



# APROXIMACIONES Y PERSPECTIVAS DE DERECHO AMBIENTAL



35  
AÑOS



# APROXIMACIONES Y PERSPECTIVAS DE DERECHO AMBIENTAL

**Sociedad Peruana de Derecho Ambiental**

# EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO AMBIENTAL: DESAFÍOS PARA EL JUEZ<sup>1</sup>

Por: Antonio Benjamin<sup>2</sup>

---

## SUMARIO

I. Introducción; II. Idea de progreso en el orden constitucional; III. Transición de los derechos humanos y sociales para el derecho ambiental; IV. Prohibición de retroceso como principio general del Derecho Ambiental; V. Un principio en volución; VI. Aplicación del principio de prohibición de retroceso en la protección de los biomas; VII. Articulación entre los principios e instrumentos infraconstitucionales y la norma constitucional de garantía del mínimo ecológico; VIII. Aplicación práctica del principio de prohibición de retroceso ambiental; IX. Hermenéutica intergeneracional y control judicial del retroceso ambiental: de la degradación de la ley a la degradación del ambiente.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Nunca está de más recordar que vivimos en una era de consolidación y afirmación de derechos estatuidos, lo que repele la *institución teatral* y el *uso ornamental* de las normas, fueren constitucionales o no<sup>3</sup>. En la misma línea, también se muestra incompatible con la postmodernidad – que enfatiza la dignidad de la persona humana, la solidaridad y la seguridad jurídica de las conquistas de la civilización – transformar los derechos humanos de las presentes generaciones, y garantías de los intereses de quienes serán postreros a nosotros, en un vaivén legislativo, cual acordeón desafinado e impredecible, que ora se expande, ora se retrae. Esta preocupación domina varios campos del Derecho, pero, de manera decisiva, gana centralidad en la tutela del medio ambiente.

---

1 Traducción de Jorge Aranda Ortega. Doctorando en Derecho, Universidad de Brasilia. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2 Ministro del Tribunal Superior de Justicia de la República Federativa de Brasil y presidente de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN. Secretario General del Consejo Consultivo sobre Justicia Ambiental del PNUMA.

3 Cf. Antonio Herman Benjamin, *O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental*, en Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, MESP, 2004.

Es en tal contexto que crecientemente se afirma el principio de la *prohibición de retroceso*, sobre todo en cuanto al llamado *núcleo legislativo duro* de la estructura del Derecho Ambiental, es decir, de los derechos e instrumentos directamente asociados a la mantención del “*medio ambiente equilibrado y adecuado*” (imprescindible para el pleno desarrollo de la vida humana y planetaria) y la obligación ineludible e irrenunciable del Estado de “promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”, conforme establecen, respectivamente, el inciso 22 del artículo 2° y el artículo 68 de la Constitución del Perú.

## II. IDEA DE PROGRESO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Las constituciones modernas abrazan, directa o indirectamente, el “progreso de la humanidad” como concepto informador de su sistema. Al hacerlo, se muestran triplemente propositivas. Por un lado, porque se apunta, de manera inequívoca, a que la nación buscará mejorar, permanentemente, su calidad de vida. Por otro lado, porque no se trata sólo de un objetivo de concreción nacional, sino también de progreso *de y para* la humanidad, aspiración constitucionalizada de mejoría universal: un *progreso planetario*, de modo de incluir a todos los seres humanos y todas las bases de la vida en la Tierra, de las cuales nuestra sobrevivencia y bienestar dependen. Finalmente, porque se habrá de entender al progreso no sólo como *propiedad material*; al revés, se relaciona, se relaciona igualmente con la ampliación permanente del aparato de viejos (libertad, por ejemplo) y nuevos (la calidad ambiental, por ejemplo) valores colectivos por excelencia, y con subproductos de la ética de la solidaridad y de la responsabilidad, vale decir, la *prosperidad inmaterial*, patrimonio etéreo e impalpable, pero de realidad indiscutible.

Es natural, entonces, que el *progreso*, como idea clave del proceso civilizatorio, ejerza una dominación irresistible – un dogma incluso – en la instituciones políticas y en el instrumental jurídico que le da soporte. No es sin motivo, por lo tanto, que se considere, por razones evidentes, como una insoportable e imperdonable aberración la mera hipótesis de caída, o incluso de estancamiento, de los niveles de renta, empleo y consumo de la población – ¡El pecado mortal del decaimiento! -. Ahora, si el crecimiento económico continuo parece ser la única, o dominante, vía de satisfacción de las expectativas estrictamente *materiales* de las personas y de la propia rutina de las políticas públicas, nada es más justo que, en el mismo orden de cosas, que los controles legislativos y los mecanismos de salvaguarda de los derechos humanos y del patrimonio ambiental de las generaciones futuras también observen idéntica índole, el “caminar solamente para el frente”.

La proposición nada tiene de reciente. No es de hoy que se defienda “que la civilización se movió, se mueve y se moverá en una dirección deseable”, conforme resume J.

B. Bury, en su clásica obra de inicios del siglo XX<sup>4</sup>, lo que la humanidad “avanzó en el pasado, continua avanzando ahora, y, con toda probabilidad, continuará avanzando en el futuro próximo”<sup>5</sup>. Bajo la capa política de esa idea clave, surge el *principio de prohibición de retroceso*, que manifiesta la “proscripción al legislador de suprimir, pura y simplemente, la concreción de la norma”, constitucional o no, “que trate del núcleo esencial del derecho fundamental” y de, al hacerlo, impedir, dificultar o inviabilizar “su disfrute, sin que sean criados mecanismos equivalentes o compensatorios”<sup>6</sup>. Este principio de traspasa de la esfera de los derechos humanos y sociales para el Derecho Ambiental.

### III. TRANSICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SOCIALES PARA EL DERECHO AMBIENTAL

En el plano dogmático, el principio de la *prohibición de retroceso* viene recibiendo una marcada atención en la esfera de los derechos humanos y sociales<sup>7</sup>. Con todo, en ninguna otra área de los llamados “nuevos derechos” se manifiesta más la imperiosidad ético-política y la viabilidad jurídico-material de garantizar la mantención y el progreso de las existentes medidas legislativas protectoras en el Derecho Ambiental, disciplina en la cual frecuentemente se observan medidas legislativas de retroceso<sup>8</sup>.

Primero, porque sería un contrasentido admitir la posibilidad de regreso legislativo, cuando, para muchas especies y ecosistemas en vías de extinción o ya regionalmente extinguidas, la barrera limítrofe del peligro – la señal roja del mínimo ecológico constitucional – ya dejó de ser respetada, cuando no irreversiblemente sobrepasada. En un sentido o en otro, para usar una expresión coloquial, no hay más cera que la que arde. Segundo, porque la materia de fondo – que reúne, en diálogo íntimo, la perspectiva de los derechos humanos (reconocidos universal e internacionalmente por acuerdos y tratados, tanto como por la justicia especializada) y de los derechos fundamentales (perfilados expresamente por la norma constitucional, de Derecho Interno) – agrega, en el plano subjetivo de la relación jurídica, el componente de la *generaciones futuras*, reconocidas, de manera directa, por el ordenamiento jurídico brasileño, incluso sin presencia física o voz en los debates legislativos del presente, más aún en los que

4 J. B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co., 1920, p. 2.

5 Robert Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. X.

6 Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 298

7 En la doctrina brasileña, sobre el tema, con enfoque en los derechos sociales, cf. Felipe Derbli, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007; Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010; Narbal Antônio Mendonça Fileti, *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, São José, Conceito Editora, 2009; Mário De Conto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: Uma Análise a Partir dos Pressupostos da Hermenêutica Filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

8 Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 437.

apuntan a retroceder en el marco legal, en sí mismo ya insuficiente e incapaz de contener la crisis ambiental que nos inquieta. Sin hablar, claro, de los millones de especies, la mayor parte aún desconocida por la Ciencia, nuestros compañeros de jornada planetaria, con presencia física en el universo de los seres vivientes, pero igualmente sin voz o capacidad de participación política y jurídica<sup>9</sup>.

Hay un tercer punto, más pragmático. Es que la aplicación de la *prohibición de retroceso* en el Derecho Ambiental no acarrea las fuertes *objeciones presupuestarias* que incendian el debate en otros campos (basta recordar el dilema de la previsión social); el que se espera, en buena parte de los casos, es un *non facere*, representado, en la protección jurídica del *hábitat*, sobre todo de la flora, como un “no deforestar” o “no destruir”.

Luego, la mayor inversión reclamada no es, por consiguiente, en *dispendio* de los escasos recursos financieros públicos, que compiten con otras prioridades del Estado, sino que es un *ahorro* de los recursos naturales que aún existen. Se sabe que, por lo menos en Brasil (y en el Perú), una parte significativa del presupuesto de la Unión, de los Estados y de los Municipios es hoy utilizada no sólo en el financiamiento de actividades que, sin cuidado, pueden resultar en una fuerte devastación de la Naturaleza (piénsese, a título de ejemplo, en el crédito agrícola, frecuentemente utilizado en violación de prescripciones ambientales legales claras e inequívocas), sino que también en la recuperación de la vegetación degradada (los financiamientos públicos para la reforestación con especies nativas, por ejemplo), sin hablar de las obras de infraestructura destinadas a prevenir o remediar las pérdidas de vida y los daños patrimoniales incalculables que devienen de crecidas, agradación de los ríos, deslizamiento de laderas y marejadas.

Cumplir con el principio de la *prohibición de retroceso*, en tal escenario, no aumenta costos; por el contrario, economiza gastos, presentes y futuros, tanto en capital financiero mal empleado, como en capital natural dilapidado. Además de eso, se invierte el esquema de “reserva de lo posible”, frecuentemente usado en debates relativos a prestaciones positivas y financieras constitucionalmente reivindicadas por el Estado. Así es porque, debilitándose la eficacia de la Constitución, por el retroceso en la legislación infraconstitucional, se crea para sus destinatarios-beneficiarios (esto es, la colectividad) un campo insuperable y perverso de “reserva de lo imposible”, un conjunto de normas retóricas, sin eficacia práctica: imposibilidad de proteger los valores establecidos en la Constitución, imposibilidad de traducir sus órdenes en acciones concretas, imposibilidad de densificar legal y mínimamente su contenido y expresión.

Inclusive que los costos, hasta elevados, estuviesen asociados al principio de *prohibición de retroceso* ambiental (lo que no es el caso, se repita), como se trata de resguardar

9 Sobre el debate ético-jurídico y su repercusión en nuestro Derecho Ambiental, cf. Antonio Herman Benjamin, *A Natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, in Volnei Ivo Carlin (Org.), *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Campinas, Millennium, 2009. pp. 49-68.

las bases de la vida, y, a menudo, salvar, literalmente, vidas humanas, en nada se justificaría economizar aquí para gastar acullá, o, peor, gastar mucho más adelante con medidas de recuperación del medio ambiente degradado, de mitigación y de adaptación.

Cuestiones presupuestarias o la carencia de recursos materiales y humanos empalidecen, o deberían empalidecer, frente al desafío y a la demanda intergeneracional de propiciar bases ecológicamente sustentables a nuestro progreso.

#### IV. PROHIBICIÓN DE RETROCESO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL

A pesar de no encontrarse, con nombre y apellido, consagrado en las constituciones de Brasil y del Perú, ni en normas infraconstitucionales, y no obstante su relativa imprecisión – comprensible en institutos de formulación reciente y aún en pleno proceso de consolidación -, es seguro afirmar que la prohibición de retroceso se transformó en un *principio general del Derecho Ambiental*, invocable en la evaluación de la legitimidad, mayormente en aquello que afecte, particularmente a: a) procesos ecológicos esenciales; b) ecosistemas frágiles o al borde del colapso; y c) especies amenazadas de extinción.

Sí, es un principio general del Derecho, pues la previsión normativa explícita no se antepone como presupuesto insuperable a su reconocimiento. Es que la prohibición de retroceso no surge como realidad tópica, resultado de alguna referencia a un dispositivo legal específico y aislado. Al contrario, se trata de un principio sistémico, que se funda y deviene de la lectura conjunta y del diálogo multidireccional de las normas que componen la totalidad del vasto mosaico del Derecho Ambiental. Además de eso, es un principio general, ya que las *bases y contenido ecológicos* (igual a decir mínimo ecológico, garantía de los procesos ecológicos esenciales, la hiperprotección de los ecosistemas frágiles o al borde del colapso, la preservación absoluta de las especies amenazadas de extinción) de la prohibición de retroceso están claramente afirmados en la Constitución y en las leyes ambientales brasileñas y peruanas.

Nótese que el texto constitucional peruano (así como el brasileño), en la protección del medio ambiente, se organiza, como referimos anteriormente, en torno de bien revelados y fijados *núcleos jurídicos duros* (“centro primordial”, “punto esencial” o “zona de proscripción reduccionista”), que rechazan el ser ignorados o infringidos por el legislador, administrador o juez, auténticos *imperativos jurídico-administrativos mínimos* que vocalizan los supraprincipios de la *dignidad de la persona humana*, de la *función ecológica de la propiedad* y de la *prohibición absoluta de la extinción de especies*.

La Ley General del Ambiente del Perú se refiere, simultánea y expresamente, a esos tres núcleos jurídicos (e igualmente ético-políticos) duros: la dignidad humana es el “lineamiento básico de las políticas públicas”; la función ecológica se manifiesta, por

ejemplo, cuando el legislador prescribe que “El ejercicio de los derechos de propiedad y a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria están sujetos a las *limitaciones que la ley establece en resguardo en resguardo del ambiente*”; y en absoluta prohibición de bio-extinción de génesis antrópica surge por medio de una norma admirable y perentoria, al prever que “Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna” (artículo 11.a, 6, e 11.c, respectivamente).

En el caso de Brasil, la prohibición es el principio general del Derecho Ambiental porque tanto la legislación (la ley 6.938/1981<sup>10</sup>, por ejemplo) como nuestra jurisprudencia<sup>11</sup> perfilan, sin medias palabras, el *principio de la mejora ambiental*. Ahora, prescribir, como objetivo de la Política Nacional de Medio Ambiente, la “mejoría de la calidad ambiental propicia para la vida” es hasta decir más de lo que ambiciona el principio de la *prohibición de retroceso*, pues no bastará con *mantener o conservar* lo que se tiene, imponiéndose mejorar, avanzar (lo que es igual al progreso) en el terreno de aquello que un día ecológicamente se tuvo, y desapareció, o que hoy se encuentra dilapidado, y, no custodiado de manera correcta, más temprano que tarde desaparece. La misma línea sigue la legislación peruana, pues la Ley General del Ambiente prevé, *in verbis*, que “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo *mejorar* la calidad de vida de las personas” (artículo 9) y que el respeto a la “mejora *continua* de la calidad de vida de la población” es el “lineamiento ambiental básico de las políticas públicas” (artículo 11).

## V. UN PRINCIPIO EN EVOLUCIÓN

No es necesario, aquí, escudriñar, en profundidad, los contornos más precisos del principio de la *prohibición de retroceso*. Basta indicar, por su relevancia, que aún se debate, en la doctrina, si en él se encuentra una conformación *estática y absoluta* o, por el contrario, una realidad *dinámica y relativa*.

Si fuere dinámico y relativo, el principio obedecería a la lógica del “control de proporcionalidad”, lo que prohibiría, “en la ausencia de motivos imperiosos” o de una justificación convincente, una disminución del nivel de protección jurídica. Consecuentemente, habrá, siempre, de exigirse al legislador una cabal motivación o demostración de lo inofensiva que sería la regresión operada – la mantención del *statu*

10 Según la Ley 6.938/81; “La Política Nacional de Medio Ambiente tiene por objetivo la preservación, *mejoría* y recuperación de la calidad ambiental propicia para la vida” (artículo 2°, encabezado).

11 En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia, por ejemplo, ya decidió que, “...Ante el *principio de la mejoría* de la calidad ambiental, adoptado en el Derecho brasileño (artículo 2°, encabezado, Ley 6.938/81), es inconcebible la proposición de que, si un inmueble, rural o urbano, se encuentra en una región que ya estaba ecológicamente deteriorada o comprometida por la acción u omisión de terceros, sería dispensable su preservación y conservación futura (y, con mayor énfasis, eventual restauración o recuperación). Tal tesis equivaldría, indirectamente, a crear un absurdo canon de isonomía aplicable al pretendido derecho de contaminar o degradar: si otros, impunemente, contaminaran, destruirían, o deforestarían el medio ambiente protegido, que la prerrogativa valga para todos y a todos beneficie...” (Recurso Especial 769.735, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Sala, DJe 20/06/2011)



quo de tutela de los bienes jurídicos en cuestión. Esto es, en la equivalencia material entre la fórmula legal anterior y la nueva propuesta debe ser verificada, “la necesidad de una modificación, demostrada, la proporcionalidad de una regresión, apreciada”, abriéndose, para el juez, “fiel a los valores que fundan nuestro sistema jurídico”, la posibilidad de controlar esas fronteras, lo que no es lo mismo que “inmiscuirse en la decisiones políticas”<sup>12</sup>.

## VI. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO EN LA PROTECCIÓN DE LOS BIOMAS

Anteriormente observamos que las constituciones peruanas y brasileña, por la técnica de los *imperativos jurídico-ambientales mínimos*, resguardan, enfática y hasta pleonásticamente, núcleos jurídicos duros asociados a la protección del “ambiente equilibrado y adecuado”, componente imprescindible para el pleno desarrollo de la vida.

De ahí deviene que se pretenda reducir el nivel de tutela jurídica de los biomas nacionales, en la época de la veloz reducción de los *hábitat* naturales y de las seria y científicamente comprobadas amenazas a la biodiversidad (adiciónese, en el Perú y en Brasil, el número de especies que integran la *Lista Roja*), nada más significa que retroceder en transcurso del tiempo, en los avances del diálogo entre el crecimiento, económico y la conservación de la Naturaleza. Diálogo que, hoy, ya no existe más y es dominio exclusivo de las Ciencias Naturales, de la Economía y de la Política, teñido y entrelazado en el propio tejido de la Constitución y de la legislación que la densifica.

En la mejor de las hipótesis, despertaría perplejidad cualquier iniciativa en esa línea, al posicionar y direccionar, en sentidos opuestos y con diferentes grados de garantía, el rumbo del progreso material y el rumbo del progreso (incluso legislativo) de la protección de los procesos ecológicos esenciales, las bases naturales de la vida. Todo como si el parámetro de afluencia material pudiese ser aislado de la calidad de vida, y esta, de la inserción del ser humano en la existencia planetaria, a nuestra interdependencia con las decenas de millones de especies que nos rodean.

En esos términos, es inimaginable admitir como ético, viable o sustentable el progreso material en la vida humana sin que se afiance, por igual, el progreso (o, en la peor de las hipótesis, la manutención) de los niveles de protección jurídica de las bases naturales de la vida –ella toda-, con énfasis en los procesos ecológicos esenciales.

12 Isabelle Hachez, *Le Principe de Standstill dans le Droit des Droits Fondamentaux: une Irréversibilité Relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 658-660.

## VII. ARTICULACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS INFRACONSTITUCIONALES Y LA NORMA CONSTITUCIONAL DE GARANTÍA DEL MÍNIMO ECOLÓGICO

Las violaciones de la *prohibición de retroceso* se manifiestan de varias maneras. La más obvia es la reducción del grado de salvaguarda jurídica o de la *superficie* de un área protegida (Parque Nacional, por ejemplo); otra, menos perceptible y por eso más insidiosa, es el vaciamiento o debilitamiento de las normas de previsión de derechos y obligaciones o, por otro lado, los mecanismos de las normas de previsión de derechos y obligaciones o, por otro lado, los mecanismos de actuación del Derecho Ambiental (evaluación de impacto ambiental, responsabilidad civil, instrumentos de fiscalización y sanción, entre otros mencionados por el artículo 17.2, de la Ley General del Ambiente del Perú).

Consecuentemente, descontando la reducción pura y simple de espacios territoriales protegidos, el retroceso puede afectar tanto derechos sustantivos (vale decir, retroceso sustantivo), como derechos procedimentales o de *due process* ambiental (es decir, retroceso formal o procedimental); también puede afectar el marco legislativo en sí mismo (esto es, retroceso legislativo), o además la política de implementación (vale decir, retroceso de implementación).

En cuanto a los instrumentos de implementación, se sabe que, como toda disciplina jurídica, sin ellos, los cuales necesitan ser eficaces y eficientes, el Derecho Ambiental no existiría *in concreto*. El retroceso opera tanto en el *plano de la existencia* (la pura y simple revocación de un determinado instrumento) como en el *plano de la eficacia* (el debilitamiento de la fuerza coactiva del diseño del instrumento, por ejemplo, al retirarse o dificultar el sancionar penal y administrativo, o la responsabilidad civil) o en el *plano de la eficiencia* (con el aumento de los costos de transacción en la implementación, dificultándose o incluso haciéndose inviable la fiscalización, por ejemplo).

Es bueno desatacar que los principios e instrumentos de Derecho Ambiental, en el seno de sus múltiples matices de origen, filiación filosófica y objetivos que los informan, ostentan variadas referencias de función, prestigio y eficacia. Hay, entre ellos, los actúan en el corazón de la disciplina, llamados *directos* o *primarios* (resguardan, frontalmente, biomas, ecosistemas y procesos esenciales); y los que bautizados de *indirectos* o *procedimentales*, alcanzan resultados semejantes, pero por medios oblicuos, como, por ejemplo, al ampliar el grado de diseminación de información ambiental generada y en circulación, y al establecer mecanismos de participación pública. A ambas categorías se les aplica el principio de prohibición de retroceso ambiental.

Ordenado en torno a ese “centro primordial” (“punto esencial”, “núcleo duro” o zona de prohibición reduccionista”), el diseño legal infraconstitucional, una vez recibido por la

Constitución, se funde con él, donde la imposibilidad de anularlo o aflojarlo de manera sustancial, sin que con ello, de manera inseparable, se hiera o mute el propio contenido y sentido de la norma mayor. Es el fenómeno de repulsa a las normas infraconstitucionales que, desinteresadas en garantizar la máxima eficacia de los derechos constitucionales fundamentales, no se retraen y son rápidas al negarles el mínimo de eficacia.

En el terreno de esos principios e instrumentos ambientales *indirectos* o *procedimentales*, vale citar tres ejemplos obtenidos de la Ley General del Ambiente del Perú. Tómese inicialmente, la previsión del *principio precautorio*, por el cual “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente” (Artículo III). ¿Podría el legislador subsecuente transformar el gatillo del principio (“daño grave o irreversible”, estándar alternativo) en un modelo acumulativo (“daño grave e irreversible”)? En los términos del principio de la prohibición de retroceso, la respuesta habrá de ser negativa. Un segundo ejemplo: el *carácter del orden* público de las normas ambientales, que impone la nulidad de “todo pacto en contra de lo establecido” en las normas ambientales incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales” (artículo 7.1). Ciertamente sería difícil explicar, a la luz del principio de la prohibición de retroceso, un cambio en la idea del legislador que retirase del ordenamiento la sanción de nulidad. Finalmente, el tercer ejemplo, véase la *irrenunciabilidad* del “derecho a vivir en un medio ambiente saludable”, previsto en el artículo I de la Ley General del Ambiente del Perú. El carácter de indisponibilidad del derecho en cuestión, aunque no posea valor ecológico intrínseco, transformándose en el núcleo duro del microsistema, destinado a garantizar la máxima eficacia a las normas ambientales, de tal manera que sería cuestionable la constitucionalidad de una eventual alteración legislativa para transformar en disponible aquello que, por fuertes razones éticas y políticas, la Ley General considera como irrenunciable.

## VIII. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO AMBIENTAL

Se sostiene como presupuesto de la prohibición de retroceso que los mandamientos constitucionales “sean concretados a través de normas infraconstitucionales”, de ahí que la principal providencia que se puede “exigir del Poder Judicial es la invalidez de la derogación de normas”, sobre todo cuando tal revocación ocurre desamparada “de una política sustitutiva o equivalente”, esto es, deja “un vacío en su lugar”, a saber, “el legislador vacía el cometido constitucional, exactamente como si se dispusiese contra éste directamente”<sup>13</sup>.

13 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 380-381.

Claro, no se trata aquí de pretender conferir un carácter absoluto al principio de *prohibición de retroceso*, siendo exagerado admitir tanto la libertad irrestricta del legislador, como, en el ámbito de su autonomía legislativa, prohibirle totalmente la revisión de las leyes que elabora y edita. El principio de *prohibición de retroceso* no constituye una camisa de fuerza al legislador e implementador, sino que impone límites no discrecionales a su actuación.

Específicamente, en el caso de la protección de biomas, ecosistemas y especies, serán las siguientes preguntas aquellas que el juez siempre se hará: ¿Las alteraciones legislativas o políticas de implementación mantienen o amplían las garantías del medio ambiente? ¿Aseguran la protección de los “procesos ecológicos esenciales”? ¿Amplían o reducen los riesgos ambientales a los *hábitat* vulnerables? ¿Reducen o mantienen el grado de dificultad de ejecución, al igual que el de reclamación administrativa y judicial (los llamados costos de transacción de la ejecución de la ley)?

## **IX. HERMENÉUTICA INTERGENERACIONAL Y CONTROL JUDICIAL DEL RETROCESO AMBIENTAL: DE LA DEGRADACIÓN DE LA LEY A LA DEGRADACIÓN DEL AMBIENTE**

En síntesis, en el control judicial del retroceso ambiental no se debe olvidar que la degradación ambiental, considerada como costo social, no deja de ser un gravamen para las generaciones futuras, en cuya carga de imposición política a nuestros descendientes, por obvio que parezca, ellos no pudieran participar. Sobre ese punto, la Ley General del Ambiente del Perú no deja dudas, al disponer que “Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente” (Artículo VIII). Es el *principio contaminador pagador* explicado en lenguaje económico y llevado a las últimas consecuencias, de tal manera que retira no sólo de las generaciones futuras, sino también de las presentes, la carga de soportar los costos ambientales negativos causados por terceros que con ellos, directa o indirectamente, se beneficiaran.

No es fácil, con todo, al magistrado de la pequeña y distante ciudad, ni al de la Corte Suprema de Justicia, llegar al juicio de valor que resulta de balancear ecuánimemente entre los beneficios y maleficios – materiales e inmateriales, económicos y ecológicos – de una decisión legislativa o política de implementación en el presente, cuyos resultados perversos sólo se revelarán por completo en el futuro, incluso en el más remoto.

Difícil, sí, pero no imposible, ni mucho menos dispensable. En verdad, el juez peruano y el brasileño, en el diseño de nuestras Constituciones, son llamados a hacer *juicios prospectivos*, en una dimensión de complejidad que supera por mucho la categoría de los lucros cesantes, tan comunes en las acciones de responsabilidad civil. Esa tarea

se muestra más difícil cuando el juicio prospectivo va más allá del caso concreto, traducido en la litis, al demandar el juzgamiento del propio texto de la ley, de una índole general, del grado de protección o desprotección de *hábitat* enteros.

También los jueces deben tener en mente que los instrumentos del Derecho Ambiental no corren ni amenazan la vitalidad productiva de nuestros Países, ni la velocidad de su inclusión entre las grandes economías del planeta; tampoco pesan en la capacidad financiera del Estado o se presentan como un contrabando legislativo, delirio inmotivado un legislador incauto o irresponsable. Al contrario, se insertan en el ámbito de la *función social* o de la *función ecológica de la propiedad*.

Consecuentemente, reducir, inviabilizar, o derogar leyes, dispositivos legales y políticas de implementación de protección de la Naturaleza, nada más significa, en el campo de la violación al principio de la *prohibición de retroceso* ambiental, que al conceder un colosal incentivo económico a quién no podría explotar (o deforestar) partes de su propiedad, y, de inmediato, con la regresión, pasa a poder hacerlo. Todo a costas del vaciamiento de la densificación del mínimo ecológico constitucional.

Retroceder ahora, cuando malamente despertamos de la pesadilla de la destrucción necia de los procesos ecológicos esenciales en los últimos quinientos años, desde el inicio de la colonización, habría de ser visto, por los jueces, como una privatización inestimable de la externalidad positiva (vale decir, los servicios ecológicos del patrimonio natural intergeneracional), como si ya no fuese suficiente la también incalculable externalidad negativa (esto es, la destrucción de biomas enteros), que termina socializada por toda la colectividad y sus descendientes.

Queda la lección a manera de alerta: en el universo de la protección jurídica del ambiente, al antiprogreso y, peor aún, el progreso legislativo, tienen costos probablemente irreversibles para las generaciones presentes y futuras. Es la degradación de la ley conduciendo a la degradación ambiental.