

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

# RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

HENRY ALEXANDER MEJÍA

Unidad Técnica Ejecutiva  
del Sector de Justicia  
7a. Calle Poniente No. 5143, Colonia  
Escalón, San Salvador.  
Tel.: 2204-7600



[www.ute.gob.sv](http://www.ute.gob.sv)



@UTEJusticia



Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia



Unidad Técnica Ejecutiva



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y SEGURIDAD PÚBLICA  
GOBIERNO DE  
**EL SALVADOR**  
UNÁMONOS PARA CRECER



HENRY ALEXANDER MEJÍA

Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo  
Facultad Jurisprudencia y Ciencias Sociales  
Universidad de El Salvador

## **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE**

Prólogo de JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

A Dios por su misericordia

A Mary Cori por su paciencia

A Alejandra por ser la razón de mi lucha

A mi madre por darme la vida

## DATOS CURRICULARES DEL AUTOR

### A. PREPARACIÓN ACADÉMICA

1. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, con nota de "sobresaliente cum laude", y premio extraordinario.
2. Máster en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona.
3. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.
4. Diplomado en Educación Superior con énfasis en la Enseñanza del Derecho.

### B. EXPERIENCIA PROFESIONAL Y DOCENTE

1. Abogado y Notario en ejercicio
2. Profesor titular de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad de El Salvador y en distintas universidades privadas desde (1999).
3. Coordinador del Área de Derecho Procesal Administrativo.
4. Ex Director del Departamento de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador.
5. Profesor Tutor Ganador de la Competencia centroamericana y latinoamericana de Derecho Administrativo en la práctica de Derechos Humanos (2011).
6. Profesor de los programas de doctorado impulsados en El Salvador por la Universidad Autónoma de Barcelona.
7. Profesor de la Maestría de Derecho Administrativo, en la Universidad Panamericana de México (Campus Ciudad de México).
8. Profesor en la Universidad Autónoma de México en los cursos de actualización de Derecho Administrativo Iberoamericano.
9. Conferencista en temas de Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental en Congresos Internacionales y co-autor en varias obras de Derecho Administrativo iberoamericano.
10. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial en temas de Derecho Administrativo-Ambiental y Derecho Constitucional (desde 2005).
11. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.
12. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.
13. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.
14. Vicepresidente adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Municipal.
15. Consultor del Tribunal de Ética Gubernamental (2008).
16. Consultor de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (2012-2013).



# **Comisión Coordinadora del Sector de Justicia**

**Dr. Oscar Armando Pineda Navas**

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

**Lic. Benito Antonio Lara Fernández**

Ministro de Justicia y Seguridad Pública

**Lic. Luis Antonio Martínez González**

Fiscal General de la República

**Lic. Sonia Elizabeth Cortez de Madriz**

Procuradora General de la República

**Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía**

Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura

---

**Lic. David Gonzalo Cabezas Flores**

Director General Unidad Técnica Ejecutiva

363.7

R434 Mejía, Henry Alexander

Responsabilidad por daños al medio ambiente / Henry Alexander Mejía ; prólogo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ; compilación Unidad Técnica Ejecutiva ; colaboración Luisa Rivera de Peralta. --1<sup>a</sup> ed. -- San Salvador, El Salv. : Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, 2014.

410 p. ; 24 cm.

ISBN 978-99961-901-3-1

1. Medio ambiente. 2. Deterioro del medio ambiente. 3. Hombre-Influencia del medio. 4. Medio ambiente-Legislación.  
I. Título.

BINA/jmh

## **Revisión de la Obra**

Lic. Luisa Rivera de Peralta

Directora del Área de Medios de Comunicación

Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia

## **Diseño y diagramación**

Imagen Gráfica

## **Coordinación de Diseño y Producción**

Área de Medios de Comunicación de la UTE

El contenido de esta publicación no puede ser reproducido ni todo ni en parte, ni transmitido o registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma y por ningún medio, sin el permiso previo y por escrito de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia.

## **Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia**

7a. Calle Poniente No. 5143, Colonia

Escalón, San Salvador.

Tel.: 2204-7600



[www.ute.gob.sv](http://www.ute.gob.sv)



@UTEJusticia



Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia



Unidad Técnica Ejecutiva

## **Primera Edición**

Diciembre de 2014

# ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
PRESENTACIÓN .....	27
CAPÍTULO I.....	30
ASPECTOS INTRODUCTORIOS AL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE .....	30
1.1. La preocupación del deterioro ambiental a nivel mundial.....	30
1.2. Orígenes del Derecho Ambiental.....	32
1.3. Desarrollo del Derecho Ambiental.....	35
1.4. El medio ambiente como objeto del Derecho Ambiental .....	52
1.4.1. Noción conceptual.....	52
1.4.2. La protección constitucional del medio ambiente: el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano a nivel jurisprudencial .....	59
1.5. Titulares del Derecho de Medio Ambiente .....	64
1.5.1. Vertiente de Derecho Personalísimo .....	65
1.5.2. Vertiente de Derecho Prestacional.....	65
1.6. Límites al Derecho Ambiental .....	66
1.6.1. Límites internos del Derecho de Medio Ambiente .....	66
1.6.2. Límites Externos al Derecho de Medio Ambiente.....	67
1.6.2.1. Limites externos explícitos .....	67
1.6.2.2. Límites externos implícitos .....	67
1.7. Conexidad del derecho a un medio ambiente sano con otros derechos fundamentales .....	68
1.8. Los caracteres del Derecho Ambiental .....	70
1.8.1. Plurisdisciplinariedad.....	70
1.8.2. Supranacional o universalista .....	71
1.8.3. Predominio de los intereses colectivos.....	71
1.8.4. Énfasis preventivo .....	71
1.8.5. La vinculación a los elementos científicos y técnicos .....	72
1.9. Los principios generales del Derecho Ambiental.....	72
1.9.1. Principio de cooperación .....	73
1.9.2. Principio de prevención.....	74
1.9.3. Principio de desarrollo sostenible.....	78
1.9.4. El principio precautorio.....	79
1.9.5. Principio «quien contamina paga» .....	82

CAPÍTULO II .....	85
SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: ORÍGENES, DESARROLLO, NUEVOS ENFOQUES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO .....	85
2.1. Evolución de la responsabilidad ambiental en el Derecho Internacional .....	85
2.2. Establecimiento de responsabilidad ambiental en la Unión Europea .....	90
2.3. Reconocimiento de la responsabilidad ambiental en el Derecho Comparado .....	97
2.4. Algunos comentarios a leyes especiales que regulan la responsabilidad ambiental en el Derecho Comparado .....	100
2.4.1. Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental de España.....	100
2.4.2. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de México.....	104
2.5. Regulación jurídica de la responsabilidad ambiental en El Salvador .....	108
2.6. La responsabilidad civil y su enfoque en el ámbito medio ambiental .....	112
2.7. Los sistemas de responsabilidad civil en materia ambiental .....	113
2.7.1. La teoría subjetiva .....	113
2.7.2. La teoría objetiva .....	115
2.8. Hacia la objetivización de la responsabilidad civil ambiental .....	117
2.8.1. Justificación teórica .....	117
2.8.2. Acogimiento de los ordenamientos jurídicos.....	124
CAPÍTULO III .....	129
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y SUS PARTICULARIDADES EN MATERIA AMBIENTAL .....	129
3.1. Consideraciones previas .....	129
3.2. La actividad humana .....	130
3.3. El daño ambiental .....	132
3.3.1. Aproximaciones conceptuales sobre el daño.....	132
3.3.2. Delimitación conceptual del daño ambiental .....	135
3.4. Tipos de daños ambientales .....	139
3.5. La trascendencia de la entidad del perjuicio en la teoría del daño ambiental: el daño permitido .....	142
3.6. Formas de clasificar los daños ambientales.....	144
3.6.1. En función del carácter daño.....	144
3.6.2. Por el causante del daño.....	145
3.6.3. Por la concurrencia del elemento subjetivo .....	146
3.6.4. Por la forma en que se produce se puede distinguir .....	146
3.6.5. Por sus efectos en el tiempo .....	146
3.6.6. Por sus consecuencias para el medio ambiente .....	147
3.6.7. Por sus consecuencias para los seres humanos .....	148

3.7. Las características de los daños ambientales .....	148
3.7.1. Afectación de intereses colectivos .....	148
3.7.2. Trascendencia al ámbito público.....	151
3.7.3. Exteriorizan compleja.....	155
3.7.4. La gravedad de los daños ambientales .....	158
3.7.4.1. Las lluvias ácidas.....	158
3.7.4.2. El calentamiento global.....	159
3.7.4.3. La disminución de la capa de ozono .....	160
3.8. El nexo causal y el problema de la imputación del daño en materia ambiental.....	163
3.8.1. Consideraciones preliminares .....	163
3.8.2. Presunciones legales como forma de establecer al contaminante .....	166
3.8.3. La inversión de la carga de la prueba como alternativa para establecer la responsabilidad ambiental.....	171
3.8.4. Las teorías del nexo causal surgidas en el área de la responsabilidad ambiental .....	174
3.8.4.1. La teoría holandesa de la causa alternativa o disyuntiva.....	174
3.8.4.2. La teoría alemana de la condición peligrosa .....	175
3.8.4.3. La teoría de la proporcionalidad .....	175
3.8.4.4. La teoría de la víctima más probable .....	176
CAPÍTULO IV .....	177
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA AMBIENTAL .....	177
4.1. Consideraciones iniciales.....	177
4.2. Importancia de la potestad sancionadora como instrumento de protección ambiental .....	178
4.3. Los principios constitucionales que rigen la potestad sancionadora de la administración ambiental.....	182
4.3.1. Principio de legalidad.....	183
4.3.1.1. La garantía material .....	184
4.3.1.2. La garantía formal .....	184
4.3.2. Principio de tipicidad .....	187
4.3.2.1. Tipicidad de las infracciones administrativa.....	188
4.3.2.2. Tipicidad de las sanciones administrativas .....	190
4.3.2.3. Prohibición de la analogía.....	193
4.3.3. Principio de irretroactividad .....	193
3.3. Principio de culpabilidad .....	195
4.3.4. Principio de proporcionalidad.....	200
4.3.5. La prescripción .....	202

4.4. Principio de « <i>non bis in idem</i> » y su incidencia en la articulación entre la represión administrativa y penal de los ilícitos ambientales .....	204
4.5. Tipos de sanciones y medidas accesorias aplicables al ámbito ambiental .....	211
4.5.1. Consideraciones previas .....	211
4.5.1. Las sanciones administrativas ambientales y las medidas preventivas.....	211
4.5.1.1. La multa como sanción ordinaria en las infracciones ambientales.....	213
4.5.1.2. Sanciones rescisorias de carácter ambiental.....	215
4.5.1.3. Las medidas precautorias ambientales .....	216
4.6. El resarcimiento de los daños ambientales como consecuencia de la infracción ambiental. Remisión .....	217
CAPÍTULO V .....	219
RESPONSABILIDAD PENAL AMBIENTAL .....	219
5.1. Cuestiones previas .....	219
5.2. Sobre el bien jurídico tutelado: el medio ambiente .....	222
5.3. El principio de intervención mínima y Derecho Penal del Medio Ambiente.....	226
5.4. Delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Algunas cuestiones en el Derecho Penal Ambiental.....	228
5.5. Cuestiones relativas a la remisión a la normativa administrativa: leyes penales en blanco .....	232
5.6. Comentarios de los delitos ambientales en el Código Penal salvadoreño .....	236
5.6.1. Contaminación ambiental .....	236
5.6.2. Delitos contra espacios naturales protegidos .....	243
5.6.3. Delitos contra la flora protegida .....	247
5.6.4. Delito de depredación de fauna .....	249
5.6.5. Delito de depredación de fauna protegida .....	251
5.6.6. El delito de quema de rastrojo.....	254
5.6.7. Delitos relacionados con sustancias peligrosas .....	255
5.6.8. Delitos cometidos por funcionarios públicos .....	257
CAPÍTULO VI .....	260
LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE .....	260
6.1. Preliminar .....	260
6.2. La prioridad de la reparación <i>in natura</i> .....	263
6.3. Problemas de la reparación <i>in natura</i> y sus posibles soluciones.....	266
6.4. Evaluación y valoración del perjuicio ambiental .....	272
6.4.1. Finalidades de la realización de la evaluación del daño .....	273
6.4.2. La dificultad de la valoración del daño ambiental .....	274
6.5. El resarcimiento de los daños ambientales en El Salvador .....	277

6.5.1. El fundamento de reparar los daños ambientales .....	277
6.5.2. La reparación civil derivada de la infracción administrativa. Remisión .....	279
6.5.3. La responsabilidad civil derivada del delito ambiental. Remisión.....	280
6.6. La prioridad de la reparación in natura en el ordenamiento salvadoreño.....	283
6.7. Medidas preventivas de los empresarios frente a la administración para garantizar la compensación ambiental .....	290
6.8. Formas complementarias y alternas a los actuales sistemas de responsabilidad ambiental .....	294
6.8.1. Introducción .....	294
6.8.2. Los seguros ambientales .....	296
6.8.2.1. Ventajas .....	296
6.8.2.1. Problemas del aseguramiento ambiental .....	299
6.9. Los fondos ambientales .....	305
6.9.1. Justificación .....	305
6.9.2. Casos de fondos ambientales .....	309
6.9.2.1. Fondos internacionales.....	309
6.9.2.2. Fondos en el Derecho Comparado .....	312
A. Los fondos norteamericanos .....	312
B. El fondo japonés.....	314
C. El fondo holandés .....	315
D. El fondo Francés .....	315
E. Los fondos españoles .....	316
F. Los fondos salvadoreños.....	317
CAPÍTULO VII .....	320
EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: LA LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA .....	320
7.1. Consideraciones generales.....	320
7.2. Algunas consideraciones jurídicas sobre la legitimación individual .....	324
7.3. Análisis de la legitimación pública en el Derecho Comparado .....	325
7.4. La legitimación colectiva para tutelar los intereses difusos.....	330
7.4.1. Delimitación conceptual. Distinción con intereses colectivos.....	332
7.4.2. Caracterización de los intereses difusos medioambientales .....	336
7.4.2.1. Alcance colectivo.....	337
7.4.2.2. Defensa común e intercomunicación de resultados.....	338
7.4.2.3. Relevancia jurídica de las situaciones en juego .....	338
7.4.4. Dificultades procesales en el acceso a la justicia .....	338
7.5. Formas de tutelar los intereses difusos en el Derecho Comparado .....	339

7.5.1. La acción popular .....	339
7.5.2. Las acciones de las asociaciones ambientalistas en el Derecho Europeo .....	341
7.6. Formas de legitimación procesal en el Derecho Anglosajón: <i>las class actions</i> .....	346
7.6.1 Las ventajas e inconvenientes de las <i>class actions</i> .....	349
7.6.2. Las <i>class actions</i> y la responsabilidad por daños al medio ambiente .....	350
7.7. Las distintas vías de acceso a la justicia ambiental en El Salvador.....	357
7.7.1. Consideraciones previas.....	357
7.7.2. La legitimación activa de los particulares.....	359
7.7.3. La legitimación activa pública.....	362
7.3.4. Algunas pretensiones de carácter resarcitorio que pueden plantearse ante los tribunales ambientales .....	367
BIBLIOHEMEROGRAFÍA.....	371

## PRÓLOGO

Tengo el gusto y el honor de conocer y tratar al doctor Henry Mejía desde hace ya unos cuantos años y me resulta muy grato escribir este prólogo a su nuevo libro sobre «Responsabilidad por daños al medio ambiente». Primero porque es una monografía en la que el profesor Mejía demuestra con maestría y lucidez su dominio de las técnicas de investigación en Derecho Público. Y, segundo, porque se trata de un libro de consulta obligada para conocer mejor un sector del Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental, especialmente en materia de responsabilidad, cada vez más global, cada vez más multidisciplinar. Ambas razones, que se comprueban con sólo una mirada al índice, animan sobremanera a la lectura de la monografía del profesor.

La conciencia ecológica forma parte de la realidad en la que vivimos. El factor ambiental está presente en nuestra vida y, afortunadamente cada vez ha cobrado mayor presencia, también, como es lógico para el Derecho. Y no sólo desde la perspectiva del «*ius puniendo*» del Estado, sino que también, desde la perspectiva de la cláusula del Estado social. Efectivamente, los poderes públicos, especialmente los ambientales, han de promover las condiciones para que la vida de los habitantes del planeta sea digna al igual que a las demás especies que nos rodean. Además, han de remover los obstáculos que impidan su realización. Qué duda cabe, por ejemplo, que el derecho de toda persona a disfrutar de una puesta de sol, de esas tan sensacionales como hay en tantas partes del mundo, especialmente en Centroamérica, no puede ser impedido, por ejemplo, por la sistemática y masiva presencia de instalaciones de energía *eólica* que, en ocasiones laminan toda posibilidad de contemplación de la naturaleza. En realidad, desde una perspectiva de equilibrio, tales

pugnas o confrontaciones, debieran superadas en el marco de una actividad administrativa de ordenación que haga posible el desarrollo económico y el desarrollo ambiental.

El autor del libro, es uno de los mejores conocedores de esta materia en Iberoamérica, sigue con rigor, a mi juicio, los postulados de la nueva forma de acercarse científicamente a los problemas sociales, también desde la óptica del Derecho. A saber, pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Pensamiento abierto porque para acercarse a la problemática de la responsabilidad del Estado por daños al medio ambiente es menester desprenderse, hasta dónde sea posible, de algunos *aprioris*, y prejuicios que lastran enormemente la comprensión de la realidad.

Pensamiento plural porque afortunadamente, en esta materia no hay dogmas ni posiciones jurídicas definitivas. Primero porque el Derecho Ambiental es relativamente joven y está en constante evolución y, segundo, porque todo el Derecho, también y sobre todo el Público, debe levantarse desde los pilares del humanismo, desde la centralidad del ser humano. En efecto, porque el habitante tiene un derecho humano al medio ambiente, a disfrutar de la naturaleza para el libre y solidario desarrollo de su personalidad en sociedad, es por lo que la administración ambiental, puede, y debe, actuar precisamente en este campo: para hacer posible las mejores condiciones de vida para el desarrollo en sociedad del ser humano. Las técnicas jurídicas del Derecho Ambiental deben ir dirigidas, especialmente en la vertiente preventiva, a garantizar un medio ambiente digno y adecuado que permita el libre y solidario desarrollo de las personas. Y, llegado el caso, a restaurar los daños producidos a

la naturaleza cuándo por acción u omisión de los poderes públicos, se hayan producido daños al medio ambiente.

Pensamiento dinámico porque como demuestra magistralmente el profesor Henry Mejía en su investigación, el Derecho Ambiental está en constante y evolución y desde su origen se va transformando, también porque la realidad es cambiante y un Derecho vivo como el que estamos estudiando tiene que tener la capacidad de desplegar su virtualidad operativa en función de los cambios que se vayan produciendo. Desde esta perspectiva, la necesaria armonía entre investigación científica y técnicas jurídicas de ordenación es fundamental para que la respuesta del Derecho sea adecuada y en su caso pueda restaurar con cierta inmediatez el mal o daño causado al medio ambiente.

Y pensamiento compatible o complementario, porque en este sector del Derecho Público es menester que el uso racional de la naturaleza, al servicio de la persona humana, sea compatible con el desarrollo económico. Es más si el crecimiento económico no es complementario con el crecimiento de la protección de la naturaleza, no podemos hablar propiamente de crecimiento económico razonable. Igualmente, si la protección de la naturaleza no se ordena hacia un disfrute razonable del medio ambiente por parte de las personas, no podemos hablaren rigor de protección ambiental.

El Derecho Ambiental está, en este azaroso mundo en que vivimos, de palpitante y rabiosa actualidad. Con sólo leer el periódico o escuchar cualquier boletín de noticias en un hemisferio o en el otro, nos percatamos de que la naturaleza, en un sentido o en otro, con más o menos intensidad, es protagonista de la actualidad. Desbordamiento de ríos, tsunamis, terremotos, inundaciones, derrame de petróleo o de

residuos sólidos en el mar, sequías, y toda suerte de desastres o desgracias surcan, de uno a otro confín, el globo. Y, ante estos acontecimientos, en ocasiones más o menos previsibles, los poderes públicos deben proteger a las personas, a los habitantes y las demás especies. Los principios, pues, de *prevención* y de *precaución*, cada vez tienen más relevancia en esta materia, en la que también la administración pública habrá de responder de muchos de los daños que podrían haber sido previstos de haber dispuesto de los medios técnicos adecuados para adelantarse a su realización.

El tratamiento que hace el profesor Henry Mejía en la obra es, sencillamente, magistral. Como bien sabemos, la sociedad actual es una sociedad de riesgos: financieros, médicos, laborales, ambientales, naturales. La incertidumbre, poco a poco, se ha ido adueñando de determinadas actividades humanas y la prevención de los riesgos se ha convertido en una necesidad. En ocasiones, en una necesidad obsesiva que genera situaciones de histeria colectiva susceptible de pingüe aprovechamiento. Hoy, desde luego, la prevención, la precaución, son términos de moda que han llegado a las ciencias sociales y que adquieren ya relevancia jurídica.

Por ejemplo, el caso de la gripe A es paradigmático. Las alarmas alcanzaron, a juicio de la OMS, dígitos insospechados. Quienes pudieron, sobre todo los países ricos, compraron las existencias de antivirales disponibles en el mercado. Tiempo después se demostró que la peligrosidad del virus y su extensión no eran tan alarmantes y la OMS tuvo que sufrir el veredicto de algunas auditorías externas en el que se demostró, según parece, que hubo ingentes cantidades de dinero de por medio. La enseñanza es clara: la magnitud de las alarmas

ocasionadas por situaciones de evidente riesgo deben ser argumentadas científicamente, de manera que la alarma máxima debe estar precedida y justificada por criterios técnicos, no por «razones políticas».

El problema de la *precaución* reside en la capacidad de generación de temor, de alarma, en la ciudadanía de forma desproporcionada o injustificada. Es sabido que en virtud de este principio las autoridades regulatorias deben tomar medidas para evitar ciertos daños o riesgos, aunque las relaciones de causa a efecto no sean muy claras y aunque no haya evidencia de la concreción de dichos daños. Dichas medidas, es obvio, deben ser adecuadas y proporcionadas a las probabilidades reales de producción de daños. Por eso, el grado real de probabilidad de la producción de esos daños o riesgos aconsejará la naturaleza e intensidad de las medidas a adoptar.

Este principio, según parece, adquirió carta de naturaleza en materia ambiental en la *Carta Francesa del Medio Ambiente*, en la que se proclamó con el objetivo de prevenir un daño que, aunque sea incierto en el estado actual de los conocimientos científicos, puede afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente. En estos casos, las autoridades velarán para que en el ámbito de sus competencias se evalúen los riesgos y se adopten las medidas provisionales y proporcionadas a fin de evitar la realización del daño. Es decir, los daños o riesgos deben ser graves e irreversibles.

En virtud de esta dimensión, será el grado de la alarma. Y en virtud de esta cuestión se adoptarán las medidas que procedan, que serán siempre proporcionadas y adecuadas a la magnitud de los daños o riesgos que se puedan producir. Por tanto, es de la mayor relevancia que la acreditación científica de la gravedad e irreversibilidad de los daños o de los riesgos se haga con rigor y argumentos de racionalidad técnica,

cosa que, según parece, no aconteció en el caso de la gripe A. Un caso en que la población mundial, sobre todo en el mundo desarrollado, se quedó sin palabra al conocer que los diferentes gobiernos estaban destruyendo millones de medicamentos antivirales. Además, si eso se produce en plena crisis económica, el desconcierto y la sospecha de corrupción están más que justificados. En este tema, mientras que en Europa, al grito de que hay que curarse en salud y evitar, como sea, los problemas, la precaución se aplica frente a todo tipo de posibles daños. Los norteamericanos, por ejemplo, son más serios y exigentes y reclaman una prueba clara y fidedigna de los daños a producir para autorizar las medidas que procedan.

En realidad, un riesgo es un riesgo, no un hecho inexorable. Desde luego, cuándo se tienen razones científicas y técnicas acerca de la gravedad y la irreversibilidad de los daños en que se pueden concretar los riesgos, habrá que actuar proporcionadamente. La existencia, pues, de una administración científica rigurosa, bien preparada, es una garantía para que el principio de *precaución* opere razonablemente como parece que está aconteciendo en materia medioambiental.

En el caso de los daños producidos al medio ambiente, en la medida en que existe un obvio interés general a que la naturaleza se encuentre en las mejores condiciones para su disfrute racional por parte de los habitantes, es lógico, y natural podría escribirse, que la administración pública competente, incluso en los supuestos en los que los daños son ocasionados por causas ajenas a la voluntad de los poderes públicos, tenga la obligación de proceder a la reparación de los daños sufridos por la naturaleza. Sencillamente porque el medio ambiente es de

todos los ciudadanos y los fondos públicos deben estar ordenados al servicio objetivo del interés general.

En efecto, el tema de la responsabilidad patrimonial de la administración pública es uno de los temas centrales del Derecho Público. Se trata de una cuestión clásica en los programas académicos de nuestra disciplina siempre presente en la medida en que el principio de la reparación de los daños ocasionados a los particulares en sus bienes o derechos por el funcionamiento de los servicios públicos constituye uno de los principios generales del moderno Derecho Administrativo constitucional. Un principio general del Derecho, tanto en su dimensión privada como pública. Quien causa un daño, sea quien sea, una persona jurídica privada o una persona jurídica pública, está obligado a reparar el daño causado.

Desde otro punto de vista, puede decirse también que la cuestión de la responsabilidad extracontractual, patrimonial, de la administración pública es un tema en el que la contemplación de la realidad y, sobre todo, el sentido de la justicia y el entendimiento del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, demandan nuevos enfoques, nuevos planteamientos.

La responsabilidad objetiva de la administración pública, tal y como está configurada en la mayor parte de los Derechos de los países de la denominada cultura jurídica occidental desde hace largas décadas, es una cuestión de palpable y rabiosa actualidad en la medida en que las reclamaciones de daños ocasionados por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos supusieron, de acuerdo, por ejemplo, con la memoria del *Consejo de Estado del Reino de España de 2002*, la nada desdenable suma de 200 millones de euros, estimándose el 10 % de las demandas presentadas frente al Estado por este título. Es, desde luego,

una cantidad de dinero muy alta que debiera hacer pensar también hasta qué punto, con qué alcance, el Estado debe ofrecer una cobertura universal a todos cuantos riesgos, sociales, de una u otra forma, tengan alguna relación con actividades más o menos vinculadas al interés general. Es una cuestión delicada que puede analizarse también desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario en materia de responsabilidad extracontractual.

Nos encontramos, pues, ante una cuestión de gran trascendencia, donde se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas tenemos que analizar y estudiar con detenimiento porque mantener, contra viento y marea, como dogma, el principio objetivo, directo y universal de la responsabilidad de la administración pública tal y como está planteado por ejemplo en España a partir de la *Ley de Expropiación Forzosa* de la década de los sesenta del siglo pasado sin variaciones, entraña problemas de entendimiento con los postulados del nuevo Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, pienso que el Estado social y democrático de Derecho no se compadece con este super-blindaje que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la administración pública.

Insisto, es verdad, sólo faltaría, que los ciudadanos tienen derecho a ser resarcidos de los daños que les produzcan, en sus bienes o derechos, las administraciones públicas con su actuación, su omisión, su inactividad o a través de las vías de hecho, pero también ha de tenerse en cuenta que un régimen general de anonimato propicia y hace posible una cierta irresponsabilidad en la tarea de quienes componen las estructuras

de la administración que son los agentes, los funcionarios, los empleados públicos que en ella laboran.

Es decir, las actuaciones de la administración pública, en uno u otro sentido, son realizadas por funcionarios concretos, con nombre y apellido, cada uno en función de la posición jurídica que tengan concretada en su relación de puestos de trabajo, en su catálogo o en estructura básica del organismo público de que se trate. En efecto, cuando se lesionan un derecho o un bien de un ciudadano desde la administración pública, es siempre consecuencia de que alguien, alguna persona o algunas personas del entramado administrativo, con su actuación, inactividad, omisión o vía de hecho provocan el daño al particular.

Por tanto, ya que estamos en un momento en el que, desde muchos puntos de vista, la reflexión sobre la libertad y la correlativa responsabilidad personal parece que no están demasiado de moda, es pertinente afirmar que la libertad y la responsabilidad son dos caras de la misma moneda. Cómo decían los clásicos: «máxima libertad», por supuesto, pero también «máxima responsabilidad». No contemplar la posición de la administración y centrar la cuestión en la dimensión del patrimonio de una persona que no tiene, por supuesto, la obligación de soportar un daño ocasionado, por acción u omisión, por la administración debe ser complementada con la consideración de mejorar el funcionamiento de los organismos públicos.

En estos años, el Derecho Ambiental ha ido cobrando relevancia y sustantividad en todo el mundo. Son ya muchos los cursos generales que en nuestros países se ocupan de este sector del Derecho Público. Incluso hay algunos autores que entienden que estamos en presencia de una rama autónoma del Derecho Público. En muchos planes de estudio

de las facultades de Derecho ya se explica Derecho Ambiental como disciplina autónoma. Igualmente, en grados relativos a las Ciencias del Mar, nos encontramos ya con asignaturas sobre legislación ambiental. Sea sector autónomo del Derecho Público o no, la realidad es que su estudio se ha realizado fundamentalmente, al menos en Europa, a partir del Derecho Administrativo y a través de sus técnicas y principios ha comenzado a desarrollarse. La actividad de ordenación, el fomento, el servicio público, la potestad sancionadora y, por supuesto, la responsabilidad, son aspectos que afectan, y de qué manera al Derecho Ambiental. Hasta tal punto, que la problemática de la responsabilidad por daños al medio ambiente ha sido tratada en el entorno del Derecho Público, sin desconocer, como amerita la obra del doctor Henry Mejía el componente civil subsistente en la materia.

La administración pública ambiental, cada vez con más medios materiales y personales, dada su importancia para la preservación de condiciones de vida habitables en el planeta, es una administración preventiva y una administración activa. Preventiva porque debe prever científicamente ciertas posibilidades de producción de daños a las personas consecuencia de la investigación técnica de vanguardia y de punta y, activa, porque una vez producido el daño, este debe ser paliado de la forma más rápida y eficaz posible.

En ambas hipótesis, por acción, o por omisión, la producción de daños al medio ambiente genera responsabilidad administrativa. Una responsabilidad que si bien en sus orígenes se conformó según *la responsabilidad aquiliana*, lo cierto y verdad es que, como demuestra la realidad normativa de nuestros países, ahora se construye desde la perspectiva objetiva. Es verdad que en algunos casos, la absoluta

imprevisibilidad de ciertos acontecimientos naturales rompe el tradicional nexo causal de la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero incluso en estos casos, la administración debe disponer de los medios adecuados para restaurar y reparar los daños causados, no digamos en aquellas áreas geográficas en las que es habitual la existencia de tifones, ciclones u otras inclemencias meteorológicas.

El profesor Henry Mejía demuestra que esta cuestión es de orden global. Es más, si hay un sector del Derecho Público en el que la dimensión global se presente de forma tan acusada, este es el Derecho Ambiental. No hay más que repasar las principales normas jurídicas en la materia para caer en la cuenta de su dimensión supranacional. En el capítulo II de la obra del doctor Mejía encontramos un epígrafe titulado: «Nuevos enfoques en el Derecho Internacional y Comparado», en el que se pone de relieve esta cuestión y, además, se analiza esa tendencia de la responsabilidad civil hacia la objetivización aludida. Una objetivización que sin embargo en el plano del Derecho Público empieza a no ser tan rotunda y categórica. Mientras que la responsabilidad civil se adentra en el proceloso mundo de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad patrimonial del Estado se aproxima en ciertos supuestos a esquemas más culpabilísticos como consecuencia de las exigencias de la existencia de un genuino derecho fundamental de la persona a la buena administración pública.

El autor de la monografía que estamos prologando realiza un exhaustivo estudio del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producción de daños al medio ambiente. No sólo explica atinadamente el concepto de daño ambiental, también entra a fondo en una caracterización de estos daños, estudiando con particular atención y rigor la afectación de intereses colectivos, su

gravedad y, cómo no, el espinoso tema del nexo causal y la problemática de la imputación del daño. Especial interés merece, en esta cuestión, el estudio de las presunciones legales, la inversión de la carga de la prueba como alternativa para establecer la responsabilidad así como las diferentes teorías sobre el nexo causal nacidas en el área de la responsabilidad ambiental.

En esta materia no podía faltar el análisis de las dos manifestaciones del «*ius puniendi*» del Estado en caso de lesión del ordenamiento jurídico en esta materia. Por eso el autor dedica sendos epígrafes al Derecho Sancionador y al Derecho Penal, glosando la especial problemática que plantea el principio de *non bis in ídem*. Se pasa revista, en materia sancionadora, a los principios que presiden la materia, aludiendo, como es lógico, al principio de juridicidad, al principio de tipicidad, al principio de irretroactividad, al principio de culpabilidad, al principio de proporcionalidad y al principio de irretroactividad. Principios todos ellos surgidos en el ámbito del Derecho Penal y que también se aplican *mutatis mutandis* al Derecho Sancionador. Especial interés ofrece la cuestión de la diferenciación entre las sanciones administrativas ambientales y las medidas preventivas. Por supuesto que el autor aborda el repertorio de los principales delitos que se pueden cometer en materia de medio ambiente con particular énfasis en el Código Penal salvadoreño. A saber, los delitos contra los espacios naturales protegidos, la contaminación ambiental, los delitos contra la flora protegida, el delito de depredación de la fauna, el delito de quema de rastrojo, los delitos relacionados con las sustancias peligrosas, así como los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Un estudio sobre responsabilidad en el ámbito del Derecho Público debe tener presente, por su afectación al principio de garantía patrimonial, la reparación o indemnización a que tiene derecho quien sufre la lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, regular o irregular, de los servicios públicos. En este punto el doctor Mejía demuestra su dominio del Derecho salvadoreño y plantea algunas cuestiones comunes a todos nuestros ordenamientos jurídicos. Es el caso, entre otros, de la naturaleza de la reparación, la prioridad de la reparación *in natura*, la evaluación y valoración del perjuicio ambiental. También se aborda, como es lógico, el fundamento de la obligación de la reparación, la reparación civil derivada de la infracción administrativa, la responsabilidad civil derivada del delito ambiental, las medidas preventivas que han de adoptar los empresarios frente a la Administración para garantizar la compensación ambiental, y también los seguros y los fondos.

El profesor Henry Mejía no rehúye una cuestión polémica como es el de la acción popular como forma de tutelar los intereses difusos. Una cuestión en Europa de gran actualidad, especialmente en España desde una perspectiva general dadas las dificultades que existen para articular un sistema de *class actions*, tan común en el Derecho Anglosajón.

En efecto, en asuntos o supuestos en los que puede haber cientos de miles de afectados, la mayoría de ellos sujetos indeterminados, o de muy difícil determinación, nos encontramos con que los instrumentos jurídico procesales ordinarios de los que disponemos, sobre todo en el Derecho Español, no facilitan el acceso de los afectados al derecho a la tutela judicial efectiva, o simplemente no lo permiten, con la obvia indefensión que supone.

Si bien las acciones de clase tienen una regulación específica en el ordenamiento procesal español, bajo determinadas circunstancias y probando el cumplimiento de una serie de requisitos procesales, en España es posible el ejercicio de acciones en defensa no sólo de los derechos e intereses patrimoniales de las personas representadas en el procedimiento sino también en defensa de los análogos derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de personas inicialmente no identificadas (los conocidos como *class members* en el sistema anglosajón), pero con una excesiva carga para quien pretende accionar, haciéndolo en muchas ocasiones imposible obtener, no sólo una respuesta judicial favorable, sino que en ocasiones se le imposibilitaría el acceso a la justicia, por cuanto no se entraría en el fondo de la cuestión.

El principal escollo que se puede encontrar en España es el hecho de afrontar la exigencia de que la clase o grupo se constituya con la mayoría de los afectados, ya en la fase declarativa, lo que se nos antoja, en casos con cientos de miles de afectados, y que en muchas ocasiones son personas indeterminadas, extraordinariamente complejo o directamente imposible aglutinar a la mitad más uno de los afectados. Exigencia ésta que no existe en el sistema anglosajón, y que aquí actúa como rémora a la hora de desarrollar de forma efectiva las acciones de clase en España. Prueba de ello es que resulta poco habitual en el Reino de España recurrir a la figura de la acción colectiva o de clase. Por eso, decir, la actual regulación en España requiere de una reforma que profundice más en la virtualidad operativa de uno de los principios más relevantes del sistema jurídico constitucional que es también derecho fundamental: la tutela judicial efectiva. De ahí que las consideraciones que sobre el particular realiza el profesor Henry Mejía tengan también

aplicación en otras latitudes en las que por deficiencias procesales, por obstáculos formales, se impida la plena vigencia de la tutela judicial efectiva. Por eso, como sugiere agudamente el doctor Henry Mejía en su brillante trabajo, el proceso nunca puede ser un impedimento para el que tiene la razón, pues lo contrario lesionaría el Estado de Derecho.

Cuando un libro, como el que el lector tiene ahora en sus manos, plantea tantas y tan agudas cuestiones, debe ser leído no sólo por los especialistas en Derecho Ambiental o en responsabilidad, sino por los especialistas en general del Derecho, sea Público o Privado. Pienso que el enfoque comparado de esta magnífica investigación ampliará enormemente su difusión más allá de ese gran país, al que quiero tanto, que es El Salvador. Un país, una tierra que cuenta, además con impresionantes recursos naturales, con un estudioso y especialista del calibre de Henry Mejía. Un profesor de Derecho Público que vuelve a demostrar que el trabajo constante y prolífico da buenos frutos. Por eso, para quien escribe este prólogo, ha sido muy honrosa su realización. Primero, porque su lectura plantea los grandes temas del Derecho Público. Y segundo, porque de nuevo, la obra del doctor Henry Mejía nos interpela acerca de la necesidad de efectivizar a través del ordenamiento jurídico ese derecho fundamental del ser humano de tanto calado, y de tanta trascendencia como es el derecho a la buena administración pública. Un derecho humano que la reciente Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la administración ha caracterizado de forma concreta y que en materia de medio ambiente obliga a la administración pública competente a prevenir y reparar, cuándo se den las condiciones, el daño ambiental producido a un patrimonio que no tiene la obligación de soportar.

Termino felicitando al profesor Henry Mejía por su contribución al estudio del Derecho Ambiental y del Derecho de Daños. Desde luego, a partir de ahora este libro será una referencia inexcusable para entender en su pleno sentido la trascendencia que tiene el Derecho Ambiental desde una perspectiva más integral y equilibrada.

La Coruña, a 12 de diciembre de 2013

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

Catedrático- Director del Grupo de Investigación en Derecho Público

Global de la Universidad de La Coruña.

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

## PRESENTACIÓN

Los elementos que conforman el medio ambiente son susceptibles de ser degradados, en muchos casos, por acontecimientos que la naturaleza ocasiona, tales como: erupciones volcánicas, terremotos, tsunamis, huracanes, entre otros. Pero también los seres humanos en aras de explotar los recursos naturales y satisfacer sus necesidades han causando grandes desequilibrios ambientales.

El uso colosal de los recursos naturales ha generado fenómenos ambientales que amenazan a todo el planeta, entre los que destacan: la destrucción de la capa de ozono; los gases con efecto invernadero; el cambio climático; la desaparición de zonas boscosas que sirven para el mantenimiento; y, el desarrollo de la biodiversidad. Con el pasar del tiempo dichos fenómenos cobran mayor dimensión arriesgando la existencia de la vida en el planeta. Pese a las opiniones que sostienen que todo es una exageración, es indiscutible que los daños ambientales colocan en riego al más grande patrimonio que la naturaleza ha dado a la humanidad: *el planeta tierra*.

Entretanto, los daños ambientales son ocasionados por diversas fuentes y sujetos contaminantes, incluso por la administración pública por medio de la contaminación directa o autorizada. Como se sabe, ella tiene el papel de garante en la protección del medio ambiente pero, por culpa *in vigilando* de sus funcionarios, se vuelve responsable ambientalmente. Sin embargo, sin lugar a dudas las empresas industriales son las principales protagonistas de los daños ambientales.

Dentro de éste contexto El Salvador, así como los demás países de América latina, posee una variada y abundante diversidad biológica favorecida por el clima tropical que los acoge, pero dicha diversidad ha

sido sometida a una exagerada, continua y progresiva explotación de su riqueza forestal. Ello ha provocado que El Salvador sea unos de los países mas deforestados de Centroamérica.

De no tomarse medidas adecuadas a fin de contrarrestar el problema de parte de los poderes públicos, peligra que las presentes y futuras generaciones no disfruten del derecho a un medio ambiente sano, y los demás derechos fundamentales conexos, tales como: el derecho al acceso al agua potable y la seguridad alimentaria, mismos que son *reconocidos de forma implícita* en el artículo 117 de la Constitución. En consecuencia, existe la imperiosa necesidad que El Salvador tenga un ordenamiento jurídico ambiental eficaz y; *tribunales de justicia en materia ambiental!*

Es notable que en El Salvador haya cobrado importancia el estudio y la enseñanza del Derecho Ambiental, constituyéndose, una disciplina jurídica autónoma de enseñanza obligatoria en todas las escuelas de Derecho. Esto ha permitido, a quien escribe, impartir el curso de doctorado de Derecho Ambiental del programa de posgrado impulsado por la *Universitat Autònoma de Barcelona*, en conjunto con la Universidad de El Salvador. Además, su enseñanza alcanza a la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, que imparte enseñanzas a los jueces y operadores jurídicos administrativos desde 2005.

Es de importancia el conocimiento de esta nueva disciplina para las actuales y nuevas generaciones de profesionales del Derecho y los futuros funcionarios judiciales que administrarán la justicia ambiental salvadoreña, pues los conocimientos técnicos y científicos que adquieran servirán para cumplir con el deseo del Derecho Ambiental, esto es, tutela el bien jurídico medio ambiental.

Por ello surge la necesidad de esta investigación jurídica en uno de los temas de mayor pujanza en el Derecho Ambiental como es la «*responsabilidad por daños al medio ambiente*». El contenido de esta obra nace en virtud de la aplicación del principio rector «*quien contamina paga*», consagrado en el principio 16 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, que conlleva a que todo aquel que dañe o contamine el medio ambiente será responsable, ya sea civil, administrativamente o penalmente; donde se da énfasis a la prevención, y en *última ratio* cuando se origine el daño debe prevalecer la reparación *in natura*.

El método del trabajo se circunscribe a una investigación de orden bibliográfica cimentada en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia salvadoreña, que, en un porcentaje, corresponde a la tesis doctoral presentada ante *Universitat Autónoma de Barcelona* el diecinueve de abril de 2006. Además, nos apoyamos en las diferentes herramientas jurídicas que ha creado el Derecho Internacional y comparado sobre la *responsabilidad ambiental*, donde la doctrina ambiental hace que confluyan reglas de Derecho Público y de Derecho Privado.

Finalmente, quiero agradecer a la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia por la publicación de la obra que hoy tiene en sus manos. A los licenciados Héctor Tulio Baires Flores por su ayuda en la revisión del estilo y a Yansi Fabiola Alonso Urquilla por su colaboración en la elaboración al capítulo referente a la responsabilidad penal ambiental.

San Salvador, a 12 de diciembre de 2013

HENRY ALEXANDER MEJÍA

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS INTRODUCTORIOS AL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

SUMARIO: 1.1. La preocupación del deterioro ambiental a nivel mundial. Inicios de la contaminación ambiental. 1.2. Orígenes del Derecho Ambiental. 1.3. Desarrollo del Derecho Ambiental. 1.3.1. Fases del Derecho Internacional Ambiental. 1.3.2. Evolución del Derecho Ambiental salvadoreño. 1.4. El medio ambiente como objeto del Derecho Ambiental. 1.4.1. Noción conceptual. 1.4.2. La protección constitucional del medio ambiente: el reconocimiento del derecho constitucional del medio ambiente sano a nivel jurisprudencial. 1.5.1. Vertiente de Derecho Personalísimo. 1.5.2. Vertiente de Derecho Prestacional. 1.6. Límites al Derecho de Medio Ambiente. 1.6.1. Límites internos del Derecho de Medio Ambiente. 1.6.2. Límites externos al Derecho de Medio Ambiente. 1.6.2.1. Límites externos explícitos. 1.6.2.2. Límites externos implícitos. 1.7. Conexidad del derecho a un medio ambiente sano con otros derechos fundamentales. 1.8. Los caracteres del Derecho Ambiental. 1.8.1. Plurisdisciplinariedad. 1.8.2. Supranacional o universalista. 1.8.3. Predominio de los intereses colectivos. 1.8.4. Énfasis preventivo. 1.8.5. La vinculación a los elementos científicos y técnicos. 1.9. Los principios generales del Derecho Ambiental. 1.9.1. Principio de cooperación. 1.9.2. Principio de prevención. 1.9.3. Principio de desarrollo sostenible. 1.9.4. El principio precautorio. 1.9.5. Principio «quien contamina paga».

#### 1.1. La preocupación del deterioro ambiental a nivel mundial

##### Inicios de la contaminación ambiental

Desde los orígenes mismos de la especie humana en el planeta, fundamentalmente con el descubrimiento del fuego, se inició todo un proceso de transformación en el ambiente natural. Dicho fenómeno con el tiempo ha afectado superlativamente, ocasionado efectos nocivos en la calidad de vida de los seres vivos, pues estos con el propósito de satisfacer sus necesidades inmediatas han explotado los recursos naturales. Esa degradación ambiental constituye un problema capital que ha alertado a la humanidad<sup>1</sup>, despertándose una *conciencia ambiental*

---

<sup>1</sup> Vid. sobre la preocupación nacional del deterioro ambiental, el Pronunciamiento de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, sobre el *Proyecto de*

a nivel internacional desde la mitad del siglo XX, pues la explotación excesiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización y los procesos urbanizadores, con poca o ninguna planificación, se mostraron incontrolados y amenazadores de la capacidad asimiladora y regeneradora del medio ambiente.

Los recursos naturales en los últimos años han mostrado de más difícil recuperación, pues en muchos casos la tasa de utilización es de mayor magnitud en relación a su recuperación, teniendo efectos en, por ejemplo, el encarecimiento de la distribución de los recursos petrolíferos y la problemática de la escasez de alimentos. Esto conlleva a reflexionar sobre la necesidad de cambiar la interrelación de la especie humana con la naturaleza<sup>2</sup>, porque nosotros los seres humanos formamos parte de un ecosistema equilibrado con el resto las demás especies en todo el planeta.

Los diversos sectores científicos fueron los primeros en advertir los riesgos en que se encontraba el planeta de continuar con la utilización irracional de los recursos y de la contaminación del medio ambiente, sobre todo, por las consecuencias de efecto invernadero y el calentamiento global, que, al ser una temible realidad, pone en peligro no solo a la especie animal y vegetal, sino también la supervivencia

---

*construcción del anillo periférico «Tramo Planes de Renderos» en Cuadernos de Derechos Humanos, Resoluciones e Informes de la Procuraduría, en el área de medio ambiente, 2002, San Salvador, pág. 11.*

<sup>2</sup> La naturaleza por sí misma produce grandes fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como erupciones volcánicas, terremotos inundaciones y huracanes. También existen alteraciones del medio de carácter espontáneo y permanente, determinadas por radiaciones solares particularmente intensas, según las circunstancias geográficas y estacionales que suelen ser nocivas para el hombre e incluso mortíferas. Lo que se diferencia de estas alteraciones incluidas por el hombre, es que estas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y puedan alterar gravemente los sistemas terráqueos, que amenazan cada vez más a la humanidad entera. Vid. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Trivium, Madrid, 1991, pág. 6-7.

humana a corto plazo. Como consecuencia, surge la toma de conciencia generalizada sobre el problema medio ambiental, por tanto se hace necesario instrumentalizar al Derecho como medio regulador para lograr detener la degradación del ambiente y establecer los mecanismos de la protección y conservación del mismo, para garantizar el bienestar colectivo de las generaciones venideras (*ubi societas ibi ius*).

## 1.2. Orígenes del Derecho Ambiental

Es así que a mediados del siglo XX nace lo que hoy se conoce como Derecho Ambiental. Este derecho es el resultado de un proceso histórico cuyos antecedentes datan desde el mundo antiguo<sup>3</sup>, pues en

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ BALLAR, R., *El Derecho Ambiental en Costa Rica: Límites y alcances*, San José, 1994, pág. 1999, describen algunos antecedentes muy remotos que pueden considerarse reguladores de aspectos medioambientales, tales como: En Roma el emperador Julio Cesar, prohibió la circulación dentro de los barrios romanos, para evitar el ruido que producían al rodar. En oriente siguiendo la filosofía Taoista, se estipulan el respeto de todas las formas de vida, salvo cuando haya necesidad absoluta del hombre de no respetarlas. En China en el siglo IX, se aprecian varias sentencias tienen relación con la protección que el hombre le tenía que dar a los animales y las plantas. En el medioevo siglo XII Eduardo I reglamenta la emisión de humos en todo su reino. De igual forma, JAQUENOD DE ZSOGÖN, S., *Iniciación al Derecho Ambiental*, segunda edición, Dykinson, 1999, págs. 41-42, dice que en la Ley de las XII Tablas se encuentra una disposición referida a los cuerpos de los hombres muertos no podían ser sepultados ni cremados en la ciudad, el Digesto Romano puede ser que sea el primer cuerpo de normas en mencionar el término contaminación tal como se le conoce en la actualidad estableciendo que «ofende las buenas costumbres quien echara estiércol a alguien o le manchara con cieno o lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio del público». Así también el autor español JORDANO FRAGA, J., establecen otros antecedentes remotos de normas protectoras del medio ambiente, destaca en ese sentido «normas interdictales», tales como el interdicto de *Cloacis-Digesto* 43.23.3 - que permitían al demandante limpiar y reparar la cloaca ajena que le causase molestias; las reclamaciones por daños en el patrimonio producidos en ocasión de daños al entorno...» «... Así mismo se previa la represión criminal por daños ocasionados al entorno, y se castigaba el que ofendiere las buenas costumbres, el que echara estiércol a alguien o le manchara con lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio público digesto 47.1.1...», posteriormente en la edad medieval por medio de la Partida III, Título XXVIII, Ley III que determinó como «*res nullius*» cosa sin dueño a los animales

todo tiempo los seres humanos han sentido la necesidad de dar una respuesta a los problemas que afectan su entorno. Ya a partir de la revolución industrial los problemas ambientales se acentúan hasta llegar a constituir una preocupación fundamental derivada del rápido deterioro que está sufriendo el ecosistema humano.

El Derecho Ambiental, por su amplitud en su objeto de regulación<sup>4</sup>, surge de la confluencia de varias ramas del Derecho entorno a una problemática común: *la conservación del medio ambiente*.

En ese sentido, y sólo para fines didácticos, nos permitimos delimitar conceptualmente el Derecho Ambiental de la manera siguiente: «Es una rama del Derecho sustancialmente público y privado a la vez, en cuanto a protector de intereses colectivos, de carácter preventivo y transnacional, que combina técnicas, reglas e instrumentos jurídicos orientados para lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto integral de disposiciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinaria, no admite regímenes divididos y recíprocamente condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes<sup>5</sup>».

---

salvajes, y en la edad moderna se dictaron normas tendientes a proteger los recursos naturales, fundamentalmente el recurso maderero. Al mismo tiempo, la preocupación por la salubridad del medio urbano y la aparición de las industrias como agentes contaminantes dieron lugar a la creación de las primeras normas de control, limitación de actividades insalubres, desde de una perspectiva de la intervención de la tutela de la salud pública. (*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 31 y ss.) en el mismo sentido Vid. LOZANO CUTANDA, B. *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*, tercera edición, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 29-34.

<sup>4</sup> Vid. *infra* apartado 3 de este capítulo.

<sup>5</sup> Vid. al respecto MADRIGAL CORDERO, P., *Derecho Ambiental en Centro América*, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1995, pág. 20, en el mismo sentido JAQUENOD DE SÓGÓN, S., *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Dykinson, Madrid, 1991, pág. 351.

Desde esta óptica, siendo el Estado el contralor de las relaciones entre el ser humano y los recursos naturales, el Derecho Ambiental tiene una gran parte del Derecho Público en la forma especial del Derecho Administrativo, principalmente en la utilización de los bienes de uso público, como las zonas costeras marinas y los recursos minerales.

De igual manera tiene ingredientes de Derecho Privado, especialmente donde se añade la función ecológica al derecho a la propiedad<sup>6</sup>, constituyéndose en una limitante al que tradicionalmente se ha concebido como un derecho absoluto.<sup>7</sup> A pesar de lo anterior hay autores que niegan la autonomía del Derecho Ambiental, considerándolo como parte del Derecho Administrativo<sup>8</sup>, sin embargo, la posición que se adopta en la presente obra es la de su autonomía, con su propio objeto de tutela: el medio ambiente.

Este derecho tiene características<sup>9</sup> y principios jurídicos que los distingue de cualquier otra disciplina jurídica, que se extraen de los principales instrumentos internacionales que paulatinamente ha sido reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados; entre los que se destacan los principios de: «*precaución, preventivo y quien contamina paga*», los cuales fundan los cimientos de la responsabilidad por daños al medio ambiente.

---

<sup>6</sup> Esta es la idea que fundamenta la Constitución colombiana, que estipula en su artículo 58 la función ecológica de la propiedad rústica.

<sup>7</sup> Vid. MADRIGAL CORDERO, P., op. cit., pág. 20.

<sup>8</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, B., op. cit., pág. 21.

<sup>9</sup> Según LOPERENA ROTA, D., *Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 32, establece dentro de las principales características del Derecho ambiental, se destacan que es esencialmente preventivo, predominan los intereses colectivos, es multidisciplinario, y tiene vocación universal.

## 1.3. Desarrollo del Derecho Ambiental

### 1.3.1. Fases del Derecho Internacional Ambiental

El desarrollo del Derecho Ambiental fue propiciado primordialmente en el ámbito internacional<sup>10</sup>, por lo cual pueden distinguirse, siguiendo a SANDS<sup>11</sup>, cuatro fases —aunque en la actualidad ya son cinco fases, después del cumbre de Johannesburgo—, que son el resultado de los procesos científicos, de la aplicación de nuevas tecnologías y de la cambiante estructura del orden jurídico y del sistema internacional.

La *primera fase* está concebida desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX hasta 1945, esto es, a finales de la segunda guerra mundial. Esta etapa inicial se califica como la *prehistoria del Derecho Internacional del Medio Ambiente* —algunos autores la llaman la etapa del utilitarismo ambiental<sup>12</sup>—. Se caracteriza esta fase por la aparición de tratados multilaterales de propósitos medio ambientales específicos y la conclusión preferente a tratados bilaterales, tales como: a) el Convenio de París de 1902 Convenios de Washington de 7 de febrero (celebrado entre el Reino Unido y Estados Unidos); b) el Convenio Sobre la Protección de Focas para Peletería de 7 de 1911 (celebrado entre Estados Unidos, Reino Unido, Rusia y Japón); y, c)

---

<sup>10</sup> PÉREZ, I., definen al Derecho Internacional Ambiental como «la más nueva de las ramas del Derecho Internacional cuyo propósito es proteger el medio ambiente» *Derecho Ambiental*, McGraw Hill, Bogotá, 2000, pág. 37.

<sup>11</sup> Vid. al respecto: SANDS, P., *Principles of international environmental law*, Manchester University Press, Manchester, 1994, pág. 8, en el mismo sentido RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Expansión de la legislación ambiental: su dimensión internacional», en AA.VV., *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, coordinadora Teresa Vicente Jiménez, Trota, Madrid, 2002, pág. 101.

<sup>12</sup> Así la denomina JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 16.

diversos tratados bilaterales fronterizas dirigidas a combatir la contaminación, que tomaron como modelo el Convenio sobre la Protección contra la Contaminación de los Ríos Fronterizos de 11 de enero de 1909, celebrados entre Estados Unidos y Canadá.

En esta época vino a tener lugar el arbitraje de las focas peleteras del pacífico, cuyo laudo, de 15 de agosto de 1853, sentó las bases de uno de los dos principios principales que han marcado la evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente, esto es, el *principio la libertad del alta mar*<sup>13</sup>. Luego se adoptaron diversos convenios regionales, como: *a) la Convención de Londres de 1933, relativa a la preservación de la fauna y flora en su estado natural, aplicable exclusivamente al África colonial; y, b) la Convención de Washington de 12 octubre de 1940, sobre la Protección de la Naturaleza y Preservación de la Vida Salvaje en el Hemisferio Occidental.*

La *segunda fase* data desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas, y sus agencias especializadas en 1945, hasta la Conferencia de Estocolmo. En este periodo las organizaciones internacionales a nivel regional y mundial comienzan a actuar para preservar el medio ambiente. Inicialmente en esta fase se produjo un cierto avance en la historia del Derecho Ambiental Internacional, al mantenerse una consideración más sistemática y específica del medio ambiente, si bien centraba en áreas geográficas reducidas y desposeída de una concepción global, total y unitaria del mismo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., op. cit. pág. 101, sostiene que, en los años, situados entre las dos guerras mundiales, se mantuvo un enfoque predominantemente utilitario y la continuidad en la celebración de un número creciente de acuerdos sobre aguas fronterizas, también por la introducción de nuevos direcciones que influirían en el desarrollo posterior del Derecho Ambiental Internacional.

<sup>14</sup> LOZANO CUTANDA, B., op. cit., pág. 40.

Este cambio no fue espontáneo, surgiendo un cierto grado de preocupación por la devastación ambiental. Sin embargo, la perspectiva desde la cual se asumía esa «conciencia ambiental» no era la de salvaguardar el planeta, sino la de preservar los espacios nacionales de las perjudiciales consecuencias de los efectos nocivos de las bombas atómicas de *Hiroshima* y *Nagasaki*<sup>15</sup>.

Entre los convenios internacionales resalta el Convenio *Ramsar* de 2 febrero de 1971<sup>16</sup>, *Relativo a las Humedades de Importancia Internacional Especialmente como Habitat de Especies Acuáticas*. Dicho instrumento fue el primer tratado internacional en establecer medidas para la conservación de un tipo especial de ecosistema<sup>17</sup>. Sin embargo, el impulso trascendental a nivel mundial que facilitó el tratamiento a los problemas de la conservación del medio ambiente fue la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas preparatoria de la Conferencia de Estocolmo en 1968<sup>18</sup>, que dio lugar a la celebración,

<sup>15</sup> Vid. RUBIO FERNÁNDEZ, E. M, op., cit., pág.111.

<sup>16</sup> Vid. Convenios internacionales de protección de la naturaleza y biodiversidad, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Iustel, Madrid, 2005.

<sup>17</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho Ambiental: fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 4, manifiesta que dentro de los principales eventos para la institucionalización del Derecho ambiental a nivel internacional, dignos de mención se tienen: el congreso constitutivo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza convocado por Francia en 1948; la conferencia científica de las Naciones Unidas sobre la conservación y utilización de los recursos en Nueva York, en diciembre de 1949; el acuerdo internacional para la prevención de la contaminación del mar por el petróleo, en mayo de 1954; la creación de la Agencia Internacional de la Energía en 1956, la conferencia intergubernamental de expertos sobre bases científicas para el uso racional de los recursos de la biosfera en París 1968.

<sup>18</sup> La Asamblea de la ONU recogía el contenido de la resolución 1346 (XLV) del Consejo Económico y Social, aprobada en su 45<sup>a</sup> sesión, en la cual se recomendaba convocar dicha conferencia ante la necesidad urgente de llevar a cabo una acción intensificada a escala nacional e intencional para limitar y, en la medida de lo posible, eliminar el deterioro del medio ambiente, dado su carácter esencial para el desarrollo económico y social. Vid. RUBIO FERNÁNDEZ, E. M, op. cit., pág.111.

cuatro años después, de la primera «Cumbre de la Tierra», en donde se produjo la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972.

La Conferencia de Estocolmo marca el inicio de la *tercera fase*, que abarca hasta la Conferencia de Río de Janeiro de 1992<sup>19</sup>. Las conclusiones de dicha conferencia se plasmaron en la «Declaración de Estocolmo» que constituye para muchos autores el punto de partida del Derecho Ambiental moderno. Para su aprobación por los Estados partes se vencieron serias resistencias, que ya se habían hecho sentir a lo largo de las reuniones anteriores por parte de los países industrializados. Dicha declaración constituyó un gran hito del desarrollo internacional del medio ambiente<sup>20</sup>, pues fue el inicio de la conciencia global y sistemática de la naturaleza a escala mundial superándose *el utilitarismo* y la visión sectorial y regional del medio ambiente; dando como resultado que algunos estados reconocieran en sus ordenamientos jurídicos el derecho a un ambiente sano, inspirado en el primer principio de tal declaración que dice: «El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas, en un medio de calidad tal que permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras».

La Conferencia de Estocolmo abrió paso para que, a finales de 1972, la Asamblea General de las Naciones Unidas creara el

---

<sup>19</sup> Vid la Voz: *Conferencia de Medio Ambiente y Desarrollo: Estocolmo, Río, y Johannesburgo*, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Iustel, Madrid, 2005.

<sup>20</sup> Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit., pág. 5.

Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA por sus siglas en castellano), teniendo su sede en la ciudad de Nairobi, estando compuesta por un consejo de administración integrado por 58 miembros elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas. Este consejo juega un papel importante en desarrollo del Derecho Internacional Ambiental<sup>21</sup>. Como consecuencias, en esta etapa, la Comunidad Europea, los jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de París, celebrada del 19 al 21 de octubre de 1972 tenemos: *a)* vinculación conceptos de calidad de vida y protección del medio ambiente; *b)* afirmación de la necesidad de establecer una política comunitaria de medio ambiente; *c)* reconocimiento que la protección ambiental era uno de los objetivos del Tratado de la Comunidad Económica Europea; y, *d)* planeación de un programa de acción sobre el tema en cuestión invitaron a las instituciones europeas a establecer antes del 31 de julio de 1973<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Programa de las Naciones Unidas para el medio Ambiente, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Iustel, Madrid, 2005.

<sup>22</sup> La Comunidad Europea, adopta el primer programa de acción sobre medio ambiente para el quinquenio 1973-1977, en el señalaron los principios de esta política comunitaria y los sectores de actuación prioritaria (sustancias contaminantes, flora, fauna etc.) que fueron recibiendo un mayor desarrollo en los programas sucesivos (segundo programa para 1977-1981, tercer programa para 1982-1986, cuarto programa para 1987-1992, quinto programa 1993-2000). A pesar que los tratados constitutivos de las comunidades europeas, incluían algunas referencias sectoriales ambientales, fue la Acta Única Europea de 1986, la que expresamente declaró la competencia comunitaria en estos temas, incorporando al texto del tratado de la Comunidad Europea el ahora Título XIX, titulado «Medio Ambiente». Artículos 174-176, en los cuales se establecieron los objetivos, principios e instrumentos de acción de la Comunidad, respecto a la protección del medio ambiente. No obstante, su consideración expresa como política comunitaria tuvo que esperar al tratado de la Unión Europea (Tratado de *Maastricht* de 1992) que incluyó el medio ambiente en los artículos 2 y 3.1, de esta forma el medio ambiente se configuró como una política que habría de estar presente en la configuración y desarrollo del resto de políticas comunitarias. Vid. RUBIO FERNÁNDEZ, E. M, op., cit., pág. 123-124.

En este periodo se da un espectacular desarrollo del Derecho Ambiental internacional, ya que se emiten nuevos instrumentos internacionales, algunos promovidos por el PNUMA, o bien al margen de esta institución, pero dentro del sistema de las Naciones Unidas, tanto a escala regional y universal. Entre los tratados celebrados al margen de esta institución, pero dentro del sistema de las Naciones Unidas, destacan: *a)* el Convenio de Londres de 1972 sobre la Prevención de la Contaminación de Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias; *b)* el Convenio MARPOL 73//78, que entró en vigor en 1983, para prevenir la contaminación marina causada por buques; *c)* la Convención de Washington de 1973 sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (conocidas como CITES); *d)* la Convención de Paris de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural; *e)* la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que fijó el marco jurídico para la protección de los recursos marinos; *f)* el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono<sup>23</sup>; y, *g)* el Convenio de Basilea sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 22 de marzo de 1989.

La impronta de Estocolmo marca la redacción de la Carta Mundial de la Naturaleza adoptada el 28 de octubre de 1982 por la Asamblea General de la ONU, en la que se establecieron diversos principios y reglas mundiales para la conservación de la naturaleza con un carácter debidamente ecológico, superando la visión *antropocentrista*<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> El origen de este convenio residió en la constatación de que en la zona de la antártica había aparecido el primer agujero en la capa de ozono, en virtud de las emisiones humanas de clorofluorocarbonos.

<sup>24</sup> Una vez se puso en marcha por el PNUMA, el Fondo Mundial para la Vida

También se estableció en 1983 una Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, presidida en aquel entonces por la ministra noruega Harlem Brundtland, a fin de examinar los problemas medioambientales del planeta. Este informe fue publicado en 1987, con el título «nuestro futuro común», más conocido como «Informe *Brundtland*», el cual puso en relieve problemas ambientales que amenazan nuestra supervivencia humana e hizo importantes propuestas donde destaca que: *el desarrollo económico debe estar en armonía con la preservación del medio ambiente.*

Posteriormente dicho informe fue retomado por la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, precisamente al cumplirse el vigésimo aniversario de la Conferencia de Estocolmo, iniciando así la *cuarta fase*. La Asamblea General de las Naciones Unidas, resolvió convocar la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), a una segunda «Cumbre de la Tierra», la cual se realizó en la ciudad de Río de Janeiro entre los días 3 y 14 del mes de junio de 1992. Dicha cumbre fue considerada una de las más grandes convocatorias internacionales de la historia al contar con la asistencia de ciento seis estados, más de cincuenta organizaciones intergubernamentales y varios miles de organizaciones no gubernamentales<sup>25</sup>.

Entre las novedades de la CNUMAD se encuentran la acción efectiva de sectores no ecologistas, como las personas de negocios o

---

Salvaje y la Unión para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, se ponía en relieve la imposibilidad de la supervivencia humana si no se conservaba la naturaleza y sus recursos, que tal conservación no podía conseguirse a menos que se tomara medidas para eliminar la pobreza del planeta y se introduce por vez primera el concepto de desarrollo sostenible, lo cual fue respaldada por el Secretario General de las Naciones Unidas.

<sup>25</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit., pág.26.

empresarios y gobiernos que eran indiferentes con la problemática ambiental. Eso fue posible al haberse sustituido la concepción ambientalista que primó en Estocolmo, por un nuevo ingrediente: el «desarrollo sostenible»<sup>26</sup>, con el propósito de preservar la calidad de vida de los presentes y futuras generaciones, armonizando con el progreso humano, así lo confirma en el principio 1 de la Declaración de Río.

Dentro de las consecuencias de la Declaración de Río está la apertura a la firma del *Convenio Marco sobre Cambio Climático* y el *Convenio sobre Biodiversidad* con considerable éxito. El texto de ambos instrumentos había resultado de la elaboración, adopción y armonización previa de posiciones encontradas que dieron resultados diversos.

En el primer convenio mencionado, tras arduas discusiones, se consiguió adoptar el compromiso de lograr la estabilización de las concentraciones de los gases con efecto invernadero y los generadores del calentamiento global no contemplados en el *Protocolo de Montreal del Convenio sobre la Capa de Ozono*, y también la cuantificación de las emisiones límite o la fijación de un calendario que marcará las metas parciales a conseguir.

---

<sup>26</sup> Respecto al tema del desarrollo sostenible, la Declaración de Río en su articulado estipula: *principio 2* «...los estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de garantizar que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo control no causen daños al medio ambiente de otros estados o de regímenes que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Principio 3 El derecho al desarrollo debe ejercerse de tal manera que responda de forma equitativa a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. *Principio 4.* A fin de alcanzar el desarrollo sostenible la protección del medio ambiente deberá constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse de forma aislada...».

En el segundo instrumento se recogieron muchas propuestas de los países en desarrollo, teniendo como principales objetivos: a) la conservación de la diversidad biológica; b) la utilización sostenible de sus componentes; y, c) la participación justa de la utilización de los recursos genéticos<sup>27</sup>.

El 10 de diciembre de 1997 fue adoptado, en la III Conferencia de las Partes celebrada en *Kyoto*, el instrumento conocido con el nombre de dicha ciudad, esto es, «el *Protocolo de Kyoto*», que entró en vigor en julio de 2004. El máximo propósito de este instrumento es reducir la emisión de gases de los países altamente industrializados y así disminuir el efecto invernadero que amenaza la calidad de vida del planeta al sobre calentarlo. Entretanto, la Asamblea General de las Naciones Unidas autorizó la celebración de la Cumbre Mundial sobre desarrollo sostenible, en Johannesburgo Sudáfrica, en el año 2002. Algunos consideran que este hecho marca la *quinta fase* del desarrollo del Derecho Ambiental, ya que tuvo como propósito dar un nuevo impulso al logro de los objetivos que diez años antes se habían dictado en la Cumbre de Río de 1992. De ahí el nombre Río+10 a dicha conferencia por celebrarse una década después.

Se enfatizó en la necesidad de trabajar en la educación ambiental, erradicación de la pobreza, multilateralismo internacional, efectos de la

---

<sup>27</sup> La Convención sobre Cambio Climático fue firmada durante la conferencia por 156 estados, entrando en vigor el 21 de marzo de 1994. El Convenio sobre Diversidad Biológica lo fue por 158 estados, y su entrada en vigor se produjo el 29 de diciembre de 1993. Ambos convenios El Salvador los ha ratificado. También como resultado se tiene la Agenda 21, que constituye el texto con mayor visión futurista que se adoptó en Río. Es un documento jurídicamente no vinculante, estructurado en cuatro partes principales, que a su vez se divide en cuarenta capítulos. Está configurado como un programa de acción global para el siglo XXI, lo cual involucra a todos los sectores ambientales, materializado hacia el desarrollo sostenible, desde una perspectiva universal, regional y nacional.

globalización y en el plan de acción de desarrollo sostenible de acuerdo con las decisiones adoptadas por los estados en la presente cumbre. Sin embargo, hasta el momento los frutos esperados no han llegado, ya que la degradación ambiental a escala internacional persiste<sup>28</sup>.

### 1.3.2. Evolución del Derecho Ambiental Salvadoreño

El Salvador una vez se independizó de la corona española el 15 de septiembre de 1821, no emitió normas a fin de regular la conducta de la población salvadoreña de forma inmediata. Esto se dio de forma gradual, sustituyendo las Leyes de Castilla<sup>29</sup> de Las Indias, dictada en la época de la colonia.

Esta normativa se aplicaba de forma supletoria en la República Federal de Centroamérica, instaurada por la Constitución Federal de 1824<sup>30</sup>, pero al disolverse por Decreto del Congreso Federal en 1838, el Estado de El Salvador esperó hasta 1841 para constituirse como república libre e independiente, es decir como Estado Unitario, con la Constitución de ese mismo año.

En consecuencia, a partir de ese momento se dictan en El Salvador las primeras normas de protección ambiental, aunque su propósito primordial era proteger el derecho a la salud, pues el artículo 62 de la referida Constitución de 1841 prescribía la competencia del poder municipal en esta rama para «la conservación, progreso,

---

<sup>28</sup> Al respecto vid. Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y Protocolo de Kyoto, en, Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B., (Directores), Iustel, Madrid, 2005.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, N., *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, Editorial Universitaria 1960, pág. 177.

<sup>30</sup> Estuvo conformada por Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador.

salubridad, comodidad y ornato de sus vecindarios». Se entendía por poder municipal el conjunto de vecinos que estuviesen en el ejercicio de los derechos ciudadanos, lo cual era ejercido por el alcalde municipal que era designado por el gobierno.<sup>31</sup>

Luego con el *Acuerdo Gubernamental* número 25 de 1855 se estableció en el numeral 2º: «se prohíbe desde ahora y para siempre conocer bajo ningún título, ni pretexto uso de propiedad de manantiales y fuentes, cuyas aguas podrían evaporarse y desaparecer, con gran perjuicio de la población...», lo cual debe considerarse como una de las primeras regulaciones para proteger el recurso hídrico. Asimismo, en el *Código de Justicia Criminal* de 1859 se protegían bienes jurídicos como la salud con penas de presión —artículos 256, 257 y 258— y los recursos naturales con multas por cazar y pescar en zonas prohibidas —Libro Tercero de las Faltas—, también se tipifican infracciones administrativas sobre el irrespeto de los parques, árboles y frutos que estos producían.

Al promulgarse el *Código Civil* el 14 de abril de 1860<sup>32</sup> —en adelante CC—, se regularon las formas de adquirir el dominio de las especies animales<sup>33</sup>, así como de los frutos naturales en libro segundo, título I «De las Varias Clases de Bienes» —artículos 560 y ss. CC—, título IV «de la Ocupación» —artículos 587 y ss. CC—. El CC reguló de forma genérica el aprovechamiento de los recursos hídricos, suelo, flora y

<sup>31</sup> Vid. BERTRAND GALINDO, F., et. al. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador, pág. 986.

<sup>32</sup> Gaceta Oficial Número 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

<sup>33</sup> Cabe aclarar que, con la Promulgación de la ley de la Conservación de Vida Silvestre de 1994 (D.L. N° 844 del 14 de marzo de 1994, publicado en el D.O. N° 96, Tomo 323 de 25 de mayo del mismo año) quedaron derogadas de forma tácita dichas regulaciones, especialmente aspectos sobre la transmisión de las especies animales, puesto que ciertas especies gozan de protección estatal a fin de proteger su conservación en los ecosistemas naturales, pues algunas de éstas se encuentran amenazadas y en peligro de extinción.

fauna, pero sin ninguna perspectiva ambiental, por concebir de manera absoluta el derecho de propiedad.

En 1906 se dicta la *Ordenanza Municipal, sobre aseo, Calles públicas y construcción de edificios, en San Salvador*, lo cual fue de mucha utilidad para el aseo de escombros y ripios después de los efectos del terremoto de 1917 que azotó a dicha ciudad<sup>34</sup>. La *Constitución de 1950* introdujo derogaciones tácitas al CC, en cuanto a la propiedad de los ríos, pues éstos eran concebidos como propiedad de los particulares, siempre que la vertiente naciera y terminara dentro de los límites de la heredad — artículo 576 CC—.

Lo anterior se complementó con la promulgación de *la Ley de Riego y Avenamiento* de 1970<sup>35</sup> que estableció, en el artículo 3, que los recursos hidráulicos<sup>36</sup> son bienes nacionales. En el año de 1973 se dictó la *Ley Forestal*,<sup>37</sup> la cual era una ley con mayor contenido ambiental, su finalidad era regular el aprovechamiento, explotación y protección de los

<sup>34</sup> Vid. FARFÁN MATA, E.B., et. al, *Eficacia de los instrumentos de gestión ambiental en El Salvador para la protección del medio ambiente*, tesis, para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, 1999, págs. 58-59. En el mismo sentido, de manera reciente puede verse: CRUZ CHÁVEZ, S. P., et al, *Eficacia de los controles constitucionales que se ejercen ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en relación a la protección del medio ambiente*, Tesis para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, dirigida por Henry Alexander MEJÍA, 2007.

<sup>35</sup> D.L. N° 153 de 11 de noviembre de 1970, publicado en el D.O. N° 213, Tomo 229 de 23 de noviembre del mismo año. Esta ley estipuló como excepción las aguas lluvias captadas en embalses artificiales construidos por particulares, luego es ampliada por el reglamento de la ley de 1973 que permite el sin autorización alguna abrir pozos para llevar aguas dentro de sus fincas para usos comunes.

<sup>36</sup> El artículo 3 de la *Ley de Riego y Avenamiento*, establece que son recursos hidráulicos «las aguas superficiales y subterráneas, ya sean corrientes o detenidas incluyendo los álveos o causes correspondientes».

<sup>37</sup> D.L. N° 268 del 8 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 50, Tomo 238 de 13 de marzo del mismo año.

recurso forestales<sup>38</sup>. El artículo 9 de dicha ley crea el Servicio Forestal y de Fauna, como dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, al cual se otorgan todas las atribuciones concernientes al ramo forestal en la que se destacan: *a) preservar los parques nacionales; y, b) las reservas forestales y las zonas protectoras del suelo*<sup>39</sup>.

En el mismo año se promulga el *Código Penal* que, los artículos 346, 353 y 355, tipifica como delitos las acciones cometidas contra los recursos naturales, entre ellos: el suelo, la salud pública, la difusión de enfermedades y la omisión de dar aviso a la autoridad competente en el caso de aparecimiento de cualquier enfermedad. Al inicio de la década de los 80 se lleva a cabo un proceso de reforma agraria en El Salvador, a través de la *Ley Básica de la Reforma Agraria*<sup>40</sup>, que reconoce y garantiza la propiedad privada en *función social*, estableciendo entre los requisitos para que una propiedad cumpla tal fin, en el artículo 1, letra d, «que se manejen, conserven y protejan apropiadamente el suelo, el agua y demás recursos naturales».

Además, se dicta la *Ley de actividades pesqueras*<sup>41</sup>, que regula el aprovechamiento de la pesca artesanal, tecnificada, o científica, con la debida autorización de la Dirección General de Recursos Pesqueros —artículos 31, 34, 46 y 47— y el reglamento<sup>42</sup> de dicha ley, en los

---

<sup>38</sup> Algunos artículos debieron ser desarrollados por medio del reglamento general de la ley, lo cual nunca fue dictado, el único que se dictó fue el desarrollo del artículo 30 de la ley, y el Reglamento para el establecimiento de salineras y explotaciones con fines de acuicultura marina en los bosques salados, emitido por D.E. N° 14, de 1 de abril de 1986, publicado en el D.O. N° 29, Tomo 291, del mismo año.

<sup>39</sup> FARFÁN MATA, E. B., *et. al.*, op., cit., pág. 61.

<sup>40</sup> Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 153 de 5 de marzo de 1980, publicado en el D.O. N° 46, Tomo 266, del mismo día y año.

<sup>41</sup> Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 799 del 14 de septiembre de 1981, publicado en el D.O. N° 169, Tomo 272 del 14 de septiembre del mismo año.

<sup>42</sup> Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 82 del 26 de septiembre de

artículos 25, 28-35, 45, 54 y 61, establece las limitaciones al aprovechamiento a los recursos marinos, tales como: vedas y prohibiciones de la utilización de instrumentos de pesca que puedan dañar los ecosistemas marinos.

La promulgación del *Código Municipal*<sup>43</sup> de 1986 confirió atribuciones a las municipalidades tales como: *a)* la promoción de programas de salud; *b)* como saneamiento ambiental, prevención y combate de enfermedades; *c)* incremento y protección de los recursos naturales renovables; *d)* la autorización y regulación de animales domésticos y salvajes —artículo 4 numeral 5,10 y 22—. Debiendo el municipio tomar dentro de su circunscripción territorial todas estas medidas necesarias, entre ellas, emitir las ordenanzas pertinentes<sup>44</sup>.

Por otro lado, a principios de la década de los noventa la problemática ambiental se emprende desde una perspectiva centroamericana y los gobiernos suscriben el Convenio Constitutivo de la *Comisión Centro Americana de Ambiente y Desarrollo*. Como consecuencia el compromiso de crear en cada uno de los países un organismo responsable de la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, instituyéndose en El Salvador en 1990<sup>45</sup> el *Consejo Nacional del Medio Ambiente*, encargado de velar por la coordinación y seguimiento de la gestión ambiental, así como la elaboración, desarrollo

---

1983, publicado en D.O N° 194, Tomo 281 de 20 de octubre del mismo año.

<sup>43</sup> D.L. N° 274 del treinta y uno de enero de 1986, publicado en D.O. N° veintitrés, Tomo doscientos noventa de cinco de febrero del mismo año.

<sup>44</sup> Dentro de este marco se ha desatacado la Ordenanza municipal dictada por el Concejo Municipal de Nueva San Salvador (ahora Santa Tecla) la *Ordenanza para la protección preservación de los recursos naturales renovables* en 1989 (Decreto N° 5 de 12 de mayo de 1989).

<sup>45</sup> D.E. N° 73 del 18 de diciembre de 1990, publicado en el D.O. N° 8, Tomo 310 del 14 de enero de 1991.

y cumplimiento de la estrategia nacional del medio ambiente<sup>46</sup>. Para un mejor cumplimiento de los fines de dicho convenio se crea, en 1994, la *Secretaría Nacional del Medio Ambiente*, encargada ejercer la política ambiental, lo cual tuvo existencia hasta 1997 cuando el Consejo de Ministros crea el *Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales*<sup>47</sup>.

Como consecuencia de dichos cambios todas las funciones administrativas de protección del medio ambiente pasan a formar parte del referido Ministerio. Además, después de cuatro años de discusión en la Asamblea Legislativa, en mayo de 1998, entró en vigencia la *Ley del Medio Ambiente*, lo cual tiene como propósito normar la gestión ambiental como obligación básica del Estado, los municipios y los habitantes en general, así como asegurar la aplicación de los tratados internacionales, celebrados y suscritos por El Salvador afrontando la problemática de la degradación ambiental de forma integral.

En el mes de marzo de 2000 el Presidente de la República emite el Reglamento General de la *Ley del Medio Ambiente*<sup>48</sup>, a fin de garantizar la aplicación y ejecución de la *Ley del Medio Ambiente*.<sup>49</sup> En

---

<sup>46</sup> Esta institución participó en la Declaración de Río, como representa de nuestro país.

<sup>47</sup> D.E. N° 27 del 16 de mayo de 1997, publicado en el D.O. N° 88, Tomo 335, de la mismo día y año.

<sup>48</sup> D.E. N° 17, del 21 de Marzo de 2000, publicado D.O. N° 73 Tomo 347 del 12 de abril del mismo año.

<sup>49</sup> Dentro del desarrollo del Derecho Ambiental salvadoreño, también se han ratificado tratados internacionales, los cuales forman parte del ordenamiento ambiental salvadoreño, en donde se destacan, en su orden cronológico los siguientes: Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América. (1940); Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (1951); Convención Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (1973); Convenio de Viena para Protección del Ozono (1985); Protocolo de Montreal Relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono (1987); Convenio Centro Americano para la Protección del Medio Ambiente. (1989); Convenio de Basilea para el Control Transfronterizo de Desechos Peligrosos (1989); Convenio Internacional sobre Cooperación Prevención y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos (1990); Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992); Convenio Marco de las

mayo del mismo año el presidente dicta los siguientes reglamentos especiales de Ejecución de la *Ley del Medio Ambiente*: a) Reglamento Especial sobre el Control de las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono; b) Reglamento Especial de Aguas Residuales; c) Reglamento Especial de Normas Técnicas de Calidad Ambiental; d) Reglamento Especial en Materia de Sustancias, Residuos, y Desechos Peligrosos; y, e) Reglamento Especial Sobre Manejo Integral de los Desechos Sólidos.

Como corolario, en el año 2004 se decretó el *Reglamento Especial sobre la Compensación Ambiental*, teniendo como propósito dictar normas que reconozcan formas directas de compensación ambiental, que faciliten el desarrollo de un sistema de cobros y pagos por servicios ambientales y el marco de las actuaciones de los agentes especializados, coadyuvando al apoyo a las actividades productivas ambientales sanas y mecanismos de financiamiento de la gestión ambiental.

En el año 2002 se promulga la *Ley Forestal*<sup>50</sup>, la cual tiene por objeto establecer disposiciones que permitan el incremento, manejo y aprovechamiento en forma sostenible de los recursos forestales y el desarrollo de la industria maderera. Esta ley declara de interés económico el desarrollo forestal del país desde el establecimiento de la población hasta el aprovechamiento final en todas sus formas de valor agregado. También busca establecer las condiciones para estimular la participación del sector privado en la reforestación del territorio nacional con fines productivos, quedando fuera de esta regulación las

---

Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), y Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático (1998).

<sup>50</sup> D.L. 852, del 30 de mayo de 2002, Publicada en el D.O. No. 110, Tomo N° 355, del 17 de junio de 2002.

áreas naturales protegidas y los bosques salados. Esto en virtud que, a inicios de febrero de 2005, se emite la *Ley de Áreas Naturales Protegidas*<sup>51</sup>, cuyo objeto es uniformar el régimen legal de administración, manejo e incremento de las áreas naturales protegidas, con el propósito de conservar la diversidad biológica y asegurar el funcionamiento de los procesos ecológicos y perpetuando así los sistemas naturales, a través del manejo sostenible para beneficio de los habitantes.

Además, en abril de 2012 se reformó los artículos 99 al 103 de la *Ley del Medio Ambiente* donde cambia la denominación de los «Tribunales Agroambientales» por el de «Tribunal Ambientales», a fin de hacer efectiva la aplicación de los principios de precaución y prevención. Dichas reformas introdujeron disposiciones procesales para facilitar el acceso a la justicia ambiental y adecuar el proceso civil a las reglas del Código Procesal Civil y Mercantil. También se establecieron potestades para que los jueces puedan decretar las *medidas necesarias* —nótese la cláusula procesal abierta— para la restauración del medio ambiente dañado o la realización de las acciones compensatorias respectivas, estableciéndose para ello la colaboración técnica y jurídica que requiere la tutela ambiental.

Finalmente, en octubre de 2012 se reforma la *Ley del Medio Ambiente*, en los artículos 2, 4, 5. También se adicionan los artículos 64-A, 64-B; y, 64-C, con el propósito de que el Estado adopte todas las medidas para combatir y prevenir los efectos del cambio climático por medio de una Política Nacional del Cambio Climático a establecer e impulsar por el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

---

<sup>51</sup> D.O. N° 32, Tomo N° 366, del 15 de febrero de 2005.

## 1.4. El medio ambiente como objeto del Derecho Ambiental

### 1.4.1. Noción conceptual

Unas de las primeras dificultades que ofrece el Derecho Ambiental es la delimitación de su propio objeto, esto es, *el medio ambiente*. No existe una unívoca acepción del concepto de «medio ambiente», ni en la doctrina, legislación o en la actuación de los poderes públicos; se han preocupado por establecer una precisión lingüística diferenciándolo con la denominación de ambiente<sup>52</sup>.

Lo cierto es que no existe uniformidad en cuanto al término, por ejemplo la mayoría de leyes de Sudamérica atienden a la expresión «ambiente», tal como ocurre en Argentina, Colombia, Uruguay, Venezuela, Panamá y Costa Rica, que denominan «leyes de protección del ambiente» a este tipo de legislación. En cambio en Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador se acoge la denominación «medio ambiente», denotando que no existe uniformidad en el término.

---

<sup>52</sup> En el mismo sentido existe la discusión en torno a su denominación en el idioma español, se suele decir que lo correcto sería utilizar la palabra «ambiente» y no «medio ambiente», expresión que suena redundante, sin embargo no parece existir tal incorrección, por los significados atribuidos por la *Real Academia Española*, pues ambas palabras tiene un carácter polisémico, el diccionario español proporciona nueve significados de la palabra «ambiente» y cincuenta de la palabra «medio» ha debido contribuir al empleo de la expresión «medio ambiente» para designar específicamente tal acepción. Por tanto es correcto enumerar la referida expresión que ha sido tomada con gran plenitud por las diversas legislaciones en el orden mundial. Vid. LÓPEZ RAMÓN, F. «El Derecho Ambiental como Derecho de la Función Pública de Protección de los Recursos Naturales», en AA.VV, *Protección administrativa del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 126. Además el referido autor explica que la palabra medio ambiente tiene diversas denominaciones de acuerdo a los distintos idiomas, para el caso, en inglés se denomina *environment*, en francés *environnement*, en alemán *umwelt*, en italiano y portugués ambiente y en español medio ambiente.

La doctrina se divide en autores que realizan definiciones restringidas<sup>53</sup>, donde destaca el autor español MARTÍN MATEO, que parte de la concepción de medio ambiente de «res comunes» y lo define como: «aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva el agua, el aire, vehículo básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre en la tierra»<sup>54</sup>. Noción muy estricta ya que deja fuera el elemento suelo, al entenderlo, acaso, conectado con los ciclos del agua y del aire o por reconducirlo, en todo caso a la ordenación del territorio.

En el mismo sentido LARUMBE BIURRUM sostiene que los elementos que componen el medio ambiente están caracterizados por las notas de titularidad común y dinamismo. Dicha definición también excluye al suelo, sin embargo, introduce como perteneciente al ordenamiento ambiental la materia de ruido transmitido por el aire. En cambio, RODRÍGUEZ RAMOS, al analizar el concepto de medio ambiente establecido en el artículo 45 de la Constitución española, sostiene que significa «recursos naturales», y estos son «el agua, el aire y el suelo, la flora y la fauna; las materias primas, tanto energéticas como alimentarías». Además manifiesta que el medio ambiente es un objeto del derecho y de un deber personal y colectivo de disfrute y conservación<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Vid. sobre un amplio desarrollo sobre el concepto de medio ambiente de diferentes perspectivas y enfoques, la obra española de JORDANO FRAGA. J., op. cit., págs. 56 y ss., donde destaca perspectivas doctrinales del concepto de medio ambiente, tanto de forma amplia y restringida, además desarrolla las distintas concepciones en la doctrina francesa, italiana, norteamericana y española.

<sup>54</sup> MARTÍN MATEO, R., op., cit., vol. I. pág.80.

<sup>55</sup> También otros de los autores que se encuentran identificados con esta tendencia doctrinal, restringida se tienen a DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J. M., *Administración local y medio ambiente. Funciones medios y problemas*, en «Revista de estudios de vida local», número. 207, 1980, pág. 415; BALBOA DE PAZ, C., Sistema

Por otra parte, dentro del grupo donde se encuadran las concepciones amplias del medio ambiente, se tienen a PÉREZ MORENO, ESCRIBANO COLLADO y LÓPEZ GONZÁLEZ, los cuales manifiestan: «que el medio ambiente está formado por aquellos recursos y sistemas naturales primarios de los que depende la existencia y el normal funcionamiento de la naturaleza en su conjunto y que jurídicamente tienen la categoría de bienes comunes (aire y agua) y por los ecosistemas constituidos por la flora, la fauna e incluso por las bellezas naturales (paisajes y espacios naturales, en cuanto portadores de ecosistemas que se pretenden conservar)»<sup>56</sup>.

De igual manera SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ dice que: «medio ambiente es todo aquello que circunda y condiciona la vida de las personas»<sup>57</sup>, por su parte MORENO TRUJILLO lo conceptúa «como el conjunto equilibrado de componentes naturales que conforman una determinada zona, en un determinado momento que representa el substrato físico de la actividad de todo ser vivo y es susceptible de modificación por la acción humana»<sup>58</sup>.

---

legal de protección al medio ambiente, El consultor, numero 38, 1993, págs. 771-772; y CALVO CACHORRO, M., *sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid 1999, pág. 13.

<sup>56</sup> PÉREZ MORENO, ESCRIBANO COLLADO, P., y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de medio ambiente*, en «RAP», número 103, 1984, pág. 370.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M del C., *Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona 1994, pág. 18. también en la Conferencia de Estocolmo de 1972, se llegó a una definición también de forma amplia de medio ambiente: «como aquel conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y de factores sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, a corto o largo plazo, sobre los seres vivientes y las actividades humanas».

<sup>58</sup> MORENO TRUJILLO, E. *La protección jurídica-privada del medio ambiente y la responsabilidad de su deterioro*, Bosch, Barcelona 1991. pág. 20, además entre otros sobre los que han definido al medio ambiente de forma amplia vid.: LÓPEZ MENUDO, F., *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-*

El ordenamiento jurídico salvadoreño, a través del artículo 5 de la LMA contempla una definición de medio ambiente y dice que es: «El sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobre vivencia, en tiempo y en espacio». Nótese la concepción amplia.

En ese sentido, para dicha Ley el medio ambiente lo constituye no solo los elementos que conforman el medio ambiente natural, como el agua, aire, suelo, —elementos abióticos— y la flora y fauna —elementos bióticos—, sino también el *medio ambiente construido* por los seres humanos como edificios, vías de comunicación, entre otros; y, el *medio ambiente social* compuesto por los sistemas sociales, culturales —donde puede incluirse los monumentos y el patrimonio cultural—, económicos y políticos, los cuales, estos dos últimos, constituyen el medio ambiente artificial que ha sido creado para la satisfacción de las necesidades humanas fundadas para su existencia, en un determinado tiempo y espacio<sup>59</sup>.

En nuestra opinión de las distintas definiciones que hemos plasmado para algunos autores el medio ambiente lo compone la flora,

---

*Comunidades autónomas*, Cuadernos de Derecho Judicial, numero 28, 1994, pág. 15; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El concepto de medio ambiente», en AA.VV., dirigida por él mismo, *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, segunda edición, Lex nova, Valladolid, 2000, pág. 47; VELASCO CABALLERO, F., *El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho Público subjetivo y/o principio rector?*, en «Revista andaluza de administración pública», número 19, 1994, pág.77.

<sup>59</sup> El Tribunal Constitucional Español ha referido que el concepto jurídico de medio ambiente se incorpora, además de los recursos naturales, otros elementos que no son de la naturaleza, sino la historia, los monumentos, el paisaje, constituyendo este último una noción estética, cuyo ingredientes son naturales (sentencia 102/1995 de 26 de junio sobre la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre), citada por LOZANO CUTANDA. B., op. cit., pág.75.

fauna, y otros elementos del medio natural —concepto restrictivo—; una posición contraria señala que debe comprender también lo artificial y cultural —concepto amplio—. Por tanto, consideramos que el concepto de medio ambiente debe concebirse de manera precisa a fin de que el ordenamiento jurídico tutele de forma adecuada todos los componentes naturales —vivos, inertes y creados por el hombre—, esto en razón de las nuevas y complejas amenazas que se ciernen sobre nuestro hábitat y que puede desatar daños ambientales.

En este sentido, se comparte la posición del autor español DE MIGUEL PERALES<sup>60</sup>, según la cual debemos establecer un concepto razonable de lo que constituye el medio ambiente; ni demasiado amplio —que nos llevaría decir que todo es medio ambiente, desde la sociología, hasta la sanidad, pasando por la arqueología, la arquitectura o la psicología—, ni demasiado estricto —que supondría excluir campos claramente ambientales, como las inmisiones entre vecinos—. A nuestro juicio el concepto más satisfactorio sería excluir aspectos como el patrimonio histórico y matizar el paisaje, «*per se*» no como elemento protegible del medio ambiente, sino en la medida en que otros elementos ambientales —flora, fauna agua, clima— se vean afectados.

Además, cabe mencionar que las definiciones de medio ambiente generalmente suelen partir de una posición *antropocentrista*<sup>61</sup>, —es decir, una concepción que concibe el medio ambiente en función de los seres

---

<sup>60</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho español del medio ambiente*, segunda edición, Civitas-Thomsom, Madrid, 2002, pág. 28.

<sup>61</sup> El autor español LOPERENA ROTA, D., op. cit., pág. 25, justifica la perspectiva antropocéntrica, al sostener que el derecho es un producto cultural, que no puede reconocer subjetividad jurídica fuera de la comunidad, por tanto no puede reconocerse jurídicamente la posibilidad de ejercitar acciones legales para la tutela de los derechos reconocidos por el mismo orden jurídico, sin la intervención humana.

humanos—<sup>62</sup>; esto ha evolucionado, en virtud que se entiende como ecosistema todo un sistema que constituye una totalidad organizada, en la que los distintos subsistemas que lo integran: vegetal, animal, hidrológico y mineral, se hallan íntimamente relacionados, de manera que cualquier decisión que afecta a uno de los subsistemas repercute sobre los restantes, todos los cuales se encuentran en equilibrio recíproco y dinámico<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Sin embargo, puede verse en la doctrina española la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), referencia 11-3-1992, al interpretar el artículo 45 de la Constitución de España, que ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecua al desarrollo de las personas y se relaciona con la calidad de vida a través de la utilización racional de los recursos naturales y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiera al agua y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema. También la STS 18-4-1990 que considera al medio ambiente como integrante de la noción de la calidad de vida y que el daño ambiental va afectar seriamente a la calidad de vida de los vecinos, y la STS 30- 11 -1990 en la que el tribunal indica que el derecho a la calidad de vida y al medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes. Sentencias citadas por CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004, pág. 14.

<sup>63</sup> En las Declaraciones de Estocolmo y de Río toman un enfoque *antropocéntrico*, el primer principio de la segunda declaración es claro y manifiesto que «...los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Esto podría cambiar para el futuro si se toman en cuenta las propuestas como las de la asociación para la protección de animales *Great Ape Project* que reclama el reconocimiento de algunos derechos a los primates, y que ha llevado en Nueva Zelanda a revisar su legislación, para que en el parlamento de este país esté considerando otorgarle derechos a cuatro especies de simios tales como: chimpancés, gorilas, orangutanes y *bonobos*, como los derechos a la vida y la libertad. Esta asociación se basa en las ideas sostenidas por pensadores bióticos como el australiano Peter Singer quien contribuyó a la fundación del movimiento para la defensa de los derechos de los animales con su libro *Liberación animal*. La defensa de los simios se apoya en la proximidad genética con los seres humanos. Además, en 1977 la *Liga Internacional de los derechos de los animales*, adoptó la Declaración Universal de los Derechos de los animales, y que luego en 1978 fue aprobada por la UNESCO, en la que los principios de protección se configuran como 'derechos' y se equiparan como derechos humanos. Esta declaración comienza proclamando en su artículo 1º que "todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia" y después de los catorce artículos establece un catálogo de derechos de los animales y de consiguientes obligaciones de los hombres para con ellos (como el derecho al

En este sentido se ha modificando la concepción *antropocentrista* y se entiende al ser humano como parte integral de ese conjunto, por tanto en esa medida los seres humanos dejan de ser el eje central sobre el cual gira el concepto de medio ambiente y se convierte en un elemento más del mismo, sin embargo, SÁNCHEZ SÁENZ va mas allá, y propugna por un *naturocentrismo*, al afirmar que la naturaleza es el menos humano de los bienes. Es por ello que la preocupación no debe de estar cifrada en los efectos económicos de la actividad humana, sino en las repercusiones ambientales, que como consecuencias van ocasionar daños a la calidad de vida de todas las especies, incluyendo los seres humanos<sup>64</sup>.

Las tendencias de la legislación ambiental apuntan a considerar la protección del medio ambiente como objetivo en sí mismo considerado. De ahí que la mayoría de definiciones del Derecho Ambiental, —aunque también existe un sector de la doctrina que lo definen desde una óptica *antropocentrista*<sup>65</sup>—, delimitan su objeto en la

---

respeto, a recibir atención y cuidado, a no ser sometidos a malos tratos y, si es necesaria su muerte, a que sea «instantánea, indolora y no generadora de angustia»; el derecho de todo animal perteneciente a una especie salvaje a vivir libre en su propio ambiente natural; o el derecho de los animales de trabajo a alimentación reparadora y al reposo). La Declaración define como *biocidio*, es decir, es decir crimen contra la vida, toda muerte de todo animal, sin necesidad, y como genocidio, es decir un crimen contra la especie, todo acto que implique la muerte de un gran número de animales salvajes, y que todos los derechos de los animales deben ser defendidos igual como se defienden los de los seres humanos. Vid. LOZANO CUTANDA, B., op. cit., pág. 76-77.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ SÁENZ, A. J., *La restitutio in pristinum «como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente*, en «Medio Ambiente y Derecho, REDAM» número 3, Universidad de Sevilla, <http://www.sica.es/aliens/gimadus>.

<sup>65</sup> La Sala de lo Constitucional en auto interlocutorio del 16 de diciembre de 2005, referencia 14-2005, declara improcedente la inconstitucionalidad por omisión presentada por algunos ciudadanos donde solicitaban el incumplimiento de mandatos constitucionales del artículo 117 en relación al artículo 67 de la Ley Medio Ambiente, por no regular una protección y conservación de animales domésticos y de aquellos que aún no están en vías

protección, conservación y restauración del medio ambiente, — incluyendo a los seres humanos como parte del ecosistema—, a través de diferentes técnicas que serán ejecutadas y supervisadas por los poderes públicos, sobre todo al primar los intereses colectivos, sobre los privados.

#### **1.4.2. La protección constitucional del medio ambiente: el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano a nivel jurisprudencial**

En el desarrollo del constitucionalismo salvadoreño<sup>66</sup> la preocupación de proteger el medio ambiente de manera directa ha sido tardía<sup>67</sup>, sin embargo, ha sido regulado de manera indirecta, bajo la

---

de extinción o que no son de carácter singular o representativo; en virtud, supuestamente, de que tal omisión violaría los artículos 1 incisos 1° y 3°; 2 inciso 1°; y 117 incisos 1° y 2° de la Constitución, que, a su juicio, generan un imperativo para el legislador. Esto confirmó que a nivel de jurisprudencia constitucional salvadoreña se encauza por un enfoque *antropocentrista*.

<sup>66</sup> Sobre un amplio desarrollo del constitucionalismo salvadoreño: Vid. MÉNDEZ, J. M., *El constitucionalismo y la vida institucional centroamericana*, en "Seminario de historia contemporánea de Centroamérica", Editorial Universitaria, San Salvador 1964, y BERTRAND GALINDO, F., *et. al.*, op. cit., pág. 986.

<sup>67</sup> A pesar que el establecimiento, en marco constitucional del derecho a un ambiente sano, ha sido a finales de la década de los setenta, donde se encuentran antecedentes en algunas constituciones, que fueron dictadas por los estados socialistas, tales como: La Constitución de Hungría de 1949 pretendía hacer efectiva el derecho a los ciudadanos a la protección de su vida, su integridad corporal y su salud (artículo 57.2) Después incluía entre los deberes de los ciudadanos el de proteger los valores naturales y culturales del país. (artículo 69). La Constitución de Polonia de 1952 estableció que los ciudadanos tienen derecho al aprovechamiento de los valores del ambiente natural y el deber de defenderlo (artículo 71) La Constitución de Yugoslavia de 1974 preveía "...que todos (...) tiene el derecho y el deber de asegurar las condiciones para preservar y desarrollar los valores del medio ambiente humano creados por la naturaleza..." (artículo 87); insistía más adelante que "... el hombre tiene derecho a un ambiente salubre..." (artículo 192) y "... todos tendrán derecho a conservar la naturaleza y sus bienes, los objetos naturales de valor y los monumentos culturales..." (artículo 193), la Constitución de Grecia de 1975, expresa la configuración estatal de proteger al medio ambiente (artículo 24.1), la Constitución de Portugal de 1976, estipulaba "todos tienen derecho a un medio

tutela del derecho a la salud en las constituciones de 1841, artículo 62; Constitución Federal de 1821, artículo 86; Constitución de 1939 con sus reformas de 1944, del mismo modo en las constituciones de 1950 y de 1962, dispusieron que la salud es un bien público.

Es la Constitución de 1983<sup>68</sup> la estipuló por vez primera, en el artículo 117, la obligación estatal de la protección, conservación y restauración de los recursos naturales, separado de la tutela del derecho a la salud. Del mismo modo, ha establecido, otras disposiciones, que en alguna medida, determinan la protección del medio ambiente, tales como el artículo 60 inciso segundo que establece «En todos los centros docentes (...) será obligatoria la enseñanza de (...) la conservación de los recursos naturales»; el artículo 65 «la salud de los habitantes de la República constituye un bien público...»; el artículo 113 que dice que «será fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales...». Pero se observa que no estipuló de

---

ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo» (artículo 66.1) Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, en "REDA", Madrid, 1997, pág. 349-351. También sobre un análisis detallado de manera cronológica de la protección constitucional del medio ambiente a nivel comparado, puede consultarse en la doctrina española por todos: ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995; en el ámbito latinoamericano puede verse para mencionar algunos: MEZZETTI, L., "La Constitución ambiental en el Derecho Público Comparado: Modelos normativos, organización administrativa y situaciones jurídicas subjetivas", en AA.VV. *Lecturas sobre el derecho al Medio Ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá 2002, y AMAYA NAVAS, O. D., *La Constitución Ecológica de Colombia: análisis comparativo con el sistema constitucional latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

<sup>68</sup> Dictada por la Asamblea Constituyente, Decreto N° 38, fecha 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo 281, publicada el 16 de diciembre del mismo año.

manera expresa el derecho a un medio ambiente sano<sup>69</sup>, tal como lo hizo España con la Constitución de 1978.

En el año 2000 la Asamblea Legislativa salvadoreña ratificó una reforma constitucional del artículo 117 incluyendo al medio ambiente, en aras de adecuarlo a las nuevas exigencias de protección del medio ambiente como lo es el desarrollo sostenible, compromiso adquirido en la CNUMAD, pero no determinó de forma expresa el derecho a un medio ambiente sano en el texto del artículo 117, estando en la actualidad de la manera siguiente:

«Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible.

Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales, en los términos que establezca la ley.

Se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.»

Lo anterior pese que en 1998 la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad, del 2 de julio de 1998, sobre el «Decreto Legislativo N° 432 y del Decreto Legislativo N° 433 —finca «El Espino»—, la Sala de lo Constitucional expuso al respecto «que si bien nuestra Constitución no enuncia expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales el derecho a un medio ambiente sano, es imprescindible reconocer que las obligaciones prescritas en el artículo

---

<sup>69</sup> Véase que la mayoría de constituciones y ordenamientos europeos, adoptan la denominación "*Derecho a un medio ambiente adecuado*", como sucede con el artículo 45 de la Constitución española, mientras que los ordenamientos y jurisprudencia latinoamericana, como la nuestra prefieren la denominación "*Derecho a un medio ambiente sano*", así nos referimos para efectos de esta obra.

117 y otras disposiciones de la ley suprema no importan un contenido prestacional a favor de los recursos naturales —lo cual es jurídicamente imposible— sino de las personas que conforman la colectividad, es decir quienes satisfacen sus necesidades materiales, mediante el aprovechamientos de tales recursos naturales». Nótese la visión *antropocentrista* de la Sala.

Vale decir que los límites prescritos actividad de explotación son establecidos a favor de la persona humana, lo que conlleva al reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente sano, siendo obligación del Estado proteger a las personas en la conservación y defensa del mismo, pues el derecho a la vida, analizando en su relación con el principio de dignidad de la persona humana y la concepción personalista que inspira la Constitución salvadoreña, no significa una simple existencia *psico-biológica*, sino que implica una existencia de calidad, en la que el entorno ambiental o ecológico es primordial<sup>70</sup>.

En ese sentido, en la sentencia de amparo pronunciada el 26 de junio de 2003<sup>71</sup>, reafirma que el derecho a un medio ambiente tiene un carácter implícito, dentro del texto constitucional, además sostiene que es un derecho que nace de las exigencias ético-jurídicas derivadas de la dignidad, la libertad y la igualdad inherentes a la persona humana; que, tanto la doctrina como el Derecho Comparado, enlazan el derecho al medio ambiente con la dignidad de la persona en el sentido que el ser humano tiene derecho a habitar y disfrutar su entorno vital en un régimen de armonía entre lo útil y lo grato y de acuerdo con sus

---

<sup>70</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad, referencia inconstitucionalidad. 5-93.

<sup>71</sup> Vid. sentencia de amparo referencia 242-2001.

características naturales y culturales<sup>72</sup>. Por tanto, es claro que la finalidad de las medidas protectoras del medio ambiente busca el libre desarrollo de la personalidad de los individuos así como el mejoramiento en la calidad de vida<sup>73</sup>.

En el sistema regional de protección de derechos humanos el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptada en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988<sup>74</sup>, estipula en el artículo 11 que

---

<sup>72</sup>Actualmente existe una fuerza expansiva de la doctrina constitucional y jurisprudencia extranjera en reconocer además el derecho al acceso al agua y saneamiento como derecho fundamental por ejemplo por parte de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual en la sentencia 4654-2003 de las 15:44 hrs. del 27 de mayo de 2003, que al efecto dispuso: "...la Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica, fundamentalmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos." Vid al respecto a PEÑA CHACÓN, M., *El derecho al agua*, en "Medio ambiente y Derecho, REDAM" número 17, Universidad de Sevilla, <http://www.sica.es/aliens/gimadus>.

<sup>73</sup> El criterio de la Sala de lo Constitucional, a nuestro juicio es demasiado *antropocentrista*, porque enfoca el derecho a un medio ambiente sano alrededor del bienestar de la persona humana, cuando el ser humano solo es parte de un ecosistema que comparte con las demás especies animales y vegetales. Nos parece que debe de seguirse el criterio ecocentrista, que adoptó la Constitución del Ecuador de 2008, donde no solo reconoce el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para garantizar el desarrollo de las presentes y futuras generaciones (artículos 86 al 96). Además en los artículos 71 al 74, determina los derechos a la naturaleza - la *pacha mama* -, justificando donde se reproduce y se realiza la vida, por lo cual es necesario que se le respete integralmente su existencia y sus ciclo vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Rompiendo el esquema tradicional *antropocentrista* por uno ecocentrista, donde toda comunidad podrá exigir a las autoridades públicas el respecto respeto y tutela de la naturaleza por la vía del amparo.

<sup>74</sup> Ratificado por nuestro país, por el D.L. N° 320 del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82 del 5 de mayo del mismo año.

«Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano (...) Los estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

Agréguese el efecto de las Declaraciones Internacionales de Estocolmo y de Río de Janeiro, que reconocen el derecho a un medio ambiente sano haciendo justiciable a nivel internacional. Por medio de una interpretación extensiva y evolutiva somos de la idea que el artículo 117 relacionado con otras disposiciones constitucionales se encuentran tutelados de parte de la Constitución los derechos: al acceso al agua y saneamiento y el derecho a la seguridad alimentaria<sup>75</sup>.

A nivel de ley secundaria, es la LMA, vigente desde 1998, la que estipuló, bajo la dimensión de principio, en la Política de Nacional del Medio Ambiente en el artículo 2 literal «a», que todos los habitantes del país son titulares y gozan de un derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

## 1.5. Titulares del Derecho de Medio Ambiente

Tratándose de un derecho implícito en el artículo 117 de la Constitución hay dudas sobre sus titulares. Sin embargo, debe comprenderse como tales a todas las personas, sean éstas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras. Entretanto, la Sala de lo Constitucional, distingue la titularidad en función de la naturaleza mixta del derecho, es decir, como Derecho Personalísimo y como Derecho Prestacional.

---

<sup>75</sup> Como ejemplo emblemático se tiene el caso *López Ostra* vs. *El Estado español*, caso ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde determinó responsabilidad millonaria a favor de la familia López Ostra, y reconoce de manera efectiva el derecho a un medio ambiente adecuado como derecho fundamental, en el seno del Derecho Comunitario Europeo.

### **1.5.1. Vertiente de Derecho Personalísimo**

Aún cuando el disfrute del medio conlleva, además del goce meramente individual, una dimensión colectiva derivada de su ejercicio universal, no es posible reconocer titularidad de este derecho a las personas jurídicas debido a su naturaleza indisponible, pues son las personas físicas las únicas que pueden protagonizar un goce espiritual y material de los bienes ambientales.

### **1.5.2. Vertiente de Derecho Prestacional**

En cuanto a esta manifestación podría admitirse titularidad respecto a las personas jurídicas. Tal es el caso de las entidades ecologistas cuya actividad se encauza precisamente hacia la protección y preservación del entorno. En tales supuestos no debe entenderse que dichas entidades pretendan una concreta defensa del derecho de determinados sujetos, es decir, que el grupo ecologista subrogue una acción individual o defienda un derecho colectivo que como asociación pueda disfrutar. Lo que se pretende, en último término, con tales acciones es que los poderes públicos mejoren la protección dispensada a los bienes ambientales.

El anterior criterio fue modificado por la propia Sala de lo Constitucional al admitir una demanda de amparo<sup>76</sup> a la Universidad de El Salvador, a través de la otra rectora doctora María Isabel Rodríguez, resolviendo que ya no debe de entenderse que la vertiente prestacional no es exclusiva de las personas jurídicas que en sus estatutos tengan como finalidad la defensa del medio ambiente. Finalmente, en relación con los extranjeros, resulta claro que el ejercicio

---

<sup>76</sup> Vid. sentencia de amparo del 9 de diciembre de 2009, referencia 167-2007.

de este derecho estará razonablemente supeditado a las limitaciones de entrada y permanencia en el territorio nacional.

## 1.6. Límites al Derecho Ambiental

La Sala de lo Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el derecho a un medio ambiente sano por ser un derecho fundamental, se puede limitar, a través de la Constitución o por ley formal, la SC<sup>77</sup> considera la existencia de límites de carácter interno y externos, siendo los siguientes:

### 1.6.1. Límites internos del Derecho de Medio Ambiente

La Sala de lo Constitucional manifiesta que el reconocimiento constitucional del artículo 117 de la Constitución no ampara cualquier goce y uso del entorno, sino sólo aquel disfrute con vistas a la finalidad concreta de asegurar el desarrollo de la persona humana. En consecuencia, no todo uso sino el dirigido al desarrollo de la persona está amparado por el artículo 117 de la Constitución. El ejercicio del derecho queda condicionado por su función social, porque es evidente que la adecuación del objeto del derecho y su finalidad se predican de todas las personas y no de unas pocas. Todo ejercicio del derecho tiene, en definitiva, que ser compatible con el mantenimiento del objeto y con su goce, incluso simultáneamente, por parte de todos los titulares del mismo. Cualquier ejercicio excluyente constituiría abuso del derecho pues se desbordarían los límites constitucionalmente trazados<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Vid. sentencia de amparo del 26 de junio de 2003, referencia 242-2001.

<sup>78</sup> Ibídem.

## 1.6.2. Límites externos al Derecho de Medio Ambiente

Desde el momento que los poderes públicos actúan desplegando una política ambiental el resultado de dicha política condiciona el ejercicio del derecho, que siempre debe ser compatible con la preservación y la mejora de los bienes ambientales<sup>79</sup>. Entre estos límites están los siguientes:

### 1.6.2.1. Límites externos explícitos

Cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante ley formal pueden ser establecidos libremente por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: *a)* que sean establecidas atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; *b)* que no altere el derecho al medio ambiente artículo 246 inciso 1 de la Constitución; *c)* que respete el principio de proporcionalidad.

### 1.6.2.2. Límites externos implícitos

Debe señalarse que el derecho al medio ambiente colinda con el ejercicio de otros muchos derechos, intereses y bienes protegidos. Sin embargo, aun cuando la protección del entorno sea un interés de rango constitucional, su posición en el universo de bienes jurídicos no puede considerarse de rango superior y ha de ponderarse con otros derechos fundamentales.

El reconocimiento del derecho al medio ambiente plantea dos problemas fundamentales: *a)* El primero es el de las relaciones recíprocas entre el derecho al medio ambiente y otros derechos

---

<sup>79</sup> Ibídem.

constitucionales —en especial el de propiedad y el de libertad económica y; b) El segundo —derivado del anterior— es la necesaria ponderación entre derechos en los casos concretos por el aplicador —entiéndase autoridades jurisdiccionales y no-jurisdiccionales—. Asimismo, cabe resaltar que corresponde al legislador llevar a cabo una previa y general ponderación que asegure la fuerza expansiva de los bienes jurídicos en tensión.

### **1.7. Conexidad del derecho a un medio ambiente sano con otros derechos fundamentales**

El derecho a un medio ambiente sano guarda una estrecha relación con otros derechos fundamentales. Por una parte, tiene conexidad positiva con el derecho a la vida a la salud, acceso al agua y saneamiento y seguridad alimentaria. Es claro que sin unas condiciones ambientales sanas la supervivencia en ocasiones se hace difícil. Lo anterior se manifiesta en los daños ambientales para todos los seres vivos. Si no hay vida no hay existencia, por tanto, es un prerequisito para el goce de todos los derechos garantizados constitucionalmente<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> En las sentencias amparo del 4 de junio de 2001, ref. 348-99, y 5 de marzo de 2003, ref. 312, 2002, sobre la naturaleza, contenido y alcances del derecho a la vida, sostuvieron que: «Independiente de las acepciones que se hayan dado a la categoría "vida" en razón de las diferentes perspectivas que la enfocan -filosóficas, teológicas, médicas, genéticas-, la misma ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la Constitución reconoce, razón por la cual se explica con claridad su ubicación dentro del capítulo primero sección primera de dicha norma». (...) «En este orden, los primeros artículos de la Constitución –artículos 1 y 2- se refieren a la vida como un derecho fundamental la cual se garantiza desde el momento de la concepción». «Efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario, el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla, sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna».

Desde esta perspectiva el derecho a un medio ambiente sano aparece como una extensión del derecho a la vida al salvaguardar la propia vida, proporcionando la base para la existencia física y la salud de todos los seres humanos, así como la calidad y condiciones de vida dignas. En suma, el derecho a un medio ambiente sano desde una perspectiva indivisible se relaciona con todos los derechos, fundamentalmente con el derecho a la vida y a la salud, porque la contaminación ambiental constituye una amenaza colectiva a la vida y la salud humana<sup>81</sup>.

Por otra parte, el derecho a un medio ambiente sano tiene relaciones recíprocas con otros derechos constitucionales de forma negativa, en especial con el derecho de propiedad y la libertad económica, siendo al legislador a quien corresponderá hacer ponderaciones en la *tutela normativa* del derecho. En este sentido es necesario recordar que una insuficiente o nula tutela normativa por parte del legislador habilitan al aplicador del caso concreto a suplir esa omisión constitucional por medio de las *técnicas procesales adecuadas*, técnicas que, no obstante su importancia, no serán estudiadas en este texto.

En consecuencia, es necesario advertir que aun cuando no todos los bienes ambientales caen en el radio posible del dominio privado, muchos de ellos, aunque sometidos a la legislación y administración ambiental de los poderes públicos, son con frecuencia propiedad privada. Por tanto, puede presentarse una tensión cuando el ejercicio del derecho de propiedad y de la libertad económica deteriora el medio ambiente.

---

<sup>81</sup> Vid. FRANCO DEL Pozo, M., *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, en "Cuadernos Deusto de derechos humanos" número. 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, págs. 9-22.

Este conflicto refleja, en una escala menor, la tensión entre desarrollo económico y preservación del entorno, ambos bienes jurídicos de rango constitucional. Se precisa entonces para la solución del conflicto entre ambos derechos una ponderación que habrán de llevar a cabo los poderes públicos<sup>82</sup>.

## 1.8. Los caracteres del Derecho Ambiental

En los *ítems* anteriores se aclaró que el Derecho Ambiental tiene como objeto el medio ambiente; que este incide sobre las conductas individuales y sociales previniendo y remediando las perturbaciones que alteran su equilibrio. En este apartado se abordaran las características que lo particularizan. Entre ellas:

### 1.8.1. Plurisdisciplinariidad

El Derecho Ambiental se caracteriza por ser un derecho multidisciplinar, bajo cuyo paraguas de cobertura conviven, además del Derecho Público —claramente predominante— y del Derecho Privado, otras ciencias de carácter no jurídico como la física y la biología.

Como señala LOPERENA ROTA, «la verdadera singularidad del Derecho Ambiental está en que las normas que le dan soporte pertenecen simultáneamente a otros ordenamientos de los que no se separan para constituir el Derecho Ambiental<sup>83</sup>», de ahí la dispersión de la legislación ambiental. De ahí que, recordando a NIETZSCHE, podamos decir que el Derecho Ambiental «vive del crédito de varias ciencias, y es

---

<sup>82</sup> Vid. Sentencia de amparo, del 9 de diciembre de 2009, referencia 163-2007.

<sup>83</sup> Vid. LOPERENA ROTA, D., *Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 32.

como un elixir extraído de raras semillas, metales y huesos»<sup>84</sup>. Tal es el valor interdisciplinario de esta rama del Derecho.

### 1.8.2. Supranacional o universalista

El Derecho Ambiental tiene una vocación planetaria dado que su objeto de estudio no tiene fronteras, pues ni el mar, el aire, la flora y fauna conocen de límites territoriales. Las poluciones que pasan de un país al otro no pueden ser combatidas sino es con la cooperación supraestatal, como lo prueba el tratamiento de los daños ambientales en las zonas costeras marinas por vertidos de hidrocarburos que afectan a diversos países.

Del mismo modo, la problemática del cambio climático, que hoy en día afecta a todo el orden mundial, revela que la única forma de tratarlo es sobre la base de una conciencia global y un actuar local.

### 1.8.3. Predominio de los intereses colectivos

No puede ocultarse la dimensión colectiva del Derecho Ambiental, consecuencia del carácter supraindividual de su objeto jurídico: *el medio ambiente*. Esta dimensión comunitaria justifica el protagonismo de los poderes públicos como garantes de la tutela ambiental y la presencia constante de las administraciones públicas en las relaciones jurídicas ambientales.

### 1.8.4. Énfasis preventivo

Le denominamos así porque aunque no negamos la existencia y necesidad de instrumentos sancionadores dentro de la tutela ambiental

---

<sup>84</sup> NIETZSCHE, F., *Homero y la filología clásica*, traducción de Eduardo Evegero y Felipe González, Aguilar, Buenos Aires, pág. 17.

el objetivo del Derecho Ambiental es fundamentalmente preventivo. En consecuencia, para evitar los daños ambientales las administraciones públicas —sea central, local o institucional— deben tomar las medidas de cautela para inhibir los daños ambientales, sobre todo por la problemática de la reparación de los daños al medio ambiente y individualización del sujeto contaminante.

#### **1.8.5. La vinculación a los elementos científicos y técnicos**

El Derecho Ambiental está fuertemente vinculado con los datos científicos y técnicos que proporcionan las diversas técnicas. El conocimiento de estos datos permite fijar la frontera de las conductas jurídicamente admisibles y establecer estándares de contaminación, niveles de inmisión y de emisión, a fin de probar los daños ambientales.

Después de haber estudiado las características del Derecho Ambiental corresponde analizar los principios generales de este nuevo derecho, los mismos proporcionaran la clave de la interpretación en la aplicación de las normas medioambientales.

### **1.9. Los principios generales del Derecho Ambiental**

El Derecho Ambiental se aglutina en torno a una serie de principios que los individualizan y lo diferencian de otros sistemas normativos. Estos principios han sido reconocidos en el Derecho Internacional Ambiental a través de las Declaraciones de Estocolmo y de Río de Janeiro.

En principio su valor ha sido considerado como derecho suave (*soft law*), sin embargo, su fuerza normativa la ha obtenido de manera paulatina en la medida que la mayoría de países tales principios derivados de los tratados internacionales han sido plasmados en sus

constituciones y en la legislación secundaria como principios de la Política Nacional de Medio Ambiente. También a nivel jurisprudencial tal como ocurre en el Derecho salvadoreño. Dentro de estos principios tenemos:

### 1.9.1. Principio de cooperación

Este principio se explica por medio del concepto de soberanía. En efecto, si el principio básico por el que se gobierna el Derecho Ambiental, especialmente el internacional, es la soberanía plena de los estados sobre su territorio, la duda que surge es cómo resolver los problemas ambientales que son comunes, bien porque tengan un carácter transfronterizo y global; o porque afecten a bienes comunes. Conscientes de esa limitación los estados asumen, partiendo de esa plena soberanía, una nueva limitación, que es el principio de cooperación en problemas ambientales.

La aparición de este principio se relaciona de forma directa con el proceso de la reunión de Estocolmo. Así, el principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972 recoge la necesidad de cooperación de los estados para desarrollar el Derecho Ambiental, y el principio 24 vuelve a recoger este principio de la siguiente manera: «Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los estados».

A su vez, la Declaración de Río de Janeiro recoge nuevamente el principio, aunque en este caso con una redacción distinta y más sucinta: «Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta declaración y en el ulterior desarrollo del Derecho Internacional en la esfera del desarrollo sostenible».

No es extraño que cada convenio multilateral ambiental recoja, mediante una expresión u otra, este principio ya que, de hecho, cada tratado ambiental en sí es expresión concreta del mismo<sup>85</sup>. Para el caso, este principio es recogido en el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos de América. El principio aparece igualmente apoyado no sólo por textos internacionales sino también por la práctica de los tribunales en todos los casos de Derecho Ambiental Internacional que ya hemos mencionado y al que podemos añadir el caso *Gabcikovo-Nagymaros - Hungría vs. Eslovaquia* (1997) Informe ICJ 78-.

### 1.9.2. Principio de prevención

El principio de prevención es otro de los principios clásicos del Derecho Ambiental y es la aplicación del dicho de «más vale prevenir que curar», esto es, la obligación de prevenir daños al medio ambiente a través de reducir, limitar o controlar las actividades que puedan causar dichos daños. El principio de prevención reclama, por tanto, la intervención de los Estados en materia ambiental antes de que el daño se produzca, que, como se dijo, es lo que caracteriza al Derecho Ambiental. Es decir, refleja el costo elevado y en numerosas ocasiones la

---

<sup>85</sup> Basándose exclusivamente en la soberanía plena de los estados, sin cooperación, los tratados ambientales no existirían.

imposibilidad de reparar el daño ambiental una vez que éste se ha producido.

Este principio es una novedad del ámbito ambiental pues el derecho clásico permitía la realización de actividades mientras no se produjera un daño. La necesidad de un daño para paralizar una actividad se demostraba desastrosa en lo referente a la protección ambiental, ya que normalmente es imposible la reparación del daño ambiental o la devolución del medio ambiente al estado previo al daño causado. En otras palabras: no se distinguía entre el acto ilícito y acto dañoso.

El principio de prevención aparece implícitamente en los casos *Trail Smelter* y *Lac Lanoux*. Se encuentra ampliamente apoyado en diferentes instrumentos internacionales tales como: *a) Declaración de Estocolmo de 1972; b) el Borrador de Principios del PNUMA (1978); c) la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982; y, d) la Declaración de Río de 1992*, entre otros. En este sentido, el principio 11 de la Declaración de Río exige a los Estados el establecimiento efectivo de legislación ambiental.

El principio de prevención ha sido igualmente incluido en tratados con un ámbito más amplio que el puramente ambiental tales como: *a) el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la Convención de Lomé de 1989; y, b) el Tratado por el que se establece la Comunidad de Estados de África del Este de 2001*. También aparece expresamente en el artículo 174.2 del Tratado de la Unión Europea. En el ordenamiento salvadoreño la Ley del Medio Ambiente lo reconoce en el artículo 2 como principio de la Política Nacional del Medio Ambiente letra de la siguiente manera: «*e) En la gestión de protección del medio ambiente, prevalecerá el principio de prevención y precaución».*

Una aplicación práctica del principio de prevención es el instrumento que conocemos como *Evaluación de Impacto Ambiental*. Este instrumento, cuyo origen se remonta a 1969 con su inclusión en la Ley Nacional de Medio Ambiente de Estados Unidos (*National Environmental Policy Act*, NEPA), ha pasado a ser una importante herramienta de gestión ambiental en las legislaciones nacionales, así como en los instrumentos internacionales. En la actualidad el ámbito de este instrumento, que anteriormente se limitaba a obras o actividades que pudieran afectar el medio ambiente, se ha ampliado notablemente con la introducción de la evaluación ambiental estratégica o evaluación ambiental de planes y programas. Así lo concibe la *Ley del Medio Ambiente* en los artículos 16 y siguientes, pues previo al otorgamiento de un permiso ambiental de parte del Ministerio de Medio Ambiente se exige su realización.

Como han señalado MORELLO y CAFERATTA,<sup>86</sup> este principio es de preferencia esencial de la acción ambiental, en la fuente misma de la contaminación, ha servido para la gran expansión del ámbito regulatorio del Derecho Ambiental, pues la posibilidad de regular actividades económicas que, aunque en sí mismas no son contaminantes ni producen daños al medio ambiente, representan una potencial fuente de contaminación a medida que otros agentes completan el ciclo de esa actividad económica. Así, por ejemplo, se sabe que los envases de ciertos productos se van a convertir en residuos en cuanto se haga uso del producto concreto. La puesta en el mercado de estos productos es una actividad económica que en sí misma no produce daño ambiental alguno.

---

<sup>86</sup> MORELLO, A., y CAFERATTA, N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1994, págs. 43-68.

Pero es inevitable que el consumidor final separe el producto de su envase y éste, por definición, si tiene algún uso, nada tiene que ver con el uso del producto.

Por ello, el Derecho Ambiental puede regular las actividades económicas de producción o comercialización de productos envasados imponiendo normas con el objeto de responsabilizar a quienes comercializan los envases —productores, importadores, distribuidores—.

Sólo imputando al productor la responsabilidad se consiguen sistemas eficaces para controlar a quien realmente impacta en el medio ambiente por lo que, al extender la regulación a los procesos industriales, comerciales y económicos en general se previene la contaminación, al retornar los envases y residuos de envases al productor; quien es obligado a valorizarlos o eliminarlos en determinado porcentaje si no quiere ver su producción recortada<sup>87</sup>.

También, como ha señalado numerosas veces la Comisión Europea, el sistema de responsabilidad civil por daños ambientales en gran parte previene el daño —y, por supuesto, la restauración de los ecosistemas— al crear un mercado de seguros en el que los costos de la prima del seguro serán más altos cuantos más riesgos o siniestros se asuman o tengan lugar. Por ello la responsabilidad civil ambiental, como instituto, actúa a la vez como preventivo de la reparación del daño y como incentivo de conductas preventivas de su causación. Su aparición en numerosísimos instrumentos jurídicos, tanto internacionales como nacionales, así como la extensa práctica de los

---

<sup>87</sup> O alternativamente, debe montar por sí solo o asociado a otros empresarios a través de un sistema integrado u organizado de gestión, otro sistema distinto de recogida y tratamiento.

estados, confirman sin lugar a dudas su calidad de principio general del Derecho Ambiental.

### 1.9.3. Principio de desarrollo sostenible

El principio de desarrollo sostenible es uno de los principios más recientes del Derecho Ambiental. Curiosamente el concepto de desarrollo sostenible es reciente aunque sus elementos no lo son tanto, siendo quizás una de las mayores virtudes del mismo haber combinado todos esos diferentes elementos. La cristalización del término desarrollo sostenible aparece asociada de forma inseparable al llamado Informe *Brundtland* (1987) —Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo: «Nuestro futuro común»— que lo definió como «el desarrollo que cubre las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de cubrir sus propias necesidades». La LMA establece como objeto del Estado en el artículo 1: «propiciar el uso sostenible de los recursos naturales que permitan mejorar la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones».

Dicha ley define en el artículo 5 el desarrollo sostenible como «... el mejoramiento de la calidad de vida de las presentes generaciones, con desarrollo económico, democracia política equidad y equilibrio ecológico, sin menoscabo de la calidad de vida de las generaciones venideras», en cambio, la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible, celebrada en Guácimo Limón, ciudad de Costa Rica, el 20 de agosto de 1994, lo define como un «Proceso de cambio progresivo de la calidad de vida del ser humano, que coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo, por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los medios de producción y de los patrones de consumo que sustentan el equilibrio ecológico (...) este

proceso implica el respeto de la diversidad étnica y cultural regional (...) sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras».

El principio de desarrollo sostenible es una combinación de diversos elementos o principios<sup>88</sup>: *a)* la integración de la protección ambiental y el desarrollo económico (principio de integración); *b)* la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras —equidad intergeneracional—; *c)* el objetivo de explotar los recursos naturales de forma sostenible —uso sostenible—; y, *d)* por último, el uso equitativo de los recursos —equidad intrageneracional—. En definitiva, el desarrollo sostenible constituye el punto de equilibrio entre el crecimiento económico por una parte y la protección ambiental por otra, inspirando la intervención pública en este ámbito. En otras palabras, se constituye como un *megapríncipio* del Derecho del Medio Ambiente.

#### 1.9.4. El principio precautorio

El principio de precaución<sup>89</sup> es otro de los principios fundamentales del Derecho Ambiental, proviene de la normativa de la República Federal Alemana en los años 70<sup>90</sup>. A pesar de los numerosos Convenios ambientales de la década de los 80 y 90<sup>91</sup> que emplean la referencia a medidas de precaución, encontramos una primera definición

---

<sup>88</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, B., op. cit. pág. 45-47.

<sup>89</sup> El artículo 130 R del Tratado de *Maastrich* de la Unión Europea le denomina principio de cautela.

<sup>90</sup> Vid. por todos: MORELLO, A., y CAFFERATTA, N. A., op. cit. pág. 68-70.

<sup>91</sup> Como ejemplo se tienen: el artículo 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, artículo 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático de 1992, y posteriormente en el siglo XXI lo introduce el Protocolo de Bioseguridad de Cartagena suscrito en Montreal en el 2000.

del concepto hasta el principio 15 de la Declaración de Río de 1992 que dice: «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». La Ley del Medio Ambiente lo acogió en el artículo 2 letra «e» como principio de la Política Nacional del Medio Ambiente.

Este principio intenta facilitar la respuesta del Derecho Ambiental ante situaciones de incertidumbre, principalmente científica. Las normas clásicas de nuestros sistemas, tanto científicos como jurídicos de gestión de riesgo, aparecen de repente completamente inadecuadas para dar respuesta a numerosos problemas ambientales. Es cierto que el conocimiento científico se ha desarrollado de forma notable en la última mitad del siglo XX, pero dicho conocimiento ha ido acompañado de un aumento exponencial de distintas actividades humanas nocivas al medio ambiente. El caso de la energía nuclear es elocuente. Nuestra capacidad de alterar el medio con consecuencias irreparables es mucho mayor en la actualidad que hace 50 o 60 años, se puede decir que vivimos en una «sociedad de riesgo».

Como muestra de lo anterior nos encontramos ante daños dramáticos, tales como: la destrucción de la capa de ozono y la desaparición de determinadas especies que contribuyen a mantener el equilibrio de los ecosistemas y, en consecuencia, la calidad de vida humana. Ante la necesidad de impedir que el daño se produzca, puesto que la capacidad de destrucción es mucho mayor, que la de regeneración,

surge el principio de precaución, como herramienta de prevención de futuros daños al medio ambiente.

Por tanto, es una especie de reacción a la vieja concepción de que mientras no exista certeza científica con respecto a un daño ambiental no se debe llevar a cabo acción alguna. En el terreno jurídico es también una contraposición a los esquemas clásicos de la responsabilidad civil, pues al ámbito ambiental se suma el aspecto preventivo.

Para que pueda alegarse el principio de precaución, ESTEVE PARDO<sup>92</sup> establece del todo necesaria la concurrencia de dos presupuestos: *a)* el primero, debe de darse una situación de incertidumbre; y, *b)* el segundo, ha de advertirse en esa situación un riesgo grave para el medio ambiente.

En todo caso, la incertezas puede darse de manera originaria o sobrevenida. La primera es cuando envuelve a tecnologías y actividades novedosas cuyos efectos todavía no se conoce con total certidumbre. Mientras que la segunda se genera cuando procesos y productos que se creían inocuos, o con unos efectos negativos bien conocidos y dimensionados, muestran en un momento dado sus riesgos a luz de nuevos avances del conocimiento científico o de la propia experiencia de su utilización. La situación de riesgo debe ser debidamente acreditada, sobre todo, por la autoridad pública que pretende adoptar una decisión en base al principio de precaución.

En virtud de lo anterior es imperioso para las administraciones públicas —Ministerio del Medio Ambiente y municipalidades—, que por mandato del artículo 117 de la Constitución de la República tienen la

---

<sup>92</sup> ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, págs. 64-65.

atribución de velar por la protección del medio ambiente que antes de ejecutar o autorizar cualquier proyecto, sino se tiene la certeza de las consecuencias ambientales, de acuerdo a los resultados obtenidos por el estudio de impacto ambiental, lo mejor es no realizarlo, a fin de aplicar el aforismo «más vale prevenir que curar».

#### **1.9.5. Principio «quien contamina paga»**

De acuerdo a este principio los costes de la contaminación han de imputarse al agente causante de la misma, que debe sufragar las medidas de prevención contra la contaminación sin recibir, en principio, ningún tipo de ayuda financiera compensatoria.

Se deriva de la teoría económica que ve la contaminación y los daños producidos al medio ambiente como una externalidad del sistema productivo que históricamente asumía la sociedad. Para evitar esa externalidades el principio «quien contamina paga» predica que el coste ambiental no pueda suponer una ventaja competitiva en el mercado, por tanto, cada actividad empresarial debe de asumir todas las consecuencias ambientales y no la sociedad como grupo.

La aparición de este principio se vincula a varias recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al inicio de la década de 1970. Así, aparece recogido en las recomendaciones de 1972 y 1974 (Recomendación del Consejo de la OCDE C (72) 128 (1972) y C (74) 223 (1974), en las que se reafirma la necesaria internalización de los costes ambientales y el no acompañamiento de estas medidas de internalización con subsidios externos. Recientemente la recomendación del Consejo de 1989, relativa a la aplicación del principio de quien contamina paga a la contaminación

accidental, extiende estos costes a los de preparación y planificación para situaciones de emergencia —situaciones que tal vez nunca lleguen a producirse— que deban ser llevados a cabo por las administraciones públicas para responder a dichas emergencias.

Además de la OCDE este principio se vincula normalmente al contexto de la Comunidad Europea. En el caso europeo, su aparición data en el primer programa de acción ambiental de 1973, así como su incorporación desde 1986 con la reforma operada a través del Acta Única Europea, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Desde entonces ha habido numerosas recomendaciones y otros actos comunitarios que han invocado este principio, destacando, entre los más recientes, las Directrices Comunitarias de 2001 sobre Ayudas de Estado para la Protección del Medio Ambiente.

El significado concreto del principio, así como su aplicación a casos y situaciones concretas, sigue estando abierto a la interpretación, especialmente cuando hablamos de su naturaleza y de los costes que incluye. Lo que sí parece fuera de duda es el amplio apoyo que recibe y su relación con las normativas de responsabilidad por daños ambientales, tanto civil como estatal.

La Declaración de Río de 1992 es el texto global que recoge el principio. El principio 16 de la misma lo recoge de la siguiente manera: «Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales». Pese al amplio apoyo y de su reconocimiento de forma explícita en el principio 16, es dudoso su

carácter de regla de derecho consuetudinario salvo, como acabamos de ver, en los países miembros de la Unión Europea o de la OCDE, aunque al contrario de lo que ocurre con el *principio de precaución* éste sí es una de las bases esenciales del Derecho angloamericano.

La LMA lo reconoce como parte de la Política Nacional del Medio Ambiente, en el artículo 2 literal f) y dice: «La contaminación del medio ambiente o alguno de sus elementos, que impida o deteriore sus procesos esenciales, conllevará como obligación la restauración o compensación del daño causado debiendo indemnizar al Estado o a cualquier persona natural o jurídica afectada en su caso, conforme a la presente ley». En el mismo sentido en los artículos 85, 99 y siguientes, donde se estipula los procedimientos administrativos sancionadores y judiciales, a fin de resarcir los daños al medio ambiente a las personas afectadas o al Estado.

Todos los principios expuestos tienen, además, la función de ser instrumentos para la aplicación de los distintos casos de reparación del daño medioambiental. Dicha reparación se relaciona con los diferentes sistemas de responsabilidad civil que serán estudiados en el siguiente capítulo.

## CAPÍTULO II

# SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: ORÍGENES, DESARROLLO, NUEVOS ENFOQUES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

SUMARIO: 2.1. Evolución de la responsabilidad ambiental en el Derecho Internacional. 2.2. Establecimiento de responsabilidad ambiental en la Unión Europea. 2.2.1. Antecedentes. 2.2.2. Ámbito de aplicación. 2.3. Reconocimiento de la responsabilidad ambiental en el derecho comparado. 2.4. Algunos comentarios a leyes especiales que regulan la responsabilidad ambiental en el Derecho Comparado. 2.4.1. Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental de España. 2.4.2. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de México. 2.5. Regulación jurídica de la responsabilidad ambiental en El Salvador. 2.6. La responsabilidad civil y su enfoque en el ámbito medio ambiental. 2.7. Los sistemas de responsabilidad civil en materia ambiental. 2.7.1. La teoría subjetiva. 2.8. Hacia la objetivización de la responsabilidad civil ambiental. 2.8.1. Justificación teórica. 2.8.2. Acogimiento de los ordenamientos jurídicos

### **2.1. Evolución de la responsabilidad ambiental en el Derecho Internacional**

La responsabilidad ambiental<sup>93</sup>, según sus orígenes, se ha

---

<sup>93</sup> La palabra responsabilidad etimológicamente deviene del latín "*respondere*" que significa estar obligado. Vid. CABANELAS, G., *Diccionario Encyclopédico de derecho usual*, Heliastra, Tomo I, Buenos Aires, 1989, pág. 499. Al realizar una visión histórica del fenómeno jurídico de la responsabilidad civil, nos remonta al origen mismo del Derecho, es decir a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente. La primera y más rudimentaria manifestación sobre la responsabilidad la constituyó la ley del *talión*, fundamentada en que cada quien ejercía el castigo en su propia defensa "al que haya golpeado de muerte alguna persona hágasele morir, y quien haya golpeado de muerte alguna bestia que la pague animal por animal, y si alguno causare lesión corporal a su próximo hágasele caso semejante; rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente." Ulteriormente con la aparición del Estado y con la consolidación de éste, surge la necesidad de institucionalizar un nuevo sistema de composición, lo cual se instaura de forma obligatoria para asegurar la tranquilidad social, esta se denominó fase de la composición legal, en donde el Estado fija para cada situación, una cierta suma de dinero que el ofendido debe de aceptar y el ofensor está obligado a pagar o a restituir. El derecho Romano antiguo constituyó un avance en materia de responsabilidad civil, principalmente con el fortalecimiento del Estado, es aquí donde se empieza a distinguir el daño que proviene de un delito público, y el que nace de un ilícito privado. El primero ocurre cuando es un bien público o del Estado la cosa dañada y el segundo es cuando se comete contra a un particular, los cuales eran castigados por la autoridad pública. Posteriormente se

desarrollado dentro del marco evolutivo del Derecho Ambiental Internacional<sup>94</sup> basado inicialmente en las relaciones entre los estados, concretamente en las relaciones de vecindad<sup>95</sup>, esto es, a partir de las

---

promulgó la denominada *Lex aquilia*, el que sería el monumento jurídico más importante en materia de responsabilidad hasta el punto de que todavía a la responsabilidad extracontractual se le conoce también en algunos ordenamientos modernos, como el español y en América Latina, como "*responsabilidad aquiliana*". Su nombre proviene del hecho que esta ley se dictó en un plebiscito propuesto por el *Tribuno Aquilius* en el año 408 a.c. en Roma en tiempos de la República. Sobre la evolución histórica de la responsabilidad civil en general puede verse: BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad Civil*, quinta edición, Reus, Buenos Aires, 1977, pág. 13; DURAN TRUJILLO, R., *Nociones de responsabilidad civil*, Temis, Bogotá Colombia, 1975, pág. 2; MAZEAUD H y LEON T., *Tratado práctico y teórico de la responsabilidad civil y delictual y contractual*, Tomo I, Europa América, Buenos Aires, 1977, pág. 37; PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Nacional S. A., México, 1947, pág. 26; en la doctrina española Vid. REGLERO CAMPOS L. F., "Conceptos generales y delimitación", en AA.VV., *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 8.

<sup>94</sup> En cuanto a los autores que se han ocupado del origen y evolución de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, puede consultarse: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1996; DIEZ-PICAZO Jiménez, G., "Responsabilidad civil ambiental", en AA.VV., *Responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003; GOMIS CATALA, L. *La responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998; HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2002; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., "La responsabilidad civil medio ambiental en los contextos comunitarios europeos e internacional. Una aproximación española", en AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, Española de seguros. S.L, Madrid, 1998, pág. 160 y ss.

<sup>95</sup> Respecto a los problemas de las relaciones de vecindad cabe aclarar, que inicialmente fue tratado, en las postrimerías de la República romana por el jurista Alfredo Varo, dictaminó sobre un conflicto vecinal, en donde formula la regla que ha servido de criterio germinal para crear la doctrina moderna de la inmisión: *in suo enim alita hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum inmitat* (D. 8,5, 8, 5: Ulp. XVII ad edictum) en versión de nuestros tiempos rezaría así: "a cada cual le está permitido proceder como guste en su esfera jurídica, con tal que no invada en forma intolerable la ajena." A partir de aquí que se estableció que el propietario de un inmueble puede hacer uso del mismo sin perjudicar excesivamente los colindantes o la vecindad mediante emanaciones de humos o de polvos. En la edad medieval se prohibió los actos *amulatio*, es decir, los que sin reportar utilidad al propietario, se realizaban con ánimo de perjudicar al vecino. La revolución industrial del siglo XIX trajo consigo la afluencia de constantes y graves inmisiones producidas por instalaciones industriales; que emiten polvos químicos, humos o vertidos, ocasionando

competencias territoriales del estado y de la prohibición general de no causar daños en el territorio de otro estado. Este planteamiento inicial tiene su punto de partida en el asunto Isla de Palmas, donde el árbitro opuso a la soberanía exclusiva de los Estados la obligación de proteger dentro de su propio territorio los derechos de los otros Estados<sup>96</sup>.

Esto se reafirma con la célebre decisión arbitral de marzo de 1941, en el asunto de la fundición *Trail Smelter*, Estados Unidos contra Canadá, que establece que: «ningún Estado tiene derecho a permitir que de manera activa o pasiva se produzca un daño que pueda afectar a otros Estado o a los bienes de personas de otro estado, o desde el Estado a zonas que estén fuera de la jurisdicción de otros Estados», con lo cual queda por sentado el principio de la buena vecindad entre los Estados y la prohibición de la contaminación transfronterizas.

En el mismo sentido, en 1949 la Corte Internacional de Justicia señaló de un modo general, en el asunto del *Estrecho de Corfú*, que enfrentó al Reino Unido y Albania, que todo Estado tiene la obligación de no permitir la utilización de su territorio para realizar actos contrarios a los derechos de los otros Estados<sup>97</sup>.

---

daños a las propiedades, a las propias personas, y al medio ambiente a si mismo. Vid. CUIÑAS RODRÍGUEZ, M., "Acerca de la tutela del medio ambiente en el derecho español", en AA.VV., *Daños (medio ambiente y salud)*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, págs. 120-121, en el mismo sentido sobre la evolución de la responsabilidad por inmisiones: DÍAZ BRAVO, A., "La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento", en AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Mapfre, Madrid, 1997, pág. 20.

<sup>96</sup> GOMIS CATALA, L. *La responsabilidad...*, cit., pág. 30.

<sup>97</sup> A estos precedentes jurisprudenciales internacionales habría que añadir la experiencia sufrida a nivel interno en el asunto "minas de potasio de alsacia" iniciado en 1974 por una asociación creada para luchar contra la contaminación del Rhin que denunció al tribunal de primera instancia de Rotterdam a las minas de Alsacia por considerar que estas últimas efectuaron ilícitamente vertidos de sal en las aguas de Rhin, solicitando una indemnización de daños sufridos. GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 30. También el arbitraje entre España y Francia sobre el lago Lanoux de 1957, lo cual

Los primeros convenios en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente se formaron en aquellos sectores susceptibles de producir grandes catástrofes, como los casos de manejo de la energía nuclear y el transporte de hidrocarburos. El principal objetivo de estos convenios consistió en diseñar un sistema uniforme capaz de solucionar los problemas típicos de la responsabilidad por daños ambientales, con el fin de compensar efectivamente a la víctima. Cabe señalar que en estos casos la responsabilidad de reparar y prevenir los daños va dirigida a las empresas dedicadas a tales rubros y no a los Estados de forma directa<sup>98</sup>.

En efecto, los Convenios de París de 29 de julio de 1960 y el Convenio de Viena de 21 de mayo de 1963 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, regulan básicamente un sistema de responsabilidad objetiva, canalizan la misma en la persona o el agente que se considera explotador, con excepción de casos tales como: conflicto armado, cataclismo natural, entre otras. También establece límites

---

establece la obligación no causar daños a terceros en el ejercicio de sus competencias; *Nuclear Test (Australia v. Francia* (1973) Informe ICJ 99). Vid. la voz: "Responsabilidad internacional de los Estados por daños al medio ambiente", en, *Diccionario de Derecho Ambiental*, op. cit., pág. 1105 y ss.

<sup>98</sup> El Derecho Internacional Público no cuenta con una normativa que regule la responsabilidad internacional de los estados, y de forma concreta, un marco convencional general en el sector de los daños al medio ambiente de naturaleza internacional. Por tanto la reparación de las víctimas y de los daños ambientales, depende de gran medida de la discrecionalidad del Estado, esto a pesar que los estados han aceptado un principio general de responsabilidad internacional por daño ambiental, su contenido y sus límites todavía es incierto. Sin embargo la Comisión de Derecho Internacional está realizando un gran trabajo desde 1978, en este tema, hasta la fecha sólo tiene proyectos al respecto, para el caso el borrador de artículos sobre prevención de daños transfronterizos de actividades peligrosas. Vid. PALAO MORENO, G., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente (aspectos internacionales)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 22-23. Sobre el tema puede consultarse JUSTE RUIZ, J., op. cit.; ORTÍZ ALFF, L., "Responsabilidad internacional en materia ambiental", en AA.VV. *Responsabilidad jurídica por el daño ambiental*, Universidad Autónoma de México-Petrolera Mexicana e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., 1998, y SHELTON, D., *International Environmental Law*, New York., pág. 45.

cuantitativos que determinan el periodo de caducidad de la acción, establecen un seguro obligatorio y otorgan soluciones de Derecho Internacional Privado para el caso que se produzca un daño transfronterizo<sup>99</sup>.

En mayo de 1967, a raíz del accidente del buque *Torrey Canyon*<sup>100</sup>, se constata dificultades de índole jurídica para resolver los problemas que plantea la reparación de los daños ambientales ocasionados por el transporte marítimo de hidrocarburos, por lo cual se traza la necesidad de acoger una solución a nivel internacional viable para resolver la problemática.

En consecuencia, dos años más tarde se suscribe el Convenio de Bruselas, de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de hidrocarburos<sup>101</sup> y se complementa con el Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos

---

<sup>99</sup> En virtud de los efectos nocivos del accidente de *Tchernobil* en 1986 condujo a la comunidad internacional a la adopción de dos convenios de 26 de septiembre del mismo año, sobre el deber de asistencia y notificación en caso de accidente nuclear, y con el fin de unir el ámbito de aplicación de tales convenios sobre responsabilidad por daños nucleares se elaboró el protocolo conjunto de 28 de septiembre de 1988 relativo a la aplicación del Convenio de Viena y del Convenio de Paris. Vid. ORTÍZ ALFF, L., op. cit. pág. 172.

<sup>100</sup> En el año de 1967 el petrolero liberiano *Torrey Canyon* se partió en dos, derramando en la entrada del Canal de la Mancha 120,000 toneladas de crudo causando el deceso de aproximadamente de 200,000 criaturas marinas y pájaros, además un importante revés para la industria veraniega del lugar. Para conseguir dominar y eliminar la marea negra se desplegó una operación de limpieza que tuvo un coste de dos millones de libras esterlinas de la época, y se utilizaron detergentes que se estima que causó mayores estragos al ecosistema que el propio petróleo derramado. Lo cual continúa siendo unos de los mayores desastres contaminantes del Reino Unido y del mundo en general. Al respecto puede verse MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I., *Comentarios al Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños por el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas*, (Londres, 3 de mayo de 1996), en "Anuario de Derecho Marítimo", numero 15, 1998, pág. 71.

<sup>101</sup> Este Convenio ha sufrido modificaciones, por medio de los Protocolos de 19 de noviembre de 1976, de 1 de diciembre de 1984, y 27 de noviembre de 1992.

de 1971, a fin de darle cumplimiento a las reparaciones provenientes de este tipo de daños ambientales<sup>102</sup>, pues históricamente los daños catastróficos medio ambientales se han realizado —y se siguen cometiendo— en el territorio marítimo, por fugas o descargas de buques que transportan hidrocarburos, siendo un caso reciente el del *Prestige* de 2003.

## 2.2. Establecimiento de responsabilidad ambiental en la Unión Europea

### 2.2.1. Antecedentes

La Comunidad Europea ha declarado la necesidad de definir un sistema de responsabilidad civil por daños ambientales mediante una directiva, que defina los principios rectores que regulen de manera uniforme para toda la comunidad, evitando que cada Estado determine la responsabilidad de modo diferenciado y se constituya en un elemento distorsionador de la libre competencia entre los estados miembros<sup>103</sup>. Ello es así porque si un Estado aplica un sistema más riguroso de responsabilidad ambiental a las empresas que actúen en su territorio, ellas tendrán desventajas competitivas respecto de las empresas que operen en

---

<sup>102</sup> El Salvador ha ratificado el Convenio Internacional sobre Cooperación, Prevención y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos de 1990, con el D.L. N° 916 de 12 de diciembre de 1996, D.O. N° 28 de 12 de febrero de 1997.

<sup>103</sup> DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., op. cit., pág. 124, manifiesta que la necesidad de adoptar un nuevo sistema de responsabilidad ambiental surgió ante la incapacidad de la legislación ambiental nacional existente para evitar los daños ambientales y repararlos adecuadamente. El extenso acervo normativo comunitario no ha resultado eficaz en la prevención del daño ambiental, tal y como ha puesto en relieve la cadena de graves accidentes ecológicos ocurridos en la Unión Europea a lo largo de las últimas décadas. Así lo recuerda la propuesta de directiva presentada en el año 2002, accidentes ambientales tan graves como la contaminación causada por el *Rin* por un incendio ocurrido en 1986 en la planta *Sandoz en Basilea* y la rotura en 1998 del dique de contención de la balsa de residuos del complejo minero de *Aznalcollar* en España, que provocó una catástrofe en el parque nacional de *Doñana* y los accidentes ocasionados por los buques petroleros que han expandido vertidos de hidrocarburos como los casos del *Torrey Canyon* y el *Amoco Cadiz* en 1967 y 1978, respectivamente, hasta el naufragio del *Erika* en 1999.

Estados que cuenten con legislaciones flexibles, pues en el primer caso se exigirán mayores requisitos para prevenir y reparar los daños ocasionados<sup>104</sup>.

El primer documento que se elaboró, a fin de delimitar los postulados de la responsabilidad ambiental en la Comunidad Europea, es el llamado Libro Verde sobre reparación de daños ecológicos de 1993<sup>105</sup>, como un documento de reflexión global, estudio y consulta sobre las distintas alternativas posibles en el futuro sobre el problema. De forma coetánea en Europa se crea la Convención de Lugano, adoptada en el marco del Consejo de Europa por el Comité de Ministros el 8 de marzo de 1993, y abierto a su firma desde el mes de junio del mismo año, en dicho instrumento el artículo 2 prevé la extensión de su ámbito de aplicación a todas aquellas actividades que por su naturaleza puedan ocasionar daño ecológicos ejercitadas por personas públicas y privadas<sup>106</sup>.

En el año 2000, tras los diferentes comentarios y observaciones que se hicieron al Libro Verde, la Comisión Europea tomando en cuenta tales acotaciones, publicó el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental con

<sup>104</sup> LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit. pág. 183, también en cuanto al tratamiento de la evolución de la responsabilidad civil ambiental en el derecho comunitario, pueden consultarse las principales obras españolas: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1996; GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*cit.; pág. 93 y ss.; ORTÍZ –ARCE DE LA FUENTE, A., "La responsabilidad civil medio ambiental en los contextos comunitarios europeos e internacional. Una aproximación española", en AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, Española de seguros. S.L, Madrid, 1998, vid. pág. 160 y ss.; HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 45 y ss.; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., "Responsabilidad civil ambiental", en AA.VV., *Responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 91.

<sup>105</sup> COM (1993) 47 final. Este libro puede consultarse en la siguiente página del servidor de la Unión Europea: [http://europa.eu.int/comm/off/green/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm).

<sup>106</sup> JORDANO FRAGA, J., *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho Público. Ultima jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra lege ferenda*, en "REDA", número 147, 2000, pág. 362.

propuestas mejor elaboradas, mostrándose favorable a la aprobación de una directiva comunitaria para regular un sistema de responsabilidad ambiental común para toda la comunidad, justificándola en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Además, manifiesta que con la aprobación de ésta haría una aplicación coherente de la legislación comunitaria de parte del Tribunal de Justicia Europeo y se establecería una jurisprudencia análoga en toda la Comunidad.

En julio de 2001 la Comisión llevó a cabo el proceso de consulta del Libro Blanco<sup>107</sup> sobre esta materia, en los que todos los interesados pudieron hacer diferentes observaciones y sugerencias para mejorar el documento, las que se recibieron en la página web de la Comisión. Finalmente, una vez hechas todas las consultas posibles, el 23 de febrero de 2002 se presentó una propuesta de directiva al efecto al Parlamento Europeo sobre responsabilidad ambiental en materia de prevención y restauración de los daños ambientales.

Dicha propuesta se fundamentó en la necesidad de prevenir y reparar los daños ambientales en la medida de lo posible, lograr los objetivos de la política medioambiental comunitaria y buscar que la reparación estuviera en función de la aplicación del principio 16 de la Declaración de Río, a fin de evitar un sistema diferenciado de responsabilidad ambiental en la Unión Europea<sup>108</sup>. Es así que el 21 de abril

---

<sup>107</sup> *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental* COM (2000) 66 final, presentado por la Comisión Europea el 9 de febrero de 2000. También puede consultarse en la siguiente página del servidor de la Unión Europea: [http://europa.eu.int/comm/off/white/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/off/white/index_es.htm).

<sup>108</sup> En este año se adopta una concepción trasversal de la responsabilidad ambiental a través del *Convenio de Lugano de 1993, sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el ambiente*, no obstante este Convenio no ha entrado en vigor; en el Libro Blanco, establece como perspectiva a que la Comunidad se adhiera al mismo, a fin de que se tomen todas las medidas necesarias para prevenir la producción del daño ambiental, o repararlo en el caso de que éste se haya materializado, por actividades peligrosas.

de 2004 el Parlamento y Consejo Europeos después de varios años de preparación aprobó la directiva 2004/35/EC sobre *responsabilidad ambiental en materia de prevención y reparación de los daños ambientales*, a fin de que los estados europeos la acogiesen en sus ordenamientos jurídicos, y pueda ser aplicable para los contaminadores del medio ambiente europeo<sup>109</sup>.

Se destaca el establecimiento de un régimen de Derecho Público distinto al de Derecho Privado de responsabilidad civil clásico, dirigidos a la prevención y restauración de especies y hábitats naturales, a las aguas o al suelo. La directiva entró en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea, y otorga a los estados miembros un plazo para adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo previsto en la directiva hasta el 30 de abril de 2007<sup>110</sup>.

## 2.2.2. Ámbito de aplicación

En lo que se refiere a su ámbito de aplicación la directiva<sup>111</sup> se dirige a la prevención y reparación de determinados daños ambientales

<sup>109</sup> Sobre un amplio comentarios sobre la directiva en su fase de elaboración y aprobación, aparte de los autores que se citan en el presente capítulo, Vid., al respecto: PARDO LEAL, J., *La futura directiva sobre responsabilidad ambiental: de la responsabilidad civil a la responsabilidad administrativa*, en "Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia", núm. 225, 2003; CASTROVIEJO BOLÍVAR, M., *Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambiental*, en "Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental", núm. 65, 2004; CHAMORRO, I., *Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales*, en "Revista interdisciplinar de gestión ambiental", núm. 65, 2004; GOMIS CATALA, L., *Estrategia comunitaria en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente*, en "Revista mensual de gestión ambiental", número 19, julio de 2000

<sup>110</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de Derecho Público" que introduce la directiva 2004/35/CEE*, en "Revista electrónica de Derecho Ambiental" numero 12, cuya dirección electrónica es: [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus), y en la "Revista española de justicia administrativa". al respecto también puede verse DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., op. cit., pág. 90 y ss.

<sup>111</sup> La Directiva 2004/35/CEE, se compone de treinta y un considerandos, veinte artículos y seis anexos, siendo éstos últimos importantes para la interpretación y aplicación de la misma.

autónomos o públicos<sup>112</sup>, o como parte de la doctrina los llama: los *daños ambientales puros*, como son los que afectan a las especies y hábitats naturales, a las aguas o al suelo, ya que son los que reciben una atención más débil en los sistemas jurídicos de cada uno de los países europeos<sup>113</sup>. No se aplica, como se señala en sus considerandos<sup>114</sup> a las lesiones causadas por daños tradicionales, entiéndase por estos los daños personales y patrimoniales<sup>115</sup>.

Entre las características esenciales del régimen comunitario de responsabilidad ambiental se encuentra el establecimiento de *dos sistemas* de

<sup>112</sup> Esta denominación, es acogida por el autor español, JORDANA FRAGA, J., *Responsabilidad civil...*, cit. pág. 351.

<sup>113</sup> MARTÍN MATEO, R., "Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 324, sostiene que de acuerdo con lo establecido en el artículo 172.2 del Tratado Comunidad Europea, se basa en los principios de cautela, prevención y quien contamina paga. Y uno de los instrumentos más eficaces para conseguir la prevención es despojar al presunto contaminador de las ventajas obtenidas con esta conducta, la que simultáneamente conecta con el referido principio contaminador pagador y como lo dijo el libro verde, que quienes contaminan se verá obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la contaminación, resulte inferior al importe de la indemnización que habría que tenido que abonar.

<sup>114</sup> Considerando catorce de la directiva.

<sup>115</sup> Esto significa que si una actividad de las enumeradas en el Anexo III de la Directiva ocasiona un perjuicio a una persona o a sus bienes, ésta no estará legitimada para reclamar su reparación a través del sistema de responsabilidad previsto en la directiva, sino que deberá acudir lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado miembro. Es precisamente la existencia en todos los estados miembros de un cauce adecuado para lograr la reparación de este tipo de daños, por ejemplo la acción de responsabilidad civil, lo que parece justificar la exclusión de los daños tradicionales del ámbito de aplicación de la Directiva. No obstante, esta excepción no está exenta de críticas, si el régimen comunitario se aplica únicamente a los daños ambientales y la responsabilidad por daños tradicionales se deja en manos de los Estados miembros, podrían producirse situaciones paradójicas en las que por ejemplo el operador de cualquiera de las citadas actividades deba asumir los costes asociados a la reparación de los daños ambientales ocasionados y no hacer nada por los daños a la salud de las personas. A esto le agregamos que los daños ambientales puros, de forma consecuente, casi siempre afectan la salud humana, por medio de inmisiones, vertidos entre otros. Vid. *Libro Blanco....*, cit. pág. 18.

determinaciones de responsabilidad complementarios, que dependen del tipo de actividad profesional causante del daño y del medio afectado por este. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la directiva, podemos distinguir:

*a)* Un sistema de determinación de la responsabilidad objetiva cuando alguna de las actividades sean clasificadas como profesionales de riesgo o la amenaza inminente daño ambiental. La instauración de un régimen de responsabilidad objetiva para determinados supuestos facilitará a las autoridades competentes la posibilidad de exigir a los operadores la reparación del daño ambiental, al no ser necesario probar la culpabilidad de su conducta. Esta exigencia ha constituido uno de los principales obstáculos a los que se enfrentaban tradicionalmente los demandantes para exigir judicialmente a la parte demandada la reparación de los daños ambientales.

De conformidad con el régimen de determinación de la responsabilidad objetiva, el operador será responsable de los daños derivados de su actividad independientemente de si ha actuado o no con la diligencia debida. Esto implica que la autoridad competente para exigir la responsabilidad ambiental no necesitará probar el actuar culposo o negligente del operador, sino solo la relación de causalidad entre la acción u omisión del operador responsable y el daño o deterioro ambientales.

*b)* Un sistema de determinación de la responsabilidad subjetiva cuando cualquier actividad profesional no recogida en la directiva cause un daño o la amenaza inminente del mismo a las especies y hábitats naturales protegidos, siempre y cuando el autor del daño actúe de forma culposa o negligente, por parte del operador de la actividad<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> La directiva define a la persona responsable, que denomina "operador", de un modo muy amplio, en el artículo 2.6, pues puede ser: "cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional, cuando así lo

c) Un régimen preventivo y reparador. Para lograr una aplicación plena del principio de quien contamina paga, es imprescindible que las empresas operadoras de cualquier actividad profesional sea consciente de las obligaciones los cuales debe de someterse, que conforme al nuevo sistema comunitario de responsabilidad ambiental, podría hacer frente sufragando los costes tanto en reparación del daño ambiental, y también en cuanto su prevención. Estas obligaciones se enumeran en los artículos 5 y 6, de la directiva donde se distingue entre la «acción preventiva» y la «acción reparadora».

De acuerdo con la «acción preventiva» en aquellos supuestos en que exista una «amenaza inminente de daño ambiental» el operador deberá adoptar sin demora todas las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar la efectiva producción del daño.

El concepto de «amenaza inminente de daños» se define en el artículo 2 de la directiva como «*la probabilidad suficiente de que se produzcan daños ambientales en un futuro próximo*». Esto significa que cuando el operador de una actividad profesional realice una situación de riesgo para el medio ambiente, a pesar de que el daño ambiental no se haya materializado, estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para evitarlo y en el caso en que la amenaza no haya cesado, además debe de informar a la autoridad competente de todos los aspectos relevantes de la situación de riesgo creada<sup>117</sup>.

---

disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad" Se trata, por tanto, de que responda la persona que ejerza el control de la actividad incluida en el ámbito de aplicación del régimen que haya ocasionado los daños. En el caso de que sean varios los responsables, la directiva deja en manos del legislador nacional la facultad de establecer un régimen proporcional o solidario de responsabilidad.

117 Para las empresas, son considerables los costes en los que tendrá que incurrir a la hora de afrontar la reparación de un daño o determinar si existe una amenaza inminente del mismo adoptando las medidas preventivas necesarias. La cuantificación del

## 2.3. Reconocimiento de la responsabilidad ambiental en el Derecho Comparado

La Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992 es el punto de partida para que varios estados abordaran el tema de la responsabilidad ambiental de forma sistemática, al reconocer la necesidad de su regulación en virtud de los principios de cooperación, prevención, y precaución. En consecuencia, ello originó a que a nivel doctrinal y legal se establecieran algunas particularidades de daños medioambientales en relación al daño propiamente tradicional. Por tanto, muchos estados, al igual que El Salvador, han tomado interés promulgando leyes en función de proteger sus recursos naturales y el medio ambiente, crear los mecanismos para deducir las responsabilidades administrativas, civiles y penales, en contra de las personas naturales o jurídicas, o los funcionarios públicos, por los daños ocasionados al medio ambiente por sus acciones u omisiones.

Como muestra, en el continente americano la legislación venezolana es precursora en esta materia, pues con la promulgación de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 se estableció un sistema de responsabilidad por daño ambiental según el cual quienes realizaran actividades que degraden los bienes del dominio público son responsables ante la República de Venezuela (artículo 27). En principio se trata una responsabilidad del particular frente al Estado, pues solo procede cuando afectan bienes de dominio público. Pero la referida ley en el inciso segundo del mismo artículo agrega que

---

daño es probablemente una de las cuestiones más complejas en materia de responsabilidad tal como hemos demostrado en el capítulo II del presente trabajo, y respecto a los costes en los que puede incurrir la empresa en su determinación pueden llegar a ser realmente elevados, por tanto es necesario que éstas incorporen dentro de sus estados contables rubros de eventualidad, para sufragar los posibles daños ambientales que pueden ocasionar, así darlo cumplimiento al principio comunitario quien contamina paga. Vid. AA.VV., *La responsabilidad ambiental*, en "VII Congreso de Medio Ambiente", Documento presentado por grupo de trabajo 25 (coordinado por SILVIA JAQUENOD DE SÖGÖN), Madrid, 2004, <http://www.conama.org>.

igualmente serán responsables de la indemnización correspondiente quienes resulten civilmente responsables, lo cual se aplicará la legislación civil para cuantificar y deducir la responsabilidad civil al efecto, de conformidad a los artículos 1190 y siguientes del Código Civil venezolano<sup>118</sup>.

En los Estados Unidos con la promulgación del «*Superfund*», creado por la *Comprehensive Environmental Response and Liability Act* de 1980 (en adelante CERCLA), modificada de modo importante en 1986, por *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, (Ley de Reautorización y Enmiendas de *Superfund* en adelante SARA por sus siglas en inglés), heredera de la *National Environmental Policy Act* (NEPA) de 1969 creada por esta última en 1970, la *Environmental Protection Agency* (EPA) es el organismo encargado de vigilar la aplicación de la ley.

También Brasil en el año de 1985 creó la Ley de Acción Pública de Responsabilidad por Daños Causados al Medio Ambiente, al Consumidor, a Bienes y Derechos de Valor Artísticos, Estéticos y Paisajístico, que se ocupa concretamente de la responsabilidad por el daño ambiental y de la protección de los intereses jurídicos difusos. Dicha la ley no solo regula la indemnización correspondiente del daño ambiental, sino también la reglamentación del procedimiento a través se sustancia esta acción, y las medidas precautorias que durante el mismo puede aplicar el juez y la ejecución de la sentencia que conforme el artículo 16 de la citada ley hará cosa juzgada *erga omnes*.

Además, el artículo 16 de la misma crea un fondo que se integrará al monto de las indemnizaciones que se destinará a la reparación de los daños

---

<sup>118</sup> *La Recepción en los sistemas jurídicos de los países de América Latina y el Caribe de los compromisos asumidos en la CNUMAD, Propuestas para la Cooperación Hemisférica*, PNUMA, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1996, pág. 50.

ambientales ocasionados. En lo que se refiere en este último punto podría considerarse el primer caso en que un Estado latinoamericano busca una alternativa a la problemática de la restauración de los daños ambientales en su territorio por medio de un *fondo ambiental*, que hoy en día suele ser un problema<sup>119</sup>.

De igual forma la Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 86, estatuye *la acción de tutela* para reclamar ante los jueces la protección inmediata del derecho constitucional a un medio ambiente adecuado cuando resultaren amenazados por las actuaciones u omisiones de cualquier autoridad pública o de los particulares, es decir, otorga como derecho constitucional la legitimación activa para incoar acciones constitucionales —proceso constitucional— medio ambientales<sup>120</sup>.

En Europa el Estado pionero en regular de forma específica la reparación de los daños por medio de una ley la responsabilidad civil ambiental, es Alemania al promulgar la Ley de Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente (*UmweltHG*) en 1991, que entró en vigor el 1 de enero del mismo año. Esta ley estipula de forma clara que debe considerarse como daño propiamente ambiental, y los aspectos a tratar para determinar las responsabilidades pertinentes por daños ocasionados al medio ambiente. No obstante, con antelación en el mismo continente europeo, España, en el artículo 45 de la Constitución de 1978, reconoce no sólo el disfrute de un derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, sino

---

<sup>119</sup> Ibíd. pág.51.

<sup>120</sup> En el contexto de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, también tienen al respecto la constitución de Paraguay de 1992, que dispone en el artículo 8 que todo daño al medio ambiente importará la obligación de recomponer al estado en que se encontraba; la Constitución de Argentina de 1994, estipula que el daño ambiental, generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley. Vid. BRAÑES, R., "Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina", en AA. VV., *Lecturas sobre el derecho al Medio Ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá 2002, págs. 90-91.

también la obligación de reparar el daño causado a los que vulneren tal derecho, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales que puedan derivarse.

## 2.4. Algunos comentarios a leyes especiales que regulan la responsabilidad ambiental en el Derecho Comparado

### 2.4.1. Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental de España

El objeto de la Ley 26/2007, de 23 de octubre<sup>121</sup> es regular la responsabilidad de los operadores para prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución española, concretizando los principios de prevención y el de «quien contamina, paga» (artículo 1).

Aunque de acuerdo con su disposición final sexta la ley entró en vigor el 25 de octubre de 2007, sus efectos se retrotraen al 30 de abril de ese mismo año<sup>122</sup>. Dicha ley pretende cumplir el mandato del artículo 19 de la directiva 2004/35, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental, en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

En ese sentido, el artículo 2 asegura la reparación de los daños medioambientales derivados de actividades económicas, aún cuando éstas se ajusten plenamente a la legalidad y se hayan adoptado todas las medidas preventivas necesarias. Se trata de que el responsable devuelva los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes que ello conlleve. Con ello la Ley de Responsabilidad Medioambiental va más allá del principio «quien contamina paga». Lo anterior es ventajoso porque

---

<sup>121</sup> B.O.E. número 255, de miércoles 24 de octubre de 2007.

<sup>122</sup> Excepto por lo que se refiere a los capítulos IV y V, referidos a las garantías financieras y a las infracciones y sanciones.

las empresas preferirán, por motivos de racionalidad económica, adoptar las medidas preventivas oportunas antes que hacer frente a los mayores costes derivados de la reparación.

Además, se trata de garantizar que la prevención y la reparación de los daños medioambientales sean sufragadas por el sujeto responsable y no por las administraciones públicas como es usual. Se pretende hacer efectivo, como ya se dijo, el principio «quien contamina paga» evitando que el coste de la reparación sea sufragado con cargo a los presupuestos públicos solucionando al problema de las externalidades, dejando que sea el causante del daño el que afronte su reparación y no la sociedad en su conjunto.

La figura central a la que se aplica esta ley, siguiendo la directiva Europea, es la del sujeto que tiene el carácter de «operador», que se define «como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico». Nótese el énfasis por identificar al potencial causante del daño.

En ese sentido se pretende, por un lado, establecer un concepto muy amplio que incluya no sólo al que directamente desarrolla una actividad económica o profesional, sino al que la controla. En consecuencia, los sujetos responsables del daño ambiental, son las personas o entidades (administraciones públicas) que ejerzan profesionalmente o sean titulares de dichas instalaciones, aún cuando el daño se manifieste con posterioridad al cese de la actividad (artículo 9). En efecto, la Ley de Responsabilidad Medioambiental se configura como un sistema de responsabilidad con las connotaciones siguientes:

a) Se trata de un régimen administrativo de responsabilidad que dota a la administración pública de potestades para garantizar su cumplimiento.

b) La responsabilidad es objetiva para los operadores que desarrollen determinadas actividades económicas de carácter peligroso, dado que, en cualquier caso, éstos deben adoptar las medidas de prevención, evitación o reparación reguladas en la ley con independencia de que exista culpa, dolo o negligencia.

c) La responsabilidad también es objetiva para todos los operadores, y respecto a las amenazas de daños medioambientales, estando obligados a adoptar las medidas de prevención o evitación oportunas.

d) La responsabilidad es ilimitada, pues la obligación de reparación no se agota hasta la total restitución de los recursos dañados a su estado original.

La ley considera daño medioambiental el cambio adverso y mensurable provocado a los recursos naturales concretamente a los daños ocasionados a las especies de flora y fauna silvestres, así como a sus hábitats, los daños a las aguas, los daños a la ribera del mar y de los ríos, y los daños al suelo. Como se observa, se trata de recursos naturales en muchos casos sujetos al dominio público —por ejemplo, agua y costas—, aunque también pueden quedar bajo titularidad privada —como los suelos—. También protege el recurso natural en sí mismo considerado, y no la propiedad o cualquier otro tipo de derecho que pueda constituirse sobre él (artículo 3).

Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los daños al aire y los denominados daños tradicionales —a las personas y a sus bienes, salvo que estos últimos constituyan un recurso natural—. La exclusión de los daños al aire resulta lógica si tenemos en cuenta que muchas veces se trata de una contaminación de carácter difuso en la que no es posible identificar al causante. Igualmente, no todos los daños que sufren los recursos naturales generarán responsabilidad medioambiental, lo cual implica que para aplicar

la ley se deberá estar en presencia de daños, reales o potenciales, que produzcan un efecto adverso significativo y mensurable sobre el propio recurso natural<sup>123</sup>.

Para determinar si el daño sobre el recurso natural es adverso y significativo habrá que delimitar el estado en que se encontraba el recurso natural afectado y evaluar si la alteración experimentada es significativa. Asimismo, los operadores que realicen las actividades de las peligrosas deben constituir una garantía financiera, en los términos que comentaremos más adelante<sup>124</sup>, para hacer frente a los posibles daños al medio ambiente que pudieran ocasionar con su actividad. Pero hay más: la *Ley de Responsabilidad Medioambiental* también se aplicará cuando hayan sido causados por otras actividades distintas a las enumeradas, según las circunstancias siguientes:

- a) cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación; y,
- b) cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y evitación.

Es decir, a todas las actividades económicas son al menos exigibles las medidas de prevención y de evitación. Si existe dolo,

---

<sup>123</sup> La excluye su aplicación cuando concurra las causas siguientes: contaminación de carácter difuso; b) conflicto armado, hostilidades, de guerra civil o de una insurrección; c) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, d) actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, e) actividades cuyo propósito sea la protección contra los desastres naturales, f) incidentes cuya responsabilidad esté regulada en alguno de los convenios internacionales suscritos por España (Anexos IV y VI de la Ley de responsabilidad medioambiental); g) riesgos nucleares, daños o amenazas contempladas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Asimismo, quedan excluidos los siguientes daños: 1) daños que se manifiesten 30 años después desde que tuvo lugar la emisión e el suceso que lo causó; b) daños causados por una emisión, suceso o incidente producido antes del 30 de abril de 2007 o después de esta fecha si deriva de una actividad iniciada y concluida antes de dicha fecha, c) daños causados por la administración general y resto de organismos públicos (artículo 3 número 5 de la ley).

<sup>124</sup> Vid. *infra* capítulo sexto.

culpa o negligencia, además, deberán reparar el daño en caso de producirse o ser inminente su ocurrencia. Sólo aquellas actividades del anexo III (presuntas potencialmente dañinas), además, el operador debe disponer de instrumentos financieros para poder hacer frente a un posible daño.

#### **2.4.2. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de México**

Esta ley fue aprobada 25 de abril y entró en vigor el 7 de julio de 2013. Tiene por objeto fundamentalmente regular la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños, cuando sea exigible, a través de los procesos judiciales federales previstos por el artículo 17 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Además, prevé los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

La ley reconoce, en el artículo 1 inciso tercero, que el daño ocasionado al medio ambiente es independiente del daño patrimonial sufrido por los propietarios de los elementos y recursos naturales. También que el desarrollo nacional sustentable debe considerar los valores económicos, sociales y ambientales.

Determina en el artículo 11 un sistema de *responsabilidad subjetiva* como regla general, pero excepcionalmente según el artículo 12 será objetiva cuando los daños se deriven de las actividades a saber:

- a) acción u omisión relacionada a materiales o residuos peligrosos;
- b) cuando los daños sean ocasionados a los arrecifes de coral; y,
- c) actividades altamente peligrosas.

La reparación de los daños ocasionados al ambiente consistirá en restituir a su estado base los hábitats, los ecosistemas, los elementos y recursos naturales, sus condiciones químicas, físicas o biológicas y las relaciones de interacción que se dan entre estos, así como los servicios ambientales que proporcionan, mediante la restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación. La reparación deberá llevarse a cabo en el lugar del evento dañoso. Los propietarios o poseedores de los inmuebles en los que se haya ocasionado un daño al ambiente, deberán permitir su reparación. El incumplimiento a dicha obligación dará lugar a la imposición de medios de apremio y a la responsabilidad penal que corresponda (artículo 13).

La compensación ambiental consistirá en la inversión o las acciones que el responsable haga a su cargo, que generen una mejora ambiental sustitutiva de la reparación total o parcial del daño ocasionado al ambiente, según corresponda, equivalente a los efectos adversos ocasionados por el daño. Dicha inversión o acciones deberán hacerse en el ecosistema o región ecológica en donde se hubiese ocasionado el daño. De resultar esto materialmente imposible la inversión o las acciones se llevarán a cabo en un lugar alternativo, vinculado ecológica y geográficamente al sitio dañado y en beneficio de la comunidad afectada.

Una de las novedades de esta ley está en el artículo 47, pues permite que las personas ambientalmente responsables y los legitimados para accionar judicialmente puedan resolver los términos del conflicto producido por el daño ocasionado al medio ambiente mediante los mecanismos alternativos de mediación, conciliación y los demás que sean adecuados para la solución pacífica de la controversia. Dichos mecanismos se pueden emplear *antes* del proceso judicial de reclamación de perjuicios ambientales y *durante* el desarrollo del mismo o antes que se dicte sentencia definitiva. Es decir, son mecanismos *pre e intra* procesales.

Lo anterior podrá ser posible siempre que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan las leyes ambientales, las disposiciones de orden público y los tratados internacionales de los que México sea parte.

En caso que no se llegue a ningún acuerdo para solucionar controversia se debe iniciar el proceso judicial. Para tales efectos se erige en el Poder Judicial de la Federación los juzgados de distrito con jurisdicción especial en materia ambiental. En ausencia de los anteriores son competentes para conocer de los procedimientos judiciales de responsabilidad ambiental a que hacen referencia los jueces de distrito que correspondan según la materia. Otorgándole la legitimación activa a cualquier persona sea esta natural o jurídica y haciéndose extensiva dicha legitimación a la Procuraduría Federal del Medio Ambiente.

Según lo prescriben los artículos 27 al 37 de la ley, el tribunal que conozca de las acciones y demandas deberá ordenar a la Secretaría y a la Procuraduría, a efecto de que imponga inmediatamente las medidas preventivas y correctivas procedentes en el ámbito de sus atribuciones. Durante el procedimiento el juez podrá decretar las medidas precautorias siguientes:

*a)* el aseguramiento de documentos, libros, cosas, papeles y bienes relacionados con los daños, así como con el cumplimiento de las obligaciones jurídicas del demandado, previstas por las leyes ambientales y los tratados internacionales de los que México sea parte; y,

*b)* el aseguramiento o toma de muestras de sustancias peligrosas, materiales, residuos, líquidos, contaminantes y de los elementos naturales relacionados con el daño ocasionado al ambiente.

El juez puede solicitar oficiosamente los medios de prueba que considere necesarios, sin más limitación que las establecidas en la ley.

Asimismo, podrá requerir a la Secretaría y a la Procuraduría para que aporten todos los elementos periciales, testimoniales, documentales y demás indicios y elementos de prueba necesarios. Los servidores públicos estarán obligados a cumplir con dicha obligación<sup>125</sup>.

Para acreditar los hechos o circunstancias en relación al estado anterior, al daño ocasionado al medio ambiente, así como el nexo causal, las partes y las autoridades podrán utilizar fotografías, imágenes de satélite, estudios de poblaciones y en general toda clase de elementos aportados por la técnica y la ciencia. El nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta imputada al demandado debe probarse en la sustanciación del juicio. El juez considerará en su valoración la naturaleza intrínseca de la conducta y la forma en que se ha desarrollado para generar o causar el daño.

Cuando la sentencia definitiva fuese condenatoria el juez precisará:

- a) La obligación de reparar ambientalmente el daño que corresponda;
- b) La obligación de compensar ambientalmente a través de las acciones que procedan, en forma total o parcial;
- c) Las medidas y acciones necesarias para evitar que se incremente el daño ocasionado al ambiente;
- d) El pago de la sanción económica que resulte procedente, así como los razonamientos y justificación respecto al por qué el monto impuesto;
- e) El importe que corresponda pagar a favor del actor o actores que hayan probado su pretensión, correspondiente a los gastos realizados para

---

<sup>125</sup> Según el artículo 45 de la ley prescribe que: "el Fondo de Responsabilidad Ambiental tendrá como objeto el pago de la reparación de los daños que sean ocasionados al ambiente, en los casos que por razones de urgencia o importancia determine la administración pública federal, además del pago de los estudios e investigaciones que el juez requiera realizar a la Secretaría o la Procuraduría durante el proceso jurisdiccional de responsabilidad ambiental".

acreditar la responsabilidad, que deberá ser deducido del monto determinado en la Sanción Económica y consignado ante el juez en términos de ley, y:

f) los plazos para el cumplimiento de las obligaciones del responsable.

Una vez que cause ejecutoria la sentencia, el juez dará vista a las partes para que dentro del término de treinta días se pronuncien sobre: a) la forma, términos y niveles de reparación material ambiental del daño ocasionado al ambiente que se propongan para cumplir esas obligaciones; b) la imposibilidad total o parcial de reparar materialmente ambientalmente el daño, y en consecuencia, la forma, lugar y alcance de la compensación ambiental total o parcial; y, c) los plazos propuestos para el cumplimiento de las obligaciones del responsable.

Si las partes llegaran a un acuerdo podrán formular una propuesta conjunta. Y cuando exista causa justificada por razones de la complejidad técnica o material para dar cumplimiento a la sentencia, se podrá prorrogar por el juez hasta por 30 días.

## 2.5. Regulación jurídica de la responsabilidad ambiental en El Salvador

La regulación de la responsabilidad se reguló inicialmente por leyes administrativas sectoriales. En principio fue la *Ley de Riego y Avenamiento*, de 1970<sup>126</sup>, creada para regular el aprovechamiento de los ríos para actividades agrícolas, que la normó de la siguiente manera, en el artículo 94: «...sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil correspondiente, la infracción (...) con lo dispuesto a esta ley se

---

<sup>126</sup> D.L. N° 153 de 11 de noviembre de 1970, publicado en el D.O. N° 213, Tomo 229 de 23 de noviembre del mismo año.

castigará con multa...», luego la *Ley Forestal* de 1973<sup>127</sup>, que reglamento todas las actividades de protección y aprovechamiento forestal en el artículo 64 la estableció así: «En los casos que el Servicio Forestal, además de la multa impuesta...sin perjuicio de exigir al infractor en la forma legal, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados» (...) «la *Ley de Hidrocarburos* de 1981<sup>128</sup>, en el artículo 78 el incumplimiento de esta ley será sancionado por la autoridad que señala esta ley con multa (...) además de la indemnización por los perjuicios o reparación de los daños producidos».

La *Ley General de Actividades Pesqueras*<sup>129</sup>, de 1981, en el artículo 68, la reglamento de la siguiente manera: «La Dirección General podrá imponer además de la multa (...) exigir al infractor en la forma legal correspondiente el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados»; el *Código de Salud*<sup>130</sup> de 1988 en el artículo 288 dice: «la responsabilidad (...) que se origine es independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine de las infracciones que se cometan».

La *Ley de la Conservación de Vida Silvestre* de 1994, en el artículo 24, expresó: «...además de las multas correspondiente, se procederá al decomiso de los especímenes capturados (...) sin perjuicio de exigir al

---

<sup>127</sup> En aquella época era considerada como una ley con mayor contenido ambiental, su finalidad era regular el aprovechamiento, explotación y protección de los recurso forestales. El artículo 9 de la ley crea el Servicio Forestal y de Fauna, como dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, lo cual se le otorgan como atribuciones todas las concernientes al ramo forestal en la que se destacan, preservar los parques nacionales, las reservas forestales y las zonas protectoras del suelo.

Esta ley ha sido derogada por la nueva Ley Forestal, emitida por el D.L. de mayo 2001, publicada en el D.O. N° 110, Tomo N° 355, del 17 de junio de 2002.

<sup>128</sup> Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 626 del 17 de marzo de 1981, publicado en el D.O. N° 52, Tomo 281 del mismo año.

<sup>129</sup> Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 799 del 14 de septiembre de 1981, publicado en el D.O. N° 169, Tomo 272 del 14 de septiembre del mismo año.

<sup>130</sup> D.L. N° 955 de 28 de abril de 1988, publicado en el D.O. N° 86, Tomo 299 de 11 de mayo del mismo año.

infractor la restitución de la vida silvestre destruida o dañada y si esto no fuere posible, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados».

Este esquema se ve modificado en 1998 con la emisión de la Ley del Medio Ambiente<sup>131</sup> ya que en ella se estipula un régimen de la responsabilidad por daños al medio ambiente, precisamente en el título doce, capítulo I, artículos 85, y siguientes, en donde instituye de forma sistemática un régimen de responsabilidad de tipo administrativa, civil y penal<sup>132</sup> a todas aquellas personas que tengan el carácter de empresarios o funcionario público que dañen el medio ambiente. También la ley amplía el plano de la legitimación activa, conforme al artículo 101 de la *Ley del Medio Ambiente*.

Esta ley instituye un procedimiento administrativo sancionador, que otorga al Ministerio del Medio Ambiente<sup>133</sup> la competencia administrativa

---

<sup>131</sup> D.L. 233, del 2 de Marzo de 1998, publicado D.O. N° 79 Tomo 339, del 4 de mayo del mismo año. El propósito de la LMA, es normar la gestión ambiental, como obligación básica del Estado, los municipios y los habitantes en general, así como asegurar la aplicación de los tratados internacionales, celebrados y suscritos por El Salvador. Además de afrontar la problemática de la degradación ambiental de forma integral, define las distintas atribuciones del Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, para salvaguardar el medio ambiente en El Salvador. Vid. FARFÁN MATA, E. B. y OPORTO, F., op. cit., pág. 60.

<sup>132</sup> El artículo 105 de la LMA dice "El que como consecuencia de infringir las disposiciones establecidas en la presente ley incurriere en delito, será sancionado de conformidad a lo establecido en el código penal". Cabe mencionar que el 20 de abril de 1998, entra en vigencia un nuevo código penal, que dentro del Título X, Capítulo II, consagra "*De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente*" artículos 255 y ss., lo cual pueden generar responsabilidad civil, paralelamente a la responsabilidad penal como consecuencia del acaecimiento de los ilícitos penales.

<sup>133</sup> El Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, tiene como antecedente, la *Secretaría Nacional del Medio Ambiente*, creada por D.E. en 1994, fue hasta, el año de 1997, que el Consejo de Ministros, haciendo uso de su potestad reglamentaria reforma el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, y crea el *Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales* (D.E. N° 27 del 16 de mayo de 1997, publicado en el D.O. N° 88, Tomo 335, de la mismo día y año), lo cual tiene como función velar por la protección y restauración del medio ambiente.

de instruir dicho procedimiento sancionatorio, a fin de imponer sanciones ambientales y el restablecimiento de los daños ambientales ocasionados, cuando fuere necesario. También un *proceso judicial abreviado* para determinar la responsabilidad civil por cualquier daño que pueda derivarse por acciones u omisiones, cuya competencia es dada a los jueces de «*lo ambiental*» (artículo 99 LMA). Sin embargo, tales tribunales siguen siendo una ilusión para la sociedad salvadoreña, porque aun no han sido erigidos.

Otros de los aspectos que se destacan en la *Ley del Medio Ambiente*, es la política nacional del medio ambiente, que, para efectos de reparar los daños ambientales se hará acorde al principio «quien contamina paga», artículo 2 literal «f» de LMA. Con dicha disposición se retoma el compromiso internacional acogido en el artículo 16 la Declaración de Río de 1992<sup>134</sup>. Además, cabe mencionar que con la creación del Reglamento General de la Ley de Medio Ambiente, en el año 2000, en su contenido normativo, precisamente en el título II, capítulo único, artículos 199 y ss., se desarrollaron aspectos sobre el procedimiento administrativo sancionador instituido en la ley, y la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

Finalmente, en el año 2004 se decretó por parte del Presidente de la República el *Reglamento Especial sobre la Compensación Ambiental*<sup>135</sup>, cuyo objeto es dictar normas que reconozcan formas directas de compensación ambiental que faciliten el desarrollo de un sistema de cobros y pagos por servicios ambientales y el marco de las actuaciones de los Agentes Especializados, coadyuvando al apoyo a las actividades productivas ambientales sanas y mecanismos de financiamiento de la gestión ambiental.

---

<sup>134</sup> EL artículo 2 literal "f" de la LMA establece manera general la obligación de reparar los daños ambientales debiendo indemnizar al Estado o cualquier persona natural o jurídica afectada en su caso conforme a la ley.

<sup>135</sup> D.E. N° 50 de cinco de mayo de 2004, publicado en el D.O. 93, Tomo 363, publicado el 21 de mayo del mismo año.

## 2.6. La responsabilidad civil y su enfoque en el ámbito medio ambiental

La doctrina cuando analiza las técnicas jurídicas de protección del medio ambiente califica a la responsabilidad como instrumento represivo y, en consecuencia, deficiente. No obstante, se señala que el Derecho Ambiental debe tener un carácter preventivo por motivos funcionales y teleológicos.

Efectivamente, al exigir la responsabilidad civil la causación de un daño para poder actuar, es evidente que no tiene como función principal, un papel preventivo, sino compensatorio o resarcitorio. Sin embargo, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho se da preferencia a los instrumentos de actuación *ex ante* frente a instrumentos *ex post*, especialmente teniendo en cuenta la incapacidad de los causantes, en muchos supuestos, para indemnizar el daño causado. Así como la facilidad para eludir la imposición de la responsabilidad por la dificultad, por ejemplo, de la determinación de la relación causal, aspecto importante en los daños ambientales<sup>136</sup>.

No obstante, se estima que el instituto de la responsabilidad crea incentivos para la reducción de riesgo, al estimular a las empresas potencialmente contaminadoras, adoptar medidas, a fin de evitar los daños ambientales. Es así que el peso preventivo de la responsabilidad conlleva actúa con el efecto preventivo de inhibir a los potenciales infractores por temor a las consecuencias dañosas. Por tanto, el instrumento de la responsabilidad civil es susceptible de complementar eficazmente la reglamentación, y colmar las fisuras. Su importancia puede radicar en la escasa efectividad de la normativa ambiental, fundamentalmente de orden administrativo.

---

<sup>136</sup> SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M del C., *Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona 1994, pág. 193.

En el seno de estas ideas subyace la intención de llevar a la aplicación el principio rector del Derecho Ambiental, «quien contamina paga» ya reconocido en el ámbito del Derecho Internacional, comparado, y nacional, los cuales ha influenciado fuertemente la responsabilidad civil. En consecuencia, es necesario plantear en el presente capítulo cómo se manifiestan los actuales sistemas clásicos de responsabilidad civil extracontractual —subjetivo y objetivo—, y hasta dónde nos lleva la doctrina y la jurisprudencia en materia del Derecho, daños al medio ambiente, así como sus diversas particularidades de los elementos de la responsabilidad civil.

## 2.7. Los sistemas de responsabilidad civil en materia ambiental

### 2.7.1. La teoría subjetiva

En el ámbito doctrinal la teoría subjetiva sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil debe buscarse en la culpa del autor<sup>137</sup> que haya ocasionado un daño. La mayoría de autores coinciden en

---

<sup>137</sup> Es la Ley *Aquilia*, (dictada por el *Tribunos Aquilius*), la que comenzó a considerar la exigencia de algún tipo de culpa extracontractual, fue introducida por los jurisconsultos romanos, ya sea porque los daños se causaban con la intención del autor o con la mínima culpa, en aquel entonces se utilizaba la palabra *injuria* como sinónimo de culpa. Sin embargo la primera aparición plena de la idea de culpa fue con la ampliación pretoriana de Ley *Aquilia*, cuando estas no establecían responsabilidad contra el menor y el demente que causaren algún daño; así mismo a finales de la República, los jurisconsultos romanos bajo la influencia griega, también introdujeron el concepto de culpa no importando cual leve fuese, como requisito para materializar la responsabilidad estatuida en la *Lex aquilia*. Vid., BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría de la responsabilidad civil...*, cit., pág.28, Es el derecho francés, donde se consolida la teoría de la culpa, algunos autores, manifiestan que es DOMAT sin duda uno de los jurisconsultos franceses más grandes del antiguo derecho, que inspira el avance de la responsabilidad civil, de manera teórica especialmente en el elemento culpa. Este autor francés distinguió tres clases de culpa, en las cuales pueden acaecer un daño: las que se dirigen a un crimen o a un delito (culpa penal) las de las personas que faltan a los compromisos de las convenciones, como un vendedor que no entrega la cosa vendida, un inquilino que no realiza las reparaciones a que está obligado (culpa contractual); y aquellas que no tienen relación con las convenciones y no se dirigen a un crimen ni a un delito, como por ligereza se arroja algo

sostener que la noción de la culpa es uno de los conceptos más delicados en el campo de la responsabilidad. De ahí la variedad de criterios algunos de los cuales confunden culpa con *antijuricidad*, y la culpa con relación causal, siendo ambos conceptos distintos.

Este es el modelo que impera en El Salvador, España y en otros Estados europeos —como Francia, Holanda, Reino Unido e Italia—, para determinar la responsabilidad por daños al medio ambiente<sup>138</sup>. Para esta teoría está obligado a indemnizar quien ha causado un daño a otro por su propia negligencia; y no lo está quien a pesar de haber originado una lesión se ha comportado diligentemente<sup>139</sup>. Es decir, para exigir responsabilidad al autor del comportamiento lesivo es necesario demostrar la existencia de culpa o negligencia por parte del responsable del hecho dañoso<sup>140</sup>.

por una ventana y golpea a una persona; los animales mal guardados ocasionan un daño, si un edificio que amenaza ruina y por no ser reparado se derrumba sobre otro y causa daños con él (culpa extracontractual). Asimismo, DOMAT precisó más su pensamiento en relación a la culpa en un texto que dio a conocer en el siglo XVIII en donde sustancialmente manifiesta "todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse u otras culpas semejantes por leves que puedan ser, deben repararse, por aquellos que han dado lugar a ellas, por imprudencia u otra culpa, porque han ocasionado menoscabo, aún cuando no hubiera tenido intención. Vid. MAZEAUD, H y LEON, T. op. cit., pág. 40.

<sup>138</sup> LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., pág. 176.

<sup>139</sup> DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., op. cit., pág. 150.

<sup>140</sup> La culpa se sitúa como la falta de previsibilidad, es decir, un evento que es perfectamente predecible al instante en que se manifiesta la voluntad del agente, o sea aquello que se debió prever poniendo el debido cuidado. Y esto puede llegar a causar por las siguientes situaciones: a) La negligencia: Esta se da cuando se omiten las precauciones exigidas por la salvaguardia del deber a que el agente está obligado. Es decir, la omisión de un deber, o la inobservancia de un reglamento, así por ejemplo, hacer colisionar un vehículo con el de otra persona, por no acatar el alto requerido, b) La imprudencia: es el acto positivo cuya consecuencia ilícita puede ser prevista por el agente. Por ejemplo, un conductor maneja un vehículo a excesiva velocidad conociendo las consecuencias del hecho que puede derivar, atropellar a una persona. c) la impericia: es la aptitud insuficiente para el ejercicio de un arte o profesión en la falta requerida para funciones determinadas" el ejemplo usual es cuando una persona realiza una operación sin ser médico, producto de

Se trata por tanto de un modelo de responsabilidad que tiene en cuenta el comportamiento de los sujetos causantes del daño; de tal manera que cualquiera que sea la forma en que se presente la culpa, el fundamento mismo será la previsibilidad, sin embargo la falta de previsión tendrá que ser demostrada por la víctima que haya sufrido el daño, es decir, a esta corresponderá *la carga de la prueba* de la relación causal entre el hecho y el daño.

### 2.7.2. La teoría objetiva

El adelanto de la vida moderna, sobre todo el desarrollo tecnológico, ha traído en el ámbito de la responsabilidad civil la denominada responsabilidad por objetiva<sup>141</sup>, que se caracteriza

---

ello el paciente muere. Vid., COLOMBO A. L., *La culpa aquiliana*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1975, pág. 8.

<sup>141</sup> Nace a finales de 1880, en vista que los tiempos habían cambiado y los adelantos técnicos no se hacían esperar, se presentaban nuevas situaciones que con el sistema de la culpa era difícil de resolver. Principalmente con el desarrollo del maquinismo y la gran industria, que trajo consigo un aumento considerable de los accidentes de trabajo, haciendo imprescindible socorrer a las víctimas. Según el régimen de responsabilidad estipulado por el Código Civil francés se hacía difícil deducir la responsabilidad, en estos caso, ya que éste exigía probar la culpa cometida por el causante del daño, algo imposible de plasmar cuando el accidente es causado por una máquina, más que un hecho del hombre se trata de un hecho anónimo, y aún cuando pudiera existir culpa, no era fácil establecerla. Esta es la razón que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, trataron de hacer más flexible el sistema de la culpa en general. La doctrina fue la primera en ocuparse de este problema, adoptándose al respecto posiciones distintas. Es así, que Josserand y Saleilles, juristas franceses, fundaron en 1887 la teoría objetiva o del riesgo creado, se instituyen que las personas serán responsables fuera de toda culpa, desde el momento en que se realiza una actividad peligrosa para los demás. Su aparición en la historia de la responsabilidad civil es una fecha memorable, porque con ella por primera vez se va a discutir un elemento que hasta entonces parecía intangible como lo es la necesidad de una culpa. Vid., LOMBARDI T.J., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Civil panameño*; Impresora de Panamá, Ciudad de Panamá, 1976. A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX se proliferaban en todos los estados modernos las primeras leyes de accidentes de trabajo que hacían responder siempre al empresario por la actividad riesgosa que realizaba, con la única exclusión de la culpa intencional del trabajador víctima del accidente, para el caso tenemos: Suiza 1881, Alemania 1884, Austria 1887, Noruega 1894, Inglaterra 1897 y España en 1900. Este sistema de responsabilidad

principalmente por no tener en cuenta un elemento que tradicionalmente se ha considerado para poder apreciar dicha responsabilidad, esto es, la culpa.

Esta teoría, según SANTOS BRIZ, se fundamenta en responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer a lo que se domina una *fuente de peligro*, representada por una empresa o industria, las consecuencias derivadas de la inminencia de producción de los daños derivados de tal empresa o explotación, dicho de otro modo: es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes<sup>142</sup>. Entre los diversos factores que caracterizan a esta responsabilidad objetiva son los siguientes:

---

se extendió más tarde al tráfico de automóviles y toda la actividad industrial que implique riesgo. Vid. Al respecto REGLERO CAMPOS, L. F., op. cit., pág. 59.

<sup>142</sup> SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil en Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, séptima edición, Montecorvo S.A., Madrid 1995, págs. 551-552. También la doctrina civilista se ha ocupado en establecer dos vertientes de la teoría objetiva: a) la teoría riesgo beneficio. Esta considera que la vinculación de la responsabilidad civil al concepto de culpa es un arcaísmo en que tiende a confundir dos conceptos distintos, como lo es la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Sus partidarios, manifiestan que siempre es su fundamento la concepción del riesgo, pero el que se aprovecha de medios que han causado daños y obtiene sus ventajas, y es de equidad, que sea también él quien sufra las consecuencias de tales daños, así por ejemplo, el dueño de una empresa que obtiene beneficios económicos debe cargar con las desventajas. El responsable debe reparar el daño por que se beneficia de la actividad de la que se derive. Esta teoría ha inspirado la legislación sobre los accidentes de trabajo y sobre determinadas ramas de la actividad empresarial generadoras de potenciales riesgos, lo cual es aplicable en ámbitos medio ambientales por la diversidad de riesgos que se generan producto de actividades empresariales b) la teoría del riesgo creado o agravado. Esta doctrina sostiene que el concepto de *beneficio* que es la contrapartida de la obligación de reparar el daño, debe ser entendido en su aceptación más extensa. El fundamento se encuentra única y exclusivamente en el riesgo creado o agravado por la actividad del agente. Con ello se hace abstracción del beneficio obtenido por el autor del daño, ya que la obligación de reparar se justifica sobre la actividad objetiva más allá si el responsable obtiene de ello un beneficio. Vid. CASERO LINARES, L. *La responsabilidad civil*, en "Revista de justicia de paz" número 5, San Salvador, 1998, págs. 125-126.

- a) la imputación derivada de la responsabilidad se basa por la relación causal material, es decir, por el resultado del agente independiente si actuó a título de dolo o de culpa;
- b) la responsabilidad por riesgo presupone siempre un cierto riesgo de peligro, pero debe ser, específico derivado de la producción de una empresa o de otras circunstancias objetivas, y la carga de la prueba corresponde al demandado;
- c) es básico también en la responsabilidad por riesgo la coacción que las circunstancias sociales establecen para tolerar el peligro por cada persona y la inexistencia de que el eventual perjudicado posea estructura o medios propios de defensa, tal como ocurre en la circulación de vehículos o la navegación aérea, el daño ha de tener lugar precisamente como realización del riesgo por el que responde el obligado; y,
- d) la delimitación cuantitativa o de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad por riesgo se fijan siempre teniendo en cuenta sumas considerables, ya que se debe asumir las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun las lícitas y permitidas que ocasionan riesgos<sup>143</sup>.

## **2.8. Hacia la objetivización de la responsabilidad civil ambiental**

### **2.8.1. Justificación teórica**

En el marco de la responsabilidad surgida de daños al medio ambiente tradicionalmente siempre se ha exigido que el daño fuera consecuencia de una conducta culpable o negligente, rigiendo el principio «*que no hay responsabilidad sin culpa*». En este sistema la víctima tiene que probar la culpa del presunto responsable o tiene que demostrar que el agresor tenía que haber actuado con prudencia en virtud de una disposición legal y no lo hizo, o mejor: que la negligencia del sujeto podría estar

---

<sup>143</sup> Vid. SANTOS BRIZ, J., op. cit., págs. 552-553.

determinada por el incumplimiento de una norma positiva,<sup>144</sup> tal como lo plasmó el *Libro verde de reparación de daños ecológicos* de 1993.

El carácter incompleto de este sistema se demuestra por el hecho que el cumplimiento de normas ambientales no puede constituir una prueba irrefutable de ausencia de culpabilidad. También ante la ausencia de criterios claros y firmes a la víctima puede resultarle prácticamente imposible probar la negligencia del presunto responsable, ya que la posibilidad de utilizar las acciones de responsabilidad civil, de marcado carácter individualista y subjetivo para la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente, se encuentra en la práctica con grandes obstáculos,<sup>145</sup> entre los que podemos destacar los siguientes:

a) El carácter colectivo o difuso de los bienes normalmente implicados en la protección ambiental. Ello dificulta con frecuencia la prueba de la existencia de un daño efectivo, pues resulta difícil probar la existencia de un daño efectivo cuando las lesiones se producen en bienes de uso común como el aire, agua y la atmósfera o en intereses colectivos vinculados a la protección ambiental que revisten un carácter absolutamente inmaterial, como es el caso de las nociones estéticas asociadas al paisaje, se plantea desde esta óptica la existencia de «daños de naturaleza difusa»;

b) Los casos en que puede probarse la certeza y la realidad de los daños, la acción de responsabilidad civil se encuentra con la dificultad de probar la culpabilidad o ilicitud de la conducta o de la relación de

---

<sup>144</sup> Algunos autores sostienen que un régimen de responsabilidad objetivo demasiado amplio, que regulara un número muy grande de actividades, podría tener consecuencias, muy negativas para los agentes económicos, ya que puede crear incertidumbre jurídica y resultar en consecuencia inaplicable. Por tanto no todas las actividades deben estar sujetas al régimen objetivo, únicamente sólo las actividades consideradas peligrosas para el medio ambiente. Sobre este criterio se tienen a: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op., cit. pág. 147, en el mismo sentido GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, op. cit., pág. 112.

<sup>145</sup> LOZANO CUTANDA, B. *La responsabilidad por daños ambientales...*, cit., pág. 14.

causalidad entre la acción u omisión ilícita y el daño causado. Especialmente en los casos en que el daño es el resultado de actividades contaminantes de varios sujetos;

En ese sentido ante las dudas científicas en relación con el nexo causal entre la exposición a la contaminación y el daño, que todavía puede ocurrir que la parte responsable intente refutar las pruebas que para demostrar la causalidad han sido presentadas por la parte perjudicada, planteando, por ejemplo, otras posibles explicaciones científicas sobre el daño; y,

c) El régimen tradicional subjetivo corresponde a una época en la que los daños se producían normalmente por el empleo de medios e instrumentos manejables por la civilización, esto quedó superado a raíz del desarrollo industrial. De este modo la influencia de la revolución tecnológica sobre el mecanismo de responsabilidad fue absolutamente decisiva, pues el adelanto científico acarreó constantes riesgos en los proceso productivos en el ámbito empresarial, los cuales pueden ocasionar daños al medio ambiente.<sup>146</sup>

Por tanto, el concepto de riesgo<sup>147</sup> es considerado como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva; el factor riesgo sería así un factor

---

<sup>146</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., p 106

<sup>147</sup> Según CONDE PUMPIDO, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, en "RDA" enero-junio, 1990, (citado por DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pág.203), la responsabilidad extracontractual objetiva se apoya en cuatro reglas fundamentales: " a) inversión de la carga de la prueba, que se traduce en una presunción de "culpa" del causante del daño; La consideración de que la adopción de las medidas de precaución usual o reglamentaria no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir. Apreciación de la prueba conforme al principio "pro perjudicado", es decir, en beneficio del más débil, que no debe confundirse con el de inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa, y elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla del agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencias posibles y socialmente adecuadas".

atributivo de tal responsabilidad, que se caracteriza por la prevalencia del nexo causal frente a la culpa como elemento para imputar el deber de reparación. Esto ocurre cuando se han creado condiciones peligrosas o de riesgo que puede tener lugar por tres vías distintas:

- a) El peligro reside en la cosa en sí misma considerada. Por ejemplo fabricación de explosivos, fabricación de productos peligrosos o nucleares, así como su transportación de un lugar a otro;
- b) El peligro consistente en la posición en que una cosa es colocada. Por ejemplo dos productos que, aislados, son inofensivos, pero que juntos se convierten en un peligro tóxico; y,
- c) Productos defectuosos. Si se piensa ahora en las causas que dan lugar a daños al medio ambiente pueden verse que la mayoría de ellas se incluirán en los dos primeros grupos de la tripartición mencionada. ¿Cuál es el riesgo o peligrosidad por lo que responde? Para contestar esta interrogante se debe hacer referencia a los *daños permisibles y tolerables*. De la misma manera en que no existe el daño cero, no existe el riesgo cero, es decir siempre habrá riesgo<sup>148</sup>. Es el Estado quien fija las normas de seguridad que habrán de cumplir los operadores y quien en primera instancia tendrá *el poder de policía* para verificar su cumplimiento<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> En cuanto al criterio del riesgo, el Tribunal Supremo Español (en adelante TS), lo ha venido plasmando en las sentencias de 15-2-85, que afirma que aquella parte que con su actividad ocasiona un riesgo está obligada a acreditar que en caso de concretarse aquel en la producción de un daño, procedió a la adopción de cuantas medias fueron razonablemente exigibles para prevenir tal daño. También la tesis del riesgo se repite en las sentencias del citado TS del 8-5-86 (daños ocasionados por desbordamiento de un río, del 15-3-93 daños por emanaciones de polvo arcilloso y de 24-5-93 sobre emanaciones de gas tóxico. Citadas por HUTCHINSON, T., "La Responsabilidad pública ambiental", en AA.VV., *El Daño ambiental*, Tomo II, Rubinzel Culzoni, Buenos Aires, 1999, pág.67.

<sup>149</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2<sup>a</sup> Edición Civitas, Madrid, 1997, pág. 206-207.

El riesgo ambiental está ligado a la prevención, como el daño lo está a la indemnización. En la actividad industrial se es responsable por no implementarse las medidas de seguridad que exija un determinado establecimiento, como puede ser obras, mecanismos de control. En síntesis, en el Derecho Ambiental debe responderse por toda actividad que afecte al medio ambiente, y se responde, tanto por los daños que la actividad produzca como por el riesgo<sup>150</sup>.

También dentro de la tesis de la responsabilidad objetiva se toman como base el aforismo «*cuius est commodum eius est incommodum*», —el que aprovecha de las ventajas carga con los inconvenientes— es decir, que la atribución del costo de la contaminación se hace recaer en el titular del beneficio en virtud del cual el daño ha sido producido. También en el principio del «*deep pocket*»; que consiste en que se presume que el empresario posee una cierta capacidad económica, por lo cual se hace cargo de los costos del saneamiento o aplicando la presunción «*iuris tantum*», en presencia del hecho del daño en conexión con la actividad peligrosa para imputar la responsabilidad.

En consecuencia, hay responsabilidad y obligación de reparar los daños cuando éstos provengan de actos voluntarios practicados en utilidad y beneficio del que los causa. Esto hace prevalecer los intereses colectivos sobre los particulares, pues el aforismo *cuius est commodum eius est incommodum* o el principio del *deep pocket*, se refieren a poner a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, excepto que la lesión provenga de caso fortuito<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> HUTCHINSON, T., Tomo II, op. cit., pág. 68.

<sup>151</sup> HUTCHINSON, T., Tomo II, op. cit., pág. 73.

Los mecanismos objetivos simplifican el establecimiento de la responsabilidad, dado que se exime de demostrar la existencia de la culpa, sin embargo la víctima deberá probar la relación de causalidad entre la actividad del sujeto agente y el daño producido. No obstante, cabe mencionar que a *nivel doctrinal no existe un solo modelo* de responsabilidad objetiva en relación a este tema, en ese sentido la teoría absoluta en la que se permite no probar la relación causal a la víctima, sino al demandado<sup>152</sup>.

La ventaja de este sistema son: un régimen de responsabilidad objetiva puede incitar a las empresas una mejor gestión de riesgos y proporcionar certidumbre jurídica a las empresas. En consecuencia, puede poner en práctica un aspecto fundamental de la responsabilidad ambiental como el principio quien contamina paga, con respecto a algún tipo de actividades económicas, al imputársele los daños ocasionados por la actividad económica a la empresa que explota tal actividad<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Este régimen de responsabilidad parece adaptarse en mejor modo a la tipología de los daños medioambientales, ya que nos encontramos ante supuestos en los cuales, como se ha dicho, la conducta de la víctima no influye (por lo menos en los supuestos ordinarios), en la probabilidad del accidente y dados los altos costes que accidente, para el caso como los nucleares puede provocar, parece conveniente que las actividades que los generan internalicen los costes derivados de ellos, aunque se hayan adoptado todos los medios de precaución necesarios, a fin de prevenir los daños ambientales. Sin embargo, a pesar de otras opiniones las razones de justificar este modelo de responsabilidad serían de carácter político y psicológico en la medida en que con frecuencia la respuesta a catástrofes de grandes dimensiones, a menudo tienen que ver con accidentes de residuos peligros, nucleares, o hidrocarburos, independientemente de la probabilidad de que vaya a tener lugar, facilita el mismo, las grandes empresas puedan ser sancionadas por la comunidad. Vid. JORDÁ CAPITAN, E., op. cit., pág. 305-306.

<sup>153</sup> HUTCHINSON, T., op. cit., pág. 60, además cabe manifestar que la conveniencia de un régimen de responsabilidad objetivo, simplifica en mucho lo relativo a los medios probatorios en el correspondiente procedimiento civil ya que sólo es preciso acreditar la existencia de una conducta (acción u omisión) causante del daño. También constituye un importante instrumento para la adopción de medidas de prevención y de aseguramiento de los posibles daños a indemnizar o reparar, especialmente para la concertación de contratos de seguros voluntario u obligatorio entre el responsable potencial del daño medio ambiental y una compañía aseguradora, lo que evita que la responsabilidad civil directa y

La doctrina se muestra claramente inclinada a la objetivación de la responsabilidad por daño ambiental, como señala MARTÍN MATEO la responsabilidad objetiva tiene pleno asiento en el Derecho Ambiental, como consecuencia de la efectividad del principio «contaminante pagador» que tiene rango en casi todas las constituciones, y que por tanto trasciende del Derecho Privado<sup>154</sup>. La responsabilidad objetiva se presenta como una orientación especialmente apropiada a las características específicas de la reparación de los daños al medio ambiente, fundamentalmente en la tutela de los intereses colectivos<sup>155</sup>.

También la jurisprudencia tiende cada vez más a prescindir de la culpabilidad o ilicitud de la conducta para declarar la obligación de resarcir los daños ambientales, cuando se trata de actividades productoras de riesgo, como lo señala el jurista español LACRUZ BERDEJO<sup>156</sup>, en virtud de

los problemas derivados de la misma, como insolvencia, descrédito social e industrial, etc.  
Vid. JORDÁ CAPITAN, E., op. cit., pág. 303.

<sup>154</sup> MARTÍN MATEO, R., op. cit., pág. 170.

<sup>155</sup> Entre los autores que se muestran acorde a la tendencia de objetivar la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, por actividades peligrosas o de riesgo para el medio ambiente puede verse: ALBADEJO, *Derecho Civil*, segunda edición, Tomo II, Barcelona, 1994, pág. 493; ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: especial consideración de los medio jurídicos-civiles*, pág. 1485; AMAT LLARI, M. E., *La regulación de las inmisiones en el Código Civil*, en Centenario del Código Civil, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990, pág. 73 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho ambiental...*, cit. pág.151; DE MIGUEL PERALES, C., *Responsabilidad civil por...*cit., pág. 201 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op., cit. pág. 69 y ss; CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004; DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., op. cit., pág. 148; GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 93 y ss.; HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., op. cit., pág. 30; HIDOBRO, F., "La responsabilidad por daños al medio ambiente y su personificación de la figura de los administradores de la sociedad", en AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, Española de seguros. S.L, Madrid, 1998, págs... 102-103; LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., pág.176; LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad por daños ambientales...*cit.; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., op. cit. pág.193.

<sup>156</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, segunda edición, Barcelona, 1985, pág. 45, dice que las sentencias del TS de mayo de 1993-RA 3727 se afirma que "la doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del

la cual, cuando una actividad desarrollada por una persona o empresa representa una fuente de provechos para ella y un riesgo adicional y extraño para los circundantes —personas o bienes—, el resarcimiento de daños y perjuicios se configura como una especie de contrapartida de la utilidad proporcionada por la actividad peligrosa (*ubi emolumentum, ibi onus*), aunque tal daño se haya producido sin poder evitarlo y pese a haber adoptado las precauciones técnicas prescritas.

La cuestión de plantear si la responsabilidad objetiva debe imputársele únicamente a los agentes que ejercita o manejan actividades y sustancias consideradas como peligrosas y recogidas en una lista respondiendo a criterios subjetivos, o por el contrario el establecimiento de la responsabilidad atenderá exclusivamente al resultado lesivo, haciendo prevalecer el factor riesgo.

### 2.8.2. Acogimiento de los ordenamientos jurídicos

La responsabilidad civil basada en las reglas anteriormente descritas se han adaptado a los ordenamientos jurídicos internacionales y de integración, tales como: el Derecho Comunitario europeo<sup>157</sup>. Así puede

---

factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones *cuasi* objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho de la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum, eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), y es por ello por lo que ha ido transformando la apreciación del criterio subjetivista, ora por el acogimiento de la denominada teoría del riesgo, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de los reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos" (en el mismo sentido, entre otras, STS de 12 de diciembre de 1980 –RA 4746-, 16 de octubre de 1989-RA de 8 de mayo de 1990-RA 3690-, de 8 de noviembre de 1990-RA 8534-, de mayo de 1991-RA 3940-).

<sup>157</sup> En el tratamiento de la responsabilidad por daños al medio ambiente del Derecho Comunitario europeo, en el Libro Verde de 1993 manifestó una clara preferencia

citarse el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear artículos 3 y 5.1,<sup>158</sup> el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad por daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 de junio de 1993 artículos 6.1 y 7.1<sup>159</sup>, y la *Directiva 2004/35/EC sobre Responsabilidad Ambiental en Materia de Prevención y Reparación de los Daños Ambientales*<sup>160</sup>. Dichos instrumentos han venido plasmando los sistemas de responsabilidad por daños al medio ambiente de carácter objetiva.

por la responsabilidad objetiva limitado en función del carácter peligroso de la actividad o de la sustancia. (apartados 4.1.2, pág. 26). En el mismo sentido ha establecido Libro Blanco de responsabilidad ambiental, de 2000, ya que estipula que la directiva marco europea, debe contemplar la responsabilidad objetiva por los daños de actividades peligrosas, y la responsabilidad subjetiva o por culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivadas actividades no peligrosas. (Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, op. cit., pág.13)

<sup>158</sup> El artículo 3. a) establece que "el explotador de una instalación será responsable conforme al presente convenio:

- i) De cualquier daño de las personas; y
- ii) De cualquier daño a los bienes..."

Por su parte el artículo 5. a) declara que "si los combustibles nucleares, productos o desechos radiactivos que intervengan en un accidente nuclear han estado sucesivamente en varias instalaciones nucleares y se encuentran en una instalación nuclear en el momento en que se cause el daño, no será responsable del mismo ningún explotador de una instalación en la cual hayan estado anteriormente.

En el ámbito internacional también, se sujeta al régimen de responsabilidad objetiva aunque para algunas actividades peligrosas: el Convenio de Viena de 1963 sobre responsabilidad por daños nucleares, el Convenio de Bruselas de Transporte de Hidrocarburos de 1969, y sus Protocolos, el Convenio de Ginebra de Transporte de Mercancías Peligrosas de 1989. A este respecto Vid. GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad..*, cit. pág. 93 y ss.

<sup>159</sup> El artículo 6.1. establece que la explotación de una actividad peligrosa prevista en el artículo 2.1, apartados a y c será responsable de los daños causados por esta actividad resultante de acontecimientos sobrevenidos al momento o durante el periodo en el que se ejerce el control de aquellos. Por su parte el artículo 7.1, afirma que es responsable de los daños causados por residuos depositados en un local de almacenaje permanente de residuos, la explotación del local en el momento en el que aparecen los daños. Si los daños causados por los residuos depositados antes del cierre del local no aparecieren más después del cierre será responsable la última de las explotaciones.

<sup>160</sup> Vid. Artículo 2 y 3 de la directiva.

A nivel de legislaciones comparadas, —aparte del ordenamiento español y mexicano a la cual ya nos referimos—, se insertan en el sistema de responsabilidad objetiva las leyes francesas de 30 de octubre de 1968, modificadas en 1990, respecto de responsabilidad civil en materia de daños resultantes de accidentes nucleares; así como la ley número 77-530 de 26 de mayo de 1977, relativa a la responsabilidad civil y la obligación de aseguramiento respecto de los propietarios de naves por los daños resultantes de la polución derivada de hidrocarburos; o la ley de 15 de julio de 1994 en materia de trabajos mineros<sup>161</sup>.

Igualmente, en Portugal con la Ley de Bases del Ambiente número 11/1987, cuyo artículo 41, bajo el epígrafe «*responsabilidad objetiva*» dispone en su párrafo primero que: «existe obligación de indemnizar, independientemente de culpa, siempre que el agente haya causado daños significativos al ambiente, en virtud de una acción especialmente peligrosa». En la misma línea mantiene la ley alemana de 1990 de responsabilidad ambiental, que dispone en el artículo 1.1 que es obligación de indemnizar por daños causados por actividades que se refiere el anexo 1, de la referida ley que se refieren a actividades peligrosas<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, Paris, Dallos, 1991, pág. 846.

<sup>162</sup> JORDÁ CAPITÁN, E., op. cit., pág. 306, sostiene que en Alemania de forma precedente recoge un sistema de responsabilidad objetiva, para el caso se tiene el Código de la Circulación de 1909 respecto de los dueños de camiones; la Ley de Navegación Aérea de 1922 respecto del propietario de aeronave; la Ley de Energía Nuclear de 1959 cuanto a la responsabilidad del titular de una instalación de producción, fisión o tratamiento de combustible nuclear, así como, la del propietario de sustancia de carácter radiactivo; la Ley Reguladora de Agua para Usos Domésticos de 1957 en la persona de quien recoge o introduce materias en su conducción y en la persona del titular de una instalación de fabricación, transformación, almacén y depósito, transporte o distribución de materias si las mismas acaban por llegar al agua, y la ley del medicamento de 1978 respecto de las empresas farmacéuticas.

En lo que se refiere al ordenamiento español la responsabilidad objetiva por daños ambientales<sup>163</sup> se ha configurado a través de la ley 25/1964 de 29 de abril, reguladora de la energía nuclear. Dicha ley, en su artículo 45, dispone que la responsabilidad por daños nucleares del explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes será objetivo.

En el mismo sentido la Ley 10/98 Básica de Residuos de 21 de abril, y el reglamento de residuos tóxicos y peligrosos aprobado por el Real Decreto 833/1998 de 20 de junio<sup>164</sup>. Con esto queda claro que la tendencia es que prevalezca en la esfera aplicativa la responsabilidad objetiva respecto a la amplia gama de actividades peligrosas y contaminantes que realizan las empresas en el mundo industrializado y tecnológico que potencialmente amenazan al medio ambiente y se ponen en peligro la calidad de vida<sup>165</sup>.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico salvadoreño no entra en esta tendencia doctrinal, jurisprudencial y legislativa, puesto que aún está sujeto al sistema subjetivo para la determinación de la responsabilidad por daños al medio ambiente, pues independiente cual sea la actividad que se realice, se usa el sistema basada en la culpa del agente, tanto en materia civil, penal y administrativa.

---

<sup>163</sup> El proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por Daños Ambientales en España adopta la misma línea de establecer la responsabilidad objetiva por actividades de riesgo.

<sup>164</sup> Al respecto puede verse a JORDÁ CAPITAN, E., op. cit., pág. 307; LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., pág.176; LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad por daños ambientales...*cit.

<sup>165</sup> A esto se le debe de agregar la CERCLA de 1980. modificada por SARA, en 1986 de los Estados Unidos de América, que toma una postura muy fuerte de objetivar la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, en el mismo sentido en el continente americano se tienen la Ley del Ambiente de Panamá, la Ley del Ambiente de Argentina, y la jurisprudencia costarricense.

Visto lo anterior corresponderá estudiar en el siguiente capítulo las particularidades de los sistemas de responsabilidad en material ambiental.

## CAPÍTULO III

### ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y SUS PARTICULARIDADES EN MATERIA AMBIENTAL

SUMARIO: 3.1. Consideraciones previas. 3.2. La actividad humana. 3.3. El daño ambiental. 3.3.1. Aproximaciones conceptuales sobre el daño. 3.3.2. Delimitación conceptual del daño ambiental. 3.4. Tipos de daños ambientales. 3.5. La trascendencia de la entidad del perjuicio en la teoría del daño ambiental: el daño permitido. 3.6. Formas de clasificar los daños ambientales. 3.6.1. En función del carácter daño. 3.6.2. Por el causante del daño. 3.6.3. Por la concurrencia del elemento subjetivo. 3.6.4. Por la forma en que se produce se puede distinguir. 3.6.5. Por sus efectos en el tiempo. 3.6.6. Por sus consecuencias para el medio ambiente. 3.6.7. Por sus consecuencias para los seres humanos. 3.7. Las características de los daños ambientales. 3.7.1. Afectación de intereses colectivos. 3.7.2. Trascendencia al ámbito público. 3.7.3. Exteriorizan compleja. 3.7.4. La gravedad de los daños ambientales. 3.8. El nexo causal y el problema de la imputación del daño en materia ambiental. 3.8.1. Consideraciones preliminares. 3.8.2. Presunciones legales como forma de establecer al contaminante. 3.8.3. La inversión de la carga de la prueba como alternativa para establecer la responsabilidad ambiental. 3.8.4. Las teorías del nexo causal surgidas en el área de la responsabilidad ambiental. 3.8.4.1. La teoría holandesa de la causa alternativa o disyuntiva. 3.8.4.2. La Teoría alemana de la condición peligrosa. 3.8.4.3. La teoría de la proporcionalidad. 3.8.4.4. La teoría de la víctima más probable

#### 3.1. Consideraciones previas

Existen tantas formas de enumerar los elementos de la responsabilidad civil como autores se han dedicados al tema. Por tal razón tomaremos la postura que consideremos la más adecuada al Derecho salvadoreño. Como se dijo, en una época la culpa era la única forma de justificar por qué una persona debía reparar un daño causado, —con lo cual se determinaba que los elementos de la responsabilidad eran la culpa, el daño y la relación de causalidad entre el autor y el daño—. Sin embargo, este pensamiento ha sido superado<sup>166</sup>.

Ello sucedió en virtud del surgimiento de la *teoría del riesgo* que estableció que ante una acción u omisión dañina de una persona existía la

---

<sup>166</sup> LEON MAZEAUD, H y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1977, pág. 1.

obligación de reparar el daño, haya actuado con culpa o no. Con independencia de cuál era el nuevo papel que la culpa estaba llamada a jugar en un esquema de responsabilidad, donde ya no era la única justificación del deber de reparar, lo claro es que no se la podía privilegiar como uno de los extremos requeridos para declarar la responsabilidad civil, con lo cual se abrió campo a la posibilidad de buscar construcciones teóricas generales diferentes, dentro de las cuales se enmarcan las del Derecho Ambiental<sup>167</sup>.

Dentro de ésta perspectiva se reflexiona que son tres los elementos esenciales para declarar la responsabilidad civil de *cualquier* persona, a saber: *a)* la actividad humana, *b)* el daño; y, *c)* el nexo causal o la imputación del daño<sup>168</sup>.

Ello porque para que se exija la responsabilidad es necesario la existencia de una acción dañosa; luego el daño se debe imputar esa acción; y, finalmente, dicho daño debe ser resarcido, en base a los parámetros técnicos que el juez determine. Veamos entonces son los elementos de la responsabilidad enmarcados en el ámbito ambiental y sus diferentes particularidades entorno a ésta materia.

### 3.2. La actividad humana

Para que pueda hablarse de responsabilidad civil extracontractual es necesario contar antes de todo con la exigencia de una actividad humana. Por lo general este hecho, por su obviedad, suele soslayarse y la doctrina inicia el estudio de la responsabilidad con el análisis de otros elementos,

---

<sup>167</sup> HENAO PÉREZ, J. C., "La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental", en AA.VV., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2000, pág. 133.

<sup>168</sup> Algunos autores que se ocupan del tema en este sentido vid. DE MIGUEL PERALES, C., *Responsabilidad civil...*, cit. pág.77 y MOSSET ITURRASPE, J., "El daño ambiental y el Derecho Privado", en AA.VV., *El daño ambiental*, Rubinzel Culzoni, Buenos Aires, 1999, pág.77.

como la culpa o el daño causado. Sin embargo, toda acción dañina genera una obligación de reparar<sup>169</sup>.

En la responsabilidad civil extracontractual por daños al medio ambiente, nos dice el autor español DE MIGUEL PERALES, se exige la presencia de una actividad humana voluntaria, tanto por la vía de la acción —disposición de residuos, emisión de humo, ruidos, entre otros—, como por la omisión —respecto de deberes específicos creados por las leyes, decretos u ordenanzas municipales—, como el deber genérico de diligencia para evitar daños a terceros<sup>170</sup>.

En materia de omisiones debe recordarse el distingo entre omisiones relacionadas con una actividad y omisiones simples. Por ejemplo, en cuanto a las primeras, quien cumple una actividad relacionada con el ejercicio de un quehacer con impacto ambiental. Mientras que las segundas se configuran por abstenerse de actuar, pues aunque el agente no tiene un deber impuesto por la ley, al abstenerse se aparta de la conducta «normalmente exigible», que tiene como base los principios de la solidaridad y el bien común o las buenas costumbres<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Tomo I, Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1998.

<sup>170</sup> En la jurisprudencia española se encuentran supuestos de responsabilidad civil, tanto por acción u omisión, así están los supuestos por acción los contemplados en las STS de 14 de febrero de 1944 (extracción de arenas), y 23 de diciembre de 1952 y 14 de julio de 1982 (producción polvos y humos), dentro de los supuestos de responsabilidad por omisión cabe citar la STS 14 de julio de 1982 (relativa a la caza en aplicación del artículo 1906 del CC) y todas aquellas otras, en general, basan la responsabilidad en la ausencia de la adopción de todas las medidas necesarias para evitar la producción del daño, entre las que se encuentran dentro de la responsabilidad ambiental, para el caso las STS de 23 de junio de 1913 (obligación del artículo 1902 CC "alcanza...al dueño de una cosa que por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos..."), 25 marzo de 1954, 30 de octubre de 1963 y 12 de febrero de 1981. vid., DE MIGUEL PERALES, M., *La responsabilidad civil...*cit. pág.77.

<sup>171</sup> MOSSET ITURRASPE, J., *El daño ambiental...*, cit., pág. 59.

En este ámbito debe entenderse que de una forma u otra —directamente o indirectamente, inmediata o mediata, sólo o ligado a otros hechos— se produce el resultado perjudicial. La actividad puede ser la polución, la contaminación, —el derrame de líquidos, sólidos o gaseosos— el impacto y las consecuencias son los daños a cualquier elemento que conforma el medio ambiente. Obviamente estos hechos tienen un autor: una persona o varias personas que de cerca o lejos, voluntaria o negligentemente han puesto en marcha el efecto degradante.

En ese sentido, se destaca como una particularidad en materia de daños al medio ambiente la confluencia de quehaceres y la multiplicidad de acciones provenientes de diferentes personas que concurren a la producción de un resultado nocivo. Por ejemplo, el conjunto de industrias o empresas, ubicadas en una determinada zona pueden concurrir a la polución del medio ambiente a través de diferentes actividades dañinas, como emisiones de gases por chimeneas, vertidos o deshechos en lugares como ríos y lagos, donde habitan un sin número de especies.

En este caso estamos en presencia de una actividad no concertada pero con autoría plural de un solo hecho, que apuntan a originar el mismo daño. Por tanto, debe entenderse que existirá la obligación de reparar si la actividad humana (acción u omisión), es dañina para el medio ambiente, de lo contrario no habrá responsabilidad<sup>172</sup>.

### 3.3. El daño ambiental

#### 3.3.1. Aproximaciones conceptuales sobre el daño

El daño es el elemento esencial y necesario para que surja la responsabilidad civil. Es la premisa fundamental a probar en un proceso de determinación de responsabilidad, siendo el primer presupuesto para

---

<sup>172</sup> MOSSET ITURRASPE, J., *El daño ambiental...*, cit., pág. 59 y ss.

establecer su existencia en aras de obtener el objeto propuesto, esto es, lograr una efectiva evaluación del perjuicio y la debida reparación. Por tal motivo resulta racional entender que el daño es el eje en el estudio de la responsabilidad, pues el daño existe por sí solo, como concepto objetivo, pero la responsabilidad no puede subsistir sin su presencia. En ese sentido el daño es necesario pero no suficiente, al necesitar de otros dos presupuestos que completen la estructura de la responsabilidad, tal como nos referiremos posteriormente.

El daño en general, en palabras de BUSTAMANTE ALSINA, consiste «en el menoscabo que se experimenta en el patrimonio de los valores económicos que lo compone (daño patrimonial), así como aquella lesión a los sentimientos, al honor y a las afecciones (daño moral)»<sup>173</sup>, mientras tanto KARL LARENZ, citado por SERGIO CASAS, define al daño como «el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, en sus bienes vitales naturales, o en su propiedad, y en su patrimonio»<sup>174</sup>.

El autor colombiano JUAN CARLOS HENAO señala el daño como «*la aminoración patrimonial sufrida por la víctima*»<sup>175</sup>. Se fundamenta en que todo daño genera una lesión de carácter patrimonial, independientemente que éste recaiga sobre un bien material o inmaterial, partiendo de la base que el patrimonio de una persona se encuentra constituido por el conjunto de bienes y derechos de los cuales es titular.

Por consiguiente, no sería posible la existencia de daños por fuera del patrimonio. La conceptualización de daño<sup>176</sup> supone en principio un alto

---

<sup>173</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría de la responsabilidad civil...*, cit., pág.135.

<sup>174</sup> CASAS, S., "Responsabilidad por daños al medio ambiente", en AA. VV. *Lecturas sobre el derecho al medio ambiente*, Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá 2002, pág. 138.

<sup>175</sup> HENAO PÉREZ, J. C., op. cit., pág. 135.

<sup>176</sup> También el daño es conceptualizado como "aquel perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión o indirectamente por el

grado de uniformidad, porque revelan la existencia de un denominador común: *el menoscabo que soporta un bien jurídico*. Dicho bien hace alusión a un objeto de gran valor e importancia y digno de tutela jurídica que alude a la preservación de las condiciones básicas para la vida de las personas y de la sociedad.

En materia ambiental, conforme a las nuevas tendencias, el bien jurídico tutelado es *el medio ambiente en su conjunto*, reconocido en las diversas constituciones de los estados como bien jurídico colectivo. Tal como hemos expuesto en el capítulo anterior esta posición no es compartida por CORDOBERA GARRIDO<sup>177</sup>, quien señala que lo que se tutela, es la calidad de vida, la cual incluye una serie de beneficios como: la comodidad, los buenos servicios y una serie de derechos entre los cuales encontramos la protección al consumidor, la seguridad alimentaria, entre otros aspectos.

Esta postura es *antropocentrista* pues analiza el bien objeto de tutela desde la perspectiva de los seres humanos, sus necesidades y satisfacciones, pero no se detiene en la trascendencia del entorno natural en si mismo considerado. Ahora bien, esto no significa que atribuyamos la calidad de sujeto de derecho a la naturaleza, porque lógicamente el medio natural no actúa por sí sólo, sino que requiere al concurso de los seres humanos, únicos que pueden actuar para proteger y conservar el hábitat natural.

Precisar en sí el concepto de bien jurídico permite hacer la distinción entre bienes de titularidad personal y de titularidad colectiva,

---

*mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". MOSSET ITURRASPE, J. Responsabilidad por daños, Tomo I, Ediar, Argentina, pág. 141.*

<sup>177</sup> Por ser un derecho humano de tercera generación, fundamentado en el derecho a un ambiente sano, equilibrado y al reconocimiento del derecho de todos a un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona vid. GARRIDO CORDOBERA, L., *Los daños colectivos y la reparación*, Universidad, Buenos Aires, 1993, pág. 169.

encontrando, además, aquellos bienes públicos demaniales y de la administración. Resulta necesario centrarse en los bienes jurídicos de titularidad social, donde la Administración interviene para la defensa y protección de estos bienes jurídicos no porque sea su titular sino porque ella tiene la función de servir a la colectividad. Dentro de este grupo deben de tenerse en cuenta los daños al medio ambiente<sup>178</sup>.

### 3.3.2. Delimitación conceptual del daño ambiental

No existe unanimidad en cuanto al concepto de daño ambiental, incluso se ha presentado una discusión terminológica, sobre si lo correcto es emplear el concepto de daño ecológico o si, por el contrario, se deben utilizar el de *daño ambiental*. Nosotros sostenemos que lo ambiental comprende lo ecológico, ya que no solo debe de incluirse la afectación que experimenta los componentes naturales en sí mismos considerados —biosfera, litosfera hidrosfera y atmósfera—; sino también aquellas cosas creadas por la actividad humana —ambiente artificial—, por tanto el concepto a emplear es el de daño ambiental<sup>179</sup>. En el ordenamiento jurídico salvadoreño la LMA, el artículo 5, en *conceptos y definiciones básicas*, establece una definición legal de daño ambiental, a saber: «Es toda pérdida, disminución, deterioro, o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componente, en contravención de las normas legales. El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humano,

---

<sup>178</sup> CASAS, S., op. cit., pág. 139.

<sup>179</sup> En la doctrina ha habido opiniones diferenciadoras del daño ambiental y el daño ecológico, entendido por el segundo la lesión al ecosistema, a su procesos y a la interrelación entre especies que lo componen, y caracterizándose al daño ambiental por su mayor alcance al comprender tanto lo ecológico como las lesiones a los recursos inertes (tierra, agua, atmósfera, etc.). vid. al respecto MORENO TRUJILLO, E., op. cit., pág. 257, y POZUELO PÉREZ, L., *La reparación del daño al medio ambiente*, en "Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente", número 191, 2002, pág. 138, en el mismo sentido CASAS, S., op., cit., pág. 141.

ecosistemas o especies de flora y fauna, e irreversible, cuando los efectos que produzcan sean irreparables y definitivos».

De la anterior definición se infiere que el daño ambiental puede realizarse por medio de alteraciones físicas o de composición química a cualquiera de los elementos que conforman el medio ambiente que, a consecuencia del menoscabo, queda en un estado cualitativamente desmejorado en comparación al que tenía antes de producirse el daño<sup>180</sup>.

Dentro de las principales formas de propiciar las alteraciones, degradaciones o destrucciones a los elementos que conforman el medio ambiente, están la contaminación ambiental<sup>181</sup> y la polución<sup>182</sup>, que son las formas importantes de causarlos, aunque no las únicas.

---

<sup>180</sup> La ley de Protección del Medio Ambiente de Ontario del Estado de Canadá (*The Ontario Environmental Protection Act*) define el daño ambiental como todo aquello que es susceptible de causar un efecto adverso al medio ambiente, tales como: a) deterioro de la calidad del medio ambiente natural por cualquier uso que a éste se le dé, b) lesión o daño a la vida animal o vegetal, c) daño o malestar material a cualquier persona, d) un efecto adverso en la salud de cualquier persona, e) deterioro de la seguridad de cualquier persona, f) Provocar la incapacidad de cualquier propiedad o de la vida o vegetal, g) Pérdida del disfrute del uso normal de la propiedad, y h) interferencia con la conducción normal de los negocios. En cambio, la Ley Alemana de Responsabilidad Ambiental va sobre la misma óptica al definir el daño ambiental, estableciendo las causas de su realización, la referida ley dice: "Existe un daño por alteración al medio ambiente, si dicha alteración resulta causada por materias, vibraciones, ruidos, presión radiaciones, gases, vapores, temperatura, o fenómenos similares que se extienden en el suelo, aire o agua."

<sup>181</sup> La LMA en el artículo 5 define como contaminación, en *conceptos y definiciones básicas*: "La presencia o introducción al medio ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora o la fauna, o que degraden la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo o de los bienes y recursos naturales en general, conforme lo establece la ley". LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 36 considera la contaminación como la introducción de elementos físicos, químicos o de energía extraños en los distintos ciclos que se dan en la naturaleza desproporcionando su composición con la consecuencia de que los procesos auto depurativos han sido sobrepasados por la actividad del hombre. En cambio, ORTEGA DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ Muñoz, *Manual de gestión del medio ambiente*, Mapfre, Madrid, 1994, pág. 156, define la contaminación como la alteración de una sustancia, organismo o medio por efecto de materiales (residuos), energía u organismos liberados incontroladamente que proceden en la actividad humana. Desglosando los efectos sobre los recursos naturales, sobre el patrimonio histórico-artístico, efectos estéticos y efectos económicos.

Así, otros géneros de daños ambientales son la destrucción o el deterioro físico de un determinado elemento o espacio natural de manera mecánica o por actos del agente, como la muerte de especies, incendios forestales, el incumplimiento de obligaciones de hacer o de prevención, etc<sup>183</sup>. Ya el Libro Verde sobre reparación de daño ecológico presentado por la Comisión Europea en 1993, consideró fundamental la confección de una definición jurídica de daño al medio ambiente, entendiendo que tal definición será la que rija «el proceso de determinación del tipo y campo de aplicación de las correspondientes medidas de reparación y, consiguentemente, los costes que pueden llegar a recuperarse por la vía de la responsabilidad civil»<sup>184</sup>. No nos parece esta conclusión, pues una vez ocasionado el daño al medio ambiente es preciso que exista una delimitación jurídica del mismo a los efectos de la consideración del nacimiento de la responsabilidad y la exigencia de ésta a su causante<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> La polución ambiental, se define como proceso de contaminación intensa y dañina para el medio ambiente por agentes biológicos, químicos o físicos (radiactividad, vibraciones, ruidos, los cuales pueden distinguirse dos tipos de polución: a) la debida por contaminantes no degradables (pesticidas, ciertos detergentes, algunas sales metálicas, entre otros), de nula o muy lenta eliminación por el medio, b) la producida por contaminantes biodegradables (aguas residuales domésticos, desechos orgánicos, etc.) que admiten una descomposición por procesos naturales, pero que no se asimilan por la naturaleza debido a que por su cantidad o por cualquier otra circunstancia, se sobrepase dicha capacidad de eliminación. La presencia moderada de estos elementos no se considera como verdadera polución, sino desde el momento en que sobrepasa la capacidad de asimilación natural, y produce alteración en los ecosistemas. Vid. el Diccionario Enciclopédico LAROUSSE, Tercera edición, 1984.

<sup>183</sup> Vid. al respecto CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., págs. 19-23.

<sup>184</sup> Además concibió que el deterioro al medio ambiente es cualquier degradación física y biológica importante del medio ambiente. Vid. Libro Verde..., cit. pág. 149.

<sup>185</sup> La ley del Medio Ambiente de Colombia, en el artículo 42 de la ley de 1993, sostiene una connotación extensa de lo que constituye daño al medio ambiente y dice "es el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes". Este texto debe ser interpretado en concordancia con el artículo 8° del decreto 2811 de 1974, porque en este se ejemplifican los factores que deterioran el medio

La concepción de daño ambiental, como la del artículo 5 de la LMA, han venido delimitándose. Para el caso, en la Unión Europea se ha legislando en los diferentes sectores de la acción comunitaria. Después de los citados Libros Verde y Blanco sobre responsabilidad ambiental, se diferenció los daños causados a los recursos naturales de los daños ambientales, definiendo los primeros como la alteración, modificación, deterioro, destrucción o la pérdida de estos recursos y los segundos como la pérdida o el deterioro de algunos usos o servicios públicos como consecuencia de los daños causados a estos recursos naturales<sup>186</sup>.

La Directiva 2004/35/EC sobre *Responsabilidad Ambiental en Materia de Prevención y Restauración de los Daños Ambientales*, entiende los daños ambientales, tanto en relación a la biodiversidad —concepto limitado al

---

ambiente y consecuencia precisa una serie de acciones que puede derivarse los daños ambientales, y dice el artículo en comentario: "Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros: a) la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables. Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica. b) la degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras. c) las alteraciones nocivas de la topografía. d) Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas. e) La sedimentación en los cursos y depósitos de agua. f) Los cambios nocivos del lecho de las aguas. g) La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos. h) La introducción y propagación de enfermedades y de plagas. i) La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas. j) La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales. k) La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria. l) La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios. m) el ruido nocivo. n) el uso inadecuado de sustancias peligrosas. o) la eutrofificación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas. p) La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud

<sup>186</sup> *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental...*, cit. pág. 5.

estar definido con relación a las directivas de Hábitats Naturales y de Aves— a las aguas —objeto de la Directiva Marco de Aguas—<sup>187</sup>, como la contaminación del suelo. Dicha directiva define los daños como el cambio adverso commensurables en un recurso natural o el perjuicio commensurable a un servicio de los recursos naturales, causados indirectamente o directamente, por cualquiera de las actividades contempladas en la directiva, distinguiendo entre daños ambientales y daños causados a la biodiversidad<sup>188</sup>, considerada como recurso natural. La definición de daños ambientales que proporciona la directiva, se orienta a la reparación de los mismos y a la restauración ambiental.

### **3.4. Tipos de daños ambientales**

El daño ambiental, según los autores HENAO<sup>189</sup> y GOMIS CATALA<sup>190</sup> pueden ser: *a) daños ambientales propiamente tal, denominados «puros»; y, b) el daño ambiental consecutivo que se deriva de éste*<sup>191</sup>.

<sup>187</sup> Vid. La Directiva 2000/60 CE DO L de 22/12/2000

<sup>188</sup> La Directiva 2004/35/EC sobre *Responsabilidad Ambiental en Materia de Prevención y Restauración de los Daños Ambientales*, establece que se entiende por biodiversidad.

<sup>189</sup> HENAO PÉREZ, J. C., op. cit., pág. 145, sin embargo, el autor francés PRIEUR, M., op. cit., pág. 729, prefiere clasificar los daños ambientales, en: daños sufridos por contaminación, que son sufridos por patrimonio identificables y particulares y los daños ecológicos propiamente dichos, sufridos por el medio natural, en sus elementos inapropiable y apropiables, Mientras TRAUBERMAN clasifica los daños al medio ambiente según afecte a la salud de las personas, a los recursos naturales o tengan un carácter pecuniario, por su parte RABIN, distingue entre daños individualizados y daños masivos. Ambos autores citados por DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...* cit. págs. 90-91. Además destaca este autor que el STS, en ocasión al tema lo ha clasificado siguiendo las líneas clásicas: en daño patrimonial y daño moral y daño emergente y lucro cesante, esto es que las pretensiones planteadas van encaminadas a resarcir daños patrimoniales.

<sup>190</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 67, del mismo criterio es el autor colombiano CASAS, S. op. cit., pág. 145.

<sup>191</sup> CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., págs. 23-26, prefiere tipificar en daños ambientales y daños derivados de daños ambientales, haciendo alusión que los daños

En el primero los daños van dirigidos a los elementos que conforman el medio ambiente y que no afectan especialmente a personas determinadas, sino exclusivamente al medio natural en sí mismo considerado, es decir, las cosas comunes que se denomina como «bienes ambientales» tales como: el agua, el aire, la flora, la fauna salvaje y al patrimonio cultural. Se trata entonces de aquello que ha convenido llamar perjuicios ecológicos puros<sup>192</sup>.

El daño ambiental puro se caracteriza por afectar el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes, por ser «supraindividual», nos alejamos de la esfera estrictamente individual, en el sentido de bienes apropiables. Es aquí donde nuevamente el Derecho Ambiental permite predicar que el agravio al patrimonio no es individual en su sentido clásico, sino en su sentido socializado. Acá el daño se da directamente al ecosistema y repercute indirectamente al ser humano que se sirve de él; por ello la persona puede reclamar a favor del ecosistema, gracias a esa relación.

En consecuencia, el daño ambiental está indudablemente relacionada con otro concepto que denominamos *daño ambiental consecutivo o personal*, bajo el cual se estudian las repercusiones de una agravio al medio ambiente respecto de una persona determinada, es decir, los desenlaces que el deterioro ambiental generan en la persona, ya sea su salud, integridad

---

ocasionados a las personas (salud e integridad física o patrimonio de una persona), pueden ser derivados de los daños ocasionados a cualquier elemento que conforma al medio ambiente.

<sup>192</sup> En cambio DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 88, define al daño ambiental como aquel sufrido como una persona determinada como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (intoxicación por haber bebido agua contaminada por industrias), o en sus bienes cuando éstos forman parte del medio ambiente (un bosque) o cuando resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente. Lo cual en la actualidad tal definición ha quedado muy limitada conforme a las nuevas tendencias de protección ambiental. Por lo cual podría decirse que mantiene una postura antropocentrista, por no considerar daño ambiental aquel que ocasiona un perjuicio a la naturaleza.

física y moral o en sus bienes apropiables e intercambiables. Esta es una de las características de los daños ambientales, pues dicho daño se causa siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre la integridad o la salud de las personas o sus bienes individuales<sup>193</sup>.

En efecto, la persona tiene posibilidad de accionar en su nombre para pedir una indemnización propia, —daño personal— como de accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede apropiar, pero de la cual goza o disfruta, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro. En virtud que el daño se ocasiona directamente a los ecosistemas e indirectamente al o a los seres humanos que se sirven de él, la persona solo puede reclamar a favor del ecosistema gracias a la relación con éste.

La precisión es importante porque cierto sector de la doctrina ha definido el daño ambiental no solo como aquel que lesiona el derecho colectivo del medio ambiente, sino como aquel que lesiona derechos individuales apropiables<sup>194</sup>, es decir, que dicho daño «puede lesionar un propietario o un poseedor, así como una persona que solo posea el derecho de vivir sin molestias»<sup>195</sup>. En suma, el daño ambiental puro *es la disminución de los bienes colectivos que conforman el medio ambiente* y daño ambiental

---

<sup>193</sup> El daño ambiental personal se califica como un daño a la salud de la persona, daño físico (aunque no de manera excluyente, sino acumulativa, con daños de otra naturaleza), porque desmejora las potencialidades humanas, una pérdida en las potencialidades vitales, que afecta derechos personalísimos, inherentes a la persona. Vid. GOLDENBERG, I. H., y CAFFERATTA, N., *Daño ambiental. Problemática de la determinación causal*, segunda edición., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 5.

<sup>194</sup> El daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no sólo el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y le otorga la legitimación al damnificado para accionar en reclamo de una reparación de resarcimiento o perjuicio patrimonial o extramatrimonial que le ha causado. Ibíd., págs. 7-8.

<sup>195</sup> HENAO PÉREZ, J. C., op. cit., pág. 148.

consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano.

En cuanto la definición del artículo 5 de la LMA, transcrita en los párrafos anteriores, se encauza en esta clasificación porque hace distinción entre los daños que son ocasionados al medio ambiente propiamente tal, y el daño que sufre las personas directamente, sin embargo, considera grave el daño ocasionado a la salud de las personas, por lo que no cabe duda que toma una postura *antropocentrista*, porque considera los efectos que puede ocasionar el daño a cualquier elemento del medio ambiente, como graves, incluso irreversibles, para el hábitat humano de las presentes y futuras generaciones.

Finalmente, la distinción entre daño ambiental puro y daño ambiental consecutivo, consigue precisar lo indemnizable por una u otra vía, así como los límites y alcances de la reparación del daño ambiental. Esta distinción marcará no sólo la forma de reparación del daño, sino la finalidad de cada acción que busca proteger el medio ambiente.

### **3.5. La trascendencia de la entidad del perjuicio en la teoría del daño ambiental: el daño permitido**

Unos de los aspectos que se plantea en el instituto del daño ambiental, respecto a la temática de la responsabilidad ambiental, es qué estándares son asimilables y recuperables por el propio medio ambiente. Se trata de analizar si el perjuicio leve puede configurarse como daño ambiental. Es decir, cuándo existe daño ambiental, y en qué medida puede concebirse como tal. Ante impactos y actividades que no revisten mayor importancia y no originan daño en sí; y que en consecuencia, puede ser toleradas y no ser consideradas como daño ambiental en virtud de la insignificancia y la capacidad de autorrestauración.

Teniendo en cuenta la tolerancia, sobre todo en virtud de la preservación de otros bienes jurídicos, como el desarrollo económico compatible y sostenible, no alcanzaría la consideración jurídica aquellos daños que no supongan una alteración de la funcionalidad de los elementos y sistemas ambientales<sup>196</sup>, como por ejemplo la contaminación con productos biodegradables en escasa cantidad y asimilables por el medio.

No obstante, dicha tolerancia ha de comprobarse mediante oportunos estudios técnicos sobre los efectos para el medio ambiente, reflejándose, normalmente, con la oportuna evaluación del estudio. La autorrestauración operaría como parámetro de definición del daño ambiental a los efectos jurídicos del nacimiento de responsabilidad del agente contaminante<sup>197</sup>.

En cuanto a la consideración del perjuicio estético como daño ambiental, por ejemplo, la ruptura de un paisaje natural, siguiendo este

---

<sup>196</sup> En este sentido, el anexo 3 del Libro Blanco, había entendido que no puede considerarse daño a toda modificación de la cantidad o de la calidad de los recursos naturales o de los servicios ofrecidos por estos recursos, sino que para alcanzar tal consideración habría de fijarse unos criterios mínimos delimitadores. Al respecto, también vid. HUTCHINSON, T., Tomo II, op. cit., pág. 51, quien considera que es tolerable el daño ambiental que la comunidad debe aceptar por no ser antijurídico al estar permitido dentro de los parámetros determinados por el Estado.

<sup>197</sup> En todo orden jurídico, se permiten en aras de armonizar la tensión entre medio ambiente y desarrollo, ciertos niveles de contaminación que pueden considerarse como lícitos, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la LMA en el artículo 5, *en conceptos y definiciones básicas*, define como niveles permisibles de exposición, como "aquellos parámetros, físicos, químico o biológico, que indican el máximo o mínimo grado de concentración, o los períodos de tiempos de exposición a determinados elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia en un elemento ambiental puede causar daños o construir riesgo para la salud humana". Esta ley por tanto, permite ciertos grados de contaminación que no sean dañinos a la salud humana y al medio ambiente. En cambio, la ley alemana sobre responsabilidad ambiental "*Unwelhg*", excluye el deber de reparar, si se daña el medio ambiente de forma insignificante o en una medida tolerable, en el mismo sentido el Convenio de Lugano manifiesta que no resulta responsable, si el daño procede de una contaminación de un nivel tolerable.

mismo criterio, y dada la consideración del medio ambiente como interrelación de sistemas o subsistemas, podrían considerarse o no daño ambiental, en virtud de su entidad, que vendría configurada por el daño sufrido por ciertos elementos representativos y característicos de dicho paisaje.

El límite estaría en su tolerabilidad por el sistema. Desde otro punto de vista la entidad del perjuicio tendrá extremada importancia en cuanto a la exigibilidad de su restauración por el responsable cuando dicho daño sea tan grave y que resulte irrecuperable el medio ambiente o el sistema dañado. En conclusión, habrá daño ambiental siempre que exista disminución de algún componente del medio natural que revista importancia para su desarrollo vital.

### 3.6. Formas de clasificar los daños ambientales

Partiendo de los daños causados a cualquier elemento que conforma el medio natural —daño ambiental puro—, y los daños que de rebote repercuten en la calidad de vida de las personas, tanto en su salud, o en un patrimonio individual determinado, podemos realizar distintas clasificaciones<sup>198</sup>, a saber:

#### 3.6.1. En función del carácter daño

a) *daños antijurídicos*: daños ocasionados por conductas que infringen la normativa protectora del medio ambiente o por actividades lícitas; y,

b) *daños no antijurídicos*: no toda la degradación del medio ambiente, tal como hemos explicado<sup>199</sup> es sujeto de reparación, ya que existe una disponibilidad de recursos naturales que pueden considerarse consumibles.

---

<sup>198</sup> Vid. al respecto, CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 28 y ss., donde hace un amplio desarrollo de las distintas clasificaciones de los daños ambientales.

<sup>199</sup> Vid. supra, epígrafe 3.5.

Por ejemplo, daños ocasionados por actividades relacionadas con el desarrollo social; actividades que conlleven un riesgo —fábricas, petroleros, entre otros, necesaria para el desarrollo económico—.

Con el paso del tiempo y los avances de la tecnología los recursos naturales han ido sometiéndose cada vez más aun proceso de utilización más intenso, ocasionado que la capacidad de auto regeneración del medio ambiente desaparezca o se dilate, con el resultado de un deterioro ambiental.

La mayor o menor tolerancia por el medio ambiente y su relación con la idea de desarrollo sostenible van a determinar que un daño sea jurídicamente admisible o no, y en qué medida. En función de tal *antijuricidad* se podrá establecer un mayor o menor juicio de reproche sobre el mismo. De esta manera existirán actividades que causen daños, pero que no se genere ningún tipo de responsabilidad<sup>200</sup>.

### 3.6.2. Por el causante del daño

Estos pueden ser daños ocasionados por un causante determinado o conocido. Normalmente el causante del daño será:

- a) un particular, un empresario o industria;
- b) varias particulares o empresarios conjuntamente;

---

<sup>200</sup> El carácter antijurídico del daño va venir dado por el momento y las circunstancias concretas. La sociedad va determinando cuales son los daños admisibles, mediante el derecho y tal admisibilidad dependerá de los conocimientos científicos y de los avances que se vaya produciendo, de forma que hoy día pueda considerarse lícito, por no existir posibilidad de disminuirlo atendiendo a la técnica o por no suponer un incremento comparativamente importante de la contaminación o daño de un recurso puede ser en el futuro antijurídico por existir tecnología adecuada para minimizarlo por requerir el recurso natural que se recibe el daño una protección mayor. Por ejemplo un vehículo, en un futuro estará prohibido al existir vehículos que funcionen con energía solar. Vid. BERSALU PARKINSON, A. *Teoría del riesgo permitido*, en "Revista de responsabilidad civil y Seguros, la ley, año 1999, Buenos Aires, pág. 65 y ss.

- c) una actividad pública, individualmente concurrente con otras; y,
- d) una actividad pública en consecuencia con una actividad privada.

También puede ser daños ambientales de origen desconocido o indeterminado. En este sentido, por ejemplo, se puede considerar daño ambiental un cambio climático que produce el efecto invernadero, ocasionado por la alteración de la composición química de la atmósfera por la emisión de gases como CO<sub>2</sub> y que no pueda imputarse a personas determinadas.

### **3.6.3. Por la concurrencia del elemento subjetivo**

- a) daños intencionados y meramente culposos; y,
- b) daños accidentales, donde interviene el caso fortuito o la fuerza mayor.

### **3.6.4. Por la forma en que se produce se puede distinguir**

- a) *daños por acción*. Son aquellos actos realizados por actos concretos; y,
- b) *daños por omisión*. Son los producidos como consecuencia de no haberse tomado las medidas necesarias para que no se realizaran los daños, o que se deben a negligencia del sujeto responsable a quien atribuirle el deber de evitarlos, esto es, la *posición de garante*.

### **3.6.5. Por sus efectos en el tiempo**

- a) *daños inmediatos*: cuando los efectos del daño se manifiestan al realizarse el hecho causante del mismo; y,
- b) *daños diferidos*, futuros y sobrevenidos: cuando los daños se producen a medio o a largo plazo, es decir, transcurrido un cierto tiempo desde que se produjo el hecho o actividad dañosa<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> El Libro Verde, en cuanto a la reparación de daño ecológico hace referencia a la posibilidad que dicho daño se produzca como consecuencia del efecto acumulado de

Ambos tipos de daños tienen en común que son consecuencia de un acto u omisión determinado en el tiempo. Es decir, podríamos decir que serían daños de *consumación instantánea*. Además, puede ser daños permanentes cuando, aún originándose instantáneamente, sus efectos permanecen en el tiempo. Pero también existen los daños continuados, que se producen a partir de la realización sucesiva e ininterrumpida de tales acciones u omisiones que progresivamente van ocasionando el daño que termina siendo resultado de la acumulación de tales acciones. Muchos de los actos perjudiciales para el medio ambiente provocan daños de ambos tipos inmediatos y diferidos<sup>202</sup>.

### 3.6.6. Por sus consecuencias para el medio ambiente

a) *daños reparables*: cuando se puede reponer el medio ambiente dañado al estado en que se encontraba antes de la causación del daño. Estos daños pueden ser reversibles o *restaurables* por el propio medio a través de sus procesos *autodepurativos*, o bien necesitan la intervención humana, utilizando diferentes medios científicos o técnicos; y,

b) *daños irreparables o irreversibles*: cuando la pérdida de las características del bien ambiental o la alteración o destrucción del ecosistema dañado es tal que no puede ser restaurado o repuesto al estado en que se encontraba antes de la causación del daño. Son irreparables normalmente aquellos que recaen sobre bienes o elementos no sustituibles. Aquí puede observarse la definición del artículo 5 de la LMA, porque en caso de ser irreparables, establece que se indemnizará al Estado.

---

varios contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio, siendo imposible determinar cuál de todos esos actos es el causante del daño concreto. (op. cit., apartados 2.1.5.i.).

<sup>202</sup> Al respecto puede verse: DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pág. 95; GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 90 y ss.

### 3.6.7. Por sus consecuencias para los seres humanos

Daños con repercusión directa para el ser humano, pueden ser:

- a) daños al medio ambiente que ocasiona efectos sobre la salud humana;
- b) daños ambientales que ocasiona otros daños sobre el patrimonio de la persona, individualizado, cierto y evaluable económicamente;
- c) daños que no afectan a la salud del ser humano, pero afecta su calidad de vida, por ejemplo los daños estéticos; y,
- d) daños sin repercusión para el ser humano. No obstante, entendemos que sería más acertado hablar de daños cuya repercusión sea tolerable.

## 3.7. Las características de los daños ambientales

### 3.7.1. Afectación de intereses colectivos

En la sociedad masificada actual se presentan nuevas técnicas industriales peligrosas y grandes manifestaciones dañosas. Las soluciones comunes del instituto de la responsabilidad no siempre dan respuesta a los nuevos problemas<sup>203</sup>. En este sentido uno de los ejemplos más representativos lo constituye el medio ambiente, pues la víctima es de tipo plural: la *colectividad*.

---

<sup>203</sup> En la actualidad, se genera una cadena de fenómenos dañinos que producen en el conglomerado agravios de carácter masivo los que no sitúa ante una serie de acciones a un número plural de personas y que causan una gran cantidad de perjuicios, la aglutinación de población y la falta de lazos de solidaridad entre los miembros que la integran han llevado a que se hable de sociedad de masas y no de personas. Estamos en presencia de un daño colectivo que no supone la lesión de carácter individual, sino que se extiende a intereses generales. Vid. al respecto CASAS, S., op. cit., pág. 143-144.

En general, cuando se habla de los daños producidos al medio ambiente —y no pensando en los daños sufridos por un particular determinado<sup>204</sup>— se piensa en las grandes catástrofes ambientales como por ejemplo: *Chernobyl*, *Seveso*, *Amoco Cádiz*, *Exxon Valdez*, *Torrey Canyon*, o como el derramamiento de petróleo del *Prestige* en las costas de Galicia, donde los daños se extendieron a los países vecinos como Francia, ocasionando daños nocivos a las especies marinas de la región<sup>205</sup>.

Estos accidentes han provocado la indignación general y han puesto dramáticamente de manifiesto la necesidad de sanear y restaurar el medio ambiente. También desfilan ante nuestros ojos, acontecimientos de magnitud que amenazan potencialmente en contaminar el medio ambiente, como la utilización de residuos nucleares o el uso de agentes químicos o biológicos para las guerras, el manejo y transporte de hidrocarburos.

Asimismo, las emisiones de gases de las instalaciones industriales y de vehículos de motor que contaminan la atmósfera provocan el efecto invernadero y, como consecuencia, el calentamiento del planeta. De la misma manera los vertidos de aguas residuales o industriales en las ciudades que contaminan ríos o las fuentes principales de consumo de agua que sirve para el abastecimiento humano, entre otros.

Sin embargo, los daños ambientales derivados de accidentes solo constituyen una pequeña parte de los producidos hoy en día en el mundo civilizado. El daño ambiental surge cuando se llevan a cabo actividades que

---

<sup>204</sup> No hay que olvidar que los daños ambientales pueden derivar daños a intereses individuales, generalmente por inmisiones contaminantes de empresas o industrias. Estos daños pueden ser daños patrimoniales y daños personales. Vid., CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 136.

<sup>205</sup> sobre esta caracterización del daño ambiental Vid. CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., págs. 20-28; BUSTAMANTE ALSINA, J. *Derecho ambiental...*, cit. pág. 54-55; DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil...*, cit. pág. 94; HUTCHINSON, T., op. cit., Tomo II, pág. 115 y ss.

implican deterioro al medio ambiente, tal como hemos dejado evidenciado, también se manifiestan con frecuencia en acciones que no son accidentes, menos espectaculares, pero en contrapartida son más usuales y por ello más necesitados de medidas de reparación<sup>206</sup>.

Cuando se produce un daño generalmente nos encontramos ante un supuesto de daño individual, —producidos por uno o varios sujetos individualizados o por cosas pertenecientes a uno o varios sujetos también determinados—, pero para el caso de los ejemplos anteriores, es todo lo contrario, porque el medio ambiente es un derecho de titularidad colectiva, y su lesión repercute en la colectividad.

En ese sentido se constata que la víctima del daño es el propio medio ambiente, en uno o varios de los elementos que lo componen. Su repercusión en los intereses concretos y personales de un sujeto individual determinará el alcance de la legitimación procesal activa<sup>207</sup>. Con todo, no cabe duda que un agravio de los intereses colectivos —o de una comunidad determinada— difícilmente puede solucionarse con la teoría clásica de la responsabilidad civil, en donde se exige que el daño sea personal y directo, esto es, basada en la protección individual.

Estos fenómenos, que afectan la vida colectiva al poner riesgo intereses supraindividuales o colectivos, deben solucionarse con el cambio de enfoque doctrinal y con nuevas técnicas adecuadas, olvidando así, la concepción individualista. Ello debe dar paso una concepción colectiva

---

<sup>206</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, en "Ponencias del Congreso Nacional de Derecho Ambiental", Sevilla 1995, pág. 150.

<sup>207</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit. pág. 87. Esta postura también es compartida por el autor colombiano CASAS, S., op., cit., pág.142, al sostener que los daños ambientales afectan a la colectividad, y que la concepción individualista de la responsabilidad se ve modificada, porque se aborda a la persona desde una perspectiva global. Los daños ambientales se caracterizan por no poderse determinar con exactitud a las víctimas de forma particular, sino de carácter colectivo. Lo que conlleva que cualquier persona del conglomerado se encuentre legitimado para solicitar su reparación.

fundamentada en la protección del interés general, que incluso puede manifestarse como interés público, cuando se afectan bienes colectivos administrados por el Estado o los gobiernos locales<sup>208</sup>.

Es aquí donde los intereses difusos han tomado relevancia, por el número de sujetos indeterminados que pueden verse involucrados en la consecución de los daños ambientales, como emisión de gases tóxicos o daños a un ecosistema boscoso. Aunque no constituye un concepto acabado, comporta una fuerza renovadora de la insuficiencia tutela procesal. Lo cual se abordara en el capítulo siguiente.

### 3.7.2. Trascendencia al ámbito público

La responsabilidad en materia medioambiental tiene determinadas peculiaridades motivadas en la trascendencia pública de la degradación medioambiental. Es obvio, conforme a lo expresado anteriormente, que se entremezclan cuestiones de Derecho Público junto con otras de Derecho

---

<sup>208</sup> La consecuencia del daño ambiental puede ir más allá, de los intereses de una comunidad, ya que por su complejidad en ocasiones sus repercusiones trascienden las fronteras nacionales de los estados, que puede darse de las dos vías siguientes: a) Superación material de las fronteras: son aquellos casos en que los daños materialmente se sobrepasan las fronteras nacionales y afectan a otros estados. Estos daños pueden producirse directamente, cuando la contaminación supone una degradación medio ambiental en el territorio de otro estado, o bien indirectamente cuando el daño ambiental producido dentro de las fronteras se extiende, por ejemplo a aguas marítimas de orden internacionales, ríos y lagos que son compartidos por dos o más estados, lo que incidirá sobre los demás Estados que podrán verse perjudicados en la utilización de tales recursos hídricos, b) Superación jurídica de las fronteras: Esto se dan cuando la contaminación no trasciende materialmente las fronteras, pero el causante directo o indirecto del daño ambiental, pueda ser una persona natural o jurídica extranjera, que incluso puede valerse de un ente instrumental ubicado en el Estado donde se produce el daño, esto puede darse cuando el daño lo causa una filial de una compañía multinacional. En consecuencia jurídicamente abre la posibilidad que la reclamación de los daños pueda ventilarse ante los regímenes de protección del derecho internacional público y derecho intencional privado. Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Responsabilidad medioambiental en el desarrollo energético*, en ponencias "La ampliación de una Europa sostenible: problemas y oportunidades para el sector energético", Madrid 2003, págs. 3-4.

Privado, lo que conlleva que el daño no sólo tenga relaciones «*interprivados*», sino que transcienden a lo público<sup>209</sup>.

En efecto, si el daño se produce en heredades o inmuebles cuya propiedad pertenece a los particulares, los poderes públicos o la administración, en cualquier orden jurídico, tienen el deber intervenir para velar por la utilización racional de los recursos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva<sup>210</sup>.

En consecuencia, provoca que lo que inicialmente podía constituir un daño causado por un particular en la propiedad de otro particular, se transforme en una cuestión que afecte también a la colectividad, como interesada directa en la preservación del medio ambiente. De este modo se produce una especie de *publificación*, de lo que inicialmente sólo era un problema entre particulares, esto es, entre quien ha provocado la degradación y quien es dueño del predio dañado y, en su caso, aquellos

---

<sup>209</sup> JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio...*, cit., pág. 95, entiende que la construcción del daño ambiental como daño público se debe al arrastre de la técnica de la política de protección de los bienes de uso público. Sin embargo, al hacer nuestra reflexión, esta categorización del daño ambiental no significa que haya que reducirlo a bienes *demaniales*, puesto que existen bienes de otra naturaleza que tienen la consideración de bienes ambientales o bien cumplen una función ambiental, con lo cual también de ellos cabe predicar un aspecto público.

Por otra parte CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 26, sostiene que en el Derecho norteamericano se le ha denominado "*Natural Resources Damages Doctrine*" a la doctrina sobre el daño ambiental público, configurado a partir de la *Trans-Alaska Pipeline Authorization Act* de 1973 (se declaraba la responsabilidad de la compañía a la construcción de oleoducto desde Alaska hasta el sur respecto a todos los daños causados, independientemente de la titularidad de los recursos perjudicados, incluidos los recursos naturales) y la *Deep Water Port Act* de 1974. En este ordenamiento en el que se destacan la *Clean Water Act* de 1977 (más correctamente denominada *Federal Water Pollution Control Act*) y la CERCLA de 1980, además de los *Superfund*, se ha establecido con claridad la posibilidad de reclamar la restauración ambiental, la reparación de daños ambientales públicos, aunque no conlleve un daño a un patrimonial determinado para un particular

<sup>210</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., op., cit., pág. 5.

otros perjudicados en el marco de las relaciones de vecindad<sup>211</sup>. Esta manifestación del daño ambiental hacia lo público se producirá normalmente a través de algunas de actividades —aunque pueden coincidir cada una de ellas de forma simultánea— veámoslas a continuación:

*a)* cuando el daño se produce en un predio privado, puede trascender al mero interés particular de su dueño. La circunstancia que el causante del daño esté identificado o se trate de daños impersonales (sin sujeto causante identificado), es neutra a estos efectos, pues con independencia de las acciones que puedan emprender el titular del predio perjudicado, la administración, como representante y garante del interés público en la preservación del medio ambiente, podrá y deberá llevar a cabo las acciones que el ordenamiento jurídico ponga a disposición, por ejemplo, medidas de mitigación del daño ambiental, acciones procesales, entre otros;

*b)* también se producirá la trascendencia pública del daño ambiental cuando el daño ocasionado se materialice de forma precisa en bienes de dominio público, como vertidos al mar, ríos, mantos acuíferos, costas, patrimonio cultural, entre otros. Esto se trataría, tal como lo hemos clasificado, como *daño ambiental puro*, ya que no hay un particular directamente afectado en su condición de titular del bien perjudicado por dicho daño. En este caso la perjudicada directa sería la propia colectividad, si bien los particulares pueden tener la legitimación activa de la misma manera la administración pública en su condición de administradora de los bienes demaniales degradados<sup>212</sup>; y,

*c)* En otro sentido habrá publificación de lo ambiental cuando sea la propia administración la causante del daño, sea por una acción de un agente o funcionario público, o bien por *inactividad administrativa* que conlleve a

---

<sup>211</sup> Ibídem., pág. 5.

<sup>212</sup> Ibídem., pág. 6.

un daño ambiental. En este sentido la trascendencia de lo público en la degradación medioambiental puede darse tanto por comisión directa —contaminación directa de la administración— o por omisión —culpa *in vigilando*—, al no evitar, por ejemplo, un vertido de forma ilegal o por no tomar las medidas urgentes —sean *cautelares* o *anticipadas*<sup>213</sup>—, a fin de que se propaguen los daños ambientales<sup>214</sup>.

En este último aspecto debe recordarse la doble vertiente de toda potestad administrativa (poder-deber), de manera que cuando el ordenamiento jurídico pone en manos de la administración una determinada potestad no sólo permite ejercitirla, sino que *es deber hacerlo* en defensa del interés público. La actitud pasiva por parte de la administración en la utilización de sus potestades puede provocar su responsabilidad directa en la degradación medio ambiental, aunque no haya sido la causante material de dicha daño<sup>215</sup>.

En suma, la aducida mezcla de los aspectos públicos y privados en los daños al medio ambiente alcanza su máxima manifestación cuando los daños se causan en un fundo privado o han sido causados conjuntamente por una administración pública<sup>216</sup> y un particular. En consecuencia, es la

---

<sup>213</sup> Vale recordar que la tutela cautelar no se confunde con la tutela anticipada, siendo ambos fenómenos manifestaciones de los procesos urgentes.

<sup>214</sup> Sobre la responsabilidad de la administración por daños al medio ambiente: Vid. CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 321 y ss.; FORTES GONZÁLEZ, A. I., *La responsabilidad por daños al medio ambiente. En especial la responsabilidad de la administración*, en "Revista de Derecho Ambiental", número 23, 1999; GALERA RODRIGO, S., *La responsabilidad de las administraciones públicas en la prevención de daños ambientales*, Montecorvo, España, 2001; JORDANO FRAGA, J., *La responsabilidad de la administración con ocasión de los daños al medio ambiente*, en "Revista de Derecho Urbanístico", número 119, 1990; MARTÍN REBOLLO, L., *Medio ambiente y responsabilidad de la administración*, en "REDA", número 11, 1976; REQUERO IBÁÑEZ, J. L., *El Derecho Administrativo y la responsabilidad por daños ambientales*, en "REDU", número 141, 1995.

<sup>215</sup> GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., op. cit., pág. 7.

<sup>216</sup> El autor español MARTÍN MATEO, señala que la administración debe ser la principal defensora del medio ambiente, sin embargo puede ser la potencial agresora del

administración la que tendrá que responder patrimonialmente por los daños ambientales ocasionados, de acuerdo a los sistemas de responsabilidad que haya adoptado el Estado.

### 3.7.3. Exteriorizan compleja

Los daños al medio ambiente poseen diversas dificultades al momento de probar su existencia, al existir muchas dudas científicas que no resueltas. Por ejemplo, las verdaderas causas del cambio climático, los efectos nocivos para el aire provocado por las incineradoras de residuos y desechos sólidos.

Ello porque los efectos de cualquier acción contaminante suelen ser muy complejos tanto en intensidad como en el modo de exteriorizarse. Ejemplo de ello lo constituye el naufragio en 1993 del superpetrolero *The braer* en las Islas *Shetland*, en este caso a diferencia de otros desastres ambientales, la causa pudo ser rápidamente identificada al saberse exactamente cómo y cuándo tuvo lugar el contacto entre las sustancias contaminantes y el entorno natural, cuyos efectos inmediatos pudieron ser claramente observados. Sin embargo, existe gran incertidumbre en torno a la magnitud del daño ocasionado y qué efectos puede producir a corto y largo plazo.

En consecuencia, hay que tener presente que el daño al medio ambiente ocasiona desequilibrios a los ecosistemas, conllevando a lo largo

---

mismo, en virtud de la constatada ampliación de competencias públicas materializadas en proyectos e iniciativas de gran envergadura de trascendencia para el medio y la dispersión de las responsabilidades múltiples organismos y entes que propenden a defender celosamente sus funciones y anteponer quizá los interés que sectorialmente administran. Es por ello que la administración debe estar sujeta a los postulados ambientales cuando lleva a cabo cualquier proyecto potencialmente al medio ambiente, tales como: construcción de obras públicas, vertidos operaciones de producción, gestión de residuos entre otros. Citado por LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., pág. 92.

del tiempo efectos acumulativos o de sinergia. Esto en virtud de la interdependencia entre los recursos bióticos y abióticos de un ecosistema. Por ejemplo, la contaminación del agua puede afectar a una de las especies de la flora y repercutir a su vez a la fauna del lugar contaminado, como la caída de una piedra en un estanque de agua que provoca ondas que se expanden.

La complejidad de los efectos del daño ambiental pueden ser tales que incluso, sin descartar la posibilidad de reducción del mismo, los más monstruosos medios de contaminación ambiental pueden tener efectos positivos inesperados.

Para el caso, GOMIS CATALA<sup>217</sup> brinda un curioso ejemplo al respecto. Se trata de unos fabricantes de productos químicos que enterraron grandes cantidades de residuos alcalinos tóxicos en *Lancashire*, las consecuencias al principio fueron devastadoras sobre el medio ambiente en los lugares de los ríos de sus proximidades, que fueron privados de todo tipo de vida, el suelo afectado fue incapaz de mantener vida vegetal. Sin embargo, con el paso del tiempo el suelo mojado por las lluvias y alterado por el dióxido de carbono acido hizo que el hidróxido de calcio desapareciera de la capa superficial. Esto dejó un suelo excesivamente calizo, conteniendo nutrientes que permitieron una espectacular colonización de orquídeas sin comparación con otras especies. Este lugar es actualmente protegido al ser uno de los más importantes del Reino Unido en cuanto a la vida vegetal.

Otros de los casos de complejidad de los daños ambientales son los que no se manifiesta al instante, esto sucede, por ejemplo, en las empresas dedicadas a las industrias químicas que emplean productos tóxicos más allá de las cantidades permitidas legalmente, afectado al aire y la salud humana,

---

<sup>217</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit. pág. 73 y ss.

incluso a las demás especies tanto animales como vegetales. Del mismo modo la exposición de grandes cantidad de humos emanados de vehículos de motor, pues el daño, en algunas ocasiones, no es sensible al instante, sino de forma paulatina, cuando exista una cantidad significativa en el medio ambiente y afecte la calidad del aire<sup>218</sup>.

Es necesario aclarar, tal como hemos señalado, que los daños pueden manifestarse de forma inmediata, ante una diversidad de actividades como: grandes explosiones, derrames de vertidos de cualquier naturaleza y la emisión de sustancia químicas de niveles tóxicos o nucleares. Podría decirse que se muestran como *daños de repercusión vertiginosa* en el medio ambiente, ocasionando efectos inmediatos en la calidad de vida humana y de las especies afectadas.

De lo anterior se infiere que las dificultades para probar la existencia de los daños ambientales son complicadas y sus resultas contribuyen a la obstaculización de la evaluación del daño al medio ambiente, ya que implica la utilización de métodos científicamente sofisticados. Es por ello que ocasiones se presentan dificultades para probar el nexo causal del daño ocasionado, y, en consecuencia, la imputación del daño, a lo cual ofreceremos algunas alternativas en cuanto a la problemática<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Los daños ambientales son diferentes a los restantes perjuicios, pues "no es daño común" por lo general se caracteriza por: a) Son en muchas ocasiones despersonalizados o anónimos, con difícil determinación del agente, b) Suelen alcanzar y provocar un número elevado de víctimas, con repercusión a los ecosistemas, c) Pueden ser el resultado de actividades especializadas que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas, y d) Los daños casi siempre son complejos y graves para el medio ambiente natural, cuando se daña el agua y al aire pueden dañar la salud humana y la vez biodiversidad, repercutiendo así en el medio ambiente en general. Vid. GOLDENBERG, I. H., y CAFFERATTA, N., op. cit., pág. 11.

<sup>219</sup> Vid. supra del presente capítulo.

### 3.7.4. La gravedad de los daños ambientales

Los daños a cualquier elemento que conforma al medio ambiente siempre se manifiestan de forma compleja y sus resultados son graves, por las diferentes formas de contaminación que actualmente amenazan a la humanidad entera, fundamentalmente por la actividad de los seres humanos<sup>220</sup>. Así, por ejemplo, la contaminación atmosférica se produce por diversos componentes químicos, que si bien han existido como elementos naturales, las concentraciones por la acción desmedida de los seres humanos, fundamentalmente por partículas tales como: bióxido de azufre, monóxido de carbono, hidrocarburos, óxidos de nitrógeno, entre otros, están ocasionando las siguientes consecuencias en el entorno natural.

#### 3.7.4.1. Las lluvias ácidas

Éstas se forman por la combinación de los productos derivados del petróleo, carbón, leña, etc., con el agua de las capas de las nubes producen ácidos, que, sumados otros derivados de la industria, se precipitan en forma de lluvia, nieve o niebla; esparciéndose con los vientos. Alemania es el país europeo en donde este tipo de fenómeno tuvo mayor incidencia, por lo que decidieron imponer para la Comunidad Europea la obligatoriedad del uso de catalizadores para los vehículos automotores diseñados con tecnología avanzada.

---

<sup>220</sup> Los daños al medio ambiente, entendida como una alteración del orden cotidiano con repercusiones negativas para uno o varios ecosistemas, no son exclusivo de la acción humana, ya que desde tiempos primitivos, el planeta ha sido afectado por grandes catástrofes naturales, donde nada tiene que ver la intervención humana. A modo de ejemplo podemos citar lo que sucedió en África meridional, en 1980, cuando de un lago emergió, por obra de un movimiento tectónico una gran burbuja de gases altamente tóxicos que aniquiló toda vida silvestre y vegetal circundante. Vid. al respecto LIBSTER, M. op., cit., pág. 28, de la misma manera se puede citar los grandes huracanes y terremotos de grandes magnitudes que dañan y amenazan a los ecosistemas, para el caso se tiene como un ejemplo el *tsunami* del 25 de diciembre del año 2004, que sucumbió a los países ribereños del océano Índico, siendo lo más afectados: India, Tailandia, e Indonesia.

### 3.7.4.2. El calentamiento global

Este fenómeno es también llamado «efecto invernadero», nace como resultado de la acumulación en la atmósfera de ciertos gases que se producen de manera perenne, tales como: anhídrido carbónico, oxido nitroso metano, que provienen de la combustión del petróleo, gas carbón leña y de emisiones industriales, principalmente derivadas de aerosoles, refrigerantes y extintores de incendios.

Los efectos más graves de este calentamiento global es el aumento de la temperatura global estimada entre 1,5º y 4,5º para el 2030, lo cual podría provocar el derretimiento de los hielos polares, glaciares, con el ascenso consecuente del nivel de los mares e inundación de las zonas costeras bajas, además de sequías por descomposición de otras zonas, provocando desequilibrios ambientales de gran magnitud. También el protocolo suscrito en la Cumbre de *Kyoto*, celebrada el 10 de diciembre de 1997<sup>221</sup>, precedida por la CNUMAD de 1992, estableció los límites de las emisiones de gases de efecto de invernadero, los países participantes se comprometieron a disminuir dichas emisiones en un 8% entre los años 2002 y 2015, algo que todavía está por cumplirse<sup>222</sup>.

En El Salvador se han tomado medidas para regular las emisiones de gases por vehículos automotor, a fin de evitar el efecto invernadero, en ese sentido la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad de 1995, en el capítulo único «de la contaminación ambiental» prohíbe, en el artículo 100, a partir del uno de julio de mil novecientos noventa y seis, la circulación de vehículos automotores que utilicen o

---

<sup>221</sup> Ratificado por El Salvador, D.L. N° 414, del 17 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N° 192, Tomo 341, del 15 octubre de 1998.

<sup>222</sup> Vid. PANAGOS BARRETO H. "La Liquidación del perjuicio ambiental ", en AAVV., *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá, 2002, págs. 560 y 577.

contengan más de trece milésimas de gramo de plomo por litro de combustible como aditivo. (0.013 g Pb/Litro).

Además, proscribe el uso de diesel como combustible en automotores, que contenga como impureza azufre que sobrepase el límite estándar permisible por las normas internacionales de protección al medio ambiente. El artículo 106 de dicha ley otorga competencia a la Dirección General de Tránsito para exigir, previo a la entrega de la tarjeta de circulación del vehículo —y en cada una de sus refrendas—, el certificado vigente de control de emisiones de gases, humo y ruido.

### 3.7.4.3. La disminución de la capa de ozono

Ésta actúa como una pantalla protectora que absorbe las radiaciones ultravioletas, siendo el filtro para quitar la magnitud de los rayos ultravioleta del sol. La disminución opera en razón de los gases *clorofluorcarbonados* —los empleados en la refrigeración, aire acondicionado y aerosoles— que además de jugar su rol en el efecto invernadero, reaccionan destruyendo el ozono de la atmósfera. Como se sabe, en la Antártica se ha comprobado la existencia de un agujero en la capa de ozono y también se ha registrado evidencias que existe otro en el hemisferio norte, el que afectaría en las zonas pobladas.

En consecuencia, al deteriorarse la capa de ozono el impacto ambiental producido es nocivamente grande, ya que las personas al exponerse a los rayos solares pueden padecer enfermedades como el cáncer de piel o daños en la retina. De igual forma afecta los ecosistemas, principalmente al crecimiento de las plantas<sup>223</sup>.

Los científicos medio ambientales acordaron en 1992 eliminar el uso de elementos químicos que afectan el ozono en un periodo de cuatro a

---

<sup>223</sup> Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J. *Derecho Ambiental...*, cit. pág. 37.

nueve años antes del plazo fijados en el Protocolo de Montreal (Canadá). Los firmantes de éste tratado convinieron en dejar de usar el cloro floro carbono. Sin embargo al tiempo de la firma del Protocolo de Montreal había que reducir el nivel de producción de elementos químicos en un cincuenta por ciento hasta el 2010<sup>224</sup>.

El Salvador es suscriptor del Protocolo de Montreal<sup>225</sup> y, para tales efectos, el Órgano Ejecutivo aprobó el *Reglamento Especial sobre el Control de las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono de 2000*, cuyo objeto es regular la importación y el consumo de las sustancias agotadoras de la capa de ozono estratosférica y cumplir las obligaciones que emanan del citado protocolo. Su aplicación se extiende a todas aquellas personas que importen y consuman las sustancias agotadoras del ozono y sus mezclas reguladas en el protocolo y en el anexo 2 (artículo 1 y 2 del Reglamento). En este sentido otorga competencia al Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales para que controle y supervise la utilización de las sustancias tales como: cloroflorocarbono, hidrocloruro florucarbonado y tetracloruro de carbono<sup>226</sup>.

Por otro lado, existen otros daños significativos, como la deforestación de los bosques y el avance tecnológico agropecuario que conlleva el uso de fertilizantes y pesticidas nocivos para la salud humana, lo que trae como consecuencia la reducción de la calidad de vida y de la biodiversidad. Para el caso, uno de los mayores *ecocidios* es la devastación

---

<sup>224</sup> Vid. LIBSTER, M. op., cit., pág. 31.

<sup>225</sup> Ratificado por el D.L. N° 395, del 26 de noviembre de 1992, publicado en el D.O. N° 55, Tomo N° 326, del 20 de marzo de 1995.

<sup>226</sup> El artículo 6 del reglamento especial en mención, se entenderá por sustancias agotadoras de la capa de ozono (SAO), a los compuestos químicos, orgánicos derivados halogenados de hidrocarburos, en estado gaseoso, que se utilizan como refrigerantes, espumantes, *propelentes* en aerosoles, disolventes, plaguicidas gaseosos y gases para extintores, los cuales son químicamente estables y sus emisiones a la atmósfera destruyen la capa de ozono o la alteran significativamente.

de la selva amazónica, considerada la mayor fuente de abastecimiento de oxígeno del planeta. A esto se agrega la contaminación de los suelos por la producción de desechos industriales que la naturaleza no puede absorber por estar compuestos de materiales no reciclables<sup>227</sup>.

Otros de los efectos se pueden observar con las grandes catástrofes ambientales de derramamiento de hidrocarburos en los lechos marinos, son los daños que se ocasionan a las especies marinas y las aves que se alimentan de tales especies, por mencionar solo algunos casos que pueden ocasionar daños al medio ambiente.

Por ello, es más apropiado prevenir<sup>228</sup> que curar, dado la caracterización de los daños ambientales que se manifiestan de forma heterogénea. El Derecho Ambiental, tiene una finalidad preventiva y no punitivo, y dentro de los instrumentos de gestión ambiental es necesario valerse de la técnica del estudio de impacto ambiental<sup>229</sup> que debe realizarse

---

<sup>227</sup> *La Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*, ratificado por El Salvador por el D.L. N° 752, del 19 de abril de 1991, publicado en el D.O. N° 115, Tomo 311, del 24 de junio del mismo año, propicia la eliminación clandestina de los residuos en espacios ajenos a cualquier jurisdicción nacional o áreas nacionales de escasa posibilidad material de vigilancia para los estados a cuya soberanía se hayan sometido, por ejemplo las agua continentales y marinas han sido y siguen siendo un basurero tradicional, de plásticos, cargados de mercurio, gases venenosos, desechos radiactivos y otras acumulaciones letales, como ha sucedido en el fondo del mar Báltico: Unas siete mil toneladas de arsénico, elemento venenoso suficiente para matar al triple de la población actual. Vid. LIBSTER, M. op., cit., vid., pág 12. Igualmente en Centroamérica, El Salvador, ha ratificado el *Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos*, según, el D.L. N° 443, del 21 de enero de 1993, publicado en el D.O. N° 59, Tomo 335, del 4 de abril de 1997.

<sup>228</sup> Vid. al respecto el principio 15 de la CNUMAD de 1992, donde estipula precautorio. De igual manera la LMA estipula como principio de la Política Nacional del Medio Ambiente, en el artículo 2 literal "e" que dice "*En la gestión de protección del medio ambiente, prevalecerá el principio de prevención y precaución*".

<sup>229</sup> El artículo 18 LMA, define la evaluación ambiental, "como un conjunto de acciones y procedimientos que aseguren que las actividades, obras y proyectos que tengan un impacto ambiental negativo en el ambiente o en la calidad de vida de la población, se sometan desde la fase de pre inversión a los procedimientos que identifiquen y

previamente antes que la administración pública autorice la ejecución de cualquier acción de aprovechamiento de los bienes ambientales<sup>230</sup>.

### **3.8. El nexo causal y el problema de la imputación del daño en materia ambiental**

#### **3.8.1. Consideraciones preliminares**

La imputación es el segundo elemento que se exige para que puedan declararse responsable una persona. En todo proceso judicial de daños es necesario establecer un vínculo entre la actividad realizada y el daño causado; por tanto, la víctima del daño debe de lograr unir el nexo causal con una actividad —acción y omisión—, y el daño ocasionado, para que sea atribuida la responsabilidad a una determinada persona. Por esta razón el tema de la imputación es uno de los más difíciles en el campo de la responsabilidad, ya que establecer de manera exacta el origen del daño resulta por sí un extremo complejo, pues puede ser consecuencia de una pluralidad de causas.

La dificultad de la prueba para determinar la relación de causa y efecto entre la actividad expandida y el daño acaecido es el gran inconveniente que experimenta la responsabilidad, pero lo es aún más cuando el daño es causado el medio natural. Tal como lo afirma DE MIGUEL PERALES: «Los daños al medio ambiente, y las consecuencias que de ellos de derivan en el ámbito de la responsabilidad civil pueden tener un muy diferente origen, y en su (...) camino (...) pueden encontrarse y unirse con otras varias concausas, que hagan difícil su prueba y aun el conocimiento de su mera existencia. Las radiaciones ionizantes, emisiones y

---

cuantifiquen dichos impactos y recomiendan las medidas que los prevengan, atenúen, compensen o potencien, según sea el caso seleccionado la alternativa que mejor garantice la protección del medio ambiente”.

<sup>230</sup> Sobre estas últimas tres características del daño ambiental Vid. VALLS M. F. *Manual de Derecho Ambiental*, tercera edición, Buenos Aires, 1993, pág. 154-155.

disposiciones de sustancias peligrosas, roturas de tanques contenedores, accidentes de buques, entre otros muchos, pueden dar origen a una agresión al medio ambiente cuya magnitud, unidad por lo general a un desarrollo extendido a lo largo del tiempo, dificulta el establecimiento de la relación de causalidad»<sup>231</sup>.

Igual parecer expresa la española LEÑERO BOHÓRQUEZ, quien expone que la: «prueba del nexo causal en los daños ambientales constituye por lo general una auténtica prueba diabólica. Así se ha puesto de manifiesto como esta tarea se ve dificultada por circunstancias tales como, la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos, la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos...»<sup>232</sup>. Por tanto, conforme a las ideas antes referidas, entre las circunstancias que se presentan en la imputación en materia ambiental, y que constituyen el núcleo del problema del nexo causal, están:

a) *la multiplicidad de fuentes*: la multiplicidad de fuentes emisoras y el daño se presenta como consecuencia de una serie de causas provenientes de diversas fuentes que en algunos casos son de posible determinación, pero que en otros resultan desconocidas. El resultado dañoso con frecuencia es el resultado de diferentes focos de emisión, provocando lo que se conoce

---

<sup>231</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pág.158. En la misma idea sobre la complejidad del nexo causal en materia ambiental, VALLS M. F., op., cit. pág. 159, expresa que el estudio del nexo causal es en general, difícil y complejo y lo es aún más en el caso especial de la responsabilidad civil por daños al ambiente. En virtud de que la prueba de tal relación causal es compleja, muy técnica, complicada y costosa principalmente por la falta de inmediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quien lo sufre, la dispersión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa, por lo que el damnificado no suele estar en condiciones de afrontarla.

<sup>232</sup> LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. *La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales*, en "Medio ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental", número 3, noviembre de 1999. Universidad de Sevilla, [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus).

como *contaminación por sinergia*, lo cual dificulta probar cual de todas las actividades es la que origina el daño.

b) *la distancia de donde se origina*: es evidente la separación que existe entre, por ejemplo, una instalación industrial que emite un gas que contribuye a la formación de lluvias acidas y los efectos de ésta produce en un bosque situado a miles de kilómetros, o entre una empresa de productos químicos que vierte residuos a un río y la contaminación ocasionada en los lechos marinos. Todo ello dificulta considerablemente el establecimiento del nexo causal.

c) *el tiempo*: el hecho que el daño no se manifieste instantáneamente sino pasado un lapso tiempo puede plantear las dificultades para probar el nexo causal. Estos daños no siempre se exteriorizan de manera inmediata; sus efectos nocivos pueden llegar a presentarse en un lento y progresivo espacio de tiempo.<sup>233</sup> Con este problema se encontraron los hipotéticos afectados por el accidente nuclear en *Chernobil*: pues diez años más tarde de ocurrido el evento aún se están detectando determinadas enfermedades en personas, porque sus padres fueron expuestos a la radiación, cabiendo la posibilidad de que ésta sea la causa de la misma<sup>234</sup>; y,

d) *la duda científica*: por último no es posible perder de vista el hecho de que los conocimientos científicos en materia de medio ambiente son todavía incompletos en muchos aspectos, de manera que es probable, como señala el Libro Verde «que la parte responsable intente refutar la pruebas de causalidad presentadas por la parte perjudicada planteando otras posibles explicaciones científicas sobre el daño»<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> CASAS. S., op. cit., págs. 156-157.

<sup>234</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág.161.

<sup>235</sup> *Libro Verde...*, cit., ap. 2.1.8 pág. 11.

Frente a estos problemas hay una serie de planteamientos que tienen por finalidad resolver el inconveniente de la imputación en materia ambiental. Dado que los procesos de contaminación ambiental en su gran mayoría son imprecisos, vagos, indeterminados, progresivos, y en algunos casos hasta desconocidos y de difícil individualización; provoca que la comprobación de tales fenómenos resulte en algunas circunstancias casi imposible, tanto desde el punto de vista económico como científico<sup>236</sup>.

Esto porque los procesos contaminantes afectan de manera indistinta todo al medio ambiente natural y artificial, sea de manera directa o indirecta, lo que conduce a no tener certeza de la causa que generó el resultado y, por consiguiente, la imposibilidad de establecer de manera clara y precisa la prueba de la imputación.

Por tanto, la doctrina, la jurisprudencia y los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han buscado una serie de soluciones a fin de afrontar este problema a fin de que, en un eventual un proceso de responsabilidad por daños, la reparación del medio ambiente sea eficaz. Es prácticamente imposible que se diseñe una teoría válida para todos los casos de responsabilidad ambiental, capaz de establecer al responsable contaminante, por ello todos los estados se han mostrado reacios a admitir cualquier sistema impuesto. A lo máximo han llegado a aceptar recomendaciones de la jurisprudencia<sup>237</sup>.

### 3.8.2. Presunciones legales como forma de establecer al contaminante

Las dificultades para determinar la responsabilidad ambiental han provocado que ciertos estados regulen ciertas presunciones legales basadas en la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del demandado.

---

<sup>236</sup> CASAS, S., op., cit. pág. 158.

<sup>237</sup> GOMIS CATALA, L. *La responsabilidad...*, cit., pág. 162.

Obviamente fundamentado en el sistema de responsabilidad objetiva, pues la presunción de causalidad facilita la prueba del daño y, en consecuencia, se complica la defensa del presunto responsable, por ello no es de extrañarse que cause polémica el tema en cuestión, no obstante lo abordaremos tal como lo trata la doctrina y el derecho comparado.

Para poder establecer quién es el agente contaminador en ocasiones es necesario partir de un conjunto de *presunciones directas* e *indirectas* de la causalidad, modificando las reglas generales de la carga de la prueba; es por ello que el demandado es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño. Aquí radica la importancia del sistema de responsabilidad objetiva en materia ambiental. Además, si existe un *cúmulo de indicios* que nos permitan deducir que una persona natural o jurídica produjo un daño, el juez llegará a la convicción necesaria que ésta lo ha causado, salvo que se pruebe lo contrario, por lo tanto, se parte de unos supuestos de probabilidad, ya que el deber jurídico de reparar se plantea en términos de *credibilidad de la acción frente al daño acaecido*<sup>238</sup>.

La Ley Alemana de Responsabilidad Ambiental prevé, con carácter general, en el apartado 1 del artículo 6, una presunción de responsabilidad para una serie de supuestos, que mejoran la posición de la víctima facilitando la prueba del presupuesto, pues se presume «*iuris tantum*» que una instalación es la causa del daño cuya reparación se reclama si tal instalación es *intrínsecamente adecuada* para causar el daño ambiental. Una vez probada esa adecuación, nos dice HOFFMAN, citado por MOSSET

---

<sup>238</sup> En la doctrina argentina se establece que para resolver la problemática de la prueba del daño ambiental, los juzgadores deben de estar facultados para formar un criterio en base a la probabilidad; por ejemplo si un grupo de vecinos de alguna fábrica que procesa un químico y éste llega a los organismos de las personas, el juez debe presumir que de alguna forma llegó a contaminarse. Vid. VALLS, M. F., op. cit. pág. 159.

ITURRASPE<sup>239</sup>, es el propio demandado el que tiene que demostrar que no hubo relación de causalidad entre su actividad en la instalación y el daño causado. La carga de la prueba se traslada de la víctima al agente. Se contemplan a la vez, las excepciones a esta regla casos en los que es el propio accionante el que tiene que probar la existencia del nexo:

- a) si la prueba que ha venido siendo utilizada adecuadamente, dando cumplimiento, sin interrupción a los deberes especiales de utilización;
- b) cuando esos deberes cumplidos, impuestos por ordenanzas, reglamentos y órdenes imperativas, tengan que ver con el tipo de impacto ambiental que se juzga causa del daño;
- c) el deber se considera cumplido si se hicieron controles, durante el tiempo que se estima, coincide con el del impacto, sin encontrar violación alguna;
- d) con el paso del tiempo prolonga —diez años— se permite pensar que la instalación es ajena al daño;
- e) La presunción también desaparece si se prueba por el demandado otra circunstancia que también es intrínsecamente adecuada para ese daño; y,
- f) La aplicación de la excepción hace que la carga de la prueba vuelva a pesar sobre la víctima<sup>240</sup>.

De acuerdo con esa disposición, como se dijo, se presume que una instalación industrial es la que causa del daño cuya reparación se reclama si ésta es capaz de causar el daño. La capacidad o adecuación se mostrará atendiendo a todas las circunstancias que la ley enumera y que rodean a cada caso en particular, a saber: a) el funcionamiento del establecimiento,

---

<sup>239</sup> Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *El daño ambiental en el Derecho Privado...*, Tomo I, op. cit. pág. 111.

<sup>240</sup> Ibíd., pág. 112.

b) los equipos utilizados, c) la naturaleza y la concentración de las sustancias empleadas, d) los datos meteorológicos, e) el momento y el lugar en el que el daño se produjo, f) la naturaleza y extensión del daño causado; y, g) cualquier otro factor que contribuya a demostrar que el daño puede haber sido provocado por la instalación.

En este sentido la víctima solo se beneficiará de la presunción, o lo que es lo mismo trasladará la carga de la prueba al demandado, si evidencia la aptitud de la instalación para producir el daño. Con este fin se requerirá los informes de expertos científicos y aprovechará a su derecho la información que la propia ley alemana concede en este campo, por tanto la víctima solo deberá probar la aptitud para producir el daño, que es bien distinto a la autoría del daño. No obstante, la prueba se puede complicar para aquellos casos en que exista lejanía entre el lugar contaminado y el presunto foco de emisión.

A su vez, el demandado puede destruir la presunción de causalidad si demuestra que la instalación ha venido siendo utilizada adecuadamente, esto es, que se han dado cumplimiento a los deberes especiales de utilización y no ha habido ninguna interrupción del negocio. Así, por ejemplo, si el explotador demuestra que ha cumplido todos los actos derivados del poder público, entre ellos: autorizaciones administrativas, impactos ambientales; entre otros aspectos de prevención del daño ambiental.

Existen otros modelos de presunciones legales que por distintas razones el legislador ha establecido, que, a diferencia del modelo alemán, plantea mayor rigidez en cuanto a las presunciones del nexo causal. Para el caso, la *Ley Japonesa de Compensación de Daños a la Salud Relacionados con la Contaminación de 1973*, plantea que aquellas personas que reúnan determinados requisitos —vivir en una área fijada, estar expuestas a

elementos contaminantes, haber pasado satisfactoriamente un examen médico previo, entre otros— son presumidas víctimas de la contaminación atmosférica, y tiene automáticamente el derecho a una indemnización económica. Reunidos los extremos apuntados la presunción juega «*iuris et de iure*» y la indemnización se vuelve exigible. La indemnización es dada por un fondo ambiental, que se fomenta con impuestos sobre ciertas emisiones contaminantes (SOx) y con una parte de impuestos sobre vehículos.

También la *ley francesa número 68-943 del 30 de octubre de 1968, relativa a la responsabilidad civil en el ámbito de la energía nuclear*, estipula en el artículo 10 una presunción de causalidad en virtud de determinados daños que se produzcan a la salud de los ciudadanos tras un accidente nuclear se presumen, salvo prueba en contrario, que son consecuencia del mismo accidente. Evidentemente si se tienen en cuenta las dudas científicas que persisten en relación con este tipo de afecciones no cabe duda de que el explotador industrial, se dificulta para excluir la presunción y devolver la carga de la prueba a la víctima.

Finalmente, otro ejemplo paradigmático en el seno de análisis de las presunciones de causalidad lo tiene el modelo estadounidense a través de *CERCLA*, en donde instaura un sistema de canalización de la responsabilidad centrada en determinadas partes potencialmente responsables, capaz de extender el alcance de las mismas a personas totalmente extrañas a la actividad que general el daño en el momento en que éste se produce, con tal fin se apoya sin lugar de equívocos en el principio de presunción de causalidad<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., págs.170-171.

### 3.8.3. La inversión de la carga de la prueba como alternativa para establecer la responsabilidad ambiental

En lo que se refiere a la doctrina existen un sin número de autores que se ocupa sobre el tema y se pronuncian a favor de la inversión de la carga de la prueba. La autora española PARRA LUCAN<sup>242</sup> manifiesta que la carga de la prueba supone no tanto la necesidad de realizar un esfuerzo procesal como la asunción del riesgo que, por falta de prueba, un hecho se dé por existente o por inexistente, sino que la inversión de la prueba al demandado es indispensable, pues si la prueba está a cargo del sujeto lesionado éste siempre estará en desventaja de todo tipo frente al autor del daño, que son generalmente empresarios que cuentan con todos los medios económicos para defenderse.

En el mismo sentido se refiere el francés DEXPAX, citado por SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, pues si la prueba está a cargo del sujeto lesionado éste se encuentra en una situación de extremadamente desfavorable, mas aun cuando la casi totalidad de los supuestos se manifiesta una desigualdad económica y financiera flagrante entre el contaminador y la víctima. Si el primero es, por ejemplo, un establecimiento industrial este dispone en principio de todos los medios financieros, hasta políticos, para hacer valer su punto de vista; y el segundo no es más que un simple personaje que no podrá hacer frente a los considerables costes de los expertos científicos.

Al mismo tiempo está el factor de la lentitud del procedimiento, esto es, el diseño procesal que afecta al *actor que tiene la razón*, por ello se aboga por un sistema existente como el de Japón referente a la carga de la prueba del nexo causal, establecidos para daños en la salud causados por

---

<sup>242</sup> PARRA LUCAN, M. A., *La responsabilidad por daños de productos*, Bosch, Barcelona 1994, pág. 251.

inmisiones contaminantes<sup>243</sup>. Por tanto, lo que se busca en un sistema efectivo de responsabilidad ambiental que permita el resarcimiento seguro de los daños ambientales. En efecto, resulta necesario abogar por la flexibilización de la prueba, puesto que solo se necesita una posible relación entre la actividad desarrollada y el consecuencial daño, para imputar el mismo a una persona determinada.

En ese sentido, CASAS nos dice: «La búsqueda de la prueba en materia de imputación ambiental debe estar marcada por una debida investigación científica y un alto grado de diligencia e ingenio, a fin de solucionar de manera acertada, en cada caso en particular, la relación que debe existir entre la actividad desarrollada y el daño. Este trabajo que debe estar en manos de las partes procesales, ya que son ellas las interesadas en sacar adelante sus pretensiones. Sin embargo, es imperioso que el juez, en ejercicio de su facultad oficiosa, participe de manera activa y, por tal motivo, esté al acecho de esta prueba»<sup>244</sup>.

También señala la autora MORENO TRUJILLO cual es el papel que debe jugar el juez en la apreciación del nexo causal, a partir de los elementos que aporten las partes para ello. Además, plantea la exigencia de un sistema que haga una enumeración de actividades industriales potencialmente lesivas de todos aquellos aspectos relacionados al medio ambiente, y de los tipos de daños que, generalmente, éstas puedan causar dentro de un marco geográfico determinado<sup>245</sup>.

Esto es de suma importancia porque hoy en día se observan la reiteración de hechos dañinos producidos por grupos de empresas, con lo

---

<sup>243</sup> SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., op. cit. págs. 243-244.

<sup>244</sup> CASAS, S. op. cit. pág. 157.

<sup>245</sup> Ibídem. pág. 158. De la misma forma se muestra a favor por un sistema de responsabilidad junto a DEXPAX, en la presunción de nexo causal en contra del contaminante. Vid. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, op. cit. pág. 244.

que se dificulta identificar al sujeto activo, ya sea individual o colectivo, lo que complica la deducción de responsabilidad civil. El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental nos dice: «Para que el régimen de responsabilidad sea efectivo tiene que ser posible establecer la identidad de los contaminadores, cuantificar el daño y establecer una relación de causa-efecto, motivo por el cual no constituye un instrumento adecuado para los casos de contaminación de carácter difuso, procedente de fuentes múltiples»<sup>246</sup>.

Esto nos demuestra, conforme a la problemática del nexo causal, la necesidad que los sistemas de responsabilidad ambiental tomen las medidas eficaces para establecer a los contaminadores que, por regla general, son empresarios que realizan actividades importantes en el mercado.

Esto permite que los costos de prevención y restauración sean financiados por quienes realmente desplegaron la conducta que dio origen a la necesidad reparadora y no por la totalidad de la sociedad no identificable. Se desprende de lo anterior la exigencia de identificar a los contaminadores, a fin de que sea procedente la responsabilidad. En ese orden de ideas, si el daño es causado por un número plural de personas claramente determinadas, surge entre ellas una fuente legal de solidaridad y, por lo tanto, frente al daño resultan solidariamente obligadas a repararlo.

En los supuestos de corresponsabilidad o pluralidad de responsables se debe aplicar el principio de la solidaridad de los responsables frente a las víctimas. Tal supuesto se presenta cuando varias personas han concurrido en la producción del daño. Con esto es posible que el afectado pueda exigir la reparación plena a cualquiera de los causantes del hecho dañino. La imposición de la solidaridad como

---

<sup>246</sup> *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental...*, op. cit. pág. 20.

regla general, en los casos de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, es un gran avance en la solución de la problemática ambiental, al exigir la reparación debida<sup>247</sup>.

### 3.8.4. Las teorías del nexo causal surgidas en el área de la responsabilidad ambiental

Tal como hemos planteado la problemática del nexo causal en materia ambiental aun sigue buscando opciones asequibles, a fin tener soluciones posibles ante un proceso judicial de reclamación por daños y perjuicios ambientales. Ello ha generado una serie de teorías la imputación del daño ambiental, las que pasaremos a desarrollar siguiendo la ilustración que nos hace el autor español DE MIGUEL PERALES<sup>248</sup>. Veámoslas a continuación:

#### 3.8.4.1. La teoría holandesa de la causa alternativa o disyuntiva

Esta teoría exime al demandante de probar el nexo causal cuando, dado el elevado número de posibles sujetos agentes, resulta materialmente imposible para la víctima probar quién fue exactamente el que produjo el daño cuya reparación se reclama. En este caso se hace solidariamente responsable a todos los posibles sujetos intervenientes, con lo que se refuerza considerablemente la protección de la víctima.

Algo parecido con lo que sostiene la teoría norteamericana de participación en el mercado, *market share*, según el cual el demandante no

---

<sup>247</sup> Esta regla en el ordenamiento jurídico salvadoreño no hay inconveniente para su aplicación, porque según el artículo 1385 del CC estipula "el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio...". También la LMA, en el artículo 100, estipula la regla de la solidaridad entre socios, administradores, trabajadores o empresas con quienes tengan relaciones contractuales, en igual sentido son responsables los contratistas y los subcontratistas.

<sup>248</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 164-165.

tiene que probar el nexo causal sin los demandados son fabricantes de un determinado producto dañoso, a partir de un mismo diseño o fórmula o han desarrollado una misma práctica fabril; el demandante no puede identificar, ni se puede exigir que lo haga, al productor concreto causante del daño, sí los productores demandados tienen una cuota relevante del mercado del producto en cuestión.

### **3.8.4.2. La teoría alemana de la condición peligrosa**

Por su parte, esta teoría predica que si la acción u omisión crea peligro capaz de provocar el suceso dañoso, tal acción u omisión puede considerarse como causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, según una valoración *ex post*. Se manifiesta de forma similar a la teoría de la responsabilidad por la contribución de riesgo, adoptada por la jurisprudencia norteamericana, en cuya virtud se permite a la víctima accionar contra uno de los fabricantes y éste deberá solventar la indemnización por haber elaborado el producto dañoso, aunque no se sepa con claridad si el producto consumido era suyo o no, por lo que se beneficia a la víctima pues puede elegir el productor más solvente.

### **3.8.4.3. La teoría de la proporcionalidad**

Sustenta que la reparación debe ser proporcional a la probabilidad de acusación del daño. Esta teoría que también ha encontrado espacio en la doctrina y la jurisprudencia, establece si hay por ejemplo un 30% de probabilidades de que el demandado haya originado el daño cuyo resarcimiento solicita el demandante, éste deberá recibir de aquel un 30% del total del daño sufrido. Las críticas a esta teoría coinciden, básicamente, con uno de los principios más importantes de la responsabilidad civil: integra reparación de la víctima.

### 3.8.4.4. La teoría de la víctima más probable

De acuerdo a esta teoría, en los supuestos en que hay varias personas que alegan haber sufrido un daño se deben resarcir a aquellas que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandado. Las críticas a esta teoría concluyen en que la determinación del nexo causal no puede imputarse exclusivamente con criterios científicos, sin haber probado jurídicamente la existencia de la relación causal.

## CAPÍTULO IV

### RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

SUMARIO: 4.1. Consideraciones iniciales. 4.2. Importancia de la potestad sancionadora como instrumento de protección ambiental. 4.3. Los principios constitucionales que rigen la potestad sancionadora de la administración ambiental. 4.3.1. Principio de legalidad. 4.3.1.1. La garantía material. 4.3.1.2. La garantía formal. 4.3.2. Principio de tipicidad 4.3.2.1. Tipicidad de las infracciones administrativa. 4.3.2.2. Tipicidad de las sanciones administrativas. 4.3.2.3. Prohibición de la analogía. 4.3.3. Principio de irretroactividad. 4.3.4. Principio de proporcionalidad. 4.3.5. El principio de prescripción. 4.4. Principio de «*non bis in ídem*» y su incidencia en la articulación entre la represión administrativa y penal de los ilícitos ambientales. 4.5. Tipos de sanciones y medidas accesorias aplicables al ámbito ambiental. 4.5.1. Consideraciones previas. 4.5.1.1. Las sanciones administrativas ambientales y las medidas preventivas. 4.5.1.2. Sanciones rescisorias de carácter ambiental. 4.5.1.3. Las medidas precautorias ambientales. 4.6. El resarcimiento de los daños ambientales como consecuencia de la infracción ambiental. Remisión

#### 4.1. Consideraciones iniciales

Como se dijo anteriormente, la Constitución de la República, en el artículo 117, además de otras leyes administrativas protectoras del medio ambiente, han reconocido el medio ambiente como derecho fundamental. Tal derecho está desarrollado ampliamente en la Ley del Medio Ambiente y en sus reglamentos de ejecución. En este orden de ideas la Constitución otorga a la administración pública las potestades administrativas con el fin de proteger el medio ambiente y ejecutar los mecanismos de gestión ambiental pertinentes.

Sin embargo, pese a que la naturaleza del Derecho Ambiental es *preventiva*, esto no significa que el ordenamiento jurídico no otorgue a la administración potestades para imponer sanciones administrativas cuando un particular o un funcionario hayan

infringido la norma ambiental, es decir, en el ejercicio del «*ius puniendi*»<sup>249</sup>.

Lo anterior se justifica sobre la base del *principio quien contamina paga*, ya que las normas preventivas coexisten con las normas represivas ambientales que cumplen las funciones de persuadir a los sujetos que intencional o negligentemente, están próximos a cometer la infracción ambiental. En este capítulo se hará un análisis jurídico y doctrinal del tratamiento de los principios constitucionales potestad sancionadora de la administración y las diversas posturas doctrinales en el ámbito administrativo ambiental.

#### **4.2. Importancia de la potestad sancionadora como instrumento de protección ambiental**

La represión de las conductas infractoras en el ordenamiento jurídico salvadoreño constituye un imperativo de forma implícita, según lo prescribe el artículo 117 de la Constitución, que manda a la

---

<sup>249</sup> Señala DE PALMA DEL TESO, A., que el objetivo del Derecho Administrativo Sancionador "es la prevención de las conductas que ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos, para lo cual se da un paso atrás y se lleva más allá la prevención. Es decir, mientras que en el Derecho Administrativo se sancionan las conductas menos graves, que ponen en riesgo el respectivo bien, en el Derecho Penal se sancionan las conductas que dañan o afectan de una manera más gravosa el mismo bien jurídico. De lo que se colige que el Derecho Administrativo tiene una competencia anterior que el Derecho Penal, correspondiéndole a aquél una misión preventiva y disuasoria de la conducta del sujeto, pues de persistir en su actuación tendría que rendir cuentas no ya ante una autoridad administrativa, sino también ante la justicia penal". (*El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 78). En el mismo sentido la jurisprudencia salvadoreña en sentencia de inconstitucionalidad del 23 de marzo de 2001, referencia 8-97, ha determinado que: "...las penas judiciales están orientadas hacia la reeducación y reinserción social del infractor, buscando asimismo la prevención de delitos... las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática, el cumplimiento coactivo de la regulación policial y de control social a cargo de la Administración; este criterio es más coherente con lo prescrito en los artículos 27 inciso 3 y 14 de la Constitución».

administración pública a velar por la protección del medio ambiente<sup>250</sup> y a procurar una utilización racional de los recursos naturales. Pues la administración es por antonomasia la llamada a realizar la gestión ambiental y la protección de todos los bienes que conforman el medio ambiente.

Sin embargo, esta disposición debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 14 constitucional, que reconoce la *potestad sancionadora* de la administración Pública<sup>251</sup>, y otorga competencia a que cualquier autoridad administrativa para sancionar<sup>252</sup> a las personas naturales o jurídicas por contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, siempre que se respeten los principios y garantías constitucionales del presunto infractor<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> Así lo prescribe la sentencia definitiva de inconstitucionalidad del 2 de julio de 1998, referencia 5-93/ 2-96/ 3-96/9-96/11-96/12/96, acumulados.

<sup>251</sup> La administración pueden en ocasión del ejercicio de sus potestades cometer algún daño ambiental, ya sea por inactividad o por un anormal funcionamiento de los servicios públicos. Si el daño ocasionado tiene connotación patrimonial, se deberá articular el proceso judicial, de reclamación de daños y perjuicios ambientales estatuido en el artículo 101 de la LMA. La acción se ejercitará contra el funcionario directamente responsable del daño y subsidiariamente contra el Estado. Esto es posible, dado que los funcionarios se encuentran sometidos a la Constitución, según el artículo 235 y 245 de la Constitución y con mayor razón pueden ser sancionados. Vid. al respecto a CASTELLÓN DEL VALLE, M., et al., *Responsabilidad ambiental (penal, civil y administrativa)*, Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 186-189.

<sup>252</sup> El artículo 14 de la Constitución de la República estipula: "...no obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad". Esta disposición quedó mejor articulada con la reforma de 1999, por los abusos realizados por la administración cuando ejercía dicha potestad, vulnerando el sistema garantista creado por la Constitución aplicados a los procesos jurisdiccionales.

<sup>253</sup> Según importantes corrientes doctrinarias el poder sancionador del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la administración pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función

En efecto, las sanciones administrativas<sup>254</sup> son uno de los principales instrumentos del ordenamiento jurídico administrativo para cumplir la normativa ambiental<sup>255</sup>. Como ya dejamos claro en los capítulos anteriores, en el ámbito del Derecho Ambiental deberán prevalecer los mecanismos preventivos administrativos, con el fin de que no se materialicen los daños ambientales, ya que «*más vale prevenir que curar*».

Para ello juega un papel importante la política de educación ambiental que nuestros países necesitan, y los instrumentos de control previo de las actividades potencialmente contaminantes o degradantes del medio ambiente, como el «estudio de impacto ambiental», donde la administración valorará el otorgamiento de permisos ambientales<sup>256</sup>, para cualquier actividad, obra o proyecto a realizar.

---

administrativa desarrollada en aplicación de referido poder sancionador estatal, como "uno solo", y se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración. Vid. al respecto sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 5 de julio de 2005, referencia 110-P-2001.

<sup>254</sup> Al respecto en general de la potestad sancionadora de la administración Pública: PARADA VASQUEZ, R., *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*, en "Revista de administración pública", número 67, 1972, págs. 41 y ss.

<sup>255</sup> En particular sobre el Derecho Sancionador Ambiental Vid: CALVO CACHORRO, M., *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

<sup>256</sup> La LMA define, en el artículo 18, el Estudio de impacto ambiental como "un conjunto de acciones y procedimientos que aseguran que las actividades, obras o proyectos que tengan un impacto ambiental negativo en el ambiente o en la calidad de vida de la población, se sometan desde la fase de pre inversión a los procedimientos que identifiquen y cuantifiquen dichos impactos y recomiendan las medidas que los prevengan, atenúen, compensen o potencien, según sea el caso, seleccionando la alternativa que mejor garantice la protección del medio ambiente". Se manifiesta como un examen o análisis y evaluación de unas actividades planeadas con miras a lograr un desarrollo que desde el punto de vista del medio ambiente sea adecuado y sostenible. En nuestro ordenamiento ambiental está considerado dentro un procedimiento administrativo, cuya finalidad, como ya dijimos es identificar, predecir e interpretar los impactos ambientales que un proyecto o actividad producirá en caso de ser ejecutado. De manera concreta, se ejecuta a través del estudio de impacto ambiental, lo cual constituye un "proceso de análisis", de gran importancia, del procedimiento de autorización, cuya competencia de emisión y regulación la LMA, se la confiere al MARN.

Tal como lo sostiene LOZANO CUTANDA<sup>257</sup>, las medidas sancionatorias operan cuando la lesión al medio ambiente ya aconteció, lo cual significa que las medidas represivas juegan un papel destacado en la prevención, al disuadir a los potenciales infractores de cometer un daño a cualquiera de los bienes ambientales. Esto explica el enorme desarrollo de las leyes administrativas de protección ambiental que posean un título o capítulo dedicado a las infracciones, sanciones ambientales y su respectiva restauración de los daños ocasionados.

En este sentido, en el orden jurídico administrativo salvadoreño la Ley del Medio Ambiente, de conformidad a los artículos 83 y siguientes, así como sus reglamentos, la Ley de Áreas Naturales Protegidas (en adelante LANP) y la Ley Forestal (en adelante LF), han otorgado al Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, *la facultad de imponer sanciones administrativas*; potestad compartida con los Ministerios de Agricultura y Ganadería, cuando se trate de sancionar conductas lesivas a la fauna silvestre, a la Ley de la Conservación de la Vida Silvestre (en adelante LCVS), así como con el Ministerio de Economía en lo concerniente a imponer sanciones administrativas respecto al rubro de minas e hidrocarburos.

También tienen dicha potestad las municipalidades, cuando los particulares o funcionarios infrinjan las ordenanzas de protección de los bienes ambientales que estén bajo su competencia, tales como: playas, parques naturales, recursos forestales, manglares, ríos, lagos, entre otros.

Lo anterior refleja que en materia ambiental la potestad sancionadora en El Salvador no es exclusiva de un solo órgano

---

<sup>257</sup> Vid la voz: "Infracciones y sanciones administrativas para la protección del medio ambiente", en *Diccionario de Derecho Ambiental*, op. cit., págs. 752 y ss.

administrativo, además, que los procedimientos administrativos sancionadores son regulados por dichas leyes de manera específica, conllevando a la diversidad de procedimientos administrativos sancionadores de naturaleza ambiental. No obstante, la *Ley de Procedimiento para la Imposición de Arresto y Multa administrativo* es supletoria, es decir, cuando no exista *procedimiento* o *institución* en la ley especial.

#### **4.3. Los principios constitucionales que rigen la potestad sancionadora de la administración ambiental**

La potestad sancionadora de la administración se enmarca en los principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o *matices* propios de la actividad realizada por la administración. Ello porque existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho; aunque ello no inhibe a la administración de aplicar los *principios rectores* del *ius puniendi* al ámbito administrativo sancionador.

Puede afirmarse sin equívocos que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño son aplicables los principios que rigen en materia penal, encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados<sup>258</sup>. Aunque es de aclarar que los matices propios del Derecho Administrativo, son en nuestro caso, de Derecho Administrativo Ambiental.

---

<sup>258</sup> Vid. Las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 5 de julio de 2005, referencia 110-P-2001, y sentencia del 29 de julio de 2005, referencia 184-M-2000.

Además, tales principios han sido incorporados a la legislación administrativa ambiental en buena parte, constituyendo límites a dicha potestad. En el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño es la jurisprudencia la que mayormente ha incidido en la construcción de andamiajes teóricos, tal como lo dejaremos claro en el desarrollo del presente capítulo. Veamos a continuación el contenido de cada uno ellos.

#### 4.3.1. Principio de legalidad

El primero de los principios de la potestad sancionadora de la administración es el de legalidad, reconocido en el artículo 15 de la Constitución, que dice: «Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley». Esta disposición debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 86 *in fine* constitucional, donde proclama que los poderes públicos están sujetos a la misma Constitución y a las leyes, y no tienen más atribuciones de las que les confiere la ley.

En consecuencia, no se deben establecer la aplicación de sanciones administrativas si no están descritas en una ley y no pueden ser aplicadas si el funcionario no tiene la competencia<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> Además, la Sala de lo Constitucional, en sentencia de inconstitucionalidad del 17 de diciembre de 1992, referencia 3-92, sobre este principio sostuvo lo siguiente: "... los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. En un Estado de Derecho, todo funcionario actúa en virtud de las atribuciones y competencias que le confiere el pueblo, depositario original de la soberanía, por medio de la ley. A *lo que un funcionario no está facultado expresamente no puede realizarlo*, pues se lo ha reservado el mismo pueblo o se lo ha conferido a otra autoridad. Al analizar el artículo 14 de la Constitución, aparece que se ha autorizado a la administración –con carácter evidentemente excepcional– a imponer multa o arresto hasta por cinco días, pero en ningún momento aparece que se le concedan a aquellas otras potestades punitivas o sancionatoria; y es que habiendo sido establecidos en forma excepcional, tales facultades sancionatoria deben

En este orden de ideas la Sala de lo Constitucional<sup>260</sup> sostiene que: «el principio de legalidad asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser castigadas, sino es en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción. Este principio no solo constituye una exigencia del derecho a la seguridad jurídica, que requiere el conocimiento previo de las (...) infracciones, y sus respectivas sanciones, sino también constituye una garantía hacia el ciudadano que no puede ser sometido a sanciones que no hayan sido reconocidas previamente, evitando la arbitrariedad y abuso del poder». Este principio, que es propio del Estado Constitucional de Derecho, según SÁNCHEZ MORÓN<sup>261</sup> contiene una doble garantía, a saber:

#### **4.3.1.1. La garantía material**

Esta consiste, según los referidos artículos 15 y 86 *in fine* de la Constitución, que tanto las infracciones como las respectivas sanciones administrativas deben estar previstas adecuadamente en el ordenamiento jurídico administrativo que reúna, como dice NIETO GARCÍA<sup>262</sup>, los requisitos indispensables, como: *lex scripta*, *lex previa*, y *lex certa*, aspectos que definiremos y trataremos en detalle posteriormente.

#### **4.3.1.2. La garantía formal**

Es la segunda consecuencia del principio de legalidad, que se modula en el Derecho Administrativo Sancionador en relación al entenderse taxativas; y, en consecuencia, no puede hacerse una ampliación por vía legal, pues en tal caso la misma deviene inconstitucional....”

<sup>260</sup> Sentencia de amparo del 28 de mayo de 1999, referencia 422-97.

<sup>261</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, parte general, 5<sup>a</sup> edición, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 676.

<sup>262</sup> Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5<sup>a</sup> edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 178.

Derecho Penal. En efecto, en éste último rige la denominada *reserva de ley absoluta*, para efectos de establecer delitos y penas. Mientras en el segundo se encuentra consagrada la llamada *reserva de ley relativa*, que básicamente consiste en la colaboración reglamentaria para la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas.

Esto en virtud de las técnicas normativas que reconoce el Derecho Administrativo a la administración, como ocurre con la potestad reglamentaria<sup>263</sup>. Sin embargo, lo anterior tiene sus límites, pues no se trata que la ley se remita «en blanco», y sin previa determinación de los elementos básicos de la conducta antijurídica administrativa en la propia ley. Peor aún, que el reglamento cree nuevos tipos de infracción no previstos en la ley. Lo anterior es lógico en virtud de la subordinación del reglamento a la ley.

Pese a que la jurisprudencia salvadoreña ha acogido la doctrina española, el ordenamiento jurídico administrativo matiza algunas cuestiones sobre el tema. Porque permite el criterio de que el reglamento y en su caso las ordenanzas municipales puedan introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones y sanciones establecidas en la ley, sin constituir nuevas, solo con el fin de que el aplicador de la ley tenga mayores elementos al momento de imponer la sanción administrativa.

En virtud de las consideraciones expuestas, puede concluirse que dicha exigencia se traduce en la necesidad que la potestad sancionadora de la administración se encuentre amparada por una ley en sentido formal. Lo que implica que la administración no puede crear por si misma las infracciones y sanciones administrativas a través de un

---

<sup>263</sup> Vid. sentencia del Tribunal Constitucional español, referencia 127/1990.

reglamento, una ordenanza. «Debe existir en todo caso la suficiente cobertura legal en el sentido antes expresado, que implique la habilitación de la administración para imponer los tipos y sanciones en concreto»<sup>264</sup>.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico administrativo ambiental salvadoreño se adhiere a la *reserva de ley relativa*, ya que se pueden establecerse infracciones y sanciones administrativas ambientales en ordenanzas municipales, en virtud del ámbito de autonomía que les otorga la Constitución en los artículos 203 y 204 ordinal 6, y la competencia material que otorga el artículo 4 del Código Municipal, en función de las cuales las municipalidades deben proteger y preservar el medio ambiente.

Por ejemplo, con las ordenanzas municipales pueden modularse infracciones administrativas, pero siempre que no impliquen limitación o restricción a derechos fundamentales respecto a la aplicación de las leyes siguientes: *a) Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas*, respecto a la contaminación por residuos, acústica y atmosférica, *b) la Ley del Medio Ambiente*, *c) Ley de la Conservación de la Vida Silvestre y, d) Ley de Áreas Naturales Protegidas*.

Entonces al hablar de la potestad sancionadora de la administración municipal debe traerse a colación la capacidad para imponer las sanciones legalmente previstas a conductas también previamente tipificadas en la ley; sin que ello implique la posibilidad —en términos mucho más amplios— de crear o definir por si misma las sanciones que ha de aplicar y las conductas

---

<sup>264</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 14 de diciembre de 2004, referencia 17-2003.

que pretende castigar. «De manera que, si la administración municipal pretende dictar una ordenanza en materia sancionadora, debe sujetarse a la regulación esencial que haya predeterminado en todo caso el legislador, de manera que, la actuación de la misma se halle lo suficientemente amparada en el texto de la ley»<sup>265</sup>.

#### 4.3.2. Principio de tipicidad

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: la primera, del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho que obliga a que todas las infracciones y sanciones administrativas constituyan una excepción a esa libertad y, por tanto, delimitadas con claridad. La segunda, relativa a la exigencia y cumplimiento de la seguridad jurídica que se encuentra consagrada en el artículo 2 de la Constitución. La cual no estará satisfecha si no cumple la descripción de lo sancionable, además si no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos.

En consecuencia, no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que pudieran permitir al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio u exceso de poder<sup>266</sup>. De lo anterior debemos entender que el ámbito del principio de tipicidad *«lex certa»*, se extiende tanto para la infracción, sanción administrativa, lo cual conlleva la prohibición de la analogía. Veamos a continuación como se manifiestan en ordenamiento jurídico administrativo ambiental.

---

<sup>265</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 14 de diciembre de 2004, referencia 17-2003.

<sup>266</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 11 de noviembre de 2003, referencia 16-2001.

#### 4.3.2.1. Tipicidad de las infracciones administrativa

Este principio exige que la conducta ilícita esté suficientemente descripta en la *lex previa*. Es lo que se llama *lex certa*. Sin embargo, la precisión absoluta es difícil y quizás imposible, sobre todo en el Derecho Administrativo Sancionador por el cumulo de actividades que la administración necesita determinar cómo infracciones administrativas.

No obstante, la doctrina mayoritaria ha sido uniforme en establecer que la norma administrativa debe contener al menos una descripción lo más completa posible de los elementos esenciales, de lo contrario la tipificación sería insuficiente. Además, la tipificación de esa conducta debe de interpretarse con sensatez y razonabilidad. Para ello, basta recordar la conocida anécdota de la «perra y el lobo», ocurrida en un tren de Prusia en el siglo XIX, muy bien pormenorizada por NIETO GARCÍA<sup>267</sup>.

«Es el caso que las ordenanzas de ferrocarril habían establecido la prohibición de transportar perros. Cuando el inspector pretendió sancionar a un campesino que había subido al tren con una perra, él se negó a pagar la multa sosteniendo que la norma solo prohibía viajar con perros y no perras. El caso derivó a la justicia y el juez dio la razón al campesino, por no estar expresamente sancionado el ingreso de las perras. Como consecuencia de esto se modificó el reglamento y la prohibición se extendió a perros y perras. Pero a la semana siguiente se repitió el episodio y el campesino de nuevo se resistió a pagar la multa aduciendo que el animal que viajaba era un lobo, lo cual no encuadraba en la tipificación de la norma. De nuevo el caso se lleva a la justicia y el juez nuevamente otorga la razón al campesino».

---

<sup>267</sup> NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 270.

El ejemplo anterior nos resulta gráfico, porque pone en relieve que el principal problema de este principio es el cómo debe de hacerse la tipificación de la norma administrativa y hasta qué punto debe precisarse la conducta ilícita administrativa. En muchos casos las normas administrativas utilizan conceptos generales y ampliamente indeterminados<sup>268</sup>. Es decir, ocupan dentro a la técnica de la construcción de la infracción administrativa los denominados *conceptos jurídicos indeterminados*, que según la doctrina no se encuentran rechazados por el Derecho Administrativo Sancionador, a la cual la jurisprudencia salvadoreña ha dado directrices para su aplicación.

En este orden de ideas la utilización de los *conceptos jurídicos indeterminados* es constitucionalmente aceptable, cuando no sea posible determinar con precisión la infracción administrativa. «Para que éstos puedan ser utilizados hace falta, indefectiblemente, que al menos resulten previsibles los cánones objetivos que hagan predecible la aplicación de un concepto de tal naturaleza<sup>269</sup>». Sin embargo, en caso contrario la aplicación por parte de la administración de los tipos administrativos en los que contengan conceptos absolutamente indeterminables, serían contrario al principio de legalidad y consecuentemente al principio de tipicidad.

---

<sup>268</sup> En este orden de ideas resulta cuestionable el artículo 46 inciso 2 de la *Ley de Competencia* que expresa una determinación abierta para que la administración establezca la infracción administrativa, dicha disposición dice "...cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas de las enunciadas en el título III de las prácticas anticompetitivas de esta Ley, deberá motivar suficientemente la respectiva resolución y de manera especial deberá consignar en la misma, según sea el caso, el grado de incidencia o gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado o la reincidencia".

<sup>269</sup> Vid. sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 21 de octubre de 2009, referencia 281-C-2002.

En efecto, los *conceptos jurídicos indeterminados* sólo resulta legítima cuando éstos sean determinables conforme a pautas objetivas, y no en virtud de valoraciones subjetivas de la autoridad administrativa competente. Queda claro entonces que lo prohibido es la utilización de *conceptos jurídicos absolutamente indeterminados*<sup>270</sup>, es decir, aquellos que no tengan aspectos objetivos dentro del contenido de la infracción para su aplicación, a modo de ejemplo podemos mencionar algunos conceptos: orden público, moral, buenas costumbres, urbanidad, entre otros<sup>271</sup>.

En todo caso las infracciones administrativas que se imponga sobre la base de *conceptos jurídicos indeterminados* no podrán ser aplicadas con arbitrariedad, sin razonabilidad, o motivación, que deberá estar reflejada en la resolución administrativa. Pero en cada descripción de la infracción, a pesar de no tener un destinatario concreto, deberá incorporarse elementos específicos perfectamente constatables para el aplicador de la ley. Entre las cuales se encuentran: «*la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción y el bien jurídico tutelado*<sup>272</sup>».

#### 4.3.2.2. Tipicidad de las sanciones administrativas

También cada tipo de infracción debe estar predeterminada por la norma administrativa con suficiente grado de certeza. Este caso no solo

---

<sup>270</sup> La Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad, del 23 de marzo de 2001, referencia 8-97 declaró inconstitucional las disposiciones sancionatorias donde se podrían disolver una asociación y fundaciones sin fines de lucro por conductas contrarias al orden público, seguridad y la moral. Por constituir conceptos jurídicos indeterminados, y efecto contrario al Derecho Constitucional a la seguridad jurídica.

<sup>271</sup> PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I*, parte general, edición decimo octava, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 457.

<sup>272</sup> Así lo ha establecido la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 7 de julio de 2005, referencia 333-C-2004.

rige el principio de *tipicidad* sino también el *taxatividad* de las sanciones<sup>273</sup>.

Las leyes administrativas pueden otorgar a la administración un margen discrecionalidad para graduar las sanciones conforme a la gravedad de los hechos y circunstancias, situación que es muy proclive en materia administrativa ambiental ya que en la mayoría de leyes clasifica a las sanciones administrativas en «*graves, menos graves y otros casos hasta leves*». En efecto, lo que se prohíbe es que las infracciones administrativas tengan una formulación abierta y amplia que puedan conducir al funcionario a aplicar la sanción administrativa con exceso y arbitrariedad.

En virtud de lo anterior nos corresponde hacer hincapié que en el artículo 89 de la LMA y el artículo 45 inciso segundo de la LANP, hay un grave problema de ilegalidad en cuanto a la determinación exacta de la sanción administrativa, ya que ambas disposiciones se refieren a «*salarios mínimos mensuales urbanos vigentes para la ciudad de San Salvador*», y es acá donde radica el problema de tipicidad de la sanción administrativa, porque se remite a los decretos ejecutivos que contiene la categorización de los salarios mínimos y ninguno de ellos tiene la tipificación que hacen las referidas leyes, conllevando evidentemente a una ilegalidad y hasta una inconstitucionalidad de la sanción administrativa que se imponga<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., op, cit., pág. 681.

<sup>274</sup> Al respecto la Sala de lo Constitucional ha declarado inconstitucional el artículo 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en lo relativo a la consecuencia jurídico-penal de multa, por la inobservancia del principio constitucional de legalidad penal, en la medida que el reenvío para su complementación no tiene existencia alguna en el Decreto Ejecutivo n° 83, de 23-VIII-2006, publicado en el Diario Oficial N° 156, tomo 372, de 24-VIII-2006. Respecto al salario mínimo urbanos mensuales

Lo anterior se sustenta porque ninguno de los decretos ejecutivos no se refiere a salarios mínimos urbanos, sino más bien a rubros económicos a los cuales se realiza la actividad laboral. El primero se señala a las tarifas de salario mínimo para los *trabajadores agropecuarios*, el segundo a las tarifas para los trabajadores de recolección de cosechas de café, algodón y caña de azúcar; el tercero, de las tarifas para los trabajadores de las industrias agrícolas por temporadas; y, el cuarto a las tarifas para los trabajadores en el sector comercio, servicio, industria, maquila textil y confección.

Por tanto, al no precisar cuál de los rubros salariales mínimos vigentes debe servir de parámetro para la multa, las disposiciones de las leyes ambientales referidas dejan un amplio margen discrecionalidad que tomaría incierta la determinación de la sanción administrativa. Si no se hace las reformas pertinentes puede llevar a que los infractores tengan una puerta legal para evadir la sanción administrativa por ser ilegal e inconstitucional.

A lo anterior agregamos que Sala de lo Constitucional<sup>275</sup> ha determinado un precedente similar al planteado. Se trata del análisis de los artículos 48 literal g) y 49 literal o), de la *Ley de los Servicios Privados de Seguridad* que básicamente sigue la denominación de «*salarios mínimos urbanos vigentes*». Al referirse que «*aquellas disposiciones que gradúen multas o sanciones económicas con base en un parámetro abstracto como el salario mínimo, debe señalarse expresamente la especie de salario según el sector productivo o la clasificación —tal como los emite*

---

para la ciudad de San Salvador. (Vid. la sentencia de inconstitucionalidad del día 29 de julio de dos mil nueve referencia 92-2007/97-2007/98-2007/99-2007/100-2007/101-2007).

<sup>275</sup> Vid. sentencia de amparo del 19 de abril de 2013, referencia 109-2011.

el Órgano Ejecutivo— al que se acudirá para no generar vulneraciones de la seguridad jurídica y del principio de legalidad...<sup>276».</sup>

#### 4.3.2.3. Prohibición de la analogía

Al igual que en el Derecho Penal, el Derecho Administrativo sancionador prohíbe la aplicación analógica «*in pariis*» de las normas que contienen sanciones administrativas. No podrá aplicarse la norma administrativa, por tanto la norma de contenido ambiental, en supuestos parecidos o similares a los preceptos expresamente determinados.

En consecuencia, solo podrán aplicarse a las conductas que reúnan todos los elementos descritos en la infracción administrativa. De igual forma, si la ley administrativa describe cual es la conducta antijurídica, el reglamento no podrá ampliar la infracción tipificada a otros comportamientos parecidos o similares<sup>277</sup>. Aunque, como ya lo afirmamos, rige en el derecho sancionador la reserva de ley relativa, por lo que hay que considerar la aplicación respecto a las consideraciones de los conceptos jurídicos indeterminados, bajo las circunstancias ya referidas.

#### 4.3.3. Principio de irretroactividad

El principio de irretroactividad aparece consagrado en el artículo 21 de la Constitución que prescribe que: «las leyes no pueden

---

<sup>276</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 9 de octubre 2007, referencia 27-2006, y sentencia de amparo del 19 de abril de 2013, referencia 109-2011. Además ambos precedentes se han referido que una de las exigencias del principio de legalidad en el ámbito de creación y aplicación del Derecho Penal es que la ley sea cierta —*lex certa*—, en otras palabras, que la redacción normativa de la conducta penalmente prohibida y de su pena sea *clara, precisa e inequívoca*; lo cual posibilita una correcta aplicación del Derecho por parte del juez penal, quien no puede castigar hechos distintos o imponer penas diferentes a las que ha establecido la voluntad general expresada por el legislador.

<sup>277</sup> BLANQUER, D., *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 631.

tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando fuere favorable al delincuente», este principio tiene íntima relación con el artículo 15 constitucional. La jurisprudencia constitucional<sup>278</sup> concibe ambos principios vinculados a la seguridad jurídica, Derecho Constitucional exigible no solo en los procesos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores (*lex previa*).

Este principio puede comprenderse fácilmente si partimos de un análisis a *contrario sensu*, es decir, desde de la retroactividad de la ley. Ésta significa una extensión de la vigencia de la ley hacia el pasado, implica subsumir ciertas situaciones fácticas y jurídicas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia. Por tanto, la retroactividad es una traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico y que sólo puede ser utilizada en los supuestos que la Constitución autoriza y cuando ciertas necesidades sociales lo justifican. En el caso de la Constitución, lo será cuando sea favorable al delincuente, sancionados, o en casos de orden público, siendo la Corte Suprema de Justicia, según lo prescribe el artículo 21 de la Constitución, quien declara tal situación.

Por ello sólo podrán ser de aplicación las leyes administrativas sancionadoras vigentes en el momento de cometerse la infracción. «Es decir la prohibición de retroactividad de las normas –que aplica para cualquier materia del ordenamiento jurídico– también extiende sus exigencias hacia el Derecho Administrativo Sancionador».

---

<sup>278</sup> Vid. sentencia de amparo del 26 de julio de 2002, referencia 342-2000.

En virtud de dicho principio no es posible trasladar las consecuencias jurídicas sancionatorias a una infracción que no esté prevista al momento de cometerse el hecho. Quizás el problema radique hasta qué punto deberá aplicarse la retroactividad de una norma administrativa favorable al infractor. Lo anterior tiene sus límites, por ejemplo, si se trata de una sanción de multa pagada por el infractor, la administración no podrá devolvérsela, esto función del propio derecho a la seguridad jurídica.

Por otra parte, pese a que una norma administrativa pueda o no favorecer a una persona que haya vulnerado una norma ambiental, no podrá exonerarse de la responsabilidad del resarcimiento de los daños y perjuicios ambientales, por los intereses de incidencia colectiva en juego.

### **3.3. Principio de culpabilidad**

En lo que atañe a la responsabilidad o culpabilidad en materia de sanciones administrativas el marco constitucional salvadoreño recoge principios y limitaciones aplicables a la potestad sancionatoria, destacándose el artículo 12 constitucional, según el cual: «toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y mediante juicio público». Tal principio garantiza la presunción de inocencia y excluye la posibilidad de imponer penas o sanciones con base en criterios de responsabilidad objetiva, es decir, prescindiendo de la existencia de dolo y culpa, (*nulla poena sine culpa*), y si la infracción es imputable al sujeto.

En este sentido es categórico manifestar que, conforme al «*principio de culpabilidad*» en materia administrativa y, por tanto, en el ámbito ambiental, sólo será sancionable si la acción ha sido realizada a

título de dolo o culpa y, además, se pruebe el nexo de culpabilidad (un ligamen del autor del hecho y el resultado) como requisito *sine quo non* para la configuración de la conducta sancionable<sup>279</sup>.

En consecuencia, no podrá sancionarse una trasgresión de un precepto administrativo conforme a los criterios de la *responsabilidad objetiva*, sino solo cuando existan los factores de responsabilidad subjetiva, a saber:

*a)* el dolo, que es la conciencia y la voluntad intencional de infringir una norma tipificada como infracción administrativa sancionable y de producir el resultado antijurídico que deriva de su conducta; y,

*b)* la culpa por imprudencia o negligencia<sup>280</sup> en las que no hay intencionalidad en producir el resultado antijurídico que se deriva de su conducta infractora.

Ahora bien, en otras circunstancias las responsabilidad subjetiva del infractor, según BLANQUER<sup>281</sup>, se puede desplazar cuando: *a)* hay una eximente o causa justificativa, como el estado de necesidad o una causa de fuerza mayor; y, *b)* no hay conciencia de la ilicitud de su comportamiento por existir error sobre la prohibición —comprobable— pues el infractor consideró que su conducta era conforme a Derecho, o por la oscuridad de la norma no logró dilucidar su ilicitud<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 11 de noviembre de 2003, referencia 16-2001.

<sup>280</sup> Vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 27 de febrero de 1998, referencia 8 CH-92; sentencia del 24 de febrero de 1998, referencia 29-G-91 y sentencia del 24 de febrero de 1998. Referencia 36-G-95.

<sup>281</sup> BLANQUER, D., op. cit., pág. 636.

<sup>282</sup> NIETO GARCÍA, A., op. cit. pág. 320, señala que “la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas, pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal

No obstante, a diferencia del Derecho Penal, no hay inconvenientes en admitir la *responsabilidad solidaria* en el ámbito administrativo ambiental, porque es factible que la administración exija el cobro del importe de la multa a cualquiera de los responsables. Hecho que queda evidenciado en el caso que exista copropiedad en la titularidad de la empresa causante de la infracción o que se trate de un asocio privado, donde deberán de responder solidariamente y la misma administración podrá responsabilizar a cualquiera de ellas, siempre que sea en el marco de los criterios de la responsabilidad subjetiva anteriormente expuestos.

Por otra parte, tal como lo sostiene DURÁN MARTÍNEZ<sup>283</sup>, sobre la base de la *teoría del órgano* cualquier conducta constitutiva de infracción puede ser extensible a una persona jurídica. Como se sabe, las personas jurídicas son creadas en base a una ficción del ordenamiento jurídico, históricamente se concebía que no eran responsables por los delitos que cometieran, de ahí devenía la expresión: *societas delinquere non potest*.

Pero como la culpabilidad consiste en un reproche que se les aplica a las personas naturales que son titulares de los órganos de

---

y a los juristas corresponde determinar cuáles son sus peculiaridades, por lo que propone que la solución a dicha cuestión debe buscarse en dos ideas fundamentales: la diligencia exigible y la buena fe. Respecto de la primera, la responsabilidad el sujeto le será exigida no por los conocimientos reales que tenga, sino por los conocimientos exigibles a la diligencia debida, la cual puede variar de acuerdo al entorno en que se desarrolla la persona. Como complemento de esto, se encuentra la buena fe, que es de gran relevancia para el Derecho Administrativo Sancionador; está referida a las relaciones entre el autor y la administración. Como excluyente de culpabilidad deberá comprobarse la buena fe con que ha actuado el infractor al momento de cometer la falta.

<sup>283</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad*, en Derecho Administrativo en siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Arequipa, 2013, pág. 498.

entidad, entiéndase directores, presidentes o consejeros, funcionarios cuando se trata de órganos, juntas de sociedades mercantiles o entes administrativos, ello las hace responsable en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador<sup>284</sup>, y como mayor relevancia en el ambiental.

En este sentido la doctrina mayoritaria española ha hecho responsable a las personas jurídicas respecto a la *culpa in vigilando*, por la negligencia de la persona jurídica al supervisar la gestión realizada por sus personeros o representantes, o por *culpa in eligendo*, al haber seleccionado a su personal de forma desacertada, imprudente y negligente en cuanto a la negligencia o inobservancia<sup>285</sup>.

Sin embargo, LOZANO CUTANDA<sup>286</sup>, plantea algunos problemas en el ámbito ambiental, en cuanto a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, a saber:

a) La primera es que puede resultar poco eficiente la sanción de multa, cuando el importe resulte ser muy poco, o bien siendo proporcional la sociedad mercantil infractora amortice el pago de la multa en los costos de producción trasladándoselos a los consumidores. Esto no produce el efecto previsto del *principio quien contaminada paga*. Por tanto, se debe prohibir esa traslación y quedar clara en los ordenamientos jurídicos ambientales.

---

<sup>284</sup> Resulta ilustrativo al caso de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas el artículo 233 del Código Tributario, que prescribe: "...las personas jurídicas son responsables de las infracciones por el incumplimiento de las obligaciones tributarias a su cargo, sin necesidad de establecer la responsabilidad de las personas naturales que actúen por ellas".

<sup>285</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., op. cit., pág. 497.

<sup>286</sup> Vid la voz: "Infracciones y sanciones administrativas para la protección del medio ambiente", en *Diccionario de Derecho Ambiental*, op. cit., pág. 739.

b) La segunda, cuando las infracciones sean cometidas por personas jurídicas de Derecho Público que realicen actividades industriales y resulte que el pago de la sanción salga del erario público. Esto resultaría inviable en el ordenamiento jurídico salvadoreño, porque según el artículo 245 de la Constitución la responsabilidad resulta ser directa para el funcionario y sólo de manera subsidiaria el Estado.

Como corolario, cuando se trata de una relación jurídica exclusivamente entre el administrado y la autoridad administrativa, para imponer sanciones es necesario establecer la culpabilidad antes de determinar responsabilidad. Sin embargo, constituye un ámbito diferente cuando de la acción u omisión resulte un perjuicio a terceras personas, pues en este caso priva la tutela de los intereses colectivos, tal como sucede en los daños ambientales.

En efecto, en todo ordenamiento sancionador rige el criterio de que la responsabilidad administrativa solo puede ser exigida si en el comportamiento del agente se aprecia la existencia de dolo o culpa. Sin embargo, no hay que confundir el enfoque en materia responsabilidad civil por daños al medio ambiente que es diferente, porque la tendencia legislativa y jurisprudencial, tanto a nivel del Derecho Internacional y en el Derecho Comparado, como ya lo hemos referido en los capítulos anteriores, es *objetivar la responsabilidad* por daños al medio ambiente<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup>La responsabilidad objetiva se presenta como una orientación especialmente adaptada a las características específicas de la reparación del daño ambiental, fundamentalmente por tener el carácter de incidencia colectiva. La ventaja de este sistema son: un régimen de responsabilidad objetiva puede incitar a las empresas una mejor gestión de riesgos y proporcionar certidumbre jurídica a las empresas. En consecuencia puede poner en práctica, un aspecto fundamental de la responsabilidad ambiental como el principio "quien contamina paga", con respecto a algún tipo de actividades económicas que tengan un nivel de peligrosidad o generen un cierto nivel de riesgo. Vid. por todos: HUTCHINSON, T., op. cit., pág. 60.

No obstante, la principal flexibilización de este principio en materia ambiental consiste en una relativización del componente subjetivo al momento de producir la infracción, resultando imputables al titular responsable de la obra o proyecto, por falta de adopción de medidas precautorias, para evitar la consumación de los daños ambientales.

#### 4.3.4. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad exige que en las intervenciones del Estado en la esfera privada, en cuanto a imponer sanciones administrativas, se mantengan una proporción adecuada a los fines perseguidos. La proporcionalidad de una regulación o acto, ha de establecerse, pues, con referencia al objeto de protección y ordenación intentado en cada supuesto, con referencia al derecho fundamental que resulte o pudiere resultar lesionado.

Es de aclarar sobre tal principio, como lo advierte la doctrina penal que: «su delimitación no es fácil, en tanto que debe distinguirse previamente entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad. Por una parte, la proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado que no atribuye discrecionalidad al órgano que debe observarla, sino que obliga a encontrar una única solución justa, aunque al mismo tiempo, en la concreción del concepto según las circunstancias particulares del caso, haya de otorgarse a los órganos un cierto margen de apreciación»<sup>288</sup>.

Por otro lado, el ejercicio de potestades discretionales no conduce a una absoluta libertad de actuación, pues en el Estado de Derecho ha

---

<sup>288</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del once de noviembre de 2003, referencia 16-2001.

cobrando fuerza la idea que la discrecionalidad posee ciertos elementos reglados que restringen la libertad del órgano actuante, entre los que se encuentra la proporcionalidad del medio para la consecución del fin<sup>289</sup>.

En consecuencia, el principio responde a la idea de prohibir a la Administración un exceso o arbitrariedad al momento de imponer las sanciones administrativa ambientales, en este sentido la LMA (artículo 90), la LANP (artículo 46), la LCVS (artículo 28) y la LF (artículo 35), establecen criterios reglados ante los cuales deberán de graduarse tales sanciones, tomando en consideración circunstancias tales como: la gravedad del daños causado al medio ambiente, a la salud o calidad de vida de las persona; las acciones que tomó el infractor para reparar el daño; el beneficio obtenido; la capacidad económica del infractor, el nivel de intencionalidad, el beneficio obtenido, los perjuicios ocasionados.

Pero la adopción de cualquiera de los criterios anteriormente descritos deberá quedar demostrada al final del expediente administrativo, los cuales se manifestarán en la motivación de la resolución final del procedimiento sancionador ambiental, con los cuales se justificaría la sanción administrativa impuesta.

---

<sup>289</sup> La Sala de lo Constitucional en sentencia inconstitucionalidad del 14 febrero de 1997, referencia 15-96, ha señalado dentro los elementos del principio de proporcionalidad que se deben de considerar al momento de aplicar la sanción administrativa, siendo las siguientes: a) la idoneidad de los medios empleados, en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar; b) la necesidad de tales medios. En el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado y la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger". Además, se indica que el principio en comento no se reduce al ámbito de aplicación de la ley –lo cual corresponde al Órgano Judicial, sino que parte desde la formulación de la norma, función que –en virtud del principio de legalidad- le corresponde al Órgano Legislativo o cualquier ente la competencia normativa.

#### 4.3.5. La prescripción

El orden administrativo sancionador tiene aplicación el instituto de la «prescripción de las infracciones administrativas» para excluir la posibilidad de una indefinida persecutoria de las infracciones por parte de la administración. Así, el Estado ante poderosas razones jurídicas y de utilidad social basadas en los efectos que produce el paso del tiempo —que van desde la disminución del interés represivo hasta el desaparecimiento de la adecuación entre el hecho y la sanción como consecuencia de las modificaciones acaecidas por el transcurso del tiempo— renuncia a ejercitar el *ius puniendi*, lo que tiene como consecuencia la extinción de la responsabilidad administrativa.

En este orden de ideas, la necesidad de la prescripción como causal de extensión de las infracciones administrativas obedece a la seguridad jurídica, configurado constitucionalmente en el referido artículo 2 constitucional, con lo cual queda en evidencia que el reproche administrativo sancionador no puede exigirse siempre<sup>290</sup>.

La prescripción administrativa, según DANÓS ORDOÑEZ<sup>291</sup>, tiene un fundamento *dual*; por un lado desde la perspectiva del administrado, garantiza al ciudadano conocer con certidumbre hasta cuándo se perseguirá la conducta ilícita cometida.

---

<sup>290</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 11 de noviembre de 2003, referencia 16-2001.

<sup>291</sup> DANÓS ORDOÑEZ, J., *La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador*, en Derecho Administrativo en siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Arequipa, 2013, pág. 695.

Por otra parte, desde la administración constituye una exigencia del principio de *eficacia administrativa* que requiere que los intereses generales cuya tutela tiene a su cargo se satisfagan mediante una rápida reacción represora de la conducta infractora de la normativa administrativa. Esta razón es mayormente justificable en materia ambiental, por los intereses colectivos en juego.

Pero lamentablemente en el orden jurídico administrativo ambiental salvadoreño, como en el general, no se establecen un régimen de prescripción de las infracciones, —salvo algunas leyes administrativa sectoriales—, por lo cual todavía se mantienen resabios propios de regímenes antidemocráticos, conllevando a una clara violación al principio y derecho a la seguridad jurídica. Por tanto, este problema debe resolverse prontamente en la futura ley de procedimientos administrativos que hasta la fecha no tiene el Derecho Administrativo salvadoreño.

No obstante, corresponde a la administración ambiental analizar la aplicación de una interpretación supletoria a fin de utilizar el régimen de las prescripciones que estipula la *Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos*, lo anterior por ser dicha ley de carácter administrativo sancionador. Es de esperar que un futuro sea la *jurisprudencia o el precedente como fuente de derecho*, la que haga una valoración jurídica sobre las directrices que deberá de aplicarse este principio en el Derecho Administrativo Sancionador, extensivo al ámbito ambiental<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> Despues de quedar derrumbado el mito que los jueces no crean derecho, se tiene que aceptar que los precedentes obligatorios son una fuente importantísima para el desarrollo del derecho en una sociedad. Sobre los fundamentos, técnicas y operatividad de los precedentes Vid. MARINONI, L. G., *Precedentes Obrigatórios*, 2<sup>a</sup> ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011. Traducido parcialmente como *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, Cuscatleca, San Salvador, 2013.

#### 4.4. Principio de «*non bis in ídem*» y su incidencia en la articulación entre la represión administrativa y penal de los ilícitos ambientales

Este principio establece que no pueden imponerse dos o más sanciones por un mismo hecho, siempre que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento —teoría de las tres identidades—. Dicho principio es coincidente al texto del artículo 11 inciso 1º parte final de la Constitución, el cual señala que ninguna persona « (...) *puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa*», disposición que busca evitar duplicidad de decisiones sobre el fondo de una controversia.

La Sala de lo Constitucional ha señalado al respecto que: «*lo que este principio pretende cuando en términos generales se traduce en un derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causa (...)*, es establecer la prohibición de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una pretensión<sup>293</sup>; decisión que, por lógica, ataca su contenido esencial afectando, también en forma definitiva la esfera jurídica del procesado».

En efecto, el principio «*non bis in ídem*», en esencia, está referido a aquel derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, entendiendo por «*misma causa*» —aunque no tengamos una definición natural— una misma pretensión: *eadem personas* (identidad de sujetos), *eadem res* (identidad de objeto o bien de la vida), y *eadem causa petendi* (identidad de causa: sustrato fáctico y fundamento jurídico). Es decir que

---

<sup>293</sup> La teoría de la sujeción especial estatuye que es posible sancionar, en virtud del poder disciplinario de la administración por el mismo sujeto-hecho, pero con diferente fundamento, por ejemplo puede sancionarse penalmente a un policía por daños a bienes de la institución y disciplinariamente por infracción grave a la Ley Orgánica de la Policía. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho administrativo* II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 179 y ss.

está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litispendencia (...)<sup>294</sup>.

Como sostiene SENDIN GARCÍA<sup>295</sup>, interpretando las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español, referencia 2/1981, el «*non bis in ídem*», implica, que para que exista tal doble enjuiciamiento es preciso que un mismo hecho sea constitutivo de dos o más infracciones, y por tanto, susceptible de dos sanciones distintas a la misma persona, pero además, las dos sanciones deben tener el mismo fundamento, es decir, encauzadas a la protección del mismo —o al menos semejante— bien jurídico<sup>296</sup>.

La aplicación de este principio reviste especial importancia en el ámbito de la represión de los ilícitos ambientales, debido a que en la tipificación de los delitos ambientales se recurren con mucha frecuencia

---

<sup>294</sup> Vid. sentencia de amparo del cuatro de mayo de 1999, ref. 231-98.

<sup>295</sup> SENDIN GARCÍA, M. A., *La concurrencia del proceso penal con el procedimiento sancionador en el Derecho Administrativo español*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, año 9, número 9, San José de Costa Rica, pág. 158.

<sup>296</sup> *Este principio es ampliamente recogido por la legislación procesal penal como uno de los "Principios básicos y garantías constitucionales", denominándolo en el artículo 7 del Código Procesal Penal como el Principio de Única Persecución: "Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho". Así mismo, dicho principio también encuentra asidero en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por El Salvador por el Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. 208, tomo 265 del 23 de noviembre de 1979. El mismo está contenido en el artículo 14, número 7: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, OEA, 1969), ratificada con interpretación por El Salvador por DL número cinco, del 15 de junio de 1998, publicado en el DO número ciento trece, tomo 259, del 19 de junio del mismo año, reconoce una expresión del mismo principio en su artículo 8 garantías judiciales: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos". Así lo ha descrito ampliamente la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 22 de agosto de 2003, referencia 77-H-2001.*

a la técnica de la remisión de la legislación administrativa para la descripción de la conducta sancionable penalmente, es decir, a la técnica de las «*leyes penales en blanco*».

Lo anterior ocasiona una inevitable vinculación entre los ilícitos ambientales administrativos y penales. A manera de ejemplo, el Código Penal tipifica como delitos la contaminación ambiental simple y agravada (artículos 256 y 257), depredación de bosques y depredación de fauna y de fauna protegida (artículos 259, 260 y 261), cuya descripción específica del tipo se encuentra en la normativa administrativa ambiental<sup>297</sup>.

Además, esta configuración jurídica otorga amplia facultades a la Administración ambiental, pues ella perseguiría la infracción de manera oficiosa —salvo que la Fiscalía General de la República iniciara la investigación o que se iniciara en virtud de una denuncia ciudadana—. Esto en muchas ocasiones podría conllevar a doble juzgamiento, por el mismo hecho, sujeto; y, fundamento, quebrantándose la garantía constitucional aludida en el artículo 11 «*in fine*».

Sin embargo, el legislador salvadoreño, con el fin de evitar el doble juzgamiento, promulgó en el año 1999 la reforma del artículo 263-A del Código Penal<sup>298</sup>, estableciendo como condiciones *objetivas de*

---

<sup>297</sup> Vid. *infra* Capítulo V.

<sup>298</sup> En cuanto a esta reforma, la Sala de lo Constitucional pronunció sentencia de inconstitucionalidad, promovida por dos ciudadanos en procesos acumulados referencia 19/99 y 20/99, de fecha de 3 de diciembre de 2002, los demandantes argumentaron que el Código Penal vulneraba el artículo 193 inciso 4, que se refiere a la facultad de promover la acción penal de oficio o a petición de parte de la Fiscalía General de la República, sobre estas pretensiones la Sala de lo Constitucional sostuvo que la acción penal se ejerce por medio del requerimiento fiscal y como tal para su porción debe cumplir con ciertos requisitos formales y esenciales que se estipulan en las leyes, de tal suerte que el establecimiento de una condición objetiva para su procedencia en determinados tipos de delitos, no implica un límite contrario a esta disposición constitucional en el ejercicio de la

*procesabilidad penal*, que la Fiscalía General de la República podría ejercer la acción penal solo cuando la autoridad administrativa haya concluido los procedimientos administrativos correspondientes de conformidad a la Ley del Medio Ambiente. Sin embargo, tal reforma ha quedado derogada desde julio del 2005 al considerarse que daba paso a la impunidad<sup>299</sup>.

Actualmente el orden jurídico secundario no es uniforme en cuanto al proceder para evitar dicha circunstancia, para el caso, el artículo 89 de la Ley del Medio Ambiente, al igual que la LCVD, disponen que la responsabilidad administrativa no exonera al infractor de la responsabilidad penal, aquí no cabe duda que el legislador adoptó una postura contraria al principio *non bis in ídem*, por la permisión del doble juzgamiento en sede judicial y sede administrativa.

La LF, en el artículo 44, establece que si la infracción forestal diere origen a un hecho tipificado como delito, la autoridad forestal lo hará del conocimiento al Ministerio Público, una vez se haya concluido el procedimiento administrativo sancionador forestal. Del mismo modo

---

acción penal y la segunda pretensión fue sobre el artículo 3 de la Constitución, que afirma el derecho de igualdad, en cuanto este punto la Sala de lo Constitucional manifestó que el referido artículo 263-A del Código Penal, no establece ningún trato privilegiado a los procesados por delitos que dañan el bien jurídico al medio ambiente de la sentencia, ya que la decisión legislativa de esta clase de delitos puede perseguirse penalmente hasta haberse concluido los procedimientos administrativos, lo cual ni implica un privilegio materia ni procesal para los eventuales imputados, por lo que no existe vulneración alguna del artículo 263-A, en relación a los preceptos constitucionales, antes citados y declaró de un modo general y obligatorio, que no existe la inconstitucionalidad alegada.

<sup>299</sup> La LMA en los artículos 105 y 106, estipula la responsabilidad penal como consecuencia de infringir las disposiciones establecidas en la presente ley incurriere en delito, será sancionado de conformidad a lo establecido en el Código Penal. Asimismo el ejercicio de la acción penal ambiental es pública y su ejercicio corresponde a la Fiscalía General de la República, sin perjuicio de que las personas naturales o jurídicas puedan ejercitar su derecho de acción personal de acuerdo a lo previsto en la presente ley y el Código Procesal Penal.

que la LMA, puede existir la violación del *non bis in ídem*; pero acá la Fiscalía General de la República puede abstenerse de abrir un proceso por existir una sanción administrativa ambiental, salvo que la imputación sea bajo otro fundamento.

Finalmente, la LANP en el artículo 48, establece que si la administración ambiental determina que el hecho constituya delito, se abstendrá de seguir conociendo, debiendo remitir los autos a la Fiscalía General de la República para que inicie la acción penal correspondiente. Esta postura se decanta por la regla de la preferencia de jurisdicción penal sobre la administrativa<sup>300</sup>, aunque resulta protectora a la interdicción del «*non bis in ídem*». Sin embargo, puede ser delicado porque queda a la libre apreciación a la administración si procede a sancionar o suspender la tramitación del expediente.

Lo manifestado tiene cabida porque en muchas ocasiones en El Salvador son las propias autoridades administrativas o funcionarios las implicadas en la producción del daño ambiental, al haber autorizado ilegalmente o haber permitido la actividad ilícita. Por tanto, los funcionarios públicos deben adoptar mecanismos que no vayan en contra de éste principio constitucional, pues ellos están obligados cumplir y hacer la normativa constitucional. Tal deber, como es sabido, deviene, de la protesta de ley al momento de la toma de posesión de su cargo público, tal como lo manda el artículo 235; y asumen las consecuencias según el artículo 245 ambos, de la Constitución.

En ese sentido la Sala de lo Constitucional<sup>301</sup> ha dado algunas directrices<sup>302</sup> para dar certeza al modo de proceder en el ordenamiento

---

<sup>300</sup> Vid. como referente en la doctrina española ambiental CASTALLÓN DEL VALLE, M., op. cit., 182.

<sup>301</sup> Vid. sentencia de inconstitucionalidad del 29 de abril de 2013, referencia 18-2008.

jurídico administrativo ambiental y evitar la aplicación de las sanciones administrativas y penales de forma simultánea, a saber:

a) La duplicidad de sanciones administrativas y penales en las relaciones especiales de sujeción —como acontece en el ámbito disciplinario—, por ser distintos bienes e intereses jurídicos los que se pretende proteger.

Por ejemplo, el caso que un estudiante de la Universidad de El Salvador dañe el patrimonio ambiental del «alma mater», talando un árbol en los recintos universitarios, que se encuentre en la lista de fauna protegida. Dicho estudiante puede ser procesado por el delito de depredación por fauna protegida y también tramitarse un procedimiento administrativo disciplinario por la infracción administrativa cometida.

En este caso debemos entender que la sanción penal está llamada a salvaguardar los intereses públicos puestos en peligro por la conducta desarrollada por el agente delictivo; mientras que la sanción disciplinaria tiene como fundamento la infracción de los deberes éticos y de aquellos cánones conductuales que intentan preservar el buen funcionamiento de la administración en relación con el servicio público que se presta.

---

<sup>302</sup> La Sala de lo Constitucional ha adoptado la doctrina española de la "*relación de la sujeción especial*", por ejemplo una persona que haya cometido un delito puede tener si misma una significación directa en el ámbito interno de una asociación o entidad. Ejemplos: responsabilidad de un médico, abogados y notarios, funcionarios públicos. (Sentencia Tribunal Constitucional español 2/1981, 77/1983). De igual forma le da prioridad procesal a la persecución penal sobre la administrativa. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 2000, págs. 367 y ss.

b) La prevalencia que la jurisdicción penal tiene sobre la administración debe ser respetada en los casos de colisión entre ambas instancias, de acuerdo con el instituto de la cosa juzgada, así como de los principios de seguridad jurídica —posibles apreciaciones y decisiones contradictorias— y proporcionalidad en la respuesta sancionatoria —rigor excesivo del castigo estatal—.

Por tanto, cuando se dicte una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo que adquieran la calidad de cosa juzgada en razón de la *inexistencia comprobada del hecho*, tales pronunciamientos inhiben a la administración de iniciar o proseguir cualquier expediente administrativo sancionador de orden ambiental, salvo que este último tenga como razón *hechos distintos* a los enjuiciados en la jurisdicción penal. Por lo cual resulta evidente que no pueden existir pronunciamientos contradictorios, cuya esencia sean situaciones que para una instancia no existen y para la otra sí.

c) En el caso que aparezcan situaciones que presumiblemente puedan considerarse delitos, la administración debe poner en conocimiento de la Fiscalía General de la República, sin que pueda actuar hasta que no exista un pronunciamiento definitivo por parte del ente fiscal; así, por ejemplo, cuando resulte sobreseimiento o sentencia definitiva. Esto en virtud que se pretende la suspensión del procedimiento administrativo sancionador ambiental, a fin de salvaguardar el efecto de cosa juzgada material que opera en materia penal.

d) Cuando el proceso penal finalice y exista concurrencia de los hechos que pretenda sancionar, y la administración pretende iniciar un procedimiento administrativo sancionador, deberá respetar la valoración

de los hechos que hayan efectuado las jueces penales correspondientes, sobre la base del *principio de prevalencia de la prueba*.

#### **4.5. Tipos de sanciones y medidas accesorias aplicables al ámbito ambiental**

##### **4.5.1. Consideraciones previas**

El Derecho Administrativo sancionador ambiental juega un papel disuasivo en el ámbito de la prevención ambiental. Si bien son aplicables los principios del Derecho Penal estos deben interpretarse y aplicarse en función de los principios rectores del Derecho Ambiental: los principios *quien contamina paga y el de prevención*.

En consecuencia, cuando la Administración Ambiental sancione llevará imbíbita la correspondiente reparación de los daños ocasionados a los bienes ambientales. En efecto, la responsabilidad administrativa ambiental se constituye hoy en día en una responsabilidad de Derecho Público, donde la administración dentro del procedimiento sancionador puede tomar las medidas preventivas posibles, a fin de evitar la consumación de tales daños ambientales.

##### **4.5.1. Las sanciones administrativas ambientales y las medidas preventivas**

Para definir la sanción administrativa, existen dos vertientes doctrinales, a saber: la primera que la caracteriza como «un mal infligido por la administración hacia el administrado como consecuencia de una conducta ilegal<sup>303</sup>», mientras la segunda, que a nuestro juicio es la más adecuada, que la define como «un acto de

---

<sup>303</sup> Vid por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., op. cit., pág. 163.

gravamen que disminuye la esfera jurídica de una persona, sea consistiendo en una restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos, sea imponiendo un deber económico al responsable de la infracción<sup>304».</sup>

En este sentido, tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional<sup>305</sup> como la de la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>306</sup>, son uniformes en definir la sanción administrativa como: «un acto de gravamen, a través del cual se afecta negativamente la esfera jurídica de los particulares, ya sea mediante la privación de un derecho o de una determinada actividad, o mediante la imposición de un deber antes inexistente».

Para que la administración imponga una sanción administrativa el hecho debe constituir una infracción donde restrinja o límite algún derecho o impongan una suma pecuniaria prevista en el ordenamiento jurídico administrativo.

En consecuencia, la sanción administrativa correspondiente debe ser atribuida y comprobada mediante un procedimiento administrativo sancionador, respetando todos los derechos y garantías constitucionales del presunto infractor. De tal forma que se otorgue al administrado la posibilidad de defenderse y exponer sus razonamientos jurídicos y fácticos, controvertir la prueba en su contra y defender sus derechos de manera plena y amplia.

---

<sup>304</sup> Vid. SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Madrid, 2000, pág. 221, y BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo, parte especial*, cuarta edición, Madrid, Civitas, 1999, pág. 81.

<sup>305</sup> Vid. sentencia de amparo del 23 de mayo de 2005, referencia 130-P-2002.

<sup>306</sup> Vid. sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 12 de febrero de 2002, referencia 183-A-2000.

Por otra parte, las sanciones ambientales pueden ser personales o reales. Las primeras consisten en la suspensión o restricción de un derecho o de la autorización para el ejercicio de un derecho, por ejemplo, la clausura de un establecimiento o actividad obra o proyecto, que son muy propias en materia administrativa ambiental. Las segundas son las sanciones pecuniarias (multas) o sustracción del ilícito, como el comiso de objetos al culpable de la infracción. Subráyese que en las sanciones ambientales, por los efectos que produce la infracción, siempre que fuese posible, dispondrá la restauración de los bienes ambientales al estado anterior en que se encontraban, es decir, los resarcimientos de los daños y perjuicios ambientales.

#### **4.5.1.1. La multa como sanción ordinaria en las infracciones ambientales**

La multa es una *sanción pecuniaria consistente en la imposición de la obligación de pago de una cantidad de determinada de dinero*<sup>307</sup>. Es básicamente la sanción prototipo en el sistema sancionador salvadoreño al igual que muchos países de Iberoamérica, sobre todo en el ámbito ambiental. Sobre la base del *principio de proporcionalidad* la LMA, en el artículo 89, dividen las sanciones administrativas en menos graves y graves. En la primera la cuantía es de «*dos a cien salarios mínimos*», mientras las segundas es de *ciento uno a cinco mil salarios mínimos*; en ambos casos calculables mensualmente. Pero como dijimos *supra* dicha tipificación tiene un problema en cuanto a la determinación específica, pues no se sabe a qué salario mínimo se refiere, lo que refleja una clara ilegalidad y una probable inconstitucionalidad.

---

<sup>307</sup> Vid. GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, séptima edición, Tecnos, Madrid. 2010, pág. 638.

Sin embargo, el artículo 98 de la referida ley establece una atenuante cuando el infractor reconozca los hechos imputados y realice todas las medidas restaurativas a los ecosistemas dañados, el MARN impondrá la sanción mínima, independientemente si la infracción por la cual se abrió procedimiento administrativo sancionador sea grave o menos grave.

En cuanto a las demás leyes que tutelan bienes ambientales, tales como la LF, LANP y la LCVS, regulan las sanciones administrativas en leves, graves y muy graves. En cada expediente sancionador el MARN y Ministerio de Agricultura y Ganadería, según sea el caso, aparte de la multa, procederán al decomiso, comiso de los productos forestales o especímenes adquiridas, o cazadas ilícitamente, al igual que los aperos utilizados para cometer la infracción. Además, cuando se trate de madera proveniente de la ilícita se procederá a venderla tomando como parámetro los precios del mercado local.

Hay que señalar que en el Derecho Comparado algunas normas administrativas ambientales adscriben los montos generados por sanciones que impongan la administración ambiental a un fondo destinados a la protección del medio ambiente. Es el caso de las leyes de protección ambiental de las comunidades autónomas españolas de Galicia y Murcia.

En Centroamérica se tiene la *Ley General del Medio Ambiente y Recursos Naturales* de Nicaragua, que, en su artículo 151 establece el destino del dinero de los pagos de las multas provenientes de la responsabilidad administrativa. Así, el veinticinco por ciento se otorga al municipio donde ocurrió el daño ambiental y el setenta y cinco por ciento se entrega al *Fondo Nacional del Ambiente*, para que lo destine a

programas para la conservación del medio ambiente y la calidad de vida de los habitantes.

#### **4.5.1.2. Sanciones rescisorias de carácter ambiental**

En el ámbito de protección del medio ambiente es frecuente que la administración pública otorgue permisos, licencias y concesiones administrativas, para la utilización, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales. Por tanto, la ley faculta la aplicación de sanciones rescisorias que consisten en la retirada temporal o definitiva para realizar la actividad en cuyo ejercicio se ha cometido la infracción con la consiguiente clausura de la obra, proyecto o actividad.

En este sentido, la LMA, en el artículo 64, estipula como causas de revocación de los permisos ambientales de aprovechamiento de recursos naturales las siguientes:

- a) la negativa del titular del permiso ambiental a cumplir las condiciones establecidas en éste; y,
- b) la violación de las normas técnicas de calidad ambiental y las de aprovechamiento racional y sostenible del recurso.

La revocación de los permisos, según la LMA, constituye una medida sancionadora más contundente y eficaz que la administración puede aplicar ante las situaciones degradantes al medio ambiente, por incumplimiento de condiciones del permiso y violación de normas de calidad ambiental. En atención al principio de proporcionalidad, solo cabe en los supuestos la imposición de este tipo de sanciones por infracciones graves y lesivas para el medio ambiente. En este sentido es de aclarar que solo opera como una sanción accesoria a la multa, según lo establece el artículo 86, letras «g» y «h» de la LMA. En todos

aquellos casos que el titular de la obra o proyecto represente una amenaza grave al interés público ambiental.

#### **4.5.1.3. Las medidas precautorias ambientales**

La medida de suspensión de actividades constituye una manifestación del principio de prevención del Derecho Sancionador Ambiental. El MARN, de conformidad a los artículos 83 y 84 de la LMA, podrá acordarla, de oficio o a petición del Ministerio Público o de cualquier ciudadano y asociación ambientalista, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiese recaer, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y los previsibles daños al medio ambiente y los ecosistemas, dando al supuesto infractor un plazo de quince días para que comparezca a manifestar su defensa.

Estas podrán tomarse previo al inicio del expediente sancionador o durante la tramitación del mismo. Deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto. El Ministerio deberá resolver sobre la continuación o revocatoria de las medidas preventivas que haya impuesto en el término de diez días contados a partir de la expiración del plazo concedido al afectado para manifestar su defensa.

Podrán sustituirse por una fianza, para garantizar la restauración del real o potencial daño que se cause. Las medidas precautorias durarán mientras el responsable de la amenaza del deterioro no elimine sus causas nocivas. Se circunscribirán al área, proceso o producto que directamente amenace con deteriorar o el medio ambiente que ponga en peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población.

#### **4.6. El resarcimiento de los daños ambientales como consecuencia de la infracción ambiental. Remisión**

Una de los aspectos importante en la normativa administrativa ambiental es el resarcimiento de los daños ambientales. Este tipo de responsabilidad está sujeta al régimen de Derecho Público, dado que la LMA otorga facultades a la administración ambiental, para establecer los daños correspondientes en sede administrativa. Así encontramos, enfáticamente, en el artículo 83, en relación con el artículo 96, que el MARN condenará al infractor a la reparación de los daños causados al medio ambiente.

De este precepto se destaca que el infractor, una vez firme la resolución administrativa, tiene un plazo suficiente para hacer efectiva la reparación de los daños ambientales por sus propios medios. De lo contrario el MARN nombrara peritos —que podrán ser biólogos o profesionales con conocimientos de física, química y en evaluación económica de los bienes ambientales—, para evaluar los daños y establecer el monto económico a destinar para la reparación de los daños.

La exigibilidad del monto dinerario de parte del MARN deberá hacerlo en juicio civil ejecutivo o abreviado de liquidación de daños y perjuicios ambientales, ya que la parte final del artículo 96 de la LMA, en relación con el artículo 121 del Reglamento General de la LMA, estipula que la certificación del valúo tendrá fuerza ejecutiva contra el infractor. Esto es importante ya que la reparación ambiental corresponderá de forma directa al infractor, en caso contrario a la administración.

La administración ambiental solo tendría competencia de establecer el monto de los daños y perjuicios de bienes ambientales cuya titularidad sea de la administración; es decir, los que estén sujetos al *dominio público*, tales como: los recursos marinos, lacustres, fluviales, forestales, áreas naturales protegidas, entre otros. En cambio, no es competente para establecer el importe en los bienes ambientales que pertenezcan a los particulares, porque en este caso el derecho a reclamar corresponde al propio particular y la decisión, de ser indemnizable, no está sujeto a la jurisdicción ambiental.

## CAPÍTULO V

### RESPONSABILIDAD PENAL AMBIENTAL

SUMARIO: 5.1. Cuestiones previas. 5.2. Sobre el bien jurídico tutelado: el medio ambiente. 5.3. El principio de intervención mínima y Derecho Penal del Medio Ambiente. 5.4. Delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Algunas cuestiones en el Derecho Penal Ambiental. 5.5. Cuestiones relativas a la remisión a la normativa administrativa: leyes penales en blanco. 5.6. Comentarios de los delitos ambientales en el Código Penal salvadoreño. 5.6.1. Contaminación ambiental. 5.6.2. Delitos contra espacios naturales protegidos. 5.6.3. Delitos contra la flora protegida. 5.6.4. Delito de depredación de fauna. 5.6.5. Delito de depredación de fauna protegida. 5.6.6. El delito de quema de rastrojo. 5.6.7. Delitos relacionados con sustancias peligrosas. 5.6.8. Delitos cometidos por funcionarios públicos

#### 5.1. Cuestiones previas

La adecuación de cierta conducta como constitutiva de delito y, la consiguiente intervención de los jueces penales, es el resultado de lo que ESTEVE PARDO<sup>308</sup> califica como la segunda reacción del Derecho para la protección del medio ambiente. La primera reacción fue y sigue siendo la intervención protecciónista, preventiva y represora de la Administración pública a través del Derecho Ambiental y Derecho Administrativo Sancionador.

Como ya lo expresamos en el capítulo inicial el desarrollo económico desordenado que ha ocasionado desastres ambientales, como el calentamiento global y el cambio climático, que han marcado a la humanidad convirtiéndola en una verdadera sociedad de riesgo<sup>309</sup>. Ello ha conllevado a que se consideren determinadas conductas como

---

<sup>308</sup> ESTEVE PARDO, J., op. cit. págs. 119-120.

<sup>309</sup> SESSANO GOENAGA C. S., "La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico", en AA.vv., en *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, coordinación de Teresa Vicente Giménez, Trotta, Madrid, 2002, pág. 219, señala que la doctrina penal reciente puede observarse una referencia frecuente al concepto de "sociedad de riesgo" como un nuevo paradigma que conlleva a la tendencia de introducir nuevos tipos penales, así como la agravación de los ya existentes.

punibles en los ordenamientos, a fin de que la penas impuestas realicen una labor disuasiva y preventiva con el propósito que se logre, además, la reparación civil efectiva de los daños ambientales, frente a las más graves afrontas.

En consecuencia, pretendemos en el presente capítulo desarrollar la protección penal del medio ambiente y los problemas que enfrenta la dogmática jurídica en dicho ámbito, con especial referencia al análisis de los tipos penales que tutelan el medio ambiente como bien jurídico autónomo en el Derecho Penal salvadoreño.

El Derecho Penal Ambiental surge en El Salvador con la entrada en vigencia del Código Penal que fue aprobado el 26 de abril de 1997<sup>310</sup> que entró en vigencia el 20 de abril de 1998. Este código tipificó por primera vez una serie de delitos ambientales en el título X, capítulo II cuya rúbrica es «*De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente»*<sup>311</sup>.

Dicha regulación se constituyó en la principal herramienta de la tutela penal del medio ambiente en El Salvador, pues del Código Penal de 1973, no contenía los delitos ambientales y éstos eran tutelados de manera indirecta, a partir de bienes jurídicos como la salud y la economía pública (artículo 281) incendio; delitos contra la seguridad colectiva; (artículo 295) corrupción o envenenamiento de aguas; delitos contra la salud (artículo 295) corrupción o contaminación del ambiente; (artículo 345) explotación ilegal de la riqueza piscícola; delitos contra la actividad económica (artículo 346); explotación ilegal de la riqueza forestal.

---

<sup>310</sup> D.L. N° 1030, publicado en el DO, N°. 105, Tomo N°. 335, del 10 de junio de 1997.

<sup>311</sup> *Manual de investigación de delitos ambientales*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, San Salvador, 2010, pág.13.

El Derecho Penal Ambiental se encuentra en nuestro país, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, subordinado a las reglas del Derecho Penal general, por tanto, su construcción no se aparta de las reglas ordinarias, de hecho, los delitos ambientales se encuentran contenidos en la parte especial del Código Penal, ello es importante porque hay ordenamientos en el Derecho Comparado que han avanzado en la materia y cuentan con una Ley Penal Ambiental separada del Código Penal, tales como: Venezuela y Brasil

La caracterización del medio ambiente como un bien jurídico colectivo e interés difuso ha llevado a que tenga auge en los últimos años. En este sentido BARREIRO<sup>312</sup> señala que un importante sector de la doctrina penal coincide en que la protección del medio ambiente debe ocupar un lugar importante en la política criminal contemporánea para cumplir con la exigencia de proteger y conservar las bases de la subsistencia humana.

Sin duda alguna los intereses difusos, donde entra el campo de tutela del medio ambiente, sitúan al Derecho Penal frente al reto de tutelar nuevos y complejos bienes jurídicos que no puede realizarse, como bien afirma PRATS<sup>313</sup>: sin la instauración de un modelo de control y prevención extrapenal, esta complejidad puede transitar por la puesta en peligro y amenaza de los principios garantistas propios de un Estado de Derecho, tales como: la *subsidiariedad, fragmentariedad y última ratio*.

---

<sup>312</sup> BARREIRO, J. A, "El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente", en AA.VV. en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, (obra dirigida por él, y coordinada por Manuel Cancio Meliá), Comares, Granada, 2005, pág. 20.

<sup>313</sup> PRATS MORALES, F., *Técnica de tutela penal de los intereses difusos*, en AA.VV., en "Cuadernos de Derecho Judicial: intereses difusos y Derecho Penal", director Javier Boix Reig, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 75 y ss.

Es por ello que SESSANO GOENAGA señala que el Derecho Penal del medio ambiente se caracteriza por ser el resultado de una dirección de política criminal de tutelar bienes jurídicos supraindividuales, y por la construcción dogmática de los tipos penales mediante la técnica de «*leyes penales en blanco*» y «*delitos de peligro*»<sup>314</sup>. Por lo tanto, existe en la actualidad un consenso social y político acerca de proteger penalmente el medio ambiente por su valor fundamental e indispensable para la humanidad frente a los ataques más intolerables que ponen en peligro todas las especies que habitan el planeta tierra.

## 5.2. Sobre el bien jurídico tutelado: el medio ambiente

La doctrina dominante considera que el Derecho Penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la sociedad. Por otra parte, hay autores que consideran que su verdadera función es la «estabilización de la vigencia de las normas esenciales» o «el mantenimiento de las normas, de la identidad normativa»<sup>315</sup>. En este sentido el artículo 3 del Código Penal salvadoreño, coincidiendo con la doctrina dominante, adquiere trascendencia al reconocer que el Derecho Penal «constituye todo un sistema de protección de la sociedad frente a los ataques de mayor intensidad contra determinados bienes jurídicos, de tal forma que para que pueda prohibirse y castigarse conductas se exige que las mismas dañen de un modo concreto o pongan en peligro dichos bienes<sup>316</sup>».

Por otra parte, señala MIR PUIG que por bien jurídico penal se entenderán todos «aquellos intereses, valores o derechos que merecen y

<sup>314</sup> SESSANO GOENAGA, C., op. cit., pág. 218.

<sup>315</sup> Vid. BARREIRO, J. A., op. cit., pág. 22.

<sup>316</sup> PRADO, L. R., *El ambiente como bien jurídico-penal: aspectos conceptuales y delimitadores*, Universidad Estatal de Maringá, Estado de Brasil, disponible en <http://www.diritto.it/pdf/26625.pdf>, pág. 5.

tienen la protección de las normas de carácter penal»<sup>317</sup>. Como derivado de lo anterior, los bienes jurídicos se clasifican: en individuales y en colectivos o supraindividuales. Los primeros «son intereses, valores o derechos que son ejercidos por una persona en lo individual<sup>318</sup>». Los segundos tienen un «carácter difuso», ante la imposibilidad de identificación del titular de los mismos y, en consecuencia, ofrece cierta dificultad en su protección.

En orden de ideas el medio ambiente, como un bien jurídico tutelado penalmente, se proyecta como un interés difuso<sup>319</sup> de textura y contenido diverso, de carácter supraindividual o colectivo<sup>320</sup> que dificulta su determinación. Es decir, la expresión de interés difuso es utilizada para referirse a los bienes jurídicos individuales de contornos poco precisos y difícil determinación<sup>321</sup>, aspecto que nos referiremos *infra*.

Es por ello que ante la referida dificultad se debe buscar una definición de medio ambiente que permita lograr una tutela jurídico

---

<sup>317</sup> MIR PUIG, S., *Manual de Derecho Penal, parte general*, novena edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 45.

<sup>318</sup> Ibídem., pág. 46

<sup>319</sup> Vid. PERIS RIERA, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1984, pág. 25.

<sup>320</sup> Sobre este punto debe señalarse que hay autores que consideran que es importante diferenciar los bienes jurídicos colectivos, entendiendo que son aquellos que tienen un carácter intermedio y son un instrumento para la protección de otros bienes jurídicos individuales, de los que son verdaderamente supraindividuales. Así por ejemplo, si se opta por una concepción antropocéntrica del medio ambiente se estaría en presencia de un bien jurídico colectivo, mientras que, si es una concepción ecocéntrica, entonces sería un bien jurídico supraindividual. Hay quienes incluso consideran que debería optarse por la afirmación de la existencia de bienes jurídicos intermedios o de referente individual, siendo aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de particulares, es decir, se vincula la tutela penal de bienes colectivos a la puesta en peligro de bienes personales. Vid. BARREIRO J. A., op. cit., pág.15.

<sup>321</sup> PRATS MORALES, F., op. cit., pág. 77.

penal, en cuanto a fijar contornos claros de los objetos de protección que deberán referirse los supuestos de hecho típico individuales, por lo cual encontramos diferentes concepciones<sup>322</sup>, a saber:

a) *concepción amplia* que postula la integración dentro del ambiente de los elementos materiales e inmateriales. Ejemplo: los valores artísticos, culturales, históricos, sociales, concepción que acoge la Ley del Medio Ambiente en el artículo 5, lo cual deja sendas imprecisiones, como ya lo expresamos en el primer capítulo;

b) *concepción restrictiva*, que propugna que el entorno se reduce exclusivamente a aquellos elementos físicos indispensables para la vida y,

c) *concepción intermedia*, que sostiene que el medio ambiente constituye el conjunto de las bases naturales de la vida.

Sin embargo, otra de las polémicas doctrinales es: a) los que consideran que la tutela en los delitos ambientales es el modelo de gestión administrativa ambiental; b) los partidarios de un concepto *antropocéntrico* del medio ambiente; y, c) entre aquellos que apuestan por el concepto *naturacentrismo*.

La primera tesis propugna que el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales es el modelo de gestión administrativa del medio ambiente o la función administrativa de control, lo cual ha sido duramente criticada por ser demasiado formalista y no descubrir el fin de protección de la norma penal.

La segunda tesis, concepción puramente antropocéntrica, sostiene que la tutela penal del medio ambiente debe ser entendida como

---

<sup>322</sup> SESSANO GOENAGA, C. S., op. cit., pág. 235.

la tutela de bienes jurídicos individuales como la vida y salud, siendo digna de criminalización solo cuando la contaminación afecte o ponga en peligro la salud o la vida humana<sup>323</sup>.

La tercera tesis, puramente ecocéntrica, postula la protección del medio ambiente en sí mismo, como un bien ideal, y desiste de la idea de conexión entre el medio ambiente y el ser humano<sup>324</sup>.

Finalmente, siguiendo SESSANO GOENAGA<sup>325</sup> se encuentran las tesis mixtas que se subdividen en:

a) *Concepción antropocéntrica moderada*, que reduce el Derecho Penal al Derecho Penal Nuclear, aunque reconoce la existencia de bienes jurídicos colectivos, éstos solo serían protegibles penalmente cuando la lesión a los mismos lleve consigo una afectación a los bienes jurídicos individuales.

Lo anterior significa que esta concepción no considera que la tutela penal del medio ambiente deba limitarse a la protección de la vida y salud humana, sino que admite la tutela penal del medio ambiente frente a las agresiones sobre los objetos de las bases naturales, siempre que tales ataques impliquen un atentado mediato o indirecto de la vida o la salud.

b) *Concepción ecocéntrica moderada*, postula que en la tutela penal del medio ambiente debe existir una conexión entre bien jurídico medio ambiente y la defensa de los seres humanos. Por otra parte, debe reconocerse los bienes ambientales —como la fauna, la flora, el aire, el suelo y el agua— como bienes jurídicos auténticos y autónomos cuya

---

<sup>323</sup> Vid. BARREIRO, J. A., op. cit., pág. 40.

<sup>324</sup> Ibidem. pág. 41.

<sup>325</sup> SESSANO GOENAGA, C., op. cit., págs. 37 y 38.

protección penal no estaría condicionada por la afectación a bienes jurídicos de la persona humana. Esta es la concepción teórica más adecuada, atendiendo a política criminal moderna, para la tutela del medio ambiente como bien jurídico supraindividual, además, concuerda con el Código Penal salvadoreño al denominarle al título X, capítulo II, *De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente*.

En virtud de lo anterior podríamos definir al delito ambiental como: «es aquel tipo de violación a la norma jurídica preexistente capaz de alterar, modificar el ambiente propicio para la reproducción y supervivencia de los organismos vivos, lo que incluye plantas animales, etcétera, e igualmente sería delito todo comportamiento capaz de producir graves perturbaciones o alteraciones de la materia viva, como por ejemplo los bosques, las montañas, los valles, los ríos, entre otros<sup>326</sup>». Pese a que la mayoría de definiciones no son coincidentes, tienen en común que tutelan el bien jurídico denominado medio ambiente. Aunque existan otros delitos que de manera indirecta también lo protejan.

### **5.3. El principio de intervención mínima y Derecho Penal del Medio Ambiente**

El Derecho Penal no puede ser una solución a todos los problemas de la sociedad. Solo puede y debe actuar ante determinadas situaciones, las que distorsionan más gravemente la pacífica convivencia. Ni siquiera ante tales situaciones constituye el Derecho Penal la mejor de las soluciones, por cuanto su acción supone un fracaso de los demás

---

<sup>326</sup> VALENZUELA, Y., (coordinadora), *Derecho Penal Ambiental dominicano*, Publicación Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, Santo Domingo, 2002, pág. 238.

mecanismos jurídicos, sociales y protector de los bienes y valores fundamentales de la vida en comunidad. De ahí el carácter o función subsidiaria atribuido al mismo<sup>327</sup>.

La intervención del Derecho Penal es siempre traumática, tanto para la persona como para la sociedad, por la gravedad del daño infringido y por la propia gravedad de la sanción atribuida. El proceso penal al ir revestido en el Estado de Derecho de las máximas garantías, suele ser largo y costoso, generándose una fuerte re-victimización en todos los sentidos.

Sin embargo, no puede suscitarse duda alguna acerca de la necesidad de la intervención del ordenamiento jurídico penal en materia ambiental; pero tampoco se duda que esa intervención solo puede estar ordenada a salvaguardar aquellos bienes que se consideran más importantes y frente a los daños más graves. Por tanto, el Derecho Ambiental, por su carácter preventivo, debe ser prioritario, mientras que el Derecho Penal debe intervenir como *última ratio*. Aunque subráyese: la intervención del Derecho Penal Ambiental en sus dimensiones debe ser mínima, pero máxima en su eficacia.

De ahí deviene dos caracterizaciones propias del Derecho Penal. La primera es de orden subsidiario, que implica que no todas las conductas lesivas de bienes jurídicos se sancionan, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas. La segunda es, como se dijo, de *última ratio*, que significa que sólo se debe recurrir al Derecho Penal cuando los demás medios jurídicos de los que dispone el Estado son insuficientes para disuadir o reprimir la conducta reprochable.

---

<sup>327</sup> Vid. BLANCO LOZANO, C., *El delito ecológico*, Montecorvo, Madrid, 1997, pág. 31.

En consecuencia, la doctrina penal mayoritaria en el ámbito ambiental ha coincidido en aplicarlo en «*ultima ratio*», es decir, solamente cuando se trate de responder a los ataques más graves o intolerables que no puedan ser neutralizados eficazmente a través de medidas «extrapenales menos gravosas»<sup>328</sup> como sucede con el Derecho Administrativo Sancionador Ambiental<sup>329</sup>.

Esta es la línea jurisprudencial dictada por los tribunales de sentencia en El Salvador, que al respecto han sostenido que: «el Derecho Penal debe tener un carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, sancionar con pena, aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos trascendentales, cuando otro segmento del orden jurídico no pueda hacerlo de manera más efectiva. En consecuencia la fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el Derecho Penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social»<sup>330</sup>.

#### **5.4. Delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Algunas cuestiones en el Derecho Penal Ambiental**

Una de las objeciones que se plantea al Derecho Penal Ambiental es la utilización del modelo de peligro que se ha impuesto en la técnica

---

<sup>328</sup> Ibídem. pág. 22

<sup>329</sup> AGRADANO DE LLANOS, M.E., "La protección penal del ambiente. Los delitos ambientales", en *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Tomo V, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 22.

<sup>330</sup>Vid. sentencia definitiva del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, del 7 de febrero del 2006, proceso penal, referencia 172-2005-1<sup>a</sup>- No P0103-174-2006. En igual sentido la sentencia definitiva del Tribunal de Sentencia de Usulután del 23 de junio de 2005, proceso penal, referencia U -062 -06-05, No P0501-44-2005.

jurídica legislativa<sup>331</sup>. Es de aclarar primero que la objeción se plantea solo respecto a los tipos penales que optan por ese modelo. Segundo, que se ha considerado, pese a las objeciones que puedan plantearse, que es mejor la utilización del modelo de *peligro abstracto al tipificar delitos ambientales*.

En el Derecho Penal clásico se solía adoptar como modelo de tipo delictivo los delitos de lesión o mínimamente los delitos de *peligro concreto* para la protección de bienes jurídicos eminentemente individuales, sin embargo, con el devenir del tiempo se ha vuelto necesario la protección de bienes jurídicos marcadamente colectivos, en cuyo caso, *se recurre a los delitos de peligro abstracto*. Está claro que los delitos contra el medio ambiente son delitos de peligro, y como tales poseen un sentido anticipatorio y preventivo frente a los delitos de lesión.

Los delitos de lesión: «son aquellos que causan un daño o lesión al bien jurídico protegido»; mientras el delito de peligro es «aquel que observa como contenido la sola puesta en peligro de los bienes cuya protección garantiza el derecho<sup>332</sup>»; de tal forma que, por un lado los

---

<sup>331</sup> Vid. BOIX REIG, J., "protección penal del medio ambiente", en AA.VV., en *Cuadernos de Derecho Judicial: intereses difusos y Derecho Penal*, (obra dirigida por él), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 24.

<sup>332</sup> Vid. MALO CAMACHO, G., *Delitos de lesión y delitos de peligro*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/854/13.pdf>, pág. 21, sostiene que son tres las posiciones doctrinales que explican el peligro: 1) la teoría subjetiva, el peligro no es algo real u objetivamente existente, sino que supone una representación de la mente humana, toda vez que en la realidad no haya para la probabilidad o posibilidad del acontecimiento; 2) teoría objetiva, afirma que la acción peligrosa es aquella que en el plano de la realidad tiene la probabilidad de producir un resultado lesivo, y 3) objetivas- subjetivas o mixtas, entre sus partidarios se encuentra el jurista italiano Petrocelli, quien señala que el peligro resulta constituido por un elemento objetivo y uno subjetivo, uno es el factor causal existente como tal en el mundo exterior y otro es el juicio que relaciona al factor con su resultado, estableciéndose la posibilidad de su resultado.

bienes jurídicos sufren la destrucción, y por otro son puestos en riesgo o amenazados. Por ejemplo, se califica de peligro «a un estado irregular, usual, en el que dadas las circunstancias concretas, se considera probable, la producción objetiva de un daño»<sup>333</sup>. En suma, VERCHER NOGUERA de forma sencilla plantea la distinción de los delitos de lesión y de peligro. Los primeros requieren de un efectivo daño del bien jurídico protegido. Los segundos tan solo la probabilidad del mismo es punible<sup>334</sup>.

Los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro abstracto y peligro concreto. En primero lugar, los delitos de *peligro abstracto* son aquellos: «cuyo común denominador es que el tipo sanciona la realización de una conducta peligrosa que de acuerdo a un juicio *ex ante* suponga un riesgo típicamente relevante de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico y que no exige una efectiva puesta en peligro, juzgada *ex post*, para el objeto de la acción o del bien jurídico protegido»<sup>335</sup>. En segundo lugar, en los delitos de *peligro concreto* se «requiere la producción del peligro como resultado, de tal forma que el juzgador debe comprobar la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la acción y la producción de un peligro real».

---

<sup>333</sup> El Tribunal de Sentencia de La Unión pronunciada el 5 de febrero de 2009, proceso penal referencia 0701-27-2009 416/2008, ha sostenido que por delitos de “peligro” se entiende “aquella infracción penalmente típica en la que la conducta sancionada no necesita culminar en un resultado constitutivo de una concreta lesión de bien jurídicamente protegido, sino que la consumación se alcanza por el mero hecho de la puesta en peligro de ese bien”.

<sup>334</sup> VERCHER NOGUERA A., “Responsabilidad penal ambiental”, en AA.VV. en *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 26.

<sup>335</sup> Vid. MENDOZA BUERFO B., “El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación”, en AA.VV., en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra dirigido por Agustín Jorge Barreiro y coordinado por Manuel Cancio Meliá, Comares., Granada, 2005, pág. 128.

Para seguir con la distinción antes referida, la gran mayoría de autores marcan las diferencias entre ambas clases de tipo penal con la consideración siguiente: en los delitos de peligro concreto representa un «elemento del tipo», que debe ser comprobado por el juez con base en las circunstancias de cada caso. En los delitos de peligro abstracto, por el contrario, el peligro no es un elemento del tipo legal y por ello, no debe ser comprobado por el juez, sino que constituye sólo una nota que por lo general acompaña un cierto tipo de conducta o de evento y que por ello ofrece al legislador la «razón» para la incriminación.

Así, en la técnica legislativa del delito de peligro concreto el juez tendrá que acudir a las reglas comunes de la experiencia para valorar si ha ocurrido la relevante probabilidad de un daño. Por el contrario la técnica del peligro abstracto, es la ley, a través de una descripción directa y taxativa, la que tipifica las formas de comportamiento o los eventos que son normalmente peligrosos<sup>336</sup>.

Como corolario concluimos que el modelo de delitos de peligro abstracto tiene la ventaja, frente a los delitos de peligro concreto, de eludir los problemas probatorios de causalidad entre la acción y el resultado, facilitando la labor de los juzgadores<sup>337</sup>. Pero, como veremos posteriormente, la mayoría de ordenamientos jurídicos se desencantan de dicha concepción y adoptan el modelo de peligro concreto. Entre los que se encuentran el Código Penal salvadoreño, siendo el tipo penal ambiental base el de *contaminación ambiental*.

---

<sup>336</sup> Vid. AGRADANO DE LLANOS, M.E., op. cit., págs. 28-29.

<sup>337</sup> BOIX REIG J., op. cit. pág. 128, expresa que el peligro concreto viene a ser un criterio legislativo que supone dotar de mayor contenido garantista al precepto, por más que ello suponga restarle eficacia en materia en la que determinados autores han preferido la estructura de peligro abstracto.

## 5.5. Cuestiones relativas a la remisión a la normativa administrativa: leyes penales en blanco

Uno de los temas que ha generado una ardua discusión es *la remisión a la normativa administrativa* que se observa en la tipificación de algunos delitos ambientales. En otras palabras: la discusión es entorno al binomio: leyes penales en blanco y principio de legalidad<sup>338</sup>. Como se sabe, este último principio determina que las conductas punibles no deben ser oscuras e inequívocas, sino que deben describirse de tal forma que cada persona entienda perfectamente lo ilícito. En efecto, las leyes penales deben ser precisas y claras<sup>339</sup>.

Hay autores, como LASCURAÍN<sup>340</sup>, que se oponen a esta técnica porque su utilización genera problemas en la lectura de la norma penal por cuanto el hecho típico queda parcialmente indeterminado, y su configuración la realiza un órgano que no es el poder legislativo, lo que a su juicio conlleva la violación del

---

<sup>338</sup> En virtud del principio de legalidad en materia penal se exige que la ley penal sea previa, escrita, estricta y cierta; aspecto de trascendental importancia, lo cual ha sido consagrado en la Constitución, que erige en su artículo 15 el principio de legalidad, al establecer que "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley". Principio desarrollado en el artículo 1 del Código Penal, que reza: "Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.

<sup>339</sup> Vid. al respecto la sentencia definitiva de inconstitucionalidad del 9 de octubre de 2007, dos mil siete, referencia 27-2006/30-2006/31-2006/38-2006/39-2006/ 41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/56-2006/61-2006.

<sup>340</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A., "El elogio del artículo 325 del Código Penal español", en AA.VV., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra dirigida por Agustín Jorge Barreiro y coordinada por Manuel Cancio Meliá, Comares, Granada, 2005, pág. 273.

principio de legalidad en su dimensión formal, es decir en cuanto a reserva de ley absoluta<sup>341</sup>.

Pero las leyes penales en blanco es una técnica de las que se vale el legislador penal para tipificar supuestos de hecho que se remiten a otros cuerpos normativos<sup>342</sup>. Es decir, este tipo de normas genera una remisión para complementar un precepto a cuerpos normativos diferentes al Código Penal que puede ser del mismo rango normativo, en cuyo caso se está en presencia de *normas penales en blanco impropias*, o de una inferior jerarquía configurándose *normas penales en blanco propias*, como sucede en reglamentos u ordenanzas propio de los delitos ambientales<sup>343</sup>. Básicamente se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al legislativo y de inferior jerarquía<sup>344</sup>.

Al respecto la Sala de lo Constitucional<sup>345</sup> ha dicho que la utilización de leyes penales en blanco es un técnica legislativa propia del Derecho Penal y que su uso no es *per se* inconstitucional. Además, que constituye una herramienta necesaria en sectores sociales dinámicos, y que el reenvío a otros cuerpos normativos para tipificar un delito se encuentra constitucionalmente justificado cuando: 1) sea expreso y esté

---

<sup>341</sup> En ese sentido, el Tribunal de Sentencia de Chalatenango ha señalado que en materia de tipos penales y en especial en los tipos penales en blanco "dada la remisión de sus elementos a otros ámbitos distintos de la ley penal, siempre existe, lo que en doctrina se conoce como una zona de penumbra, en la cual existe la duda de si determinada acción, es o no punible". Sentencia definitiva del 29 de julio de 2009, referencia 136-07-2009-1.

<sup>342</sup> SESSANO GOENAGA C.S., op. cit., pág. 225.

<sup>343</sup> ESTEVE PARDO, J., "op. cit.", pág.124.

<sup>344</sup> En ese mismo sentido la Sala de lo Constitucional ha admitido la existencia de esa clasificación, sentencia definitiva de inconstitucionalidad referencia 27-2006/30-2006, citada en *supra*.

<sup>345</sup> Vid. sentencia definitiva de inconstitucionalidad, ref. 27-2006/30-2006, cit. *supra*.

justificado en razón del bien jurídico protegido; y 2) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la materia de prohibición, y satisfaga las exigencias derivadas del mandato de certeza, no pudiendo dejarse su determinación total o absoluta a una autoridad distinta, que emita normas de rango inferior<sup>346</sup>.

Particular importancia reviste la cuestión de las «leyes penales en blanco» como técnica legislativa en el caso de los delitos ambientales ya que se ha planteado como un problema de accesoriedad administrativa en la configuración de los delitos ambientales. Sin embargo, se ha sostenido que en ésta materia es indispensable e inevitable que en la tipificación de los delitos ambientales se someta a la condicionante de la accesoriedad administrativa.

En virtud de lo anterior, siguiendo a la referida jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional<sup>347</sup>, debe reconocerse que los ámbitos donde interactúa el ser humano con la naturaleza son dinámicos. Donde se requiere el funcionamiento de mecanismos formalmente menos severos. Advirtiendo entonces que en tales actividades resulta válida la «delegación normativa complementaria en un sentido integrador entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal». Ello se muestra acorde con la función constitucional de protección tanto del individuo como de la colectividad en general, en ciertos ámbitos sociales sensibles a producir perjuicios de difícil cuantificación.

---

<sup>346</sup> Vid. sentencia definitiva de inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional, del 3 de octubre de 2011, referencia 11-2007/13-2007/21-2007/23-2007/24-2007/25-207/26-2007/30-2007/31-2007/44-2007/51 2007/53-55-2007/57-2007/64-2007/70-2007/71-2007/72-2007/73-2007/75-2007/76-2007/77-78-2007. Acumuladas.

<sup>347</sup> Algunos de los parámetros fueron retomados por la Sala de lo Constitucional Salvadoreña de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional español, Vid. Sentencia definitiva de inconstitucionalidad, ref. 27-2006/30-2006, citada en *supra*.

Al determinar la clase de accesoriedad administrativa se observa que el sistema preponderante de tutela ambiental opta por la accesoriedad relativa que puede ser en cualquiera de los siguientes modelos, a saber: a) accesoriedad del acto, que vincula el tipo penal a las resoluciones emitidas por autoridades administrativas, b) accesoriedad del derecho, que condiciona la operatividad de las normas incriminadoras de los delitos ambientales a la infracción de normas administrativas, y c) el modelo mixto, que integra los dos modelos anteriores.

En el caso de los delitos tipificados en el Código Penal salvadoreño, se ha optado por una accesoriedad de derecho. Respecto a este tema, BARREIRO señala que la *accesoriedad administrativa* asegura la unidad del ordenamiento jurídico, hace posible la adaptación del Derecho Penal a las evoluciones técnicas en ciertas materias complejas —como el medio ambiente— y contribuye a una mayor especificidad de la transgresión que es relevante<sup>348</sup>.

Al respecto la Sala de lo Penal ha dicho que «el Derecho Penal no interviene por lo general de forma autónoma, sino que actúa reforzando la normativa de carácter no penal protectora del medio ambiente, constituida fundamentalmente por normas de Derecho Administrativo, esto es aplicable al resto de delitos ambientales en los que se vuelve necesario la remisión a otras normas jurídicas<sup>349</sup>». Nótese la ratificación de la legitimidad de la ley penal en blanco.

Finalmente, VERCHER NOGUERA<sup>350</sup>, considera que la utilización de las *leyes penales en blanco* en materia penal ambiental, permite

---

<sup>348</sup> BARREIRO, J. A., op. cit., pág. 31

<sup>349</sup> Sentencia de la Sala de lo Penal del día 17 de octubre de 2012, referencia 34-C- 2012.

<sup>350</sup> VERCHER NOGUEIRA, A., op. cit., pág. 50

identificar y comprobar la indiscutible relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Penal Administrativo, lo cual lo hace factible mantener una protección integral la protección del medio ambiente y su consecuente restauración correspondiente a los ecosistemas afectados.

## **5.6. Comentarios de los delitos ambientales en el Código Penal salvadoreño**

Una vez analizada cada una de las caracterizaciones fundamentales de los tipos penales ambientales, donde generalmente son delitos de peligro, y que están determinados en leyes penales en blanco, corresponde hacer breves comentarios a los delitos del título X, capítulo II «De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente» del Código Penal.

### **5.6.1. Contaminación ambiental**

El artículo 255 del Código Penal contiene el tipo penal base de contaminación ambiental, el cual dice: «el que provocare o realizare directa o indirectamente emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años».

Antes de hacer algunos comentarios al presente tipo penal, se hace necesario remitirse a lo que la Ley del Medio Ambiente, la cual define la contaminación el artículo 5 como: «la presencia o introducción en el medio ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora o la fauna,

que degraden la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo, de los bienes y los recursos naturales en general».

En primer lugar, tal como puede observarse, el texto legal contiene un tipo penal básico formulado. Sin embargo, en los subsiguientes artículos se contemplan supuestos agravados y culposos, este tipo penal contiene varios elementos de carácter valorativo, indeterminados o al menos dotados de cierta inconcreción, lo que se analizará posteriormente.

De ello resulta que el delito de contaminación ambiental es un delito de *peligro concreto*, por cuanto no se consuma con la creación de un riesgo mediante la realización, directa o indirectamente, de alguna de las conductas descritas en el precepto. Se requiere la realización del juicio *ex post*, conforme al cual se comprueben las concretas consecuencias del comportamiento. Es decir, para su efectiva consumación se exige al juzgador la comprobación de la puesta en peligro o la existencia real de peligro grave. El sujeto activo puede serlo cualquier persona, sea esta un particular o un funcionario público y el sujeto pasivo es la propia la comunidad o la sociedad por el bien jurídico protegido.

Además, se deducen tres requisitos necesarios para estar en presencia del delito de contaminación ambiental, a saber:

a) *La provocación o realización, directa o indirecta, de alguna de las conductas descritas en el tipo penal.* La descripción de la conducta típica es especialmente compleja, por ser de carácter positivo; lo cual consiste en «provocar o realizar». En ese sentido, la *Audiencia Provincial de Córdoba*, España, ha estimado que: «provocar debe entenderse como sinónimo de facilitar, ayudar o promover; mientras que por realizar debe entenderse el efectuar, originar, hacer real y efectiva una cosa, pudiendo ser sujeto

activo el que realiza las acciones indicadas en el tipo penal como el que incita o induce (ordena, manda o indica), e incluso, el que ponga los medios para que tal emisión se produzca por sí sola, sin intervención inmediata del actuante o de otro ser humano al momento mismo de realizarse»<sup>351</sup>.

Por su parte BOIX<sup>352</sup>, sostiene que la alternativa de provocar y realizar no deja de ser confusa, por cuanto realizar hace referencia a la ejecución inmediata de la conducta y el término provocar como intervención mediata en dicha ejecución, se trata de actividades previas, en ocasiones necesarias, a la ejecución inmediata. Además, la realización se presenta cuando la emisión o vertido sea nocivo *per se*, y cuando la nocividad tenga lugar por el cómo se produce las emisiones o vertidos.

b) *La contravención a «leyes y reglamentos respectivos», a las disposiciones que protegen el medio ambiente.* El tipo penal base exige la contravención de leyes y reglamentos, lo cual debemos entender las leyes y reglamentos o disposiciones que protegen el medio ambiente. Sin embargo, es de considerar que al verificar la tipicidad de la conducta también están incluida las normas técnicas de calidad ambiental que son emitidas *Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*<sup>353</sup>, lo que viene a especificar un requisito adicional para que se verifique la conducta tipificada.

De tal forma que delimita y configura la tipicidad de las conductas, convirtiéndose en una condición *sine qua non* sin la cual habrá

---

<sup>351</sup> Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba, 18 de enero de 1995 citada por el profesor DE MIGUEL PERALES C, *manual de Derecho...* cit., pág. 292

<sup>352</sup> BOIX REIG J, op. cit., pág. 125

<sup>353</sup> Sobre un amplio análisis de los tipos ambientales en la doctrina salvadoreña Vid. *Manual de investigación de delitos ambientales*, Publicación del Programa USAID para la excelencia ambiental y laboral del CAFTA-DR, San Salvador, 2010.

que negar la adecuación típica de la conducta a pesar de que sea una conducta verdaderamente peligrosa.

Esto en virtud que el artículo 3 del *Reglamento especial de normas técnicas de calidad ambiental* expresa que: «en cumplimiento de lo establecido en el artículo 28, literal "b" de la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, la autoridad competente para el establecimiento de las normas técnicas de calidad ambiental será el Consejo, de conformidad al procedimiento establecido en los artículos 29 al 39, de dicha ley; además lo que se disponga en el presente Reglamento». Estas normas técnicas son definidas en el artículo 5 de la Ley de Medio Ambiente como: «aquellas que establecen los valores límite de concentración y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, derivados químicos o biológicos, radiaciones, vibraciones, ruidos, olores o combinaciones de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueden constituir un riesgo para la salud o el bienestar humano, la vida y conservación de la naturaleza».

c) *La puesta en peligro grave de la salud, medio ambiente, equilibrio de los sistemas ecológicos o la calidad de vida de las personas.* La distinta formulación del peligro que «ponga en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas» o «el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente», no incide en la naturaleza del peligro, es decir, ambos son delitos de peligro concreto. Por lo tanto, otro requisito que debe verificarse, para que se esté en presencia del delito de contaminación ambiental es que la conducta realizada ponga en peligro, por ejemplo, la salud de una persona o calidad de vida de los seres que componen.

Por tanto, no se hace referencia a cualquier tipo de riesgo, sino, a un riesgo «grave». Como tal debe entenderse aquella la realización o

provocación de alguna de las conductas tipificadas en el artículo 255 del Código Penal que pueda producir importantes consecuencias nocivas, irreversibles, catastróficas, que desequilibran los sistemas ecológicos.

Aunque el concepto de «*peligro grave*» es un elemento valorativo que puede hacer diferir la jurisprudencia de los tribunales. La determinación de la gravedad del peligro deberá de ser establecida través de la práctica de pruebas periciales o científicas, de allí que el papel de los peritos sea esencial por cuanto sean ellos los que tengan que dictaminar para someterlo a la valoración del juez.

Por otra parte, subráyese que deben considerarse otros aspectos, a saber: *a)* la sanción para el delito de contaminación ambiental es la pena de prisión de cuatro a ocho años, con la posibilidad de que el juzgador ordene medidas accesorias para lograr, en la medida de lo posible, la restauración del equilibrio ecológico perturbado o la protección del bien tutelado; *b)* el bien jurídico tutelado es el medio ambiente, concepto que como se explicó *supra*, es un concepto extensivo; *y, c)* en relación al tipo subjetivo, este puede ser cometido bien por dolo directo o por dolo eventual, éste último puede configurarse cuando el agente tiene la capacidad de prever, por ejemplo por su experiencia profesional, el resultado de peligro o el impacto ambiental que resultará negativo al medio ambiente, para el caso, en un delito ambiental. Además, admite la existencia de supuesto de tentativa, como cuando se hayan realizado todas las acciones tendientes a realizar «las emisiones», pero que no se logre llevar a cabo el efecto o resultado.

El artículo 256 del Código Penal contiene una serie de agravaciones para el delito de contaminación ambiental. Pero para su procedencia es necesario que se cumpla con lo explicado para el tipo de

contaminación ambiental base. Su pena de prisión es de 6 a 10 años con la posibilidad de que el juzgador ordene medidas accesorias de conformidad al artículo 263. La forma en que el Código Penal tipifica las agravantes podría llegar a permitir la persecución de los delitos que se pudieran cometer en concurso real o ideal con éstos, como sería los delitos de desobediencia, falsoedad, entre otros. Las agravaciones han sido tipificadas para el sujeto activo que reúna la cualidad de ser persona natural a título de dueño de una empresa o los directores de una sociedad mercantil, que concurra las circunstancias siguientes:

a) *Funcionar sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente.* El permiso ambiental es definido por el artículo 5 de la LMA como «el acto administrativo por medio del cual el ministerio de acuerdo a esta ley y su reglamento, a solicitud del titular de una actividad, obra o proyecto, autoriza a que estas se realicen, sujetas al cumplimiento de las condiciones que este acto establezca». En consecuencia, es competencia del Ministerio de Medio Ambiente emitirlo, previa realización del procedimiento de «Evaluación de impacto ambiental», ello de conformidad al artículo 19 del mismo cuerpo normativo.

Por lo tanto, debe analizarse en cada caso si la actividad que realiza la persona jurídica requiere obtener dicho permiso. El siguiente aspecto es ¿cuándo una persona jurídica funciona clandestinamente? Por funcionamiento clandestino debería entenderse sin la respectiva autorización, o como señala VERCHER NOGUERA<sup>354</sup>, el que la administración ignore la existencia de la empresa o que aun siendo conocida por la administración, ésta carezca de las autorizaciones

---

<sup>354</sup> VERCHER NOGUERA, A., op. cit., pág. 65

correspondientes. La razón de esta circunstancia agravante reside en la situación de riesgo que supone para la protección del medio ambiente donde el sujeto ejerza una actividad al margen de cualquier control administrativo.

b) *Haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para que corrirese o suspendiere sus operaciones.* Existe en estos una actuación desplegada previamente por las autoridades ambientales a partir de la cual se ha ordenado a la persona la corrección o suspensión de las actividades u operaciones. Se requiere que los sujetos hayan desatendido la orden de la autoridad o funcionario. Lo cual puede debe ser expresa, y debe ser emitida por la autoridad administrativa competente. En este sentido es importante relacionar el artículo 338 que tipifica como delito la desobediencia de particulares, que además puede incurrir en calidad de concurso ideal.

c) *Hubiere aportado información falsa para obtener el permiso ambiental correspondiente.* En el deber ser la información proporcionada y presentada para la obtención de permisos ambientales debe estar técnica y legalmente amparada, de tal forma que puedan ser verificables, tanto por los técnicos del ministerio que evalúan dicho estudio, como por cualquier entidad que necesite o deseé hacerlo.

Otro aspecto que debe ser analizado es la posibilidad que en la presentación de información falsa pueda, además, incurrirse en los delitos de falsedad material o falsedad ideológica, de tal forma que deberá ser acreditado en el caso en concreto. En este caso, debe darse el elemento subjetivo de intención de eludir el verdadero control de la administración en materia de permisos ambientales.

*d) Hubiera impedido u obstaculizado la inspección por la autoridad del medio ambiente.* Por obstaculización debe entenderse «el dificultar la consecución de un fin y por impedir el imposibilitar que se ejecute una acción». En este caso, los titulares de una empresa o directores o representantes de una sociedad mercantil impiden que la autoridad administrativa ambiental pueda llevar a cabo la inspección correspondiente, por ejemplo, cuando se trate de iniciar un procedimiento administrativo en virtud de una denuncia ambiental.

Finalmente, el artículo 257 del Código Penal establece que «en los casos a los que se refieren los artículos anteriores si el agente actuare con culpa, será sancionado con prisión de 1 a 3 años». Sin embargo, no todas las conductas tipificadas en los artículos 255 y 256 podrán ser imputadas a título de culpa ya que algunas de ellas solo pueden ser cometidas bajo el tipo subjetivo de dolo o en su caso dolo eventual, por ejemplo, la agravante de aportación de información falsa para obtener el permiso ambiental correspondiente es imposible que sea cometida por imprudencia, ya que se requiere el ánimo de evadir o engañar el control de la autoridad ambiental, por lo tanto, deberá hacerse ese análisis para cada caso en particular.

### **5.6.2. Delitos contra espacios naturales protegidos**

La Ley del Medio Ambiente creó el Sistema de Áreas Naturales Protegidas, el cual está constituido por aquellas áreas establecidas como tales con anterioridad a la emisión de la citada ley y todas aquellas que fuesen declaradas como áreas naturales protegidas posterior a la entrada en vigencia de la misma.

En el año 2005 se emitió una ley especial mediante la cual se estableció y determinó el manejo de dichas áreas<sup>355</sup>, nos referimos a la Ley de Áreas Naturales Protegidas, que define el sistema: «como el conjunto de áreas naturales protegidas de importancia ecológica relevante, bajo régimen de protección en las que a través de su conservación se garantiza la provisión de bienes y servicios ambientales a la sociedad».

El área natural protegida es definida en el artículo 4 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas como: «parte del territorio nacional de propiedad del Estado, del municipio, de entes autónomos o de propietarios privados, legalmente establecida con el objeto de posibilitar la conservación, el manejo sostenible y restauración de la flora y fauna silvestre, recursos conexos y sus interacciones naturales y culturales, que tenga alta significación por su función o por sus valores genéticos, históricos, escénicos, recreativos, arqueológicos y protectores, de tal manera que preserve el estado natural de las comunidades bióticas y los fenómenos geomorfológicos únicos»<sup>356</sup>.

Es el artículo 10 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas que establece como competencia del Ministerio de Medio Ambiente *la declaratoria de las áreas naturales protegidas* a través de un decreto. Además, el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, señala que la

---

<sup>355</sup> El artículo 1 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas establece como objeto de la ley la “regulación y el establecimiento del régimen legal, administración, manejo e incremento de las Áreas Naturales Protegidas, con el fin de conservar la diversidad biológica, asegurar el funcionamiento de los procesos ecológicos esenciales y garantizar la perpetuidad de los sistemas naturales, a través de un manejo sostenible para beneficio de los habitantes del país”.

<sup>356</sup> De conformidad al artículo 9 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas pueden ser propiedad del Estado, de las municipalidades, de entidades autónomas, privadas, además, señala que hay otras áreas que también deben incorporarse al sistema de áreas naturales protegidas, entre ellas, los bosques salados y los humedales continentales y artificiales.

declaratoria de un área natural protegida *deberá inscribirse* en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, a petición del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

El delito puede ser cometido por cualquier persona. El sujeto pasivo es la comunidad o la sociedad, existiendo un interés en la permanencia de esenciales sistemas constituidos por los bosques y por otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas. El artículo 258 del Código Penal tipifica como delito la depredación de bosques como: «el que destruyere, quemare, talare o dañare, en todo o en parte, *bosques u otras formaciones vegetales naturales o cultivadas* que estuvieren *legalmente protegidas*, será sancionado con prisión de tres a seis años. Se exceptúan de cualquier pena los agricultores que realicen labores agrícolas estrictamente culturales».

En primer lugar, debe definirse por «bosque» como «un ecosistema donde los árboles son las especies vegetales dominantes y su finalidad primaria es un producto forestal, así lo prescribe la Ley Forestal en el artículo 2. En cuanto al término «otras formaciones vegetales», se incluyen: «las machorras, arrecifes coralinos, humedales, ecosistemas<sup>357</sup>». Además, para dotar de contenido las acciones que rigen el tipo penal debe realizarse una integración normativa, con la referida Ley Forestal en su artículo 2 que además define algunos conceptos, tales como: «tala de árboles».

La Sala de lo Penal ha considerado que el bien jurídico protegido en este tipo penal es la naturaleza y el medio ambiente, en forma genérica, que «se concretiza en determinados elementos que son los «bosques, la flora y fauna», y la alteración de éstos ataca al equilibrio

---

<sup>357</sup> *Manual de investigación de delitos ambientales*, op. cit., pág. 30

ecológico y afecta el medio ambiente, por lo que el objeto material protegido «...son los bosques o formaciones vegetales, naturales o cultivables que estuvieren legalmente protegidos»<sup>358</sup>.

La misma sala ha expresado que, cuando el legislador utilizó la frase «que estuvieren legalmente protegidas» se estaba haciendo «referencia a lo regulado en la Ley de Áreas Naturales Protegidas, por lo que el supuesto de hecho contenido en el artículo 258 del Código Penal, está en íntima correlación jurídica con los referidos preceptos de la citada ley, y esta ley especial prevalece sobre cualquier otra que la contrarie»<sup>359</sup>. Es decir, se necesita para la configuración de la conducta antijurídica, la existencia de una declaración de la administración ambiental que determine como área protegida un determinado elemento del medio ambiente, esto es, el cumplimiento del *elemento descriptivo de tipo penal* se lleva cabo con la constatación del acto administrativo declaratorio de área natural protegida.

El delito en comento es de *resultado* por tanto, su consumación requiere la producción de la lesión descrita en el texto legal, *contrario sensu*, el comportamiento será punible como delito tentado. Por otro lado, la Sala de lo Penal ha señalado que este delito no puede imputable a título de culpa, por lo que, si no ha habido intención, el hecho es

---

<sup>358</sup>Vid. sentencia de la Sala de lo Penal, referencia 34-C-2012, citada *supra*.

<sup>359</sup> La Sala puso en evidencia la diferencia de objetivos que tiene la Ley Forestal y la Ley de Protección de Áreas Naturales Protegidas, señalando que la primera busca "establecer las condiciones para estimular la participación del sector privado en la reforestación del territorio nacional con fines productivos, quedando fuera de esta regulación las áreas naturales protegidas y los bosques salados"-teniendo intereses económicos-, *contrario sensu*, el objeto de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, según el artículo 1, es regular el establecimiento, manejo e incremento de las dichas áreas, bajo la competencia del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. (Vid. sentencia de la Sala de lo Penal, referencia 34-C-2012, citada *supra*).

impune, ha agregado que «el dolo del sujeto activo tiene que abarcar el elemento de que los bosques o formaciones vegetales contra las que actúa se encuentran protegidas, extremo que puede ser muy difícil de demostrar, salvo en casos notorios».

Se sanciona por igual las acciones que rigen el tipo penal «*destrucción, quemazón, tala o daño sea total o parcial*». Pero como ha afirmado la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección de Centro: «por respeto al principio de proporcionalidad, es necesario que la parte afectada lo sea a tal grado que se equipare a una destrucción completa<sup>360</sup>». Subráyese que el área boscosa dañada debe estar inscrita en el *Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas*, tal como lo dice la ley, *contrario sensu*, al no existir un documento que certifique la declaratoria formal y legal, debe declararse la inexistencia del delito<sup>361</sup>.

### 5.6.3. Delitos contra la flora protegida

El artículo 259 tipifica el delito de depredación de flora protegida: «el que cortare, talare, quemare, arrancare, recolectare, comerciare o efectuare tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de *flora protegida* o destruyere o alterare gravemente su medio natural, será sancionado con prisión de uno a tres años.

---

<sup>360</sup> Vid. sentencia definitiva de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador del 7 de febrero del año 2012, referencia 14-12-3.

<sup>361</sup> En este sentido la Sala de lo Penal señaló que: "... para que un bosque sea considerado protegido, debe existir una declaratoria formal y legal de ello, ya que de no ser así, no es posible la configuración del delito acusado, por lo que no existiendo documento alguno que certifique que la "Finca el Risco", haya sido declarada como área natural protegida y no pudiéndose incorporar algún elemento que pueda colaborar a determinar la existencia del delito de depredación de bosques, es necesario confirmar lo resuelto por la señora Jueza del Juzgado Noveno de Instrucción de esta Ciudad". (Sentencia de la Sala de lo Penal, referencia 34-C-2012, citada *supra*).

En la misma pena incurrirá quien *en espacio natural protegido* dañare gravemente alguno de los elementos que hubieren servido para calificarlo como tal».

Son varias las acciones recogidas en el artículo 259, habiendo el legislador optado por una descripción exhaustiva. Por otro lado, la destrucción o alteración grave del medio natural de la especie o subespecie de flora protegida *deberá ser determinada por un especialista* que dictamine el grado de afectación. En el inciso primero del tipo penal en comento lo que se protege es la especie en su individualidad y su medio natural.

Por otro lado, el inciso dos tipifica como delito el «daño grave» a algunos de los elementos que hayan servido para la calificación de espacio natural protegido. Lo primero que debe considerarse es que el espacio ya haya sido declarado con tal calificación por la autoridad competente —nos remitimos a lo expresado en *supra*, sobre las áreas naturales protegidas. En segundo lugar, debe determinarse cuál de los elementos que fue tomado en cuenta para la calificación de una determinada zona como espacio protegido ha sido dañado, por lo tanto, debe entenderse que lo que se protege no es la totalidad del área —en cuyo caso estaríamos en presencia del delito contenido en el artículo 258 del Código Penal—, sino, sus elementos.

En consecuencia, puede concluirse que el tipo penal descrito en el artículo 259 es un delito de resultado o de lesión que no puede ser cometido por imprudencia, sino, solamente a título de dolo directo o eventual. El sujeto activo puede ser cualquier persona y el pasivo, continua siendo la sociedad.

#### 5.6.4. Delito de depredación de fauna

El artículo 260 tipifica el delito de depredación de fauna: «el que empleare para la caza o la pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes susceptibles de generar una *eficacia destructiva semejante*, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

En la misma pena incurrirán las personas que en embarcaciones industriales realicen actividades de pesca *dentro de las tres millas marítimas*, contadas desde la línea de más baja marea.

En ambos casos, si la persona tuviere licencia o matrícula para realizarla caza o pesca, se impondrá además la pena de cancelación de la licencia o matrícula por el mismo tiempo de la pena principal».

Debido al incremento en las cifras del delito de depredación de fauna, la Asamblea Legislativa realizó, en agosto de 2013, reformas al tipo penal con el objetivo de aumentar la pena de prisión e imponer penas accesorias<sup>362</sup>, la cual sería posterior a las reformas a la *Ley General de Ordenación y Promoción de Pesca y Acuicultura*<sup>363</sup>, que incluía la prohibición de realizar actividades de pesca industrial dentro de las tres millas marítimas, además, de constituir la contravención a la prohibición como una infracción grave.

---

<sup>362</sup> Las reformas al delito de depredación de fauna las contiene el Decreto Legislativo no. 451, del 9 de agosto de 2013, y fueron publicadas en el Diario Oficial no. 162, t. 400 del 4 de septiembre de 2013.

<sup>363</sup> Las reformas la ley las contiene el Decreto Legislativo No. 683, del 9 de abril del 2011, y fueron publicadas en el DO N°. 170, Tomo. 392, del 12 de septiembre de 2011. Esta Ley de conformidad al artículo 8 de la *Ley General de Ordenación y Promoción de Pesca y Acuicultura*, es el Centro de Desarrollo de la Pesca y la Acuicultura como una Dirección General del Ministerio de Agricultura y Ganadería la autoridad competente de aplicarla.

Al analizar el delito en comento deben integrarse, indisolublemente, las leyes y reglamentos administrativos que regulan la caza y la pesca en El Salvador. En principio la caza y pesca son reguladas por la referida ley, la cual tiene como objetivo regular la ordenación y promoción de las actividades de pesca y acuicultura para asegurar la conservación y el desarrollo sostenible de los recursos hidrobiológicos, entendidos como todo organismo vegetal o animal cuyo ambiente natural de vida es el agua (artículo 6 número 31), por lo tanto, dicha ley será la base para el análisis del delito de depredación de fauna.

El primer inciso establece como delito la utilización de medios explosivos u otros instrumentos o artes que sean susceptibles de generar eficacia destructiva semejante, es decir, similar eficacia destructiva para la fauna. Por ejemplo: los aparatos eléctricos o paralizantes o gases. Además, dicha ley prohíbe en el artículo 31 «el ejercicio de la extracción usando venenos, explosivos u otros de similar efecto destructivo; así como, cualquier método, sistemas, equipos, arte de pesca o cultivo no autorizado».

También se prohíbe el uso de *trasmallos* en las bocanas y en los «arrecifes naturales». En concordancia con dicha disposición el artículo 79 establece dos infracciones graves semejantes al tipo penal en comento: 1) usar explosivos en las actividades de pesca y acuicultura; 2) usar sustancias venenosas o cualquier otra sustancia que produzca la muerte o aletargamiento a los peces y demás especies bioacuáticas en las actividades de pesca o acuicultura sin la respectiva autorización.

El segundo inciso tipifica como delito la pesca realizada por embarcaciones industriales, que según la mencionada ley: «son aquellas

embarcaciones mecanizadas mayores de diez metros de la *eslora*<sup>364</sup>, dentro de las tres millas marítimas». Existe, además, una prohibición establecida en el artículo 31-A donde en dicha zona solo podrá autorizarse la pesca artesanal de pequeña escala o la no comercial; en consonancia con tal prohibición se estableció como una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 79 literal «i» de la citada ley, la realización de actividades de extracción dentro de las áreas de reserva acuática<sup>365</sup> o en contravención al artículo 31-A.

Finalmente, el inciso tercero establece como pena accesoria a la principal la cancelación de la licencia o matrícula para la pesca o caza. Debe recordarse que de conformidad al artículo 21 de la *Ley General de Ordenación y Promoción de Pesca y Acuicultura* habrá un registro nacional de pesca y acuicultura, en el que se registrarán las autorizaciones, las licencias, las renovaciones de éstas, otorgadas a personas naturales o jurídicas para la realización de cualesquiera de las distintas fases de la pesca y acuicultura, de tal forma que, en caso de cancelación como pena accesoria, deberá informarse e inscribirse en el registro respectivo.

### 5.6.5. Delito de depredación de fauna protegida

Por otra parte el artículo 261, tipifica el delito de depredación de fauna protegida: «el que *cazare o pescare especies amenazadas*, realizaré

---

<sup>364</sup> Eslora es definido por el Diccionario de la Real de la Lengua Española como "longitud que tiene la nave sobre la primera o principal cubierta desde el codaste a la popa por la parte de adentro".

<sup>365</sup> El área de reserva acuática es definida en el artículo 4 de la *Ley General de Ordenación y Promoción de Pesca y Acuicultura* como "el lugar con características naturales favorables para la reproducción o hábitat de especies hidrobiológicas, en donde se ha establecido o conviene establecer un régimen específico de protección y conservación", siendo el artículo 28 del mismo cuerpo normativo el que declara cuáles son esas áreas, entre ellas, una milla marina contada a partir de la línea de más baja marea en toda la costa Salvadoreña.

actividades que impidieren o dificultaren su reproducción o contraviniendo las leyes o reglamentos protectores de las especies de *fauna silvestre*, comerciare con las mismas o con sus restos, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

La sanción se aumentará en un tercio del máximo de lo señalado en el inciso anterior, si se tratare de especies catalogadas en peligro de extinción».

Para poder complementar los elementos descriptivos y normativos del tipo penal se requiere la integración de distintos cuerpos normativos. En primer lugar la *Ley de Conservación de Vida Silvestre*, que define la *especie en peligro de extinción* como: «todas aquellas cuyas poblaciones han sido reducidas a un nivel crítico o cuyo hábitat ha sido reducido tan drásticamente que se considera que está en inmediato peligro de desaparecer o ser exterminada en el territorio nacional y por lo tanto, requiere de medidas estrictas de protección o restauración» (artículo 4, literal «l»), y el de *especie amenazada de extinción* como: «toda aquella que si bien no está en peligro de extinción a corto plazo, observa una notable continua baja en el tamaño y rango de distribución de sus poblaciones, debido a sobre-explotación, destrucción amplia del hábitat u otras modificaciones ambientales drásticas» (artículo 8 letra «m»).

En segundo lugar, según el artículo 4 literal «m» de la *Ley de Conservación de Vida Silvestre*, otorga la competencia de elaborar y mantener actualizado el listado oficial de especies de vida silvestre amenazadas o en peligro de extinción y velar por su protección y restauración al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, emitiendo el decreto que contiene el listado de tales especies. Decreto

que se encuentra vigente desde el once junio de 2009<sup>366</sup>. En el listado se encuentran especies de fauna, tales como: insectos, peces, aves, reptiles, mamíferos, entre otras.

El listado es de relevancia para la existencia del delito, por cuanto la Cámara de lo Penal<sup>367</sup> expresó que este tipo exige que los animales o los restos que pertenezcan a especies protegidas ya sea por encontrarse amenazadas o en peligro de extinción deberá ser acreditado en el proceso penal correspondiente.

La primer conducta que tipifica es la caza y la pesca de especies amenazadas o en peligro de extinción «delito de mera actividad», lo cual no ofrece mayores dificultades como la segunda conducta, es decir, la realización de actividades que «impidan» o dificulten la reproducción de especies amenazadas pues conlleva a un grado de indeterminación que se trasladará al juzgador para lo que deberá valerse de expertos y pruebas técnicas a efecto de establecer qué acción y en qué medida ésta ha afectado la reproducción de las especies amenazadas o en peligro de extinción. Por la redacción del tipo penal en el caso de la última acción, se está en presencia de un delito de resultado.

Finalmente, debe considerarse que: *a)* el delito es común por cuanto puede ser cometido por cualquier persona, *b)* el tipo penal contiene como única agravante el que las acciones descritas en su texto

---

<sup>366</sup> Sentencia del Tribunal de Sentencia de Chalatenango pronunciada el veintinueve de julio de 2009, referencia 136-07-2009-1, ha «realizado una interpretación armoniosa con el principio de legalidad en materia penal ambiental, concluyendo que tal listado oficial deberá concebirse *“no como parte de los elementos normativos del tipo penal”*, pues implicaría infracción al principio de reserva de ley, sino más bien, como parte de los elementos descriptivos del tipo”

<sup>367</sup> Sentencia de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, del 30 de enero de 2012, referencia 11-12-L.

recaigan sobre especies en peligro de extinción; y, c) las acciones son imputables a título de dolo directo o eventual, sin embargo, debe analizarse en cada caso la procedencia de cada uno de ellos e incluso el de la imputación en grado de tentativa.

#### **5.6.6. El delito de quema de rastrojo**

El artículo 262- A, tipifica como delito la quema de rastrojo: «el que intencionalmente quemare rastrojos o cultivos de cualquier naturaleza, será sancionado con multa entre diez a doscientos días multa; equivaliendo cada día multa, al salario mínimo diario, según la capacidad económica del infractor.

Se exceptúan de cualquier pena los agricultores que realicen labores agrícolas estrictamente culturales».

El Diccionario de la Lengua Española define como «rastrojo»: el residuo de las cañas de la mies, que queda en la tierra después de segar. El verbo rector del tipo penal es quemar, es decir, prender fuego ya sea al rastrojo o al cultivo, siempre que dicha acción se lleve a cabo al margen de las labores agrícolas culturales. El delito es común por cuanto puede ser cometido por cualquier persona, el sujeto pasivo es la sociedad salvadoreña y el bien jurídico tutelado continúa siendo el medio ambiente.

Doctrinariamente se ha considerado que el delito es de peligro abstracto por cuanto no es necesario que el juzgador realice un juicio *ex post*, sino más bien, basta con la realización de la conducta descrita en el tipo penal. El delito puede ser cometido por dolo directo y por la redacción del tipo penal no se concibe la posibilidad de que sea imputado a título de dolo eventual y peor aún, a título de culpa; es además imposible la imputación en grado de tentativa.

Lo que se tutela en realidad es el medio ambiente de la agresividad que una quema representa por su generación de «gases de efecto caliente, partículas suspendidas, daño al suelo, afectación de biota en algunos casos, producción de CO<sub>2</sub>, entre otros»<sup>368</sup>, por tanto, ninguna quema es beneficiosa para el medio ambiente, pero si existen quemas controladas permitidas por los artículos 15 y siguientes de la Ley Agraria.

#### **5.6.7. Delitos relacionados con sustancias peligrosas**

El artículo 262-B tipifica el delito de comercio y transporte de sustancias peligrosas como: «el que comercializare, transportare o introdujere al país sustancias o materiales calificados como peligrosos en los tratados internacionales o la Ley del Medio Ambiente, con infracción de las reglas de seguridad establecidas, incurrirá en pena de prisión de seis a diez años».

En los elementos del tipo se encuentra el concepto de «sustancias peligrosas» que es definido por la Ley de Medio Ambiente como: «todo material con características corrosivas, reactivas, radioactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o con actividad biológica» para cuya introducción, tránsito, distribución y almacenamiento se requiere la autorización del Ministerio de Medio Ambiente, en coordinación con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y el Consejo Superior de Salud Pública, así lo dispone el artículo 57 de la Ley del Medio Ambiente.

El tipo penal incluye además cualquier material calificado como peligroso, por ejemplo: residuos y desechos peligrosos<sup>369</sup>. Es procedente

---

<sup>368</sup> *Manual de investigación de delitos ambientales*, op. cit. pág. 56.

<sup>369</sup> El Reglamento Especial de Sustancias, Residuos y Desechos Peligrosos define en el artículo 3, define como: "residuo peligroso el material que reviste características

preguntarse ¿Cuáles son esos materiales o sustancias peligrosas? Para dar respuesta a dicha interrogante puede acudirse al artículo 23 del *Reglamento Especial de Sustancias, Residuos y Desechos Peligrosos* el cual establece qué sustancias son consideradas como desechos peligrosos. En el mismo sentido tenemos, el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*<sup>370</sup>, adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios del 22 de Marzo 1989 que entró en vigor el 5 de mayo de 1992, enumera en uno de los anexos los desechos que están caracterizados como peligrosos de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del Convenio.

El verbo *rector* del tipo penal puede ser la comercialización, transporte o introducción, además, como otros aspectos que deben ser valorizados, y otros aspectos, a saber: a) que se trate de sustancias o materiales calificados como peligrosos, tales como tratados internacionales o la Ley de Medio Ambiente; y, b) Que exista una infracción a las reglas de seguridad que hayan sido establecidas. Por ello, es indispensable la integración de todas las normas jurídicas que regulan el comercio, transporte o introducción de sustancias o materiales peligrosos, incluso todos aquellos instrumentos internacionales de los que sea parte el Estado salvadoreño.

Es de hacer hincapié que este delito por sus características debe considerarse como de *peligro abstracto*, es decir, no se requiere la realización del juicio *ex post* conforme al cual se comprueben las

---

peligrosas, que después de servir a un propósito específico todavía conserva propiedades físicas y químicas útiles, y por lo tanto puede ser reusado, reciclado, regenerado o aprovechado con el mismo propósito u otro diferente.

<sup>370</sup> El Convenio fue ratificado por la Asamblea Legislativa mediante el D.L. N° 752, del 19 de abril de 1991, publicado en el D.O. N° 115, Tomo 311, del 24 de junio de 1991.

concretas consecuencias del comportamiento, y para su efectiva consumación no se exige al juzgador la comprobación de la puesta en peligro. Lo cual basta la realización de cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal. Es decir, «la ley presume, sin prueba en contra, que la realización de la conducta comporta un peligro para el bien jurídico protegido<sup>371</sup>».

El sujeto activo puede ser cualquier persona, «*el que*», y el sujeto pasivo es la propia sociedad por la naturaleza del bien jurídico protegido, el medio ambiente. El hecho delictivo puede ser imputable a título de dolo directo y dolo eventual, en el primer caso se conoce la calificación «peligrosa» del material o sustancia y se incumplen las normas de seguridad, y en el segundo, puede ser cuando se dude de la calificación del material o sustancia pero se asume el riesgo<sup>372</sup>.

#### **5.6.8. Delitos cometidos por funcionarios públicos**

El artículo 262 tipifica como delito las conductas cometidas por funcionarios y empleados públicos que en materia de tutela penal ambiental responsabilidad de funcionarios y empleados públicos:

«Los funcionarios o empleados públicos que estando obligados en el ejercicio de sus funciones, a informar sobre la comisión de los delitos relativos a la protección de los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna, omitiendo hacerlo o informaren ocultando los mismos, serán sancionados con prisión de uno a tres años e inhabilitación del cargo o empleo por el mismo tiempo.

---

<sup>371</sup> MORENO C. F. y RUEDA G. L., *Código Penal salvadoreño comentado*, publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, 1999.

<sup>372</sup> *Manual de investigación de delitos ambientales*, cit., pág. 39 y ss.

La misma sanción se impondrá al funcionario o empleado público que en el ejercicio de sus funciones conceda permisos, autorizaciones, licencias o concesiones, para la ejecución de obras o proyectos que no hayan obtenido de conformidad a la Ley del Medio Ambiente el correspondiente permiso ambiental».

De la misma manera en que los particulares pueden atentar contra el medio ambiente, también la administración pública puede infringir *su deber de garante*. En el primer inciso se sanciona al empleado o funcionario que estando obligado a informar sobre la comisión de delitos contra el medio ambiente «omite u oculta» nótese que el tipo penal hace referencia a que el sujeto activo silencie la comisión de delitos y no de infracciones administrativas. Como se observa sanciona una omisión, y por el otro lado una conducta positiva. En el segundo caso se requiere que el funcionario o empleado realice acciones tendientes a lograr que la conducta delictiva no sea de conocimiento de las autoridades correspondientes.

Por otra parte, en el segundo inciso se castiga con las mismas penas al empleado o funcionario público que conceda por ejemplo permisos ambientales para ejecutar obras o proyectos de los cuales no se haya realizado el *debido procedimiento administrativo*. Es relevante hacer notar que es irrelevante al tipo el hecho de que la obra o proyecto haya comenzado a ejecutarse.

El tipo penal es un delito de mera actividad, por lo que no requiere que se produzca un resultado directo para su consumación y la acción puede ser ejecutada por acción u omisión. Además, serán imputables a título de dolo directo o eventual. El delito es «especial» por cuanto se requiere que el sujeto activo ostente la calidad de empleado o

funcionario público lo que debe ser probado en la causa penal correspondiente.

Este delito es conocido es el ordenamiento jurídico español como: *prevaricación ambiental*, y sostiene LOZANO CUTANDA<sup>373</sup> que se trata de un delito de «propia mano» en los que en principio, queda fuera de la figura delictiva cualquier persona en la que concurran las condiciones procedentes. Además debe de tratarse de funcionarios y autoridades que decidan y actúen dentro de su ámbito de sus competencias medioambientales.

Con lo anterior se ha descrito la tutela penal del medio ambiente que, junto con la administrativa, son los mecanismos que protegen al bien jurídico medio ambiente. En el siguiente capítulo se tratará cómo debe procederse a la reparación del medio ambiente cuando este ha sido lesionado.

---

<sup>373</sup> Véase la voz: "Responsabilidad penal de autoridades y funcionarios", en Diccionario de Derecho Ambiental, op. cit., pág. 1122.

## CAPÍTULO VI

### LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

SUMARIO: 6.1. Preliminar. 6.2. La prioridad de la reparación *in natura*. 6.3. Problemas de la reparación *in natura* y sus posibles soluciones. 6.4. Evaluación y valoración del perjuicio ambiental. 6.4.1. Finalidades de la realización de la evaluación del daño. 6.4.2. La dificultad de la valoración del daño ambiental. 6.5. El resarcimiento de los daños ambientales en El Salvador. 6.5.1. El fundamento de reparar los daños ambientales. 6.5.2. La reparación civil derivada de la infracción administrativa. Remisión. 6.5.3. La responsabilidad civil derivada del delito ambiental. Remisión. 6.6. La prioridad de la reparación *in natura* en el ordenamiento salvadoreño. 6.7. Medidas preventivas de los empresarios frente a la administración para garantizar la compensación ambiental. 6.8. Formas complementarias y alternas a los actuales sistemas de responsabilidad ambiental. 6.8.1. Introducción. 6.8.2. Los seguros ambientales. 6.8.2.1. Ventajas. 6.8.2.1. Problemas del aseguramiento ambiental. 6.9. Los fondos ambientales. 6.9.1. Justificación. 6.9.2. Casos de fondos ambientales. 6.9.2.1. Fondos internacionales. 6.9.2.2. Fondos en el Derecho Comparado. A. Los fondos norteamericanos. B. El fondo japonés. C. El fondo holandés. D. El fondo francés. E. Los fondos españoles. F. Los fondos salvadoreños

#### 6.1. Preliminar

Una vez reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil, como el daño y la identificación del agente que realizaba la actividad dañina, nace la obligación de reparar el daño ocasionado dentro de un proceso judicial<sup>374</sup>.

Esta es una especie de sanción jurídica destinada a restablecer el estado de cosas anterior a la ejecución del hecho dañino que da motivo a la reparación, es decir, busca lograr borrar los efectos nocivos dejados por el agente. La reparación se ejecuta aun en contra de la voluntad del ofensor, ya que interviene la autoridad judicial que la impone

---

<sup>374</sup> ORGAZ, A. *El derecho resarcible*, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág.105.

coactivamente por medio de una sentencia que determina la obligación de resarcir<sup>375</sup>.

La reparación de los daños desde el punto de vista de la prestación obligatoria tiene una naturaleza especial: su finalidad es equilibrar la diferencia entre el estado actual del patrimonio en el caso que el hecho no se hubiera producido, esto es, recomponer la situación conforme tal como se hallaba antes de la ejecución del acto ilícito, o al menos dejarlo en una situación análoga. En la doctrina existen dos maneras de reparar los deterioros ocasionados: la reparación pecuniaria y la reparación *in natura*<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> Sobre un amplio desarrollo doctrinal en materia de reparación de daños al medio ambiente, sin perjuicio de las obras que iremos citando, en transcurso del presente capítulo puede consultarse: ALBADEJO, *Derecho Civil*, segunda edición, Tomo II, Barcelona, 1994; ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: especial consideración de los medio jurídicos-civiles*, pág. 1485; AMAT LLARI, M. E., op. cit., págs. 118-119; BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho Ambiental...*cit., pág. 151; DE MIGUEL PERALES, C., *Responsabilidad civil...*cit., págs. 201 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit. págs. 69 y ss; CONDE ANTEQUERA, J., op. cit. pág. 115 y ss.; GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 93 y ss.; HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., op. cit., pág. 30; HIDOBRO, F., "La responsabilidad por daños al medio ambiente y su personificación de la figura de los administradores de la sociedad", en AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, editorial española de seguros. S.L, Madrid, 1998, págs. 102-103; LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*cit., pág. 176; LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad por daños ambientales...*cit.; POZUELO PÉREZ, L., "La reparación del daño al medio ambiente", en AA.VV., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra coordinada por Agustín Jorge Barreiro, Comares, Granada, 2005, págs. 237 y ss., y SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., op. cit., pág. 313.

<sup>376</sup> La *reparación pecuniaria* consiste en una compensación en dinero por el menoscabo causado por la actividad dañosa, ya sea material o moral que tendrá por finalidad restablecer tal daño, por medio de una indemnización. Constituyendo para el obligado una prestación de dar. Esta forma de reparación es caso contrario de la natural, en otorgar la misma cosa o bien dañado, aquí por ejemplo, se manifiesta si alguien mata un animal, entréguese el equivalente de su valor en dinero; quien destruya un automóvil ajeno páguese la suma de dinero del precio de dicho automóvil. La reparación *in natura* consiste en el restablecimiento material del estado de las cosas antes de la ejecución del acto ilícito, pues se constituye para el obligado, una prestación de hacer. Es decir, trata de colocar al

Si el causante del daño ha producido una afectación en la órbita individual o colectiva de un sujeto de derecho, es natural que el resarcimiento se encuentre dirigido en forma prioritaria a restablecer las cosas al estado originario, lo que implica necesariamente la ejecución de actividades y acciones encaminadas a dicho fin, es por ello que la reparación *in natura* solo es viable si el bien por su naturaleza y función lo permite. Cuando la reparación en especie no es realizable, deberá remplazarse por su subrogado pecuniario<sup>377</sup>.

Dentro de la consideración concreta de la responsabilidad por daños al medio ambiente no hay problema en aplicar los postulados relativos a la reparación en general, es más, el Derecho Ambiental moderno tiene su fundamento en el célebre principio «quien contamina paga». No obstante, es necesario señalar peculiaridades cuando se trata resarcimiento del daño ambiental, pues es aquí donde precisamente adquiere importancia la singular de los tipo de daños ambientales —daños ocasionados al medio ambiente propiamente tal, y los daños ambientales consecutivos—.

En la reparación del daño ambiental puro debe darse la prioridad a la reparación *in natura*, a pesar de ser muy cuestionada por la

---

damificado que ha sufrido la acción dañosa, en la misma situación, en la medida de lo posible otorgando el mismo bien o cosa destruida o disminuida. Por ejemplo lo ideal es; el que mata un cordero ajeno entréguese otro igual, y no su valor en dinero, quien destruye ilícitamente un automóvil, dé otro igual y si, solamente lo deteriora tome a su cargo por sí o por otro la tarea de refaccionarlo. Esto también en doctrina recibe el nombre de restitución. Esta forma de reparación ha tenido mucha aceptación doctrinariamente y jurisprudencial, cuando solo se ocasionan daños de carácter patrimonial o material, sin embargo no la tiene, por los daños morales por tratarse de situaciones abstractas como los sentimientos y el honor. Vid. MOSSET ITURRASPE, J., *Derecho de Daños...*, cit. pág. 230; también Vid., al respecto: GHERSI, C.A., *Reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 234, y SANTOS BRIZ, J. *Derecho de Daños*, en "Revista de Derecho Civil", Madrid 1985, pág. 249.

<sup>377</sup> GHERSI, C. A., op. cit., pág. 213.

problemática de la posibilidad restauración de los bienes ambientales. En vista de ello se habla de una grave crisis de la responsabilidad civil en materia de daños al medio ambiente.

A esto se agregan los problemas de identificación del daño, su magnitud —un numero plural de víctimas afectadas—, y las distintas fuentes emisoras del mismo —origen múltiple—, que condicionan en alguna medida la reparación del daño. Asimismo, se suma la dificultad de quién va a reparar, cómo se va a reparar, cuánto se va reparar, y a quién corresponde pedir la reparación.

A la luz de las consideraciones apuntadas, el presente capítulo versará tanto sobre los tradicionales mecanismos de reparación, apuntados, derivados del instituto clásico de la responsabilidad civil, y las distintas alternativas, que se han buscado para poder reparar los daños ambientales, a través de los mecanismos colectivos de reparación, como la constitución de fondos ambientales y la implementación ineludible dentro de las empresas del seguro ambiental, tanto voluntario y obligatorio, tal como lo vamos a dejar claro al final del presente capítulo.

## 6.2. La prioridad de la reparación *in natura*

La reparación *in natura*, tal como la hemos entendido, es la restitución del bien dañado<sup>378</sup> al estado en que se encontraba antes de

---

<sup>378</sup> CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 94, prefiere utilizar el término de restauración ambiental, tomando en cuenta la perspectiva ecológica, y sostiene que es la restauración de la interacción o interrelación ecológica, de la funcionalidad ambiental que los elementos ambientales dañados han dejado de aportar a consecuencia del daño. Y, desde el concepto de medio ambiente como elemento imprescindible para la obtención de una adecuada calidad de vida, la restauración ambiental significaría la restauración de todos aquellos factores que resulten dañados y que sean necesarios para mantener la calidad de vida.

sufrir el menoscabo<sup>379</sup>, constituye la opción principal que ofrece el mecanismo de la responsabilidad civil cuando de daños al medio ambiente se trata<sup>380</sup>. A diferencia de los daños corporales o contra la propiedad, los daños al medio ambiente no pueden ser abordados exclusivamente desde una óptica económica, y por consiguiente, la compensación monetaria conocida como daños y perjuicios siempre debe ser subsidiaria a la reparación *in natura*.

A fin de tutelar el bien jurídico medio ambiente, los titulares del Derecho de pedir la reparación tales como: el Estado, el particular perjudicado, las asociaciones ecologistas, carecen de libertad de elección entre la reparación *in natura* y la indemnización.

Algunos ordenamientos jurídicos, como el español, el brasileño y el colombiano han establecido directamente en sus textos constitucionales la obligación de los individuos y los poderes públicos de restaurar el medio ambiente dañado<sup>381</sup>. Además, la consagración de la

---

<sup>379</sup> El autor español SÁNCHEZ SÁEZ, J., A., op., cit., prefiere denominar la reparación *in natura* en materia ambiental "la *restitutio in prestinum*" por considerar que en la recomposición ambiental el agresor debe devolverle el alma y el cuerpo a la naturaleza dañada a su anterior estado.

<sup>380</sup> *Libro Verde* en relación a la restauración de los daños al medio ambiente, afirmó rotundamente que la reparación *in natura* es la única reparación deseable desde el punto de vista ecológico (op. cit. ap. 2.1.10, pág. 11).

<sup>381</sup> En el mismo sentido, existen en el Derecho Comparado la obligación de reparar los daños ambientales, así tenemos la Constitución de Paraguay de 1992, en la que establece que todo daño al entorno conlleva la obligación de recomponer e indemnizar; la Constitución de Portugal de 1976, que concede, a todo ciudadano que se encuentre amenazado su derecho al ambiente, la acción legal para solicitar la cesación de las causas nocivas y la correspondiente indemnización; la *Ley sobre Protección y Desarrollo del Ambiente de Polonia de 1980*; prevé la obligación de pagar una multa proporcional al daño ecológico causado que irá destinada al fondo de protección del medio ambiente, y la *Ley Penal del Medio Ambiente de Venezuela de 1992*, establece una obligación de restitución, reparación e indemnización por el perjuicio ambiental causado. Vid. CASTAÑÓN DEL VALLE, M., "La responsabilidad administrativa ambiental", en AA.VV., *Responsabilidad ambiental*, ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 235.

función social del derecho de propiedad privada en el artículo 33 de la Constitución española, similar al artículo 103 de la Constitución salvadoreña, se equipara en un contexto general a la denominada *función ecológica* de la propiedad. Esto permite sostener que cuando se haya producido un daño a determinados elementos ambientales propiedad de una persona, los poderes públicos y los tribunales están obligados a exigir del responsable la reparación *in natura*, no pudiendo por lo tanto el perjudicado renunciar a ésta última y solicitar en su lugar una indemnización monetaria<sup>382</sup>.

En consecuencia, en la reparación de los daños ambientales puros el Derecho Ambiental tiene mucho que aportar<sup>383</sup>, y se deben colocar los esfuerzos para lograr criterios jurídicos que permitan la reparación de tal tipo de daños. Esta es la idea que estipula el *Libro Blanco sobre*

---

<sup>382</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 251-253 destaca en el ordenamiento jurídico español, se desprenden impresiones técnicas de numerosos textos legislativos estatales y autonómicos, ya que por una parte muchos normas establecen la obligación del infractor de restaurar los daños ambientales, y de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, pero la intención de tales normas es dar prioridad a la reparación *in natura*, y sólo si esta no es posible la indemnización económica como mecanismo compensador subsidiario. Asimismo, en las leyes europeas, como las leyes francesas especiales de 15 de julio de 1975 sobre residuos y 19 de julio de 1976, sobre actividades clasificadas como peligrosas, ambas modificada por la ley de 13 de julio de 1992, y la Ley Italiana Numero/ 349 de 8 de julio de 1986, obligan al infractor a reparar de forma obligatoria la reparación *in natura*.

<sup>383</sup> También la jurisprudencia del TS español se inclina por la reparación *in natura* y sólo cuando esta no sea posible deberá acudirse a la indemnización, en este sentido se tienen: la sentencia de 1 de marzo de 1993 con ocasión de unos daños por contaminación derivada de gas y polvo arcilloso, que la finalidad única de la acción de responsabilidad es la de obtener la reparación íntegra de los perjuicios causados que se subsumen tanto en el daño emergente como el lucro cesante, condenando a los demandados al pago del importe de los gastos de regeneración de la finca y los derivaciones que puedan darse; también está la sentencia de 23 de septiembre de 1988 en la que se realiza contaminación de aguas de un pozo de la finca del demandante, por la filtraciones originarias del daño de la balsa de la parte demandada, se impone a la parte recurrida la obligación de las labores de limpieza necesarias para restablecer las aguas del pozo a su estado u pureza original. Vid. CASTAÑON DEL VALLE, M., op., cit., pág. 235.

*responsabilidad ambiental* sobre los daños causados a la biodiversidad. Si bien no existen normas ni criterios suficientemente desarrollados por lo habrá que elaborarlos<sup>384</sup>, a fin de buscar una alternativa viable para priorizar la reparación *in natura*.

### 6.3. Problemas de la reparación *in natura* y sus posibles soluciones

En cuanto a la tutela de los intereses individuales en el ámbito de la responsabilidad civil se obtiene por la vertiente de las relaciones de vecindad, por la teoría del abuso del derecho, y así de modo reflejo se protege el medio ambiente. Ello porque la víctima únicamente solicita la reparación cuando ha sufrido un daño de carácter particular, tendiente a conseguir un debido resarcimiento, que fácilmente es manejable en el sistema tradicional de responsabilidad civil, no así en los casos de los daños al medio ambiente.

La reparación *in natura*, entendida como la restitución exacta del medio a su estado de origen (antes de sufrir un daño), es difícil de realizar, dado que se somete a numerosas dificultades científicas y técnicas: en primer lugar, a menudo se desconoce el estado inicial del medio agredido, al carecer de inventarios o estudios globales realizados antes de la agresión, en cuyo caso acarrearán dificultades para evaluar el daño que se quiere reparar.

---

<sup>384</sup> La obligación común aplicable tanto a los daños a la biodiversidad como a la contaminación de lugares debe ser que las indemnizaciones o compensaciones pagadas por el contaminador para la restauración o la descontaminación se empleen realmente para este propósito. Si, por razones técnicas o económicas (relación entre coste y eficacia), la reparación de los daños no es posible o sólo lo es en parte, el importe de la compensación por el valor del daño que queda sin reparar deberá emplearse en proyectos similares de restauración o mejora de recursos naturales protegidos. Para determinar la similitud de los proyectos, las autoridades competentes deberán basarse en un análisis pormenorizado de los efectos beneficiosos que se derivan. Vid. *Libro blanco de responsabilidad ambiental*, op. cit. pág. 23.

En segundo término, es indispensable disponer de criterios científicos capaces de calcular el grado de reconstitución del medio dañado. Estos criterios, aceptados por la comunidad, deben encontrar cobijo legal suficiente que garanticen su aplicación efectiva: el estándar de reparación que se establezca para cada caso en concreto se corresponderá con el estándar de calidad ambiental que en última *ratio* defiende un sistema jurídico determinado. Es bien conocido que el estándar de calidad ambiental que se protege jurídicamente no siempre se corresponde con el estándar de calidad ambiental que científicamente sería el deseable.

En tercer lugar, la misma duda científica, puesta de manifiesto en el transcurso del presente libro, persiste a la hora de determinar el método adecuado de reparación del daño; es difícil prever el momento en el que se va a manifestar los primeros efectos —si es que llegan a producirse—; en ocasiones es preferible dejar que la naturaleza actúe por sus propios medios: la capacidad de auto regeneración natural debe estar presente en cualquier plan de restauración. Y, por último, se superen o no los citados obstáculos a los daños al medio ambiente, es casi siempre cara y en ocasiones prohibitiva a la reparación *in integrum*.

Por ello, muchos sostienen que los daños a los ecosistemas no puede ser objeto de reparación<sup>385</sup>. Sin embargo, esta posición no

---

<sup>385</sup> En cuanto al tema el autor colombiano CASAS, S., op. cit., pág. 148. En ese sentido manifiesta que la responsabilidad civil presenta una dificultad en cuanto a la reparación de daños ambientales, ya que en la mayoría de casos se dirige a reparar daños concretos a una persona individual o en sus bienes dejando a un lado el restablecimiento del ecosistema. En consecuencia por el camino de la responsabilidad del daño al medio ambiente solo se logra de manera indirecta; es sí que toda persona que defiende sus intereses en estos casos, también defiende de una forma indirecta el interés de tipo ecológico de toda la comunidad y contribuye a la protección del ambiente. La reparación *in natura* en materia ambiental resulta imposible cuando se presentan ciertas circunstancias por lo que consideran viable otorgar una

coadyuva para buscar un mecanismo de resarcimiento en pro del medio ambiente, porque a pesar que en la mayoría de los casos no se puede lograr el objetivo de reparar el medio ambiente como sino hubiere ocurrido el daño, sí se puede desplegar otra forma resarcitoria que busque dejar el bien en la forma más parecida posible a la que tenía antes de la ocurrencia del evento dañoso<sup>386</sup>.

Por tratarse de bienes colectivos que componen el medio ambiente, y por lo que no hay patrimonio individual que pueda apropiarlos, deben buscarse soluciones posibles que privilegien la reparación en especie, sobre la indemnización dineraria, lo cual constituye otra de las evoluciones del moderno derecho de daños, de particular trascendencia en materia de protección del medio ambiente<sup>387</sup>.

---

compensación económica, pero únicamente de forma subsidiaria. También SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., op. cit., pág. 230-231, haciendo alusión a la jurisprudencia del TS español, sostiene que: "...los casos de responsabilidad civil, siempre lo hace con referencia al derecho de propiedad, y en alguna sentencia al derecho a la salud de las personas. Daños que son causados por gases, humos, por ruidos, y vibraciones procedentes de actividades de fábricas o instalaciones industriales. Pero en ninguna sentencia aparece contemplado el daño ecológico, el daño al medio ambiente como tal, y consecuencia no se condena a la empresa contaminante a que restablezca el equilibrio ecológico roto con su actuación contaminante, sino a reparar el daño concreto que su persona y bienes ha sufrido el reclamante. Sin embargo este criterio ya ha sido superado en España, a través del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso Administrativo) resolución de 4 de diciembre de 1996, que ante infracción administrativa consistente en cortar sin autorización espécimen de pinos y palmitos, estableció que la reparación del daño debía consistir en la repoblación de la zona afectada con tantos ejemplares, y de la misma especie, como se había visto afectados por la actividad deforestada, lo cual consolida la reparación *in natura*.

<sup>386</sup> Al respecto no hay que negar que en algunos casos la reparación ambiental se convierte en un utopía, pues los efectos de una catástrofe nuclear, de una marea negra por vertido de petróleo, la extinción de una especie vegetal o animal son irremediables, en consecuencia, no estamos ante un simple perjuicio patrimonial, sino ante "mutilaciones de entorno vital", en donde las sanciones se convierten en mera anécdota ante semejantes daños. Vid. BLANCO LOZANO, C., *Víctima y reparación en el delito ambiental*, en "RDA", número 18, 1997, pág. 85

<sup>387</sup> En cualquier ordenamiento jurídico en proceso judicial de responsabilidad por daños al medio ambiente, al momento de imponer el fallo el juez deberá de establecer

En estos casos la restauración ambiental va consistir en la reparación del concreto elemento que haya resultado dañado, de forma que resultará obligada la realización de una serie de actividades diferentes según cuál sea dicho el bien ambiental depredado<sup>388</sup>. Así, la restauración del agua contaminada consistirá en la realización de los procesos naturales; la del aire contaminado en las oportunas actividades para la presencia de gases o partículas contaminantes vuelva a situarse en los niveles establecidos para la determinación de su pureza; la del suelo contaminado en limpiar, retirar los residuos, demoler edificaciones, entre otros.

La reparación en el caso de daños a especies animales consistirá en la realización de los trabajos necesarios para recuperar los ejemplares parcialmente dañados o sustituir a los desaparecidos, la reposición de especies vegetales o de masas forestales o del monte dañado pasará por la reposición de las mismas o la plantación de otras que las sustituyan o la repoblación del monte, etc. esta es la solución que debe prevalecer en el derecho de daños, en materia

---

cuando se a posible, la restauración a costa del responsable, esto representa el medio más idóneo, constituyendo una oportuna solución a la más limitada tutela ofrecida por el resarcimiento del daño por equivalente. Sin embargo a pesar de las dificultades que se presenta en la reparación debe de privilegiarse la reparación *in natura*. Vid. HUTCHINSON, T., Tomo II, op. cit., págs. 150-151.

<sup>388</sup> Al juez le corresponde señalar el tipo de obligaciones que se deban de ejecutar para restaurar el medio natural, que puedan ser de dar, que implica hacer o no hacer. Es aquí donde es el campo más abonado para la técnica de reparación, debido a las grandes magnitudes económicas que se manejan para restaurar el entorno dañado, y postergando así un tanto al principio de reparación integral. Lo que no puede aceptarse es la posición de quienes sostienen que cuando la reparación *in natura* es excesivamente onerosa, o sea desproporcionada con el propio beneficio obtenido con la reparación, se deba proceder al pago equivalente pecuniario. Vid. ÁNGEL YAGUEZ, citado por SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., op. cit. En el mismo sentido puede verse la Directiva Europea 35/2004/CEE, establece como su principal obligación de parte de los operadores de restaurar los daños ocasionados a los recursos naturales y los daños ocasionados a la biodiversidad.

ambiental, fundamentalmente en estos casos que puede llegar a ser posible<sup>389</sup>.

En la misma idea LOPERENA ROTA<sup>390</sup> sostiene que hay que derrumbar el mito de la *irreparabilidad* del medio ambiente, el llamado valor de sustitución da mucho margen de juego: por ejemplo, cuando una empresa ha contaminado por emisiones excesivas la atmósfera, podría repararlas aumentando la superficie de arbolado que circunda la empresa, o regenerando bosques que filtren ese gas. Asimismo, cuando otra contamina un río, podría compensarse con un cierre de la empresa por el tiempo que se estime biológicamente que tardará en regenerarse el medio ambiente dañado.

En el mismo sentido, son usuales en los Estados Unidos de América, y en los países más avanzados, las reforestaciones a cargo de las empresas por la contaminación que vierten a la atmósfera, aunque se produzcan en sitios muy distantes. Para el caso una empresa establecida en *Dallas*, Estado de Texas, que vertiera diariamente el equivalente en CO<sub>2</sub> que respiran 2,000 árboles de gran tamaño, deberá replantar (aunque sea en la Selva Amazonas, que está ubicada en Sudamérica) esa cantidad de árboles como justo valor de sustitución<sup>391</sup>. Además, dentro de la reparación de los daños ambientales debe de ir paralelamente la realización de medidas preventivas para que el daño no vuelva ocurrir, como podría ser la paralización de la actividad nociva, sino estaría con el

---

<sup>389</sup> Sobre estas soluciones vid. al respecto: CASAS, S., op. cit., pág 150 y CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 94-95.

<sup>390</sup> Vid. LOPERENA ROTA, D., *Principios de Derecho...*, cit. pág. 31.

<sup>391</sup> Vid. SÁNCHEZ SÁENZ., A. J., op. cit., establece que conforme al principio "quien contamina paga" implica cuatro obligaciones complejas para el empresario contaminador: pagar las multas, cesar en sus emisiones o cambiar su política ambiental, costear las medidas preventivas y correctoras, añadiríamos nosotros, y finalmente reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados.

problema daño y luego repare, lo cual va en contra del principio quien contamina paga, que tiene un ingrediente preventivo<sup>392</sup>.

La reparación del daño ambiental, si bien presenta dificultades por lo complejo a recomponer por razón de sus características y naturaleza, no es imposible, pues lo que se busca en este rubro de manera prevalente es restaurar el hábitat lesionado. La reparación por compensación económica no tiene sentido alguno en la reparación de los daños al medio ambiente, porque con ello no se está reparando el objeto dañado, sino otorgando un sustituido pecuniario que no podrá acrecentar el bien ambiental. Esto diferencia claramente la reparación de este daño con las reglas generales de la responsabilidad civil, en donde la indemnización dineraria equivalente que busca reemplazar el bien dañado, es la regla general<sup>393</sup>.

Se destaca la idea de que en el Derecho Privado clásico el demandante tiene mayor libertad para disponer si el dinero pagado por su bien lesionado lo reinvierte en el mismo o no, algo que puede afectar a la restitución ambiental porque el perjudicado luego la puede emplear a otros fines que no sea la recomposición ambiental. En el ámbito del Derecho Ambiente el pago dinerario nunca podrá ser semejante, porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> Sobre este criterio puede verse: DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 96; GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad ...*, cit., pág. 254; POZUELO PÉREZ, L., "La reparación del daño al medio ambiente", en AA.VV., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra dirigida por Agustín Jorge Barreiro, Comares, Granada, 2005, págs. 247-248.

<sup>393</sup> Aunque es de advertir que el panorama ha empezado a cambiar, pues se empieza a abandonar dicho principio y a otorgar una tutela en forma específica.

<sup>394</sup> HENAO PÉREZ, J. C., op. cit., pág. 150.

#### 6.4. Evaluación y valoración del perjuicio ambiental

En este epígrafe distinguiremos lo que pueda considerarse una evaluación de efectos dañinos del hecho y la valoración económica del mismo.

La evaluación del daño ambiental no se limita únicamente a una valoración económica, ni a buscar un precio a unos bienes que no son de transformaciones o de consumo; lo que se pretende con ella es delimitar los efectos del daño, la pérdida de cualidades del medio, la ruptura de la cadena ecológica o de la relación equilibrada entre los distintos elementos ambientales; así como determinar las actividades necesarias para la restauración del medio y prever el tiempo requerido para que el sistema vuelva a recuperar su funcionalidad perdida<sup>395</sup>.

De esta manera incluye todos los aspectos: el tiempo necesario de restauración, las consecuencias sociales, los efectos sobre otros bienes, su reversibilidad, la posibilidad de auto regeneración o las actuaciones necesarias para su reparación —para ello debe de seguirse un procedimiento semejante al de evaluación de impacto ambiental—. Mientras que la valoración únicamente pretende reflejar el daño producido mediante un cifra o una cantidad de dinero.

En suma, en términos ambientales, tanto la evaluación del daño como su valoración tienen sentido desde el punto de vista de la pretensión de su corrección o de la minimización de sus efectos y de la exigencia de responsabilidades por el mismo. De nada sirve para el medio ambiente la realización de estas actividades si no se hace con este fin<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 70.

<sup>396</sup> Ibídem., pág. 71.

#### 6.4.1. Finalidades de la realización de la evaluación del daño

La evaluación del daño ambiental no ha de venir dada por la valoración en dinero del daño personal o patrimonial, sino por la de los bienes o elementos ambientales, que suelen ser «*extracomercium*», o la perdida de funcionalidad ecológica de esos elementos ambientales o sistemas ecológicos dañados, lo cual resulta tarea difícil si dicha evaluación se pretende realizar simplemente en esos términos económicos. No obstante, a veces es necesario objetivar al máximo la evaluación del daño mediante con una valoración económica del mismo, es decir, intentar traducir dichos daños a dinero, en la medida de lo posible, para que tal valoración pueda servir de base a los abogados, jueces, responsables de la administración, compañías de seguros o demás técnicas o demás profesionales libres en su diferentes actividades. Se suele hacer este cálculo con las diferentes finalidades:

- a) para determinar la indemnización que se va a reclamar al causante del daño;
- b) para determinar o graduar la sanción que, en su caso hubiera de imponerse; y,
- c) para expresar el coste de restauración del medio al estado en que se encontraba antes de producirse el daño, finalidad de gran interés para el objeto de la reparación.

No obstante, respecto a los daños al medio ambiente propiamente dicho, en sentido ecológico y no patrimonial, la cuantificación económica sólo tiene sentido para dar cumplimiento a esta última finalidad, es decir, para sufragar los gastos necesarios para la restitución de la funcionalidad ambiental de los elementos dañados.

#### 6.4.2. La dificultad de la valoración del daño ambiental

La determinación del perjuicio ambiental, desde cualquier ángulo económico, será difícil de establecer. En efecto, es aquí donde toma relevancia las teorías y estudios de la economía ambiental para dar respaldo a la indemnización de los daños ambientales.

Esto porque en cualquier área en que un juez deba estimar un perjuicio no puede decretar un fallo que solo tenga los aspectos económicos, dentro de un marco jurídico procesal, y que tenga directa influencia dentro de dicha área específica en la cual se generó la *litis*. En este sentido, cuando se pone fin al proceso debe tener en cuenta el juez todos los elementos y circunstancias que conformen el valor de impacto en el patrimonio afectado<sup>397</sup>.

En materia ambiental parte de la dificultad en torno al tema es que el perjuicio radica en bienes que conforma el patrimonio ecológico no son materialmente palpables y que no tienen un valor mercantil determinado, como puede suceder con cualquier bien común<sup>398</sup>, y es aquí donde los jueces deben realizar un equilibrio judicial, para dictar un fallo objetivo en donde se hayan agotado todos los recursos técnicos dentro de un marco específico dentro del ámbito medio ambiental<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> PANAGOS BARRETO, H., op. cit., pág. 566.

<sup>398</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 266, se adhiere a la posición de que es extremadamente difícil evaluar los bienes ambiental, en primer porque esta fuera del comercio y no tienen un precio definido, y se convierten en bienes invaluables, ya que nadie sabe cuesta un río, una especie en peligro de extinción. Mientras que CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., pág. 72 y 73, le agrega otro problema como es el caso de la valoración de los daños futuros o de inciertos efectos, que no se saben si van a materializarse como daños ambientales.

<sup>399</sup> En América latina, se ha erigido el método de valoración ambiental a través de mercados convencionales; Este método tiene tres formas de abordar el problema: cambios en la producción, consideración de bienes sustitutos y los llamados gastos preventivos.<sup>1)</sup> Cambios en la producción: el punto de partida es aceptar que ciertos procesos de producción

La cuantificación de los efectos del perjuicio ambiental no tan clara como en otras áreas sujetas a la indemnización; complejo problema ha sido para el Derecho Internacional el concretar y especificar las vulneraciones de orden ambiental que correlativamente deban tener repercusión económica en el causante del daño. Entre otras consideraciones se ha planteado que la excesiva y generalizada tipificación de los perjuicios ambientales puede afectar las fuentes de desarrollo y producción empresarial; donde el concepto de desarrollo sostenible, pretende equilibrar los dos polos: economía contra la protección ambiental<sup>400</sup>.

---

utilizan como alguno de sus insumos ciertos bienes ambientales, de lo cual se deriva que la reducción de insumos ambientales en calidad o cantidad, determina algún decremento en el valor del producto final. Por ejemplo, la contaminación del agua puede disminuir el riego y contraer la producción de un bien agrícola; la erosión del suelo reduce la calidad y el nivel de la producción. Este método supone que hay una función de producción del bien agrícola que depende, entre otras, de la cantidad y calidad de bien ambiental. 2) Bienes sustitutos: otra forma es considerar que los bienes y servicios ambientales son un insumo más en el proceso de producción y por lo tanto existen formas de sustitución. Los nutrientes naturales, por ejemplo, se pueden reemplazar por mayor cantidad de abonos vegetales. Se parte de la base de que la producción física de un bien es una función de ambos tipos de insumos: los privados o comerciales como mano de obra, equipos, abonos, entre otros, 3) Gastos preventivos: también se puede aproximar el valor del beneficio de las mejoras ambientales estudiando los gastos en que las personas están dispuestas a incurrir para evitar un peligro ambiental, por ejemplo, cuando alguien está dispuesto a gastar cierta cantidad de dinero por agua embotellada con el fin de evitar riesgos propios del consumo de agua no tratada. A diferencia del costo de reemplazo de bienes sustitutos, el método de los gastos preventivos se basa en la observación individual. El gasto preventivo puede interpretarse como la disposición a pagar por la reducción del riesgo personal y el valor de los beneficios viene siendo la diferencia entre el efecto esperado de la exposición a los riesgos ambientales con estos gastos y sin ellos. Como se pueden observar los tres métodos anteriores tienen claras limitantes y se pueden usar solamente para abordar algunas clases de proyectos específicos, lejos están de servir de modelos generales de análisis ambiental de proyectos. Vid. Al respecto ALVARADO, M., *Algunas propuestas de valoración de costos ambientales*, en ponencia de "X Reunión de las Partes: Convención de la Tierra de la Organización de las Naciones Unidas", San José de Costa Rica, 2002.

<sup>400</sup> PANAGOS BARRETO H., op., cit., pág. 563-564. En este sentido POZUELO PÉREZ, L., op. cit., pág. 248, señala que la reparación de los daños al medio ambiente, sobre

Es necesario abordar algunas formas en las que tomando estimaciones de contenido técnico y económico, una vez apreciadas las consecuencias del daño ambiental, se asigna un valor específico a las pretensiones de la demanda. Los casos a exponer evidencian que la complejidad de tales daños dificulta la práctica de la evaluación del perjuicio y la condena del generador del daño. Asimismo, es importante señalar que el elevadísimo costo de los estudios ambientales y su cuantificación constituyen una de las barreras para obtener el resultado confiable y aplicable para efectos de determinar el monto indemnizable.

Sin embargo, GOMIS CATALA<sup>401</sup>, plantea que la evaluación del daño ambiental no debería plantear problemas, ya que el coste del daño ambiental equivale al cote de las medidas de reparación; por otra parte, la evolución del daño ambiental contribuye a su objetivización en términos económicos: así, la valoración económica constituye un elemento indispensable para la gestión del medio ambiente, en general, contribuyendo a su integración en los costes de producción o en los procesos de decisión y permitiendo la compensación económica cuando se produce una agresión ambiental cuya reparación *in natura* es imposible o desproporcionada.

Hasta la fecha no se ha encontrado un método de evaluación económica aceptado por los diferentes ordenamientos jurídicos capaz de

---

todo pecuniario se enfrenta obstáculos de mayores dimensiones. En concreto, para el caso de empresas contaminadoras, que el coste de la indemnización sea tan alto que puedan verse en peligro puesto de trabajo o la existencia de la misma empresa. Ello ha abierto el debate acerca de si ese excesivo perjuicio económico debe constituir el límite del coste de la indemnización como manera de proteger no sólo dichos puesto de trabajo, sino más allá de eso, el desarrollo económico empresarial de un país, que podría verse frenado por el hecho de tener que pagar grandes sumas como resultado de los daños que el funcionamiento de aquellas causen en el medio ambiente.

<sup>401</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit. pág. 269.

hacer frente a la complejidad del daño ambiental: en ocasiones obliga a pactar un solución negociada con el fin de conciliar los intereses de las propias partes enfrentadas<sup>402</sup>; a veces algunos ordenamientos jurídicos descargan toda responsabilidad en manos del juez<sup>403</sup>, y otros facultan directamente a la Administración para que sea ésta la que proceda a la evaluación monetaria del daño. Aquí radica el reto de los ordenamientos jurídicos para resolver el problema de la evaluación de los daños ambientales.

## 6.5. El resarcimiento de los daños ambientales en El Salvador

### 6.5.1. El fundamento de reparar los daños ambientales

En el tránscurso del presente libro hemos planteando que la producción de un daño en bienes ajenos genera la obligación de reparar el perjuicio originado como consecuencia de la responsabilidad civil, que, en materia ambiental, es de naturaleza extracontractual.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño tal obligación se encuentra regulada de una manera general en el artículo 2065 del CC literalmente dice: «El que ha cometido un delito, cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que impongan las leyes por el hecho cometido», este precepto, como se sabe, constituye una regla general de las fuentes de la obligaciones en materia resarcitoria.

---

<sup>402</sup> Sin duda el asunto *Sandoz* constituye el ejemplo más famoso y esclarecedor que existe en materia de reparación y evolución negociada de los derivados de una catástrofe ecológica.

<sup>403</sup> El caso de reparación de los daños provocados por el hundimiento del petrolero *Amoco Cádiz* el 16 de marzo de 1978 frente a las costas de la Bretaña francesa. El juez americano cuatro años después declara responsable solidarios a las tres sociedades implicadas en la catástrofe.

La responsabilidad civil *aquiliана*, como institución básica del ordenamiento jurídico, se refiere a toda injerencia dañosa en el ámbito personal o patrimonial. Sin embargo, las conductas con incidencia ambiental tienen características diferentes al resto de los daños, pues aparte de los intereses particulares, pueden perjudicarse intereses colectivos.

Es así que la LMA, por el mandato constitucional que funda el artículo 117, establece la obligación de reparar los daños ambientales en el artículo 2 literal «f», que prescribe, como un principio de la Política Nacional del Medio Ambiente, que: la contaminación del medio ambiente o alguno de sus elementos que impida o deteriore sus procesos esenciales conllevará como obligación la restauración o compensación del daño causado debiendo indemnizar al Estado o cualquier persona natural o jurídica afectada en su caso conforme a la ley». Esta disposición debe entenderse en concordancia con el artículo 85 de la referida LMA, que de igual manera estipula el deber de reparar los daños al medio ambiente<sup>404</sup>.

A pesar que la responsabilidad civil por la actividad dañosa es única, no existe unidad normativa sobre el tema, pues junto a la regulación genérica que contiene el CC y de manera específica la LMA, pueden existir la convergencia de diversos mecanismos de tutela del medio ambiente, lo que pueden conllevar a la obligación de resarcir los

---

<sup>404</sup> El artículo 85 de LMA estipula que: "Quien por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, pongan en riesgo o causare un daño al medio ambiente, o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y los particulares por los daños y perjuicios causados."

daños ambientales, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal. Veamos a continuación estos mecanismos de Derecho Público que se han instaurado a través de la LMA y el Código Penal.

### **6.5.2. La reparación civil derivada de la infracción administrativa. Remisión**

La obligación de reparar los daños ambientales puede devenir, en primer lugar, por cometer las infracciones administrativas establecidas en el artículo 86 de LMA. Es decir, que una vez llevado a cabo el procedimiento sancionador<sup>405</sup> por el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales<sup>406</sup>, al agente se responsabiliza y se condena, además de la multa (ya sea menos grave o grave), al resarcimiento de los daños ambientales ocasionados. Este mandato nace en virtud el artículo 96 de la LMA, «valúo de daños al medio ambiente».

Subráyese que el artículo 102 inciso segundo de la ley citada facilita a la administración para exigible el cumplimiento de la reparación del perjuicio ambiental, porque cuando se trate de estos casos podrá tramitarse su reclamación en un proceso ejecutivo civil, o mejor aun podrá seguirse el proceso abreviado de la liquidación de daños y perjuicios, en la forma establecida en el Código Procesal Civil y Mercantil.

---

<sup>405</sup> Este procedimiento administrativo sancionador, se regula en los artículos 91 al 98 de la LMA, y los artículos 119 al 121 de la RGLMA, donde establece cada de las formalidades a seguir dentro de dicho procedimiento.

<sup>406</sup> El artículo 120 del RGLMA, estipula que el Ministro del Medio Ambiente nombrará a los funcionarios de su dependencia, en los cuales delegará la instrucción del procedimiento y estos a su vez, en la resolución motivada que ordene la instrucción, nombrar al instructor del procedimiento y al secretario de actuaciones, quien tendrá asimismo las atribuciones de notificador.

### 6.5.3. La responsabilidad civil derivada del delito ambiental.

#### Remisión

El fundamento de esta responsabilidad derivada de un ilícito penal se halla en el artículo 114 del Código Penal que dice: «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos previstos en este Código», esto debe interpretarse de forma sistemática con la obligación genérica de resarcimiento que estipula el artículo 2065 del CC. Como se nota, la comisión de un delito genera una doble responsabilidad —penal y civil—, implicando esto que contemporáneamente son fuentes de obligaciones civiles<sup>407</sup>.

La responsabilidad civil derivada de un hecho punible exige una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Esta responsabilidad podrá solicitarse, ya sea por el fiscal del caso, el querellante o el acusador<sup>408</sup>, y deberá ser declarada por el tribunal penal<sup>409</sup>, o bien, según precisa el artículo 114 del Código Penal, el perjudicado podrá optar por exigir de modo independiente la responsabilidad ante la jurisdicción civil.

---

<sup>407</sup> En la doctrina salvadoreña, sobre un estudio de la responsabilidad civil como consecuencia de hechos punibles, a partir del Código Penal, cuya vigencia data de abril de 1998, puede consultarse, por todos a: AA. vv., *Manual de derecho penal salvadoreño*, parte general, Centro de información jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador, pág. 689 y ss; en el ámbito español, existe una gama bibliográfica que se ocupado, de forma especial de la responsabilidad civil por delitos ecológicos, entre los que se destacan: BLANCO LOZANO, C., op. cit., pág. 181; AA. vv., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra dirigida por Agustín Jorge Barreiro, Comares, Granada, 2005.

<sup>408</sup> Así lo prescriben los artículos 42 y 43, y 44 del Código Procesal Penal.

<sup>409</sup> El artículo 399 del Código Procesal Penal, inciso tercero, estipula que la sentencia condenatoria el tribunal resolverá sobre el monto de la responsabilidad civil y la persona ha de recibirla, así como la persona que le concierne hacerla efectiva.

En el ámbito que nos interesa el Código Penal establece una serie de conductas tipificadas como delitos, en el título X, capítulo II «*De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente*», artículos 255 al 263, donde se destacan los delitos de contaminación ambiental simple, contaminación agravada, contaminación culposa (artículo 255, 256 y 257), depredación de bosques, (artículo 258), depredación de flora protegida, de fauna y fauna protegida (artículos 259, 260 y 261)<sup>410</sup>. De igual manera, en materia penal ambiental, seguimos la regla general de que toda persona responsable de un delito o falta, lo es también civilmente, y por lo tanto, el que ha sufrido un daño que el provenga de un delito tiene derecho a reparación e indemnización.

Dentro de las consecuencias civiles del delito, según el artículo 115 del Código Penal, están: la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios. La restitución consiste en la devolución de las cosas obtenidas por el delito; si esto no fuere posible, en el pago del precio de las mismas o su valor estimativo. En materia ambiental lo vemos en casos como decomisos de madera, especies pesqueras y otros. En cambio la reparación de los daños comprende:

- a) El resarcimiento de todo daño material causado por el delito; y,
- b) La indemnización de perjuicios se refiere a los daños materiales y morales que se hayan causado, incluyendo en estos a los familiares y terceros.

---

<sup>410</sup> Estos delitos, la doctrina los consideran como delito de riesgos colectivos o de peligro abstracto, donde la conducta típica se consuma y realiza llevando a cabo hechos sancionados por la ley. Por tanto, basta que se pongan en grave peligro la vida de las personas o puedan perjudicarse gravemente las condiciones de la vida animal, vegetal, ecosistemas etc., sin que sea necesaria la producción de un resultado concreto de muerte, lesiones, destrucción de especie o cualquier resultado concreto semejante. Vid., al respecto CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., p. 157, en el mismo sentido SÁNCHEZ-FRIERA, GONZÁLEZ, M., C., op. cit. pp. 283 y 284;

La responsabilidad civil en referencia se debe materializar en la sentencia condenatoria que impone la pena, fijando su cuantía con base en cualquier medio de prueba. En cuanto a los daños ambientales la responsabilidad debe ser fundada en prueba pericial, pero si en el proceso no se pudiera determinar con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito se seguirá el proceso civil común (artículo 399 inciso 4° del Código Procesal Penal). Para el pago de las responsabilidades civiles que fije la sentencia, se procederá contra los condenados, sus causahabientes o terceros afectados a la responsabilidad, primero en contra de los bienes secuestrados o hipotecados, contra el fiador o la cantidad mandada a fianza.

Sin embargo, uno de los aspectos a destacar es que el artículo 263 del Código Penal establece como excusa absolutoria y medidas accesorias la reparación de forma voluntaria y oportunamente por el autor del daño ocasionado. En este caso el mismo no incurrirá en responsabilidad penal alguna. Para el caso, el juez ordenará motivadamente se adopten, a costas del autor del hecho, las medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el equilibrio ecológico perturbado; así como las medidas accesorias necesarias para la protección de bienes ambientales.

Debe señalarse que son pocos los casos sobre los delitos ambientales que llegan a concluir en los Tribunales de Sentencia con resultados condenatorios y, en consecuencia, que se pronuncien sobre la responsabilidad civil derivadas de tales los delitos. Unos de los casos más connotados fue el que se instruyó contra un empresario que almacenaba barriles con productos tóxicos juzgado por el delito de contaminación agravada, hecho ocurrido en la jurisdicción de Suchitoto

—del Náhuatl lugar de pájaros y flores—, departamento de Cuscatlán en 1998<sup>411</sup>.

En dicho proceso, el Tribunal de Sentencia condenó por el delito en mención, y consiguientemente ordenó la responsabilidad civil consistente en el pago pecuniario a las víctimas de la contaminación ambiental por la emanación de gases. Sin embargo, las cantidades líquidas en concepto de responsabilidad civil para sufragar gastos de hospitalización fue la risible cantidad de seis mil colones en aquella época<sup>412</sup>.

## 6.6. La prioridad de la reparación *in natura* en el ordenamiento salvadoreño

Ya hemos establecido que puede derivarse la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, en virtud de infracciones administrativas establecidas en la LMA o por la comisión de hechos punibles que afecten el medio ambiente de las personas. En el mismo sentido la referida ley estipula, en el artículo 102, que puede solicitarse la reparación de los perjuicios ambientales a través de un demanda civil para iniciar un proceso declarativo común, en la forma prevista en el Código Procesal Civil y Mercantil ante dichos jueces, pues aun no han sido erigidos los tribunales ambientales que establecen el artículo 99 de la LMA. Cuando

---

<sup>411</sup> Nos referimos a la sentencia pronunciada el once de marzo de 1999, por el Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, en la causa penal número 28-C3-98. En esta sentencia hubo un voto razonado por uno de los jueces donde no compartía la condena penal de tres años de prisión impuesta, y que fue reemplazada con trabajos de utilidad pública.

<sup>412</sup> Vid. la causa penal contra de la Sociedad de Construcción Nacional (CONASA), empresa constructora que condenada de degradar una zona de San Salvador, donde ha afectado la comunidades el “cañito y las brisas II”, luego que la quebrada el “Garrobo” se desbordara con las intensas lluvias provocadas por la tormenta tropical “Stan”.

se trate de personas particulares, pero el demando sea el Estado, será una Cámara Segunda Instancia de lo Ambiental —pero como también aun no sea creado, será una Cámara de lo Civil— que conocerá de la pretensión resarcitoria.

Los juzgadores podrán tomar todas las *medidas cautelares y anticipadas* que consideren pertinentes, según la necesidad y proporcionalidad de los hechos, tal como lo prescribe el artículo 102-C de la LMA. El juez podrá admitir toda clase de prueba, a petición de parte o de oficio, según los medios probatorios que prescribe el Código Procesal Civil y Mercantil. Teniendo la carga de la prueba el demandado.

Además, debe recordarse acá, aun sea brevemente, la moderna doctrina de las *cargas probatorias dinámicas*<sup>413</sup>, según la cual, sin afectar la distribución inicial de la carga de la prueba que el legislador haya establecido —que como dijimos en este caso corresponde al que ocasiona el daño— también tendrá la carga de la prueba aquel que se encuentre en mejor posición de demostrar un hecho, en virtud de la profesionalidad, especialización o habitualidad. Tal distribución probatoria, está basada en el *principio de cooperación de las partes* para ante el instrumento de Derecho Público, como lo es el proceso jurisdiccional<sup>414</sup>.

El artículo 103 de la LMA determina que el juez en la sentencia definitiva deberá resolver sobre la responsabilidad civil reclamada, y lo

---

<sup>413</sup> Sobre las cargas probatorias dinámicas Vid. AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, Director Jorge Walter Peyrano, Coordinadora Inés Lépori White, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2004.

<sup>414</sup> LÉPORI WHITE, I., «cargas probatorias dinámicas» en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, Director Jorge Walter Peyrano, Coordinadora Inés Lépori White, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 69.

que sea su consecuencia, según el el inciso segundo del artículo 100 de la LMA. Finalmente, deberá pronunciarse, en su caso, sobre las medidas cautelares que hubiere decretado. Si la sentencia fuere condenatoria el tribunal deberá pronunciarse y ordenar al culpable la restauración, restitución o reparación del daño causado al medio ambiente, estableciéndole un plazo para realizarlo, basándose para ello en un dictamen técnico que lo establezca. En el caso del inciso final del artículo 101 la sentencia definitiva perjudicará o aprovechará, según sea el caso, a todos los miembros de la comunidad que hayan sido mencionados en la demanda —eficacia *erga omnes*—.

Con lo anterior se determina que la responsabilidad civil ambiental atiende al esquema de restablecer el medio ambiente o ecosistema a la situación anterior al hecho que lo contaminó, deterioró o destruyó, esto cuando sea posible, sin embargo, en caso de ser imposible dicha restauración, el artículo 85 de la LMA determina que el responsable indemnice al Estado y los particulares por los daños y perjuicios ocasionados<sup>415</sup>. Este diseño de responsabilidad atiende a la preeminencia a la reparación *in natura* y de forma subsidiaria la indemnización en dinero cuando fuere imposible de hacerlo<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup> El artículo 1427 del CC salvadoreño manifiesta que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado el cumplimiento.

<sup>416</sup> Para evitar que una persona trate de permitir la evasión de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, en el transcurso del proceso judicial juez debe de adoptar cualquier medida cautelar, como anotación preventiva de sus bienes o embargo de los mismos, facultad que tienen los jueces para asegurar la eficacia de la sentencia. Sin embargo se hace necesario establecer otras alternativas para garantizar el cumplimiento de la reparación, de los daños al medio ambiente, como el establecimiento de seguros ambientales obligatorios y el fortalecimiento de los fondos ambientales para que haga efectiva los potenciales daños ambientales, ante cualquier insolvencia del infractor.

A este criterio se suma la opinión del jurista español DE MIGUEL PERALES<sup>417</sup>, al sostener que el caso concreto del medio ambiente la reparación en especie deberá buscarse en el mayor esfuerzo posible, pues aparte de resarcir al perjudicado también busca proteger el medio ambiente en sí mismo considerado; sin soslayar que aunque la responsabilidad civil tiene como objeto primordial la reparación del daño en interés del individuo perjudicado, no lo es menos que la protección del medio ambiente es unas de las políticas que debe informar la legislación positiva.

En este sentido, si la indemnización dineraria no es equivalente y no puede resarcir el daño ambiental, se debe entonces, como se ha dicho, privilegiar la reparación *in natura*, que supone hacer las tareas necesarias para que el bien lesionado vuelva a cumplir la función anterior al hecho dañino o, por lo menos, a que la cumpla de la manera más parecida posible. Ahora bien, en el caso que sea imposible restaurar el bien ambiental dañado se debe buscar que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza, así, por ejemplo, si como resultado del daño una especie animal se ha extinguido puede obligarse al sujeto agresor a aportar la recomposición para la protección de otras especies de igual importancia para la diversidad biológica. En este caso opera una especie de reparación por compensación.

Esta posición se sustenta en el hecho de que los ecosistemas interactúan entre sí, por tanto, si bien es cierto no se restaura el bien lesionado, sí se regenera el sistema que se verá beneficiado en su conjunto. Esta opinión tiene respaldo en el concepto de medio ambiente que otorga la LMA, entendido como un sistema conformado por diferentes elementos *bióticos y abióticos*, que interactúan entre sí, tal como

---

<sup>417</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pág. 228.

lo estipula el artículo 5 de la LMA. En efecto, si la restauración no es técnicamente posible, o sólo lo es en parte, la evaluación de los recursos naturales tiene que basarse en el coste de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad<sup>418</sup>.

Esto es importante en el ámbito de la responsabilidad civil ambiental, porque permite que el resarcimiento recaiga sobre otro bien ambiental distinto del bien dañado, sin que se viole regla alguna con este proceder. Este criterio es una consecuencia lógica de la reparación *in natura*, en la medida en que no se puede aceptar la indemnización por subrogado pecuniario, como ocurre en las reglas generales de la responsabilidad civil.

Asimismo, es de aclarar que no contraviene al esquema impuesta por la LMA en el artículo 85 sobre la imposibilidad de la restauración de los daños ambientales, dado que en este caso la indemnización económica se otorgaría al Estado, tal como lo determina dicha disposición legal, y sería la administración pública, a través del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, en conjunto con al fondo ambiental «FONAES» quienes realizarían la gestión técnica y utilizar los fondos económicos para favorecer al desarrollo de otros bienes ambientales.

En este sentido, no es difícil concluir que la reparación del daño ambiental puro debe ser *in natura*; y que la indemnización debe ordenar hacer determinadas actividades, a fin de la recuperar el bien ambiental aminorado para dejarlo al menos en la situación más parecida a la que

---

<sup>418</sup> HENAO, PÉREZ, J. C., op. cit., pág. 151.

tenía antes del daño. Para lograrlo deberán hacer estudios de impacto ambiental por técnicos o científicos expertos en la materia que determinen<sup>419</sup> la valoración y cuantificación de los daños, cuantifiquen los costos de restauración, así como para establecer una «hoja de ruta» para restablecer el ecosistema dañado<sup>420</sup>.

Finalmente, cabe sostener que la reparación juega un papel importante en la determinación de la responsabilidad, sin embargo, hay que hacer énfasis en la materialización de la prevención para asesorar a las empresas potencialmente dañinas y eventualmente riesgosas al medio natural como evitar daños ambientales. Lo que se busca es que sea más rentable económicamente adoptar medidas preventivas que indemnizar por la causa del daño, en este sentido, reitérese, mejor vale prevenir que curar.

Esta función de la responsabilidad se encuentra estrechamente ligada a un principio de precaución establecido en la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, previsto también en el artículo 2 literal «e», como principio de la Política Nacional del Medio Ambiente y en artículo 15 de la LMA.

Sobre esta misma cuestión LEIVA<sup>421</sup> afirma que sobre el presunto responsable, y a los efectos de dar cumplimiento a las medidas de

---

<sup>419</sup> En este sentido puede confrontarse los artículos 96 de la LMA y artículo 121 del RGLMA donde estipula la obligación de resarcir los daños ambientales, tanto por la vía administrativa y civil.

<sup>420</sup> En la legislación colombiana, en el campo de la indemnización y reparación del daño, es importante citar, entre otras normas, el artículo 16 de la ley 446 que dice "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuales".

<sup>421</sup> LEIVA, F., *Las actuales funciones de la responsabilidad civil en materia ambiental...*, op., cit., pág. 13.

prevención del daño ambiental, pesa la obligación de instalar la tecnología *antipolución* adecuada; por ello algunos países, como Holanda y los Estados Unidos de América, han desarrollado una política de prevención y de previsión que resulta muy beneficiosa en relación a las eventuales consecuencias perjudiciales de la contaminación del medio ambiente. Por ejemplo, una instalación que emite gases debe colocar filtros que capturen los compuestos contaminantes.

Ello es así porque los consumidores preocupados por su salud y el medio ambiente son hoy en día muy exigentes y cuestionan o rechazan los productos cuyo proceso de fabricación pueda ser contaminante, se propaga en ese sentido los productos con «etiqueta verde». Estas consideraciones incitan a las empresas a reflexionar sobre su responsabilidad en el proceso productivo, pues sus inversiones y su organización deberán estar en función de preservar el medio ambiente. En consecuencia, la *auditoría ambiental* dentro de las empresas es un instrumento adecuado para ello.

La auditoría ambiental tiene por objeto apreciar en un momento dado el impacto que, en todo o en parte, la producción o la actividad de una empresa es susceptible de generar, directa o indirectamente, sobre el medio ambiente. Esta auditoría puede limitarse al impacto de un producto o una cadena de productos considerados en sí mismos como susceptible de generar polución; en otra hipótesis la auditoría puede tener en cuenta la instalación de una industria en un lugar determinado en relación a la incidencia que ella puede tener en el medio geográfico, económico o sociológico y aconsejar la forma de evitarlo<sup>422</sup>.

---

<sup>422</sup> Ibídem., pág. 13.

## 6.7. Medidas preventivas de los empresarios frente a la administración para garantizar la compensación ambiental

La medidas preventivas para garantizar el pago de posibles daños ambientales que puede emanarse, son reguladas, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, a través de del *Reglamento Especial para la Compensación Ambiental*<sup>423</sup>, (en adelante RECA), cuya vigencia data, desde el 13 de mayo del año 2004. Su propósito es que la compensaciones ambientales se realicen de forma directa o por medio de agentes especializados en los sitios del impacto ambiental o zonas aledañas o zonas propicias para su reposición o recuperación, en el marco del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> La LMA, en el artículo 5 “conceptos y definiciones básicas” define la compensación ambiental como “El conjunto de mecanismos que el Estado y la población puede adoptar conforme a la Ley para reponer a compensar los impactos inevitables que cause su presencia en el medio ambiente. Las compensaciones pueden ser efectuadas en forma directa o a través de agentes especializados, en el sitio del impacto, en zonas aledañas o en zonas más propicias para su reposición o recuperación.”

<sup>424</sup> La EIA, constituye una técnica de intervención administrativa para la protección del medio ambiente, donde se evalúan los posibles efectos negativos que una determinada actividad humana puede desplegar sobre el medio ambiente. Los inicios de esta técnica los encontramos a finales de la década del 60, el modelo económico de “costo-beneficio” imperante en los Estados Unidos de América de la posguerra entra en crisis. Esto en virtud, en que las reglas del mercado no se tenía ninguna consideración ambiental, pues hasta entonces, la utilización racional de los recursos no se consideraba como variable de importancia para lograr lo que hoy se denomina desarrollo sostenible. En consecuencia, en 1969, el Congreso de los Estados Unidos de América aprueba la *National Environmental Policy Act* (NEPA). Su promulgación no buscaba asegurar una protección ambiental a través de estándares técnicos vinculantes, sino que pretendía que las agencias federales responsables de acciones que requerían permisos, financiamiento o alguna otra acción clasificada como mayor o importante, prepararan una evaluación ambiental previa, para así analizar los impactos que sus proyectos podrían tener en el medio ambiente. Esta técnica se instrumentaliza a escala universal, a partir de la *Declaración sobre el Medio Humano 1972 de Estocolmo*, donde se proclama la protección y mejoramiento del ambiente humano, aunque su texto no menciona expresamente el término de “Evaluación de impacto ambiental”, debe considerarse que los principios 21 y 22, que establecen el derecho soberano de los estados a explotar sus recursos en aplicación

El mecanismo para realizar las compensaciones ambientales de forma directa será a través del contrato de fideicomiso<sup>425</sup>. Para tales efectos el RECA presupone la realización por empresarios titulares<sup>426</sup> de actividades, obras o proyectos que de acuerdo al Ministerio de Medio Ambiente deban implementar medidas ambientales. En consecuencia, el titular del proyecto manifestará por escrito al Ministerio de Medio Ambiente, previo a la resolución del permiso ambiental<sup>427</sup>, su intención

---

de una política ambiental y asegurar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción o control, no perjudiquen al medio de otros estados. Luego, veinte años más tarde con la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992, dictada en Río de Janeiro, se incluye un elemento decisivo a la institución de la EIA, ya que en el principio 17, dice que "Deberá emprenderse una Evaluación de Impacto Ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta, a la decisión de una autoridad nacional competente". Vid. al respecto AA.vv., *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*, (Directores) Grethel Aguilar y Alejandro Iza), Edición financiada por la UICN, San José, 2005, págs. 155 y ss.

<sup>425</sup> El Código de Comercio de El Salvador, en el artículo 1233, estipula que el fideicomiso se constituye mediante declaración de voluntad, por la cual el fideicomitente trasmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario, el usufructo, uso o habitación, en todo o parte o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin la facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente, en el instrumento de constitución. Para tales efectos el artículo 1238, del referido Código establece que sólo podrán ser fiduciarios los bancos o instituciones de crédito autorizados para ello conforme a la ley. Es así que con la constitución del fideicomiso que estipula el reglamento en estudio, deberá considerar tales disposiciones del Código de Comercio.

<sup>426</sup> La Asamblea Legislativa, ha realizado la interpretación auténtica de lo que debe de entenderse por "titular" o "titulares" de actividades, obras o proyectos públicos a privados, y se refiere a los propietarios del proyecto de la obra o infraestructura, y por consiguiente son estos quienes deben cumplir con las obligaciones de protección y prevención de los eventuales daños ambientales que puedan darse dentro de su quehacer empresarial. D.O. N° 198, Tomo N° 353, publicado el 19 de octubre de 2001.

<sup>427</sup> La LMA, en el artículo 5 "*conceptos y definiciones básicas*" define al permiso ambiental "como acto administrativo por medio del cual el Ministerio de acuerdo a esta ley y su reglamento, a solicitud del titular de una actividad, obra o proyecto, autoriza a que estas se realicen, sujetas al cumplimiento de las condiciones que este acto establezca". Toda la regulación concerniente al permiso ambiental se encuentra en los artículos 19 al 29 de la LMA.

de realizar la compensación ambiental por medio de la Constitución o aporte a un fideicomiso. El Ministerio resolverá en un plazo de quince días a partir de la presentación de la solicitud, estableciendo los términos y condiciones para la autorización de la compensación ambiental bajo esta modalidad (artículos 3 y 4 del RECA).

Además el Ministerio, previo a dar por cumplido el requisito de la compensación ambiental, establecerá el monto del aporte al fideicomiso, su plazo, modalidades, los fines a que deberá estar sujeto, la posibilidad de recibir aportes de terceros que el Ministerio autorice y la necesidad de establecer un Consejo de Vigilancia, cuyos miembros serán propuestos por el titular del proyecto sujetos a ratificación del Ministerio, otorgándole expresamente esta facultad en el contrato de fideicomiso que se suscriba. El Ministerio aprobará previamente el modelo de contrato a formalizar entre el titular del proyecto y el fiduciario, en el cual se establecerán todas las condiciones necesarias para la realización de los objetivos de la compensación ambiental bajo criterios del Ministerio (artículo 5 del RECA).

Una vez el fiduciario notifique al Ministerio que ha sido otorgada la escritura de constitución del fideicomiso o el aporte, y presentada las copias del testimonio correspondiente y de la boleta de presentación para su inscripción en el Registro de Comercio, o comprobante del aporte en caso de tratarse de un fideicomiso ya constituido, el Ministerio procederá a dar por cumplida la compensación ambiental. No obstante, el titular del proyecto estará obligado a rendir *fianza de cumplimiento* respecto a las acciones de atenuación que estuvieren pendientes, de tal manera que el permiso ambiental se otorgará hasta cumplirse la totalidad de los requisitos establecidos para el mismo, según la misma normativa (artículos 6 y 7 del RECA).

El Consejo de Vigilancia dentro de la ejecución de la compensación ambiental, conforme al artículo 9 del RECA, tendrá las funciones y atribuciones que deberán contemplarse en las condiciones y términos de los contratos de fideicomiso a formalizar, entre ellas:

- a) autorizar previamente los términos de los contratos a firmar entre el fiduciario y los agentes especializados, en los cuales el agente especializado deberá ceder los beneficios y servicios ambientales generados en favor del fideicomiso, u obligarse a obtener tal cesión de los terceros que directamente generen los beneficios o servicios ambientales;
- b) autorizar previamente los desembolsos a realizar por el fiduciario;
- c) presentar al Ministerio informes sobre el avance y ejecución de los proyectos y el cumplimiento del permiso ambiental; y,
- d) supervisar las actuaciones del fiduciario.

Se considerarán para los efectos de las modalidades de compensación contenidas en el RECA, a los agentes especializados, como las personas autorizadas según los lineamientos del Ministerio de Medio Ambiente, que el Consejo de Vigilancia, designado como un ente administrativo de los fideicomisos y autorizados, bajo los términos de los capítulos precedentes, califique y designe para la identificación, promoción, revisión de requisitos, monitoreo y evaluación o la ejecución directa de los proyectos que generen servicios ambientales u otras atribuciones que puedan ser designadas y que tengan por finalidad la utilización de los fondos provenientes de obligaciones de compensación ambiental.

En los fideicomisos cuya finalidad tenga por objeto el desarrollo de proyectos para el cumplimiento de compensación ambiental, el

fiduciario deberá contratar agentes especializados<sup>428</sup> autorizados por el Ministerio, previa evaluación del Consejo de Vigilancia, lo cual deberá estar claramente estipulado en el contrato de fideicomiso. Estos agentes tendrán las atribuciones siguientes:

*a)* la identificación, diseño, presentación, promoción, revisión de requisitos, asesoría, monitoreo, seguimiento, supervisión, evaluación o la ejecución directa de proyectos que generen servicios ambientales, en los términos contratados con el fiduciario y autorizados por el Consejo de Vigilancia en relación a la resolución del permiso ambiental.

*b)* rendir fianza a favor del fiduciario para responder por el fiel cumplimiento de los proyectos directamente u obras asignadas, para responder por los fondos que se han asignado o en los casos especiales que se requiera. El monto de dichas fianzas no podrá ser menor a la cuantía de fondos adelantados o entregados al agente especializado o de los compromisos u obligaciones asumidas por éstos; y,

*c)* las que determine el Consejo de Vigilancia, y el fiduciario en base a las instrucciones del fideicomitente.

## **6.8. Formas complementarias y alternas a los actuales sistemas de responsabilidad ambiental**

### **6.8.1. Introducción**

Tal como hemos dejado evidenciado los sistemas actuales de responsabilidad civil se caracterizan por las series de deficiencias que presenta al momento de establecer y reparar los daños ambientales, por ello, en la actualidad se plantea el establecimiento de sistemas de

---

<sup>428</sup> Conforme al artículo 10 del RECA, el MARN, tiene un registro de agentes especializados, quienes de forma obligatoria deberán de registrarse.

responsabilidad complementarios, como una alternativa, a fin de hacer efectivo la reparación y la prevención de los daños ambientales.

Dentro de estos mecanismos complementarios se tienen: *a)* la contratación de parte de las empresas de seguros, para asumir riesgos ambientales y la reparación de los daños que eventualmente puedan derivarse por actividades peligrosas; y, *b)* la creación de fondos de compensación o fondos de indemnización conjunta para hacer frente a la reparación del daño producido, los cuales se financian a través de las tasas o impuestos que pagan las industrias potencialmente contaminantes, que nacen a iniciativas estatales y privadas<sup>429</sup>.

El principio de responsabilidad se ha desarrollado hasta convertirse en un principio de responsabilidad compartida por el impacto de varios actos. La financiación de los sistemas —seguros y fondos ambientales—, con las contribuciones de los sectores económicos más directamente involucrados en el tipo de daño que precisa de restauración, constituyen una aplicación concreta del principio «quien contamina paga»<sup>430</sup>. Estos sistemas permiten, entre otras cosas, resolver los problemas de daños por contaminación crónica, contaminación por emisiones autorizadas y contaminación originada en el pasado. Veamos cómo operan cada uno de éstos mecanismos en el ámbito ambiental.

---

<sup>429</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., págs. 176-177.

<sup>430</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., pág. 279-280, sostiene que para justificar los sistemas conjuntos de indemnización se debe de considerar las distintas características de los daño ambientales, que algunos casos es fundamental actuar con rapidez. Que frente al tradicional mecanismo de la responsabilidad civil, caracterizada por la lentitud de los procedimientos judiciales para la obtención de algún tipo de reparación. Tales sistemas pueden reunir fondos monetarios por adelantado. De esto se puede disponer de capital rápidamente cuando sea necesarias medidas urgentes o para rembolsar los gastos de una labor de restauración ya concluida.

## 6.8.2. Los seguros ambientales

### 6.8.2.1. Ventajas

Los seguros son un importante mecanismo de indemnización en los casos de daños por accidentes industriales, nucleares o de cualquier actividad que soporte peligro, siempre que los costos de la restauración se encuentren cubiertos por una póliza<sup>431</sup>.

En ese sentido constituye una alternativa para afrontar la problemática que genera la determinación del agente responsable por falta del establecimiento del nexo causal, entre el hecho y el daño; aspecto que aun no se resuelve felizmente en la responsabilidad por daños al medio ambiente<sup>432</sup>. En consecuencia, conlleva que en ocasiones

---

<sup>431</sup> Es por ello de forma unánime la doctrina reconoce la reciproca incidencia existente entre responsabilidad civil objetiva y el seguro ambiental, en virtud de la extensión de la objetivización de la responsabilidad por daños al medio ambiente ha propiciado la necesidad de su aseguramiento. Vid., sobre un amplio panorama doctrinal del aseguramiento del riesgo ambiental en: AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Mapfre, Madrid, 1997; DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. págs. 252 y ss.; DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., op. cit., págs. 165 y ss.; GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit. págs. 283 y ss.; HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., op., cit. págs. 41 y ss.; LÓPEZ-CERÓN, C., El seguro de contaminación, en "Revista de Derecho Administrativo", número 14, pág. 19 y ss.; PAVELEK ZAMORA, E., *El seguro de contaminación*, en "Revista de Derecho Ambiental", número 14, págs. 21 y ss.; SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, M. C., op. cit., págs. 313 y ss.

<sup>432</sup> *El seguro ambiental* como instrumento económico financiero podría decirse que tiene antecedentes decimonónicos, en Francia, concretamente a partir de 1825, de forma precisa se tiene el seguro relativo a la responsabilidad derivada de los accidentes ocasionados por caballos y coches, esta modalidad comenzaría a explotarse en Alemania a partir de 1890. Más tarde, el seguro de responsabilidad civil se presenta vinculado en una u otra forma al seguro de accidentes laborales. En virtud del creciente empleo de las máquinas en la industria a mediados del siglo pasado, también se planteó la cuestión de asegurar a las víctimas de los accidentes de trabajo una indemnización adecuada en todo caso. Por iniciativa de la sociedad, comienza a explotarse el denominado, seguro colectivo combinado; mediante esta modalidad, el empresario concertaba dos tipos de seguros: un seguro de responsabilidad civil para cubrirse de las consecuencias derivadas de aquellos accidentes sufridos por sus obreros de los que fuera responsable o, en todo caso, demandado como tal, y un seguro colectivo de accidentes a favor de aquéllos, en virtud del

la víctima no puede obtener la reparación porque no sabe contra quien ejercitar su acción<sup>433</sup>.

De igual forma puede ser factible en los casos que la víctima, aun conociendo el daño a su persona o al medio ambiente, no ejercite la acción porque no tiene soporte económico suficiente que garantice que puede llegar hasta el final del proceso judicial en donde los gastos que genera la sostenimiento de la pretensión, tales como los honorarios de abogados, procuradores, expertos, peritos, entre otros agentes, son elevados. A esto se agrega la ventaja económica que tiene el empresario demandado, para poder hacerle frente a la imputación del daño<sup>434</sup>.

Además, se añade la posibilidad que después de todo el proceso judicial el responsable sea declarado insolvente, dada la elevada cuantía que podría condenarse en la reparación de los daños ambientales, y el esfuerzo realizado para determinar la responsabilidad infructuoso; por tanto, por ser complicada la responsabilidad por daños al ambiente por sus propias características necesita abrir otras soluciones que puedan aportar lo elemental para resarcir el daño ocasionado, por ello también el seguro ambiental puede constituir una solución al problema.

Para la concesión de un seguro, como en cualquier otro ámbito, las aseguradoras realizan una evaluación del riesgo para establecer el

---

cual se garantizaba a los mismos la percepción de una determinada suma fijada *a priori*, en el supuesto de que fueran víctimas de un accidente laboral. vid. CARMONA LARA, M. C., "Notas para el análisis de la responsabilidad ambiental y el principio de quien contamina paga, a la luz del derecho mexicano", en AA.VV., *Responsabilidad jurídica por el daño ambiental*, Universidad Autónoma de México-Petrolera Mexicana e instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., 1998, págs. 76-77.

<sup>433</sup> HUTCHINSON, T., Tomo I, op. cit., págs.173-175.

<sup>434</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 255.

costo de la prima y las posibles sumas a indemnizarse, consecuentemente, esto lo vincula a la calidad de la gestión de riesgos de la empresa, lo que tendrá un efecto disuasorio y fomentará una prevención de accidentes más adecuada y otros tipos de controles ambientales de la actividad económica. En este contexto el seguro ambiental pasaría a tener dos efectos, uno de garantía para el supuesto de accidentes y otro de prevención. La tendencia es obligar a algunas clases o tipos de industrias y actividades que aseguren su responsabilidad por causa de contaminación, ya sea por medio de algún mecanismo financiero o por medio de garantías económicas.

Las aseguradoras desarrollan un papel fundamental en torno a la prevención de riesgos puesto que, en primer lugar, ninguna de ellas dará cobertura sin antes cerciorarse que el asegurado haya tomado determinadas medidas para evitar la realización del siniestro. En segundo lugar, el monto de la prima descenderá sensiblemente en los casos en que se verifique una adecuada gestión ambiental por parte de la actividad del asegurado, y en contrapartida, ésta podrá alcanzar montos muy elevados, hasta prever la posibilidad de no cubrir el riesgo<sup>435</sup>.

En consecuencia, desde este punto de vista, la compañía aseguradora podría constituirse en un verdadero auditor en materia ambiental. De esta forma la contratación de un seguro se vuelve una herramienta útil de gestión ambiental dentro de una empresa, fundamentalmente en aquellas que utilizan o transportan sustancias o residuos tóxicos, peligrosos y nucleares que, eventualmente, por el

---

<sup>435</sup> VALLS, M., y BRILL, R., *La prevención y compensación frente al daño ambiental-el seguro ambiental, jurisprudencia Argentina*, puede consultarse en <http://www.cedha.org.ar>

riesgo de manipulación o utilización de tales sustancias, pueden ocasionar daños al medio ambiente<sup>436</sup>.

A todo esto se agrega la auditoría realizada a *posteriori* por los poderes públicos, con ocasión de autorización o concesiones administrativas para el funcionamiento de las empresas con elevado riesgo de contaminación. En este orden de ideas, el seguro ambiental puede ser un mecanismo eficaz para fortalecer del instituto de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

#### **6.8.2.1. Problemas del aseguramiento ambiental**

Sin embargo, en todos los países las aseguradoras son reticentes a cubrir el riesgo de contaminación por la especificidad que el mismo presenta y los innumerables problemas que desde el punto de vista técnico plantea. Las principales particularidades del riesgo de contaminación y los problemas que presenta su asegurabilidad, siguiendo a CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>437</sup>, son los siguientes:

a) *El problema del cálculo de la siniestralidad.* Esto consiste en evaluar su probabilidad de ocurrencia, y cuantificar sus consecuencias

---

<sup>436</sup> En el *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, op., cit., pág. 46, establece que las compañías aseguradoras, expresaron dos inquietudes diferentes en relación con los sistemas de responsabilidad ambiental. La primera guarda relación con el aumento de los riesgos que representaría, por lo que a ellas se refiere, la contaminación causada en el pasado y cubierta por sus pólizas más antiguas, especialmente en el marco de un sistema de responsabilidad retroactiva. El segundo motivo de inquietud se refiere a la necesidad de modificar las pólizas de seguros, a fin de adaptarlas a unas condiciones de responsabilidad ambiental más estrictas. También se pronunciaron que un seguro obligatorio entrañaría dificultades para los asegurados, especialmente para la pequeña y mediana empresa si se reconociera a las compañías de seguros el derecho conceder una cobertura a las empresas de alto riesgo, las pequeña y mediana empresa se vería obligadas a suspender sus actividades o asumir una pesada carga financiera para respetar los niveles de prevención de la contaminación, de cara al asegurador.

<sup>437</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., pág. 35.

financieras para poder determinar la prima aplicable a cada asegurado. En materia de riesgo por contaminación, esta tarea resulta extraordinariamente difícil.

La evaluación del coste de indemnización por daños a consecuencia de la realización del siniestro de contaminación debe efectuarse basándose en casos precedentes y analizando el coste de siniestros anteriores. En cuanto este tema faltan elementos de referencia fiables, ya que el riesgo de contaminación ha aparecido tradicionalmente unido a otros riesgos —daños y responsabilidad civil—, sin que se haya identificado como riesgo autónomo. De tal manera los datos son heterogéneos y dispersos y no proporcionan estadísticas fiables.

b) *La aleatoriedad del riesgo.* Este rasgo presenta particular relevancia cuando entramos el tema de la contaminación. Ésta como tal puede ser accidental o gradual. Los contratos de seguro suelen entender por accidental un hecho súbito, fortuito e independiente de la voluntad del asegurado —incendios, explosiones, entre otros—. La contaminación gradual se entiende aquella resultante de emisiones repetidas o difusas de sustancias cuya acumulación acaba por producir un daño, esto es, lo que se conoce como *contaminación lenta*. Una vez hecha esta distinción podemos preguntarnos si el caso de polución gradual se puede hablar de acontecimiento fortuito e imprevisto. Por otra parte, parece que en este caso el hecho contaminante era previsible y por lo tanto no habría aleatoriedad. Pero de otra forma sabemos que jurídicamente esta también puede referirse al momento: sabemos que va ocurrir pero no cuando<sup>438</sup>.

---

<sup>438</sup> Es por ello que en los Estados Unidos, funciona la cláusula del “*all risks*”, para los seguros ambientales: esto significa que se entenderá cubiertos todos los riesgos que no estén expresamente excluidos dentro de la póliza del seguro ambiental. Vid. SÁNCHEZ SAEZ, A. J., op. cit.

No obstante, se presenta otra dificultad que consiste en delimitar la frontera entre contaminación accidental y gradual. El asegurador se limitará a cubrir la primera excluyendo la segunda. Entonces el seguro no ha sido capaz otorgar respuesta satisfactoria en todos los casos, ya que no todos los daños que puedan darse, ya sea por accidentes o por acciones u omisiones de los empresarios, están sujetas al riesgo de cubrir por las pólizas que ofrecen las empresas aseguradoras<sup>439</sup>.

c) *La evolución financiera de los daños derivados de la realización del siniestro es extraordinariamente complicada.* Pero es que además muchas veces la magnitud de los daños es tal que escapa a la propia capacidad financiera de las aseguradoras. Para ilustrar este problema no hay más que recordar supuestos como los de *Seveso, Bhopal o Exxon Valdez*.

---

<sup>439</sup> VALLS, M., y BRIL R., op. cit., <http://www.cedha.org.ar>. También el *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*, op., cit., pág. 46, en cuanto a la problemática a sostuvo que a pesar los aseguradores proporcionarán un determinado grado de cobertura en el marco de sistemas más estrictos, el alcance y el coste de dicha cobertura siguen siendo una incógnita. En un futuro inmediato, se producirá una tendencia hacia la limitación del alcance de las pólizas, con exclusiones como las siguientes:

- a) pólizas sin cobertura para los daños causados a los hábitat naturales y al entorno de zonas no tenidas en propiedad;
- b) pólizas sin cobertura en caso de inversión de la carga de la prueba y de ausencia de medios de defensa;
- c) los aseguradores no cubrirán la responsabilidad retroactiva;
- d) los aseguradores darán cobertura a los daños accidentales, pero raramente a una contaminación sostenida;
- e) los aseguradores no darán cobertura, o darán una cobertura muy limitada, a los daños vinculados a la contaminación atmosférica. Es probable que el sector de los seguros necesite un plazo de tiempo considerable para evolucionar y alcanzar un cierto grado de madurez en este ámbito; y,
- f) el mercado de los seguros en materia de responsabilidad ambiental no resulta atractivo en la actualidad para las compañías de seguros, quienes habrán de adquirir una experiencia mucho mayor en materia de siniestros antes de estar en condiciones de fijar unas primas que reflejen los riesgos reales vinculados a la contaminación y ganar así la suficiente confianza para arriesgar una parte importante de sus reservas.

d) *El problema de prevención de los riesgos.* Ninguna aseguradora dará cobertura sin antes cerciorarse de que el asegurado ha tomado determinadas medidas para evitar la realización del siniestro. En el tema de la contaminación este punto reviste, no obstante, especiales dificultades por los siguientes motivos: a) la falta de visión histórica para evaluar los posibles escenarios de realización de siniestros; y, b) la falta muchas veces de soluciones técnicas a la hora de enfrentarse a la prevención: muchos riesgos pueden identificarse, pero las soluciones preventivas son, o bien inexistentes en el estado actual de la técnica, o son inaccesibles financieramente.

En virtud de los problemas antes apuntados, el mercado asegurador para dar respuestas y soluciones operativas, a finales de los años setenta y lo largo de los ochenta, creó en algunos países ciertas instituciones destinadas a afrontar la cobertura de los riesgos de contaminación. Aparecen así los *Pools* aseguradores, que suelen revestir la forma de un acuerdo de suscripción entre diversas entidades aseguradoras y reaseguradoras, quienes ponen en juego sus diferentes capacidades para asumir conjuntamente determinados riesgos. La capacidad total del *pool* es así la suma de las diferentes disponibilidades económicas de sus miembros. Ciertas actividades e instalaciones que requieren sumas aseguradoras elevadas, que sobrepasan la capacidad del *pool* en cuestión, pueden reasegurarse a través de otros *pool* o bien en el mercado reasegurador institucional<sup>440</sup>.

A lo largo de los veinte años se ha desarrollado numerosos *pools* que cubren los riesgos de contaminación. Entre los más importantes son

---

<sup>440</sup> En este sentido vid, a CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit. pág. 285-293, y HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., op. cit., pág. 179 y ss.

el *pool* francés (*assurpol*), el *pool* de *inquinamento* italiano, el *pool* holandés, el *Celif* británico, el *Oil Pollution Liability*, japonés, el *Misjoscade Konsotiet* sueco y el *Plia* norteamericano. Asimilables a los *pools* europeos, aunque con una configuración no exactamente igual, son los denominados grupos de retención de riesgos norteamericanos (*risk retention group*)<sup>441</sup>. En España comenzó operar el 1 de enero de 1995 el *pool* de riesgos medioambientales. Este nace con el precedente del *pool* de riesgos creado a finales de 1990, y hasta finales del siglo XX, participan grandes compañías de seguros entre las que se encuentran Grupo Vitalicio, La Unión, Mapfre, Catalana de Occidente y el Grupo *Axa*. Estos *pools* pretenden dar respuestas a las necesidades del mercado y superar la incoherencia y falta de criterio que hasta ahora ha existido entorno al riesgo de contaminación<sup>442</sup>.

Otros de los puntos que se destacan en el marco de la reparación civil a través del seguro por contaminación es obligar a determinadas tipos de industrias o actividades especiales. Es así que en los ordenamientos jurídicos internacionales y estatales han establecido de forma obligatoria suscribir algún tipo de garantía financiera, para cubrir y hacer efectivos eventuales daños ambientales.

Por tanto, se tienen en el ámbito europeo, la propuesta modificada de directiva de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por residuos, que considera, en el artículo 1, inciso 1, que las responsabilidades del productor y del eliminador de residuos deben de estar cubiertas por un seguro u otro tipo de garantía financiera. De igual forma, el Convenio del Consejo de

---

<sup>441</sup> Vid, al respecto PAVELEK ZAMORA, E., op. cit. p. 48, y LÓPEZ-CERÓN, C., op. cit. pp. 27 y ss.

<sup>442</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., p. 294

Europa sobre responsabilidad civil por los daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente configuran, en el artículo 12, un régimen de seguridad financiera obligatoria. En el marco del Derecho Internacional se subrayan el Convenio sobre Responsabilidad Civil en Materia Nuclear de 1960, y el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969.

En el mismo sentido, en los ordenamientos estatales europeos se destacan la Ley de Responsabilidad Ambiental de Alemania de 1990, que obliga a las instalaciones mencionadas, en el anexo 2 de la referida ley, a contratar seguros para hacer frente a la reparación de daños ambientales, o bien para sufragar la insolvencia del titular de la instalación que causa el daño. También en España la Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos de 14 de mayo de 1986 establece un seguro obligatorio, puesto que el artículo 4, inciso1, estipula que la administración pública podrá exigir del productor de residuos tóxicos y peligrosos, como condición para la concesión de la correspondiente autorización, la constitución de un seguro que cubra la responsabilidades derivadas de tales actividades<sup>443</sup>.

Con lo que respecta al Derecho salvadoreño, la LMA *no establece la obligatoriedad de seguros ambientales* a toda persona que realice una actividad peligrosa que amenace o ponga en riesgo el medio ambiente, sino que es opcional conforme al Código de Comercio que regula el contrato de seguro en los artículos 1344 y siguiente. Ante eso, creemos

---

<sup>443</sup> En los ordenamientos jurídicos ambientales latinoamericanos, los países como Argentina, Colombia, México y Chile estipulan de manera obligatoria la suscripción de seguros ambientales para empresas que realicen obras o construcciones de riesgos, mientras que el ordenamiento jurídico de Panamá lo hacen de manera potestativa.

que es necesario establecer de forma obligatoria el seguro ambiental, al menos para las empresas que ejecutan actividades peligrosas o residuos tóxicos, a fin de resarcir los daños ambientales ocasionados.

El Derecho patrio sólo ha acogido la modalidad la constitución de fideicomisos a los titulares de obras que solicitan permisos ambientales al MARN, tal como tratamos el presente capítulo.

## 6.9. Los fondos ambientales

### 6.9.1. Justificación

El paso de un sistema tradicional de reparación del daño ambiental, basado en el principio clásico de responsabilidad individual a un sistema moderno de reparación anclado en el principio de responsabilidad compartida, tiene su máximo exponente en la creación de los fondos de compensación. Estos fondos son instituciones con personalidad jurídica cuya naturaleza puede ser de carácter público, privado o mixto<sup>444</sup>, cuya misión fundamental es

---

<sup>444</sup> Según JUST ESCRIVÁ, J. J., "La obligatoriedad de aseguramiento de responsabilidad civil por daños al medio ambiente", en AA.VV. *Estudios sobre la responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, Ed. Española de seguros, SL., Madrid, 1997, pág. 275-276, establece los distintos tipos de fondos, según su modo de actuar o finalidad, así se tienen, los fondos siguientes:

- a) fondo de garantía, que interviene cuando la víctima no obtiene indemnización, no se identifica al responsable o éste es insolvente;
- b) fondo complementario, que actúa en los casos en que habiendo una responsabilidad con límite máximo, éste es sobrepasado por la reparación efectiva que se debe, en este caso, el fondo interviene por el exceso;
- c) fondo autónomo, que actúa con irrelevancia del sujeto agente; basta probar el daño para poder obtener reparación del fondo;
- d) fondo de indemnización, que reembolsa a los navieros u operadores de carga y descarga de hidrocarburos de los daños que tengan que asumir por haber provocado determinadas contaminaciones, así como de los costes de limpieza o aminoración de la contaminación;

proveer a las víctimas de daños al medio ambiente el derecho a la reparación.

La finalidad que caracteriza al fondo es resarcir todo daño ambiental, incluyendo los daños ocasionados a las personas indirectamente. Para ello tiene una fuente de financiación muy singular: son los propios potenciales sujetos agentes contaminadores, a través de cargas, los que sostienen el financiamiento del fondo, aunque existen muchos fondos constituidos y financiados con presupuestos estatales, tal como ocurre con los fondos ambientales salvadoreños.

Podría pensarse que la «*colectivización*» o «*mutualización*» de la carga<sup>445</sup> inherente a su funcionamiento lo convierten en una especie de seguro obligatorio, pero ello es sólo en apariencia; pues existen diferencias sustanciales.

Por una parte, el fondo está por encima de los límites anteriormente expuestos para el seguro, pues se procederá a la reparación aún en ausencia del responsable o más allá de los montajes máximos fijados por el seguro<sup>446</sup>.

Por otra parte, a diferencia del seguro, el objetivo del fondo no es proteger al responsable del gasto de la reparación, sino por el contrario *los fondos poseen acción de regreso* para conseguir recuperar del verdadero responsable los costes de reparación. Del mismo modo se garantiza la

---

e) fondos de subrogación, que son aquellos que reparan automáticamente el daño sufrido por la víctima y luego se encargan de encontrar al directo responsable, para recuperar de él la cantidad desembolsada.

<sup>445</sup> Es de destacar, que pareciera que está en contra de la filosofía del principio "quien contamina paga", al ser socializado el daño ambiental ocasionado, pero esto ocurre sólo de una manera subsidiaria, cuando por cualquier motivo no se ha encontrado a los causantes de la lesión, o cuando sabido quien es el potencial contaminador no ha podido imputársele el daño por debilidad del nexo causal. Vid. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., op. cit.

<sup>446</sup> Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., pág. 303.

viabilidad práctica del fondo, que es conseguir una esencial función preventiva, pues al ser las empresas los contaminadores conscientes que tienen que pagar una relativamente pequeña cantidad periódica, no se ven libres de soportar la totalidad de su responsabilidad por los daños que causen<sup>447</sup>.

Sin duda alguna la mayor ventaja que presentan los fondos es la de permitir la reparación cuando la acción de responsabilidad no se puede ejercitar ante los tribunales. En este caso, el fondo constituye una valiosa alternativa o complemento al instituto de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente; así, en primer lugar, la ausencia de responsable<sup>448</sup> permite al denominado «*fondo de garantía*» reparar el daño cuando el responsable sea insolvente, ante la imposibilidad de demostrar el nexo causal o cuando se presente una causa de exención de la responsabilidad<sup>449</sup>.

En esta línea, el fondo se presenta como un mecanismo ideal para solucionar los problemas de *contaminación histórica, gradual o autorizada* por la administración pública; en segundo término, la superación de cantidades exorbitantes de responsabilidad se resuelve inmediatamente por el fondo complementario que indemnizará más allá de los límites previstos para el responsable o no cubiertos por la aseguradora<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> Vid. HUTCHINSON, T., Tomo, II, op. cit. pág.176.

<sup>448</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 264.

<sup>449</sup> Uno de los ejemplos podría ser los casos de caso fortuito y fuerza mayor, único reducto en el que el contaminador no es responsable, tales como, la caída de un rayo sobre unas instalaciones de depósito de gas, erupciones volcánicas, huracanes o cualquier desastre provocado por la naturaleza. Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., pág. 303, del mismo modo destaca el Libro Verde, que los fondos son útiles cuando no puede ejercitarse la acción de responsabilidad civil, ya sea porque no se puede establecer el nexo causal entre el daño y el responsable, en este sentido resulta operante el mecanismo de indemnización conjunta como ocurre con los fondos ambientales.

<sup>450</sup> Sobre este punto el *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*, op., cit., pág. 48, se

Por otro lado, la existencia de mecanismos colectivos de compensación repercute directamente en el procedimiento de reparación: en primer lugar, la superación de los obstáculos de acceso a la justicia antes citados y la especialidad del sistema de financiación del fondo, permite una reacción rápida y eficaz frente del daño ambiental, lo que contrasta con la lentitud y el coste de los procedimientos judiciales<sup>451</sup>. En segundo término, la autonomía de gestión y funcionamiento del fondo conduce a tomar medidas de mitigación o prevención de los daños ambientales<sup>452</sup>.

Sin embargo, a pesar de las ventajas citadas, la doctrina<sup>453</sup> ha señalado algunos inconvenientes que los fondos presentan: en primer lugar, quizá la mayor reserva que los fondos suscitan se centra en que el denunciado no pague la responsabilidad civil y, en consecuencia, se desintegre el principio «quien contamina paga»<sup>454</sup>, en virtud que el contaminador no cargará con los costes de reparación. No obstante, el citado proceso de socialización de daños, inherente a los mecanismos de indemnización conjunta, devuelve el sentido a tales principios en el

---

inclina que la utilización de los fondos ambientales, estaría para compensar actividades contaminantes de naturaleza difusa como daños atmosféricos, emisiones contaminantes múltiples de parte de las empresas, en general de casos que difícilmente se puede determinar responsabilidades individuales y concretas.

<sup>451</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 263.

<sup>452</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 294-295.

<sup>453</sup> JUST ESCRIVÁ, J.J., op cit., pág 276-277.

<sup>454</sup> Los fondos de compensación presentan inconvenientes, cuando las empresas son pocos propicias, a colaborar fundamentalmente, cuando implican el abono de sumas importantes para reparar la contaminación causada por otras empresas, con las que ocasiones tienen que competir. Esta situación puede parecer poco equitativa y contraria al principio "quien contamina paga", salvo que la financiación sea proporcional a la contaminación realmente producida, lo cual es realmente difícil, que cada empresa pague lo que realmente le corresponde. Vid. *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*, op., cit., pág. 48.

momento en que los sectores implicados vierten sus contribuciones al fondo de forma proporcional al riesgo de contaminación.

En este sentido no hay que olvidar que el fondo *debe tener una acción de regreso* frente al verdadero responsable. El problema se traslada, en consecuencia a la ardua tarea de definición del sector afectado, y de los criterios de determinación de las tasas o aportaciones debidas por diferentes agentes contaminantes. Todo esto sin contar, por un lado, con que dichos desembolsos entrañan una elevación de los precios de los bienes de consumo y, por otro, con que su alcance sea excesivo y deba compartirse con los contribuyentes.

### 6.9.2. Casos de fondos ambientales

#### 6.9.2.1. Fondos internacionales

Los fondos de indemnización conjunta han experimentado una acogida a nivel internacional, fundamentalmente en el ámbito de la contaminación marina por hidrocarburos. Entre ellos se destaca *el Fondo internacional de indemnización por los daños causados por transporte marítimos de hidrocarburos*, creado por el Convenio Internacional de 18 de diciembre de 1971, como complemento del Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil en materia de hidrocarburos, el Fondo nace en virtud del accidente petrolero *Torrey Canyon* en 1967. El Convenio que constituye el Fondo Internacional ha tenido modificaciones a través de los Protocolos del 19 de noviembre de 1976, de 1 de diciembre de 1984, y siendo las últimas las del Protocolo 27 de noviembre de 1992<sup>455</sup>.

---

<sup>455</sup> Vid. Al respecto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., pág. 300 y ss.

La financiación del Fondo corre a cargo de las personas que reciban más de una determinada cantidad de hidrocarburos por año en un Estado contratante, según lo establecen los artículos 10 y 12.2. El Fondo queda exento de impuestos directos, derechos de aduana y control de cambios (artículo 34). Por lo que se refiere a su organización el Fondo está integrado por una asamblea y una secretaría dirigida por un director (artículo 16). La asamblea está formada por los estados contratantes (artículo 17), y se reúne ordinariamente una vez al año, o extraordinariamente a convocatoria del director cuando lo solicite un tercio de la asamblea o el director tras consultar al presidente de la asamblea (artículo 19). Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría de votos de miembros presentes y votantes, salvo en ciertas materias recogidas por el artículo 33, para las que requiera dos tercios.

Se trata de un *fondo complementario y de garantía*, la finalidad es indemnizar a las víctimas en la medida que la protección establecida en el Convenio de Responsabilidad de 1992 resulte insuficiente, o no se haya obtenido una indemnización plena, bajo los supuestos del citado Convenio. También porque el propietario responsable es incapaz financieramente de dar pleno cumplimiento a sus obligaciones y su garantía financiera no contempla o no satisface plenamente las demandas de indemnización suscitadas, o bien porque el daño excede de los límites de responsabilidad del propietario<sup>456</sup>. El derecho de indemnización prevista el artículo 4 caducará a los tres años de producido el daño si con anterioridad no se hubiera iniciado acción judicial, o no hubiera notificado tal inicio al Fondo<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho español del medio...*, cit., pp. 58-59

<sup>457</sup> Ibíd. pág. 58-59.

La responsabilidad total del fondo tiene un límite máximo de 200.000.000 de dólares que puede ser menos según sea los casos (artículo 4.4). Si el monto de las demandas formuladas excede este límite, la cuantía disponible será distribuida de manera que la proporción entre cada reclamación reconocida y la suma real de las indemnizaciones recibidas sea igual para todo el reclamante (artículo 4.5). Además, el Fondo puede tomar medidas preventivas, a solicitud de un Estado contratante, lo cual pondrá a disposición los servicios necesarios para ayudar a obtener sin demora el personal, material y medios que se requieran para prevenir o mitigar los daños por los hidrocarburos (artículo 4.7).

El Fondo queda exonerado de toda obligación si prueba que el daño es consecuencia de hecho de guerra, insurrección y hostilidades de guerra, entre otros casos. De igual forma el Fondo queda exonerado si el demandante no puede demostrar que el daño sea como resultado del siniestro de un o más barcos (artículo 4.2).

Por otra parte, por iniciativa privada de la industria del petróleo se han creado, siempre por la vía de acuerdo internacional, el denominado *TOVALOP — Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution*—, el acuerdo de constitución se firmó en Londres el 7 de enero de 1969, y a diferencia del Fondo Internacional se aplicará en los casos de simple amenaza o cuando el responsable sea culpable del daño; en todo caso, no se aplicará cuando el siniestro ocurra en el territorio de un Estado contratante del Convenio de 1969 o cuando concurra cualquiera de las causas de exención que benefician al responsable. Este acuerdo se complementó posteriormente el 1 de abril de 1971 con el plan CRISTAL —*Contract Regarding an Interim*

*Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution*—, que indemniza más allá de los límites fijados por el *TOVALOP* y por el propio Convenio de 1969, para aquellos estados que todavía no haya ratificado el Convenio sobre el Fondo de 1971.

Finalmente, entre los fondos ambientales internacionales, está Fondo Multilateral de la ONU, creado por el Protocolo de Montreal para la protección de la capa de ozono, que dispone de ciento cincuenta millones de dólares para asistencia a países en desarrollo para el eliminar el uso de los clorofluorocarbonos.

#### 6.9.2.2. Fondos en el Derecho Comparado

##### A. Los fondos norteamericanos

En el ámbito de los Fondos destaca el denominado «*Superfund*» americano, creado por la *Comprehensive Environmental Response and Liability Act* de 1980<sup>458</sup> conocido como CERCLA. Dicho fondo tiene el objeto de hacer frente a supuestos de emergencia y limpieza de suelos contaminados originados por el depósito incontrolado de residuos tóxicos o peligrosos. El Fondo se financia con las aportaciones obligatorias de las industrias potencialmente contaminantes y su objetivo es la limpieza de los suelos<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> Sobre un amplio desarrollo de la CERCLA en los Estados Unidos puede consultarse por todos: J. QUARLES J. y M. W. STEINBERG, *The Superfund Program at its 20<sup>th</sup> Anniversary*, en "The Environmental Law Reporter. News & Analysis", Junio de 2001.

<sup>459</sup> En los Estados Unidos, antes de la década de los ochenta han existido otros fondos de protección ambiental, los cuales se pueden mencionar: *Trans Alaska Pipeline Liability Fund*, que interviene cuando se excedía el límite de responsabilidad de los buques en la Terminal de Valdez (Alaska); el *Deepwater Port Liability Fund*, que respondía de los daños producidos en puertos de aguas por derrames, así como del exceso de responsabilidad a cargo de los buques; y el *Offshore Oil Pollution Compensation Fund*, que a nivel federal respondía de los derrames de petróleo relacionados con actividades *offshore*,

Se intenta, en primer lugar, hacer responsable del coste de la limpieza a su causante, siguiendo el modelo de responsabilidad civil objetiva imperante en Estados Unidos. Sin embargo, cuando esto no resulta posible, porque el responsable no se puede identificar o es insolvente, se complementa el sistema con la aplicación de los fondos para la restauración de los suelos dañados.

Aunque los comienzos del sistema fueron difíciles y controvertidos su aplicación se ha perfeccionado lo ha convertido en un programa que opera con gran eficacia y ejerce una función vital en la sociedad. Según los últimos datos aportados por los expertos, decenas de miles de suelos contaminados han sido evaluados, y realizadas acciones de limpieza rápida en miles de sitios, completándose poco a poco acciones de limpieza a más largo plazo en los sitios más gravemente contaminados<sup>460</sup>.

En la enmienda de la CERCLA por *Superfund Amendments and Reauthorization Act* (SARA), el 17 de octubre de 1986, el Congreso estableció el *Defense Environmental Restoration Program* (Programa para la Restauración Medioambiental de Instalaciones Militares, DERP por sus siglas en inglés) inciso 2701 y siguientes del título 10, Código de los Estados Unidos, por medio del cual autoriza al Secretario de Defensa a llevar a cabo actividades de restauración en instalaciones militares actuales o en desuso<sup>461</sup>.

---

Sin embargo estos fondos han sido sustituidos por el *Oil Spill Liability Fund*, que vino prácticamente aglutinar a todos ellos. Este fondo en la actualidad este fondo se nutre de impuestos provenientes del petróleo. También se tiene el Fondo *Maine Coastal Protection Fund* del Estado de *Maine*, lo cual su financiamiento es dada por la industria del petróleo. DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pág. 408.

<sup>460</sup> LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad por daños ambientales...*, cit. pág. 23.

<sup>461</sup> DUNNE, T. P., *La Lista de prioridades nacionales para los sitios con contaminantes peligrosos fuera de control: propuesta de norma*, publicación de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de América (U.S. EPA), 2004, pág. 4-5.

En el mismo sentido, en Canadá existen fondos ambientales, donde destaca el Fondo Federal para las reclamaciones por contaminación marítima que operar de forma similar al *Superfund* de los Estados Unidos. Dicho fondo actúa de manera subsidiaria, solo cuando no se pueda identificarse al sujeto agente o cuando haya una responsabilidad que tiene un límite máximo. En este sentido debe acudir en primer lugar contra el contaminante, y si no se obtiene la reparación, acudir al Fondo. Los recursos del Fondo se obtienen mediante impuestos en función del volumen de petróleo que se transporte.

## B. El fondo Japonés

En Japón existe un fondo ambiental según la Ley de Compensación de Daños a la Salud relacionados con la contaminación de 1973. Dicha ley prescribe que determinados daños a la salud deben ser compensados sobre la base de una escala graduada que refleja la gravedad del daño. Desde el punto de vista práctico la referida ley supone un punto de encuentro forzoso entre el sujeto agente del daño y el perjudicado, de tal manera que soluciona todos los problemas que se derivan de un proceso judicial de responsabilidad civil.

La indemnización se concede de forma automática en las zonas de alto riesgo, y sí se trata de enfermedades que figuran en una lista especial, elaborada en la ley. Por tanto, no actúa de forma subsidiaria. El fondo se nutre con tasas sobre las instalaciones contaminantes —aproximadamente el 80 por 100— y con un impuesto sobre los vehículos de motor.

### C. El fondo holandés

En Holanda existe un fondo para la compensación de los daños debidos a la contaminación atmosférica, creado en 1972, dependiente del Ministerio de Salud Pública y la Higiene Ambiental. Este fondo opera cuando no hay otro medio de reparación y cuando la ejecución de la correspondiente acción no alcanza los medios deseados, es decir, que su función reparadora es subsidiaria de tal modo que si existiere las acciones judiciales son estas las que deben ejercitarse en primer momento; si aquellas no existen o aun existiendo no son razonablemente válidas para conseguir la reparación, será entonces cuando el fondo intervenga.

El fondo se financia con una tasa que grava las ventas de gasóleo, gasolina carbón, gas natural y gas ciudad. Los recursos del fondo se usan no sólo para compensar los daños que se reclaman, sino también para financiar medidas preventivas que los sujetos agentes quieran llevar a cabo —por ejemplo, mejora de las instalaciones para hacerlas menos contaminantes—.

### D. El fondo Francés

En Francia uno de los casos más interesantes dentro de los fondos es el sistema de reparación de aeropuertos de París. Su origen está en las reclamaciones que los vecinos del parisino aeropuerto de *Orly* presentaron ante los tribunales, por las molestias de ruido de contaminación atmosférica que los aviones ocasionaban. En dicho caso, aunque se les daba la razón, resultaba claro que no era ese el medio más eficaz para resarcir los daños que sufrían, por ello atendiendo a la sugerencia de un grupo de expertos nombrados

por la *Cour d'Appel* de París en 1971, se creó un sistema de reparación en 1973. El fondo depende de la propia administración del mencionado aeropuerto y se financia con las tasas que se imponen a las compañías aéreas por cada pasajero<sup>462</sup>.

### E. Los fondos españoles

En España la Ley de Responsabilidad Ambiental prevé la creación de un fondo ambiental nacional, teniendo como antecedentes otras leyes administrativas de algunas comunidades autónomas. La primera de ellas es la Ley 10/1997, de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de Galicia, de 22 de agosto. La Exposición de Motivos de la misma anticipa que será objetivo prioritario de la ley la regeneración de espacios degradados como consecuencia de un inadecuado vertido de los residuos, problema de especial incidencia en Galicia por la proliferación de vertederos incontrolados.

La segunda de ellas es la Ley 16/1995, de la Comunidad Autónoma de Madrid, Forestal y de Protección de la Naturaleza, de 4 de mayo. En su artículo 82 prevé la creación de fondos de mejora de titularidad privada de cada municipio madrileño que posea bosques propios, que serán parte importante del plan de mejoras de la comunidad. Esos fondos se alimentarán con al menos un 15% de los aprovechamientos que cada municipio obtenga de la explotación de sus bosques. Además, prevé la ley que puedan verse incrementados con las aportaciones que estimen convenientes las entidades locales<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> Sobre toda la teoría de los fondos ambientales, en la doctrina española véase por todos: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit. pág. 300 y ss.; DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pp. 275-285, y GOMIS CATALA, L., op. cit. págs. 299 y ss.

<sup>463</sup> Sobre los fondos españoles vid., SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., op. cit.

## F. Los fondos salvadoreños

En lo que respecta a El Salvador, desde el 16 de junio de 1994<sup>464</sup>, se tiene un fondo ambiental, «*Fondo Ambiental de El Salvador*» —FONAES— como una entidad de Derecho Público de naturaleza descentralizada, con autonomía en la administración de su patrimonio y en el ejercicio de sus funciones, por tanto, con personalidad jurídica propia y duración indefinida adscrita al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales —artículo 1 de la ley—.

El objeto de FONAES es la captación de recursos financieros para el financiamiento de planes, programa, proyectos y cualquier actividad tendiente a la protección, conservación, mejoramiento, restauración y el uso racional de los recursos naturales y del medio ambiente, de conformidad con las prioridades establecidas en la Estrategia Nacional del Medio Ambiente —artículo 3 de la ley—; por tanto, cuenta con un presupuesto especial dado por erario del Estado, aunque puede percibir donaciones de diferentes sectores empresariales.

El artículo 29 del Reglamento<sup>465</sup> de la Ley de Creación del Fondo estipula las atribuciones entorno a la protección ambiental que tiene este fondo, lo cual, deberán estar enmarcados en las prioridades nacionales establecidas por el gobierno de El Salvador, a través del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y enmarcados dentro de las políticas de acción del FONAES; en base a ello los criterios

---

<sup>464</sup> D. L. N° 23, de fecha 16 de junio de 1994, publicado en el D. O. N° 120, Tomo 223, de fecha 29 del mismo mes y año. También LMA estableció la creación de un fondo ambiental como instrumento de la política del medio ambiente en el artículo 11 literal f, y artículo 60 del RGLMA.

<sup>465</sup> D.E. N° 6, del 11 de febrero de 1997, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 334, del 18 de febrero de 1997.

de elegibilidad de proyectos a financiar por el FONAES son los siguientes:

a) se financiarán proyecto de contaminación ambiental tanto en el área de saneamiento ambiental, como en el área de control de la contaminación. Ambas en todas sus formas;

b) proyectos relativos a la conservación y manejo de suelos, recursos hídricos y recursos forestales;

c) proyectos relativos al área de recursos naturales, específicamente que impulsen el desarrollo forestal así como la biodiversidad en áreas protegidas;

d) proyectos de conservación de recursos hídricos en lo referente a la captación de aguas lluvias a través de reservorios;

e) proyectos relativos al tratamiento integral de cuencas de ríos y lagos, reforestación, conservación de suelos, expansión de cultivos de café, frutícolas y conservación de suelo en áreas críticas de erosión;

f) proyectos que promuevan el manejo sostenible de recursos naturales;

g) proyectos que promuevan el uso racional y sustentable de los océanos, atmósfera terrestre, animales, y del medio ambiente, y

h) fortalecimiento de instituciones ambientales nacionales y de organismos comunitarios de base.

Tal como puede verse, este fondo no actúa de carácter complementario, o de garantía, como ocurre con los fondos, norteamericanos o europeos antes descritos, sino que de manera autónoma, ya que su finalidad es ejecutar programas de protección y restablecimiento del medio ambiente, independiente cual sea la fuente de

contaminación. Tampoco no persigue a los responsables de los daños ambientales, sus funciones las ejecuta cumpliendo la función estatal que deviene del artículo 117 de la Constitución salvadoreña.

Otro de los fondos que tiene nuestro país fundado para afrontar algunos efectos del cambio climático, es el Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres<sup>466</sup>, como una entidad de Derecho Público, con personería jurídica y patrimonio propio, gozando además de autonomía administrativa y financiera. En el ejercicio de sus funciones la administración de este fondo corresponderá al Ministro de Hacienda o quien haga sus veces, quien podrá delegar mediante acuerdo ejecutivo la citada responsabilidad. El patrimonio del Fondo está constituido de la siguiente manera: un aporte inicial proveniente del Presupuesto General del Estado, el cual ascenderá a cuatro millones de dólares y donaciones nacionales y extranjeras.

Los recursos del Fondo solamente podrán utilizarse en la prevención de desastres, o en aquellos casos que demanden una oportuna y efectiva atención de emergencia ocasionada por desastres, sea que se trate de un evento que tenga impacto a nivel nacional, sea que las incidencias del mismo afecten un espacio delimitado del territorio nacional.

En caso de calamidad pública provocada por un desastre, podrá solicitar un presupuesto de emergencia al Consejo de Ministros de acuerdo a lo previsto en la Constitución. Este fondo al igual que el FONAES, no tiene una fuente de financiamiento especializada, ya que únicamente se subsidia con el erario público.

---

<sup>466</sup> También cabe mencionar dentro de los fondos salvadoreños, al igual que el FOSALUD. (D.O. N° 160, Tomo N° 368, publicado el 31 de agosto de 2005, lo cual está vigente desde el 8 de septiembre de 2005).

## CAPÍTULO VII

# EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: LA LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA

SUMARIO: 7.1. Consideraciones generales. 7.2. Algunas consideraciones jurídicas sobre la legitimación individual. 7.3. Análisis de la legitimación pública en el Derecho Comparado. 7.4. La legitimación colectiva para tutelar los intereses difusos. 7.4.1. Delimitación conceptual. Distinción con intereses colectivos. 7.4.2. Caracterización de los intereses difusos medioambientales. 7.4.2.1. Alcance colectivo. 7.4.2.2. Defensa común e intercomunicación de resultados. 7.4.2.3. Relevancia jurídica de las situaciones en juego. 7.4.4. Dificultades procesales en el acceso a la justicia. 7.5. Formas de tutelar los intereses difusos en el Derecho Comparado. 7.5.1. La acción popular. 7.5.2. Las acciones de las asociaciones ambientalistas en el Derecho europeo. 7.6. Formas de legitimación procesal en el Derecho anglosajón: *las class actions*. 7.6.2. Las *class actions* y la responsabilidad por daños al medio ambiente. 7.7. Las distintas vías de acceso a la justicia ambiental en El Salvador. 7.7.1. Consideraciones previas. 7.7.2. La legitimación activa de los particulares. 7.7.3. La legitimación activa pública. 7.3.4. Algunas pretensiones de carácter resarcitorio que pueden plantearse ante los tribunales ambientales

### 7.1. Consideraciones generales

Del análisis efectuado hasta el momento se desprende que las características específicas del daño al medio ambiente y la consecución de la reparación efectiva, ponen en crisis los postulados clásicos de la responsabilidad.

En primer lugar, el paso de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva. Asimismo, el establecimiento de mecanismos de canalización de la responsabilidad y de presunción del nexo causal, con el fin de garantizar la identificación del responsable; también la determinación de la legitimación activa ante los tribunales constituye,

sin duda, algo original de la responsabilidad por daños al medio ambiente<sup>467</sup>.

En este sentido, la particular naturaleza del bien lesionado plantea una cuestión que en el pasado hubiera sido imaginable: la determinación del sujeto pasivo del daño y el legitimado activo para reclamar la reparación del daño ocasionado<sup>468</sup>. Como se puso de manifiesto en los capítulos anteriores las características del daño ambiental modifica aquellas particularidades que el daño deba ser personal, cierto y directo, porque a menudo resulta difícil determinar la circunstancias del daño y resulta compleja su exteriorización.

Esto es el resultado de actividades especializadas que utilizan técnicas sofisticadas, o en muchas ocasiones son daños

---

<sup>467</sup> Sobre un amplio desarrollo de la legitimación activa en materia ambiental, puede verse, sin perjuicio de la bibliografía que se citaran en el presente capítulo puede consultarse: ALMAGRO NOSETE, J., *La protección procesal de los intereses difusos en España*, en Justicia número 1, 1983, págs. 69 y ss.; CAPELLETTI, M., *La protección de los intereses colectivos o difusos*, en Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1993, págs. 49-63; JORDANO FRAGA, J. *La protección de un medio ambiente...*, cit. págs. 251 y ss.; GUASP, J., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956; GIMENO SENDRA, V., CORTÉZ DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal*, parte general (proceso civil), Tomo I, Tirant lo Blanch, 1989; MORELLO, A. M., y CAFFERATTA, N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004; MORÓN PALOMINO, J., "Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa", en *escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Vol. II. Ed. Nacional, Madrid, 1979.

<sup>468</sup> FLAH, L. R., y SMAYEVSKY, M., A *La legitimación de los titulares de intereses difusos*, en la Responsabilidad, homenaje al profesor Doctor Isidoro Goldemberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 400, sostiene que la legitimación procesal, es la aptitud legal de una persona para ser parte en un proceso judicial determinado. Esta aptitud se considera respecto a la posición en que se encuentre el actor en cuanto a la pretensión de que dé lugar al proceso, entendiendo por pretensión lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente. La legitimación comprende simultáneamente dos cuestiones: una procesal o de forma dirigida a determinar si el actor le corresponde el ejercicio de la acción que promovió y otra sustancial o material para determinar si el recurrente, dado el objeto que persigue con su demanda está o no protegido por ese derecho para recibir el apoyo jurisdiccional.

despersonalizados, anónimos, y al mismo tiempo, afecta a un número elevado de personas de difícil localización, que generalmente poseen un carácter colectivo<sup>469</sup>. Por tanto, la ausencia de la víctima concreta el orden jurídico no ofrece una respuesta adecuada para el tema de la legitimación activa ante los tribunales<sup>470</sup>. Sin embargo, la legitimación activa constituye un problema fundamental que determina la eficacia última de la responsabilidad y que, forzosamente, necesita adaptarse atendiendo a las características del daño ambiental. Es evidente que la cuestión de la legitimación es un tema polémico, pero que puede tener una solución uniforme, desde una perspectiva del Derecho Internacional.

El primer antecedente, para darle tratamiento a la legitimación, se encuentra en la CNUMAD celebrada en Río de 1992, en el principio 10, que, tras insistir en la necesidad de resolver las cuestiones ambientales con la participación de los ciudadanos, fundamentalmente garantizando el acceso del público a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, advierte que deberá proporcionarse los accesos a los procedimientos judiciales y administrativos<sup>471</sup>, para hacer efectiva la reclamación de los daños y perjuicios por agresiones al

---

<sup>469</sup> Estas características inciden en el ámbito de la legitimación activa, para, el caso al ser los daños despersonalizados y anónimos se dificulta el ejercicio de la acción de reclamación, pues en ocasiones, no se puede determinar quién es el probable responsable del daño; a esto se le agrega que el daño suele ser producto de una actividad especializada y la víctima casi siempre es una persona que en nada conoce dicha actividad, por tanto se ve imposibilitada, no solo de identificar su agresor, sino también la propia actividad dañosa y el nexo causal. Vid. DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil...*, cit. pág. 288.

<sup>470</sup> GOMIS CATALA, *La responsabilidad...*, cit., pág.197.

<sup>471</sup> A partir de aquí, puede decirse que el acceso a la justicia ambiental, es entendida como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia para obtener resultados individual y colectivamente justos, para la tutela del medio ambiente.

medio ambiente<sup>472</sup>. De forma similar la agenda 21 exhorta a los Estados a «asegurar el derecho de las organizaciones no gubernamentales a proteger el interés público a través de acciones legales».

La legitimación activa, tal como lo hemos demostrado hasta el momento, afecta los esquemas clásicos de algunos sistemas jurídicos anclados en la distinción entre lo público y lo privado, en todo caso no hay que olvidar que constituye un elemento procesal que se resiste admitir cambios, aunque de todos modos parecen inevitables las transformaciones, para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva del derecho a un medio ambiente adecuado<sup>473</sup>. Es que se trata que el Derecho Procesal sea un instrumento efectivo del Derecho Material y no como se entendía antes, es decir, como un ritualismo que, ante su inexistencia, desprotegía los deseos del Derecho Material.

---

<sup>472</sup> En el ámbito comunitario el quinto programa de acción informador de la política ambiental comunitaria, supone un importante avance en la materia al afirmar que los ciudadanos "tienen un interés directo por la calidad del entorno en el que viven" y que "los individuos y las agrupaciones públicas deberían tener un acceso factible a los tribunales para garantizar la protección de los intereses legítimos y asegurar que se apliquen eficazmente las medidas ambientales y cesan las prácticas ilegales"; también la *Directiva 90/313/CEE sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente*, completa la obligación que tienen los estados de proporcionar la información relativa al medio ambiente a "cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés" con la facultad que ésta última posee, de "presentar un recurso judicial o administrativo" contra un negativa de información. Vid. GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad..*, cit., pág. 200. Además, es de destacar el papel de la Comisión Europea al presentar al Parlamento Europeo, la *propuesta de directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente* (COM (2003) 624 final).

<sup>473</sup> *El Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental*, op. cit. p. 24, sobre los accesos a la justicia manifiesta que los litigios por daños causados al medio ambiente difieren de los litigios por daños tradicionales, en los que asiste a las víctimas el derecho de presentar denuncia ante las instancias administrativas o judiciales competentes con el fin de salvaguardar sus intereses privados. Habida cuenta de que la protección del medio ambiente constituye un interés público, el Estado (con la sociedad civil) es el responsable primero de la acción que debe llevarse a cabo si el medio ambiente resulta dañado o corre el riesgo de serlo.

Por ello en el presente capítulo, estudiaremos las distintas formas de legitimación en materia de responsabilidad ambiental, a fin de resarcir los daños al medio ambiente, tanto a nivel general, y como se manifiestan en nuestro país.

## 7.2. Algunas consideraciones jurídicas sobre la legitimación individual

La legitimación activa frente a los tribunales tradicionalmente se ha resuelto fácilmente, pues sólo puede reclamar el resarcimiento del daño aquel que lo ha sufrido. Pero este esquema de responsabilidad falla en la actualidad en una sociedad con empresas altamente industrializada, de consumo masivo y los conflictos de naturaleza intrínsecamente colectivas que conllevan. En otras palabras: la sociedad de masas provoca una reacción en las instituciones del Estado, el cual debe responder adecuándose y normándolas.

Aquellas agresiones en masa en las que se destacan los daños ambientales no puedan ser atendidas bajo una óptica individualista, centrados en el interés legítimo del particular afectado, es absolutamente necesario arbitrar nuevos métodos de protección que incidirán directamente sobre las reglas clásicas de la legitimación activa tradicionalmente, basadas, en la famosa bifurcación de Derecho Público y Derecho Privado, que en otras áreas es *posible mantener*, pero que en materia ambiental es *difícil sostener*.

Cuando se origina un daño ambiental en algunas ocasiones se produce simultáneamente un atentado a intereses públicos, como la protección de la naturaleza; y a intereses privados, tales como la protección de la salud y de la propiedad.

Por lo tanto, resulta inconsistente, el principio clásico de la responsabilidad según el cual solo tendrá legitimación activa para demandar aquellos que han sufrido en su patrimonio material o moral, por daño realizado por otra persona<sup>474</sup>. Esta regla sólo tiene utilidad cuando el medio ambiente dañado tenga focalización concreta en el derecho de propiedad de una persona o afecte su integridad física.

Ahora bien, tratándose de daños ambientales es sumamente difícil justificar lesiones individualizadas, porque generalmente son daños ambientales puros, que quedan al margen de cualquier connotación patrimonial, dado que su trascendencia es colectiva. Es por ello que ante estas circunstancias es necesario establecer nuevas fórmulas de legitimación activa, como la legitimación estatal, legitimación popular y de las asociaciones de protección del medio ambiente, tal como se observará en los acápite siguientes.

### **7.3. Análisis de la legitimación pública en el Derecho Comparado**

El Estado es el legitimado natural para reclamar los daños ambientales. Esta concepción publicista encuentra arraigo en aquellos sistemas jurídicos que reconocen la institución de Derecho Administrativo del dominio público, que a su vez comprende un gran número de bienes que se podrían clasificar como ambientales, tales como: los ríos, los lagos, los bosques públicos, el aire, parque naturales, entre otros. El alcance de la legitimación pública dependerá de la extensión que cada orden jurídico establezca del concepto de dominio público<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> Vid. SÁNCHEZ FRIERA-GONZÁLEZ, M. C., op. cit., págs. 263-264.

<sup>475</sup> La Sala de lo Contencioso Administrativo, considera que "el dominio público como los bienes que (...) pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso

Para el caso, tomando como base el Derecho Comparado, el enfoque la *Ley Italiana de 349 de 8 de julio de 1986*, establece la legitimación exclusiva del Estado y de los entes territoriales en donde haya producido un daño ambiental. El texto del artículo 18 de dicha ley parte de la *naturaleza pública del daño ambiental*: cuando se provoca un atentado al medio ambiente se produce la violación de un derecho subjetivo público al medio ambiente en manos de la autoridad pública; de ahí la exclusividad de la legitimación activa para ejercitar la acción al Estado y los distintos entes administrativos.

La doctrina considera una sobredimensión dicha función del Estado, al confinar en un segundo plano la posición de las personas ante los conflictos ambientales cuando verdaderamente estas últimas poseen un derecho a un medio ambiente adecuado, reconocido constitucionalmente en todos los países del mundo; en ese sentido se dice que el papel del Estado como entidad jurídica pública tan sólo es un instrumental al servicio de la persona y de la colectividad<sup>476</sup>.

Subráyese que el derecho subjetivo público al medio ambiente exclusivo del Estado implica un control monopolístico y antidemocrático de un aspecto fundamental de la realidad, que contrasta con el pluralismo social reconocido en una *constitución concebida*

---

directo o indirecto de los habitantes, (...) tales como las playas, calles plazas, puentes caminos y los demás lugares de propiedad nacional, entre ellos los ríos y los lagos, tal como los enumera el CC". Así lo prescribió la sentencia definitiva del 15 de diciembre de 1997, referencia 32-F-96.

<sup>476</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 201, sostiene que muchos autores italianos han criticado con dureza la exclusividad de la legitimación pública contemplada en la ley italiana, que descarta antemano la posibilidad de que los ciudadanos o las asociaciones puedan interponer acciones ante los tribunales ordinarios. No hay que olvidar que el Estado es precisamente el titular de muchas actividades contaminantes, tales como centrales nucleares, industrias químicas, entre otros, lo que puede ocasionar incluso por los intereses que están de por medio la no accionabilidad del Estado y consecuentemente la no tutela del medio ambiente.

*democráticamente*. Por otra parte, en relación con el ámbito de la acción contemplado en la ley, hay que tener en cuenta que al considerar el daño al medio ambiente como un daño realizado al Estado, y no realmente como daño a la colectividad, no resulta evidente que la acción del Estado exceda los límites del dominio público<sup>477</sup>.

Esto significa que la demarcación de esta figura se ciñen únicamente a aquellos bienes ambientales propiedad del ente público, quedaran sin protección aquellos bienes ambientales que rebasan los límites territoriales —la atmósfera, el agua, el clima, flora y la fauna— en segundo término y con mayor razón, el Estado no podrá reclamar la reparación del daño ambiental producido en el interior de una propiedad privada. Evidentemente, los límites de la acción desaparecen en el momento en que el Estado actúa no en calidad de propietario del dominio público, sino en calidad de *guardián del medio ambiente*.

En España, una de las modalidades para reclamar la protección del medio ambiente es por medio de acciones públicas, ya que, conforme al artículo 45 de la Constitución Española, los particulares pueden acudir a la administración pública exigiendo el cumplimiento de la obligación de intervenir en la protección del mismo. En el mismo sentido el artículo 109.1 de la Ley de Costas, manifiesta que «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación»<sup>478</sup>.

---

<sup>477</sup> Ibídem, pág. 202.

<sup>478</sup> En este ámbito la reciente *Directiva Europea 2004/35/ CE, sobre responsabilidad ambiental sobre la prevención y reparación de daños ambientales*, destaca que es régimen público de responsabilidad para la prevención y reparación de los daños ambientales, establece, importantes diferencias de carácter procedural y de legitimación, respecto a los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual. En los sistemas de

Aparte de esta norma hay otras que conceden a los particulares el derecho a exigir de la administración el cumplimiento de la ley. Puede citarse el artículo 41 de la ley 5/1991 *de protección de los espacios naturales de Asturias*, que, a diferencia de la Ley de Costas, sólo concede lo que podríamos llamar una *legitimación activa indirecta*, en cuanto que los particulares no pueden acudir directamente ante los tribunales, sino ante los correspondiente órganos administrativos, los cuales estarán entonces obligados a actuar según imponga la correspondiente norma.

Por su lado, el artículo 39 de la Ley 11/1990, *de prevención del impacto ecológico de Canarias*, señala que la acción, para exigir la observancia de las normas contenidas en la ley será pública. Dado que la ley no distingue frente a quien puede ejercitarse la acción, tampoco debemos hacerlo en forma restrictiva, por lo que hay que entender que existirá legitimación activa tanto frente a la administración como frente a los tribunales, en modo similar a lo preceptuado por la ley de Costas.

Al hecho que el Estado se convierte en el legitimado para intervenir en el resarcimiento de los daños ambientales, en interés de las generaciones presentes y futuras, la doctrina y jurisprudencia anglosajona, desde la década de los setenta, lo denominan *public trustee* o *parens patriae*. Ello ha permitido reconocer la admisibilidad de las

---

responsabilidad civil tradicionales cualquier persona que sufre un daño puede reclamar ante los tribunales la reparación del perjuicio sufrido o la obtención de una indemnización compensatoria, en el sistema de responsabilidad diseñado por la Directiva, el particular, o las entidades habilitadas por esta norma para reclamar, no podrán dirigirse a un tribunal demandando reparación o exigiendo el cobro de la indemnización, sino que deberán comunicar el hecho causante del daño a la autoridad pública competente, presentándole las observaciones que obren en su conocimiento y solicitando que actúe de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva así lo estipula el artículo 12. Por tanto la legitimación activa del Estado o de la administración pública se justifica con mayor razón, para su mantenimiento dentro de los ordenamientos jurídicos.

acciones por responsabilidad interpuesta por el Estado, cuyos recursos naturales, en particular los ecosistemas marinos, habían sido contaminados por mareas negras. Por ello, al menos en los Estados Unidos de América, nadie discute esta concepción.

La *Clean Water Act*, la *Oil Pollution* y la *CERCLA* lo han consagrado así, permitiendo que el referido Estado pueda accionar en caso que aquellos bienes ambientales sean contaminados, incluso aquellos sujetos al dominio de los particulares. También estipulan paralelamente que la autoridad pública debería estar habilitada para reivindicar en lugar de las víctimas la reparación del daño ambiental que afecta a su esfera personal<sup>479</sup>. En esta misma idea, es decir, de la especial naturaleza de los daños al medio ambiente que afectan a intereses públicos y los privados, y la función de Estado como guardián del bienestar colectivo, se justifica la legitimación estatal cuando el daño sea ocasionado aun a una sola persona.

En efecto, algunos autores consideran que al menos en aquellos casos en los que el interés particular del propietario impide una protección eficaz al medio ambiente, no debe reservarse únicamente al agraviado, sino también al Estado, por ejemplo, cuando se produzca un daño ambiental que no sea evaluado como una pérdida pecuniaria, probablemente el propietario sea indiferente y renuncie a no ejecutar la acción judicial.

En otros casos, el daño ambiental puede afectar a un número de propiedades, como un área donde habitan varias especies, en donde científicamente se comprueba que es difícil reparar.

En fin, plantea no pocos problemas la cuestión de la legitimación estatal. En primer lugar, detectar la agresión al medio ambiente y

---

<sup>479</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad ...*, cit., pág. 202

posteriormente actuar mediante la interposición de la acción frente al Órgano Judicial o hacer uso de la capacidad de autotutela, y exigir directamente la reparación del daño, requiere un alto grado de especialización para percibir la complejidad del daño ambiental<sup>480</sup>.

Por tanto, no se puede negar al menos teóricamente, la legitimación de Estado, habida cuenta que normalmente implica una atribución de poderes directos cualquier administración pública para realizar la acción judicial y administrativa correspondiente y reparar los daños causados al medio ambiente.

No obstante, a pesar que se justifique como legitimado para garantizar la efectiva y diligente reparación del medio ambiente afectado, no significa que sea el único. Entonces, en virtud de esto, tal como hemos apuntado, el monopolio estatal contraría los postulados democráticos, fundamentalmente porque quita el acceso a la justicia a las personas y otros entes para reclamar por los daños ambientales cuando la naturaleza de éstos presenta un alcance difuso, como se pondrá de manifiesto a continuación.

#### 7.4. La legitimación colectiva para tutelar los intereses difusos

La realidad social y económica de nuestros días<sup>481</sup> ha propiciado la aparición de agresiones que desbordan la esfera jurídica privada de las

---

<sup>480</sup> Ibídem., pág. 204.

<sup>481</sup> En relación a los derechos difusos han surgido con toda fuerza, de forma tal que se pone en evidencia la absoluta falta de adecuación de los viejos esquemas, típicos de la tradicional posición individualista de los procesos civiles. La visión moderna de las sociedades contemporáneas ha propiciado el surgimiento de una relación normal de las economías modernas, nos señala como el hecho de la distribución producción y consumo de los bienes se desarrolle en gran escala, y ya no más en relación de uno a uno; de ahí la necesidad de que el proceso civil refleje en sus estructuras esta transformación revolucionaria de las relaciones económicas y sociales. Un defecto de un producto, puede convertirse en perjuicio para millones de consumidores, igual ocurre el caso de contaminación ambiental, lo cual a veces es imposible tratar judicialmente estos aspectos de forma individual. CAPELLETTI, M., *La Protección de los intereses colectivos o difusos*, en jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1993, pág. 246.

personas dando cabida a fenómenos de alcance colectivo surgiendo, nuevas categorías de intereses jurídicos dignos de protección: los denominados «intereses difusos». Dichos intereses rebasan las demandas contemporáneas relacionadas con la garantía de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, la protección del entorno urbanístico y paisajístico y, por supuesto, la tutela ambiental<sup>482</sup>.

Estos intereses, que son ajenos y la vez comunes, son escogidos por el Estado y transformados en intereses públicos. No obstante, una protección exclusiva pública de esos intereses resulta inadecuada e insuficiente, tal como lo hemos planteado; efectivamente, en primer lugar, los intereses difusos, y entre ellos los ambientales, superan la clásica bifurcación entre lo público y privado para integrar una nueva categoría de la cual es titular la colectividad. En segundo lugar, la función del Estado, en ese ámbito debe resultar robustecida, pero esto no significa que el mismo deba presentarse como el único garante de unos intereses que pueden incluso resultarle hostiles, pues al fin y al cabo el Estado no es titular de esos bienes, sino que solo los administra. Por tanto, la efectiva protección de los intereses difusos reclama la

---

<sup>482</sup> Cuando se aborda la categoría de los intereses difusos nos enfrentamos a una terminología oscura por naturaleza, que niega en principio los dogmas clásicos del Derecho Individual, acepta y potencia la necesidad de tutela para las personas vinculadas por una necesidad común. Los primeros antecedentes los encontramos en algunos escritos de la doctrina italiana de 1911 y 1912, en estos trabajos se pone de manifiesto la problemática de la existencia de intereses propios de una pluralidad de personas y se analizaba la posibilidad de que fueran defendidos por los sujetos privados cuando la protección, a través de los poderes públicos fueran insuficiente. Esto se vio potenciado con el surgimiento del movimiento obrero, lo cual articulaban formas de solidaridad colectiva que obligan al Estado a replantear algunos esquemas tradicionales. Vid. ARMijo SANCHO, G. A., *La Tutela Constitucional del Interés Difuso*, segunda edición, Investigación Jurídica S.A, San José de Costa Rica, 1999, pág. 41.

combinación de medios tutelares públicos y colectivos capaces de garantizar, la defensa al medio ambiente<sup>483</sup>.

#### 7.4.1. Delimitación conceptual. Distinción con intereses colectivos

El tema de los intereses difusos es un tema complicado que cada vez los estudiosos del derecho y de otras disciplinas investigan a efectos de poder clasificarlos y regularlos en función de la importancia que ellos tienen.

En la actualidad es analizada desde la óptica de los derechos de tercera y cuarta generación. En ese sentido se denominó intereses difusos porque el principal obstáculo a superar lo constituía la doctrina procesal de la legitimación, como un vínculo directo entre la persona y el derecho material, pues esto no sucede en todos los casos de los daños<sup>484</sup>. Como dicen los profesores brasileños MARINONI y ARENHART «Ese “proceso”, aunque fundamental, es bastante complejo. En primer lugar porque, tratándose de derechos transindividuales, la legitimación para la causa, tradicionalmente fundada en la “titularidad” del derecho invocado, debe ser pensada de forma distinta, una vez que, como es obvio, no es posible decir que una persona determinar es “titular” del derecho al medio ambiente sano»<sup>485</sup>.

Lo anterior porque entre los requisitos que son inherentes al derecho subjetivo podemos mencionar: que el sujeto que reclama como

---

<sup>483</sup> GOMIS CATALA, L., *La responsabilidad...*, cit. pág. 205.

<sup>484</sup> El autor costarricense JIMÉNEZ MEZA, M., manifiesta que los denominados intereses difusos son parte de una nueva gama del derecho actual y viviente necesitado de tratamiento, estudio y aplicación protectora, lo cual no entran en la categoría de los intereses legítimos o en los derechos subjetivos, siendo los primeros de mejor ubicación frente a la administración por los administrados y los segundos en el plano de las relaciones ínter subjetivas privadas. Citado por ARMijo SANCHO, G. A., op., cit., pág. 41.

<sup>485</sup> MARINONI, L. G., y CRUZ ARENHART, S., *Processo de conhecimento*, 7<sup>a</sup> ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, págs. 737-738.

titular de la violación del derecho debe acreditar un interés directo, cierto e inmediato. Por ello, la doctrina comenzó a potenciar múltiples expresiones reformistas, y se incluyeron dentro del ámbito de protección de los intereses difusos todos aquellos derechos que su ámbito de afectación es indeterminada, entre ellos estos destacan: los derechos de los consumidores, el patrimonio cultural, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano derecho acceso al agua y saneamiento y derecho a la seguridad alimentaria<sup>486</sup>.

El concepto de interés difuso no constituye un término acabado, ni categorizado, sino que invoca una fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal, en consecuencia, ha nacido como una nueva vía de acceso efectivo a la jurisdicción ordinaria para la defensa del medio ambiente. En la mayoría de ordenamientos jurídicos estos derechos se encuentran tutelados, y en cuanto lo están, responden a fórmulas abstractas e indeterminadas que dificultan su interpretación. Dicha tutela ha surgido para enfrentar el proceso acelerado de socialización que enfrentan la humanidad actual, caracterizado por la mayor interacción entre grupos sociales y las relaciones de dependencia que lo colocan en situación de desventaja frente a los detentadores del poder.

En términos generales, podemos conceptualizarlos indicando que estaremos en presencia de intereses difusos: «cuando éstos pertenecen a todos y cada uno de los miembros del grupo o comunidad, pero sin que medie un vínculo jurídico determinado». Así, por ejemplo, el interés en respirar aire limpio y no contaminado por el humo de los automóviles,

---

<sup>486</sup> Ibíd., pág. 43.

está íntimamente relacionado con situaciones de hecho, en algunos casos, con un marcado carácter socioeconómico con relevancia jurídica para el medio ambiente. De ahí que no solo la titularidad es difusa, sino que el disfrute y la expresión del interés también lo son.

Para precisar la definición en comento es necesario distinguir los intereses colectivos e intereses difusos, a fin de evitar confusiones usuales en la temática. En el ámbito doctrinal se distinguen, a partir que en los intereses colectivos, la existencia de una institución, organización, sociedad o asociación; mientras que en el difuso no parte de tal existencia. No obstante, en ambos intereses se da una pluralidad de personas, pero en el caso de los intereses colectivos esa pluralidad de personas tiene una organización establecida para la obtención de un fin común, como expresión de la estructura tendencialmente unitaria del colectivo, que aseguraba unidad de tratamiento de esos intereses y unidad de efectos de resolución jurisdiccional, en tanto que los intereses difusos carecían de instrumentos para una valoración unitaria, por falta de coordinación de las voluntades<sup>487</sup>.

En la doctrina brasileña también se distinguen entre los intereses colectivos y difusos. Se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas sólo cuando existe un vínculo jurídico entre componentes del grupo, como ocurre con las sociedades mercantiles, sindicatos, entre otras organizaciones. En cambio, se consideran difusos los intereses que, sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hechos genéricos y contingentes, accidentales y

---

<sup>487</sup> BUJOSA BANDELL, citado por GALLEGOS FLORES, J., *La deficiente tutela de los intereses colectivos y difusos en México*, en "Revista de Realidad Jurídica" <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-deficientetu.htm>

mutables, como habitar en la misma zona, consumir el mismo producto y sufrir el mismo daño al medio ambiente.

En ese sentido el *Código de Defensa del Consumidor Brasileño, Ley 8078/90*, define como difusos los intereses *transindividuales*, de naturaleza indivisible de los que son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho. El mismo Código define como colectivos coincidiendo que son también intereses *transindividuales*, pero de naturaleza indivisible de los que es titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria por una relación jurídica base<sup>488</sup>.

Tal como se observa en ambos casos estamos en presencia de intereses transindividuales y de naturaleza indivisible. La lesión de un sólo de uno de los miembros implica la lesión de los demás y la satisfacción de uno es la de todos. Puede advertirse que existe un solo tratamiento doctrinal, al menos en el ordenamiento brasileño, de los intereses difusos y colectivos.

En este sentido, la legislación española también distingue entre intereses colectivos e intereses difusos, similar a la ley brasileña. Nos referimos a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española que distingue estos intereses de acuerdo con el grado de determinación de los sujetos afectados. Si los afectados están determinados o son determinables sus

---

<sup>488</sup> MORELLO, A. M., Y CAFFERATTA, N. A., op., cit., págs. 103-105, además este autor cita a un connotado autor italiano GIANNINI, que se ocupa del tema, a fin de precisar que los intereses colectivos, en la doctrina italiana, los define como "aquellos que se identifican a través de un criterio puramente subjetivo, que es el de su portador, o centro de referencia, a un ente exponencial de un grupo no ocasional", esta es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado Italiano. En cambio los intereses difusos, son intereses *plurindividuales*, impersonales, de categoría meta-individuales, híbridos, indiferenciados, de pertenencia indeterminada.

intereses, se califican de colectivos, en contrario se consideran como difusos<sup>489</sup>.

En el mismo sentido, la *Ley de Protección al Consumidor* salvadoreña<sup>490</sup>, en el artículo 53, establece la diferencia entre intereses colectivos e intereses difusos, definiendo a los primeros como un conjunto de intereses comunes o a un conjunto determinable de consumidores, y los segundos como intereses indeterminados, en virtud de una relación contractual o de consumidor.

En conclusión, la distinción de ambos intereses se ubica normalmente en el grado de individualización o concreción de los sujetos a los que el interés resulta referible. Cuando el interés apunta a un conjunto de sujetos identificable, abarcable y de contornos relativamente nítidos, es decir organizados, en este caso estaremos en presencia de un interés colectivo. Los intereses difusos, por el contrario, no se refieren a colectividades delimitables, sino a grupos o a comunidades que se encuentran en un estado fluido de perímetros poco determinables. De ahí que el interés colectivo es más concreto, poco se refiere a una comunidad genéricamente organizada e identificable, en efecto el interés difuso, tiene un sentido más amplio que el interés colectivo<sup>491</sup>.

#### **7.4.2. Caracterización de los intereses difusos medioambientales**

En lo que se refiere a protección del medio ambiente las características de los intereses difusos, son las siguientes:

<sup>489</sup> Ibíd., pág. 58.

<sup>490</sup> Publicada en D.O N° 166, Tomo N° 368, fecha de 8 de septiembre de 2005.

<sup>491</sup> Sobre un amplio desarrollo de la distinción y utilidad de los intereses difusos y colectivos, Vid.: GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos en individuales en Brasil: un modelo para países de Derecho Civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, págs. 57-60.

#### 7.4.2.1. Alcance colectivo

Los intereses difusos se refieren a un número indeterminado de personas, por tanto, el concepto de derecho subjetivo se tambalea ante estos derechos de dimensión colectiva e indivisible que atan a la vez a todos y a nadie, así por ejemplo la pertenencia del aire que respiramos.

En ese sentido se dice que el interés difuso como tal no tiene titular, pero al mismo tiempo pertenece a todos y cada uno de los miembros del grupo, porque tienen un carácter supraindividual<sup>492</sup>. Pero en la medida en que estos intereses *se densifican en derechos constitucionalmente reconocidos*, la titularidad de estos derechos tienen su proyección y desarrollo en el grupo social.

El autor argentino LEIVA, sostiene que el daño al medio ambiente, siguiendo a STIGLITZ, pueden darse tres supuestos de intereses *transindividuales*:

a) *Intereses plurividuales homogéneos*: el interés y la legitimación es individual, pero como hay homogeneidad objetiva entre todos ellos, resulta factible obtener una sola decisión con efectos *erga omnes*;

b) *Intereses transividuales colectivos*: cuando el titular del interés es el grupo en cuanto tal y no los individuos que lo componen, pudiendo aquel accionar en ese carácter y obligando a sus integrantes los efectos de la sentencia, siendo precisamente en virtud de ello que se designa a un representante, al Estado, y se da a este interés general el carácter de público; el titular es la comunidad, el legitimado es el Estado, el interés es público; y,

c) *Intereses transividuales difusos*: importan a la sociedad en su conjunto, o bien a una generalidad indeterminada de sujetos, en los

---

<sup>492</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 68.

cuales la titularidad es difusa porque no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés<sup>493</sup>.

#### **7.4.2.2. Defensa común e intercomunicación de resultados**

El progreso en la defensa del interés difuso en aras de garantizar la tutela ambiental aunque fuera ejercida por un solo afectado o un solo grupo social debe beneficiar automáticamente a todos los que están en la misma situación. En efecto, la decisión jurisdiccional que protege a quien acciona se extiende por su fuerza expansiva en forma positiva a la esfera jurídica de otros a quienes afecte el mismo problema ambiental, aunque nada hubiere hecho a favor de la protección del medio ambiente<sup>494</sup>.

#### **7.4.2.3. Relevancia jurídica de las situaciones en juego**

La indeterminación del concepto que nos ocupa no implica que los conflictos relacionados con su protección carezcan de relevancia jurídica, por el contrario, los intereses difusos cuentan con el respaldo del ordenamiento jurídico y normalmente con el reconocimiento constitucional, como es el caso del derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para la persona.

#### **7.4.4. Dificultades procesales en el acceso a la justicia**

La tutela jurisdiccional de los intereses difusos no hallan, en general, en el derecho universal, una definida instrumentación legal en punto a dos cuestiones: la legitimación procesal o calidad de obrar, y las normas adjetivas del procedimiento adecuado a las necesidades del

---

<sup>493</sup> Vid. LEIVA, F., op., cit., pág. 14.

<sup>494</sup> Vid. BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 69.

ejercicio de una acción expedita y eficaz. Es por ello que esta categoría de intereses, por ser vitales, tienen una frágil sustentación en el derecho positivo. El carácter que nadie pone en relieve es la insuficiencia de tutela procesal o acceso también difuso que desde el momento de su reconocimiento han venido sufriendo los intereses difusos<sup>495</sup>.

## 7.5. Formas de tutelar los intereses difusos en el Derecho Comparado

Estos intereses proyectan frecuentemente sus efectos antes de que se haya producido lesión alguna en la esfera jurídica de los afectados, reaccionándose antes simples amenazas, proyectos o avances, aún no materializados, al constatarse que de producirse los efectos combativos su rectificación sería difícil o quizás inviable<sup>496</sup>. Entre éstas formas de tutela de los intereses difusos se pueden enumerar las siguientes:

### 7.5.1. La acción popular

Algunos ordenamientos jurídicos, y la jurisprudencia, en aras de tutelar los intereses medio ambientales, han venido permitiendo el acceso directo de las personas a los tribunales, civiles, penales, contenciosos administrativos y constitucionales cuya pretensiones están basadas en un interés difuso, por la afectación de un goce de un derecho común e indeterminado. Estas han surgido como un mecanismo ideal

---

<sup>495</sup> Ibídem., pág. 69.

<sup>496</sup> LIBSTER, M. op., cit., pág. 236, sostiene que entre la formas de protección de los intereses difusos, planteadas en el VII Congreso internacional de derecho procesal, celebrado en Wurzburg, Alemania en 1983, están: La legitimación del *ombusman*, la legitimación del Fiscal del Estado, la legitimación de las asociaciones ecologistas, las *class actions*, y la acción popular.

para la defensa del medio ambiente, por cuanto la tutela de éste se exige que existan instrumentos que impliquen una amplia receptividad del Derecho hacia nuevos valores asumidos por las sociedades industrializadas<sup>497</sup>.

La acción popular<sup>498</sup>, consiste en que cualquier persona, que tenga el interés o legítimo o no, puede ejercer la acción en defensa del medio ambiente. No obstante, a pesar de las indudables virtudes que se desprenden de la acción popular, referidas en un sentido democrático, a su consideración como manifestación de la solidaridad social y como irrefutable garantía jurídica, la doctrina ha visto a ésta como un instrumento ideal que garantiza la protección procesal de los intereses difusos y colectivos<sup>499</sup>.

En España la legitimación popular está sujeta a ciertas condiciones, en concreto me refiero al auto del TS español de 11 de mayo de 1989, y las sentencias del TS de 25 de abril de 1989 y de 19 de junio de 1990, y sentencia TS, de 22 abril de 2002 afirma expresamente que el artículo 7 inciso 3 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, que se invocaba en apoyo de la legitimación general de los ciudadanos afectados o que se trate de intereses para cuya defensa y promoción estén habilitados legalmente de tal modo que, si no se cumple ninguno de estos requisitos (afectación y habilitación legal) no se puede reconocer la legitimación activa.

Además, el Tribunal Supremo español manifiesta que el reconocimiento de la acción popular resulta vinculado en la propia

---

<sup>497</sup> SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, op., cit., pág. 264.

<sup>498</sup> Se puede decir que el antecedente histórico de la acción popular, se encuentra Derecho romano en el que acordaba interdictos a los ciudadanos para defender su derecho al uso de las cosas públicas como los ríos, las cloacas y la vía pública. Vid. VALLS, op., cit., pág. 144.

<sup>499</sup> JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio...*, cit. pág. 309.

constitución española a una previsión legal (artículo 125), que no existe en materia de medio ambiente. Todo lo anterior, sin embargo, no impide que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso pueda estar defendiendo su propio círculo vital afectado, cuyo ámbito permite definir el concepto constitucional de interés legítimo, por lo que el referido Tribunal Supremo ha abierto camino al reconocimiento de este tipo de legitimación cuando se aprecia un punto de conexión con el círculo vital de intereses de la persona (física o jurídica) de que se trate, que muchas veces será relaciones de vecindad<sup>500</sup>.

En consecuencia, la legitimación popular en materia de responsabilidad dependerá que el sujeto imputante pueda acreditar un daño de forma directa e indirecta, a fin de demostrar un interés para poder actuar en el proceso judicial incoado, y ser parte de la reparación que pueda dar origen en la sentencia definitiva.

### **7.5.2. Las acciones de las asociaciones ambientalistas en el Derecho europeo**

Para garantizar la eficacia de la tutela de los intereses difusos, es necesario combinar, medios de legitimación procesal, en dado caso que el Estado, ya sea por inactividad de su administración o por omisión, no actué, en el mismo sentido que las personas individuales, no quieran o puedan accionar una demanda de reclamación por daño ambiental.

Es por ello, que algunas legislaciones les reconocen legitimación activa a las asociaciones legalmente constituidas con fines de defensa del medio ambiente, para intervenir en la tutela del medio ambiente, como

---

<sup>500</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *El Derecho español...,* op., cit., pág. 374

parte en un proceso judicial<sup>501</sup>. Estas por tanto representan el interés de la colectividad, no solo de sus asociados, sino de todas aquellas personas, cuyos problemas pueden caer bajo el ámbito de los objetivos que las asociaciones persiguen<sup>502</sup>.

Esto además, se justifica, a pesar que el interés por la defensa del medio ambiente se ha fortalecido en la sociedad, los particulares individualmente en sí, no se deciden para ejercitar las acciones, para la defensa del mismo, por factores que lo disuaden tales como: el costo del litigio, la complejidad de los problemas ambientales, y la necesidad de obtener asesoría de expertos, y la cesación de inferioridad frente a las empresas contaminantes que tienen un dominio económico dentro del mercado, es por ello que una de las soluciones, a estos problemas, es que a las asociaciones ecologistas tengan un papel protagónico, en beneficio de la justicia ambiental<sup>503</sup>.

---

<sup>501</sup> La legitimación de las asociaciones ecologistas en materia ambiental, en España se ha pronunciado alguna como la de la *Audiencia Nacional, de lo Contencioso Administrativo* de 23 de junio de 1992, en donde reconoce a la Asociación ecologista de defensa de la naturaleza, la condición de interesada de un procedimiento administrativo para la defensa de los intereses de carácter colectivo que concernían a tal asociación, lo que se fundamenta en la amplia interpretación que el Tribunal Constitucional Español había realizado de los presupuestos legitimadores exigidos por la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Vid. ROSA MORENO, J., *Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva (acerca de la sentencia de la audacia nacional de 23 de junio de 1992)*, en "REDA" número 81, enero/ marzo de 1994, págs. 147-153

<sup>502</sup> MORELLO y STIGLIZ, sostienen que las asociaciones tienen legitimación para obrar en un proceso por resarcimiento por daño ambiental, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que sus integrantes resulten afectados legalmente, b) que tenga por objeto la defensa del interés que motiva la acción, c) esté ligada territorialmente al lugar en que la situación lesiva se produzca, y d) ostente una trayectoria seria y responsable en defensa de los intereses colectivos. Citados por VALLS, F. M., op. cit., pág. 145.

<sup>503</sup> El Tribunal Constitucional español ha realizado una interpretación amplia del término ciudadano empleado por la constitución en virtud de la cual, no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares. En este sentido la acción popular puede

En los últimos años se ha producido un espectacular avance en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales en cuanto al reconocimiento de la acción asociativa para la defensa del medio ambiente, aunque este tipo de acciones, cuando no se apoyan en la afectación del interés directo y personal de los asociados, encuentran todavía algunas restricciones. En los ordenamientos europeos, se encuentran regulaciones favorables al acceso a la justicia de las asociaciones ambientales, en primer lugar en Italia, se ha introducido por vía legislativa la acción de las asociaciones en materia de medio ambiente ante la justicia administrativa, en virtud de la *Ley 349 de 1986* en el artículo 18, otorga legitimación a dichas asociaciones, siempre que se encuentren registradas en el Ministerio del Medio Ambiente, tras un procedimiento en el que se toma en consideración los objetivos estatutarios de la asociación, sus garantías de funcionamiento democrático, la continuidad y la eficacia de su actuación.

En Francia el interés que debe hacerse valer para interponer el recurso *pour excés de pouvoir*, mediante el que pretende la anulación de la decisión administrativa, se interpreta por la jurisprudencia de un modo muy amplio, admitiéndose la alegación de intereses de carácter ecológico y de naturaleza colectiva, por lo que se reconoce la legitimación a las asociaciones ambientales que invoquen la defensa de los intereses colectivos que integren sus objetivos estatutarios. En Alemania solo reconoce la legitimación activa ante los tribunales administrativos a las personas que, como consecuencia de una decisión u

---

ejercerla de esta forma las personas naturales y jurídicas, lo que reviste de especial importancia para la protección ambiental, dado el protagonismo de las asociaciones ambientalistas en la actualidad, para el control de la actividad pública y privada que pueden afectar el medio ambiente. Vid. Sentencias 241/92, 34/ 94 y 50/98, citadas por LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., pág. 159.

omisión administrativa constitutiva de la infracción de un regla legal, hayan sufrido un lesión en sus intereses individuales, por lo que a nivel federal no se admite la legitimación de las asociaciones para recurrir, no obstante esto se ha visto modificada como resultado de la legislación de los *Länder* se les confiere legitimación a las asociaciones, para que recurran ante infracciones de las normas para la protección de la naturaleza y del paisaje<sup>504</sup>.

En Bélgica se merece destacar la ley del 21 de enero de 1993, sobre derecho de acción en materia de protección ambiental, según el cual las asociaciones sin ánimo de lucro cuyo objeto social incluya la protección del medio ambiente y tenga definido el ámbito territorial de su actividad, podrá transcurridos al menos tres años desde que se hubiere concedido la personalidad jurídica, ejercitar acciones en defensa del medio ambiente. Parta ello deberá además probar que desarrolla una actividad real conforme a su objeto social y que tal actividad se relaciona con el interés colectivo ambiental que pretende proteger.

En Holanda, la sentencia del tribunal de distrito de *Róterdam* de 15 de marzo de 1991 reconoció a una asociación dedicada a la protección de pájaros marinos el derecho a recuperarse los costos en que incurrió por cuidar y limpiar a tales aves, que se habían visto afectados por el petróleo vertido por un buque rumano, denominado *Borcea* en el mar del Norte. Para el tribunal holandés, aunque los pájaros marinos no puedan considerarse como pertenecientes a nadie, su cuidado y protección deben ser considerados como un interés general que merece ser protegido en los Países Bajos.

---

<sup>504</sup> LOZANO CUTANDA, *Manual de Derecho Administrativo Ambiental...*, cit., págs. 164-165.

A la vista del objeto de la demandante y de las actividades que había venido desarrollando para su realización durante noventa años, el tribunal estimó que el interés general debía ser también considerado como el propio interés de la demandante, de modo que era lógico aceptar la demanda de la asociación, si tal interés se vió afectado. En este sentido se consigue la finalidad perseguida por la asociación: repara el daño causado por el agente, todo esto tiene un gran valor procesal porque se encontraba ante un caso de «*res nullius*», que hace que en teoría sea más difícil la reparación<sup>505</sup>.

En lo que respecta, al ámbito de la Unión Europea, los preceptos de su tratado regulan los recursos judiciales para recurrir los actos y las omisiones de las instituciones comunitarias (recurso de anulación y recurso por omisión), establecen límites muy rigurosos de legitimación para recurrir por los particulares (se establece que toda persona física o jurídica podrá interponer recurso contra las decisiones de que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra, afecten directamente), y han dado lugar a pronunciamiento del tribunal de justicia denegando la legitimación activa de las «ONGS» en asuntos ambientales, así en la sentencia *Sticting Greenpeace Council y Otros Comisión* de 2 de marzo de 1998.

Cabe mencionar que en este ámbito, con la reciente aprobada *Directiva sobre Responsabilidad ambiental sobre la prevención y reparación de daños ambientales 2004/35/CE*, en abril de 2004, en el artículo 12, como aspecto innovador, establece reconocimiento expreso de la legitimación activa, para instar las medidas necesarias de reparación, tanto vía

---

<sup>505</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *El derecho español...*, cit., pág. 376.

administrativa y judicial, a las organizaciones no gubernamentales ecologistas, sin embargo con la exigencia que éstas deberán de cumplir los requisitos de constitución de cada uno de los Estados<sup>506</sup>.

## 7.6. Formas de legitimación procesal en el Derecho anglosajón: *las class actions*

Al analizar las posibles situaciones relativas a la protección de los intereses difusos se hizo mención la legitimación activa, de los particulares a los problemas prácticos que planteaban los supuestos en los que un acto de agresión del medio ambiente afectaba a un elevado número de personas. El problema radica desde el lado de los perjudicados en el coste del proceso en un resultado incierto y en la baja cuantía en que se traduce la eventual reparación del daño, a esto se debe añadir los graves problemas que afectaban a la seguridad jurídica y a los mecanismos de administración de justicia.

Para ello es de enfatizar que el tratamiento para resolver la problemática se plantean en los Estados Unidos de América con *la regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure*<sup>507</sup>, (en adelante FRCP); otros en

---

<sup>506</sup> La legitimación a los asociaciones, en este ámbito tiene como antecedente, en primer lugar con la propuesta modificada de *directiva relativa a la responsabilidad civil por daños los daños y perjuicios ocasionados al medio ambiente por los residuos y el Convenio de Lugano, para la protección del medio ambiente, estipulan*, lo que se denomina un "ius agendi mixto" porque consagran legitimación activa de las asociaciones o grupos de interés con el fin de interponer determinadas acciones y a la vez remiten al Derecho Nacional la regulación de las condiciones bajo las cuales se entablarán la reclamación correspondiente.

<sup>507</sup> Los requisitos para que pueda darse una *class actions* de acuerdo con la regla 23 FRCP, establecida en los EE.UU. son los siguientes: a) los miembros de la clase deben ser tan numerosos que hagan imposible un *litisconsorcio*; b) se debe de existir cuestiones debatidas comunes a la clase; c) los representantes de la clase tiene que tener las cualidades necesarias para defender los intereses de clase; y, d) el enjuiciamiento de acciones separadas darían lugar a que el demandado no pudiera cumplir frente a todos los demandantes, para el caso que no tenga fondos suficientes

cambio acuden a la vía jurisprudencial (caso de provincia de Ontario, en Canadá).

Las *class actions* son propias del Derecho anglosajón<sup>508</sup>, se define como «aquella acción que reúne todas las demandas de un elevado número de demandante frente al mismo demandado o demandados, que en esencia tenga el mismo contenido». Se constituye como un instrumento procesal que permite a la parte actora la posibilidad de hacer valer en juicio no solo el propio derecho, sino también el de otras personas.

No necesita una autorización de un organismo oficial, el control se ejerce fundamentalmente por el juez, que tiene que comprobar que el pretensor pertenece a la clase de personas cuyo interés se lleva a juicio, siendo un adecuado representante aunque no esté formalmente investido de tal representación. En presencia de tales requisitos, los efectos del pronunciamiento valen para todos los miembros, aún no habiendo comparecido en el proceso<sup>509</sup>.

---

para atender todas las demandas, con lo que se provocaría, una carrera entre los demandantes quien de todos se les resuelve primero. Vid. DE MIGUEL DE PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit. pág. 314

<sup>508</sup> Estas han surgido como forma de accesos a la justicia, de quienes de otra manera no la tendrían, permitiendo accionar a las personas de clases numerosas, que la unión de todos ellos resulta impracticable mediante el planteamiento de cuestiones de hecho y de derecho comunes a los miembros de la clase. Vid. MARTÍNEZ DE VELASCO, H. J. "La protección jurisdiccional del medio ambiente", en AA.VV., *La protección administrativa del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pág. 219.

<sup>509</sup> Las *class actions*, tanto en los Estados Unidos e Inglaterra, no constituyen una innovación de fecha reciente. Estas ganaron actualidad y utilidad en los Estados Unidos de América como consecuencia de la agitación y de los cambios durante las décadas de los 50 y 60 para poner fin a la discriminación racial y para asegurar efectivamente los derechos individuales de los ciudadanos de clase negra, y en los 70 y 80 para proteger a los consumidores, producidas por la actividad masiva industrial y el desarrollo de la sociedad de consumo, para cuidar la salud de la población afectada por la proliferación de los agentes contaminantes del medio ambiente. En el Derecho inglés, ya habían sido aceptadas

Las *class actions* no deben confundirse con otras instituciones procesales, a saber:

a) la acción pública, ya que aquella es el resultado de agregar una serie de acciones particulares; esta se caracteriza en que la puede iniciar cualquier persona que tenga el carácter de ciudadano.

b) con la sustitución procesal, en este último caso el número de sujetos representados está determinado y cada uno de ellos está identificado, mientras que la *class actions* el número de personas pueden ser indeterminados. Y por tanto algunos de tales miembros pueden no estar identificados.

c) no debe confundirse con el *litisconsorcio*, ya que además de tener que estar todos los interesados determinados, como en el caso de la representación, las acciones que compongan la *class actions* puede no nacer de un mismo título o causa de pedir. A ello debeadirse que habrá ocasiones en que las acciones ejercitadas sean contrarias entre sí (ejemplo del cuarto requisito de la regla 23 FRCP) lo que impedirá la *litisconsorcio*, pero no siempre las *class actions*<sup>510</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta que al menos a efectos prácticos, el *litisconsorcio* no es una verdadera acumulación de acciones en una sola, ya que cada *litisconsorte* conserva su independencia en lo que a su actividad se refiere, con lo que al fin de cuentas, el litis consorcio no sería instrumento adecuado para resolver el problema esencial aquí

---

como un remedio de *equity*, en el siglo XVII, al respecto el juez federal del círculo *Sanborg* en el caso *Montgomery Ward versus Langer* (168 F. ed. 187) "...la acción por clase fue una intervención de equidad, nacida de la práctica de suministrar una institución procesal de tales características que el mero número de los individuos no incapaciten a grandes núcleos de personas, unidos en sus intereses, de ejercitar sus derechos en equidad, ni de concederles inmunidad en el caso de cometer actos ilegítimos según el derecho de equidad...". LIBSTER M., op. cit., pág. 239-241.

<sup>510</sup> HUTCHINSON, T., Tomo II., op. cit., págs. 264-265.

planteado, cual es el elevado número de actores que concurren al proceso.

### 7.6.1 Las ventajas e inconvenientes de las *class actions*

Desde el punto de vista de los demandantes, las *class actions* supone principalmente ventajas, en primer lugar, se reducen los costos relacionados con el proceso, tanto los procesales, como los referidos a abogados, expertos consultores, y en el ámbito ambiental sería más beneficioso por los costos que acarrearía los peritajes para comprobar la relación causal de la empresa contaminante. En segundo término se destaca la posibilidad de hacer efectivas reclamaciones de menor proporción, que de otro modo no es posible recuperar, en ese sentido conlleva a conseguir mayor justicia.

A esto se puede agregar la posición forzada que supone el mero hecho de unir un elevado número de demandas frente al mismo demandado, la mayor posibilidad de hacer efectiva la sentencia<sup>511</sup> o el disponer de un mayor número de pruebas, y evita el pronunciamiento judicial contradictorios que podría producirse si se obligara a cada uno de los miembros hacer una demanda individual, con esto no cabe duda que

---

<sup>511</sup> LIBSTER M., op. cit., pág. 241, sostiene que en Estados Unidos, e Inglaterra se ha registrado incertidumbre sobre el alcance de la sentencia final, pues variaron las opiniones acerca de la de "*res judicata*" cuando la invocaba un miembro de grupo o de la clase que no se había hecho parte en el litigio. En el caso "*Supreme tribe of Ben-Hur versus Cauble*" la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se inclinó en 1921 a reconocer el carácter obligatorio de la sentencia, su efecto de *res judicata*, respecto a los miembros de clase y grupo, que no se habían presentado en el litigio. Luego diecisiete años después en el caso "*Christopher vs. Brusselback*" la referida corte, manifestó que el fallo carecía de cosa juzgada, respecto a los miembros de clase que no habían sido notificado de la acción, esto generó incertidumbre con el fallo anterior, sin embargo en la actualidad en la jurisdicción cereal de los Estados Unidos de América en la mayoría de los estados de la Unión Americana, la sentencia dictada por una acción de clase, respecto a todos los miembros, se hayan hecho presente o no tiene la calidad de cosa juzgada.

beneficia a los actores dentro del proceso judicial.<sup>512</sup> Sin embargo puede presentar inconvenientes para el caso en aquellas situaciones en el cumplimiento del sujeto agente frente a uno de los demandantes impide a aquel frente al resto de perjudicados, esto significa que no se va a satisfacer plenamente las demandas de todos los actores, porque existen ciertas incompatibilidades entre ellos, como en el caso que el demandado no tenga fondos para pagar.

Puede existir otros inconvenientes, tales como la aversión que en la práctica algunos órganos judiciales tiene en contra de las *class actions*, o el hecho que la defensa común la ejerza una persona que no goza de la confianza del resto de perjudicados. Finalmente, no constituye las *class actions* un inconveniente para el demandado, pues este se encuentra con todos los medios de defensa garantizados constitucionalmente para hacerle frente a la imputación, por lo cual no se manda vulnerarse cualquiera de ellos con las *class actions*<sup>513</sup>.

### 7.6.2. Las *class actions* y la responsabilidad por daños al medio ambiente

Tal como se dejado plasmado las *class actions* no son susceptibles de aplicarse a cualquier situación, solo cuando hay un número elevado de demandantes, cuyas pretensiones son similares, sólo para estos casos

---

<sup>512</sup> En cualquier caso, los miembros de clase son titulares de los derechos a tener conocimiento de los litigios, a intervenir y autoexcluirse, se realiza por el tribunal un estricto control sobre la procedencia de la acción ejercitada. De tal manera que se examina la representatividad del miembro de la clase en litigio, y se le confieren a referido tribunal amplios poderes sobre la pericia técnica de la defensa letrada, en cualquier momento puede denegarse el mantenimiento de la acción como las *class actions*, y puede obligarse a que se creen subclases y hay un amplio control judicial sobre la idoneidad o suficiencia de los métodos de publicidad y de notificación de las interposición de la acción. MARTÍNEZ DE VELASCO, H. J., op. cit., pág. 219.

<sup>513</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 315-318.

está justificado este instrumento. Para el caso de la defensa de los consumidores, en consecuencia también por el carácter que reviste el daño ambiental que siempre afecta a la colectividad o bien se manifiesta de manera difusa, es posible su aplicación, sin ninguna excepción en materia ambiental.

En principio, no existe dificultad aplicar las *class actions* a cuestiones medio ambientales, pero existen posiciones relativas a su ineptitud, para caso específicos<sup>514</sup>, por ejemplo, cuando nos encontramos con los daños personales, no cabe hablar de elementos comunes en una reclamación de daños, y es imposible por tanto aplicar a este tipo de supuestos el instrumento procesal en cuestión. Contra este argumento que durante tiempo ha venido utilizándose para denegar la admisión de una *class actions* en las reclamaciones de daños, cabe hacer estas consideraciones:

a) La responsabilidad no se ciñe a la reparación de daños en sentido estricto: cuando se discute la reparación de daños en sentido general, se está haciendo referencia en realidad a dos conceptos diferentes: por un lado, la reparación de daños en sentido estricto, que consiste en colocar al perjudicado en una situación anterior al daño, por otro lado, la imposición al responsable de que adopte todas las medidas necesarias para que el daño no se vuelva a producir, lo que suele conllevar la inmediata paralización de la actividad dañosa, si tales actividades, aun se siguen haciendo, y la adopción de las medidas para evitar el daño en el futuro.

Por tanto, la afirmación de que las *class actions* no son aplicables a las reclamaciones de reparación de daños debe entenderse en todo caso,

---

<sup>514</sup>YANNACONE COHEN y DAVISON, citados por DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 323-324.

en su sentido más estricto, referida solo a la reparación de daños en sí mismos considerados, y no a otros tipos de medidas que dentro del concepto genérico de reparación, cabe concebir, pues en este último caso cabe hablar de comunidad objeto de reparación<sup>515</sup>.

b) La reparación de daños en sentido estricto se aplica las *class actions*. En efecto, dejando aparte la aclaración del punto anterior, puede pensarse en casos de daños al medio ambiente, en que la exigencia de reparación, considerada en sentido estricto, puede sustanciarse mediante el ejercicio de las *class actions*. Para el caso de la explosión de una fábrica de sustancias tóxicas, que da lugar a numerosos daños en la salud de las personas de forma directa, de igual forma daños a los ecosistemas aledaños, respecto a esos daños ambientales la actividad dañosa es la misma para todos igual el nexo causal.

La única diferencia que conviene significar que las *class actions*<sup>516</sup>, se introdujeron en la práctica jurídica estadounidense, a partir de los

---

<sup>515</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil....*, cit., pág. 322.

<sup>516</sup> El autor costarricense JIMÉNEZ MEZA, establece como elementos diferenciadores de la acción popular y la *class actions*, a saber: a) las *class actions* es una acción de categoría, la *acción popular* es una acción efectuada por cualquier ciudadano, sea nacional o extranjero, b) las *class actions* supone un conjunto de bienes y electos identificados entre sí que componen la clase, en la *acción popular* basta la afectación objetiva para el ejercicio impugnatorio, sin la previa concertación colectiva, aun cuando sea en función de bienes colectivamente relacionado, c) en las *class actions* se da el fenómeno de unos pocos actores por muchos afectados, en la *acción popular* es uno o varios por todos o casi todos, d) las *class actions* recae en un destinatario común que es parte del componente de la generalidad social, en la *acción popular* el destinatario es todo ciudadano en tutela del bien jurídico protegido, e) las *class actions* absorbe a todos los sujetos adentrados en la hipótesis objetiva sustancial, en la *acción popular* podría existir varias coincidente acciones para la protección de un mismo bien, suponiendo una suma de acumulación de acciones, si ello fuere procesalmente factible, f) la *class actions* se entiende como la suma de acciones individuales representada por una sola, lo que excluye en hipótesis de normalidad aplicativa, la acción concurrente, la *acción popular* por definición no excluye la acción subjetiva y por ello es factible la confirmación procesal concurrente. Citado por ARMIJO SANCHO, G. A., op. cit., pág. 48.

años 60, consiguiendo eliminar importantes barreras jurisdiccionales y de procedimiento. A finales de la década de los 80 cobró extraordinaria relevancia en el contexto del Derecho norteamericano, el derecho de daños producidos a gran escala, categoría que engloba en su tratamiento legal los accidentes colectivos (accidentes aéreos o derivados de emanaciones de substancias tóxicas con gran número de muertes o lesiones —caso *Bhopal*—. Ellas será la relativa a la reparación propiamente dicha, ya que dependiendo de cuál sea el daño, así deberá ser la reparación<sup>517</sup>. En estos casos como se aprecia en otras jurisdicciones, habrá que recordar que las *class actions* es un instrumento que trata de flexibilizar la administración de justicia, por lo que no deberá acudir al problema planteado con rígidos esquemas preconcebidos, sino más bien con la idea de dar solución ágil, preservando en todo momento los derechos de las partes que intervienen<sup>518</sup>.

Uno de los litigios que causaron importancia en el ámbito jurisdiccional, donde se utilizó las *class actions*, son los hechos suscitados en plena década de los años 70 en donde la empresa *Johns-Manville Corp.*, la más importante fabricante de asbestos del mundo, fue demandada por miles de personas afectadas de asbestosis —enfermedad pulmonar que habían contraído al estar expuestas a dicho mineral mientras trabajaban en astilleros y empresas de la construcción.

Se entablaron cientos de demandas, consiguiendo los damnificados una serie significativa de veredictos (por medio de jurados)

---

<sup>517</sup> VIGURI PEREA, A., *Las acciones en defensa de intereses colectivos en el ámbito del medio ambiente*, documento presentado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaume I de Castellón España, 2003, pág. 4.

<sup>518</sup> DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 322.

a su favor, tras haber podido probar los siguientes extremos: a) que la compañía había vendido un producto peligroso; b) que la empresa conocía en el momento de la venta que el 5% producto era defectuoso (rechazándose la defensa de la compañía amparada en el argumento conocido «*state of art*», estado actual de la tecnología); c) que los afectados habían contraído esta penosa enfermedad por su exposición al asbestos en el cumplimiento de sus funciones.

Las indemnizaciones que tuvo que satisfacer la compañía la llevaron en 1982 a la quiebra. En 1988, *Manville* se reconvirtió y empezó a operar otros negocios pertenecientes a la empresa, viéndose en la necesidad de crear un «*trust*» que sirviera para compensar a las víctimas de la enfermedad, al que asignaba una parte elevada de sus beneficios netos, bonos y acciones. En apenas un par de años la compañía se vio incapaz nuevamente de resarcir a todos los afectados de asbestosis (la enfermedad causada por el asbesto). El panorama se ensombrecía además por el hecho de que la enfermedad tiene un período de incubación que puede llegar a los 40 años, lo que motivaba que la aparición de nuevas demandas pudiera entrar en una espiral sin fin. En 1990, el cálculo estimativo de posibles reclamaciones alcanzaba ya cifras escalofriantes (en torno a las 300.000 de dólares), cuando la compañía contaba ya que esas fechas con unas deudas que sobrepasaban los 4 billones de dólares)<sup>519</sup>.

En suma, se requería un replanteamiento del problema, para lo que se optó por la propuesta de arreglo («*settlement*») de la defensa, consistente en la «*certificación*» de una *class action*, con base en la Regla

---

<sup>519</sup> VIGURI PEREA, A., op., cit., pág. 5.

23 (b) (1) F.R.C.P. (*Federal Rules of Civil Procedure*), que sirviera para agrupar a todos los demandantes presentes y futuros, bajo las siguientes condiciones:

a) Cada demandante recibiría inicialmente sólo el 45% del montante de su reclamación, quedando el resto de la cantidad pendiente hasta que los demás actores hubieran asimismo obtenido dicha suma;

b) Una parte importante de los ingresos que fueran afluviendo a favor del demandado «*trust*», quedarían reservados para posibles futuros demandantes, eliminándose de esta manera el riesgo de insolvencia de la compañía;

c) Aunque no es legítima la supresión del Derecho Constitucional, que asiste a todo ciudadano norteamericano, a defender sus intereses ante un jurado, la compensación que se pudiera lograr por esta vía legal, nunca podría sobrepasar la cantidad estipulada en el acuerdo, ya que ello supondría poner en peligro las compensaciones del resto de los afectados;

d) Las personas cuyos daños revistieran una mayor gravedad obviamente deberían ser indemnizadas en primer lugar, y;

e) Por último, el carácter vinculante del procedimiento a seguir no podía ponerse en tela de juicio, de ahí la inexistencia de un derecho de exclusión. En otros pleitos incluso se ha llegado a admitir (caso *Dow Chemical*).

El Juez *Weinstein* aprobó la certificación de la clase, así como el arreglo descrito, a través de una serie de argumentaciones, que constan ya en los anales de la jurisprudencia norteamericana, a saber:

a) La Regla 23 que establece la nota de obligatoriedad de la acción de clase, basada en la conveniencia de asignar un fondo limitado

para el pago de posibles demandantes, era la mejor manera de afrontar el problema ante la precariedad de recursos del «*trust*».

b) Ante un caso de extrema necesidad como el presente, lo más recomendable era la evitación de la repetición de litigios y de determinaciones fácticas como las que inicialmente se hicieron en las demandas tramitadas por separado. Por lo tanto, se imponía el fortalecimiento del arreglo mediante la vinculación de los reclamantes ausentes.

c) Los requisitos de la Regla 23 (a) para el otorgamiento de la «certificación» a la clase se estimó que se habían cumplido. Para lo cual, el juez procedió a examinar cada uno de ellos mediante el siguiente análisis: i) La existencia de cientos de miles de presentes y futuros litigantes así lo atestiguaba; ii) todos los demandantes tenían varios vínculos en común, puesto que se cernía sobre todos ellos el interrogante en torno a la posibilidad de que el demandado pudiera satisfacer íntegramente la compensación debida a los afectados; iii) Todos los miembros del colectivo corrían el riesgo de no poder materializar sus demandas ante la posible insolvencia del demandado; y, iv) los demandantes estaban representados por los más notables y expertos pleiteadores en la especialidad de asbestos de toda la nación.

d) El requisito adicional de la Regla 23 (b) (1) (B), que reza que los intereses de los miembros ausentes de la clase no sean perjudicados por acciones individuales, no ofrecía tampoco obstáculo alguno.

e) La clase fue certificada dentro de la categoría (b) (1). En consecuencia, ninguno de los afectados podría recibir como compensación una cantidad superior a la estipulada en el arreglo concertado.

f) El juez aprobó el acuerdo ya que era perfectamente razonable, a tenor de las circunstancias del caso<sup>520</sup>.

Otro litigio digno de mención, como exponente de uno de los sucesos más graves de contaminación marítima de la historia que se recuerdan, es el originado por el buque *Exxon Valdez*, con fecha de 24 de marzo de 1989, responsable del vertido de unos 240.000 barriles de crudo de petróleo en alta mar. Los efectos de este desastre ecológico afectaron los intereses del gobierno de Canadá, entre otras cuantas naciones, a causa de pesca y distintas actividades relacionadas con ella en el mar, más allá de los límites territoriales de los Estados Unidos de América. El crudo derramado alcanzó al menos a 700 millas de playas en *Prince William Sound*, que contaminó miles de millas cuadradas del océano. La contaminación causó la muerte de 2.500 *nutrias* y hasta 170.000 aves, con daños al *plancton* (decisivo para la industria del salmón). Los daños se cifraron en alrededor de 1.500 millones de dólares, de los que sólo 400 estaban cubiertos por el seguro.

En suma, a efectos de una reflexión jurídica hay que reseñar que el Estado de Alaska demandó a *Exxon*, además se presentaron más de 150 reclamaciones contra la dicha compañía y sus empresas subsidiarias, y se formularon un cierto número de *class actions*, por cuenta de pescadores.

## **7.7. Las distintas vías de acceso a la justicia ambiental en El Salvador**

### **7.7.1. Consideraciones previas**

El Salvador, ha estado supeditado a los sistemas tradicionales de legitimación activa, es decir quien sufre una lesión o un daño, es el que

---

<sup>520</sup> VIGURI PEREA, A., op. cit., pág. 6.

tiene el interés legítimo para obrar en un proceso judicial, concepción que ha tomado, con los cuerpos legales existentes, como el Código Civil, y el extinto el Código de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, al entrar la vigencia la LMA, en mayo de 1998, trajo como consecuencia cambios sustanciales en el tratamiento de los problemas medio ambientales en nuestro país, porque su objeto es desarrollar las disposiciones constitucionales que se refieren a la protección, conservación y recuperación del medio ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales que permitan mejorar la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones. Además, normar la gestión ambiental pública y privada, y establecer de forma precisa las competencias de los órganos administrativos, encargados de velar por la tutela del medio ambiente (artículo 1 LMA).

En efecto, la regulación de los accesos a la justicia en materia ambiental<sup>521</sup>, fueron ampliados en el artículo 101 de LMA<sup>522</sup>, aunado a

---

<sup>521</sup> Es de recordar que la LMA en 1998 en el artículo 99 erigió en principio, la *jurisdicción agroambiental*, tanto a los tribunales de primera instancia y de segunda instancia, para deducir la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, dándole competencia transitoria a los juzgados de lo civil mientras no sean creados, según lo prescribe el artículo 111 de la LMA. Pero en la reforma de 2012, les cambió la denominación a tribunales y cámara de segunda instancia de lo “ambiental”; pero aun, queda pendiente la creación ellos. Es de hacer hincapié la atribución de crear a los tribunales ambientales en un primer término le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, para que sea ésta la que remita la iniciativa de ley a la Asamblea Legislativa, para que sea quien emita el Decreto Legislativo correspondiente para su establecimiento, según los artículos 133 ordinal tercero de la Constitución y el artículo 51 ordinal sexto de la Ley Orgánica Judicial.

<sup>522</sup> Cabe mencionar que a nuestro juicio la denominación de los “tribunales agroambientales”, obedeció que el legislador tuvo como propósito de erigir una jurisdicción compleja, puesto que la jurisdicción agraria tiene raigambre constitucional en el artículo 172, relacionado con el artículo 265, y lo ambiental tiene su fundamento en la LMA. No obstante, la competencia procesal, en el tenor judicial de la referida ley, se circumscribe al ámbito de la *responsabilidad extracontractual*,

los aportes de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>523</sup>, donde hacen que se rompa con el esquema habitual que era sólo tenía la legitimación para reclamar la responsabilidad civil por el daño ambiental, era el directamente perjudicado. Por lo cual ahora en el ordenamiento jurídico salvadoreño se reconoce la legitimación popular, tanto para personas naturales y jurídicas, asimismo la legitimación pública, a través de la Fiscalía General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, veamos a continuación los supuestos de legitimación activa.

### 7.7.2. La legitimación activa de los particulares

En primer lugar, la legitimación para que cualquier persona, miembro de una comunidad determinada, interponga un demanda civil

---

derivada de una infracción ambiental teniendo la pretensión un contenido únicamente indemnizatorio.

<sup>523</sup> En la misma línea, aunque de manera más reciente la Sala de lo Contencioso Administrativo, consideró procedente reinterpretar de manera evolutiva el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los autos interlocutorios pronunciados en los procesos contenciosos administrativos, , del 7 de febrero de 2007, ref. 301-2006, el cual admite la demanda presentada por la Asociación Herencia Natural y de la Federación Unidad Ecológica Salvadoreña, contra el Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales y el auto del 26 de marzo de 2007, ref. 73-2007, en el cual admite la demanda presentada por la Fundación de Vecinos del Arrecife de los Cobanos "FUNDARRECIFE. En ambos casos consideró fortalecer *el derecho de acceso a la jurisdicción* a todos aquellos que ostentan intereses difusos. En este sentido, señaló que el interés legítimo, además de ser personal y directo puede ser colectivo e indirecto. Se puede hablar de un interés en el que el éxito de la acción puede conllevar la obtención de beneficios o perjuicios por vía indirecta o refleja. Se considera como parte de la esencia del interés legítimo, una vertiente de naturaleza colectiva, a partir de la cual pueden suscitarse una multiplicidad de controversias de horizonte diferente, con cierto grado de homogeneidad, que también hoy en día no sólo los derechos e intereses individualizados erigen a sus portadores en sujetos con aptitud para pedir su tutela, sino que también, los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

de reclamación por daños al medio ambiente, lo cual constituye un avance significativo en el Derecho Ambiental salvadoreño, lastimosamente, por lo relativamente nuevo de la materia, y la poca conciencia ambiental existente en nuestro país, no se tienen antecedentes de casos de este tipo.

Aunque en la doctrina emanada de la jurisprudencia constitucional de nuestro país<sup>524</sup>, es la Sala de lo Constitucional la que ha aportado que la legitimación es para la reclamación de daños ambientales personales y puros. Esto se encuentra en concordancia el artículo 85 de la LMA, donde estipula que en tales casos debe de garantizarse la reparación *in natura*, y no existe otro vía cuando el derecho a un medio ambiente sano se vea afectado.

---

<sup>524</sup> Al respecto la Sala de lo Constitucional ha reconocido los intereses difusos con el auto de admisión de la demanda de amparo interpuesta en contra de la Oficina Planificadora del Área Metropolitana de San Salvador y el Servicio Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura y Ganadería, (referencia 104,105,106/ 98 procesos acumulados) proveído el 26 de marzo de 1998 en forma sintética, sostuvo que: "en los supuestos de protección de los intereses difusos adquieren legitimación procesal para plantear la pretensión de amparo cualquier persona que considere que se vulnera un derecho de naturaleza difusa, sin necesidad que intervenga en el proceso los demás titulares de tal derecho. Por tanto en este se rompe con el criterio jurisprudencial de la Sala del que tiene el interés legítimo de incoar una demanda de amparo solamente el sufría el agravio directo, real y personal. En consecuencia cualquier ciudadano tiene la acción popular cuando una entidad estatal o empresarial vulnere el derecho fundamental a un medio ambiente sano. Sin embargo el 2 de diciembre del mismo año, la Sala de lo Constitucional, emite la resolución de sobreseimiento a favor de las autoridades demandadas, basándose que las pretensiones de la demanda son cuestiones de mera legalidad o inconformidad administrativa del estudio de impacto ambiental de tales autoridades, y que el inmueble que se va urbanizar es propiedad privada, (la construcción de la prolongación de la calle *Chiltiupan* sobre la finca el Espino), lo cual reduce el supuesto de interés difuso a un interés simple, o sea una simple inconformidad subjetiva con la autoridad en el ejercicio de su potestades administrativas, en consecuencia según el fundamento de la referida sentencia no se demostró la trasgresión al derecho a un medio ambiente sano. Esta sentencia fue muy criticada jurídicamente, porque dicho auto de sobreseimiento se decretó antes del término de prueba donde se debe de probar la pretensiones sustentadas en un proceso de amparo, a esto se le agrega que la naturaleza del caso lo ameritaba, a fin de que el fallo hubiera sido más objetivo.

En segundo lugar, respecto, al ámbito de la legitimación ciudadana algo novedoso en relación, es el establecimiento de la legitimación colectiva, es decir por una «comunidad de ciudadanos» que tendrá que ejercerse cumpliendo los requisitos para la postulación procesal dentro del proceso de reclamación de daños ambientales judicial correspondiente, por daños realizados por empresas, o por la propia administración pública. Cabe mencionar que el texto original del artículo 101, antes de la reforma de 2012, establecía en el literal «b» del reformado artículo 101 de la LMA, que la comunidad legitimada, podría actuar siempre que no estén constituidos como una asociación, pero estipulaba algunos requisitos formales, tales como: adjuntar a la demanda, los nombres y apellidos, documentos de identidad personal, domicilio, y firmas de los impetrantes de la demanda.

Sin embargo, somos de la idea que pese a la reforma en una acción colectiva los miembros pueden actuar en nombre y representación de una comunidad, algo parecido a las «*class actions*» anglosajonas, que hemos abordado con detalle, en los epígrafes anteriores, puesto que el resultado del proceso en cuestión conforme al artículo 103 de LMA, en lo que se refiere a la sentencia definitiva, que emitirá el juzgador ambiental competente, perjudicará o aprovechará a todos los demás miembros de la comunidad, que no comparecieron en el proceso de reclamación civil por daño ambiental, teniendo un alcance colectivo.

También el citado artículo 101 les reconoce la legitimación procesal activa a las personas jurídicas, aunque la referida disposición, no precisa si se debe entender cualquier persona jurídica que se encuentre afectada de forma directa e inmediata del daño ambiental ocasionado, lo cual no necesita ser una asociación cuya naturaleza sea

velar por la protección y restauración o defensa del medio ambiente. La postura anterior se robustece con los aportes de la jurisprudencia constitucional que les ha reconocido la legitimación activa a personas jurídicas que no tengan dicha calidad en los procesos de amparo cuando se hayan visto afectado por la violación al derecho fundamental al medio ambiente sano.

No obstante, debe de aclararse que la asociación que acciona en un proceso judicial debe de gozar del reconocimiento legal del Estado, es decir, debe contar con la personalidad jurídica, el cual lo tendrá que acreditar en el proceso judicial, de lo contrario carece de legitimación activa para pedir el resarcimiento de los daños producidos. En esto es coincidente con la regulación jurídica de algunos estados europeos, como sucede con Alemania, Francia y España. El problema, sería el alcance de la legitimación; si únicamente tal asociación deberá actuar en defensa del derecho de sus integrantes, o cuando se vea trasgredido el derecho a un medio adecuado de forma colectiva o difusa. Sobre este particular, somos de la idea que tienen la legitimación activa no sólo para defender el derecho de sus afiliados, si no de forma amplia para defender el derecho a un medio ambiente sano.

### **7.7.3. La legitimación activa pública**

Tal como se apuntó en acápite referente a la legitimación pública, el Estado, es el legitimado natural, para reclamar el resarcimiento de los daños, que afectan, la salud de las personas o cualquier elemento que compone el medio ambiente, y nuestro ordenamiento jurídico en general y nuestra LMA en artículo 101 les otorga, tal legitimación, al Estado, las municipalidades y los entes que conforman el Ministerio Público, según el artículo 191 de la

Constitución de la República y de forma especial al Fiscal General de la República, y al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

Quedándole el papel principal de representar a las víctimas que hayan sufrido directa o indirectamente un daño ambiental a la Procuraduría General de la República. Veamos a continuación, las distintas atribuciones, entorno a protección del medio ambiente de cada uno de éstos entes que tienen el carácter de órganos constitucionales.

El Fiscal General de la República tiene dentro de las principales constitucionales de conformidad al artículo 193, la facultan para iniciar acciones, incluso de naturaleza ambiental, siendo algunas de ellas:

- a) Defender los intereses del Estado y de la sociedad;
- b) Promover de oficio a petición de parte de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos humanos tutelados por la ley;
- c) Vigilar la investigación del delito e intervenir en la misma desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte; y,
- d) Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones.

También es necesario mencionar que la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República<sup>525</sup>, en el artículo 18 hace referencia a otras atribuciones conferidas por la Constitución, entre los que pueden enumerarse:

- a) Defender los intereses del fisco, los recursos naturales, el patrimonio cultural y todos los bienes del Estado; y,

---

<sup>525</sup> D.O. N°. 1037, Tomo No. 371, del 27 de abril de 2006.

b) Ejercer las acciones que sean procedentes para hacer efectivas las responsabilidades civil, penal o administrativa, en las que incurrieren los funcionarios y empleados públicos o municipales.

El Fiscal General de la República, contando con estas facultades constitucionales (artículo 192, número 7) y las anteriores de la extinta *Ley Orgánica del Ministerio Público*, específicamente en el artículo 3, ordinal 26, emitió un acuerdo interno por medio del cual creó la *Unidad para la Defensa de la Ecología*, pero por acuerdo número 335, del 25 de noviembre de 1996, que se sustituye el nombre por el de *Unidad para la Defensa del Medio Ambiente y Salud*, a fin de ésta investigue y promueva las acciones penales y civiles, en contra de las personas naturales o jurídica, que ocasionen agresiones al medio ambiente.

La LMA en los artículos 105 y 106 estipula que la acción ambiental es pública y su ejercicio se faculta a la Fiscalía General de la República, sin perjuicio que las personas puedan ejercer su derecho de accionar conforme al Código Penal y Código Procesal Penal. Respecto a la responsabilidad civil se podrá promover paralelamente dentro del proceso penal, lo cual en sentencia definitiva el juzgador debe pronunciarse sobre los daños y perjuicios ambientales (artículo 114 y 116 del Código Penal), o bien en el proceso civil de reclamación de daños y perjuicios ambientales, según el inciso tercero del artículo 102 de la LMA, a fin de cuantificar los daños causados<sup>526</sup>.

---

<sup>526</sup> En relación a este punto además el Código Procesal Penal, estipula en el artículo 42 que, "La acción civil derivada de los hechos punibles se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable". Lo anterior es congruente con el artículo 102 de la LMA, donde se determina que si no se exige en el proceso penal correspondiente, podrá hacerse en el Tribunal de lo Ambiental, o en el Civil o Mercantil, pero nunca de forma simultánea.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Esta institución es más reciente, frente a las otras que conforman el Ministerio Público, nace en el marco de las reformas constitucionales implementadas en el proceso de negociación del conflicto armado entre el gobierno y la guerrilla salvadoreña, las cuales se tradujeron en los Acuerdos de Paz el 16 de enero de 1992. El 31 de octubre de 1991, la Asamblea Legislativa, ratificó el Acuerdo de Reformas constitucionales, en el que se crea la figura del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. Dentro de tales reformas se comprende en el artículo 131 ordinal 19, que compete a la referida Asamblea elegirlo con los dos tercios de los votos de los diputados, bajo votación nominal y pública, y el ejercicio del cargo será de tres años pudiendo ser elegible, además, el artículo 41 de carácter transitorio impone que el Procurador sea designado a los noventa días de entrada en vigencia de las reformas constitucionales.

En vista de lo anterior, se crea en la Constitución de la República el cargo del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (Defensor del Pueblo que es conocido en otros ordenamientos jurídicos como *ombudsman*) y de conformidad con el artículo 194, se otorgan atribuciones entre las que se encuentran:

- a) Velar por el respeto y la garantía de los derechos humanos;
- b) Investigar, de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los derechos humanos;
- c) Remover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos;
- d) Supervisar la actuación de la administración pública frente a las personas; y,
- e) Emitir operaciones sobre proyectos de leyes que afectan el ejercicio de los derechos humanos.

Con posterioridad, al inicio de fecha 27 de febrero de 1992 y a través del y el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos<sup>527</sup>, también, a través del acuerdo No.8 de fecha 17 de febrero de 1993; se otorga vida jurídica al Reglamento de la Ley de la Procuraduría, el que en su capítulo III, y especialmente el artículo 15, contempla que el Procurador integrará la Procuraduría, con otros procuradores adjuntos, determinando, así, como la creación del cargo del Procurador Adjunto para la Defensa de los Derechos del Medio Ambiente, donde se otorgan las competencias siguientes::

- a) Garantizar y promover los derechos humanos, al uso y disfrute del medio ambiente para el pleno y desarrollo de la persona humana; y,
- b) Ejecutar acciones que prevengan las violaciones a los derechos antes mencionados, (artículo 22 del reglamento de la ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos).

En virtud de lo anterior, el legislador salvadoreño, en el artículo 101, a conferido legitimación activa al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, a fin de que de que represente en un proceso civil, conforme a la referida ley, a cualquiera de las personas que hayan sido víctimas de una agresión ambiental, incluso aún no habiendo víctimas humanas, sino que también cuando los daños sean ocasionados a cualquiera de los componentes que conforman al medio ambiente, como la flora, la fauna, etc., es decir cuando estamos en presencia de daños ambientales puros.

Lo anterior se deriva porque nuestro ordenamiento considera que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental, tal como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional ya citada, además

---

<sup>527</sup> D.L. Nº. 163, publicado en el D.O., Tomo 314, de fecha 6 de mayo de 1992.

la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, tal como ha quedado sentado, tiene como función primordial velar que se tutelen los derechos humanos, cuando éstos son vulnerados por cualquier autoridad administrativa del Estado.

### **7.3.4. Algunas pretensiones de carácter resarcitorio que pueden plantearse ante los tribunales ambientales**

De todos es conocidos que los Tribunales Ambientales y sus respectivas Cámaras de Segunda Instancia aun no se han erigido, siendo una necesidad urgente, pues se necesitan que existan los jueces especializados que tendrán este reto histórico de impartir la justicia ambiental. Esto debe ir acompañado de otras reformas legales, ya que debe a nuestro juicio un Tribunal Administrativo Ambiental que se encargue de sancionar a todos los que cometan infracciones ambientales, ya que el ente administrativo mayormente demandado por acciones u omisiones es el mismo Ministerio del Medio Ambiente. Y que las decisiones de este tribunal sean controladas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

De lo contrario, poco alentador a que podamos materializar de una verdadera justicia y jurisdicción ambiental, para hacer efectivas las indemnizaciones que de forma sistemática se realizan contaminaciones a los ecosistemas salvadoreños, ya sea por el sector empresarial, incluso en algunos casos de manera omisiva por las autoridades de la administración pública.

Sin embargo, sin el propósito de ser taxativo, más bien ilustrativo, proponemos un elenco de pretensiones para que los ciudadanos puedan ir creando una cultura de defensa del medio ambiente, a fin de demandar la responsabilidad civil por daños al medio

ambiente, dentro del marco del ordenamiento jurídico ambiental salvadoreño, entre las que tenemos las siguientes:

- a) De la responsabilidad por acciones contaminantes, entre particulares, dentro del ejercicio de actividades industriales, comerciales o domésticas;
- b) Conflictos originados entre particulares, en el ámbito urbano por contaminación atmosférica tales como contaminación por gases, e inmisiones; de los procesos donde se discutan la responsabilidad por contaminación atmosférica, sónica y cualquier otra derivada de inmisiones;
- c) De la responsabilidad por quemas en lotes o fincas urbanas, rurales o agrarias que atenten contra el ambiente, la salud y la vida humana;
- d) De los conflictos por contaminación de aguas de uso doméstico, servidas o pluviales entre particulares en terrenos propios de actividad doméstica, comercial o industrial, y en general para su utilización en las actividades agrarias;
- e) De las acciones adoptadas para la protección de la zona marítima terrestre, del mar territorial y la zona económica exclusiva, lagunas, esteros, manglares, ríos, manantiales y cuencas hidrográficas y de la responsabilidad que de ellas se derivan;
- f) Demandas por responsabilidad planteadas por el Estado, por deterioro del medio ambiente, o de los recursos naturales, la integridad de los ecosistemas, la biodiversidad, la belleza escénica y el dominio público que pueda existir sobre ellos;
- g) De las pretensiones preventivas y correctivas en la actividad minera, de exploración y explotación de hidrocarburos y de la responsabilidad por daño ambiental que de ellas se deriven;

- h) De las pretensiones derivadas de la legislación para la recolección y manejo de desechos sólidos, tratamiento de vertidos, importación de desechos de cualquier naturaleza, control de sustancias químicas y radioactivas, así como el trasiego de desechos tóxicos y peligrosos por el territorio nacional;
- i) Del manejo y aprovechamiento indebido de recursos forestales que ocasionen daños del ambiente;
- j) De las pretensiones derivadas de la realización de agricultura ecológica y de los productos orgánicos o en transición, cuando de su realización se desprenden efectos nocivos para el ambiente o la salud;
- k) De las acciones u omisiones contaminantes de parte de cualquier funcionario o ente de la administración pública.



## BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- AA.VV., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, Madrid, 2001.
- AA.VV., *Manual de Derecho Penal salvadoreño*, parte general, Centro de información jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador.
- AA.VV., *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*, directores: Grethel Aguilar y Alejandro Iza, Edición financiada por la UICN, San José, 2005.
- AA.VV., *Responsabilidad jurídica por el daño ambiental*, Universidad Autónoma de México-Petrolera Mexicana e instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., 1998.
- AGRADANO DE LLANOS, M. E., «La protección penal del ambiente. Los delitos ambientales», en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo V, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- ALBADEJO, *Derecho Civil*, segunda edición, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J., *La protección procesal de los intereses difusos en España*, en «Revista Justicia», número1, 1983.
- ALONSO GARCÍA, E., *International Environmental Law, Cases & Materials*, William and Mary College (11<sup>th</sup> Ed, 2004).
- ÁLVAREZ, G. A. y RODRÍGUEZ, J. L., *Manual de legislación ambiental*, segunda edición, Centro de Derecho Ambiental y de los recursos naturales, San José, 2003.
- ARMIJO SANCHO, G. A., *La tutela constitucional del interés difuso*, segunda edición, Investigación Jurídica S.A, San José de Costa Rica.
- AMAT LLARI, M. E., *La regulación de las inmisiones en el Código Civil*, en centenario del Código Civil, Tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990.
- AMAYA NAVAS, O. D., *La Constitución Ecológica de Colombia: Análisis comparativo con el sistema constitucional latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo, parte especial*, cuarta edición, Madrid, Civitas, 1999.
- BERSALU, PARKINSON, A., *Teoría del riesgo permitido*, en «Revista de responsabilidad civil y seguros», La Ley, Buenos Aires, 2005.
- BERTRAND GALINDO, F., et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2 Tomos,

Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador, 1992.

- BLANCO LOZANO, C., *El delito ecológico*, Montecorvo, Madrid, 1997.
- BLANQUER, D., *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho Ambiental: fundamentación y Normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, quinta edición, Reus, Buenos Aires, 1977.
- CABANELAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliastre, Tomo I Buenos Aires 1989.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- CALVO CACHORRO, M., *sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid 1999.
- CAPELLETTI, M., *La protección de los intereses colectivos o difusos*, en jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1993.
- CARMONA LARA, M. C., «Notas para el análisis de la responsabilidad ambiental y el principio de quien contamina paga, a la luz del Derecho mexicano», en AA.VV., *Responsabilidad jurídica por el daño ambiental*, Universidad Autónoma de México-Petrolera Mexicana e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., 1998
- CASAS, S. «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en AA. vv. *Lecturas sobre el derecho al medio ambiente*, Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá 2002.
- CASTAÑON DEL VALLE, M., «La responsabilidad administrativa ambiental», en AA.VV., *Responsabilidad ambiental*, Ecoiuris, Madrid, 2003.
- CRUZ CHÁVEZ, S. P., et al, *Eeficacia de los controles constitucionales que se ejercen ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en relación a la protección del medio ambiente*, tesis para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, dirigida por Henry Alexander Mejía, 2007.
- COLOMBO A. L. *Culpa aquilina*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1975.
- CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004.

- DANÓS ORDOÑEZ, J., *La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador*, en Derecho Administrativo en siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Arequipa, 2013.
- DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del Medio Ambiente*, segunda edición, Civitas-Thomsom company, Madrid, 2002.  
—*Responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, segunda Edición, Civitas, Madrid, 1997
- DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J. M., *Administración local y medio ambiente. Funciones medios y problemas*, en «Revista de estudios de vida local», número 207, 1980.
- DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996.
- DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., «Responsabilidad civil ambiental», en AA.VV., *Responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003.
- *Diccionario de Derecho Ambiental*, Alonso García, E., y Lozano Cutanda, B., (Directores), Iustel, Madrid, 2005.
- DUNNE, T. P., La *Lista de prioridades nacionales para los sitios con contaminantes peligrosos fuera de control: propuesta de norma*, publicación de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (U.S. EPA), 2004.
- DURAN MARTÍNEZ, A., *Principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad*, en Derecho Administrativo en siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Arequipa, 2013.
- ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995.
- ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Barcelona 2005.
- FARFÁN MATA, E.B., et. al, *Eficacia de los instrumentos de gestión ambiental en El Salvador para la protección del medio ambiente*, tesis, para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, 1999.
- FRANCO DEL POZO, M., *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, en «Cuadernos Deusto de derechos humanos» número 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.
- FLAH, L. R y SMAYEVSKY, M., A *La Legitimación de los titulares de intereses*

difusos, en la Responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

- GALERA RODRIGO, S., *La responsabilidad de las administraciones públicas en la prevención de daños ambientales*, Montecorvo, España, 2001.
- FORTES GONZÁLEZ, A. I., *La responsabilidad por daños al medio ambiente. En especial la responsabilidad de la administración*, en «RDA», número 23, 1999.
- GARRIDO CORDOBERA, L., *Los daños colectivos y la reparación*, Universidad, Buenos Aires, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, 2 volúmenes, 5<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA., Responsabilidad medioambiental en el desarrollo energético, en ponencias «La ampliación de una Europa sostenible: problemas y oportunidades para el sector energético», Madrid, 2003.
- GAMERO CASADO E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, séptima edición, Tecnos, Madrid. 2010.
- GIMENO SENDRA, V., CORTÉZ DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal*, parte general (proceso civil), Tomo I, Tirant lo Blanch, 1989.
- GONZÁLEZ BALLAR, R., *El Derecho Ambiental en Costa Rica: Limites y alcances*, San José, 1994.
- GOLDENBERG, I. H., y CAFFERATTA, N., *Daño ambiental. Problemática de la determinación causal*, segunda edición., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GOMIS CATALA, L., *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Alicante, 1998.
- HENAO PÉREZ, J. C., «La responsabilidad del estado Colombiano por daño ambiental», en AA.VV., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ed. Universidad de Externado de Colombia, 2000.
- HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2002.
- HUTCHINSON, T., «La responsabilidad pública ambiental», en AA.VV. *El Daño Ambiental*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- JAQUENOD DE SÖGÖN, S., *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Dykinson, Madrid, 1991.
  - Iniciación al Derecho Ambiental*, 2<sup>a</sup> Edición, Dykinson, 1999.

JORDÁ CAPITAN, E., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001

JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.

—*Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho Público: Ultima jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra lege ferenda*, en «Civitas- Revista Española de Derecho Administrativo», número 107, 2000.

JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- JUST ESCRIVÁ, J.J., «La obligatoriedad de aseguramiento de responsabilidad civil por daños al medio ambiente», en AA.VV. *Estudios sobre la responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, Española de seguros, S.L., Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, segunda edición, Barcelona, 1985.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «El elogio del artículo 325 del Código Penal español», en AA.VV., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra dirigida por Agustín Jorge Barreiro y coordinada por Manuel Cancio Meliá, Comares, Granada, 2005.
- LEIVA, F., «Las actuales funciones de la responsabilidad civil en materia ambiental», en Congreso Internacional de Derechos de Daños: *ponencia número 33, Buenos Aires, Octubre de 2002*, <http://www.aaba.org.ar>.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ, L., *La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales, medio ambiente y Derecho*, en «Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental», número 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla. Área de Derecho Administrativo. [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus).
- LEON MAZEAUD, H y TUNC A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo. II, Vol.2, Egea, Buenos Aires, 1977.
- LIBRO VERDE, *sobre reparación de Daños ecológicos de 1993*. COM (1993) 47 final, presentado por la Comisión en 1993.
- LIBSTER, M., *Delitos ecológicos*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- LOPÉZ-CERÓN, C., El seguro de contaminación, en «Revista de Derecho Administrativo», número 14.

- LOPERENA ROTA, D., *Los principios de Derecho Ambiental*, Ed., Civitas, Alicante, 1998.
- LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996.
- LOPÉZ RAMÓN, F., *Derechos Fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, en «REDA», Madrid, 1999.
  - «El Derecho Ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en AA.VV, *Protección administrativa del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- LOPÉZ MENUDO, F., *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas*, cuadernos de Derecho Judicial, número 28, 1994.
- LOZANO CUTANDA, B., *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*, 3a edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
  - La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de «responsabilidad de Derecho Público» que introduce la directiva 2004/35/EC*, en «REDam» numero 12, puede consultarse en: [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus).
- MALO CAMACHO G, *Delitos de lesión y delitos de peligro*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/854/13.pdf>.
- *Manual de investigación de delitos ambientales*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), San Salvador, 2010.
- MADRIGAL CORDERO, P., *Derecho Ambiental en Centro América*, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1995.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, H. J. «La protección jurisdiccional del medio ambiente», en AA.VV., *La protección administrativa del medio ambiente*, cuadernos de Derecho Judicial Madrid, 1994.
- MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Trivium, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I., *Comentarios al Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños por el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Londres, 3 de mayo de 1996*, en «Anuario de Derecho Marítimo», número 15, 1998.
- MEJÍA, H. A., *La responsabilidad civil de la empresa por daños al medio ambiente (estudio comparativo de los sistemas americanos y europeo)*, Tesis

inédita para adquirir el grado de Doctor en Derecho, por la Universidad Autónoma de Barcelona, 2006.

- MENDOZA BUERFO, B., «El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación», en AA.VV., en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, obra dirigida por Agustín Jorge Barreiro y coordinado por Manuel Cancio Meliá, Comares., Granada, 2005.
- MEZZETTI, L., «La Constitución Ambiental en el Derecho Público Comparado: Modelos normativos, organización administrativa y situaciones jurídicas subjetivas», en AA.VV. *Lecturas sobre el derecho Al Medio Ambiente*, Ed., Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá 2002.
- MIR PUIG, S., *Manual de Derecho Penal, parte general*, novena edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MORELLO, A., y CAFFERATTA, N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994.
- MORENO, C. F. y RUEDA G. L., *Código Penal salvadoreño comentado*, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura, 1999.
- MORENO TRUJILLO, E., *La Protección jurídica-privada del medio ambiente y la responsabilidad de su deterioro*, Bosch, Barcelona 1991.
- MORÓN PALOMINO, J., «Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa», en *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Vol. II. Editora Nacional, Madrid, 1979.
- MOSSET ITURRASPE, J., «El daño ambiental y el Derecho Privado», en AAVV., *El Daño ambiental*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, quinta edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid, 2012.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El concepto de medio ambiente», en AA.VV., dirigida por él mismo, *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, segunda edición, Lex nova, Valladolid, 2000.
- PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho administrativo I*, parte general, edición decimo octava, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.  
—*El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*, en «Revista de administración pública», número 67, 1972.

- PALAO MORENO, G., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente (aspectos internacionales)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- PARRA LUCAN, M. A., *La responsabilidad por daños de productos*, Bosch, Barcelona, 1994.
- PANAGOS BARRETO H. «La liquidación del perjuicio ambiental», en AAVV., *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá, 2002.
- PAVELEK ZAMORA, E., *El seguro de contaminación*, en «Revista de Derecho Ambiental», número 14.
- PÉREZ MORENO, ESCRIBANO COLLADO, P., y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de medio ambiente*, en «Revista de administración pública», número 103, 1984.
- PERIS RIERA, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1984.
- POZUELO PÉREZ, L., *La reparación del daño al medio ambiente*, en «Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente», número 191, 2002.
- PEÑA CHACÓN, M., *El derecho al agua*, en «Medio ambiente y Derecho, REDAm» número 17, Universidad de Sevilla. <http://www.sica.es/aliens/gimadus>.
- PÉREZ, I., *Derecho Ambiental*, Mc Graw Hill, Bogotá, 2000
- PRADO, L. R., *El ambiente como bien jurídico-penal: aspectos conceptuales y delimitadores*, Universidad Estatal de Maringá, Estado de Brasil, disponible en <http://www.diritto.it/pdf/26625.pdf>.
- PRATS MORALES F., *Técnica de tutela penal de los intereses difusos*, en AA.VV., en «Cuadernos de Derecho Judicial: Intereses difusos y Derecho Penal», director Javier Boix Reig, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, Paris, 1991.
- ORGAZ, A. *El derecho resarcible*, tercera edición, Ed. Depalma, Buenos aires, 1987.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El concepto de medio ambiente», en AA.VV., dirigida por él mismo, *Lecciones de derecho del medio ambiente*, segunda edición, Lex nova, Valladolid, 2000.
- ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «La responsabilidad civil medio ambiental en los contextos comunitarios europeos e internacional. Una aproximación

- española», en AA.VV., *Estudios sobre responsabilidad civil medio ambiental y su aseguramiento*, Editora Española de seguros. S.L, Madrid, 1998.
- OSORIO SIERRA, A., «La responsabilidad por daños al medio ambiente en el Derecho Ambiental latinoamericano», en AA.VV., *Lecturas sobre el derecho al Medio Ambiente*, Tomo III, Ed., Universidad de Externado de Colombia, Bogotá 2002.
  - REGLERO CAMPOS, L. F., «Conceptos generales y delimitación», en AA.VV., *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
  - REQUERO IBÁÑEZ, J. L., *El Derecho Administrativo y la responsabilidad por daños ambientales*, en «REDU», número 141, 1995.
  - ROSA MORENO, J., *Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva (acerca de la sentencia de la audacia nacional de 23 de junio de 1992)*, en «Civitas-REDA» número 81 enero/ marzo de 1994.
  - RODRÍGUEZ RUÍZ, N., *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*, Editorial Universitaria 1960.
  - RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Expansión de la legislación ambiental: su dimensión internacional», en AA.VV., *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Coordinadora Teresa Vicente Jiménez, Trotta, Madrid, 2002.
  - SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M del C., *Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona 1994.
  - SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, parte general, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2009.
  - SÁNCHEZ SAEZ, A. J., *La restitutio in pristinum «como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente»*, en «Medio ambiente y Derecho, Revista electrónica de Derecho Ambiental» número 3, Universidad de Sevilla. <http://www.sica.es/aliens/gimadus>.
  - SANDS, P., *Principles of international environmental law*, Manchester University Press, Manchester, 1994.
  - SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad Civil en Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, séptima edición, Montecorvo S.A. Madrid 1995  
—*Derecho de Daños*, «Revista de derecho civil», Madrid 1985.
  - SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 2000.

- SENDIN GARCÍA, M. A., *La concurrencia del proceso penal con el procedimiento sancionador en el Derecho Administrativo español*, en «Revista iberoamericana de Derecho Público y Administrativo», año 9, número 9, San José de Costa Rica.
- SHELTON, D., *Internacional Environmental Law*, New York.
- SESSANO GOENAGA C. S., «La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico», en AA.VV., en *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, coordinación de Teresa Vicente Giménez, Trotta, Madrid, 2002.
- SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Madrid, 2000.
- VALLS, M. F., *Manual de Derecho Ambiental*, segunda edición, Buenos Aires 1993.
- VALLS, M., y BRILL, R., *La prevención y compensación frente al daño ambiental —El seguro ambiental— Jurisprudencia*, Buenos Aires, <http://www.cedha.org>.
- VALENZUELA, Y., (coordinadora), *Derecho Penal Ambiental dominicano*, Publicación Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, Santo Domingo, 2002.
- VERCHER NOGUERA, A., «Responsabilidad Penal Ambiental», en AA.VV. en *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003.
- VELASCO CABALLERO, F., *El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho Público subjetivo y/o principio rector?*, en «Revista andaluza de administración pública», número 19, 1994.
- VIGURI PEREA, A., *Las acciones en defensa de intereses colectivos en el ámbito del medio ambiente*, Documento presentado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaume I de Castellón España, 2003.
- ZEBALLOS DE SISTO, M<sup>a</sup> C., *El Derecho Ambiental Internacional: Un esquema de su evolución*, Buenos Aires, 1996, puede consultarse en la página web: [www.cedha.org.ar](http://www.cedha.org.ar).



Impreso por  
Imagen Gráfica El Salvador, S.A. de C.V.  
2,000 ejemplares.