall'Unione internazionale per la conservazione della natura, accessibile al link: <https://www.iucn.org/regions/europe/our-work/biodiversity-conservation/european-red-list-threatened-species>.

Gli anni 1970 segnarono l'irruzione della natura nella morale e nel diritto.

Nel 1972, si svolse la Prima conferenza delle Nazioni Unite sulla protezione dell'ambiente naturale, conclusasi con l'adozione della Dichiarazione di Stoccolma che individuò nella protezione e il miglioramento dell'ambiente, uno degli obiettivi prioritari dell'umanità, al pari della pace e dello sviluppo economico.

Sotto l'impulso di questa Dichiarazione, alcuni Stati europei, tra cui la Svezia, la Grecia, il Portogallo, la Spagna, procedettero a una *costituzionalizzazione* dell'ambiente a stretto giro, emendando la propria Carta costituzionale. Altri Stati europei, e non, seguirono l'esempio negli anni successivi.

In molte Costituzioni la tutela dell'ambiente trova posto tra i principi fondamentali ed è oggetto di un obbligo posto in capo ai poteri pubblici. In altre, un diritto all'ambiente è riconosciuto in termini di diritto fondamentale a godere di un ambiente sano, accompagnato, in alcuni testi, dalla previsione di un dovere individuale di tutelare l'ambiente<sup>2</sup>.

La protezione dell'ambiente è poi espressamente indicata quale limite alle prerogative proprietarie e/o alla libertà d'impresa in specifiche disposizioni di rango costituzionale adottate, in particolare, da Stati dell'Europa orientale dopo la caduta dei regimi socialisti<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sui differenti approcci alla questione ambientale nei testi costituzionali, v. D. R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution. A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, University of British Columbia Press, Vancouver-Toronto, 2011; J. MORAND-DEVILLER, *L'environnement dans les constitutions étrangères*, in *Les nouveaux cahiers de Conseil Constitutionnel*, no. 43, aprile 2014, accessibile al link: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-environnement-dans-les-constitutions-etrangees>; R. O'GORMAN, *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*, in *Transnational Environmental Law*, 2017, pp. 435-462.

<sup>3</sup> Si vedano, ad esempio: art 44 (7) della Costituzione della Romania, secondo cui il diritto di proprietà implica, tra altri, l'obbligo di rispettare i doveri relativi alla protezione dell'ambiente; art. 11 (3) della Carta dei diritti e libertà fondamentali della Repubblica Ceca, ai termini del quale, i diritti reali non possono essere esercitati in modo da danneggiare la salute umana, la natura o l'ambiente; art. 36 (2) della Federazione Russa, che sancisce il diritto di proprietà privata sulla terra e sulle altre risorse naturali, escludendo espressamente la facoltà del proprietario di farne un uso dannoso per l'ambiente; art. 55 della Costituzione della Repubblica di Macedonia, ai termini del quale l'iniziativa economica privata può essere limitata dalla legge solo quando necessario al fine di proteggere la Repubblica, l'ambiente o la salute pubblica. La versione inglese dei testi citati è accessibile sul sito: <https://www.constituteproject.org/> V., ad esempio, art. 55 della

Nel testo originario della Costituzione italiana del 1947, l'unica nozione indirettamente riferibile all'ambiente, era quella di "paesaggio" contenuta nell'art. 9, la cui approvazione fu, per altro, osteggiata in sede di lavori costituenti<sup>4</sup>. Successivamente, la riforma costituzionale del 2001 ha introdotto una menzione espressa dell'ambiente nell'art. 117, il cui testo attuale attribuisce allo Stato legislazione esclusiva in materia di, tra altre, «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

L'introduzione nella nostra carta costituzionale di una norma di principio in materia di tutela ambientale è stata ripetutamente proposta a partire dagli anni 1990, e attualmente la Commissione affari costituzionali ha approvato un disegno di legge che prevede espressamente la tutela degli ecosistemi e degli animali tra i principi fondamentali della Repubblica<sup>5</sup>.

Ancor prima di una revisione costituzionale, il "valore costituzionale primario ed assoluto"<sup>6</sup> del bene ambiente è stato più volte affermato, a partire dalla seconda metà degli anni 1980, dalla Corte Costituzionale sulla base di una interpretazione evolutiva degli artt. 9 e 32 Cost.

In linea con il principio personalista che permea la nostra Costituzione, la Corte ha costantemente sottolineato la necessità di protezione dell'ambiente quale «elemento determinativo della qualità della vita», la cui protezione «non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti»<sup>7</sup>.

---

Costituzione della Repubblica di Macedonia, ai termini del quale l'iniziativa economica privata può essere limitata dalla legge solo quando necessario al fine di proteggere la Repubblica, l'ambiente o la salute pubblica.

<sup>4</sup> Sulle vicende legate alla tutela costituzionale dell'ambiente nell'ordinamento italiano, v. D. AMIRANTE, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Numero speciale 2019, pp. 1-32.

<sup>5</sup> Per una disamina delle diverse proposte presentate al Parlamento, v. D. PORENA, *Sull'opportunità di una costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione*, in *federalismi.it*, 13 maggio 2020. Il disegno di legge attualmente in discussione, prevede, in particolare, l'inserimento, in fine all'art. 9, del seguente comma: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.»; e dispone, inoltre, la modifica dell'art. 41, inserendo la salute e l'ambiente tra i limiti espressi alla libertà di iniziativa economica privata (co. 2) e la sua funzionalizzazione a fini ambientali, oltre che sociali (co. 3).

<sup>6</sup> V., da ultimo, Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 260, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2749, e sentenze ivi richiamate.

<sup>7</sup> *Ibidem*. Per una rassegna sistematica delle pronunce della Corte costituzionale che definiscono la nozione e il rango costituzionale del bene ambiente, v. il documento del Servizio studi della

Al pari della Costituzione italiana del 1947, il testo originario della Costituzione francese del 1958 non palesa una particolare attenzione per la tutela dell'ambiente. La legge costituzionale n. 205/2005, promulgata il primo marzo 2005, ha però introdotto un riferimento alla Carta dell'ambiente del 2004 nel Preambolo della vigente Costituzione.

La Carta dell'ambiente figura dunque, accanto alla Dichiarazione del 1789 - completata dal preambolo della Costituzione del 1946-, tra i testi cui il Popolo francese "proclama solennemente la sua fedeltà", ed è parte integrante del c.d. "blocco di costituzionalità"<sup>8</sup>.

Più recentemente il *Conseil Constitutionnel* ha, inoltre, espressamente affermato che «la protezione dell'ambiente, patrimonio comune dell'umanità, costituisce un obiettivo di valore costituzionale»<sup>9</sup>. La protezione dell'ambiente è, pertanto, eletta dai giudici costituzionali francesi a principio prescrittivo, che impone al legislatore, da un lato, il divieto di adottare normative in contrasto con il citato obiettivo e, dall'altro, l'obbligo di adottare disposizioni legislative volte alla realizzazione dello stesso<sup>10</sup>.

### *3. Il cittadino come attore principale del diritto ambientale nella Carta dell'ambiente*

L'adozione di un testo autonomo, di rango costituzionale<sup>11</sup>, in materia ambientale rappresenta un unicum nel panorama giuridico europeo.

---

Corte costituzionale, *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema, e dei beni culturali nei giudizi di costituzionalità in via principale*, [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/stu\\_279.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_279.pdf)

<sup>8</sup> Cons. const., 19 giugno 2008, no. 2008-564 DC e 7 maggio 2014, no. 2014-394 QPC.

<sup>9</sup> Cons. const., 31 gennaio 2020, no. 2019-823 QPC. Gli obiettivi di valore costituzionale sono una categoria creata dallo stesso *Conseil constitutionnel*, e si caratterizzano per il fatto di esplicitare i propri effetti solo nei confronti delle autorità pubbliche, senza potere essere invocati dai privati a fondamento di un diritto o una libertà individuale.

<sup>10</sup> Sul valore normativo degli obiettivi di valore costituzionale, si rinvia a P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 20 - Juin 2006, accessibile al link: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle>

<sup>11</sup> Tanto il *Conseil Constitutionnel*, quanto il *Conseil d'Etat* hanno affermato espressamente che le disposizioni della Carta dell'ambiente hanno valore costituzionale e vincolano sia i poteri pubblici che le autorità amministrative nei rispettivi ambiti di competenza. Cfr. Cons. cost., 19 giugno 2008, no. 2008-564 DC; Cons. d'Etat, 3 ottobre 2008, no. 297931. Inoltre, la Carta è riconosciuta esplicitare, almeno in parte, anche effetti c.d. orizzontali, nei rapporti tra privati. V. M.

La Carta si compone di un Preambolo, che espressamente considera la protezione dell'ambiente tra gli interessi fondamentali dello Stato, e dieci articoli che enunciano, anzitutto, diritti e doveri individuali, ma anche principi generali e, infine, obiettivi di politica pubblica, *in primis* quello dello sviluppo sostenibile (art. 6).

La Carta ridefinisce il ruolo dell'individuo come soggetto del diritto costituzionale dell'ambiente riconoscendogli, da un lato, un diritto a vivere in un ambiente salubre ed equilibrato (art. 1) e attribuendogli, dall'altro, degli obblighi in materia di conservazione e miglioramento ambientale (art. 2), e di prevenzione e riparazione dei danni ambientali (artt. 3-4).

In sede di interpretazione della Carta, il *Conseil constitutionnel* ha chiarito *expressis verbis*, che il rispetto dei diritti e doveri enunciati in termini generali dagli artt. 1 e 2, si impone non solamente ai poteri pubblici e alle autorità amministrative, ma altresì a tutte le persone, e implica, in capo a ciascuno, un obbligo di vigilanza nello svolgimento di attività potenzialmente dannose per l'ambiente<sup>12</sup>.

Il ruolo attivo del cittadino nella democrazia ambientale è, inoltre, rinvigorito dalla costituzionalizzazione del diritto di accedere alle informazioni relative all'ambiente in possesso delle autorità pubbliche, dettagliatamente disciplinato al capitolo IV del Codice dell'ambiente, e del diritto di partecipazione dei cittadini all'elaborazione di decisioni pubbliche che incidono sull'ambiente, proclamati dall'art. 7 della Carta dell'ambiente.

#### 4. Alla ricerca della funzione ecologica della proprietà privata

All'entrata in vigore della Carta dell'ambiente, la dottrina francese si è interrogata sul possibile impatto della Carta sul diritto di proprietà, escludendo che essa avrebbe determinato una trasformazione strutturale del diritto di proprietà, da diritto-potere a diritto-funzione<sup>13</sup>.

---

BOUTONNET, *La Charte de l'environnement devant le juge judiciaire*, in *Environnement et développement durable* no. 12, décembre 2012, dossier 26.

<sup>12</sup> Cons. const., 8 aprile 2011, no. 2011-116 QPC.

<sup>13</sup> G.-J. MARTIN, P. THIEFFRY, *De quelques incidences possibles de la Charte de l'environnement sur le droit civil et le droit des affaires*, in *Revue juridique de l'Environnement*, 2005, spec. p. 162, dove si afferma che la Carta «pourra évidemment servir de fondement à des mesures législatives qui viendront limiter le droit de propriété; elle ne permettra pas de reconnaître à ce droit une fonction écologique».

Tuttavia se la questione della funzione ecologica della proprietà privata è posta in termini di esistenza di limiti interni al diritto di proprietà derivanti da interessi ecologici, si deve dar conto di un orientamento giurisprudenziale delle corti nazionali, inaugurato dalle corti tedesche a partire dagli anni 1950 e oggi condiviso anche dalla Corte EDU, volto a internalizzare nella nozione e struttura del diritto di proprietà i limiti derivanti dalla dimensione ecologica dei beni<sup>14</sup>.

Così, la Corte costituzionale italiana nell'interpretare il limite della funzione sociale della proprietà, sancito dall'art. 42, comma 2, Cost.<sup>15</sup>, ha espressamente individuato nella conservazione dell'ambiente naturale un interesse capace di legittimare interventi conformativi della proprietà privata. Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, il principio di tutela dell'ambiente naturale riconducibile all'art. 9, comma 2, Cost., opera, per il tramite dell'art. 42, comma 2, Cost., «come criterio di conformazione dei diritti reali»<sup>16</sup>. Nell'ipotesi

---

<sup>14</sup> Cfr. R. DOLZER, *Property and Environment: The Social Obligation Inherent in Ownership. A Study of the German Constitutional Setting*, in *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, 1976. Per un'analisi del tema in prospettiva comparata, v. M. RAFF, *Environmental obligations and the western liberal property concept*, in *Melbourne University Law Review*, 1998, spec. p. 691, dove esprime l'opinione secondo cui: «an environmental responsibility should be presumed positively, even in the absence of positive legal regulation, as an aspect of property itself and at the deepest jurisprudential level».

<sup>15</sup> La clausola della funzione sociale della proprietà è al centro di un vivace dibattito dottrinale, iniziato negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione. Tra i contributi che consentono di tener traccia delle linee evolutive del dibattito, si segnalano, senza pretesa di completezza: S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960, 1252 ss.; G. B. FERRI, *La formula «funzione sociale» dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 673 ss.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 409 ss.; L. NIVARRA, *"Così c'è stata la storia, ma ormai non ce n'è più". La "funzione sociale" dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese*, in *Questione Giustizia*, 2012, 58 ss.; M. R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, 551 ss.; U. MATTEI, *Una primavera di movimento per la "funzione sociale della proprietà"*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, 531 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 176 ss.

<sup>16</sup> V. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391, in *Foro it.*, 1990, parte I, p. 1805, avente a oggetto le limitazioni, imposte da una legge regionale, all'esercizio dei diritti di uso civico sulle terre incluse in un Parco naturale. Considerati i demani civici sotto l'aspetto privatistico costituito dai diritti reali di godimento attribuiti ai singoli, la Corte ha ritenuto che i vincoli imposti dal legislatore ai diritti dominicali allo scopo di proteggere e conservare l'ambiente devono considerarsi espressione del potere conformativo della proprietà riconosciuto al legislatore dal secondo comma dell'art. 42 Cost.

di beni ambientali, dunque, è il legislatore che deve determinare i modi di godimento del bene stesso al fine di assicurarne la funzione sociale<sup>17</sup>.

In senso più ampio, parte della dottrina italiana si è espressa nel senso di una «funzionalizzazione degli interessi patrimoniali ai valori esistenziali della persona umana, tra i quali emerge la sostenibilità sociale e ambientale», quale conseguenza dell'irradiamento delle norme costituzionali negli atti e rapporti intersoggettivi di diritto privato<sup>18</sup>.

L'idea di limiti strutturali e interni al diritto di proprietà, inerenti alla dimensione ecologica dei beni, si è fatta strada anche nella dottrina francese erodendo il (falso) mito del carattere assoluto ed esclusivo del diritto di proprietà, così come descritto dall'art. 544 del *Code civil*.

Nello specifico, Benoît Grimonprez parla di «fonction environnementale passive», individuandola «dans la structure même du droit de propriété intégrant l'ensemble des limitations imposées par la nature de de la chose»<sup>19</sup>. In questa prospettiva, osserva l'Autore, «c'est dans la dissociation des utilités privatives (économiques) et des utilités collectives (aménités) des fonds que s'invente la fonction environnementale passive de la propriété»<sup>20</sup>.

Il criterio dell'utilità economica, che informa la nozione liberale di proprietà, si trova dunque a competere con quello dell'utilità ecologica, nel determinare le prerogative attribuite dalla legge al proprietario di un determinato bene.

La Corte EDU, quale arbitro ultimo delle interferenze statali nel diritto di ciascuno al rispetto dei propri beni, sancito dall'art. 1 Protocollo 1 CEDU<sup>21</sup>,

---

<sup>17</sup> Corte cost., 21-28 luglio 1995, n. 417, in *Giustizia civile*, 1995, p. 2595. Il legislatore italiano non è rimasto inerte ed anzi, in parte sotto l'impulso dell'Unione europea, ha adottato sin dagli anni 1970 una cospicua legislazione in materia di protezione e conservazione degli ecosistemi, fondata principalmente sulla previsione di limitazioni delle facoltà proprietarie riguardo alla possibilità di edificare o di svolgere altre attività concretamente o potenzialmente pregiudizievoli per l'integrità e la qualità dell'ambiente.

<sup>18</sup> T. DIBENEDETTO, *La "conversione ecologica" della proprietà privata*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, n. 2, p. 123.

<sup>19</sup> B. GRIMONPREZ, *La fonction environnementale de la propriété*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 542.

<sup>20</sup> *Id.*, *ibidem*.

<sup>21</sup> L'articolo intitolato «Protezione della proprietà» protegge più in generale il diritto di ciascuno al rispetto dei propri "beni"; nozione, quest'ultima, interpretata estensivamente dalla Corte EDU, in modo tale da ricomprende un'ampia gamma di diritti e interessi patrimoniali. Ne risulta, pertanto, un sistema di tutela dei diritti patrimoniali che include, ma non si esaurisce con, il diritto di proprietà privata. In toni critici, A. GAMBARO, *La proprietà. Beni proprietà*, cit., p. 202, sostiene che: «l'indirizzo seguito dalla Corte EDU pur sovrapponendosi nei suoi effetti alla

si è, dal canto suo, più volte mostrata favorevole a far prevalere obiettivi di tutela ambientale su considerazioni di ordine economico<sup>22</sup>.

Ciò non significa, ben inteso, che suddette interferenze non siano oggetto del giudizio della Corte, in particolare sotto il profilo della proporzionalità. La Corte EDU ha infatti, più volte, ritenuto che misure a tutela dell'ambiente non fossero conformi all'art. 1 P-1 CEDU perché, ad esempio, privavano il ricorrente di un bene ai sensi della Convenzione, senza corrispondergli alcun indennizzo<sup>23</sup>, o perché gli imponevano un peso sproporzionato determinato dall'insufficienza di garanzie procedurali<sup>24</sup> o da un'azione dei pubblici poteri in contrasto con i principi della buona amministrazione<sup>25</sup>.

##### *5. Gli strumenti per l'attuazione della funzione ecologica della proprietà privata*

Il dovere di garantire la tutela dell'ambiente che grava in capo ai soggetti privati sancito a livello costituzionale nell'ordinamento francese<sup>26</sup>, e a

---

tematica della tutela della proprietà privata non ha la propria base in una qualunque teoria della proprietà, da cui prescinde completamente».

<sup>22</sup> Cfr. Corte EDU, 27 novembre 2007, n. 21861/03, *Hamer c. Belgio*, par. 79, in cui la Corte afferma che: «[d]es impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement».

<sup>23</sup> Tra altre, Corte EDU 1° settembre 2016, ric. n. 46154/11, *Valle Pierimpie` Societa` Agricola S.p.a. c. Italia*, concernente l'impossibilità della ricorrente di continuare a far uso di un'area inclusa nel demanio pubblico marittimo; Corte EDU 9 giugno 2020, ric. n. 12131/18, *Nešić c. Montenegro*, avente a oggetto la perdita del titolo di proprietà di un terreno sul litorale.

<sup>24</sup> V., ad esempio, Corte EDU, 28 giugno 2018, n. 1828/06, *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia*, in cui la Corte ha dichiarato che l'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista – salvo che per i terzi in buona fede – dalla legge italiana è in contrasto con i requisiti procedurali inerenti l'art. 1 P-1.

<sup>25</sup> V., tra altre, Corte EDU, 9 gennaio 2018, n. 25545/14, *Tumeliai c. Lituania*, concernente l'ordine di demolizione di una costruzione realizzata sulla base di un titolo edilizio successivamente dichiarato illegittimo.

<sup>26</sup> L'art. 2 della Carta dell'ambiente dispone che: «[t]oute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement».



livello legislativo nell'ordinamento italiano<sup>27</sup>, implica il loro coinvolgimento nella realizzazione dell'interesse ambientale<sup>28</sup>.

Tuttavia, se si guarda al diritto comune della proprietà e del contratto nell'ordinamento giuridico italiano<sup>29</sup>, mancano degli strumenti adeguati per consentire al proprietario di far fronte a esigenze specifiche di tutela dell'ambiente e degli ecosistemi.

Gli obiettivi di conservazione ambientale nell'ordinamento giuridico italiano sono realizzati, a partire dagli anni 1970, per lo più attraverso l'imposizione di vincoli che, a vario titolo, limitano le facoltà proprietarie riguardo alla possibilità di edificare o di svolgere altre attività concretamente o potenzialmente pregiudizievoli per l'integrità e la qualità dell'ambiente<sup>30</sup>.

Sotto una diversa prospettiva, in tempi più recenti, il legislatore italiano, ha proceduto a trasporre sul piano del diritto positivo<sup>31</sup> l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che guarda con favore alla conservazione degli assetti fondiari collettivi ravvisando negli istituti degli usi civici e dei domini collettivi altri possibili strumenti di tutela ambientale<sup>32</sup>.

In particolare, gli usi civici, votati alla dissoluzione<sup>33</sup>, sono oggi considerati dalla Corte Costituzionale un istituto da salvaguardare in quanto

---

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art. 3-ter del Codice dell'ambiente, «[l]a tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private (...)».

<sup>28</sup> Coinvolgimento che a parere di M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, no. 1, p.7, trova altresì fondamento «nel principio costituzionale di sussidiarietà “orizzontale”, che legittima, ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., “l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”».

<sup>29</sup> Una rilettura del diritto contrattuale che tenga in considerazione il paradigma ecologico è caldeggiata da M. PENNASILICO, *“Proprietà ambientale” e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, 1261, a parere del quale l'interesse ambientale può “considerarsi oggi un vincolo intrinseco all'attività di operatori pubblici e privati, un limite interno all'autonomia negoziale, che ne impone la conformazione ecologica” (p. 1287).

<sup>30</sup> Sul tema, v. V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, ESI, Napoli, 2015, p. 167 ss.; M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Il Diritto dell'economia* n. 4/2005.

<sup>31</sup> V. legge 20 novembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi.

<sup>32</sup> Sulla dimensione ambientale degli assetti fondiari collettivi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v. P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive: itinerari giuridici tra ieri e domani*, Quodlibet, Macerata, 2019. Per uno studio sul tema in prospettiva comparatistica, v. D. GRANARA, *La cultura degli usi civici. Un fenomeno globale*, Aracne, Canterano (RM), 2020.

<sup>33</sup> La legge del 16 giugno 1927 n. 1766- tutt'oggi in vigore-, come recita l'art. 1, disciplina «l'accertamento e la liquidazione generale degli usi civici e di qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un Comune, o di una frazione di Comune, e la

funzionale alla tutela dell'ambiente e del paesaggio<sup>34</sup>. Nello stesso senso si è espresso anche il legislatore quando affermando che l'imposizione del vincolo paesaggistico sulle zone gravate da usi civici è volto a garantire «l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio»<sup>35</sup>.

Usi civici e domini collettivi sono dunque due “modi di possedere” che realizzano la funzione ecologica della proprietà, ma che incidono in modo profondo sulla struttura stessa della proprietà, tanto da rimettere in questione le categorie tradizionali del dominio ed essere presi come modello per forme alternative alla proprietà privata di stampo liberale, fondata sul paradigma dell'individualismo<sup>36</sup>.

In questo quadro il ruolo che i privati possono svolgere, su loro iniziativa, in tema di conservazione degli elementi di biodiversità e degli ecosistemi esistenti su fondi di proprietà privata è rimasto ai margini del dibattito<sup>37</sup>. In astratto, vincoli di destinazione su beni immobili a fini ambientali potrebbero essere imposti dall'autonomia privata ricorrendo agli artt. 2645 *ter* e 2645 *quater* c.c., con il limite che, come osservato da attenta dottrina, l'atto negoziale atipico di destinazione necessita «di una previsione normativa

---

sistemazione delle terre provenienti dalla liquidazione suddetta e delle altre possedute da Comuni, università ed altre associazioni agrarie, comunque denominate, soggette all'esercizio di usi civici».

<sup>34</sup> Corte cost., 1° aprile 1993, n. 15, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1993, pp. 280 ss. Più recentemente, Corte cost., 11 maggio 2017, n. 103, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1838 ss. La correlazione tra usi civici e ambiente è messa in luce con estrema chiarezza ed efficacia da Paolo Grossi quando osserva che dietro la dizione di “usi civici” si cela «un paesaggio giuridico, in cui il rapporto uomo/terra era capovolto e dove regnavano il primato della comunità sul singolo e il primato della cosa sul soggetto; dove, per cosa, intendiamo soprattutto la terra, una realtà rispettata dal coltivatore, pastore, boscaiolo, che si impegna nel creare un equilibrio tra il suo umano lavoro e la natura, quell'equilibrio in cui noi oggi vediamo consistere l'*ambiente*». Cfr. M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 74.

<sup>35</sup> Art. 3, comma 6, legge 20 novembre 2017, n. 168.

<sup>36</sup> Il riferimento è, in particolare, ai fautori della teoria dei beni comuni, v: U. MATTEI, A. QUARTA, *Punto di svolta: ecologia, tecnologia e diritto privato: dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, GLF editori Laterza, 2011.

<sup>37</sup> A conclusione di un'analisi teorica dell'incidenza dell'interesse ambientale sull'istituto della proprietà privata, R. M. NÚÑEZ, *Note minime per una conversione ecologica della proprietà del suolo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2019, p. 1100, richiama l'attenzione sulla necessità di «pensare a modelli di regolamentazione privata della tutela della natura che coniughino il trasferimento di un diritto reale, e pertanto di certe utilità che derivano dall'utilizzo del bene, a restrizioni di tipo ambientale».

puntuale ai fini della trascrivibilità e della consequenziale opponibilità, a causa del principio di tipicità delle fattispecie negoziali trascrivibili»<sup>38</sup>.

Analogamente all'esperienza italiana, anche nell'ordinamento giuridico francese esiste un *corpus* normativo di restrizioni al diritto di proprietà finalizzate al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale. Lo strumento maggiormente utilizzato è quello della servitù di utilità pubblica, che consente non solamente di incidere sulle facoltà di disposizione e godimento del bene, ma altresì di porre degli obblighi positivi in capo al proprietario<sup>39</sup>.

Il legislatore ha, inoltre predisposto specifici strumenti di autonomia privata volti a consentire al proprietario di partecipare in concreto alla realizzazione della vocazione ecologica della proprietà.

Tra questi strumenti si distinguono il *bail rural à clauses environnementales* e le *obligations réelles environnementales*.

Il primo è stato istituito nel 2006 come strumento a sostegno di un'agricoltura sostenibile e rispettosa dell'ambiente, consentendo al proprietario terriero di inserire nel contratto di affitto agrario le clausole ecologiche previste dal Codice rurale e della pesca marittima<sup>40</sup>.

Di maggiore interesse, in quanto suscettibile di più ampia applicazione, è il secondo strumento menzionato: la *obligation réelle environnementale* (di seguito, ORE). Si tratta di un istituto di ispirazione anglosassone<sup>41</sup>, disciplinato

---

<sup>38</sup> Cfr. V. CORRIERO, *Garanzie reali e personali in funzione di tutela ambientale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, p. 66.

<sup>39</sup> Suddette limitazioni della proprietà, designate dalla dottrina con le locuzioni “*servitudes d'environnement*” o “*servitudes environnementales*”, ricomprendono vincoli riconducibili a discipline e a finalità eterogenee, che vanno dalla tutela degli ecosistemi, delle risorse naturali, della fauna e della flora, alla lotta contro l'inquinamento. V. A. REBILLARD, *La notion de servitude environnementale, Essai d'identification des critères constitutifs*, in *Les ressources foncières*, Bruylant, Bruxelles, 2007 p. 160; B. GRIMONPREZ, *Servitudes et contrats: instruments de protection des espaces naturels et agricoles*, in *Revue Droit et Patrimoine*, 2012.

<sup>40</sup> Le clausole sono enunciate all'art. R. 411-9-11-1, mentre l'art. L. 411-27 prevede due condizioni alternative per la conclusione di questo tipo di contratto, una concerne la natura giuridica del proprietario terriero e l'altra la collocazione geografica del terreno. Per un'analisi dettagliata del regime giuridico applicabile, si rinvia a A. CHARLEZ, *Le bail rural environnemental évolue*, in *Droit rural* n° 446, Octobre 2016, dossier 4; J.-P. GILLES, *Le bail rural environnemental*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2015, p. 1133 ss.

<sup>41</sup> L'istituto cui il legislatore francese si è ispirato è il *conservation easement* (o *conservation covenant*). Un *conservation easement* è un contratto finalizzato a limitare l'utilizzo di un fondo al fine di preservare la biodiversità di un determinato territorio. Questo istituto è oggi ampiamente utilizzato tanto negli Stati Uniti dove l'istituto è stato creato, quanto in altri ordinamenti giuridici del Nord America, dell'America Latina e dell'Australia. Per quanto riguarda gli ordinamenti europei, un recente studio ha evidenziato che in un considerevole numero di Stati esistono istituti

all'art. L 132-3, comma 1, del Codice dell'ambiente<sup>42</sup>, introdotto con la legge dell'8 agosto 2016 n. 1087<sup>43</sup>.

A differenza delle clausole ecologiche di cui si è fatto cenno, il contenuto delle *obligations réelles environnementales* non è predeterminato dalla legge, ma liberamente deciso dalle parti. Inoltre, esse possono riguardare un qualsiasi fondo, non essendo richiesto che lo stesso rivesta un interesse ambientale particolare.

6. *Le obligations réelles environnementales: i proprietari terrieri nel ruolo di mandatari dell'interesse ambientale*

La vera natura del nuovo istituto, al di là del *nomen iuris* attribuitogli dal legislatore, è, sin da subito, stata al centro di un ampio dibattito dottrinale. L'*obligation réelle environnementale* non rientra, infatti, pienamente in nessuna categoria giuridica tradizionale, bensì, come osservato dalla dottrina, integra:

«une nouvelle catégorie de charge foncière qui, d'un point de vue fonctionnel, transfigure la notion de servitude. En se dégageant de la nécessité d'un fonds dominant, elle dépasse la logique horizontale des services fonciers permettant

---

di diritto comune utilizzabili per porre dei vincoli di uso e/o destinazione su un fondo a fini di tutela ambientale, ma il numero di Stati si riduce notevolmente se si considera l'esistenza di norme specifiche. Cfr. I. RACINSKA, S. VAHRUS, *The Use of Conservation Easements in the European Union*, accessibile su: <https://www.elcn.eu/sites/default/files/2018-11/Racinska%20and%20Vahrus%202018%20The%20Use%20of%20Conservation%20Easements%20in%20the%20EU%20-%20final%20report.pdf>

<sup>42</sup> Il testo dell'articolo dispone che: «I proprietari di beni immobili possono concludere un contratto con un ente locale, un organismo di diritto pubblico o una persona giuridica di diritto privato che opera nel campo della tutela dell'ambiente, al fine di far gravare su di loro, e sui successivi proprietari del bene, le obbligazioni reali che ritengono opportune, posto che dette obbligazioni abbiano come obiettivo il mantenimento, la conservazione, la gestione, o il ripristino di elementi della biodiversità o di funzioni ecologiche» [traduzione dell'Autore]. Per una prima analisi, si veda la guida redatta sotto la direzione del Ministero della transizione ecologica, accessibile su: <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Guide-methodologique-obligation-reelle-environnementale.pdf>. Per uno studio più approfondito, v. B. MALLET-BRICOUT, *The 'Obligation Réelle Environnementale' in French Law*, in S. DEMEYERE, V. SAGAERT, *Contract and Property with an Environmental Perspective*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, p. 215 ss.

<sup>43</sup> La riflessione sull'opportunità di introdurre uno strumento di diritto privato, forgiato sulla figura della servitù volontaria o dell'obbligazione *propter rem*, che ha condotto all'elaborazione dell'istituto di cui si discute, prese avvio negli anni 1990. Sulle differenti proposte avanzate, v. N. REBOUL-MAUPIN, B. GRIMONPREZ, *Les obligations réelles environnementales: chronique d'une naissance annoncée*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2074.

de recomposer, au-delà de leurs frontières terrestres, les utilités économiques des héritages»<sup>44</sup>.

La principale caratteristica di questo istituto risiede, dunque, nel fatto che la creazione di una ORE è rimessa interamente alla volontà del proprietario del fondo, offrendogli uno strumento per perseguire obiettivi di tutela della biodiversità e dell'ambiente di lungo termine.

Le *obligations réelles environnementales* trovano, pertanto, la propria fonte in contratti conclusi tra il proprietario di un fondo<sup>45</sup> - che può essere una persona fisica o giuridica, privata o pubblica - e una persona giuridica di diritto pubblico, o privato che opera nel campo della tutela ambientale.

Il contratto, sottoposto a registrazione<sup>46</sup>, deve prevedere anzitutto un'obbligazione reale finalizzata al mantenimento, la conservazione, la gestione, o il ripristino di elementi della biodiversità o di funzioni ecologiche<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> N. REBOUL-MAUPIN, B. GRIMONPREZ, *Les obligations réelles environnementales: chronique d'une naissance annoncée*, cit., p. 2077. V. anche l'attenta analisi di W. DROSS, *L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens*, in *Revue Energie, environnement, infrastructures*, LexisNexis Jcl, juin 2017, n. 16, p. 53 ss., secondo cui si tratterebbe di un'obbligazione personale, e non reale. La qualificazione della ORE in termini di obbligazione reale è criticata anche da G. GIL, *L'obligation réelle environnementale: un objet juridique non identifié?*, in *Annales des loyers et la propriété commerciale, rurale et immobilière*, 2017, accessibile su <https://www.annalesdesloyers.fr/chroniques/6569-2017-04-l-obligation-reelle-environnementale-un-objet-juridique-non-identifie?showall=1&limitstart=>

<sup>45</sup> In caso di affitto del fondo, la volontà del proprietario sottosta, pena nullità assoluta del contratto, a quella dell'affittuario. Quest'ultimo ha due mesi di tempo per manifestare il proprio dissenso, motivandolo. Decorso detto periodo di tempo, la mancata risposta dell'affittuario sarà considerata come accettazione. Sono in ogni caso fatti salvi i diritti legati all'esercizio della caccia. V., art. L132-3 (5). Come osservato in toni critici da H. BOSSE-PLATIÈRE, *La ruée vers l'ORE?*, in *Droit rural* n° 470, Février 2019, repère 2, si tratta di una disciplina *de minima*, che nulla dice in merito agli obblighi e alle responsabilità dell'affittuario - soggetto terzo al contratto che istituisce l'ORE - nell'esecuzione dell'*obligation réelle environnementale*. A parere di B. GRIMONPREZ, *Obligation réelle environnementale et bail rural: des questions toujours sans réponse*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 24, 12 Juin 2020, act. 510, sarebbe opportuno disporre, in via legislativa, l'inclusione, nel contratto di affitto del fondo, di una clausola "ecologica" - che riproduce il contenuto della ORE -. In tal modo l'affittuario assumerebbe su di sé la ORE, e, in caso di mancata esecuzione, il proprietario avrebbe titolo ad agire contro di lui.

<sup>46</sup> A tal fine, il quarto comma dell'art. L132-3 dispone che il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata. Lo stesso comma, al fine di incentivare l'utilizzo dell'istituto, prevede l'esenzione dal pagamento delle imposte di registro.

<sup>47</sup> V., da ultimo, il contratto, della durata di 99 anni, concluso il 9 marzo 2021 tra un proprietario forestale e l'ente *Parc naturel régional des Landes de Gascogne*, al fine di preservare la biodiversità locale, grazie al sostegno tecnico e scientifico dell'ente parco. <https://www.parc-landes-de-gascogne.fr/Parc-Naturel-Regional-de-Gascogne/COMPRENDRE/Ressources/Nos-actus/Environnement>

La peculiarità degli obblighi assunti dal proprietario, che possono avere a oggetto tanto un comportamento positivo quanto un *non facere*, consiste nel fatto che essi, seppur di fonte contrattuale, vincolano, per la durata del contratto, anche i successivi aventi causa del proprietario-contraente.

La durata massima del contratto non è espressamente indicata dalla legge, limitandosi l'art. L132-3 (3), a stabilire che il contratto deve indicare la durata degli obblighi e degli impegni reciproci delle parti e prevedere le possibilità di revisione e di risoluzione del contratto<sup>48</sup>.

A fronte dell'obbligazione assunta dal proprietario, la controparte contrattuale si obbliga a sua volta a contribuire al raggiungimento dell'obiettivo ambientale perseguito dal proprietario, fornendo assistenza tecnica e/o finanziaria<sup>49</sup>.

Infine, l'art. L132-3 (2) prevede espressamente la possibilità di ricorrere alle *obligations réelles environnementales* al fine di adempiere agli obblighi di compensazione ambientale imposti dalla legge ai fini dell'autorizzazione alla realizzazione di opere che comportano una trasformazione del territorio<sup>50</sup>.

---

Riferimenti ad altri contratti vigenti che istituiscono una ORE sono disponibili sul sito del Centro di studi e di competenze su rischi, ambiente, mobilità e sviluppo (CEREMA), alla pagina: <http://outil2amenagement.cerema.fr/retour-d-experiences-quelques-exemples-de-contrats-a2190.html>, e negli allegati 3 e 4 del rapporto sull'implementazione della legge n. 1087 del 2016, accessibile alla pagina: <https://www.vie-publique.fr/rapport/279397-mecanisme-d-obligations-reelles-environnementales>.

<sup>48</sup> Va tuttavia ricordato che la riforma del diritto francese delle obbligazioni del 2016 ha introdotto il divieto di contratti perpetui all'art. 1210 c.c. Precedentemente alla riforma, la Corte di cassazione decideva in merito alla validità di tali contratto caso per caso. Cfr. M. MEKKI, *Réforme du droit des obligations: engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et à durée déterminée*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 50, 16 Décembre 2016, act. 1323.

<sup>49</sup> Un esempio concreto è fornito dal contratto, di durata cinquantennale, stipulato tra un proprietario coltivatore diretto, e un organismo regionale per la protezione dell'ambiente (*Conservatoire des espaces naturels*), che pone in capo al primo l'obbligo di conservare le siepi e gli stagni, e il divieto di far uso di pesticidi, di falciare e adibire a pascolo una collina calcarea che ospita una specie molto rara di orchidea, a fronte dell'obbligo della controparte di fornire assistenza gratuita al proprietario, ad esempio, piantando, a sue spese, alberi per le siepi, consigliandolo su ciò che dovrebbe essere fatto sul fondo, etc.

<sup>50</sup> Si tratta di obblighi volti all'attuazione di misure finalizzate a contrastare l'impatto negativo che le attività di trasformazione del territorio possono avere sull'ambiente e sulla biodiversità. Per un approfondimento sul tema, si rinvia a: C. LE GUYADER, M.-L. TREFFO, *Des différentes compensations aux atteintes aux milieux naturels. La compensation écologique*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2018, p. 1172; O. Fuchs, *Le droit de la biodiversité, une nouvelle frontière du droit de l'environnement*, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2019 p.1731; S. VANUXEM, *Des choses de la nature et de leurs droits*, Quæ, Versailles, 2020, p. 56 ss.

In questo caso, la disciplina sopra descritta rimane invariata; a cambiare è la motivazione delle parti, non più fondata esclusivamente su scelte di carattere etico.

Il soggetto onerato di un obbligo di compensazione ambientale potrà stipulare un contratto per creare una *obligation réelle environnementale* su un proprio fondo, oppure affidare l'attuazione delle misure compensative a un *opérateur de compensation*, che concorderà l'istituzione di una ORE sul fondo di un terzo. In questa seconda ipotesi, sussisteranno dunque due distinti rapporti contrattuali: uno tra il soggetto gravato dall'obbligo di compensazione e l'*opérateur de compensation*; l'altro tra quest'ultimo e il proprietario del fondo con riferimento al quale deve essere realizzato l'obiettivo ambientale.

Sotto il profilo dell'efficacia, i primi bilanci sull'effettivo contributo delle ORE al raggiungimento degli obiettivi di tutela e sostenibilità ambientale non sono del tutto soddisfacenti, per lo meno sotto il punto di vista quantitativo.

Premesso che, in assenza di un meccanismo di censimento dei contratti aventi a oggetto obblighi reali finalizzati alla protezione ambientale, è difficile redigere un rendiconto preciso del numero e del contenuto di questi contratti, secondo il rapporto sull'implementazione della legge n. 1087 del 2016 presentato dal governo al Parlamento, a dicembre 2019 risultavano conclusi 12 contratti su iniziativa di proprietari terrieri, sensibili ai problemi ambientali ed ecologici e mossi da motivazioni puramente etiche, cui si aggiungevano 5 contratti e 118 promesse unilaterali sottoscritti al fine di adempiere agli obblighi legali di compensazione ambientale previsti dalla legge<sup>51</sup>.

Il timore di una perdita di valore del fondo è verosimilmente la ragione che, più di altre, disincentiva i proprietari a utilizzare l'istituto di cui si discute.

Per rendere, dunque, la costituzione di ORE maggiormente appetibile sotto il profilo economico, il legislatore ha recentemente disposto degli incentivi fiscali, tra cui la possibilità per i comuni di prevedere un'esenzione dall'imposta sugli immobili -per la parte a essi spettante-, a favore dei proprietari il cui immobile è gravato da una ORE, per tutto il periodo di durata del relativo contratto<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> V. Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité, accessibile alla pagina: <https://www.vie-publique.fr/rapport/279397-mecanisme-d-obligations-reelles-environnementales>

<sup>52</sup> V. art. 1394 D del Codice generale delle imposte. La legge finanziaria del 29 dicembre 2020 n. 1721 ha poi esteso questa possibilità agli enti pubblici territoriali di cooperazione intercomunale.

### 7. Conclusioni

La tutela dell'ambiente è considerata, tanto nell'ordinamento giuridico italiano che in quello francese, un interesse primario che giustifica l'imposizione di limiti alla proprietà privata.

Nell'ordinamento italiano, il privato proprietario terriero è, tuttavia, invitato di pietra nel processo di funzionalizzazione della proprietà privata alla tutela dell'ambiente e conservazione della biodiversità, mentre in quello francese può egli stesso farsi promotore e artefice di vincoli ecologici sul fondo, che obbligheranno anche i futuri proprietari del bene.

Il nostro codice civile è pensato come il «codice degli interessi individuali e pertanto come fonte matriciale del diritto dei privati aventi un contenuto di utilità, o di interessi, particolaristici»<sup>53</sup> cui si contrappongono le fonti del diritto pubblico, luogo di realizzazione degli interessi pubblici o collettivi. Ne discende una visione del diritto di proprietà scollegata da ogni prospettiva di promozione di interessi generali. Questi ultimi possono incidere sul contenuto della proprietà solo per opera del legislatore. L'art. 42, comma 2, della Costituzione riserva infatti al legislatore il compito di conformare la proprietà privata in modo che possa conseguire una funzione sociale, nelle sue varie declinazioni.

Considerando gli istituti del diritto civile italiano, il privato non dispone attualmente di alcuno strumento giuridico che gli consenta la libera costituzione di obbligazioni e/o oneri reali a fini di tutela ambientale.

Nell'ordinamento giuridico francese, invece, la previsione del dovere costituzionale di ogni individuo di contribuire alla protezione e al miglioramento dell'ambiente, accanto al riconoscimento del diritto a vivere in un ambiente salubre ed equilibrato, ha investito il privato del ruolo di mandatario dell'interesse ambientale.

La protezione dell'ambiente non è più, nell'ordinamento francese, *domaine réservé* dello Stato: all'autonomia privata è riconosciuto un ampio spazio di manovra nel creare obblighi in capo al proprietario del fondo, finalizzati a realizzare la funzione ecologica della proprietà privata e a cui è

---

<sup>53</sup> A. GAMBARO, *Il tramonto della proprietà limitata e l'avvento delle proprietà conformate nelle letture del codice civile*, in L. VACCA (a cura di), *Il codice civile ha 70 anni ma non li dimostra*, Jovene, Napoli, 2016, p. 76.



riconosciuta efficacia *ultra partes*, di modo tale da vincolare tutti i proprietari del fondo che si succederanno nell'arco di tempo di durata del contratto.

Malgrado l'esordio in sordina, le potenzialità di applicazione delle *obligations réelles environnementales* sono tali da renderle uno strumento efficace per la protezione dei servizi ecosistemici e della biodiversità. Da un lato, non incontrando vincoli di contenuto predisposti dal legislatore, le ORE consentono di porre in essere un regime dei beni adattato alle esigenze specifiche di ciascun singolo fondo, e, pertanto, maggiormente efficace rispetto ai vincoli di natura pubblicistica, che hanno necessariamente carattere più generale; dall'altro, il loro campo di applicazione potenziale non è limitato ad aree geografiche di dichiarato particolare interesse ambientale, ma include tutti i tipi di habitat naturali.

In una prospettiva più ampia, l'istituto delle ORE, istituendo un legame tra autonomia privata e interesse generale alla tutela ambientale, può essere letto come un primo passo verso un cambiamento di paradigma del diritto privato, auspicato anche da una parte della dottrina italiana<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> V. S. PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1/2018, pp. 4-5, dove sottolinea che: «La drammatica incidenza delle problematiche di stampo ecologico sulla realtà contemporanea e la crescente sensibilità della collettività sociale verso le tematiche ambientali, nonché il consolidamento del modello globale dello sviluppo sostenibile, impongono, in particolare al civilista, di ri-elaborare i modelli giuridici classici alla luce dei valori non patrimoniali ecologici e dei sottesi interessi ambientali».

**ABSTRACT**

Sabrina Praduroux – *Il privato, la proprietà e l'ambiente: spunti di riflessione da un confronto tra il diritto italiano e quello francese*

Mentre in Italia la costituzionalizzazione formale dell'ambiente non è ancora giunta a compimento, in Francia l'inclusione della Carta dell'ambiente nel c.d. "blocco di costituzionalità" ha rafforzato il ruolo di cittadinanza attiva, in materia ambientale, di ciascun cittadino, conferendogli non solamente diritti, ma anche doveri.

Il presente scritto si sofferma sull'istituto della *obligation réelle environnementale* quale strumento messo a disposizione del privato proprietario terriero per realizzare la funzione ecologica della proprietà.

**PAROLE-CHIAVE:** *proprietà; ambiente; diritto costituzionale; diritto privato; funzione ecologica della proprietà; obligation réelle environnementale.*

Sabrina Praduroux – *Property Rights and the Environment: Insights from a Comparison between Italian and French Law*

While in Italy the formal constitutionalization of the environment has not yet been completed, in France the inclusion of the Charter of the environment in the so-called "block of constitutionality" has strengthened the role of active citizenship, in environmental matters, of each citizen, giving him not only rights, but also duties.

This paper focuses on the institution of the *obligation réelle environnementale* as a tool available to the private landowner to achieve the ecological function of the property.

**KEYWORDS:** *property; environment; constitutional law; private law; ecological function of property; obligation réelle environnementale.*

VERA BILARDO\*

*Il danno alla biodiversità*

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* - 2. *La tutela della biodiversità nella direttiva 35/2004.* - 3. *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale.* - 4. *Il carattere «significativo» del danno alla biodiversità.* - 5. *La disciplina di diritto interno.* - 6. *Considerazioni conclusive.*

*1. Premessa*

La tutela della biodiversità è, ormai da decenni, oggetto di vivo interesse da parte della Comunità internazionale<sup>1</sup> ed è, altresì, al centro delle politiche dell'Unione Europea<sup>2</sup>.

La gestione della biodiversità, infatti, richiede un approccio che travalica i confini nazionali, un approccio, quindi, che sia globale, planetario, come del resto suggerisce la nozione stessa di biodiversità, intesa come varietà degli organismi viventi che abitano un territorio, nelle loro diverse forme e nei rispettivi ecosistemi<sup>3</sup>. È tale varietà a consentire la vita sulla terra, anche quella della specie umana, poiché svolge per il pianeta delle funzioni cc.dd. ecosistemiche; intendendo, con questa espressione, la capacità dei processi e dei componenti naturali di fornire beni e servizi in grado di soddisfare le necessità

---

\* Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche e cultrice della materia «Diritto civile dell'ambiente» presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina, E-mail: [verabilardo@gmail.com](mailto:verabilardo@gmail.com).

<sup>1</sup> Numerosi sono i documenti e i protocolli di indirizzo adottati sul punto in occasione di eventi di portata internazionale, tra questi la *Convenzione sulla Diversità Biologica*, adottata in seno alla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, che poneva tre obiettivi fondamentali: la conservazione della diversità biologica, l'uso sostenibile dei componenti della diversità biologica e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche. Sul punto vedi L. MARFOLI, *Biodiversità: un percorso internazionale ventennale*, in questa *Rivista*, n. 3/2012, pp. 155 ss.

<sup>2</sup> In tema, *ex multis*, C.A. GRAZIANI (a cura di), *Le aree protette e la sfida della biodiversità: atti del XV Convegno annuale del Club dei giuristi dell'ambiente*, in Aracne, Roma, 2018; M. BENOZZO, *La valutazione di incidenza: la tutela della biodiversità tra diritto comunitario, nazionale e regionale*, Giuffrè, Milano, 2009; R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>3</sup> La *Convenzione sulla Diversità Biologica* definisce la biodiversità all'art. 2 come «la variabilità degli organismi viventi di tutte le fonti, incluse, tra l'altro, quelle terrestri, marine ed altri ecosistemi acquatici, nonché i complessi ecologici dei quali essi fanno parte, tra cui la diversità all'interno di ogni specie, tra le specie e degli ecosistemi».

dell'uomo e di garantire la vita di tutte le specie<sup>4</sup>. In estrema sintesi e con una buona dose di semplificazione si può, quindi, affermare che la biodiversità è essenziale per la vita ed è dunque evidente la necessità di gestirla e tutelarla nella sua straordinaria varietà<sup>5</sup>.

Per tali ragioni, come anticipato, la tutela della biodiversità è centrale nell'azione dell'Unione europea. Si pensi al *Green Deal* inaugurato con la Comunicazione della Commissione n. 640 dell'11 dicembre 2019, che ha sancito tra le priorità nella promozione dello sviluppo sostenibile e dell'economia circolare, proprio la tutela della biodiversità<sup>6</sup>; ed è nell'ambito del *Green Deal* europeo che è stata adottata la c.d. «Strategia Biodiversità 2030» che contiene un ambizioso e completo Piano d'Azione a lungo termine per proteggere la natura, con impegni ed interventi precisi da raggiungere entro il 2030 a beneficio delle persone, del clima e del pianeta. L'obiettivo è quello di armonizzare a livello comunitario le modalità di protezione e di valorizzazione, anche economica, della biodiversità, attraverso l'adozione di un apposito regolamento che dovrà essere adottato in tempi brevi.

Con particolare riferimento all'Italia, nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, consegnato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri alla Commissione Europea il 30 aprile 2021 per accedere alle risorse del *Recovery Fund*, la biodiversità e l'esigenza di una sua tutela è, naturalmente, più volte richiamata<sup>7</sup>. In particolare, nella MISSIONE 2, dedicata a «Rivoluzione verde e transizione ecologica», per la quale è previsto un investimento complessivo di 59,47 miliardi di euro, viene sottolineato come il cambiamento climatico in atto stia accelerando importanti trasformazioni dell'ecosistema, tra cui la perdita di biodiversità<sup>8</sup>. Questo investimento consentirà di velocizzare la transizione ecologica – strumentale a raggiungere la completa neutralità climatica,

<sup>4</sup> Sulle funzioni della biodiversità A. BORDIN, *Biodiversità come motore per l'economia, l'impresa e il lavoro*, in *Ambiente & sviluppo*, 2021, p. 277.

<sup>5</sup> L'importanza della biodiversità, considerata una qualità fondamentale dell'ambiente, emerge anche in alcune sentenze della Corte Costituzionale. Il riferimento è a Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, in *Giur. cost.* 2007, f. 6, pp. 4195 ss., in cui viene valorizzato il binomio ambiente – ecosistema di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione; e a Corte cost., 18 aprile 2008, n. 105, in *Foro it.* 2010, 2, I, p. 394, in cui si ribadisce la nozione di multifunzionalità ambientale, anche in funzione economica e produttiva.

<sup>6</sup> Il testo integrale è reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0640>

<sup>7</sup> Il PNRR è pubblicato sul sito del governo: [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR\\_0.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf).

<sup>8</sup> Vedi pagina 116 del Piano.

attualmente focalizzata solo su alcuni settori (per esempio quello elettrico) -, impegnando una parte delle risorse<sup>9</sup> per mettere in campo azioni «per rendere il Paese più resiliente agli inevitabili cambiamenti climatici, proteggere la natura e le biodiversità, e garantire la sicurezza e l'efficienza del sistema idrico»<sup>10</sup>. Inoltre, con il d.l. 1 marzo 2021, n. 22, convertito con modificazioni dalla l. 22 aprile 2021, n. 55, è stato istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Comitato Interministeriale per la Transizione Ecologica<sup>11</sup>, a cui è affidato il compito di adottare entro tre mesi un Piano per la transizione ecologica, al fine di coordinare le politiche del governo nelle materie coinvolte (riduzione delle emissioni di gas, mobilità sostenibile ecc...) e di individuare «le azioni, le misure, le fonti di finanziamento, il relativo cronoprogramma, nonché le amministrazioni competenti all'attuazione delle singole misure»<sup>12</sup>.

## 2. La tutela della biodiversità nella direttiva 35/2004

L'esigenza di apprestare una specifica tutela della biodiversità non è certo una novità nell'ambito del diritto sovranazionale: il legislatore dell'Unione, nella direttiva 35/2004/CE *sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*<sup>13</sup>, nel definire il

---

<sup>9</sup> L'investimento previsto è di 15,06 miliardi di euro (componente 4 "Tutela del territorio e della risorsa idrica").

<sup>10</sup> L'obiettivo è esplicitato a pagina 118 del Piano.

<sup>11</sup> Il CITE è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri, o, in sua vece, dal Ministro della transizione ecologica, è composto, dai Ministri della transizione ecologica, dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del lavoro e delle politiche sociali e delle politiche agricole, alimentari e forestali.

<sup>12</sup> In G.U. 29 aprile 2021, n. 102. Vedi, in particolare, art. 4.

<sup>13</sup> Sulla direttiva 35/2004/CE vedi, *ex multis*, B. POZZO (a cura di), *La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità per danno ambientale in materia di prevenzione e di riparazione del danno ambientale*, in Giuffrè, Milano, 2005; B. POZZO, *La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, pp. 1 ss.; U. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulla responsabilità per danno ambientale*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2003, pp. 137 ss. per quanto riguarda l'attuazione della direttiva, v. F. GIAMPIETRO (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Giuffrè, Milano, 2006; nonché B. POZZO, *Note a margine delle recenti iniziative comunitarie in materia di responsabilità ambientale*, in questa *Rivista*, n. 3/2011, pp. 94 ss.; EAD., *Il recepimento della direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, pp. 207 ss. Di recente, cfr. G. CECCHERINI, *Danno all'ambiente e garanzia di accesso alla giustizia: una questione aperta*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 347 ss.

danno ambientale fa riferimento, in primo luogo, al danno alle specie e agli habitat naturali protetti, c.d. danno alla biodiversità.

Com'è noto la direttiva 35/2004/CE definisce il quadro europeo della responsabilità per danno ambientale, dando attuazione al principio «chi inquina paga» (di cui all'articolo 191 del TFUE), e, come emerge dal primo considerando alla direttiva, pone la crescente perdita di biodiversità tra le ragioni principali dell'intervento normativo<sup>14</sup>.

La direttiva 35/2004 assume una nozione, per così dire, tripartita di danno ambientale: quello avente ad oggetto le specie e gli habitat naturali protetti (appunto, il danno alla biodiversità), le acque e il terreno, purché, in quest'ultimo caso, dalla contaminazione derivi un significativo rischio di effetti negativi sulla salute umana<sup>15</sup>; e definisce il danno come «un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente»<sup>16</sup>.

La nozione riportata, così lontana dalle comuni formulazioni, è il punto di arrivo di un lungo itinerario che ha trovato nell'emanazione del *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente* una tappa fondamentale<sup>17</sup>. È in

---

<sup>14</sup> La centralità del principio «chi inquina paga» nella disciplina della responsabilità ambientale di cui alla direttiva 2004/35 risulta già dal considerando n. 2: «La prevenzione e la riparazione del danno ambientale dovrebbero essere attuate applicando il principio “chi inquina paga”, quale stabilito nel trattato e coerentemente con il principio dello sviluppo sostenibile. Il principio fondamentale della presente direttiva dovrebbe essere quindi che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale». Sul principio «chi inquina paga», v. M. MELI, *Il principio chi inquina paga*, Giuffrè, Milano, 1996; F. M. PALOMBINO, *Il significato del principio “chi inquina paga” nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, pp. 871 ss.; U. SALANITRO, *Il principio “chi inquina paga”: responsibility e liability*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, pp. 33 ss. Vedi anche G. D. COMPORTELLI, *La responsabilità per danno ambientale*, su questa *Rivista*, 2011, pp. 1 ss. e F. DEGLI INNOCENTI, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, in *Contratto e impresa*, 2013, pp. 474 ss. che si sofferma soprattutto sul principio «chi inquina paga» come strumento per realizzare la c.d. internalizzazione dei costi ambientali, nell'ambito dell'analisi economica del diritto, mettendone a fuoco le radici concettuali e le applicazioni pratiche.

<sup>15</sup> B. POZZO, *La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno*, cit., p. 3.

<sup>16</sup> Così art. 2, § 2 della direttiva.

<sup>17</sup> *Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, in COM (2000) 66 final.

Come esplicitato da F. GIAMPIETRO, *La direttiva 2004/35/CE sul danno ambientale e l'esperienza italiana*, reperibile su <http://www.giuristiambientali.it/documenti/SEMBON1.pdf>, pp. 1 ss., questo itinerario ha preso avvio nel 1989 con la proposta della Commissione sulla produzione dei rifiuti e sulle lesioni all'ambiente indipendenti da colpa (n. 89 – 282 final – SYN 217) a cui è

quella sede, infatti, che la Commissione europea ribadì come molte legislazioni nazionali in materia di responsabilità ambientale contenessero una vistosa lacuna: venivano prese in considerazione solo le ipotesi tradizionali di danno (es. le lesioni personali o il danno alla proprietà), ma non il danno all'ambiente in quanto tale<sup>18</sup> e neanche il danno alla biodiversità<sup>19</sup>, da intendersi, quest'ultimo, come «danno agli habitat, alla flora e fauna selvatiche e ad alcune specie di piante»<sup>20</sup>.

---

seguita nel 1991 una variante sulla produzione, lo smaltimento e il recupero dei rifiuti (Doc. COM/91/219 final – SYN 217). Ne è seguito il *Libro verde sulla responsabilità civile per danno all'ambiente* (Commissione delle Comunità Europee, COM (93) 47, Bruxelles, 14 maggio 1993, in G.U.C.E. n. C/149 del 29 maggio 1993), che, sottoscritto da numerosi Paesi – tra cui l'Italia –, non è stato però ratificato.

<sup>18</sup> Costituiva sicuramente eccezione l'ordinamento italiano che all'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente, faceva riferimento ai danni all'ambiente in senso stretto (1° comma: «Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato»). Emblematica, in questo senso, era la differenza tra l'ordinamento italiano e quello tedesco. In Germania, la legge sulla responsabilità per danni all'ambiente (*Umwelthaftungsgesetz*), del 10 dicembre del 1990, era volta a tutelare la vita, la salute e la proprietà dei consociati in caso di pregiudizievoli immissioni nell'ambiente. Vedi sul punto vedi B. POZZO, *Il recepimento della direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito*, cit., pp. 208-209, in cui la differenza tra i due ordinamenti viene così evidenziata: «La sostanziale differenza tra le legge tedesca del 1991 e la legge italiana del 1986 può essere sintetizzata dicendo che il primo testo legislativo riguarda i danni da inquinamento, mentre il secondo i danni all'ambiente in senso stretto».

<sup>19</sup> Vedi *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, punto 4.2.1., in cui emerge come le legislazioni nazionali si siano limitate a predisporre una normativa sulla responsabilità per i siti contaminati, connessa all'esercizio di attività intrinsecamente rischiose per l'ambiente e per lo più caratterizzata da una disciplina amministrativa volta alla decontaminazione dei siti inquinati a carico del responsabile dell'inquinamento. L'obiettivo del *Libro bianco* era duplice: dettare regole uniformi in materia di responsabilità per i siti contaminati, relative al danno a cose e persone, e introdurre un regime comunitario in materia di danno alla biodiversità. E però, non può tacersi come il legislatore dell'Unione abbia poi compiuto una scelta differente proprio con riferimento alla prima ipotesi: la direttiva 35/2004/CE espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione il c.d. danno tradizionale (vedi considerando n.ri 11 e 14), chiarendo, all'art. 3, ult. §, che «Ferma restando la pertinente legislazione nazionale, la presente direttiva non conferisce ai privati un diritto a essere indennizzati in seguito a un danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno». Sul punto B. POZZO, *La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno*, cit., pp. 3-4, secondo la quale «Tale esclusione viene giustificata apparendo troppo ambizioso estendere la copertura del regime comunitario anche a tali danni e soprattutto per una certa riluttanza ad occuparsi di un tema già molto dibattuto a livello nazionale».

<sup>20</sup> Vedi *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, punto 4.5.1.

Il legislatore dell'Unione, recependo questo monito, definisce il danno alla biodiversità come «qualsiasi danno che produca significativi effetti negativi sul raggiungimento o mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di (...) specie e habitat»<sup>21</sup>. È la stessa direttiva, all'articolo 2, paragrafo 3, a chiarire che le specie e gli habitat cui si fa menzione sono quelli indicati negli allegati della direttiva Habitat (92/43/CEE)<sup>22</sup> e della direttiva Uccelli (79/409/CEE), così come codificata, quest'ultima, nella direttiva 2009/147/CE<sup>23</sup>. Non solo: il riferimento agli atti normativi in argomento viene compiuto anche per escludere che rientrino in questa ipotesi specifica di danno «gli effetti negativi preventivamente identificati derivanti da un atto di un operatore espressamente autorizzato dalle autorità competenti» in virtù di quanto stabilito proprio dalle disposizioni derogatorie delle direttive appena richiamate<sup>24</sup>.

Gli atti normativi citati sono dunque centrali nella identificazione della fattispecie di danno in esame: il riferimento stesso alla biodiversità viene ricondotto alle aree<sup>25</sup> rientranti tutti nella rete c.d. Natura 2000, anche questa istituita dalle direttive citate<sup>26</sup>. L'individuazione di tali aree avviene attraverso un complesso procedimento che coinvolge organi ed istituzioni sia comunitari

---

<sup>21</sup> Art. 2, § 1, lett. a della direttiva 35/2004.

<sup>22</sup> Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 «relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche» (GU L 206 del 22.7.1992, pag. 7).

<sup>23</sup> Direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979 «concernente la conservazione degli uccelli selvatici», (GU L 103 del 25.4.1979, pag. 1), così come codificata nella Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 «concernente la conservazione degli uccelli selvatici».

<sup>24</sup> Art. 2, § 2, lett. a della direttiva 35/2004.

<sup>25</sup> Il riferimento è alle «zone di protezione» e ai «siti di interesse comunitario», istituiti dalla direttiva habitat, e alle «zone di tutela speciale», istituite dalla direttiva uccelli.

<sup>26</sup> La costituzione della rete Natura 2000 è stata prevista dall'art. 3 della direttiva Habitat (92/43) che la definisce come «una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione (...) formata dai siti in cui si trovano tipi di habitat naturali elencati nell'allegato I e habitat delle specie di cui all'allegato II», il cui scopo è quello di «garantire il mantenimento ovvero, all'occorrenza, il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, dei tipi di habitat naturali e degli habitat delle specie interessati nella loro area di ripartizione naturale». La rete è costituita da Siti di Interesse Comunitario (SIC) che vengono individuati dagli Stati membri secondo una articolata procedura (che coinvolge anche la Commissione europea) descritta dalla direttiva Habitat, che prevede, inoltre, la successiva designazione di tali siti come Zone Speciali di Conservazione (ZSC). Fanno parte della rete Natura 2000 anche le Zone di Protezione Speciale (ZPS) classificate dagli Stati membri a norma della direttiva Uccelli (79/409).



che nazionali e locali<sup>27</sup>. Si tratta di territori in cui la natura è tutelata in modo specifico: le attività umane possono essere esercitate solo se compatibili con la biodiversità protetta. Pertanto, gli Stati membri devono adottare «appropriati piani di gestione specifici» e «opportune misure regolamentari, amministrative o contrattuali»<sup>28</sup> a cui assoggettare le attività umane svolte su quei territori, purché, però, siano compatibili con le esigenze ecologiche degli habitat protetti<sup>29</sup>; e devono, inoltre, valutare ogni piano o programma che possano avere un'incidenza significativa sul sito protetto, autorizzandone il compimento solo quando si abbia la certezza che non venga pregiudicata l'integrità del sito stesso<sup>30</sup> ovvero quando il piano o il programma debba necessariamente essere realizzato per motivi di rilevante interesse pubblico<sup>31</sup>.

Sia la direttiva Habitat che la direttiva Uccelli pongono a carico degli Stati membri l'obbligo di provvedere alla riparazione dei danni significativi alle risorse naturali nelle aree protette<sup>32</sup>.

### 3. I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale

---

<sup>27</sup> Questo procedimento è descritto nel dettaglio da M. BENOZZO-F. BRUNO, *Impresa e ambiente: la valutazione di incidenza tra sviluppo sostenibile e tutela della biodiversità*, in *Contratto e impresa*, 2007, pp. 1578 ss.

<sup>28</sup> Vedi art. 6, § 1, direttiva Habitat. Vedi anche art. 3, direttiva Uccelli, su cui si è altresì pronunciata la Corte di giustizia (Corte giust., 13 giugno 2001, C - 117/00, in *Dir. giur. agr.* 2003, pp. 351 ss., con nota di C. SCHEGGI, *Gli obblighi incombenti sugli Stati membri in materia di tutela della fauna e degli Habitat naturali*), la quale ha affermato che: «L'art. 3 della direttiva n. 79/409/Cee obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure necessarie per preservare, mantenere o ristabilire per tutte le specie di uccelli di cui alla detta direttiva una varietà e una superficie sufficiente di habitat. Gli obblighi incombenti agli Stati membri in forza di questa norma sussistono ancor prima che si registri una diminuzione del numero di uccelli o che vi sia un effettivo rischio di estinzione di una specie protetta».

<sup>29</sup> L'art. 2, § 3 della direttiva Habitat chiarisce che «Le misure adottate a norma della presente direttiva tengono conto delle esigenze economiche, sociali e culturali, nonché delle particolarità regionali e locali».

<sup>30</sup> Sulla valutazione di incidenza ambientale di cui alla direttiva Habitat, v. M. D'ANGELOSANTE, *Le attuali "dimensioni" della valutazione di incidenza ambientale come strumento per ampliare i confini della rete Natura 2000*, in questa *Rivista*, n. 3/2012, pp. 20 ss. In giurisprudenza Corte giust., 7 settembre 2004, C - 127/02, reperibile su <http://curia.europa.eu>, in cui la Corte si sofferma sulle nozioni di piano e di progetto, nonché sulla valutazione di incidenza ambientale.

<sup>31</sup> È quanto previsto dall'art. 6, § 3 e 4 della direttiva Habitat, a cui si aggiunge l'art. 16 che prevede ulteriori ipotesi di deroghe alla disciplina contenuta nel testo normativo in argomento. Sulla possibilità di realizzare opere pubbliche in zone protette ed habitat naturali per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico vedi Corte giust., 16 luglio 2020, C - 411/19, reperibile su <http://curia.europa.eu>.

<sup>32</sup> Vedi *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, punto 4.2.2.

Peculiare è il criterio di imputazione previsto per la fattispecie di danno alla biodiversità.

Com'è noto, infatti, la direttiva 35/2004/CE individua le attività professionali in sé intrinsecamente pericolose per l'ambiente, che elenca nell'allegato III<sup>33</sup>, da tutte le altre, ed introduce per le prime un regime di responsabilità oggettiva in caso di danno ovvero di minaccia imminente di danno all'ambiente prodotti a seguito dello svolgimento di tale attività: nessun elemento soggettivo di imputazione viene richiesto<sup>34</sup>.

La direttiva, inoltre, all'articolo 8, contempla diverse esimenti volte ad escludere la responsabilità dell'operatore in ipotesi specifiche<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Si tratta di attività – quali, ad esempio, la gestione dei rifiuti – di cui la normativa comunitaria ha avuto già modo di occuparsi poiché potenzialmente lesive della salute umana o dell'ambiente e, per questo, assoggettate a particolari forme di permessi, autorizzazioni e registrazioni. Cfr. allegato III della direttiva.

<sup>34</sup> Cfr. art. 3, § 1, lett. a della direttiva. Sul punto B. POZZO, *La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno*, cit., pp. 6 – 7.

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 3, § 3 e ss. della direttiva: «Non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di prevenzione o di riparazione adottate conformemente alla presente direttiva se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno: a) è stato causato da un terzo, e si è verificato nonostante l'esistenza di opportune misure di sicurezza, o b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversa da un ordine o istruzione impartiti in seguito a un'emissione o a un incidente causati dalle attività dell'operatore. In tali casi gli Stati membri adottano le misure appropriate per consentire all'operatore di recuperare i costi sostenuti. 4. Gli Stati membri hanno facoltà di consentire che l'operatore non sia tenuto a sostenere i costi delle azioni di riparazione intraprese conformemente alla presente direttiva qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che il danno ambientale è stato causato da: a) un'emissione o un evento espressamente autorizzati da un'autorizzazione conferita o concessa ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari nazionali recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità di cui all'allegato III, applicabili alla data dell'emissione o dell'evento e in piena conformità delle condizioni ivi previste; b) un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività, che l'operatore dimostri non essere state considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività».

Sul punto U. SALANITRO, *La novella sulla responsabilità ambientale nella «legge europea» del 2013*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2013, p. 1311, il quale chiarisce che: « il c.d. operatore, può liberarsi da responsabilità solo se ricorre una delle quattro esimenti previste dall'art. 8 della stessa direttiva: tenendo presente che le prime due esimenti (fatto del terzo, ordine dell'autorità) consentono di evitare sia i costi di prevenzione, sia i costi di riparazione, mentre le altre due esimenti (danno causato da evento o emissione autorizzata, danno causato da attività specificamente non pericolosa allo stato delle conoscenze scientifiche del tempo) valgono soltanto se richiamate dalla disciplina attuativa, in relazione ai costi delle misure di riparazione e a

Anche con riferimento alle attività professionali non rientranti nell'allegato III, invece, la direttiva 35/2004 prevede la responsabilità dell'operatore economico in caso di danno ovvero di minaccia di danno alle specie e agli habitat naturali protetti, ma solo ove si accerti un suo comportamento doloso o colposo.

La responsabilità per danno alla biodiversità può sorgere sia nel caso in cui il danno è causato da un'attività in sé pericolosa per l'ambiente, rientrante nell'allegato III, (sebbene sia difficile immaginare che nelle aree protette vengano autorizzate attività come quella della gestione dei rifiuti), sia quando è prodotto nello svolgimento di un'attività che non rientra tra quelle ritenute pericolose<sup>36</sup>.

Le ragioni di estendere la responsabilità per danno alla biodiversità anche in caso di attività non pericolose per l'ambiente sono sicuro indice dell'importanza riconosciuta, anche e soprattutto a livello sovranazionale, alla varietà biologica dei territori. Del resto, come si è visto, il legislatore dell'Unione è intervenuto già in tempi risalenti con lo scopo di individuare le aree del territorio europeo da assoggettare, proprio in ragione della presenza di habitat e specie floro-faunistiche ritenuti meritevoli di protezione, ad un particolare regime di tutela: gli Stati membri hanno, da un lato, l'obbligo di adottare piani di gestione delle aree protette e, dall'altro, l'obbligo di riparare i danni significativi alle risorse naturali nelle medesime. La scelta compiuta dal

---

condizione che l'operatore dimostri di non essere in colpa». Proprio con riferimento alle esimenti in argomento, è stato sottolineato da B. POZZO, *Note a margine delle recenti iniziative comunitarie in materia di responsabilità ambientale*, in questa *Rivista*, n. 3/2011, p. 99, che «la distinzione tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, lungi dal poter essere considerata in termini assoluti, deve essere invece analizzata alla luce delle diverse opzioni che i diversi sistemi giuridici nazionali possono offrire nel mettere a punto una concreta disciplina. Cosicché un sistema di responsabilità oggettiva, che offra ampie esimenti potrebbe essere meno rigorosa di un sistema di responsabilità per colpa, ove lo standard di diligenza richiesto sia molto severo».

<sup>36</sup> Vedi Corte giust., 9 marzo 2010, C – 378/08, *Raffinerie mediterranee c. Ministero dello sviluppo economico e altri*, n. 61, in cui la Corte ha chiaramente affermato il diverso criterio di imputazione nelle due ipotesi considerate: «quando un danno è stato arrecato alle specie e agli habitat naturali protetti da una attività professionale non elencata nell'allegato III a questa direttiva, la medesima può applicarsi a condizione che sia accertato il comportamento doloso o colposo in capo all'operatore. Viceversa, una siffatta condizione non vale quando da un'attività professionale elencata nel detto allegato sia stato causato un danno ambientale ossia, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a)-c), di detta direttiva, un danno arrecato alle specie e agli habitat naturali protetti, nonché alle acque e al terreno».

legislatore europeo nella direttiva sulla responsabilità per danno ambientale, ispirata al principio «chi inquina paga», dunque, appare coerente anche in una prospettiva di carattere sistematico, poiché consente di estendere la tutela della biodiversità, in questi territori, anche alle attività in sé non pericolose per l'ambiente e di imputare all'autore dell'inquinamento i costi di riparazione, limitando così la responsabilità dello Stato solo quando non sia possibile dare la prova della colpa dell'operatore<sup>37</sup>.

Anche con riferimento alla biodiversità, però, la direttiva prevede alcune ipotesi di esclusione dalla responsabilità: quando l'atto da cui sono scaturiti gli effetti negativi sia stato espressamente autorizzato dalle autorità competenti all'operatore in ragione della normativa di attuazione delle direttive Habitat e Uccelli<sup>38</sup>, e quando il danno alla biodiversità non sia significativo.

#### *4. Il carattere «significativo» del danno alla biodiversità*

La direttiva, infatti, richiede che dall'attività professionale siano derivati «significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole» delle specie e degli habitat naturali protetti. I criteri da utilizzare per compiere tale valutazione, inoltre, sono indicati nell'allegato I della direttiva 35/2004<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> E già *Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, punto 4.2.2., chiariva come la biodiversità si caratterizzasse per un'estrema vulnerabilità, poiché può essere pregiudicata dallo svolgimento anche di attività in sé non pericolose per l'ambiente.

<sup>38</sup> Art. 2, § 1, lettera a), secondo comma, della direttiva, infatti stabilisce che: «Il danno alle specie e agli habitat naturali protetti non comprende gli effetti negativi preventivamente identificati derivanti da un atto di un operatore espressamente autorizzato dalle autorità competenti, secondo le norme di attuazione dell'articolo 6, paragrafi 3 e 4 o dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE o dell'articolo 9 della direttiva 79/409/CEE».

<sup>39</sup> «Gli effetti negativi significativi rispetto alle condizioni originarie dovrebbero essere determinati con dati misurabili, del tipo: - numero degli individui, loro densità o area coperta; - ruolo di determinati individui o dell'area danneggiata in relazione alla specie o alla conservazione dell'habitat, alla rarità della specie o dell'habitat (valutata a livello locale, regionale e più alto, anche a livello comunitario); - capacità di propagazione della specie (secondo la dinamica propria alla specie o alla popolazione), sua vitalità o capacità di rigenerazione naturale dell'habitat (secondo le dinamiche proprie alle specie che lo caratterizzano o alle loro popolazioni); - capacità della specie o dell'habitat, dopo che il danno si è verificato, di ripristinarsi in breve tempo, senza interventi diversi da misure di protezione rafforzate, in uno stato che, unicamente in virtù della dinamica della specie o dell'habitat, conduca a condizioni ritenute equivalenti o superiori alle condizioni originarie».

Si tratta di una terminologia già utilizzata dal legislatore dell'Unione: l'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva Habitat prevede che gli Stati membri adottino ogni misura necessaria ad impedire che nelle aree protette si verifichino delle perturbazioni in grado di produrre delle «conseguenze significative» circa il raggiungimento degli scopi della direttiva; il paragrafo 3, poi, stabilisce che ogni piano o progetto che possa avere delle «incidenze significative» sul sito stesso debba essere oggetto di una opportuna valutazione<sup>40</sup>.

Proprio tale disposizione della direttiva Habitat è stata oggetto di una Comunicazione della Commissione europea volta a fornirne la corretta interpretazione. Con riferimento all'espressione «incidenze significative», è stato chiarito che: «Il concetto di ciò che è “significativo” deve essere interpretato in modo obiettivo. La significatività degli effetti deve essere determinata in relazione alle particolarità e alle condizioni ambientali del sito protetto interessato dal piano o progetto, tenendo particolarmente conto degli obiettivi di conservazione del sito e delle sue caratteristiche ecologiche»<sup>41</sup>.

L'allegato I della direttiva sulla responsabilità ambientale, dunque, nel solco di questa interpretazione della direttiva Habitat, stabilisce che per valutare il carattere «significativo» di un danno alle specie e agli habitat naturali bisogna partire dallo stato di conservazione al momento del danno e raffrontarlo con quello eventualmente successivo all'evento dannoso con riferimento ad una serie di dati misurabili, debitamente elencati. Solo per citarne alcuni: il numero di individui, la capacità della specie di propagarsi ovvero di ripristinarsi in breve tempo. Viene anche chiarito che «Il danno con un provato effetto sulla salute umana deve essere classificato come significativo». Si stabilisce inoltre che «Non devono essere classificati come danni significativi (...) le variazioni negative (...) risultanti da interventi connessi con la normale gestione dei siti,

---

<sup>40</sup> In tema si veda Cons. Stato, 22 luglio 2005, n. 3917, in *Rass. giur. Enel*, 2005, p. 550, secondo cui: la significatività dell'incidenza negativa: «va identificata con il rischio di compromissione degli obiettivi di conservazione del sito, la cui soglia (...) deve essere individuata dall'amministrazione in relazione al rischio di compromissione dell'integrità del sito, nel rispetto dei limiti alla discrezionalità imposti dalla direttiva».

<sup>41</sup> Il titolo della Comunicazione della Commissione (C(2018) 7621 final) è *Gestione dei siti Natura 2000. Guida all'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva 92/43/CEE (direttiva Habitat)*.

quale definita nei documenti di gestione o di indirizzo relativi all'habitat, o praticata anteriormente dai proprietari o dagli operatori»<sup>42</sup>.

Da ultimo, non può tacersi che l'introduzione del parametro della significatività, con riferimento al danno alla biodiversità, appare coerente con i documenti dell'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica (*Organization for Economic Cooperation and Development* – OECD) che, a loro volta, introducono il concetto di danno «significativo» proprio rispetto alle ipotesi di inquinamento autorizzato, meramente residuale. Come autorevolmente sottolineato, con riferimento alla nozione di danno significativo per i casi di inquinamento autorizzato, meramente residuale, «una regola diversa (...) porterebbe a dovere sostanzialmente avviare una procedura per la responsabilità ambientale per tutte le attività potenzialmente inquinanti, le cui autorizzazioni prevedono tendenzialmente un livello minimo di inquinamento consentito che, almeno in linea di principio, dovrebbe produrre un qualche danno ambientale, ancorché socialmente accettabile»<sup>43</sup>.

##### 5. La disciplina di diritto interno

Anche l'ordinamento giuridico italiano contempla l'ipotesi di danno alla biodiversità<sup>44</sup>.

Il decreto legislativo n. 152 del 2006, c.d. codice dell'ambiente, nella parte VI, al primo comma dell'articolo 300, stabilisce, in termini sintetici e generali, che «È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima»; mentre nel secondo comma, contempla tra le ipotesi di danno ambientale, ai sensi della direttiva 35/2004, il danno «alle specie e agli habitat

---

<sup>42</sup> Sull'interpretazione di questa disposizione si è di recente pronunciata la Corte di giustizia (Corte giust., 9 luglio 2020, causa C – 297/19) che, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, ha fornito un'interpretazione estensiva dell'espressione «normale gestione dei siti», tale da comprendere «qualsiasi misura amministrativa o organizzativa suscettibile di avere un impatto sulle specie e sugli habitat naturali protetti che si trovano sul sito», purchè compatibili con gli scopi delle direttive Habitat e Uccelli. Per un commento alla sentenza sia consentito richiamare V. BILARDO, *Carattere «significativo» del danno alla biodiversità e normale gestione dei siti*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 1581 ss.

<sup>43</sup> U. SALANITRO, *Il principio “chi inquina paga”: responsibility e liability*, in *Giornale dir. amm.*, cit., p. 34.

<sup>44</sup> M. BENOZZO, *La tutela degli ecosistemi e della biodiversità nel codice ambientale: gli strumenti ripristinatori e risarcitori del pregiudizio ecologico*, Aracne, Roma, 2008.

naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria di cui alla legge 11 febbraio 1992, n. 157<sup>45</sup> (...), di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357<sup>46</sup> (...) e alla legge 6 dicembre 1991, n. 394<sup>47</sup>»<sup>48</sup>. Anche in questo caso appare, dunque, centrale il riferimento alle aree del territorio assoggettate ad uno specifico regime di tutela in virtù della varietà florofaunistica in esse presenti<sup>49</sup>.

Già nel 1991, con la legge n. 394, il legislatore italiano era intervenuto istituendo i «parchi naturali» e «le aree protette»; con la legge n. 157 del 1992 e il d.p.r. n. 357 del 1997, invece, è stata data attuazione, rispettivamente, alle direttive Uccelli e Habitat, più volte richiamate.

Si tratta, ad ogni modo, di discipline volte alla predisposizione di una gestione attiva e non meramente conservativa dei territori considerati, ma, tuttavia, di mero indirizzo, in cui risulta decisivo il contributo delle singole Regioni. Valga, a titolo esemplificativo, il riferimento al d.p.r. del 1997 che rimette alle Regioni l'attuazione e il funzionamento della gestione dei siti «Natura 2000»<sup>50</sup>.

Una differenza sembra comunque emergere rispetto alla normativa europea. La direttiva 35/2004, infatti, si applica solo alle ipotesi di danno ambientale causati da operatori nello svolgimento di attività professionali.

---

<sup>45</sup> Con tale atto normativo è stata data attuazione, nel nostro ordinamento, alla direttiva 79/409/CEE.

<sup>46</sup> Il decreto citato, poi novellato dal d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357, rappresenta la normativa italiana di recepimento della direttiva 92/43/CEE.

<sup>47</sup> Con la legge quadro 6 dicembre 1991, n. 394, l'Italia ha predisposto una normativa volta a istituire e gestire le cc.dd. aree naturali protette. Sul punto G. DI PLINIO, *Aree protette vent'anni dopo. L'inattuazione "profonda" della legge n. 394/1991*, in questa *Rivista*, n. 3/2011, pp. 29 ss.

<sup>48</sup> Sul rapporto tra primo e secondo comma dell'art. 300, vedi M. BENOZZO, *La tutela degli ecosistemi e della biodiversità nel codice ambientale: gli strumenti ripristinatori e risarcitori del pregiudizio ecologico*, cit., pp. 84-85, secondo cui il secondo comma altro non sarebbe che una specificazione del contenuto della definizione contenuta nel primo.

<sup>49</sup> Vedi *supra*, nt. 26. In particolare, la qualifica di Sito di Interesse Comunitario (SIC) viene assegnata a seguito di un procedimento che coinvolge, in una prima fase, gli Stati membri (che predispongono un elenco delle aree presenti sul proprio territorio che richiedono protezione) e, in una seconda fase, la Commissione europea (che approva, dopo averli valutati, gli elenchi forniti dagli Stati). Ebbene, il d.p.r. n. 357 del 1997, a seguito della modifica introdotta dal d.p.r. 12 marzo 2003, n. 120, ha esteso la disciplina a cui sono assoggettati i SIC anche ai siti che sono stati proposti dagli Stati membri alla Commissione (pSIC) che, però, non si è ancora pronunciata sul punto.

<sup>50</sup> Una puntuale disamina della normativa è fornita da M. BENOZZO-F. BRUNO, *Impresa e ambiente: la valutazione di incidenza tra sviluppo sostenibile e tutela della biodiversità*, cit., pp. 1585 ss.

Nell'ambito di queste, inoltre, distingue quelle in sé pericolose per l'ambiente, per le quali è previsto un criterio di imputazione di tipo oggettivo, e quelle che non vengono considerate tali, in questo caso la responsabilità può sorgere solo per danno alla biodiversità e qualora sussista la colpa o il dolo dell'operatore.

Ebbene, anche il Codice dell'ambiente distingue le attività in sé pericolose per l'ambiente da tutte le altre, ma, a differenza del legislatore europeo, e, probabilmente, con l'intenzione di rafforzare ed estendere ulteriormente la tutela dell'ambiente, prevede che, nell'ambito delle seconde, la responsabilità per danno ambientale possa sorgere in capo a chiunque, non solo agli operatori, e per tutte le ipotesi di danno contemplate dal decreto, non solo in caso di danno alla biodiversità, purché, però, sussista il dolo o la colpa del soggetto agente. Rimane identica la disciplina per la valutazione del carattere significativo del danno alle specie e agli habitat naturali protetti, poiché l'allegato n. 4 della parte VI del codice riproduce fedelmente l'allegato 1 della direttiva.

#### *6. Considerazioni conclusive*

In definitiva, come si è cercato di evidenziare, e benché il legislatore nazionale abbia compiuto una scelta in parte differente (poiché, come si è detto, ha assoggettato al medesimo regime anche le altre fattispecie di danno), il diritto sovranazionale distingue il danno alla biodiversità dalle altre ipotesi.

La ragione di questa differenziazione sembrerebbe da ricondurre alle caratteristiche specifiche dell'oggetto della tutela: la biodiversità si caratterizza per l'esistenza di un delicato equilibrio tra le componenti, e le relative interazioni, di un ecosistema. Questa estrema vulnerabilità ha condotto l'Unione europea, già in tempi risalenti, ad intervenire per porre a carico degli Stati membri l'obbligo di assicurare il mantenimento, ovvero il ripristino, dello stato di conservazione di specie ed di habitat ritenuti meritevoli di protezione.

Si è però voluto chiarire che tale intervento da parte degli Stati non può non tenere conto delle esigenze economiche e delle caratteristiche delle aree considerate: la necessità di assicurare la tutela della biodiversità in alcune zone del territorio dell'Unione non deve compromettere lo svolgimento di attività antropiche nelle stesse. Anzi, la tutela stessa della biodiversità può rappresentare un'occasione di sviluppo, anche economico, per i territori, laddove la gestione e lo svolgimento delle attività di conservazione degli



ecosistemi, e delle funzioni loro connesse, vengano tradotte in nuove opportunità imprenditoriali e reddituali<sup>51</sup>. L'approccio del legislatore europeo, del resto, è assolutamente coerente con il principio dello sviluppo sostenibile<sup>52</sup>: l'obiettivo non è la tutela indiscriminata del territorio, ma quello di rendere lo sviluppo economico compatibile con la salvaguardia dell'ambiente e agevolare l'adozione di strumenti che non producano conseguenze negative sulla salute dei cittadini e degli ecosistemi<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> A. BORDIN, *Biodiversità come motore per l'economia, l'impresa e il lavoro*, in *Ambiente & sviluppo*, 2021, pp. 277 ss.

<sup>52</sup> Sullo sviluppo sostenibile, vedi F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in questa *Rivista*, 0/2010, pp. 13 ss. e G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, sempre in questa *Rivista*, n. 1/2020, pp. 4 ss.

<sup>53</sup> M. BENOZZO-F. BRUNO, *Impresa e ambiente: la valutazione di incidenza tra sviluppo sostenibile e tutela della biodiversità*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1600.

**ABSTRACT**

Vera Bilardo – *Il danno alla biodiversità*

La tutela della biodiversità è da decenni oggetto di vivo interesse da parte della Comunità internazionale ed è al centro delle politiche dell'Unione Europea. Nella direttiva 35/2004/CE «sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale», a cui l'ordinamento italiano ha dato attuazione nella parte sesta del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente), inoltre, viene introdotta una fattispecie specifica di danno all'ambiente: il danno alle specie e agli habitat naturali protetti, il danno alla biodiversità, appunto. In questo caso, a differenza delle altre ipotesi contemplate dalla direttiva, la responsabilità può sorgere anche se il danno è stato causato durante lo svolgimento di attività considerate in sé non pericolose per l'ambiente, ma solo se l'operatore economico abbia agito con dolo o colpa e a condizione che il danno abbia carattere significativo.

**PAROLE-CHIAVE:** *Danno; responsabilità; ambiente; biodiversità; transizione; ecosistema.*

Vera Bilardo – *Biodiversity damage*

The protection of biodiversity, for decades, has been of keen interest to the International Community and to the European Union policies. In the Environmental Liability Directive (2004/35/EC), which was implemented by the Italian legal system into the sixth part of the legislative decree 3 April 2006, n. 152 (the so called Environment Code), moreover, a specific type of environmental damage is introduced: damage to protected species and natural habitats, i.e. biodiversity damage. In this case, unlike the other hypotheses covered by the directive, liability may arise even if the damage was caused during activities that are not considered in themselves dangerous for the environment, but only in the case of intent or negligence of the economic

operator and if the damage is significant.

**KEYWORDS:** *Damage; liability; environment; biodiversity; transition; ecosystem.*

STEFANIA PEDRABISSI\*

*Il trasporto aereo nazionale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza\*\**

**SOMMARIO:** 1. *Le premesse alla “ripresa” nazionale.* – 2. *Il trasporto aereo e la pianificazione strategica nazionale.* – 3. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la missione «Infrastrutture per una mobilità sostenibile».* – 4. *Riflessioni di sintesi.*

*1. Le premesse alla “ripresa” nazionale*

La «transizione ecologica» quale forza propulsiva dell'azione strategica di contrasto all'emergenza pandemica intrapresa a livello europeo e, in ambito nazionale, attraverso il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani» (PNRR)<sup>1</sup>, non rappresenta, dal punto di vista valoriale, una novità in senso assoluto.

L'inarrestabile crescita della richiesta di beni e di servizi che ha caratterizzato questi ultimi decenni ha prodotto, in maniera speculare, gravi effetti sull'ambiente e sulla sostenibilità delle risorse che hanno imposto un generale ripensamento dei “tradizionali” modelli economici e produttivi; una trasformazione necessaria ad arginare l'incremento esponenziale della domanda di materie prime, non accompagnato da una pari disponibilità di riserve accessibili.

L'urgenza di fronteggiare la *questione ambientale* ha spinto verso la ricerca di sistemi industriali ed economici in grado di coniugare la produttività e l'erogazione dei servizi, con il profilo della tutela dell'ambiente. Il cambio di paradigma ha richiesto mutamenti rilevanti, nel tentativo di concepire una

---

\* Ricercatore di Diritto amministrativo e Professore aggregato di Diritto dell'Ambiente, Università degli Studi di Parma. E-mail: [stefania.pedrabissi@unipr.it](mailto:stefania.pedrabissi@unipr.it).

\*\* Lo scritto sviluppa e amplia la relazione presentata al Sesto Convegno annuale AIDAMBIENTE “Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza” del 15 giugno 2021.

<sup>1</sup> Ci si riferisce al Piano nazionale di Ripresa e Resilienza nella versione approvata in data 27 aprile 2021 dalla Camera e dal Senato e, successivamente, trasmessa alla Commissione europea che in data 22 giugno 2021 ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, fornendo una valutazione globalmente positiva del PNRR italiano. Il 13 luglio 2021 il PNRR nazionale è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio che ha recepito la proposta della Commissione europea.

differente idea di produttività maggiormente duratura e sostenibile. Traguardi condivisi sia a livello internazionale che europeo.

A livello internazionale, l'obiettivo 8 dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015, si prefigge di «incentivare una crescita economica duratura e sostenibile» per addivenire al progressivo miglioramento dell'efficienza globale nel consumo e della produzione di risorse nello sforzo di «scollegare la crescita economica dalla degradazione ambientale».

In pari misura, in sede europea, la consapevolezza della limitatezza delle risorse ha accompagnato e guidato le scelte di pianificazione della nuova strategia di crescita delineata nel *Green Deal* Europeo; gli obiettivi della *road map* di sostenibilità illustrati nella Comunicazione del dicembre 2019 hanno tracciato il solco entro cui collocare tutte le riforme e gli investimenti futuri, indicando la via per il raggiungimento degli ambiziosi risultati<sup>2</sup>. Segnatamente, il conseguimento del traguardo di neutralità climatica fissato per il 2050 impone di abbracciare una visione unitaria delle riforme e una programmazione di tutti gli interventi demandati ai singoli Paesi membri, che abbia come baricentro proprio l'obiettivo dell'Unione europea di conseguire una sostenibilità competitiva e inclusiva. Il traguardo di una società in grado di non generare più emissioni nette di gas a effetto serra nel 2050 diventa il perno intorno al quale ruotano le politiche settoriali dei molteplici ambiti di intervento dell'Unione europea e affianca, nello spazio giuridico europeo, il processo di trasformazione dei modelli industriali e produttivi già avviato a seguito della recente regolazione europea dell'economia circolare<sup>3</sup>.

In questo scenario di fondo si è inserito il *Next Generation EU*, unitamente ai dispositivi per la ripresa e la resilienza, quale risposta economica

---

<sup>2</sup> Sul tema, si vedano le riflessioni di A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1/2021, pp. 4-7.

<sup>3</sup> Per un approfondimento si rinvia a: M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Franco Angeli, Milano, 2020; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare*, in *Dir. Amm.*, 2017, 163; ID. (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Eum, Macerata, 2019. Il tema del recepimento delle direttive del pacchetto economia circolare di settembre 2020 è analiticamente affrontato da: S. ANTONIAZZI, *Transition to the Circular Economy and Services of General Economic Interest*, in *federalismi.it*, n. 7, marzo 2021; A. MURATORI, *Quattro decreti legislativi per l'attuazione delle direttive del "pacchetto Economia Circolare"*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 10, ottobre 2020.

unitaria ai catastrofici effetti prodotti dalla pandemia da Covid-19, in tutti i Paesi dell'eurozona.

Gli obiettivi della ripresa economica si sono, così, legati a doppio filo a quelli della sostenibilità, già enunciati dalla Commissione nel 2019. I singoli piani di ripresa e resilienza, elaborati dai vari Stati membri e sottoposti alla Commissione per poter beneficiare degli aiuti economici, si sono innestati nell'ambizioso traguardo della neutralità climatica fissato per il 2050. La linea di continuità tra le differenti azioni strategiche è ben rappresentata dalla percentuale del 37% delle risorse che ciascun Paese membro dovrà destinare agli investimenti necessari alla transizione verde. Lo stesso Regolamento Dispositivo traccia il perimetro entro cui collocare la "rivoluzione" verde e indica i macro settori che dovranno necessariamente essere destinatari delle politiche di investimento *green*.

L'imponente azione di programmazione strategica promossa dall'Unione europea non si limita a consolidare il ruolo delle Istituzioni europee a capo della lotta contro i cambiamenti climatici, ma contribuisce a rinsaldare il legame nei Paesi dell'eurozona, scardinando dal basso quelle resistenze che l'emergenza sanitaria da Covid-19 poteva aver generato nei singoli Governi. L'elaborazione di una strategia di azione che individua le sfide comuni a tutti i Paesi ha finito con il diventare un ulteriore modo per realizzare «la creazione e lo sviluppo di un mercato interno tramite il quale garantire uno sviluppo sostenibile, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (art. 3, n. 3, comma 1, TFUE).

Così, se il sintagma «transizione ecologica» ben esprime la cifra politica che lega le più recenti programmazioni strategiche promosse dalle Istituzioni europee e nazionali, innovativo appare, invece, l'impegno congiunto di accompagnare la ripresa economica al cambiamento. Non più una conversione ecologica a "diverse velocità", in relazione al differente livello di consapevolezza dell'urgenza legata alla questione ambiente, bensì una risposta unitaria delegata ai singoli Paesi membri dell'Unione Europea. Un progetto unitario sino ad ora mai realizzato e, sostanzialmente, originato dall'unicità dell'evento straordinario che l'ha determinato; condizione che, tuttavia, non elimina le fisiologiche differenze che caratterizzano la morfologia dei singoli Paesi delle quali le visioni progettuali nazionali dovranno necessariamente tener

conto poiché, diversamente, potrebbero rappresentare il vero elemento di fragilità dell'intero sistema.

## *2. Il trasporto aereo e la pianificazione strategica nazionale*

La scelta di analizzare alcune delle misure previste dal «PNRR» osservandole dal filtro del trasporto aereo origina dalla considerazione primaria per la quale lo sforzo di rilancio del nostro Paese, così come esplicitato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale.

Il trasporto aereo (nazionale) si interseca con detti profili e tutti e tre gli assi della pianificazione strategica italiana assumono una rilevante importanza e un puntuale significato se riferiti al settore della navigazione aerea domestica, il cui spessore ben si comprende laddove si consideri il ruolo nevralgico che ricoprono i servizi di trasporto all'interno del nostro ordinamento.

Com'è noto, in Italia i mezzi di trasporto (su rotaia, gomma, marittimi) sono di primaria importanza, e in particolare, il trasporto aereo ricopre una posizione nodale poiché assolve a due differenti funzioni: da un lato, infatti, ad esso è demandato il compito di contribuire alla promozione della crescita e dell'efficienza del sistema economico; dall'altro, per la peculiare morfologia che caratterizza il territorio nazionale, gli spostamenti aerei adempiono alla *missione sociale* di migliorare l'accessibilità ad aree geograficamente difficili da raggiungere, rimuovendo quegli ostacoli che generano disuguaglianza economica e sociale.

E' possibile affermare, da subito, come nell'intera visione progettuale, declinata dai soggetti della decisione politica, sia ben marcata la centralità del ruolo delle infrastrutture, quale fattore di crescita economico. La strategia nazionale contempla una serie di investimenti finalizzati allo sviluppo di una rete di infrastrutture di trasporto che sia moderna, digitale, sostenibile e interconnessa. Ed è in questa prospettiva che emerge, con tutta evidenza, il nesso tra il trasporto aereo nazionale e il primo asse strategico: la digitalizzazione e l'innovazione. Una delle chiavi di volta del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è, indubbiamente, rappresentata dalla digitalizzazione; strumento trasversale indispensabile alla concreta realizzazione delle riforme e

degli interventi che verranno e, come tale, fondamentale anche con riferimento al trasporto aereo.

Come si vedrà in prosieguo, l'innovazione digitale applicata al settore del trasporto aereo permetterà un miglioramento del sequenziamento degli aerei, sia nello spazio aereo in rotta che nell'avvicinamento agli aeroporti; consentendo una riduzione dell'uso di carburante. Traguardo prioritario, quest'ultimo, che si innesta nel pilastro della transizione ecologica, che discende direttamente dall'*European Green Deal* e dal doppio obiettivo dell'Unione Europea di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050 e ridurre le emissioni di gas a effetto serra del 55% rispetto allo scenario del 1990, entro il 2030.

L'aviazione è, infatti, tra le principali fonti di emissione di gas serra e, sino a qualche tempo addietro, con un andamento in costante crescita; secondo i dati diffusi dalla Commissione europea «le emissioni prodotte dall'aviazione rappresentano circa il 3% delle emissioni totali di gas a effetto serra dell'UE e oltre il 2% delle emissioni globali. Se l'aviazione globale fosse un Paese, si collocherebbe tra i primi 10 emettitori». Nel 2020, le emissioni globali annue del trasporto aereo internazionale sono state circa il 70% più alte del 2005; l'organizzazione internazionale per l'aviazione civile ha previsto che, mantenendo questi *standard*, entro il 2050 potrebbero crescere oltre il 300%<sup>4</sup>. Il quadro nazionale non differisce di molto, ma non include le emissioni da trasporto internazionale e, pertanto, i modi di trasporto terrestre sono di maggiore dimensione relativa<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Sito della Commissione, ec.europa.eu; ICAO, *Trends in Emissions that infect Climate Change*, in [www.icao.int](http://www.icao.int).

<sup>5</sup> Nonostante i grossi sforzi, le emissioni da trasporto sono cresciute nell'Unione europea da 828 milioni di tonnellate di Co2 equivalenti nel 1992 a 1141 milioni nel picco del 2007 e dopo alcuni anni di decrescita hanno ripreso a crescere nel 2018/19 a circa 1100 milioni, con un aumento rispetto ai livelli del 1990 quasi del 33% (dati EEA). Se osserviamo la suddivisione delle emissioni per modalità di trasporto prevedibilmente i trasporti su gomma sono la modalità prevalente nel generare emissioni (più del 71%). Se guardiamo alla dinamica delle emissioni per modo di trasporto dal 1990 le emissioni dal trasporto su strada sono cresciute del 26%, quelle su rotaia, molto basse comunque, diminuite per effetto della elettrificazione delle linee. Sono aumentate rapidamente invece le emissioni da trasporto marittimo internazionale (+35%) e soprattutto quelle da trasporto aereo (+118%), anche qui soprattutto nel comparto internazionale. Va detto che l'aumento di emissioni in questi ultimi casi deriva da un enorme aumento dei trasporti in questi comparti, anche a fronte di un miglioramento della efficienza energetica.



Da tempo l'Unione europea si è mossa nella direzione di promuovere un'industria aerea maggiormente sostenibile; basti pensare alla decisione adottata dal 2008 - a seguito del picco di emissioni globali raggiunto nel 2007 - di applicare anche al settore aereo il sistema ETS-EU *Emission II Trading Scheme* di cui alla direttiva 2003/87/CE (così come modificata dalla direttiva 2008/101/CE al fine di includere le attività di trasporto aereo nel sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra)<sup>6</sup>.

Detto sistema introduce in Europa, in maniera analoga all'*Emission Trading* internazionale, un meccanismo di "*cap and trade*" per gli impianti industriali - nel settore della produzione di energia elettrica e termica - valido anche per le emissioni generate dalle attività di aviazione. L'ETS-EU opera secondo il principio della limitazione e dello scambio delle emissioni; le attività poc'anzi citate debbono rispettare un "tetto" massimo, al livello complessivo delle emissioni fissato in sede europea, che viene poi frazionato in quote di emissione negoziabili sul mercato, tra gli operatori stessi<sup>7</sup>. Entro questo *range*, gli operatori economici interessati dal sistema, acquistano ovvero ricevono le quote di emissione che possono, altresì, essere oggetto di scambio. Nel tempo, il "*cap*" è destinato a ridursi in maniera progressiva consentendo, così, una costante diminuzione delle emissioni totali.

Sinteticamente descritto, il sistema ETS ruota intorno alla necessità, da parte dei vettori, di acquisire un'autorizzazione alle emissioni di CO<sub>2</sub>, che tenga

---

<sup>6</sup> I cambiamenti climatici, la difesa del clima sono obiettivi espressamente esplicitati dalla normativa dell'Unione europea e contemplati dall'art. 191 del TFUE. In particolare, il sistema EU-ETS costituisce un pilastro della politica promossa dalle Istituzioni europee per contrastare i cambiamenti climatici e ridurre in maniera economicamente efficiente le emissioni di gas a effetto serra. Il sistema per lo scambio delle quote di emissione è attivo in tutti i Paesi dell'Unione europea cui si aggiungono l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia. Il sistema copre il 40% circa delle emissioni di gas a effetto serra dell'eurozona e contribuisce a limitare le emissioni prodotte da impianti nel settore dell'energia elettrica, nell'industria manifatturiera e dalle compagnie aeree. Il sistema ETS di scambio quote di emissione è stato ulteriormente modificato dalla direttiva 2009/29/UE. Il tema delle *Emission Trading* è diffusamente trattato in dottrina. Senza alcuna pretesa esaustiva, si vedano: B. POZZO (a cura di), *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione. La prima attuazione europea dei meccanismi previsti dal Protocollo di Kyoto*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *Il nuovo sistema di Emission Trading comunitario*, Giuffrè, Milano, 2010; F. SALERNO, *Le recenti misure per contrastare l'impatto ambientale del trasporto aereo*, in *Il Diritto marittimo*, 2017, fasc. 1, pp. 68-92; P. SIMONE, *L'"European Union Emissions Trading Scheme" (EU ETS) e la navigazione aerea*, in *Riv. dir. nav.*, 2015, fasc. 1, pp.193-238.

<sup>7</sup> Cfr. D. PAPPANO, *Inquinamento atmosferico e lotta ai cambiamenti climatici nella tutela della qualità dell'aria*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 366-410.

conto dei dati e delle caratteristiche degli aerei, unitamente alla predisposizione di un piano di monitoraggio delle emissioni medesime. Gli operatori in possesso dell'autorizzazione possono acquisire le quote di emissione di CO<sub>2</sub>, dietro pagamento di un corrispettivo. Le quote di CO<sub>2</sub> assegnate ai differenti soggetti autorizzati dovranno poi, con cadenza annuale, essere restituite. Nel caso in cui le quote acquistate da un singolo operatore non fossero sufficienti a coprire le emissioni generate, il meccanismo prevede la possibilità di acquistare ulteriori quote, da altri soggetti presenti nel mercato.

L'impegno dei vettori aerei volto al contenimento e al monitoraggio delle emissioni, anche mediante il meccanismo testé descritto dell'acquisto di unità di emissione ammissibili, si inserisce nel quadro del programma internazionale approvato dall'organizzazione interazionale dell'aviazione civile (ICAO) e denominato CORSIA<sup>8</sup>. Com'è noto, il CORSIA mira a stabilizzare le emissioni di CO<sub>2</sub> del 2020 attraverso la richiesta rivolta alle compagnie aeree di compensare la crescita delle loro emissioni in un momento successivo al 2020. Detta programmazione è stata concepita in maniera sinergica alle misure di riduzione delle emissioni derivanti dai miglioramenti tecnologici e organizzativi propri dell'industria aerea e dall'ulteriore iniziativa denominata “*sustainable aviation fuels*” per il comparto in esame. Le emissioni oggetto di compensazione nell'ambito del progetto CORSIA sono quelle previste dall'Accordo di Parigi, per i voli internazionali<sup>9</sup>. Sia il CORSIA sia l'EU-ETS muovono dal presupposto che le compagnie aeree controllino e comunichino le loro emissioni, restituendo un certo numero di crediti - tradotti in quote o compensazioni - a seconda dell'incremento delle emissioni.

Nel periodo di stallo forzato causato dall'emergenza sanitaria da Covid-19, le emissioni di gas a effetto serra provenienti dagli operatori coperti dal sistema di scambio di quote di emissioni EU-ETS, ed in particolare quelle conseguenti all'industria aerea, sono diminuite in maniera significativa (v. *infra*); tuttavia ad oggi detto sistema non è ancora in grado di condurre a risultati realmente risolutivi. Lo stesso Parlamento europeo nella prima risoluzione [(2019/2956) (RSP)] a seguito dell'adozione del *Green Deal* ha ribadito che il cielo unico europeo (CUE) è in grado di ridurre le emissioni del

---

<sup>8</sup> Acronimo di Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation.

<sup>9</sup> Per un approfondimento sull'Accordo di Parigi, si veda: S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 81 ss.

trasporto aereo senza costi ingenti, ma non porterà di per sé riduzioni significative delle emissioni del trasporto aereo in linea con l'obiettivo a lungo termine dell'UE, risultato ottenibile unicamente con l'impiego di una chiara tabella di marcia normativa per la decarbonizzazione del settore del trasporto aereo, basata su soluzioni tecnologiche, infrastrutture, requisiti per combustibili alternativi ed efficienza delle operazioni, in combinazione con incentivi per un trasferimento modale.

Diminuire i trasporti è una opzione percorribile solo in misura molto limitata. Un sistema di trasporti efficace ed efficiente è alla base di ogni società economicamente evoluta e libera. Proprio l'emergenza sanitaria ha messo in luce come, da un lato la rapidità degli spostamenti, di cose e persone, abbia contribuito ad accelerare i tempi della pandemia da Covid-19 e ad accentuarne la dimensione globale; dall'altro, ha rimarcato l'assoluta indispensabilità di un'effettiva operatività dei medesimi, anche in un contesto emergenziale, quale elemento di resilienza economico-sociale.

La consapevolezza della centralità del ruolo ricoperto dai mezzi di trasporto in un contesto economico-sociale sempre più globalizzato non può che rappresentare la leva per formalizzare, sotto il profilo della programmazione, l'impegno di concepire l'intero sistema degli spostamenti in una differente declinazione, in grado di realizzare, concretamente, una rete di trasporti che sia capace di superare i tradizionali confini territoriale senza impattare eccessivamente sull'ambiente<sup>10</sup>.

Ed è in questo orizzonte che è possibile collocare il (terzo) collegamento tra il comparto aereo nazionale e l'obiettivo dell'inclusione sociale che, nella strategia definita attraverso il «PNRR», dovrebbe condurre al riequilibrio territoriale e allo sviluppo del Mezzogiorno. Obiettivi, questi ultimi, non univocamente affidati ai singoli interventi ma perseguiti quali traguardi trasversali in tutte le componenti del Piano Nazionale e, per le ragioni poc'anzi condivise, finalità che si intersecano con la *missione sociale* affidata al trasporto aereo nazionale, anche attraverso una puntuale regolazione degli obblighi di servizio pubblico.

Se queste sono le premesse che accompagnano (e precedono) la non semplice sfida abbracciata dal «PNRR» di investire in quelle infrastrutture

---

<sup>10</sup> Sul tema si rinvia alle efficaci riflessioni di G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in questa *Rivista*, n. 1/2020, p. 10.

ritenute strategiche per il nostro Paese e, per quanto la cornice europea nella quale si è inserito il Piano italiano sembrasse condurre verso una diversa attenzione per il comparto aereo, nei fatti non si può non osservare il numero ridotto di previsioni dedicate al trasporto aereo.

Il periodo di stallo causato dall'emergenza epidemiologica ha dimostrato come sia ancora possibile intervenire sull'ambiente: le emissioni di gas a effetto serra provenienti dagli operatori coperti dal sistema di scambio di quote di emissioni EU-ETS sono diminuite del 13,3% nel 2020 rispetto all'anno precedente. La riduzione complessiva è imputabile in misura pari all'11,2% al calo delle emissioni da impianti fissi e, soprattutto, al crollo eccezionale pari al 64,1% delle emissioni del trasporto aereo; un dato empirico che non può essere trascurato.

La risposta realistica alla pandemia passa necessariamente attraverso le risorse rese disponibili dall'Unione Europea, che, nel farlo traccia il solco entro il quale attuare la ripresa e per queste ragioni rappresenta una grande possibilità di ripartenza anche in un'ottica di maggior tutela verso l'ambiente e in linea con la *road map* del *Green Deal*, che mira al raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050.

### *3. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la missione «Infrastrutture per una mobilità sostenibile»*

Il «PNRR», insieme al Pacchetto di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa, rappresenta lo strumento di attuazione del progetto europeo *NEXT GENERATION EU* e assegna all'Italia la più alta quota del finanziamento europeo per un valore di 191,5 miliardi di euro, di cui 68,9 miliardi a fondo perduto, da impiegare nell'arco temporale che va dal 2021 al 2026; ampie risorse assegnate al nostro Paese con l'esplicito mandato di combattere le disuguaglianze sociali, di rafforzare la coesione territoriale, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tecnologicamente adeguato, di potenziare il sistema produttivo<sup>11</sup>.

La struttura del Piano Nazionale è oramai nota, essa si sviluppa in sedici componenti raggruppate in sei missioni articolate in linea con i sei pilastri

---

<sup>11</sup> Si rinvia alle riflessioni di S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in questa *Rivista*, n. 1/2021, pp. 198-219.

menzionati dal Regolamento del RRF (dispositivo per la ripresa e la resilienza). Le sei missioni (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione sociale) condividono priorità trasversali relative alle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali e quattro riforme di contesto: la riforma della pubblica amministrazione, la riforma del sistema giudiziario, le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza.

Nell'economia del taglio prescelto è necessario soffermarsi sulla terza missione intitolata «Infrastrutture per una mobilità sostenibile (31,46 miliardi)»: detta missione è suddivisa in due componenti e si pone l'obiettivo di rafforzare ed estendere l'alta velocità ferroviaria regionale, con una particolare attenzione al Mezzogiorno, di potenziare i servizi di trasporto merci secondo una logica intermodale in relazione al sistema degli aeroporti e promuovere la digitalizzazione del traffico aereo. Minimo comun denominatore tra le due componenti è l'obiettivo di porre al centro della terza missione la qualità delle infrastrutture, in ottemperanza anche alle indicazioni formulate dalla Commissione per l'Italia (Raccomandazioni specifiche per Paese (CSR) 2020 e 2019) «Investire nel trasporto e nelle infrastrutture sostenibili è anche un modo per affrontare le sfide ambientali. Occorrono investimenti verdi consistenti per conseguire gli ambiziosi obiettivi dell'UE in materia di energia e clima per il 2030».

Gli investimenti sulle infrastrutture esplicitati dal Piano Nazionale e finalizzati a rafforzare il sistema produttivo in un'ottica di maggior sostenibilità debbono essere letti con il filtro europeo, in un *unicum* di obiettivi, poiché è in questo disegno che le programmazioni di ripresa e ripartenza dei singoli Paesi confluiscono.

Riprendendo l'analisi delle previsioni contenute nel «PNRR», le odierne riflessioni non possono che prendere avvio da questa missione, poiché nella seconda componente rubricata «Intermodalità e logistica integrata» vi è una sezione espressamente dedicata all'innovazione digitale dei sistemi aeroportuali, a propria volta articolata in tre obiettivi: I) l'innovazione digitale applicata al settore del trasporto aereo permette un miglioramento del sequenziamento degli aerei, sia nello spazio aereo in rotta che nell'avvicinamento agli aeroporti, con conseguente ottimizzazione e riduzione

del consumo di carburante. II) Il potenziamento digitale del settore riguarderà quindi, sia lo sviluppo di nuovi strumenti di digitalizzazione dell'informazione aeronautica, sia l'implementazione di piattaforme e servizi di aerei senza pilota. III) La «condivisione sicura delle informazioni» consentirà, inoltre, la creazione di una dorsale di comunicazione di nuova generazione, in grado di collegare i vari siti operativi dei sistemi di assistenza al volo, garantendo la copertura dei requisiti di *cybersecurity* e collegando *Air Navigation. Service Provider* (ANSP) alle altre parti interessate. I progetti riguarderanno: lo sviluppo e connettività del *Unmanned Traffic* – UTM, la digitalizzazione delle informazioni aeronautiche, la realizzazione di infrastrutture cloud e virtualizzazione delle infrastrutture operative, la definizione di un nuovo modello di manutenzione, oltre alla condivisione sicura delle informazioni. Unitamente a queste previsioni specificamente indirizzate al trasporto aereo, il «PNRR» contiene altre misure che rilevano per il mondo dei trasporti: di interesse per il settore cargo sarà anche la «Semplificazione delle transazioni di importazione/esportazione attraverso l'effettiva implementazione dello Sportello Unico dei Controlli». L'obiettivo consiste nella creazione di un apposito portale a servizio dello Sportello Unico dei Controlli, che permetterà l'interoperabilità con le banche dati nazionali e il coordinamento delle attività di controllo da parte delle dogane. Rilevante per l'aviocamionato anche la «Semplificazione delle procedure logistiche e digitalizzazione dei documenti, con particolare riferimento all'adozione della CMR elettronica, alla modernizzazione della normativa sulla spedizione delle merci, all'individuazione dei laboratori di analisi accreditati per i controlli sulle merci». Il «PNRR», più in generale, illustra come la digitalizzazione dei documenti di trasporto sia un elemento chiave della strategia Ue per la mobilità delle merci in tutte le modalità di trasporto, come dimostrano i recenti Regolamenti europei 2020/1056 e 2020/1055, finalizzati, rispettivamente, a facilitare lo scambio di informazioni elettroniche e a prevedere l'utilizzo della '*Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route*' elettronica (eCMR), quale strumento di controllo sulle operazioni di cabotaggio stradale.

Le misure contenute nel «PNRR» non possono che essere accolte con favore: gli strumenti per garantire l'intermodalità attraverso la digitalizzazione, la dematerializzazione dei documenti, la semplificazione dei controlli, ma anche la forte attenzione verso la sicurezza delle informazioni, che si pone in linea di

continuità con gli obiettivi di sicurezza europei di molto innalzati dopo l'11 settembre, rappresentano una valida risposta in grado di potenziare i servizi di trasporto merci, secondo una logica intermodale. Tuttavia, non è possibile non osservare l'assenza di previsioni dedicate ad una reale pianificazione normativa volta alla decarbonizzazione del settore del trasporto aereo, fondata su soluzioni tecnologiche e infrastrutture aeroportuali in grado di ridurre le emissioni nocive per l'ambiente.

#### *4. Riflessioni di sintesi*

Il settore aereo, asset strategico per la nostra economia, costituisce uno dei settori più duramente colpiti dalla pandemia da Covid 19 che, già nella fase più acuta dell'emergenza sanitaria, ha richiesto iniezioni di capitali statali per sollevare le difficili sorti degli operatori presenti in questo settore

Le iniziali forme di sostegno che i singoli Governi hanno messo a disposizione per il settore aereo, seguite dalla programmazione nazionale per la ripresa economica non possono che rappresentare anche una valida opportunità per implementare l'adozione di politiche sostenibili e ridurre l'impatto ambientale. Per le ragioni poc'anzi condivise, il «PNRR» rappresenta una grande possibilità di ripartenza anche in un'ottica di maggior sostenibilità, che potrebbe condurre al raggiungimento degli obiettivi di riduzione e garantire reali progressi verso gli obiettivi di neutralità climatica.

Il sequenziamento digitale degli aerei, sia nello spazio aereo in rotta che nell'avvicinamento agli aeroporti, consentirà l'ottimizzazione del trasporto aereo e una riduzione del consumo di carburante.

Più in generale, il sistema di scambio di quote introdotto a livello europeo rappresenta un valido strumento per monitorare le emissioni del trasporto aereo e determinare una reale riduzione, sino ad ora mai effettivamente conseguita. L'obiettivo finale dovrebbe essere quello di regolamentare l'accesso al mercato per vettori aerei con una *governance* fortemente *environmentally-friendly* in grado di incentivare l'impiego di mezzi aerei a minor impatto sull'ambiente.

Per queste ragioni, stupisce la scelta di dedicare poco spazio a livello europeo, e in conseguenza nel «PNRR», agli spostamenti aerei, a dispetto delle molteplici aspettative maturate – anche dagli operatori presenti nel mercato - nei confronti dell'azione strategica nazionale. La chiusura a livello europeo verso il

settore aeroportuale impatta in modo asimmetrico sui differenti Paesi, con effetti decisamente più negativi per quei Paesi come il nostro nei quali, per la peculiare morfologia che presentano, il trasporto aereo rappresenta un volano per l'economia e per il turismo e, parimenti, assolve ad un ruolo sociale primario, garantendo un livello minimo di connettività di cose e persone, anche in quelle aree particolarmente penalizzate dalla condizione geografica. L'orografia italiana rende le infrastrutture aeroportuali strategiche per l'*incoming* turistico, specie nel Mezzogiorno, laddove il ritardo di adeguamento delle infrastrutture stradali e ferroviarie ha conferito al trasporto aereo un ruolo cruciale, come motore di sviluppo e sostegno della vocazione turistica di quest'area. Il deficit di collegamenti, evidenziato nel «PNRR» e principalmente rivolto all'attività portuale, è in realtà «un collo di bottiglia» che appartiene anche al trasporto aereo, sia di merci sia di persone. Il ritardo di adeguamento delle infrastrutture stradali e ferroviarie nel nostro Paese ha contribuito, per lungo tempo, ad allontanare la filiera del trasporto aereo nazionale dagli *standard* europei. Oggi, sebbene vi sia una sostanziale omogeneità nella disponibilità delle infrastrutture nelle differenti aree del nostro Paese, l'accessibilità, anche se di molto migliorata, rimane profondamente disomogenea sull'intero territorio. Al nord, le opere stradali e ferroviarie realizzate nell'ultimo ventennio hanno rimosso le principali difficoltà legate alla permanenza di un'articolazione modale insufficiente in relazione ai volumi della domanda di spostamenti aerei. L'adeguamento della rete di collegamento ha spinto, ad esempio, la Commissione Europea a esprimersi in senso favorevole affermando come «(..) l'accesso all'aeroporto di Malpensa non costituisca più un handicap per l'utenza intenzionata a recarsi in questo aeroporto»<sup>12</sup>. Le prospettive di ulteriore espansione degli scali minori sono strettamente legate agli investimenti sulle infrastrutture aeroportuali che saranno pianificate a livello nazionale.

Ecco, in chiusura, val forse la pena estendere le riflessioni anche su quello che è stato escluso dal «PNRR»: la mancata previsione di misure e investimenti per favorire lo sviluppo sostenibile degli scali, per dar attuazione ai molti progetti su cui da tempo alcuni gestori di infrastrutture aeroportuali stanno lavorando per ridurre le emissioni di CO<sub>2</sub>, potrebbe riflettersi negativamente sul

---

<sup>12</sup> Cfr., Decisione 21 dicembre 2000, Commissione Europea, relativa a un procedimento di applicazione del regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio in (Caso TREN/AMA/12/00 – Norme italiane sulla ripartizione del traffico all'interno del sistema aeroportuale di Milano).



nostro Paese. Detta assenza si manifesta con maggior incidenza in Italia, laddove il trasporto aereo alimenta un'importante catena che si traduce principalmente in turismo. A dispetto delle molteplici aspettative alimentate proprio dalla programmazione nazionale che ha assegnato all'*incoming* turistico un ruolo chiave nello sforzo di rilancio del nostro "Bel Paese", nell'azione strategica non si rinvengono misure di coordinamento e di raccordo tra la missione dedicata alla «mobilità sostenibile» e gli obiettivi destinati alla promozione del territorio. Per favorire l'*incoming* turistico sono necessarie infrastrutture, anche aeroportuali, che siano intermodali e interconnesse; l'accessibilità a molte aree del nostro Paese è affidata agli spostamenti aerei. Gli aeroporti sono infrastrutture strategiche che garantiscono una connettività essenziale per l'economia nazionale. Sotto questo profilo, è evidente la non omogeneità nelle azioni di programmazione; il difetto di amalgama nella visione progettuale potrebbe allontanare il raggiungimento del macro-obiettivo della neutralità climatica per il 2050 ed indebolire gli sforzi dedicati alla ripresa economica, specie se si affida alla ripresa la sfida di realizzare nuovi modelli di produzione e di sviluppo di beni e servizi, destinati a durare nel tempo.

**ABSTRACT**

Stefania Pedrabissi – *Il trasporto aereo nazionale e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Il contributo analizza le previsioni dettate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani» con riferimento al settore del trasporto aereo nazionale. L'aviazione rappresenta una delle principali fonti di emissione di gas serra e gli investimenti per la ripresa economica rappresentano una grande possibilità di ripartenza anche in un'ottica di maggior tutela verso l'ambiente e in linea con la *road map* del *Green Deal*, che mira al raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050. Lo scritto muove dall'analisi delle peculiarità che contraddistinguono l'attività di trasporto aereo per poi proseguire con l'esame, anche in senso critico, della strategia prevista nella terza missione del PNRR e rubricata «Infrastrutture per una mobilità sostenibile».

**PAROLE-CHIAVE:** *trasporto aereo; Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza; Infrastrutture per una mobilità sostenibile; ETS-EU; emissioni di gas serra; Green Deal.*

Stefania Pedrabissi – *National air transport in the National Recovery and Resilience Plan*

The contribution analyzes the forecasts dictated by the National Recovery and Resilience Plan «Italia Domani» with reference to the national air transport sector. Aviation is one of the main sources of greenhouse gas emissions and investments for economic recovery represent a great opportunity to restart also with a view to greater protection towards the environment and in line with the Green Deal road map, which aims to achieve climate neutrality by 2050. The paper starts from the analysis of the peculiarities that distinguish the air transport activity and then continues with the examination, also in a critical sense, of the strategy envisaged in the third mission of the PNRR and entitled

«Infrastructures for sustainable mobility».

**KEYWORDS:** *air transport; National Recovery and Resilience Plan; Infrastructure for sustainable mobility; ETS-EU; greenhouse gas emissions; Green Deal.*

MAURIZIO CAFAGNO\*

**Considerazioni su *Silent Spring* di Rachel Carson\*\***

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* – 2. *Epistemologia della complessità.* – 3. *L'illusione della stabilità.* – 4. *Lasciare alla natura la maggior parte del lavoro.* – 5. *Il gioco degli interessi umani.* – 6. *Calcolo ed emozioni.*

*1. Introduzione*

Primavera silenziosa<sup>1</sup> è celebrato come un libro di straordinario successo.

Con la sua documentata analisi delle conseguenze nocive e pericolose dell'uso dei pesticidi nell'agricoltura americana, il libro ha segnato un punto di svolta, ha contribuito a portare la coscienza ambientale in primo piano nella politica moderna.

Per cogliere il grado di popolarità riscosso dal libro sin dalla prima ora basti considerare che, alla prematura morte dell'autrice, avvenuta meno di due anni dopo la pubblicazione, le vendite avevano già superato la soglia del milione di copie.

Secondo il recente saggio che Stefano Nespore ha dedicato al processo di costruzione dell'odierno concetto di ambiente<sup>2</sup>, cinque sono le opere che hanno scandito la traiettoria evolutiva.

Aprì la lista proprio *Silent Spring*, seguito, dieci anni dopo, da *I limiti dello sviluppo*, quindi dal rapporto Brundtland, *Our Common Future*, nel 1987, poi da *Governing the Commons*, del premio nobel per l'economia Elinor Ostrom, nel 1990, infine da *Una scomoda verità*, nel 2006, di Al Gore, ex vicepresidente degli Stati Uniti e premio nobel per la pace.

In questo breve scritto non vorrei però indulgere nella rievocazione delle virtù e dell'importanza che *Silent Spring* ebbe, secondo l'unanime

---

\* Professore ordinario, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture, Università degli studi dell'Insubria. E-mail: [maurizio.cafagno@uninsubria.it](mailto:maurizio.cafagno@uninsubria.it).

\*\* Il breve saggio è frutto della rielaborazione di un intervento svolto nell'ambito del ciclo di seminari "Ripartire dai classici", organizzato dal Corso di Dottorato internazionale in "Diritti e sostenibilità", XXXVII ciclo, presso l'Università degli studi del Salento.

<sup>1</sup> M. CARSON, *Silent Spring*, Houghton Mifflin Harcourt, 1962; nel corso del saggio farò riferimento alla traduzione in italiano edita da Feltrinelli nel 1990.

<sup>2</sup> S. NESPOR, *La scoperta dell'ambiente. Una rivoluzione culturale*, Laterza, Bari, 2020.

testimonianza dei molti commentatori, nella storia dell'ambientalismo<sup>3</sup> ma, in una prospettiva forse meno ambiziosa e più caratterizzata, vorrei focalizzare l'attenzione su alcune idee – tra le moltissime racchiuse nel volume - che a mio avviso offrono tutt'oggi spunti preziosi allo studioso di diritto amministrativo, interessato a capire le specificità dell'ambiente, come oggetto di disciplina giuridica.

Questi spunti, selezionati senza pretese di organicità, impegneranno i paragrafi che seguono, ciascuno dei quali, nello sforzo di lasciar parlare anzitutto l'Autrice, svilupperà il commento attorno a brevi passi scelti dell'opera.

## 2. *Epistemologia della complessità*

In Primavera silenziosa l'analisi apparentemente settoriale e specialistica degli effetti dei pesticidi veicola, a mio avviso, una riflessione molto generale, di taglio epistemologico e di attualità perdurante.

Il libro porta una critica severa alla millenaria illusione del dominio dell'uomo sulla natura, che a sua volta muove da una coscienza evoluta della complessità ecosistemica.

L'Autrice vuole far comprendere, attraverso i mille fatti ed argomenti che si snodano fluenti nel corso del libro, che la presunzione dell'uomo di manipolare e governare gli ecosistemi attraverso azioni settoriali, guidate da

---

<sup>3</sup> Tra gli scritti dedicati alla vita o alle opere di R. Carson, AA.VV., *Key Thinkers on the Environment*, a cura di J.A. PALMER COOPER, D.E. COOPER, Routledge, NY, 2018, p. 199 ss.; *Guardian*, *Fifty Books to Change the World*, January 27, 2010, <https://www.theguardian.com/environment/2010/jan/27/50-books-sustainability-cambridge>; S. GILLAM, *Rachel Carson: Pioneer of Environmentalism*, Edina, MN: ABDO, 2011; E. GRISWOLD, *How 'Silent Spring' Ignited the Environmental Movement*, in *New York Times*, September 21, 2012; G. KROLL, *The 'Silent Springs' of Rachel Carson: Mass Media and the Origins of Modern Environmentalism*, in *Public Understanding of Science* 10, n. 4, 2001, p. 403 ss.; L. LEAR, *Rachel Carson: Witness for Nature*, Macmillan, New York, 1998; M. H. LYTLE, *The Gentle Subversive: Rachel Carson, Silent Spring, and the Rise of the Environmental Movement*, Oxford University Press, Oxford, 2007; V. NORWOOD, *The Nature of Knowing: Rachel Carson and the American Environment*, in *Signs* 12, no. 1, 1987, p. 740 ss.; W. SOUDER, *On a Farther Shore: The Life and Legacy of Rachel Carson*, Broadway Books, NY, 2012; N. SPRINGER, *An Analysis of Rachel Carson's Silent Spring*, *Macat International*, Routledge, London, 2017; B. WALSH, *How Silent Spring Became the First Shot in the War over the Environment*, in *Time*, September 25, 2012; ZUOYUE WANG, *In Sputnik's Shadow*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey and London, 2008, p. 199 ss.

interessi e calcoli di corto respiro, senza discernere la complessità dei possibili effetti a lungo termine, è pericolosa e fallimentare.

«La vita è un miracolo che va oltre i limiti della comprensione umana ed esige rispetto anche quando ci troviamo costretti a combattere contro di essa... Il ricorso ad armi quali gli insetticidi, per controllarla, costituisce una prova dell'insufficienza delle nostre cognizioni e dell'incapacità di regolare i processi naturali in modo tale da rendere superflua la forza bruta. Donde la necessità di essere modesti; ogni presunzione appare fuor di luogo»<sup>4</sup>.

La storia dei pesticidi incarna proprio la deleteria presunzione del controllo, istigata da una troppo acritica fiducia nel potere della tecnica, ben radicata nella cultura dell'epoca.

Carson biasima l'approccio meccanicista, stigmatizza il riduzionismo di cui esso è figlio, avverte che non possiamo illuderci di governare la natura secondo le nostre intenzioni e i nostri comodi e ammonisce che, al cospetto delle inevitabili sorprese, degli effetti non previsti che continuamente entrano in scena, siamo per così dire bimbi che giocano con gli esplosivi.

«Brutale quanto la clava dell'uomo delle caverne, l'ariete del controllo chimico è stato diretto contro gli esseri viventi (...). Il 'controllo della natura' è una frase piena di presunzione, nata in un periodo della biologia e della filosofia che potremmo definire 'età di Neanderthal', quando ancora si riteneva che la natura esistesse per l'esclusivo vantaggio dell'uomo. Le cognizioni teoriche e i metodi pratici dell'entomologia applicata risalgono in gran parte a quella che va considerata come 'Età della pietra' del progresso scientifico. Ed è davvero estremamente triste che una scienza ancora così immatura abbia avuto a propria disposizione le armi più moderne e terribili che, nella lotta contro gli insetti, finisce per rivolgere contro la stessa Terra su cui viviamo»<sup>5</sup>.

Nello sforzo di trasmettere la consapevolezza dell'intreccio delle catene eziologiche e delle interconnessioni ambientali Primavera Silenziosa - come l'astronave miniaturizzata che nel famoso film diretto nel 1966 da Richard Fleischer, *Fantastic Voyage*, consentiva a cinque coraggiosi scienziati di avventurarsi in un'esplorazione formidabile, costellata da mille pericoli, all'interno del corpo umano - accompagna il lettore in un fenomenale percorso all'interno della natura, che insegue le orme dei veleni chimici attraverso le

---

<sup>4</sup> R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., p. 271, a conclusione del cap. 16.

<sup>5</sup> R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., p. 294.

matrici ambientali, passando dalle acque al suolo, alla flora, alla fauna selvatica, al patrimonio genetico, al futuro delle prossime generazioni.

Con uno stile efficacissimo, attraverso narrazioni che non per caso hanno sedotto milioni di lettori, perché miscelano il talento per la scrittura con una profonda cultura naturalistica (i due campi tra i quali Rachel Carson divise l'impegno, nel corso dei suoi studi)<sup>6</sup> il libro offre una rappresentazione accessibile e straordinariamente vivida di un sistema complesso in funzione, trasmette l'immagine di una natura grandiosa e fragile al contempo.

Questa raffigurazione del mondo permeata da profonde competenze ecologiche, scientificamente documentata ma fruibile dai non esperti come un racconto avvincente, si rivela tanto più preziosa per il moderno studioso di diritto, chiamato a bilanciare la tradizionale propensione del proprio ambito disciplinare ad anteporre lo sforzo di qualificare l'ambiente alla necessità (non meno cruciale) di forgiare una plausibile descrizione dell'ambiente, come oggetto di disciplina<sup>7</sup>.

### 3. *L'illusione della stabilità*

Monito consequenziale che viene dal libro è che visioni semplicistiche del cosiddetto "equilibrio della natura" minacciano di alimentare l'illusoria fiducia che gli uomini dispongano di conoscenze e di capacità di controllo sufficienti a mantenere il sistema attorno ad una sua presunta condizione ideale, tramite la mirata rimozione dei fattori di disturbo.

I moderni studi di ecologia sono ben consapevoli del fatto che gli ecosistemi non posseggono un equilibrio unico, ma una gamma di domini di stabilità e, dopo una perturbazione, sovente muovono da un dominio ad un altro.

Gli ecosistemi sono attraversati da una permanente tensione tra forze omeostatiche che si oppongono al cambiamento e retroazioni positive che lo favoriscono.

---

<sup>6</sup> N. SPRINGER, *An Analysis of Rachel Carson's Silent Spring*, cit.

<sup>7</sup> In tema, M. MONTEDURO, *Per una "nuova alleanza" tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le "aree naturali protette"*, in *GiustAmm.it*, n. 6/2014; M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *The Legal Concept of the Environment and Systemic Vision*, in L. URBANI ULIVI (a cura di), *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences: A Rock in the Pond*, Springer Verlag, Switzerland, 2019, p. 121 ss.; per approfondimenti, si permetta un rinvio ad M. CAFAGNO, *Principi e strumenti a tutela dell'ambiente. Come sistema adattativo, complesso, comune*, Giappichelli, Torino, 2007.

La complessità impone di prendere atto di un grado irriducibile di incertezza, alimentata da cambiamenti discontinui, sotto il cui influsso gli ecosistemi, raggiunte soglie e punti di biforcazione in larga misura sconosciuti, reagiscono in modo nuovo ed inatteso, modificando bruscamente ed irreversibilmente il proprio stato<sup>8</sup>.

Carson avverte:

«L'equilibrio della natura (...) non è uno status quo, ma è un processo in perpetuo divenire, in costante stato di adattamento. E l'uomo ne fa parte; talora ne è avvantaggiato, altre volte sempre o troppo spesso a causa delle proprie attività ne è danneggiato»<sup>9</sup>.

Questa consapevolezza raccomanda criteri di intervento sulla natura esplorativi, interlocutori, duttili<sup>10</sup>, preoccupati di difendere la “resilienza” degli ecosistemi, anziché di preservarne la supposta stabilità nelle condizioni desiderate (e sovente non comprese)<sup>11</sup>.

Ancorare la tutela dell'ambiente naturale al parametro della resilienza significa porre al vertice dell'agenda legislativa e gestionale l'imperativo della salvaguardia della biodiversità e, più in generale, della varietà dei processi

---

<sup>8</sup> Tra i molti, L.H. GUNDERSON, C.S. HOLLING (eds.), *Panarchy: Understanding Transformations in Systems of Humans and Nature*, Island Press, Washington, D.C., 2002; L. H. GUNDERSON, L. PRITCHARD (eds.), *Resilience and the Behaviour of Large-Scale Systems. Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE 60)*, Island Press, Washington, D.C., 2002; Agenzia Europea dell'Ambiente, *Information Tools for Environmental Policy under Conditions of Complexity*, Environmental Issues Series n. 9, a cura di S. FUNTOWICZ, J. MARTINEZ-ALIER, G. MUNDA, J.R. RAVETZ, 1999; T.F.H ALLEN., T.B. STARR, *Hierarchy-Perspectives for Ecological Complexity*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1982; G. BOLOGNA, *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, Edizioni Ambiente, Milano, 2005, p. 133 ss.; S.C. FARBER, R. COSTANZA, M.A. WILSON, *Economic and Ecological Concepts for Valuing Ecosystem Services*, in *Ecological Economics*, 2002, 41, p. 375 ss.; G. MARTEN, *Ecologia umana. Sviluppo sociale e sistemi naturali*, Edizioni Ambiente, Milano, 2002, p. 65 ss.

<sup>9</sup> R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., 243.

<sup>10</sup> K.N. LEE, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Island Press, Washington, D.C., 1993; ID., *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, in *Ecological Applications*, 1993, vol. 3, n. 4, p. 560 ss.

<sup>11</sup> La resilienza, come si sa, denota la capacità dei sistemi, vuoi naturali, vuoi artificiali, di assorbire gli shock senza vedere compromessa la propria integrità funzionale. Quanto più grande sia la *magnitudo* delle perturbazioni che il sistema può sopportare senza perdere integrità funzionale, tanto maggiore è la sua resilienza. Per tutti, C. S. HOLLING, *Resilience and Stability of Ecological Systems*, in *Annual Review of Ecological Systems*, 1973, vol. 4 n. 1, p. 23 ss.; ID., *Paradigmi della funzione e della struttura ecologiche*, in M. CERUTI, E. LASZLO (a cura di), *Physis: abitare la terra*, Feltrinelli, Milano, 1988, p. 115 s.; K.E. LIMBURG, R.V. O'NEILL, R. COSTANZA, S. FARBER, *Complex systems and valuation*, in *Ecological Economics*, 2002, vol. 41, n. 3, p. 409 ss.



ecologici, piuttosto che ambire al conseguimento di un presunto equilibrio, che di fatto non siamo in grado di identificare né, tantomeno, di sottrarre alle leggi ineluttabili della transitorietà, data la nostra limitata padronanza delle parabole evolutive<sup>12</sup>.

«Nel definire i moderni programmi di controllo degli insetti sono stati trascurati due fatti fondamentalemente importanti: il primo è che il controllo veramente efficace degli insetti viene esercitato dalla natura stessa e non già dall'uomo (...) La quantità di cibo disponibile, le condizioni atmosferiche e climatiche, la presenza di specie concorrenti o predatrici sono tutti fattori essenziali. “Il più potente fattore che impedisce agli insetti di sommergere il nostro mondo”, affermò l'entomologo Robert Metcalf, “consiste nella micidiale guerra ingaggiata dagli uni contro gli altri”. Ed invece la maggior parte dei composti chimici impiegati oggi uccide indiscriminatamente gli insetti utili e quelli dannosi»<sup>13</sup>.

#### *4. Lasciare alla natura la maggior parte del lavoro*

---

<sup>12</sup> C.S. HOLLING, *Paradigmi della funzione e della struttura ecologiche*, cit., 113 s., confronta le prospettive con immagini efficaci, che vale la pena di riprendere: «1) Teoria dell'equilibrio: 'La Natura è costante'. Questo punto di vista sottolinea non solo la costanza nel tempo, ma anche l'omogeneità spaziale e la causalità lineare. Può essere rappresentato dall'immagine di un paesaggio con una valle a conca, entro la quale si muove una pallina secondo modalità determinate dalla sua stessa accelerazione e dalle forze esercitate dalla conca e dalla gravità. Se la conca fosse infinitamente grande (o se gli eventi che hanno luogo oltre i suoi bordi fossero insignificanti), avremmo un esempio di stabilità totale. L'attenzione è qui rivolta alle condizioni di equilibrio e quasi equilibrio. Questa concezione porta alla formulazione di teorie dell'equilibrio e di misure empiriche della costanza che enfatizzano il livellamento uniforme della variabilità nel tempo e il livellamento uniforme della 'granulosità' nello spazio. Sul piano pratico ne deriva la rappresentazione di una Natura benigna, in cui si possono fare prove ed errori di qualunque entità, con la garanzia che tutto tornerà come prima una volta rimosso l'elemento di disturbo [...]. 2) Teoria dei molteplici stati di equilibrio [...]. È un punto di vista dinamico, che mette in rilievo l'esistenza di più di uno stato di stabilità. [...] Sottolinea la variabilità, l'eterogeneità spaziale e una causalità non lineare. Può essere rappresentato dall'immagine di un paesaggio di colline e di valli con la pallina che circola tra di esse, in parte mossa da processi interni, in parte da eventi esogeni, che possono farla saltare da una zona di stabilità all'altra. Viene data importanza, qui, alle proprietà qualitative di processi ecologici chiave, capaci di determinare l'esistenza o meno di aree stabili e di confini che le separino. Ci si attende continuità di comportamento lungo periodi definiti, che vengono chiusi da bruschi cambiamenti indotti da dinamiche temporali interne o da eventi esogeni, a volte di grande, a volte di piccola entità. La durata del periodo caratterizzato da continuità di comportamento determina sovente l'entità del conseguente mutamento e influisce sulle proposte di intervento».

<sup>13</sup> R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., p. 243.

Silent Spring fa comprendere bene come l'uso dei pesticidi chimici allo scopo di controllare i parassiti abbia momentaneamente aumentato la stabilità degli ecosistemi agricoli, ma a prezzo di una seria perdita di resilienza, che li ha resi nel complesso più fragili.

Stabilità e resilienza sono termini di un rapporto potenzialmente conflittuale<sup>14</sup>.

Gli esempi che Rachel Carson porge dei fenomeni di sviluppo di una resistenza al DDT o agli insetticidi sono a questo proposito illuminanti.

Nel celebrato lavoro dal titolo "Un lungo ragionamento", dedicato alle idee di Darwin, Ernst Mayr<sup>15</sup> spiega – mi si permetta di usare le parole imprecise di un non addetto ai lavori – che in ultima analisi la cifra distintiva del pensiero evoluzionista risiede nel suo essere un "pensiero popolazioneale", cioè un pensiero che non si concentra su individui, ma su popolazioni di individui.

Carson ha ben chiaro che nulla assicura che le osservazioni valide alla scala degli esperimenti di laboratorio, su singoli esemplari biologici, siano egualmente valide, quando si scorra alla scala della popolazione.

Quando gli insetticidi sono stati immessi negli ecosistemi, per operare ad una scala di tempo e di spazio assai più ampia, rispetto a quella delle sperimentazioni confinate, è talora accaduto che abbiano per paradosso causato effetti addirittura rovesciati rispetto a quelli voluti, rafforzando le specie combattute, invece di neutralizzarle.

Le sostanze chimiche testate in laboratorio, entrando in contatto con la varietà genetica delle popolazioni bersaglio, in natura, hanno mostrato gradi di letalità variabili e hanno quindi finito per agire come setaccio, come fattore selettivo, che ha eliminato gli esemplari sensibili per fare spazio a quelli più resistenti.

La variante biologica resistente, moltiplicandosi e giungendo nel corso di qualche generazione a dominare la popolazione, è divenuta minaccia persino più temibile di quella iniziale, per tentare di debellare la quale è parso

---

<sup>14</sup> G. MARTEN, *Ecologia*, cit. p. 182 ss.; C. S. HOLLING, G.K. MEFFE, *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management*, in *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, n. 2, p. 328 ss.

<sup>15</sup> E. MAYR, *Un lungo ragionamento. Genesi e sviluppo del pensiero darwiniano* (trad. it. a cura di F. Bianchi Bandinelli), Bollati Boringhieri, Torino, 1994.

necessario somministrare dosi ancor più massicce o più tossiche di insetticidi, con pericoli maggiori per l'uomo e per l'ambiente, e così a seguire.

In breve, la presunzione di raggiungere la meta della stabilità degli ambienti attraverso una manipolazione calcolata delle parti, senza dominare adeguatamente l'intero, si dimostra il più delle volte avventata.

«La natura ha impresso al paesaggio una molteplice varietà, ma l'uomo ha cercato, con tutto il suo zelo, di renderlo monotono»<sup>16</sup>.

Poiché la resilienza è proprietà sistemica, l'obiettivo della sostenibilità rifiuta avulse politiche di salvaguardia dei beni ambientali, isolatamente considerati.

A queste premesse teoriche si attengono le strategie che, nell'incertezza, consigliano di alterare il meno possibile i processi ambientali, suggeriscono cioè di scegliere le forme d'intervento dell'uomo meno invasive, tra le opzioni disponibili.

I passi di Primavera silenziosa che caldeggiavano il ricorso alle molte alternative all'uso dei pesticidi contengono un monito di grande attualità: per assicurare la disponibilità di una risorsa è molto più saggio preoccuparsi di salvaguardare l'integrità del sistema che la produce, piuttosto che pretendere di gestire direttamente i suoi componenti.

«Abbiamo una varietà davvero straordinaria di alternative da scegliere, invece del controllo chimico degli insetti. Qualcuna è già in uso ed ha conseguito brillanti risultati; altre sono in via di sperimentazione nei laboratori di ricerca; altre ancora sono idee appena abbozzate nella mente di ingegnosi scienziati, in attesa di poter essere sperimentate. E tutte hanno questo in comune: sono soluzioni biologiche, basate sulla conoscenza degli organismi viventi, che esse cercano di controllare, e del complesso intreccio vitale cui appartengono»<sup>17</sup>.

Il moderno pensiero ecologico condensa l'impostazione in un consiglio seducente: per quanto possibile, «lasciar fare alla natura la maggior parte del lavoro»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., 19.

<sup>17</sup> R. CARSON, *Primavera silenziosa*, 273, cap. 17 sui metodi di controllo biologici.

<sup>18</sup> T.F.H ALLEN, J.A. TAINTER, T.W. HOEKSTRA, *Supply - Side Sustainability*, Columbia University Press, New York, 2003.

### 5. *Il gioco degli interessi umani*

In armonia con la visione generale, gli esseri umani sono da Rachel Carson inseriti nella rete ecologica, come parti della natura, piuttosto che come spettatori.

La riflessione di Primavera silenziosa sul tema cruciale dei rapporti tra istituzioni umane e ambiente – tutt'oggi teatro di divisioni radicali – si affranca dall'ipoteca del preconetto, con sobrietà e pragmatismo invita a prestare attenzione al nodo che precede gli antagonismi ideologici: nessuna soluzione può funzionare se il gioco non è pulito.

Forte di una conoscenza attrezzata delle dinamiche sociali e dei meccanismi della politica<sup>19</sup> il libro mette a nudo l'intreccio degli interessi.

Attraverso fatti e analisi documentate mostra che gli attori economici non sono neutrali.

Smaschera le omissioni e le complicità della scienza<sup>20</sup>.

Denuncia inerzie e opacità della mano pubblica, alla minacciosa ombra del conflitto degli interessi<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Che Rachel Carson ha maturato nei quindici anni spesi come funzionario governativo presso l'US Bureau of Fisheries, ove si impiegò dopo la morte del padre, che la costrinse ad abbandonare gli studi universitari per prendersi cura della madre; presso il Bureau curò le pubblicazioni e nel 1949 ne divenne caporedattore. Approfondimenti biografici in N. SPRINGER, *An Analysis of Rachel Carson's Silent Spring*, cit.

<sup>20</sup> Così, ad esempio, a p. 256 di *Primavera silenziosa*: «La maggior parte degli uomini più qualificati per lo studio e la realizzazione pratica di nuovi metodi di controllo naturale è stata troppo indaffarata a vendemmiare nella pingue vigna del controllo chimico. Risulta che, nel 1960, soltanto il 2% degli esperti di entomologia economica ha lavorato nel settore dei controlli biologici, mentre il restante 98%, o poco meno, è stato impegnato nella ricerca di insetticidi chimici. La causa di ciò appare chiara. Le maggiori industrie chimiche concedono larghe sovvenzioni alle università per ricerche sugli insetticidi; tutto ciò rappresenta naturalmente un'interessante possibilità di borse di studio per i laureandi, e di impiego ben remunerato in un secondo tempo. Invece gli studi sul controllo biologico vengono trascurati per la semplice ragione che non aprono la strada verso i lauti guadagni che l'industria chimica assicura, ma permettono soltanto un'occupazione modesta e meno retribuita in qualche commissione statale o governativa. Questa situazione spiega anche un fatto singolare che altrimenti risulterebbe incomprensibile, e cioè la presenza di qualche illustre entomologo nella schiera dei più strenui assertori dei metodi di controllo chimico. Basta indagare un po' da vicino e si vedrà che l'attività scientifica svolta da costoro è interamente finanziata dall'industria chimica. Ormai il loro prestigio professionale, e perfino la possibilità di continuare a lavorare, dipendono dal prosperare di questi sistemi. Possiamo, dunque, immaginare che essi mordano la mano di chi li nutre? Ma, d'altro canto, sapendo per chi propendono, quale credito dobbiamo dare alle loro assicurazioni sulla 'innocuità' degli insetticidi?».

Cionondimeno, l'Autrice non indulge in facili estremismi, conserva un approccio realistico e misurato, ancorato ai fatti e alle informazioni.

Si consideri, a titolo dimostrativo, che il libro non dichiara mai una guerra indiscriminata all'uso degli insetticidi, esorta semmai alla cautela, all'approfondimento, a non divenire vittime inconsapevoli di danni e rischi occultati per interesse e brama di profitto, invita alla mobilitazione per esigere trasparenza, ad assumere un atteggiamento responsabile, anche per dare voce a chi non può difendersi, alle altre specie, alle future generazioni, caldeggia la ricerca di alternative meno pericolose.

#### *6. Calcolo ed emozioni*

Primavera silenziosa è stato acclamato come un trionfo del potere dell'argomentazione stringente, costruita con cura e abilità per resistere alle obiezioni.

L'industria chimica ha speso risorse ingenti per screditare il libro e l'autrice, senza riuscire.

In quest'ultimo paragrafo vorrei soffermare lo sguardo sull'abilità con cui Rachel Carson è stata al contempo capace di puntare sulle emozioni.

Il libro mescola con sottigliezza informazione scientifica e narrazione, allo scopo deliberato di cambiare la percezione del lettore, ricorrendo ad immagini studiate per scuotere o turbare, facendo all'occorrenza leva su analogie, metafore, rievocazioni di paure diffuse (come quella relativa alle radiazioni nucleari, ancora ben viva, in quell'epoca di guerra fredda, non troppo distante dai conflitti mondiali).

Traspare una consapevolezza raffinata dei modi attraverso i quali le persone possono essere indotte a modificare punto di vista.

Rachel Carson parla di scienza ma parla anche e soprattutto delle sue passioni.

Fu una biologa di grande talento e rigore, accurata ed eccezionalmente decisa, ma prima ancora fu una bambina e poi una donna affascinata dalla natura.

---

<sup>21</sup> Denuncia ad esempio il cortocircuito provocato dal fatto che, all'epoca, il medesimo dipartimento fosse preposto alle politiche di sovvenzionamento della produzione agricola e alla disciplina dell'uso dei pesticidi.

Riferiscono i biografi che Rachel Carson purtroppo non ebbe il tempo di scrivere il libro al quale teneva maggiormente. Avrebbe voluto raccontare il senso della bellezza e del mistero della natura, avrebbe voluto trasmettere il senso della meraviglia.

Scrisse però il breve saggio intitolato “The Sense of Wonder”, che fu pubblicato postumo<sup>22</sup>.

Attingerò a quest'opera per un'ultima citazione:

«I genitori spesso provano un senso di inadeguatezza quando si trovano di fronte alla mente impaziente, sensibile, di un bambino da un lato, e dall'altro a un mondo dalla natura fisica tanto complessa, abitato da una vita così varia e strana che sembra impossibile sottometterla all'ordine e alla conoscenza(...).

Credo sinceramente che per il bambino, e per il genitore che cerchi di guidarlo, conoscere non sia neanche lontanamente importante quanto sentire. Se le nozioni sono i semi che più avanti producono conoscenza e saggezza, le emozioni e le impressioni dei sensi sono il terreno fertile in cui quei semi devono crescere»<sup>23</sup>.

Forzando un poco la mano, traggio spunto da queste considerazioni toccanti per interrogarmi sulla possibilità di un diritto ambientale disposto a confrontarsi con la sfera delle emozioni e dei sentimenti, che sia interessato ad affinare le proprie soluzioni attraverso una più profonda comprensione delle dinamiche attraverso le quali il vincolo giuridico innesca i comportamenti.

Gli effetti delle norme in fondo altro non sono che il risultato della loro traduzione in comportamenti.

Il bisogno di affinare la capacità predittiva, che il criterio teleologico pone all'interprete, dovrebbe indurre lo studioso di formazione giuridica a guardare con interesse alla letteratura che va prosperando attorno ai processi mediante cui le persone, proprio miscelando raziocinio ed emozioni, rispondono ai vincoli o agli incentivi<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> R. CARSON, *The sense of wonder*, HarperCollins Publishers, New York, 1956. Tradotto in italiano nel 2020 per i tipi di Aboca, col titolo *Brevi lezioni di meraviglia. Elogio della natura per genitori e figli*.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Limitando la nota a meno di un cenno, è possibile ricordare, tra i lavori recenti, con taglio sistematico, R. VIALE, L. MACCHI, *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche. Nudge e interventi basati sulle scienze cognitive*, Il Mulino, Bologna, 2021; G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Il Mulino, Bologna, 2022; con specifico riferimento all'ambiente, OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insight*, 2017; si consenta poi un rimando ad M. CAFAGNO, *Dilemmi sociali e cooperazione: tra norme e*

Temo che il monopolio del pensiero calcolante abbia offerto a noi giuristi un troppo comodo paraocchi, che può forse contribuire a spiegare perché il nostro sia il paese delle riforme continue, che altrettanto costantemente falliscono.

---

*regolarità*, in M. CAFAGNO, E. BOSCOLO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO, G. CAVALIERI (a cura di), *Dalle regole ai comportamenti, Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, Mimesis, Milano – Udine, 2022, con ulteriori riferimenti bibliografici *ivi*.

**ABSTRACT**

Maurizio Cafagno – *Considerazioni su Silent Spring di Rachel Carson*

Il saggio si concentra su aspetti di perdurante attualità del libro di Rachel Carson, *Silent Spring*, agli occhi di uno studioso di diritto amministrativo.

Precorrendo i tempi, l'Autrice veicola un'epistemologia matura della complessità e stigmatizza quell'umana presunzione del controllo della natura che non ha cessato di tentare la società.

Dosando con maestria narrazione e informazione scientifica, Rachel Carson offre un'immagine seducente e profonda del sistema vitale del quale noi stessi siamo parte.

**PAROLE-CHIAVE:** *Rachel Carson; Primavera silenziosa; complessità; pensiero ecologico; resilienza.*

Maurizio Cafagno – *Considerations on Rachel Carson's Silent Spring*

The essay focuses on some topical aspects of Rachel Carson's book, *Silent Spring*, from the view of a scholar of administrative law.

The book conveys a mature epistemology of complexity and stigmatizes that human presumption of the control of nature that still seems tempting society.

By masterfully dosing narrative and scientific information, Rachel Carson offers a seductive and profound image of the vital system of which we ourselves are a part.

**KEYWORDS:** *Rachel Carson; Silent Spring; complexity; ecological thinking; resilience.*