

Revista Derecho

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Universidad de El Salvador



Época VII
N° 1
Año 2010
Enero-Abril



Revista Derecho



El Salvador, Junio de 2010

Revista Derecho

Autoridades universitarias

Rector

Msc. Rufino Antonio Quezada Sánchez

Vicerrector Académico

Msc. Miguel Angel Pérez Ramos

Vicerrector Administrativo

Msc. Oscar René Navarrete Romero

Secretario General

Lic. Douglas Vladimir Alfaro Chávez

Fiscal General

Dr. René Madecadel Perla Jiménez

Defensor de los Derechos Universitarios

Msc. Nelson Boanerges López Carrillo

Secretario de Comunicaciones

Lic. Douglas Hernández

Secretario de Proyección Social

Ing. Miguel Ángel Rodríguez Arias

Secretario de Planificación

Lic. Rodolfo Santos Velásquez

Secretaría de Relaciones Nacionales e

Internacionales

Máster Ada Ruth González de Nieto

Secretaría de Arte y Cultura

Lic. Ligia del Rosario Manzano



Dirección de oficina: Escuela de Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador. Final 25 Ave. Nte y calle a San Antonio Abad, San Salvador. Tel. 2225-8665

Revista Derecho

Universidad de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Escuela de Ciencias Jurídicas
Junio de 2010

Junta Editorial:

Director: Dr. José Humberto Morales
Decano de la Facultad

Director Editor:
Dr. Julio Olivo Granadino
Director de la Escuela de Ciencias
Jurídicas

Consejo Editorial:

Dr. Julio Olivo Granadino
(Coordinador)
Dr. Rodolfo Castro Orellana
Lic. René Mauricio Mejía
Lic. Nelson Vaquerano
Dr. José Miguel Vásquez
Msc. Marlon Hernández Anzora

Consejo Asesor

Lic. Francisco Eliseo Ortiz Ruíz
Dr. Rodolfo Luis Vigo
Dr. Joan Aménos Alamo
Dr. José Machado
Dr. Florentín Meléndez

Colaboradores

Eric Barahona
Jessica Marlen Durán

Diseño y diagramación
Lic. René Mauricio Mejía

Diseño de portada

J. Galeano
Fotografía de portada
Nelson Lazo

Impreso en la Imprenta Universitaria
Universidad de El Salvador

DONACION

Dr. Rodolfo Castro

Revista Derecho

Autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Junta Directiva

Decano

Dr. José Humberto Morales

Vicedecano

Msc. Oscar Mauricio Duarte Granados

Secretario

Lic. Francisco Granados

Representantes Docentes

Propietarios:

Lic. Reinerio Carranza

Lic. Alfredo Pineda Saca

Suplentes:

Msc. Juan José Castro

Dra. Evelyn Farfán Mata

Profesionales no Docentes

Dr. Luis Reyes Santos

Dr. Enrique Mencía

Representantes Estudiantiles

Propietarios:

Br. Jonathan Sisco

Br. Daniel López Guerra

Suplentes:

Br. Julio Martínez

Responsables de Unidades

Director de Escuela de Ciencias Jurídicas

Dr. Julio Alfredo Olivo Granadino

Director de Escuela de Relaciones

Internacionales

Lic. Jorge Alberto Aranda

Departamento de Derecho Penal

Lic. David Omar Molina

Departamento de Derecho. Privado y Procesal

Lic. Jorge Alonso Beltrán

Departamento de Ciencias Políticas y Sociales

Lic. Erick Napoleón López

Departamento de Derecho Público

Dr. Henry Alexander Mejía

Jefe del Socorro Jurídico

Lic. Raúl Chatara Flores

Coordinador de Proyección Social

Lic. Reinaldo Chávez

Jefa de la Unidad de Planificación

Licda. Miriam M. de Villegas

Administrador Académico

Ing. Danny W. Gutiérrez

Administrador Financiero

Lic. Jorge Posada Majano

Jefa de Biblioteca

Alejandrina Martínez Meza

Jefe de Servicios Generales

Jorge Alberto Lara

Jefa de Comunicaciones

Licda. Mercedes Alicia Montes

Coordinador de la Unidad de Cultura y Comunicaciones

Lic. René Mauricio Mejía

Contenido

Presentación	7
Dr. Julio Olivo Granadino	
El derecho humano al agua como parte del desarrollo económico y social	9
Dr. José Miguel Vásquez	
Introducción	9
1. Perspectiva económico-social del agua	11
2. El derecho al agua como un derecho económico y social	15
3. Derecho al agua: libertades, derechos y principios	17
4. Elementos del derecho al agua	20
5. Conclusión	25
Un fenómeno de transición en los derechos económicos y sociales: del derecho al alimento al derecho a la alimentación	27
Dra. Sandra Geraldine Huezó Alférez	
Introducción	27
1. La alimentación como preocupación internacional	30
2. La naturaleza de la alimentación como derecho humano fundamental	31
3. El codex alimentarius: normativa potestativa sobre alimentación	36
4. El derecho a la alimentación hoy: una concreción indefinida pero latente	38
Control contencioso administrativo de los estudios de impacto ambiental y la responsabilidad por daños ambientales	41
Dr. Henry Alexander Mejía	
Introducción	41
1. Consideraciones generales	42
2. El Derecho Ambiental como protector del medio ambiente	43
3. La Evaluación de Impacto Ambiental	46
4. Regulación jurídica de la EIA en El Salvador	48
5. El procedimiento de EIA	50
6. Control del MARN como ente emisor del Permiso ambiental ...	52
7. Responsabilidad por los daños ambientales	62
8. Reparación de los daños al medio ambiente	65
9. Reflexiones conclusivas	66

El principio *in dubio pro consumidor* y los derechos básicos en la ley de protección al consumidor 69
Dr. Armando Láinez Olivares

1. El principio a favor del consumidor o *in dubio pro consumidor* 69
2. Aspectos constitucionales de carácter económico relacionados con el *in dubio pro consumidor* 72
3. Las directrices de la Organización de Naciones Unidas y su relación con la ley de protección al consumidor 77
4. Los derechos básicos del consumidor 84

Aproximación conceptual al fenómeno de la responsabilidad social de la empresa y el nuevo derecho de *soft law* en la sociedad global 91

Dr. Julio Olivo Granadino

- Ideas introductorias 91
1. Aproximación conceptual al fenómeno de la Responsabilidad Social de la Empresa 95
 2. Normas de *soft law* en materia de Responsabilidad Social Empresarial 107
 3. El nuevo derecho de *soft law*: tipología de las normas de responsabilidad social empresarial 111
 4. Del *hard law* al *soft law* : reflexión y planteamiento de una teoría pendular del derecho 115

El relativo éxito institucional de la “ciudad compacta” en los Estados Unidos: crónica de una polémica 119

Dr. Joan Amenós Álamo

- Introducción y justificación del artículo 119
1. Qué es el *sprawl*. Descripción general 121
 2. Las posiciones anti-*sprawl* y su acción institucional 125

Presentación

La presente edición de la Revista Derecho, en su nueva época, es un reflejo extraordinario de los vientos de cambio que soplan en la Universidad de El Salvador.

Con las máximas atrevete a pensar de Kant y atrevete a transformar el mundo, parafraseando a Marx, pretendemos inaugurar una nueva época en el pensamiento y reflexión sociojurídico de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Nos disponemos a retar las una y mil adversidades que giran en torno al alma mater y que se erigen como obstáculos vertiginosos para evitar la difusión de nuestro pensamiento crítico. Es en esta ruta, visualizada en espiral y no de otra manera, que nos planteamos la búsqueda de formas innovadoras para sistematizar nuestro quehacer docente y prácticas investigativas.

Los constructos teóricos que ahora presentamos, tienen como eje una visión social del derecho o la plena legitimación de nuestro sistema jurídico a partir de los aportes que éste pueda brindar a la sociedad salvadoreña. Irradiar hacia los diferentes sectores de la sociedad, poderes formales y fácticos, una concepción de derecho, situada más allá de las normas jurídicas –en tanto herramientas de regulación de conductas ciudadanas–, como ese algo que se legitima cada día, en la medida que se aproxima a sus escurridizos valores, cumple sus funciones sociales, y contribuye en la resolución de problemas.

Inspirados en la reflexión precedente, presentamos a la comunidad jurídica nacional e internacional, una serie de artículos que pretenden constituirse en andamiajes teóricos; puntos de partida y no de llegada para la construcción y reconstrucción de hipótesis para el abordaje de los principales temas del mundo jurídico salvadoreño. No es casual entonces, que nos propongamos dilucidar acerca de la existencia de un derecho humano al agua, su naturaleza y consecuencias jurídico políticas y económico sociales, derivadas de las formas de administración del recurso hídrico, ya sea como bien público o como bien privado. Lo cierto es que en el nivel predictivo de la ciencia, el agua o metafóricamente denominado el “oro azul”, se convertirá –o ya se convirtió– en una de las principales causas de conflictividad social en el nuevo milenio.

De igual manera se abordan, el Derecho a la Alimentación en tanto derecho de Segunda Generación que reviste significativa importancia, no sólo por el debate que pretende hacerle valer como derecho prestacional, sino porque se trata de un derecho humano que al igual que el derecho al

agua, aparecen entrelazados en torno a la plena realización del derecho a la vida, y todavía más, a una vida digna.

La preocupación por la tutela del medio ambiente en general y las responsabilidades civiles en materia de daño medioambiental, también son abordados, al lado de los mecanismos de control a través de las Evaluaciones de Impacto ambiental (EIA) y los denominados incentivos ambientales que tienen que ver con las políticas públicas o el papel del Estado respecto a estos temas, controversiales en su misma naturaleza, pues en ellos, vemos reflejados problemas jurídicos de larga data, como lo son: la protección del medio ambiente y el desarrollo económico.

La reivindicación del derecho como solución de problemas sociales, aparece también desarrollada en el artículo que aborda la promoción y defensa de los derechos de los consumidores, o el “in dubio pro consumidor” que tiene a su base, al igual que en el derecho laboral, el reconocimiento del desequilibrio en la relación comercial entre consumidor y proveedor.

No podía faltar, como teoría integradora de los fenómenos abordados, el tema de la Responsabilidad Social de la Empresa y el nuevo derecho de soft law que se perfila en el nuevo milenio como una herramienta coadyuvante a los ordenamientos jurídicos de hard law, en aras de garantizar y efectivizar el pleno cumplimiento de los derechos humanos y derechos fundamentales en la sociedad actual.

Finalmente, presentamos al jurista internacional de esta edición, con una visión actual y novedosa en el campo del “derecho urbanístico”; los intensos debates en torno a las concepciones doctrinales de la “ciudad compacta” y la “ciudad dispersa” y la búsqueda de una visión de eco-desarrollo en función del bienestar del ser humano, en donde aparece encerrado irremediablemente, el tema de la planificación y ordenamiento de nuestras ciudades, dicho sea de paso, convertidas en un caos en la actualidad.

Ponemos en manos de nuestros lectores y lectoras una nueva edición de la Revista Derecho, no para correr la suerte de engrosar estantes en las bibliotecas, sino para emprender la empinada tarea de problematizar la realidad jurídica nacional y construir un pensamiento jurídico científico y iusfilosófico que asuma como objeto de investigación y transformación la compleja y movедiza realidad jurídica salvadoreña.

Dr. Julio Olivo Granadino
Director Editor

El derecho humano al agua como parte del desarrollo económico y social

Dr. José Miguel Vásquez López*

Introducción

El agua es un elemento necesario para el desarrollo económico y social, lo cual puede ser evidenciado por la cantidad de usos que puede tener para distintas actividades económicas y de beneficio social, tal es el caso de los usos consuntivos y no consuntivos¹.

Uno de los grandes temas que deben abordarse en el concierto académico es el ordenamiento de los recursos hídricos a nivel nacional, que

* El autor es Doctor en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de El Salvador. Tiene una Maestría en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asimismo, es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Se ha desempeñado como Asesor Jurídico de CARE EL SALVADOR en el sector de agua y saneamiento, y actualmente es profesor de Principios de Filosofía en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

1 Vid. QUEROL, M., "Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos", en *Serie: Recursos Naturales e Infraestructura*, N.º 64, División de Recursos Naturales e Infraestructura CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2003, p. 15. Los usos consuntivos son aquellos que extraen el recurso de su ubicación natural, lo utilizan para sus fines y luego lo vierten en un sitio diferente, reducido en cantidad y con una calidad distinta, como por ejemplo los usos industriales, agrícolas y de uso doméstico; Por el contrario, los usos no consuntivos no requieren sacar el agua de su lugar natural ni modifican el recurso ni en cantidad ni calidad, por ejemplo los usos energéticos, recreativos o de navegación. DIMAS, L., *Agua: recurso estratégico para nuestro crecimiento económico y social. Situación y desafíos*, FUSADES, San Salvador, El Salvador, 2006, p. 2. Leopoldo Dimas, uno de las grandes autoridades del tema en El Salvador, ha manifestado en varias ocasiones que el recurso hídrico es necesario para fomentar incluso en el clima de los negocios, y realiza un estudio donde analiza la situación hídrica desde distintas aristas: contaminación, gobernabilidad, gestión internacional del agua, pagos por servicios ambientales, gestión transfronteriza, etc.

exponga claramente cuáles deben ser los usos que deben ser privilegiados por la sociedad salvadoreña, antes que intereses particulares².

El abastecimiento de agua potable y saneamiento, debe ser uno de los intereses prioritarios, ya que éste materializa la perspectiva de sobrevivencia para todos los ciudadanos. Es decir, que el uso más importante del vital líquido para lograr el desarrollo económico y social es el abastecimiento de agua potable y saneamiento, el cual se traduce en el servicio público que debe prestar el Estado salvadoreño.

El agua tiene un valor económico y un valor social, que obliga a pensar en el abastecimiento del agua para toda la población no sólo a los grandes usuarios que ocupan este recurso para la generación de actividades comerciales. Es precisamente, la traducción jurídica del problema del agua a nivel nacional e internacional y a la cual se pretende dar realce en este ensayo.

Actualmente, en el derecho internacional se discute sobre el reconocimiento de un derecho al agua, el cual consiste en el derecho de acceder a una cantidad suficiente y de calidad de agua, en condiciones de equidad y no discriminación, para usos personales y domésticos. El tema

2 Sin embargo, y aunque se tiene conocimiento de que el acceso a agua es importante para mejorar el clima de los negocios y el desarrollo humano, en El Salvador se carece de una legislación hídrica única que ordene todos los usos del agua por los distintos usuarios. Para verificar, nada más, la gran cantidad de leyes dispersas en el país pueden consultarse las siguientes: Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), Decreto- Ley N.º 341 del 17 de octubre de 1961, publicada en el D.O. N.º 191, Tomo 193, del 19 de octubre de 1961; Ley de Riego y Avenamiento, Decreto Legislativo No. 153, publicado en el D.O. N.º 213, Tomo 229 del 23 de noviembre de 1970; Ley sobre Gestión Integrada de los Recursos Hídricos, Decreto Legislativo N.º 886, del 2 de diciembre de 1981, publicada en el D.O. N.º 221, Tomo 273, de la misma fecha; Código Municipal, Decreto Legislativo N.º 274 del 31 de enero de 1986, publicado en el D.O. N.º 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997, y entró en vigencia el 20 de abril de 1998; Código de Salud, Decreto Legislativo N.º 955, del 28 de abril de 1988, publicado en el D.O. N.º 86, Tomo No. 299 del 11 de mayo de 1988; Ley de Minería, Decreto Legislativo N.º 544, del 14 de diciembre de 1995, publicado en el D.O. N.º 16, Tomo 330 del 24 de enero de 1996; Ley de Medio Ambiente, Decreto Legislativo N.º 233 del 2 de marzo de 1988, publicado en el D.O. N.º 79, Tomo 339 del 4 de mayo de 1998; también, se puede mencionar algunos reglamentos que son atinentes al agua: Reglamento sobre la Calidad del Agua, el Control de Vertidos y las Zonas de Protección, Decreto Legislativo 50 de 1987, publicado en el D.O. N.º 191, Tomo 292 del 16 de octubre de 1987; Reglamento Especial de Aguas Residuales, Decreto Ejecutivo N.º 39 del 31 de mayo de 2000, publicado en el D.O. N.º 101, Tomo 347 del 1 de junio de 2000; Reglamento Especial de Normas Técnicas de Calidad Ambiental, Decreto Ejecutivo N.º 40 del 31 de mayo de 2000, publicado en el D.O. N.º 101, Tomo 347 del 1 de junio de 2000; Reglamento Especial en Materia de Sustancias, Residuos y Desechos Peligrosos, Decreto Ejecutivo N.º 41 del 31 de mayo de 2000, publicado en el D.O. N.º 101, Tomo 347 del 1 de junio de 2000; Reglamento Especial sobre el Manejo Integral de los Desechos Sólidos y sus Anexos, Decreto Ejecutivo No. 42 del 31 de mayo de 2000, publicado en el D.O. N.º 101, Tomo 347 del 1 de junio de 2000.

cobra relevancia, a partir de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), colaboró en el año 2002 la Observación General 15, en la cual desglosa el contenido normativo del Derecho al Agua.

La tesis que domina en este ensayo es que un reconocimiento del derecho al agua, a nivel nacional puede influir en el desarrollo económico-social, ya que impacta en una de las actividades del Estado como es el servicio público de agua, el cual puede ayudar a erradicar la pobreza, según los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que señalan como una de las causas de pobreza en el mundo la falta de acceso al agua potable³.

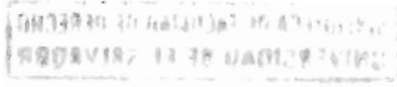
1. Perspectiva económico-social del agua

El agua puede valorarse desde muchas perspectivas, pero se cree que las más importantes son las perspectivas económica y social. Es decir, que el agua puede verse reflejada como un bien económico o un bien social. Realizar una definición acerca de cuál es la mejor forma de clasificación del agua, no es una tarea sencilla; PEDRO ARROJO, ha elaborado una novedosa clasificación del agua, a partir de la función que desempeña en la sociedad, así: agua- vida, agua- ciudadanía, y agua- economía⁴.

En la primera categoría se ubica el agua en su uso doméstico en general: alimentación, higiene, otros; en la segunda categoría se refiere al agua como un servicio público que debe ser prestado para los usos primordiales que han sido mencionados en la primera categoría; y la tercera, es para todos los usos necesarios para la producción empresarial.

3 CASTELLÓN, G. y BAIRES QUEZADA, R., *Acceso al agua potable: Cifras alegres y goteo racionado*, en <http://www.fusades.org/index.php?art=1371>. Según el objetivo siete de Desarrollo del Milenio (ODM) El Salvador está comprometido como país a “reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que carezcan de acceso sostenible al agua potable”. Las cifras de la autónoma son esperanzadoras: Nueve de cada diez salvadoreños tienen acceso a una fuente mejorada de agua potable, son cifras que se desprenden de la *Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples (EHPM) 2007*, la última que se ha hecho pública por el Ministerio de Economía. De ser ciertas, El Salvador ya habría alcanzado la meta. Sin embargo, los datos de la encuesta demuestran otra realidad: Para llegar a ese 90% de la población, las estadísticas de ANDA toman como acceso a una fuente mejorada de agua potable aquellas familias que se proveen de agua a través de pipas, pozos, ojos de agua, ríos o quebradas. Al limitarse a la cantidad de familias con acceso al agua por cañería, éste no supera el 79%. El dato podría ser menor, toda vez que el promedio diario de agua, según la misma EHPM de 2007, alcanza apenas cuatro horas diarias.

4 ARROJO, P., “Una nueva ética en material de gestión de aguas”, en INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, *El derecho humano al acceso al agua potable y saneamiento*. Serie carta de derechos emergentes, N.º 4, pp. 34 y ss.;



Por su parte, MALCOLM LANGFORD cree que se puede categorizar al agua como un bien económico, bien común, bien comunitario y bien social⁵. La primera categoría considera al agua como una mercancía, lo que significa que se le asigne un precio y que el mercado se encargue del abastecimiento del agua potable y saneamiento, y que en un futuro se realicen mercados de agua, es decir que el agua sea un bien privado⁶.

La segunda categorización, según LANGFORD, contempla la posibilidad de que el agua sea un bien común, es decir, jurídicamente sea igualable a un bien de dominio público, y que la prestación del servicio público sea realizado por empresas públicas. Obviamente, no hablamos de precios por el consumo de agua, sino de una tarifa. El modelo salvadoreño se enmarca todavía en ésta categoría, ya que se tiene a ANDA y el servicio se paga por una tarifa diferenciada por bloques de consumo.

Y en la última categoría, señala LANGFORD, que el recurso hídrico sea considerado como un bien comunitario o local, que por lo tanto, implique la posibilidad de que los gobiernos locales presten el servicio sin injerencia directa o participación del gobierno central, y sólo de acuerdo al principio de subsidiariedad. Este modelo, es el que se establece en España, pues son los municipios quienes administran los sistemas de agua potable, con el agua que le es proporcionada por el Estado Español a las Comunidades Autónomas, y éstas a su vez se lo trasladan a los municipios⁷.

Por último, el enfoque de bien social, que está ligado más al de los consumidores y que se relaciona más con el agua como bien común y como bien comunitario; éste se refiere a considerar que el agua posee, en el servicio de agua potable, un valor económico y social, ya que no se puede establecer al agua como un recurso gratuito, porque eso degeneraría en abuso. Pero, por el otro lado, tampoco como bien estrictamente económico, porque decantaría en la propiedad privada del agua, lo cual dañaría la supervivencia de las personas.

5 LANGFORD, M. "The United Nations concept of Water as Human Right: a new paradigm for old problems?" en BISWAS, A.K. (Eds.), *Water Resources Development*. 21. 2005. p. 275.

6 DONOSO, G. y otros. *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*. CEPAL. Serie de recursos naturales e infraestructura. No 80. Santiago de Chile. Noviembre de 2004. p. 9.

7 SÁINZ MORENO, F. "Competencias en materia de abastecimiento de agua y saneamiento", en SOSA WAGNER, F. (COORDINADOR). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tomo II. Ed. Tirant lo Blanch, 1ª ed.. España. año 2000. pp. 1937- 1947.

Se percibe que MALCOLM LANGFORD se encuentra más de acuerdo con éste último enfoque porque establece que el agua debe estar en función de la dignidad de la persona humana, por lo tanto debe cobrarse lo justo por el consumo de agua, pero a la vez, debe protegerse de los abusos de los usuarios y consumidores, lo cual puede hacerse a través de herramientas económicas bien establecidas.

Es decir, que esta categoría está más ligada a la de protección de los consumidores. Por tal motivo, el modelo Argentino se asemeja mucho a éste, ya que en el Art. 42 de su Constitución, se establece los derechos de los consumidores y usuarios como derechos fundamentales y que deben ser garantizados por el Estado, quien presta el servicio público de agua potable y saneamiento⁸.

Por tal motivo, han existido serias demandas ante los tribunales locales argentinos para demandar del Estado el acceso de agua potable y al saneamiento. Obviamente, que en Argentina han reconocido a nivel jurisprudencial el derecho al agua⁹.

Sobre la categorización que realiza PEDRO ARROJO y MALCOLM LANGFORD, es necesario concluir que son columnas doctrinales que deben ser tomadas en cuenta a la hora de categorizar el agua, de acuerdo a los fines que se plantee el legislador.

En mi opinión, la clasificación más acertada es la realizada por Argentina, ya que establece un nivel de equilibrio entre la perspectiva económica y de bien común. Y creo que es importante destacar que, la comunidad internacional, también coincide con el punto de vista expresado.

8 MATA, I. "Lineamientos del régimen jurídico del agua potable y saneamiento", en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Rap. 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 527 y ss.

9 Constitución de la Nación Argentina, del 22 de agosto de 1994, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 23 de agosto de 1994, s.d. de publicación, puede ser consultada en línea en: http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf (consultada el 3 de mayo de 2009); AMAYA NAVAS, O. "El derecho al agua en el constitucionalismo ambiental de América Latina", en AA.VV., *Derecho de aguas*, Tomo III, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1ª Ed., Bogotá, Colombia, 2007, pp. 217 y ss. La propuesta que se realiza por el mencionado autor es que se realice una protección indirecta del derecho al agua a través del derecho al medio ambiente, al igual que en la Constitución Colombiana; además, por la vía jurisprudencial: Sentencia "Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo". Expte. N.º 311-CA-1997. Sala II. Cámara de Apelaciones en lo Civil. Neuquén. 19 de mayo de 1997; en esta acción de amparo interpuesta por el Defensor del pueblo, pide la protección del derecho a la salud y el acceso al agua segura o de calidad para los jóvenes y niños de la comunidad, debido a la contaminación de las aguas que consumía la comunidad, posiblemente por mercurio y plomo.

Baste señalar dos instrumentos internacionales: *Los principios de Dublín y la Observación General 15 del CDESC*. El primero de éstos, en el Principio N.º 4 establece el valor económico del agua, pero además establece su valor social, al mencionar que el acceso al agua es un derecho¹⁰.

El CDESC ha considerado al agua como un bien social en la Observación General 15, que pretende manifestar de forma ecléctica la categorización del agua teniendo en cuenta la dignidad de la persona humana:

“El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras”¹¹.

Por tanto, a nivel de resonancia jurídica sería interesante que se realizara un reconocimiento del derecho al agua como un derecho fundamental dentro de nuestra Constitución, ya que esto traería el efecto inmediato de demandar del Estado un proceso de mayor cobertura en el servicio, evitando que los prestadores particulares se aprovechen de los usuarios y consumidores¹².

10 *Vid. Declaración de Dublín sobre agua y desarrollo sostenible*, en: <http://www.wmo.ch/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedece.html>; “Principio No. (sic) 4: El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico. En virtud de este principio, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos.”

11 COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Cuestiones relativas a los Derechos económicos, sociales y culturales, Observación General 15: El Derecho Humano al Agua*, U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 26 de noviembre de 2002. p. 4, párr. 11, que en adelante, se citará OG 15.

12 Es claro que en nuestro país, a pesar de que existe una empresa estatal dedicada a la prestación del servicio de agua potable, existen otras que son de carácter privado y comunal, por lo que además de una reforma constitucional, ayudaría mucho una reforma hídrica que integre una ley general de aguas y una ley del subsector de agua potable y saneamiento. Es bien sabido, que compatibilizar estos criterios es muy complicado por el tema de la sostenibilidad de los sistemas de abastecimiento de agua, sin embargo, con una buena política de tarifas y de vigilancia a los prestadores particulares es posible mejorar, lo cual no significa solucionar todo el problema de cobertura y de acceso.

2. El derecho al agua como un derecho económico y social

El derecho al agua, de acuerdo a la Observación General 15, se desprende del derecho a un nivel de vida digno y el derecho a la salud, consagrados en los Arts. 11 y 12 respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). De acuerdo a esto, por el solo hecho de desprenderse de derechos de “segunda generación”, podría considerarse que la clasificación del derecho al agua puede encuadrarse en los DESC¹³.

Aunque no comparto plenamente dicha clasificación, por considerar que el derecho al agua plantea también una perspectiva medioambiental que lo une con el derecho al medio ambiente, el cual es calificado como derecho de “tercera generación”, y con el derecho a la información, de “cuarta generación”; puede decirse en ese sentido, que a nivel de relación con otros derechos humanos es un derecho de clasificación múltiple porque constituye una especie de derecho instrumental para la consecución de otros derechos. Quiere decir, que el acceso al recurso hídrico constituye un medio importante para el desarrollo social y económico de los ciudadanos.

Un ejemplo claro, es su relación con otros derechos sociales como el derecho a la salud, alimentación, vivienda y medio ambiente sano. El derecho a la salud¹⁴ se relaciona con el derecho al agua, en cuanto que el mantenimiento del agua en condiciones de calidad, es decir no contaminada y potabilizada, plantea la posibilidad de tener un buen estado de salud física y mental entre los ciudadanos. El derecho al agua plantea por ejemplo, en uno de sus elementos normativos, la calidad del agua, la cual consiste en que

13 Clasificación que corresponde a una perspectiva histórica de apareamiento de los Derechos Humanos, y que sólo puede ser ocupada para efectos pedagógicos, ya que la visión de que hay jerarquización entre los derechos humanos, además de estar superada por la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, se considera desafortunada ya que en esencia todos los derechos humanos plantean las mismas obligaciones en una menor o mayor medida, tanto los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Id.* ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. en *La aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto, 1ª. ed., Rosario, Argentina, 1997, pp. 283- 350.

14 El derecho humano a la salud esta reconocido en el Art. 12 del PIDESC, y también en la Constitución Salvadoreña en los Arts. 1, 65, 66 y 67.

no existan sustancias químicas nocivas, ni heces fecales en el agua que sirve para consumo humano¹⁵.

Baste mencionar otro ejemplo, en donde el CDESC ha dicho que el derecho al agua se encuentra en íntima relación con el derecho a la alimentación, pues el agua es el alimento mismo más importante para mantener la existencia de los seres humanos y además, constituye el medio más importante para la producción de alimentos, a través de los cultivos¹⁶.

En El Salvador, por ejemplo, la Ley de Riego y Avenamiento privilegió el agua para consumo humano, antes que el regadío. Sin embargo, el objeto de la ley es distribuir el agua para optimizarla para la producción de cultivos. En esto podemos verificar la gran relación que existe entre el acceso al agua y los alimentos.

Por otro lado, el derecho al agua es necesario para la realización de una vivienda digna, ya que tener una estancia digna, es decir, un lugar donde se pueda tener privacidad y bienestar físico, implica poseer instalaciones que brinden condiciones de salud, tal es el caso que puedan disponer de grifos para el aseo personal y la higiene doméstica, y saneamiento ambiental para la disposición de excretas¹⁷.

Por último, su relación con el Derecho al Medio Ambiente es importante, ya que se plantea la tutela de los recursos naturales, entre ellos el agua. Es importante decir que la relación entre ambos derechos se da en dos vías, la protección de los recursos hídricos desde una perspectiva antropocéntrica, en donde si protegemos el agua, garantizamos el abastecimiento sustentable de agua potable; luego, si se cumple el derecho al agua, se debe cumplir el saneamiento, lo cual nos plantea devolver el agua

15 GONZÁLEZ E., "El Derecho a la Salud", en FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO, *Estudios sobre Derechos Humanos*, FESPAD, 1ª. Ed., San Salvador, Noviembre, 2004, pp. 211- 258.

16 *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Observación General N.º 12 (1999), El Derecho a una alimentación adecuada. (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 18º período de sesiones, Ginebra, 25 de abril al 12 de mayo de 1999, Tema 4 del Programa, E/C.12/1999/5.

17 *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Observación General N.º 4 (1991), El Derecho a una vivienda adecuada. (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 6º período de sesiones, Ginebra, 25 de noviembre al 12 de diciembre de 1991, Tema 10 del Programa, E/1992/23.

a los mantos acuíferos, después de su utilización, de una forma menos contaminada a través de las plantas de tratamiento¹⁸.

De todo lo anterior puede advertirse, que el acceso al agua potable y a un saneamiento ambiental puede mejorar el desarrollo económico y social de la comunidad salvadoreña. No se olvide, que para medir los índices de pobreza en una población es importante analizar los índices de personas sin acceso agua; así que para combatir la pobreza, nada mejor que aumentar los índices de acceso a agua potable y saneamiento ambiental.

3. Derecho al agua: libertades, derechos y principios

La OG 15 pasa por definir que el Derecho Humano al Agua, tiene un contenido que se refleja en la posesión de libertades (*freedoms*) y derechos (*entitlements*):

“El Derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar el derecho al agua.”¹⁹

Si observamos con detenimiento, la Observación General 15, hace referencia a un elemento especialmente importante, como lo es la protección del agua ante la contaminación; en este punto se puede apreciar la dimensión ambiental del Derecho al Agua, ya que si queremos abastecer de agua a los seres humanos para que éstos lleven una vida digna, no debemos olvidar la protección legal del recurso hídrico.

Como se ha manifestado *supra*, se nota una posición antropocentrista, es decir, que el propósito de protección del recurso natural atañe a la

18 INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA. *Op. cit.*, pp. 135 y 136. Aunque las naturalezas del derecho al medio ambiente y el derecho al agua son disímiles, hay acuerdo en cuanto a que ambos derechos construyen la protección colectiva de los ciudadanos en cuanto a los recursos naturales. Esta idea puede ser criticable, en la parte de las naturalezas jurídicas, ya que no obstante el Derecho al Agua tiene un fuerte componente individual, tampoco se puede negar que es un derecho de solidaridad y por tanto de tercera generación.

19 COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Cuestiones...* Párr. 10.

protección misma del ser humano. Tal como dice ANTOINETTE HILDERING, muchos otros recursos naturales que son necesarios para el desarrollo son sustituibles, sin embargo el agua es la vida misma, si no hay agua, no hay vida, tal como ocurre con el oxígeno²⁰

La Observación General 15, establece como contenido normativo “derechos”, esto significa que debe haber “equidad” en el acceso al agua, para lo cual debe existir un sistema de abastecimiento que no haga distinciones entre la población y que ofrezca la misma oportunidad de acceso a agua para cualquier estrato social. Quizá a nivel social, ésta sea una de las grandes contribuciones de esta Observación, pues en signo de justicia ubica a todas las personas, de acuerdo a su dignidad, en el mismo nivel de importancia para recibir agua potable, sobre todo en países en los cuales se discrimina a las personas por su condición económica y no disponen de agua potable²¹.

Es necesario manifestar, que las libertades son el acceso a agua potable y la no interrupción del servicio; se podrá creer que estamos refiriéndonos al mal gasto del agua, sin que exista una regulación en su uso, lo cual no es así, ya que el sentido de la Observación está más ligada al hecho de no cortar definitivamente el servicio de agua, pues debe de haber una política de pago de mora, por parte de los entes administradores del vital líquido, o una política de subsidios por parte del Gobierno con la finalidad de no coartar la cantidad necesaria de agua, ni tampoco se genere la insostenibilidad de los sistemas de abastecimiento de agua. Por otro lado, lo que se entiende por derechos, es la posibilidad de contar con la estructura necesaria, con el objetivo de abastecer a la población sin ningún tipo de discriminación.

20 Vid. HILDERING, A., *Op. cit.* p. 3.

21 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre desarrollo Humano 1994*, Oxford University Press, Nueva York, 1994, p. 3 y ss. De acuerdo a este informe el no acceso a agua potable para muchas personas va en contra de la seguridad humana y contra los principios de Justicia Social; es interesante la vinculación que realizan con la seguridad humana: “La seguridad de agua es una parte integral de este concepto más amplio de seguridad humana. En términos generales, la seguridad se basa en que cada persona disponga de un acceso confiable a una cantidad suficiente de agua limpia por un precio asequible para lograr una vida saludable, digna y productiva, al mismo que se mantienen los sistemas ecológicos que proporcionan agua y también dependen del agua. Cuando no se cumplen estas condiciones o cuando se interrumpe el acceso al agua, la gente enfrenta grandes riesgos para la seguridad humana causados por un mal estado de salud y la interrupción de sus medios de sustento”. Por otro lado, también menciona que la falta de acceso a agua coarta los principios de Justicia Social, entre lo cuales se encuentra la Distribución Justa, por lo que se justifica el reconocimiento del Derecho Humano al Agua como un derecho fundamental y humano, de carácter no optativo, ya que éste persigue la equidad en cuanto a la distribución del vital líquido.

Luego la Observación General 15 establece ciertos parámetros para el establecimiento del derecho al agua y que forman parte del contenido normativo sin los cuales no se podría entender este derecho; así, SERGIO SALINAS ALCEGA considera que para conocer el contenido normativo de este derecho en particular, se debe establecer los alcances y los límites.

“Es necesario... establecer límites e identificar criterios que permitan garantizar el acceso equitativo de todos a un recurso esencial para la supervivencia. Delimitar hasta qué punto es objeto de protección y por tanto la extensión de las obligaciones de los Estados respecto a su plena realización y del derecho de los titulares para reclamar en caso de incumplimientos o violaciones del mismo”²².

Para realizar lo anterior, establece que el contenido normativo del derecho al agua puede sistematizarse en elementos sustantivos y procesales del derecho al agua y principios que rigen a esos elementos. Dentro de los elementos sustantivos del derecho se destacan los siguientes: capacidad para acceder al recurso, condiciones en las que debe encontrarse ese recurso y los objetivos o fines por los cuales se accede a ese recurso²³.

En los elementos de tipo procesal sólo se incluye el derecho a la información como una condición para poder participar en las decisiones acerca de las políticas del agua en los Estados, y obviamente para exigir el cumplimiento del derecho al agua a través de la vía administrativa o jurisdiccional²⁴.

Por último, SALINAS ALCEGA advierte que el derecho al agua establece dos principios en relación con el servicio de agua potable, estos son: el principio de no discriminación y el de equidad intergeneracional²⁵. Estos principios son ejes transversales que cruzan los elementos sustantivos del derecho al agua, por lo tanto no pueden estar desvinculados y están siempre presentes en los elementos que veremos a continuación.

22 SALINAS ALCEGA, M. “El Derecho al agua como Derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados”, en EMBID IRUJO, A (Director). *El Derecho al agua*, Ed. Aranzandi SA, s.e., Navarra, 2006, p. 106.

23 *Ibid.*; Véase en ese mismo sentido, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La realización del derecho al agua potable y al saneamiento. Informe del relator especial, El Hadji Guissé*, E/CN.4/Sub.2/2005/25, de 11 de julio de 2005, párr. 1.3. En éste último documento se señalan los elementos que debe reunir el derecho al agua: a) que sea físicamente accesible en el hogar, en los centros de enseñanza, en el lugar de trabajo, en los establecimientos de salud, o bien en sus cercanías inmediatas; b) Sea de suficiente calidad y culturalmente aceptable; c) Que esté en un lugar donde se pueda garantizar la seguridad física; d) Que tenga un buen precio que cada persona pueda pagar sin reducir sus posibilidades de adquirir otros bienes y servicios esenciales.

24 SALINAS ALCEGA, S., *Op. cit.* p. 108.

25 *Ibid.*

La relación de estos dos principios con el derecho al agua se entiende en la medida que el servicio de agua debe tener un carácter universal (no discriminación), es decir, por su carácter esencial para la sobrevivencia del ser humano, no puede ser negado por razones de raza, sexo, credo, condición social, o por condición económica, sobre todo esta última, ya que tiene relación con el pago del servicio.

Así, especialistas como MALCOLM LANGFORD y PETER GLEICK, consideran que el ser humano necesita 50 litros de agua al día para cubrir sus necesidades domésticas y personales, sin la cual no podría vivir; en consecuencia, es imposible que se pueda negar el acceso a agua por motivos de pago. Esta afirmación arrastra otra condicionante para la existencia de los seres humanos, como lo es el derecho humano a la alimentación; establece la importancia de no negar el agua porque es vital, sobre todo para la preparación de los alimentos, que se traduce en el derecho a la alimentación²⁶.

El principio de equidad intergeneracional, se refiere al compromiso por parte de los Estados a proporcionar la suficiente cantidad de agua para las futuras generaciones. Este principio no sólo es una obligación para los Estados, sino también para los titulares actuales de este derecho, ya que lo que se pretende es formar una cultura del buen uso del agua, es decir, evitar el mal gasto del agua en sectores que tiene un servicio aceptable²⁷.

4. Elementos del derecho al agua

a) Accesibilidad

Dentro de los elementos sustantivos del derecho al agua tenemos, en primer lugar, la capacidad para acceder al recurso, y éste se traduce en *Accesibilidad*; esto quiere decir, que los servicios de agua deben estar en una ubicación segura y responder a las necesidades de los diferentes grupos. Esta categoría incorpora dos dimensiones: Accesibilidad física y económica²⁸.

Accesibilidad Física: De acuerdo a lo que establece la Observación General, este concepto atiende a que el agua debe estar al alcance físico seguro, dentro o cerca de cada vivienda, escuela o centro de trabajo. Todos los

26 GLEICK, P., "Basic water requirements for human activities: meeting basic needs" en *Water International*, No 21, 1996, p. 83; LANGFORD, M., "The United Nations... cit. p. 275.

27 SCANLON, J., CASSAR, A., y NEMES, N., *Water as a Human Right?*, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, p. 25.

28 SALINAS ALCEGA, S., *Op. cit.* p. 108.

servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad²⁹.

Accesibilidad Económica: es lo que se conoce como *asequibilidad*, lo cual quiere decir, que el servicio no sólo debe ser accesible físicamente, sino también de forma económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles o al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto³⁰. Los servicios de agua deben ser asequibles en relación con el ingreso de las personas. Acceder al servicio de agua no debe reducir la capacidad de las personas para adquirir otros bienes esenciales, tales como alimentos, vivienda, educación y servicios de salud.

Quizá este elemento normativo sea uno de los más relevantes, ya que reconoce la visión del valor económico del agua. En efecto, la Observación en ningún momento contradice que el abastecimiento de agua no pueda cobrarse, lo que justamente tenga que cobrarse, y tampoco prohíbe la privatización de los servicios de agua potable; sin embargo al reconocer que el servicio debe ser asequible, está expresando que los usuarios deben tener acceso al servicio de agua, y que deberán cubrir un costo de tal forma que se prohíbe la gratuidad. Este tema abre la puerta al de las tarifas y al uso sostenible del recurso, tal como lo expresa la citada OG 15, en el número 11³¹.

29 EMBID IRUJO, A., "El Derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas", en EMBID IRUJO, A., (Director), *El Derecho al agua, ... cit.* p. 23; DUBREUIL, C., *The right to water: from concept to implementation*, World water council, 2006, p. 8.

30 *Ibid.*

31 LANGFORD, M., "The United Nations, ...". *Op. cit.* p. 277. En este sentido, no debe entenderse de que el agua deber ser gratis, sino que la Observación General 15 establece una aproximación intermedia, en el sentido de cobrar el servicio de agua potable a los ciudadanos que puedan pagar el costo completo, pero al mismo tiempo establece que no se debe de cobrar el costo completo a aquellos que no tiene lo suficientes ingresos, de tal forma que no se les prive del servicio. Han existido algunos casos donde se ha proveído el servicio de agua de forma gratis, pero hasta ciertas cantidades; estos casos son Sudáfrica y Chile. En el primero de los casos se proveía hasta 25 litros de agua por día, y el excedente era cobrado a los usuarios; lamentablemente la medida no tuvo éxito ya que no se tuvieron los suficientes fondos para seguir implementando la política, y por otro lado, la cantidad de agua proveída era por familia, no por individuos. El segundo caso, el costo completo fue cobrado, pero se subsidió a la población a través de las empresas prestadoras de servicios para que estas brindaran cierta cantidad de agua gratis a la población mas pobre; esta política tuvo mediano éxito, porque el 60 % de las personas con escasos ingresos fueron beneficiadas por el subsidio. Para mayor información véase GOMEZ-LOBO, A., y CONTRERAS, D., *Subsidy policies for the utility industries: A comparison of the Chilean and Colombian Schemes*, Universidad de Chile, s.e., 2000, p. 30.

Sin embargo, con el fin de establecer los límites de la accesibilidad, la ACADEMIA DEL AGUA agrega que ésta no debe interpretarse como un suministro gratis que genere desperdicio de agua:

“...no debe interpretarse ese derecho en el sentido de implicar que cada hogar deba ser abastecido por redes de distribución de agua y que ésta sea gratuita para todos, sino que significa únicamente que todos deben poder conectarse a redes existentes, en las zonas urbanas —accesibilidad física— y que los costes de abastecimiento deben de ser recuperados en su conjunto con la condición de que todos dispongan de agua potable —accesibilidad económica”³².

Es decir, que la accesibilidad es un elemento inmutable dentro del derecho al agua, pero que esta inmutabilidad es relativa en cuanto a la exigibilidad ante los Estados. Por lo tanto, los Estados están obligados en la medida de sus posibilidades, a construir redes de abastecimiento, según el criterio de concentración demográfica, y no en todos los lugares donde no se tenga acceso, sino donde exista una población grande que lo demande³³.

Por otro lado, tampoco se puede decir que el servicio de agua será gratuito para todos, sino que se recuperara el costo completo en los sectores de población que si puedan pagar el servicio en toda su dimensión, a otros se les subsidiará, y a otros se les cobrará una tarifa de acuerdo a sus posibilidades de pago³⁴. En este elemento normativo hay que resaltar que los Estados tienen esta obligación en la medida de sus posibilidades, ya que este derecho se vuelve de carácter progresivo; en consecuencia, se plantea la cuestión de los servicios de agua potable, cuya existencia no plantea de ninguna forma una violación directa al derecho al agua, de acuerdo a STEPHEN McCAFFREY³⁵. Este autor plantea la posibilidad de la privatización como una medida que vendría a beneficiar a muchos, pues incrementaría el acceso físico de los ciudadanos

32 ACADEMIE DE L'EAU, *Le droit à l'eau en Afrique et en Europe*. Actes de la Table ronde organisée à l'Unesco, France, 2005. p. 28: en el mismo sentido. SALINAS ALCEGA, S., *Op. cit.* p. 108.

33 CHACON PEÑA, M., “Derecho Humano al Agua”, en Revista electrónica de la Universidad de Sevilla, en línea: <http://www.eica.es/aliens/gimadus/>. p. 6.

34 SALINAS ALCEGA, S., *Op. cit.* p. 110.

35 McCAFFREY, S., “The Human Right to Water Revisited”, en BROWN WEISS, E., BOISSON DE CHARZOUNES, L. y BERNASCONI-OSTERWALDER, N., eds., *Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005. p. 23

más pobres al servicio de agua potable, principalmente porque, las empresas podrían traer un rápido beneficio en la construcción de infraestructura. Sin embargo, es probable que el problema no radique en la dimensión física de la accesibilidad, sino de la accesibilidad económica, ya que siempre las empresas buscan sus utilidades³⁶.

Siguiendo la línea que nos ha trazado el insigne SALINAS ALCEGA, podemos hablar del siguiente elemento sustantivo del derecho al agua, y estas son como hemos dicho anteriormente, las condiciones en que se debe de encontrar el recurso para poder ejercer el derecho al agua: disponibilidad y calidad del agua.

b) Disponibilidad suficiente de agua

Esta se refiere a que el suministro de agua para cada persona debe ser suficiente para el uso personal o doméstico, de acuerdo a lo que establece la Organización Mundial de la Salud³⁷, la cual establece que debe constituir normalmente de 50 a 100 litros diarios por persona y un mínimo de 20 litros. Estos lineamientos pueden ayudar en el diseño legal y desarrollo de los indicadores del derecho al agua.

En nuestros días la cantidad de agua escasea, porque hay una sobredemanda del agua para distintos usos, especialmente los que se refieren a las actividades de desarrollo económico³⁸, por lo que el derecho al agua lo que pretende asegurar es una cantidad suficiente para el consumo humano y los usos domésticos. Se ha pensado en una cantidad de 50 a 100 litros porque ésta es la necesaria para una vida digna, es decir, para poder ejercer el derecho a la alimentación, la vivienda digna, y el derecho a la salud; ya

36 BLUEMEL, E., "The Implications of Formulating a Human Right to Water", en HENKE C. (Ed.), *Ecology Law Quarterly* Vol. 31, No 44, 2004, p. 966. Este autor afirma que la privatización de los servicios de agua potable, inmediatamente incrementa las tarifas a los consumidores.

37 *Vid.* HOWARD, G., BARTRAM, J., *Domestic Water Quantity, Service, Level and Health*, World Health Organization, WHO Document Production Services, Geneva, Switzerland, 2003; DUBREUIL, C., *Op. cit.* p. 8.

38 DUBREUIL, C., *Op. cit.* p. 4. La autora considera que el agua para el desarrollo comprende aquellas actividades económicas que benefician a los particulares, tal es el caso de agua para generación de energía eléctrica, agricultura, y usos industriales. Comenta que estos son los principales usos que hacen que el agua escasee, por lo que deberían de ocupar el último lugar en prioridad; así habla del agua para la vida y agua para los ciudadanos, en donde enmarca los usos para la subsistencia de los seres humanos y para usos de interés general como la salud y el bienestar y cohesión social.

que para la subsistencia del ser humano, es necesaria nada más de 3 a 4 litros diarios por persona³⁹.

c) Calidad

El agua que se utilice para uso personal y doméstico no debe constituir un riesgo para la salud. Debe tener color, olor y sabor aceptables. El Comentario General hace notar que se requiere de servicios sanitarios adecuados a fin de preservar la calidad de las fuentes de suministro de agua, lo mismo que para proteger el derecho de toda persona a la privacidad, la dignidad y la salud⁴⁰.

Como ya hemos dicho anteriormente, los principios de no discriminación y equidad intergeneracional son ejes horizontales que están presentes en los distintos elementos del derecho al agua; sin embargo, uno de los más importantes y que el autor, antes mencionado, considera dentro de los elementos sustantivos es el de *No discriminación*.

El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. El Estado está obligado a garantizar que no exista discriminación, ni de derecho ni de hecho, con base en características definidas de las personas, tales como raza u origen nacional o social.

Los Estados deben prestar atención especial a los grupos vulnerables o tradicionalmente marginados, tales como los pueblos indígenas y las mujeres. Otros derechos humanos, tales como el derecho a los alimentos y el derecho a ganarse la vida mediante el trabajo también requieren del acceso al agua, en particular para los grupos marginados.

39 THORSTEN, K. y BRÖLTMAN, C. "Beyond State Sovereignty: The Human Right to Water" en *Non-State Actors and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Volume 5, Number 3, 2005. *Op. cit.* pp. 199- 200.

40 DUBREUIL, C., *Op. cit.* p. 8; EMBID IRUJO, A., *Op. cit.* p. 23

d) Uso personal y doméstico

El último elemento sustantivo es el de los fines para los que se ocupa el recurso. Se considera que, en definitiva, los usos del agua que la OG 15 tutela son los usos personales y domésticos, los cuales han sido tratados *supra*. Así, para apuntalar la cuestión, podemos citar al insigne HENRI SMETS, quien manifiesta que el derecho al agua no concierne más que el *agua para la vida*, es decir, el agua para los usos domésticos esenciales para el hombre, de forma que no trata ni de las cantidades de agua necesarias mas allá de esas necesidades esenciales ni del agua para otros usos distintos de los domésticos⁴¹.

e) Acceso a la información

El último término, el elemento de tipo procesal como lo es el *Acceso a la información*, puede describirse de la siguiente manera: la accesibilidad comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones de agua. Los Estados partes deben de difundir la información veraz y objetivamente de los planes y estrategias que se tengan para ejecutar proyectos para el abastecimiento de agua, lo cual supone que se tome en cuenta a todos los sectores de la vida nacional y haya plena participación en la toma de decisiones⁴².

5. Conclusión

El Derecho al Agua es esencial para el desarrollo de los pueblos y naciones, sobre todo de aquellos que tienen problemas con el hambre y la pobreza. Por lo tanto, su reconocimiento implicaría una seria apuesta por parte de los Estados para la lucha contra la discriminación y la marginación, principalmente porque en su contenido se esconde una clara referencia a la dignidad de la persona humana.

41 SMETS, H., *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, Ed. Universidad del Rosario, 1ª ed., Bogotá, Colombia, 2006, pp. 7 y ss.

42 EMBID IRUJO, A., *Op. cit.*, p. 23.

Un fenómeno de transición en los derechos económicos y sociales: del derecho al alimento al derecho a la alimentación

Dra. Sandra Geraldine Huezó Alférez*

Introducción

Las crisis alimentarias son un peligroso síntoma de que muchos de los compromisos al desarrollo aún están en fase de germinación. El inicio del problema es un desconocimiento estatal en la justa dimensión de prestación-progresiva¹ de los derechos humanos de segunda generación², que, con medidas mínimas y amparados en la poca o limitada capacidad para hacerlos efectivos, se complementa con una idea lejana de pertenencia, “al” y “por” el ciudadano, para exigir la concreción normativa- fáctica de un importante derecho: a la ingesta alimenticia.

* Doctora y Master en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, con especialidad en Bioseguridad Legal; Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Dr. José Matías Delgado; Coordinadora del Área de Derecho Internacional e Integración, y Docente Tiempo Completo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Dr. José Matías Delgado; Miembro del Concejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública; Egresada de la Maestría en Relaciones Internacionales con enfoque en Integración, Cooperación y Desarrollo de la Universidad de El Salvador.

1 Sobre el particular, no debe olvidarse que la justificación para detener el avance en el cumplimiento de los derechos económicos y sociales, en cuanto a capacidades estatales, está sujeta a lo dispuesto en los Principios de Limburgo para la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, adoptado en Maastricht, Países Bajos en 1996. La naturaleza de dichos principios obedece a que la progresividad no signifique un retraso injustificado en el efectivo cumplimiento de los derechos; así, se considera que los esfuerzos de los Estados no deben limitarse por considerar que es necesario contar con más, por el contrario, el manejo adecuado de los mismos es vital para demostrar que existen esfuerzos inmediatos, es decir, que hay derechos de sociales, económicos y culturales que pueden ser justiciables de forma inmediata. Los Estados se vuelven responsables de mostrar los esfuerzos para su consecución frente a la comunidad internacional, sobre todo en el tema de la protección a los sectores más desfavorecidos, garantizando el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sin importar el nivel de desarrollo económico.

2 Para un mejor desarrollo verificarse en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y a nivel regional el Protocolo de San Salvador a nivel interamericano.

Definir el origen de su existencia como un derecho, es reconocer y mantener, sin discusión alguna, que la necesidad de consumo es una condición de subsistencia; misma que posiciona a la persona humana como el principal implicado en: la obtención de recursos, la decisión de lo que ingiere y la seguridad demandada al Estado ante la puesta en el mercado de productos de tal destino. El objeto de tal implicación es responder a la dualidad de los alimentos en cuanto a la suficiencia (cuántica y nutricional), así como la inocuidad de su contenido para no atentar contra la salud de forma temporal o irreversible en el tiempo.

Desde tiempos memorables, los ocasos producidos por desastres alimenticios, entiéndase las dificultades de producción ambientales o económicas y el acceso inequitativo ante la escasez, han invadido la esfera político social de los Estados, y han minado las posibilidades para que éste desista de asumir su rol de director agroalimentario, es decir, de la definición de líneas de acción tendientes a asegurar a sus habitantes una vida digna y saludable con una alimentación balanceada, accesible, suficiente y culturalmente reconocida.

Al Gore³, ex- vicepresidente de los Estados Unidos en su libro "La Tierra en Juego", hace mención de situaciones de riesgo y alteración del orden público como las acontecidas en etapas previas a la Revolución Francesa con cosechas pobres de cultivos, situaciones ambientales impredecibles y una notable ausencia de interés por manejar las crisis a favor de las mayorías. La incertidumbre y el hambre persiguieron también a pueblos en Asia, donde civilizaciones milenarias se enfrentaron con los resultados de la imprevisión y la calamidad por no asumir la responsabilidad social de trabajar para determinar condiciones de riesgo, y ello, es también, parte de una política de consumo básico de alimentos.

Jurídicamente ha preocupado la relación consumo y producción alimenticia, desde una óptica multidisciplinaria pero en principio deficiente en la mayoría de legislaciones. No obstante, se habla de normas de derecho agroalimentario y derecho alimentario. Una referida al medio, acceso y control de los recursos; y, la segunda, con el resultado del proceso productivo hasta la incorporación de los alimentos en mercados locales o foráneos,

3 GORE. A., *La tierra en Juego*, (Earth in the balance) Emece Editores, s.e., Argentina, 1993, pp. 67 y 68.

implicando una serie de medidas de control y seguimiento, preventivas y de reacción en la cadena alimenticia⁴.

Ha sido en tales circunstancias que se ha obtenido una idea primaria de que las normas anteriores responden a un *derecho*, que además de ser objeto del comercio, bordea en la salud pública y los intereses de los consumidores. He aquí el primer problema: el derecho al alimento era en principio una salida más de consumo que de acceso. Las preocupaciones de regulación eran en cuanto a la salud posterior o durante la ingesta; tanto que el tema de política de Estado para lograr una alimentación sana en términos de suficiencia era ampliamente discutida porque la verdadera intención con tal denominación era lograr que la compraventa llevase a una satisfacción de calidad del consumidor frente a los intereses del productor.

Las argumentaciones anteriores hacen necesario el esclarecer las implicaciones jurídicas y sociales de la diferenciación entre las ramas del derecho que mencionamos, a manera de sistemas de regulación no emergentes pero poco desarrollados, con el derecho al alimento, transformado posteriormente (al menos es el intento) en un derecho humano y fundamental que es garante no de un producto final a adquirir, sino de un proceso complejo de supervivencia donde se asume la responsabilidad de crear condiciones a nivel de política estatal, es decir, el Derecho a la Alimentación.

Los Derechos Humanos a lo largo de la historia han pasado a formar parte de una agenda de Estado, pero por sobre todo de reconocimiento; la necesidad de ajustar su existencia a los avances del mundo actual (sobre todo con el tema de las generaciones) ha visto que luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ se intente conminar a que la democracia y el auténtico Estado de Derecho no prescindan de velar por un cumplimiento, al menos sino total, que refleje la preocupación por ajustarse a la naturaleza de su fundamento: la dignificación de la persona humana.

4 RODRIGUEZ FUENTES, V., *et al*, *El Derecho Agroalimentario*, s.Ed., s.c., Barcelona, 2004, pp. 45 – 55. El autor estudia el por qué de las excepciones a la libre circulación de los alimentos, se ampara el análisis en la protección de la salud y el interés de los consumidores en cuanto a la calidad de los productos alimenticios. Incluye esta reflexión el compromiso europeo de seguridad alimentaria a nivel de política con el *slogan* “de la granja a la mesa” como una referencia a la necesidad de garantía, supervisión y manejo de producción, distribución y consumo de los alimentos.

1. La alimentación como preocupación internacional

Tras los acontecimientos marcados como indicadores de pobreza, desnutrición y subdesarrollo, entiéndase el de mayor envergadura relacionado con la producción alimenticia, los precios y las alzas, así como las desigualdades en el acceso, suscitaron una suerte de manejo e identificación de un presupuesto necesario para hacer que los Estados no sólo recurran a medidas internas, sino que trasladen esfuerzos de cooperación a escala global para poder retomar el problema. Tal tratamiento pende de la llamada Seguridad Alimentaria y su gestión.

Para comprender los alcances de la Seguridad Alimentaria conviene mencionar su carácter multidisciplinario, es decir, la composición de diversas medidas, esfuerzos y enfoques que eviten las crisis en el acceso, contenido y distribución de los alimentos. Naciones Unidas sostiene que uno de los retos para erradicar la desnutrición ante las hambrunas y la necesidad de un bienestar en las comunidades rurales (sobre todo por su dependencia directa con el agro a un nivel de subsistencia mínima), es poner en marcha el Programa Especial de Seguridad Alimentaria de la FAO⁶ donde son tomados en cuenta factores tales como: el aumento a la producción de alimentos, la distribución equitativa de los mismos en función de los intereses de la familia, la generación de empleos y la disposición de más alternativas alimenticias en la esfera productiva. Estas consideraciones hacen que la Seguridad Alimentaria sea una realidad, cuyo resultado inmediato sea una vida sana y activa a partir de una buena nutrición⁷.

Sin embargo, la naturaleza de las medidas responde a los cambios y necesidades latentes hoy en día, y ello, no debe suponer la explotación abusiva de los recursos en el agro; es la sostenibilidad la clave de supervivencia en un sentido genérico para la obtención de más y mejores alimentos. La Seguridad Alimentaria tiene un importante elemento de acceso y adquisición suficiente

5 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217 de 10 de diciembre de 1948.

6 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.

7 Retomado de la Revista *Tele food: alimentos para todos*, publicación de difusión popular por parte de la FAO, 1997, p. 1

para el normal desarrollo individual y colectivo⁸, así como para la estabilidad social y la oportunidad general de equilibrar los intereses de consumidores frente a los de los productores. Tal orientación es favorecedora para mejores procesos y mejores productos.

Pero estos intentos inter-institucionales a nivel local e internacional han partido de la convicción firme de atender nuevos requerimientos en donde la sociedad moderna se ve amenazada, como el caso de la alimentación (acceso, control, distribución), pudiendo suscitarse conflictos generales y expansivos. Los ciudadanos son conscientes que más que atender las demandas de armamento a gran escala, y como mecanismo de defensa nacional, los gobernantes no deben perder de vista las confrontaciones internas del desarrollo económico, social, político, y con muchos efectos, el de carácter personal directo.

Los resultados a largo plazo son sociedades violentas, herencia de largos trechos bélicos cuyo origen se encuentra, en la mayoría de casos, en la imposibilidad de acceder a derechos fundamentales.

2. La naturaleza de la alimentación como derecho humano fundamental

Ser alimentado, o determinar en principio el derecho subjetivo, significa para el Estado, tal como se ha sostenido a lo largo de este análisis, no sólo la obligación de proveer condiciones para el acceso en medida alguna;

8 LOSADA MANOSALVAS, S., *La Gestión de la Seguridad Alimentaria*, Ed. Ariel, s.e., Barcelona, 2001, pp. 26 -31. El autor hace una cronología de lo que puede sostenerse ha sido el tránsito de la Seguridad Alimentaria variable según la preocupación y visión de consumo seguro en el devenir de las civilizaciones. Por ejemplo, se hace notar desde un principio que los riesgos a la salud han sido tema de discusión y descubrimiento desde la primera ingesta; los controles alimenticios pasaron de ser resultados intuitivos tras la experiencia de buscar una explicación religiosa a su aceptación e inclusión en la dieta. Procedió a este fenómeno la búsqueda de medidas higiénicas para la manipulación o preparación de los alimentos, esto obedeciendo a que hay factores externos que pueden acrecentar el riesgo en el consumo. Luego, los descubrimientos científicos hacen suponer que existe un nexo causal entre las enfermedades del hombre y las de los animales, los alimentos pueden volverse agentes de enfermedades. Cuando ha trascendido el tema del control institucional la suerte de los productores se centra en mejorar las técnicas para la conservación de los alimentos, alargando la vida útil de los mismos y significando un beneficio económico y acorde a las nuevas condiciones de consumo en cuanto a tiempo y variedad de la oferta.

es necesaria una política de mínimos normativos como garantía de los derechos y su pleno ejercicio. La Administración Pública debe conocer, decidir y someter a ciertos controles el proceso productivo alimenticio, debe vigilar el consumo y estar atenta a cualquier efecto posible y a la posibilidad de reversión - reacción en casos de efectos negativos predecibles e impredecibles.

Esta obligación proviene, además de las disposiciones nacionales al efecto, y de carácter eminentemente sanitario, de elevar a una condición jurídica próxima la ingesta alimenticia, o lo que se conoce como el derecho a una alimentación sana, suficiente y nutritiva. Los requerimientos que se mencionan como presupuesto de la existencia de un derecho humano pleno en cuanto a su exigibilidad hacen construir una relación de interdependencia entre la seguridad alimentaria, las condiciones económicas, y la responsabilidad institucional compartida en los esfuerzos nacionales e internacionales, dado que el comercio internacional y los precios que se generan inciden directamente en la toma de decisiones.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial, a la alimentación...”*. La referencia a los alimentos ya no es como una necesidad ordinaria eventual, sino un proceso nutritivo y constante que vincula el mismo derecho a la vida digna mediante el acceso a niveles saludables y óptimos en pleno siglo XXI a través de la ingesta.

Otros cuerpos normativos que dan luces sobre su exigencia y existencia básica como norma jurídica, cuyo contenido es la inherencia a la condición de ser humano, son para el caso el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹; artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer¹⁰;

9 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Ratificado por El Salvador en Decreto Legislativo N.º 27 del 23 de noviembre de 1979. Artículo 11: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación”*.

10 Adoptada y abierta a firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/280 de 18 de diciembre de 1979. Artículo 12 (2): *“...Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y lactancia.”*

artículos 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹; artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)¹².

Por ello, instituciones como la FAO hacen eco de establecer como un reto el reconocimiento de la alimentación, distando de una primera aproximación simplista de hablar del derecho al “alimento”, puesto que *per se* todos los individuos en su naturaleza de consumidores natos para la subsistencia no precisan tener condiciones especiales para poder alimentarse; la variación en la dieta es sólo después de un mínimo básico, lo que en suma es el proceso alimenticio. Tal discusión puede parecer en medida alguna sin novedad o pleno efecto jurídico, mas sin embargo, la última de las argumentaciones al respecto, es decir, la de una categoría de derecho respecto de la certeza en el acceso a los alimentos como responsabilidad del Estado en medida progresiva, ha ganado auge en los últimos tiempos.

Definir el alcance del Derecho a la Alimentación ha sido el primer paso, encontrar las diferencias con la referencia simple a los alimentos, y adjudicarle una serie de elementos para su consecución, es la lucha diaria en las medidas exigidas a los Estados para su plena garantía. La FAO considera que en la tarea de conocer y reconocer tal derecho, el marco regulatorio de su existencia debe entenderse según la concepción siguiente:

“Un derecho inalienable, de todo ser humano, para contar con acceso regular a una cantidad de alimentos adecuados desde el punto de vista nutricional, y culturalmente aceptables, para desarrollar una vida sana y

-
- 11 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada según Decreto Legislativo N.º 487 de 27 de abril de 1990, publicado en el Diario Oficial N.º 108, Tomo 307, del 9 de octubre de 1990. Artículos 24 2(c) : “*Los Estados asegurarán la plena aplicación de este derecho (salud y su disfrute), y, en particular, adoptarán medidas apropiadas para: C) Combatir las enfermedades y mal nutrición en el marco de atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados...*”; 27 (3) : “*Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho (vida adecuada para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social) y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda*”.
- 12 Adoptado en San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988; entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999, de conformidad con el artículo 21. Ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo N.º 320 del 30 de marzo de 1995, y publicado en el Diario Oficial N.º 82 del 5 de mayo de 1995.

activa. Es el derecho a poder alimentarse uno mismo de forma digna, autónoma, más que el derecho a ser alimentado..."¹³.

El Derecho a la Alimentación ha sido considerado un Derecho de Segunda Generación, es decir, económico y social, debido a que su contenido es prestacional¹⁴, tal como se apunta en las primeras líneas del artículo que se lee. Los gobiernos se encuentran en la obligación de discutir y aprobar políticas pertinentes para propiciar la producción, o en caso de carencia, de mantener un sistema de manejo de crisis a través de la compra a nivel de importación, o distribución según existencias, igualmente la atención a sectores vulnerables como la infancia, para así lograr una alimentación adecuada¹⁵. La progresividad en la concreción y exigencia del derecho, no es sinónimo, de crecimiento económico. Convergen factores reales de toma de decisiones que, en ciertos casos, crean barreras físicas y sociales que impiden alimentarse en la forma debida y preceptuada.

Cabe mencionar que el Derecho a la Alimentación requiere de algunos presupuestos para ser exigido al Estado en la medida de su contenido. Tales consideraciones, debe aclararse, distan de ser mecanismos discriminatorios o disuasivos de hacer efectivo el derecho; más bien son efectos colaterales que el Estado debe atender, de tal modo que no se confundan los mecanismos jurídicos de adopción con los instrumentos técnicos de ejecución de las medidas adoptadas. Las exigencias condicionantes son:

-
- 13 Esta definición es parte de una campaña de difusión de la FAO para el reconocimiento expreso del Derecho a la Alimentación. La información es proporcionada a diferentes actores sociales, con énfasis en la población, con motivo de la celebración del Día Mundial de la Alimentación con fecha 16 de octubre.
- 14 ALBANESE, S., "Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos"; en BIDART CAMPOS, Germán, (Coordinador), "*Economía, Constitución y Derechos Sociales*", Ed. Ediar, s.e., Buenos Aires, 1997, pp. 27 y 28. La autora señala que en cuanto a las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de los Derechos Económicos y Sociales, existe un compromiso marcado por la pluralidad de acciones: medidas concretas, políticas públicas, normativa en diversas áreas, etc. Pero la efectiva asunción de responsabilidad inicia con la inmediatez de tales medidas, esto es, la adopción, aún y cuando los resultados sean progresivos, a mediano o largo plazo. Además, la prestación supondría que los recursos del Estado han sido orientados al máximo hacia la priorización y reconocimiento del derecho.
- 15 El promedio mundial de calorías disponibles en los alimentos por persona y días es de unas 2,700, suficientes para satisfacer las necesidades de energía de toda la población. Para el año 2015 la FAO estima que la población mundial será de 8,300 millones de habitantes. Este incremento hace necesario duplicar la producción alimenticia, por ende, el comercio internacional puede convertirse en una forma indirecta de reducir la pobreza, a través del crecimiento económico y la creación de conciencia sobre la provisión necesaria del sustento biológico para el mantenimiento de la vida. Los datos anteriores son retomados de la Revista *Alimentos para todos*, Serie Tele Food, Proyecto de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), 1997.

- a) El Estado es el responsable directo del Derecho a la Alimentación, por tanto, la violación al mismo es una constante imputable no sólo por la omisión en la toma de decisiones que pueden negar o limitar la prestación, sino también por las acciones multidisciplinarias en la esfera de la gestión pública que vía indirecta pueden encaminarse con iguales resultados. Por ejemplo, las medidas institucionales para salvaguardar la Seguridad Alimentaria, las relaciones comerciales y el tema de la propiedad intelectual en la esfera agroalimentaria, el respeto a la sostenibilidad de los recursos en el tema medioambiental, etc.
- b) El Estado tiene además, la obligación de protección a los ciudadanos para que su Derecho no sea violentado por terceros, para lo cual debe crearse todo un sistema normativo e institucional al efecto;
- c) Se deben facilitar progresivamente las actividades para lograr el pleno goce de los derechos. Esto es, procurar la comida o alimentos en cuanto a su existencia, determinar que los ciudadanos puedan adquirirlos por sus medios bajo supuestos de igualdad y de creación de oportunidades para el desarrollo económico y social. La alimentación no debe confundirse con un mero asistencialismo, la diferencia estriba en que es necesario considerar que el pleno goce del derecho lleva incita la posibilidad propia de alimentarse, por sí, bajo condiciones favorables para el acceso del mismo¹⁶.

La configuración del Derecho a la Alimentación contribuiría al desarrollo de los *Objetivos del Milenio*¹⁷, donde de forma directa al reducir la mitad de la pobreza y el hambre para el año 2015, sea una realidad el acceso a la alimentación en términos de autonomía y suficiencia que ya se han mencionado. Existen instrumentos en marcha para ello, falta verificar su eficacia y exponer los beneficios de su adopción.

16 KNEEN, B., *El Derecho a la Alimentación*. Revista Electrónica "Biodiversidad", enero 2006. Disponible en <http://www.grain.org/biodiversidad/?id=310>

3. El *codex alimentarius*: normativa potestativa sobre alimentación

Dentro de las normas con especialidad para establecer los requerimientos mínimos en el tema de alimentación, y, con un carácter técnico universal, se encuentra el *codex alimentarius*. Su naturaleza y función definen líneas de acción de la mano de entidades con responsabilidad en el ámbito alimenticio, por consiguiente, coordinan que la ejecución se lleve a cabo junto a la capacidad de gobierno y de gestión pública del Estado¹⁸.

Debe agregarse que, la armonización de las normas sobre inocuidad alimentaria (término que se refiere a un nivel de salubridad, composición y nutrición de los alimentos), y, que es necesaria para la libre circulación de los productos a consumir, debe ser una realidad a nivel internacional; quizá unos parámetros de carácter más general permitirían alcanzar niveles concretos de seguridad en la ingesta. Ello crearía una conciencia global respecto a la preocupación por los intereses de las mayorías, y la necesidad de disminuir esa brecha de subdesarrollo cuando hace que el hambre desencadene desigualdades de oportunidades y violente derechos conexos como la vida digna y la calidad de la misma¹⁹, según los cambios a la nueva identidad social, económica y política.

Como respuesta a lo anterior, surge la denominación de *Codex Alimentarius* para designar todo un sistema conformado institucionalmente por la Comisión, los Comités, así como el trabajo de investigación y difusión

17 Según datos del Informe de Objetivos de Desarrollo del Milenio de Naciones Unidas 2009, el primero de ellos está relacionado con la erradicación del hambre, y en la cual se sufrió un duro revés entre los dos últimos años, la razón: la crisis económica y la elevación en el precio de los alimentos, motivos que agudizan el cumplimiento de las metas. La situación se agrava cuando la crisis se torna en estricto sentido alimentaria, y los Estados no toman las medidas pertinentes para superarlas, puesto que se hace imposible en estos casos el acceder a los alimentos, y no por escasez como motivo principal, sino por el precio. Adicionalmente, en materia laboral, la inestabilidad genera un grado de incertidumbre en cuanto a la satisfacción de necesidades básicas en el entorno familiar; la baja productividad es una cadena de pérdidas hasta el punto de tocar el bolsillo del ciudadano con altos niveles de pobreza y hambruna de forma creciente. El ejemplo más caótico de tales sucesos es África Subsahariana, pese a los esfuerzos los mecanismos de respuesta en tiempos de crisis son débiles e inconsecuentes, así como la capacidad de auto-sostenibilidad dado el mal manejo en cuanto a los recursos naturales. Más en http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2009_SP_r3.pdf

18 La creación del *Codex Alimentarius* se remonta a noviembre de 1961, en la conferencia de la FAO, en su 11° período de sesiones, creándose la comisión del mismo nombre. Para 1962 se celebra una conferencia mixta FAO/OMS sobre normas alimentarias. En 1963 la Asamblea Mundial aprueba el establecimiento del Programa Conjunto sobre Normas Alimentarias, así como los Estatutos de la Comisión y el Reglamento del *Codex Alimentarius*.

sobre la materia. Su fundamento jurídico son los Estatutos, los cuales definen los objetivos de su creación:

- a) La protección de la salud de los consumidores;
- b) El aseguramiento de Estados, organizaciones no gubernamentales y entidades internacionales que se interesan por el tema de la normativa alimentaria homogénea²⁰.

El *Codex* ha elaborado más de 237 normas para productos alimenticios, y ha establecido casi medio centenar de Directrices y Códigos para la producción y elaboración de alimentos. Dentro de los temas prioritarios para el *Codex* se encuentran: la composición y calidad de los alimentos, la higiene, inocuidad, aditivos, contaminantes, etiquetado, análisis, muestreo, y composición de nuevos alimentos.

En los últimos días, la orientación normativa se encamina también a los avances tecnológicos en la industria alimenticia. Dado que la agricultura tradicional u orgánica no ha podido, según algunas argumentaciones, dar el rendimiento justo para enfrentar las crisis alimentarias (con sus grandes efectos: descensos en niveles de nutrición y efectos colaterales al desarrollo), ha merecido atención la regulación o pronunciación sobre los controles en la elaboración de alimentos transgénicos²¹.

Tales avances parecen indicar que el camino es lograr que la Seguridad Alimentaria, como política multidisciplinaria, sea una poderosa herramienta que demuestre el progreso en el reconocimiento y efectividad del derecho a la alimentación.

Pero existe un problema: la naturaleza jurídica de sus normas y las directrices. En un principio las disposiciones estaban configuradas a partir del verbo “deberá”, lo que trae como consecuencia toda una serie de

-
- 19 PEREZ LUÑO, A., *La tercera Generación de los Derechos Humanos*, Ed. Thomson Aranzadi, s.e., Madrid, 2006, pp. 29 y 30. Este autor es de los pocos que suelen otorgar a la Calidad de Vida la categoría de Derecho Humano; en tal sentido se cita que pertenece a los de Tercera Generación. El contenido, según se explica, atiende a las condiciones de existencia de los sujetos, el entorno y la suficiente posibilidad de acceso a la plenitud de los derechos reconocidos; es el mínimo de satisfacción general en relación con la importancia de la dignidad humana.
 - 20 LOSADA MANOSALVAS, S., *Op. cit.* Pp. 51 y 52. La trascendencia de la homogeneidad es la participación de actores tales como, la Organización Mundial de la Salud y la FAO en una tarea de complementariedad donde la base científica y de orientación práctica sobre la situación alimenticia mundial definen, en su mayoría el estado o calidad e inocuidad alimenticia a nivel mundial.
 - 21 Producidos a partir de la manipulación de material genético o Acido Desoxirribonucleico o ADN recombinante, en el cual se encuentran contenidos los caracteres esenciales de la herencia.

controversias entre los miembros²², principalmente por considerar que el cumplimiento de una Directriz es de carácter voluntario; de ahí que la expresión cambió a “debería”²³ en algunas disposiciones, es margen de actuación amplio, donde la voluntad política debiese ser la regla.

En su mayoría, las normas aplicables a los alimentos pueden obedecer a diversos enfoques de protección, o seguridad de los alimentos (que es parte de la seguridad alimentaria). Es una visión de previsión en la ingesta y una procura de su acceso, la cual debe partir de la prioridad indiscutible de las políticas públicas a destinar esfuerzos nacionales o internacionales para fomentar una cultura de “auto-sostenibilidad”, aún a pesar de las relaciones globales; los problemas o la condición de exigencia de la alimentación como derecho son en esencia de carácter interno, reflejo de las condiciones de vida, prácticas agrícolas milenarias, escenarios de rentabilidad tras el aumento de la población y la limitación de los recursos inclusive por la degradación de los mismos medioambientalmente, y la poca o nula acción para su reversión.

Las alternativas de fuera deben ser un complemento, aunque en medida alguna conminan los esfuerzos para que institucionalmente se coordinen los supuestos normativos para hacer posible el proceso de alimentación como un bien general y de preocupación en el interés privado, hecho posible gracias a la intervención estatal. Bajo ello existe la necesidad de un cambio conceptual según el enfoque de Derechos Humanos, y medidas como el *Codex* llevan a que la alimentación revista un enfoque macroeconómico, atendiendo la situación de las familias y las personas.

4. El derecho a la alimentación hoy: una concreción indefinida pero latente

Como parte de la estrategia de inclusión, reconocimiento y verificación del Derecho Humano a la Alimentación, los Estados se encuentran en una fase de compromiso y de control para cumplir con lo dispuesto en la normativa de Derechos Humanos que ya ha sido citada, así como las posteriores decisiones de diversa índole para encaminar la progresión a la realidad humana individual.

22 Hasta la fecha son 144 los Estados miembros del *Codex Alimentarius* de la FAO.

23 Esta diferencia es más latente en los Anteproyectos de Anexo de Directrices para la Evaluación de inocuidad de alimentos obtenidos de plantas de ADN recombinante.

En el sistema de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas se han dispuesto una serie de medidas para colaborar de manera inmediata en situaciones de crisis, pero más allá de este esfuerzo, lo interesante es que se busca el minimizar o atender las causas estructurales²⁴.

La atención a partir de la ONU es enfocar el Derecho a la Alimentación como el derecho de cada persona a tener acceso continuo a los recursos necesarios para producir, ganar o comprar alimentos suficientes, no sólo para prevenir el hambre, para proveer un pleno desarrollo humano saludable y digno. La lucha contra el hambre supone: ayuda en situaciones de emergencia, en especial los niños y niñas desnutridos y la promoción de la agricultura para aumentar la disponibilidad de alimentos.

Además, este enfoque de Derechos Humanos brinda la oportunidad de reconocer que la adopción de políticas es una fuente inagotable de recursos cuando se hace de forma coherente, esto obliga a contar con un mecanismo fiscalizador o de rendición de cuentas que sea una guía para el desarrollo, debido a la atención de grupos de mayor vulnerabilidad y la participación, obvia y necesaria, de los titulares de los derechos que se pretenden tutelar de forma efectiva y progresiva, como es el caso²⁵.

Las tareas desde tal escenario también se complementan con el nombramiento de un Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, figura encargada de verificar y promover las acciones gubernamentales en pro de la seguridad alimentaria y nutricional.

Al efecto se han establecido programas regionales cuyo objetivo es establecer un marcado proceso de definición, inclusión, manejo y progreso de las políticas en pro del beneficio nacional a través de la alimentación como un instrumento tangible y necesario para el desarrollo social.

Como parte del Sistema de Integración Centroamericana, la preocupación y el compromiso de actuación estatal se reflejan en la adopción del Programa regional de Seguridad Alimentaria y Nutricional para

24 La presión obedece a las crisis alimentarias que generan una situación de pobreza que se traduce en inseguridad alimentaria, ya que para 2007 y 2008 se experimentó un aumento sin precedentes, en los precios de los alimentos. Muchas familias se vieron obligadas a invertir la mayor parte de su ingreso en alimentos, con consecuencias para la salud, educación y otros.

25 Parte de las conclusiones de la Consulta Técnica "*La crisis Internacional y el Derecho a la Alimentación en los grupos en situación de mayor vulnerabilidad (niños y niñas menores de dos años) en América Latina y el Caribe*". Documento Final, Programa Mundial de Alimentos y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Panamá, 14 y 15 de septiembre de 2009.

Centroamérica (PRESANCA)²⁶. El Relator Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Alimentación ha sido participe del proceso de verificación como una medida de los avances que este derecho ha tenido.

Dentro de las conclusiones que arrojó la visita del Relator Especial a Guatemala²⁷, se observan una serie de conclusiones importantes, tales como:

- a) La importancia de promover el desarrollo rural y los servicios agrícolas;
- b) La importancia de la iniciativa de una Política de Desarrollo Rural;
- c) Que la protección jurídica de la alimentación siempre será insuficiente, y la Comunidad Internacional debe aceptar la responsabilidad de seguir apoyando los esfuerzos por mejorar la seguridad alimentaria en diversas regiones.

Dadas las circunstancias anteriores, ¿Qué es lo que debemos esperar respecto del ejercicio del Derecho a la Alimentación cuando nos encontramos con que fallecen 5.6 millones de niños al año como resultado de la desnutrición²⁸? E igualmente si se logra sobrevivir los resultados en la escuela son catastróficos, y al ser adultos llegan a tener un nivel de salud y acceso a otros derechos en circunstancias inferiores a quienes no padecieron el flagelo del hambre.

La respuesta es sencilla: el empoderamiento del derecho por sus titulares a partir de su conocimiento y la transparencia en la toma de decisiones para el caso, crea una relación indisoluble de seguridad jurídica, respeto a los derechos humanos, lucha contra la discriminación y el compromiso constante por trabajar por un desarrollo humano coordinado que haga eco entre diversos sectores. La Alimentación es una preocupación que no se vincula directamente con la producción; enfrentarse a la desnutrición es trabajar por la salud, la educación, el trabajo y el comercio justo. No es lógico que cuando más alimentos se producen, existen más personas hambrientas a nivel mundial.

26 Este programa es financiado por la Unión Europea, busca desarrollar capacidades de análisis y seguimiento de situaciones de inseguridad alimentaria y nutricional, en particular las más críticas, en las distintas poblaciones y regiones del istmo centroamericano. Además, contribuye al refuerzo de la Integración Centroamericana, al promover orientaciones regionales y políticas nacionales de Seguridad Alimentaria, en el marco de un proceso de concertación de políticas sociales, económicas y ambientales.

27 DE SCHUTTER, O., *Conclusiones Preliminares del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación*, s.Ed., s.e., Ciudad de Guatemala 3 – 7 de septiembre de 2009. Se destaca que Guatemala ha adoptado la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SINASAN), además de otras medidas coordinadas por el Consejo de Cohesión Social. Más en www.sica.org

28 Consulta Técnica “*La crisis Internacional y el Derecho a la Alimentación en los grupos en situación de mayor vulnerabilidad (niños y niñas menores de dos años) en América Latina y el Caribe*”. *Op. cit.*

Control contencioso administrativo de los estudios de impacto ambiental y la responsabilidad por daños ambientales

Dr. Henry Alexander Mejía*

Introducción

En la actualidad el fenómeno ambiental ha cobrado fuerza, y ha generado en las sociedades una elevada inquietud a fin de proteger ese conjunto de componentes necesarios para la existencia humana. La realidad a través de los años nos refleja de forma fehaciente la magnitud del problema y la necesidad de ejecutar, medidas de carácter científico, técnico y jurídico, la EIA y la responsabilidad ambiental pueden jugar un papel importante, fundamentalmente porque se demanda en el orden mundial la aplicación de los principios de “prevención¹” y de “quien

* El autor es Doctor en Derecho Pluralista por la Universidad Autónoma de Barcelona. Tiene una Maestría en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asimismo, es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, y Director del Departamento de Derecho Público de la referida Facultad.

1 MORELLO, A., y CAFFERATTA, N. A., *Visión Procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 43-68, sostiene que, este principio, es de preferencia esencial de la acción ambiental, en la fuente misma origen de la contaminación, son los que han servido para una de las grandes expansiones del ámbito regulatorio del Derecho ambiental: la posibilidad de regular actividades económicas que, aunque en sí mismas no son contaminantes ni producen daños al medio ambiente; sin embargo es irremediable que los produzcan posteriormente a medida que otros agentes completan el ciclo de esa actividad económica. Así, por ejemplo, se sabe que los envases se van a convertir en residuos en cuanto se haga uso del producto concreto que por razones de higiene, estética, seguridad, advertencias al consumidor o comodidad, viene normalmente envasado. La puesta en el mercado de estos productos es una actividad económica que en sí misma no produce daño ambiental alguno. 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 que es lo que el consumidor compra y usa/consume.

contamina paga²”, es decir existe obligación de los poderes públicos de prevenir el daño ambiental y quien lo dañe deberá de resarcir los daños ocasionados. En consecuencia, el objeto de este trabajo, es determinar la regulación de ambos principios jurídicos, en el Derecho Salvadoreño, estudio que básicamente se divide en tres partes. En la primera se presenta un análisis descriptivo de la regulación jurídica de la EIA; en la segunda se analizan los casos contenciosos ambientales, poniendo en relieve el poco nivel de litigiosidad y por tanto, la poca aplicación de la LMA a los infractores; y en la tercera se aborda el desarrollo de la responsabilidad por daños al medio ambiente y su reparación en el orden salvadoreño. Al final las reflexiones conclusivas, manifiestan el bajo perfil del ente administrativo protector del medio ambiente.

1. Consideraciones generales

Desde los orígenes mismos de la especie humana se inició un proceso de transformación en el ambiente natural, fenómeno que con el tiempo ha llegado a ocasionar efectos nocivos en la calidad de vida de los seres humanos. Todo con el propósito de lograr la satisfacción de sus necesidades inmediatas, pues es por ello que se explotan los recursos que la naturaleza le ha dotado. Los recursos naturales, hace algún tiempo era posible que fueran recuperados, pero en los últimos años esta situación cada día suele ser más difícil, dado que la tasa de utilización es de mayor magnitud, en relación a su recuperación, de ahí que se cuestione la forma de explotación de los recursos petrolíferos, que ha conllevado el encarecimiento de los mismos y ahora es preocupante la problemática que se ha originado en relación a la escasez de alimentos. Esto ha conllevado a reflexionar sobre la necesidad de cambiar la interrelación de la

2 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”*. En la LMA lo reconoce como parte de la Política Nacional del Medio Ambiente, en el Art. 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 y ss., 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.

especie humana con la naturaleza³, porque nosotros los seres humanos formamos parte de un ecosistema conjunto con el resto las demás especies que todo el planeta acoge. 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 ambiente⁴, sobre todo las consecuencias del efecto invernadero y el calentamiento global, porque constituye una temible realidad que pone en peligro, no sólo a la especie animal y vegetal, sino también a la supervivencia humana a corto plazo.

2. El Derecho Ambiental como protector del medio ambiente

El Derecho Ambiental nace a mediados del siglo XX, es el resultado de un proceso histórico, cuyos antecedentes datan desde tiempos antiguos de la humanidad⁵, pues desde siempre los seres humanos han sentido la necesidad de dar una respuesta a los problemas que afectan a su entorno. El Derecho

-
- 3 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.* MARTIN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Trivium, Madrid, 1991, pp. 6-7.
- 4 Para el caso se tienen los accidentes industriales tales como: el de la planta química de Seveso, en 1976, accidente nuclear de la central Chernobil, en 1986, accidente petrolero "Exxon Valdez" en las costas de Alaska de 1989, accidente del Parque Natural de Doñana de 1998, y el desastre mundial sufrido en los últimos años del hundimiento del Buque *Prestige* que contenía vertidos de petróleo, en las costas gallegas en España, en el 2003, algo parecido con lo que sucedió con el Buque petrolero Erika en 1999.
- 5 GONZALEZ BALLAR, R., *El Derecho Ambiental en Costa Rica: Límites y Alcances*, Juricentro San José, 1994, p. 199, 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 que 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 ZSOGÓN, S., *Iniciación al Derecho Ambiental*, 2ª edición, Dykinson, 1999, pp. 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". En el mismo sentido *Vid.* LOZANO CUTANDA, B. *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 29-34.

Ambiental, por la amplitud en su objeto de regulación: el medio ambiente, surge de la confluencia de varias ramas del Derecho en torno a una problemática común: la conservación del medio ambiente. En este sentido, sólo para fines didácticos, nos permitimos delimitar conceptualmente el Derecho ambiental siguiendo a JAQUENOD DE ZSÖGÖN, definiéndolo 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 esencialmente preventivo y transnacional, se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orienten a 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 influye, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes⁶”.

La anterior definición, determina que la formación del Derecho Ambiental tiene una gran parte del Derecho Público inspirado de forma especial en el Derecho Administrativo. De igual manera tiene ingredientes del Derecho Privado, especialmente donde se le añade la función ecológica, al derecho a la propiedad⁷, constituyéndose una limitante que tradicionalmente se ha concebido como un derecho absoluto⁸; a pesar que hay autores que niegan su autonomía, considerándolo como parte del Derecho Administrativo⁹, es una rama del Derecho, con su propio objeto de tutela: el medio ambiente¹⁰, y tiene

6 Vid. JAQUENOD DE SÖGÖN, S., *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Dykinson, Madrid, 1991, p. 351.

7 Esta es la idea que fundamenta la Constitución Colombiana, que estipula en el Art. 58 la función ecológica de la propiedad rústica.

8 Vid. MADRIGAL CORDERO, P., *Derecho Ambiental en Centro América*, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1995, p. 20.

9 Vid. LOZANO CUTANDA, B., *op. cit.*, p. 21.

10 Para la LMA en el Art. 5, el medio ambiente lo componen 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, constituyendo estos dos últimos 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. Nuestra adopta una posición amplia de lo que constituye el medio ambiente, estando en esa línea doctrinal Vid. a LOPEZ MENUDO, F., *Planteamiento Constitucional del Medio Ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas*, Cuadernos de Derecho Judicial, num. 28, 1994, p. 15; MORENO TRUJILLO, E. *La Protección Jurídica-privada del medio ambiente y la Responsabilidad de su deterioro*, Bosch, Barcelona

sus características¹¹ y principios jurídicos que los distingue de cualquier disciplina jurídica. A esto se le agrega la constitucionalización del reconocimiento del Derecho a un medio ambiente sano¹², en todos los ordenamientos estatales, donde de manera suprema se instaura la conservación del mismo.

Además, ha llevado a que el Derecho Ambiental desarrolle nuevos instrumentos de carácter administrativo, a fin de adaptarse y hacerle frente a los constantes daños ambientales de escala mundial. Obviamente dentro de estas técnicas novedosas destacan especialmente la EIA, que responde a los principios de “prevención y precaución” del mismo modo tenemos la responsabilidad derivada del daño ambiental¹³, que su fundamento está sobre la base del principio “contaminador pagador”, pilar elemental del incipiente Derecho Ambiental.

1991, p. 20; ORTEGA ALVAREZ, 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, p. 47; VELASCO CABALLERO, F., *El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?*, en “Revista Andaluza de Administración Pública”, N° 19, 1994, p.77.

- 11 Según LOPERENA ROTA, D., *Los Principios del Derecho Ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, p. 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.
- 12 *Vid.* LOPEZ RAMON, F., *Derechos Fundamentales. Subjetivos y Colectivos al medio ambiente*, en “REDA”, Madrid, 1997, pp. 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, Bogota 2002.
- 13 Nuestra LMA, en el Art. 5, “Conceptos y Definiciones básicas” define el daño ambiental de la manera siguiente: “Es toda pérdida, disminución, deterioro, o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o mas de sus componente, en contravención de las normas legales. El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humano, ecosistemas o especies de flora y fauna, e irreversible, cuando los efectos que produzcan sean irreparables y definitivos.
Los daños ambientales se clasifican en daños denominados “puros”, y el daño ambiental, consecutivo que se deriva de éste. El primero se identifican, en el sentido que los daños van dirigidos a los elementos que conforman el medio ambiente y que en consecuencia no afectan especialmente a una u otra persona determinada, 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. En consecuencia, el daño ambiental puro, como manifestación de un menoscabo a los bienes ambientales

3. La Evaluación de Impacto Ambiental

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, que en 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 sostenible¹⁴.

En consecuencia, en 1969, el Congreso de los Estados Unidos de América aprueba la *National Environmental Policy Act* (NEPA)¹⁵. 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

está indudablemente relacionada con otro concepto que bien podríamos denominar daño ambiental consecutivo o personal, bajo el cual se estudian las repercusiones de una agravio al medio ambiente, pero respecto de una persona determinada, es decir, los desenlaces que el deterioro ambiental generan en la persona, ya sea su salud, o integridad física o moral o sus bienes apropiables e intercambiables. Es esta una de las características de los daños ambientales, porque 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. Sobre este tema ampliamente puede consultarse a CONDE ANTEQUERA, J., *El Deber Jurídico de Restauración Ambiental*, Comares, Granada, 2004, pp. 23-26; DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª edición, Civitas, 1997, pp. 90-91; GOMIS CATALA, L., *Responsabilidad Civil por Daños al medio ambiente*, Aranzadi, Alicante, 1998, p. 67; HENAO PEREZ, 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, p. 145.

- 14 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...”.
- 15 Es la primera ley de importancia en la “era de la formación del Derecho Ambiental”. En Europa Occidental, la iniciativa norteamericana fue secundada primero por Suecia, que aprobó su Ley de Protección Ambiental de 1969. Posteriormente le siguió la República Federal Alemana, con su Programa Ambiental

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 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*”. Sin embargo, dicho principio no establece taxativamente las actividades a las que deberá aplicarse la EIA, por lo que cada Estado tiene la responsabilidad de establecer las actividades o los criterios que reglamenten el principio, por medio de leyes ambientales.

de 1971, y Francia aprobó la Ley de Protección de la Naturaleza en 1976. Dichas leyes enfocaban la Evaluación de Impacto Ambiental a la preparación, análisis y aprobación de Estudios de Impacto Ambiental. Esos países trataban de mejorar la calidad del proceso de toma de decisiones a través de una mejora en la calidad y cantidad de información técnica que requerían del proyectista, con el propósito de que las autoridades públicas que debían aprobar los proyectos, tuviesen un mayor conocimiento de base. En Latinoamérica, se considera al Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de 1974, de Colombia como precursor del requerimiento legal del EIA en América Latina. Seguidamente la Ley Orgánica del Ambiente de junio de 1976, de Venezuela; y de manera específicamente alude a “estudios sobre impacto ambiental” es la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de mayo de 1976, del Ecuador”. En Centroamérica esta llegó a solicitud de organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, quienes la solicitaban para la aprobación de préstamos, no obstante, se puede afirmar que Costa Rica es el primer país de la región Centroamericana en introducir lo EIA en su legislación, y lo hace precisamente para una actividad de gran impacto ambiental, como lo es la minería. En efecto, el Código de Minería, Ley No.6797 –que data de 1982-, en sus artículos 105 y 106, ya regulaba el tema, enfocado a las actividades de exploración y explotación de recursos mineros. “Los primeros estudios vinculados a proyectos mineros fueron presentados a la Dirección de Geología, Minas e Hidrocarburos hacia el año 1984. 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, pp. 155 y ss.

4. Regulación jurídica de la EIA en El Salvador

El Salvador, no ha estado ajeno a la realidad ambiental que alarma a la humanidad, después de haber sido calificado el segundo país más deforestado superando únicamente a Haití. Los sectores ambientalistas, presionaron al Gobierno, a fin de que el Consejo de Ministros, haciendo uso de su Potestad reglamentaria reformara el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, y creara el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales¹⁶ (MARN) en 1997. Sin embargo, para que éste funcionara eficazmente era necesario que la Asamblea Legislativa dictara la Ley del Medio Ambiente¹⁷ (LMA), lo cual ocurrió hasta en 1998, complementándose ésta con el Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente (RGLMA)¹⁸, dictado por el Presidente de la República en el año 2000.

Esto contribuyó al derecho salvadoreño, dado que históricamente la tutela del medio ambiente había sido regulada por leyes de contenido agrario y otras de carácter sanitario, cuya característica era la dispersión legislativa, con la referida ley se sistematizó la protección ambiental. Incluso en la LMA se estableció el mandato desde su vigencia, erigir la jurisdicción ambiental, que hasta esta fecha es una deuda pendiente con la sociedad salvadoreña, tanto de la Corte Suprema de Justicia y la Asamblea Legislativa, son los entes competentes para su creación, ya que se sigue esperando que en algún día se aplique de manera plena a los infractores de la normativa ambiental y que sean responsables de sus acciones u omisiones, tanto administrativamente y civilmente.

La LMA en el Capítulo IV establece el “Sistema de Evaluación Ambiental”, donde reconoce como instrumento del mismo la EIA, siendo desarrollado además por el RGLMA, en los artículos 13 y siguientes. En este sentido la LMA define en el Art. 18, a la EIA, 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

16 DE N° 27 del 16 de mayo de 1997, publicado en el DO N° 88, Tomo 335, del mismo día y año.

17 DL 233, de 24 de abril de 1998, publicado en el DO N° 79, Tomo N° 339, de fecha de 4 de mayo de 1998.

18 DE. N° 17, del 21 de Marzo de 2000, publicado DO N° 73 Tomo 347 del 12 de abril del mismo año.

fase de preinversión a los procedimientos que identifiquen y cuantifiquen dichos impactos y recomienden 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 de 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 (EsIA), lo cual constituye un “proceso de análisis” de gran importancia, del procedimiento autorizatorio, cuya competencia de emisión y regulación, la LMA, se la otorga al MARN.

Su realización es imprescindible, ya que como consecuencia el MARN, no podrá otorgar el permiso ambiental, según lo prescribe el Art. 19 de la LMA; de no realizarse el EsIA produciría los efectos de nulidad de pleno derecho del acto decisorio”, por prescindir de una de las etapas del trámite, para dictar el permiso ambiental. Dentro de las actividades, obras o proyectos que quiera realizar toda persona natural o jurídica, que la LMA enmarca en el Art. 21, y que estarán sujetas al EsIA. Dentro de estas actividades para mencionar algunas, están: obras viales, puertos marítimos, oleoductos explotación de minerales, centrales de generación de energía eléctrica, presas embalse, y finalmente deja el referido artículo cualquier actividad que pueda considerar impactos irreversibles al medio ambiente.

Además, la LMA en el sistema de evaluación, prevé el instrumento de la Evaluación Ambiental Estratégica, (EAE) lo cual aplica únicamente a las políticas, planes o programas de instituciones públicas. Por tanto, dichas entidades están obligadas a presentar al MARN el informe de sus EAE, con la finalidad de que sean evaluadas. El MARN tiene la facultad de hacer las recomendaciones pertinentes y de supervisar el cumplimiento de los lineamientos y de las recomendaciones a EAE, para lo cual contará con el apoyo de las unidades ambientales correspondientes.

5. El procedimiento de EIA

En el ordenamiento salvadoreño, el procedimiento administrativo, permite obtener un “Permiso Ambiental” por etapas, esto dependerá del proyecto o de la obra a realizarse. Concluida la etapa para la que fue dado el permiso, deberá obtenerse uno nuevo. Por ejemplo, el permiso ambiental de “ubicación y construcción” se emite por el tiempo que dure la construcción de la obra física y cuando ésta concluye, el permiso vence. Se emitirá entonces otro Permiso Ambiental¹⁹, esta vez de “funcionamiento”, por el tiempo de vida útil del proyecto y etapa de abandono, sujeto al seguimiento y fiscalización del MARN. Para su obtención, podemos dividirlos en dos partes esencialmente, siendo las siguientes:

5.1. Planificación de la actividad, obra o el proyecto

Al iniciar el procedimiento el titular de la obra²⁰, el MARN previamente le otorga la información básica del proyecto por medio del Formulario Ambiental. En caso que se trate de las obras o actividades que enumera el Art. 21 de la LMA, el MARN proporcionará los términos de referencia con la finalidad de que el titular de la obra inicie la elaboración del EsIA. No obstante el MARN, ha categorizado las actividades que sujetas al EsIA, a fin de evitar la discrecionalidad administrativa. Según la complejidad y tipo de obra que se pretende ejecutar, lo divide así: Categoría 1: impactos ambientales leves: como resultado de la evaluación se emite resolución que no requiere de la elaboración de estudio de impacto ambiental. Categoría 2: impactos ambientales moderados o altos²¹.

19 La LMA define al Permiso Ambiental en el Art.5 “Conceptos y definiciones básicas” como un acto administrativo por medio del cual el MARN 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.

20 El DL N° 566, DO N° 198, Tomo N° 353, de 19 de octubre de 2001, interpretó auténticamente la LMA, en el sentido que cuando ésta se refiriera en sus disposiciones al vocablo “titular o titulares” de actividades, obras o proyectos públicos o privados, se refiere a los propietarios de la obra o de la infraestructura, y por consiguiente son éstos quienes deben cumplir con las obligaciones prescritas en la LMA, y el Art. 15 del RGLMA respecto a la EIA.

21 Vid. los Acuerdos siguientes: Acuerdo Ejecutivo N° 39.- Categorización de Actividades. Obras o Proyectos. Diario Oficial N° 83, Tomo N° 375, del miércoles 09 de mayo del 2007; Acuerdo Ejecutivo N° 40.- Listado de Sustancias Reguladas. Diario Oficial N° 83, Tomo N° 375, del miércoles 09 de mayo del 2007; Acuerdo Ejecutivo N° 127, relativo a Modificación del Acuerdo Ejecutivo N° 39. Diario Oficial N° 46, Tomo N° 378, del 06 de marzo del 2008; Acuerdo Ejecutivo N° 128, relativo a modificación del Acuerdo Ejecutivo N° 128. Diario Oficial N° 46, Tomo N° 378, del 06 de marzo del 2008; Acuerdo Ejecutivo N° 23, relativo a las Modificaciones de los Acuerdos N° 39 y 127. Diario Oficial N° 162, Tomo N° 380, del 01 de septiembre del 2008.

Si el proyecto requiere EsIA, deberá efectuarse, a través de un equipo técnico multidisciplinario, quienes deberán estar registradas en el MARN, para fines estadísticos y de información, quien además establecerá el procedimiento de certificación para prestadores de servicios de EsIA, de Diagnósticos y Auditorías de evaluación ambiental.

El EsIA cumplirá los requisitos del Art. 23 RGLMA, lo cual deberá establecerse en un Programa de Manejo Ambiental, y si fuese necesario un Estudio de Riesgo de la obra o proyecto, tal como lo prescribe el Art. 28 del RGLMA. El EsIA debe ser presentado al MARN por el titular o su representante legal, entregando un comprobante de su recepción. En consecuencia, el MARN convocará a la consulta pública del EsIA, a costa del titular, en un plazo de diez días hábiles para que cualquier persona que se considere afectada exprese sus opiniones o haga sus observaciones por escrito, lo cual se anunciará con anticipación en medios de cobertura nacional. Sin embargo para aquellos EsIA cuyos resultados reflejen la posibilidad de afectar la calidad de vida de la población el MARN organizará una consulta pública del EsIA, en los municipios donde se pretenda llevar a cabo la actividad, obra o proyecto²².

No existiendo ningún inconveniente sobre el EsIA, el equipo multidisciplinario emite un dictamen técnico que suele llamarse la Declaración de Impacto Ambiental. De ser aprobado, el MARN emitirá el dictamen técnico favorable el cual le notificará al titular quien para obtener el permiso ambiental, deberá presentar la Fianza de Cumplimiento Ambiental²³, por un monto equivalente a los costos de las obras físicas o inversiones que se requieran para implementar. Cuando corresponda de conformidad al Artículo 55 de la LMA, ésta fianza que garantizará el establecimiento del plan institucional de prevención y contingencia. Solamente una vez que la misma sea otorgada por el titular, bajo los requisitos correspondientes el MARN emite el Permiso Ambiental.

22 Vid. los Art. 25 de la LMA y Art. 10, 11, 12 y 32 del RGLMA.

23 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*, cuya vigencia data, desde el 13 de mayo del año 2004. Su propósito, es que la compensación ambiental puede se efectuadas de forma directa o por medio de agentes especializados, en sitios del impacto ambiental o zonas aledañas o zonas propicias para su reposición o recuperación. El mecanismo a utilizar, para realizar las compensaciones ambientales, de forma directa será a través del contrato de fideicomiso. Para tales efectos el Reglamento, presupone que sea realizado por empresarios titulares de actividades, obras o proyectos, que de acuerdo al MARN deban implementar medidas ambientales. En consecuencia el titular del proyecto manifestara por escrito al MARN, previo a la resolución del permiso ambiental, su intención de realizar la compensación ambiental por medio de la constitución o aporte a un Fideicomiso.

5.2. Ejecución de la actividad, obra o proyecto

Esta etapa incluye la preparación del sitio, la construcción de la obra civil, el equipamiento y prueba. En esa etapa deberán incluir la ejecución del Programa de Manejo Ambiental y están sujetas a que sobre ellas se realice una Auditoria de Evaluación Ambiental. Por otro lado, de conformidad con el artículo 26 del RGLMA, las diferentes etapas de la EIA estarán sujetas a un "monitoreo", con la finalidad de garantizar la eficiencia de las medidas de prevención, atenuación y compensación implementadas, permitiendo, mediante la evaluación periódica, la adopción de medidas correlativas.

Su frecuencia estará determinada por la naturaleza de la actividad, obra o proyecto. El MARN durante la ejecución de las actividades, obras o proyectos, realizará auditorías de evaluación ambiental con la finalidad de garantizar –durante la ejecución de la actividad, obra o proyecto- el cumplimiento de las condiciones definidas en el Permiso Ambiental. Las personas encargadas de tal fin, deberán estar acreditadas en el MARN para la ejecución de las referidas auditorías ambientales.

6. Control del MARN como ente emisor del Permiso ambiental

6.1. Control Administrativo

En nuestro país los actos administrativos de connotación ambiental, por ser la expresión de voluntad de la Administración Pública²⁴ en el ejercicio de sus potestades administrativas, se encuentran sometidos al control, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional, tal como haremos hincapié en "*infra*", sobre todo porque se pone en juego la tutela del Derecho a un medio ambiente sano, reconocido a través de jurisprudencia como derecho implícito en el Art. 117 de la Constitución

24 El Art. 2 inciso segundo de la LJCA, establece que órganos administrativos, conforman la Administración Pública salvadoreña, estos son: El Órgano Ejecutivo, las municipalidades, las Gobernaciones, las Instituciones Oficiales Autónomas, los Órganos Constitucionales (la Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Cuentas de la República y el Consejo Nacional de la Judicatura), únicamente cuando ejerzan función administrativa, también se consideran en esta misma manera por excepción, el Órgano Legislativo y el Órgano Judicial.

Salvadoreña²⁵ y la LMA en el Art. 2 de manera expresa²⁶.

La LMA, en el Art. 26 establece que la resolución del MARN que se pronuncie sobre un EsIA, admitirá los recursos establecidos en ésta ley y la Jurisdicción Contencioso Administrativo. El ordenamiento jurídico ambiental, somete a control todos los actos relacionados con el EsIA, sobre todo por el impacto social que podría causar que dicho estudio no sea transparente, y que la ejecución de la obra o proyecto cause grandes daños ambientales a los ecosistemas salvadoreños.

El recurso administrativo a que se refiere la LMA, en el Art. 97, es el "Recurso de Revisión", lo cual deberá interponerse en los cinco días hábiles contados a partir de la notificación del acto administrativo. El MARN entidad administrativa competente resolverá con la vista de los autos dentro de un plazo de diez días hábiles. Sin embargo, dicho recurso tendrá el carácter de optativo para efectos de interponer la acción Contencioso Administrativa. Al Agotarse la vía administrativa donde el MARN confirme la decisión administrativa dictada, o bien el administrado siga de manera directa la impugnación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA), tendrá 60 días hábiles para plantearla según el Art. 11 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA).

-
- 25 *Vid.* la Sentencia de Inconstitucionalidad, del 2 de julio de 1998, del "DL N° 432, de catorce de enero de mil novecientos noventa y tres, publicado en el DO N° 22, Tomo 318, correspondiente al dos de febrero del mismo año, y del DL N° 433, emitido y publicado en las mismas fechas que el anterior; por medio de los cuales la Asamblea Legislativa establece como zona protectora del suelo y declara como zona de reserva forestal una porción del inmueble denominado «El Espino», y emite disposiciones relativas al aprovechamiento, desarrollo y ordenamiento de tal inmueble", al respecto SC expuso, que si bien nuestra constitución no enuncia expresamente dentro del catalogo de derechos fundamentales el Derecho a un medio ambiente sano, es imprescindible reconocer que las obligaciones prescritas en el Art. 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. Así también, en la Sentencia de Amparo pronunciada el 26 de junio de 2003, se reafirma que el derecho al 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 características naturales y culturales.
- 26 Lo incluye como un principio de la política nacional del medio ambiente, en el literal: "a" que literalmente dice "Todos los habitantes tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es obligación del Estado tutelar, promover y defender este derecho de forma activa y sistemática, como requisito para asegurar la armonía entre los seres humanos y la naturaleza."

6.2. Control jurisdiccional

El ámbito de litigiosidad en materia ambiental en nuestro país ha sido muy escaso, las primeras pretensiones que se han planteado, por medio de demandas de amparo, los cuales, no han pasado sus efectos en sobreseimientos y en sentencias desestimatorias²⁷. De igual manera, en materia Contenciosa Administrativa, no obstante, se han planteado la ilegalidad de actos administrativos dictados por el MARN, pero no directamente sobre los EsIA, tal como lo prescribe el Art. 26, relacionado con el 97 de la LMA, sino sobre la resolución final, es decir del acto definitivo los permisos ambientales, que el MARN les ha conferido a empresarios en zonas donde se ponen en peligro la calidad de vida de las presente y futuras generaciones, y consecuentemente la destrucción de la diversidad biológica en los *hábitats* salvadoreño. El fenómeno de impugnar el acto definitivo pueda estar ocurriendo, en virtud del poco nivel de información y participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental.

Por tanto, a los casos a que nos referimos, apenas son resoluciones interlocutorias donde se han admitidos demandas contenciosas Administrativas, y por medio de las medidas cautelares correspondientes se ha suspendido proyectos que pudiesen ocasionar daños al medio ambiente salvadoreño. No existiendo a la fecha sentencias definitivas que tengan el carácter de estimatorias y que haya determinados la responsabilidad por los daños ambientales, tanto a los empresarios contaminadores o la misma Administración Ambiental.

No obstante, aprovechando la escasa jurisprudencia realizaremos un análisis sobre los avances y retos; que todavía constituyen desafíos para la justicia ambiental salvadoreña, debemos de aclarar que la doctrina

27 La primera pretensión se planteó en mayo 1998, cuando recientemente entraba en vigencia la LMA, en los procesos acumulados ref. AC/104, 105,106/ 98. Sin embargo el 2 de diciembre del mismo año, la SC, emite la resolución de sobreseimiento a favor de las autoridades demandadas, basándose en 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 a urbanizar es propiedad privada. (la construcción de la prolongación de la calle *Chilnupan* 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 en donde se deben 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 mas objetivo.

jurisprudencial que arroja cada una de las resoluciones interlocutorias, que a continuación estudiaremos, son completamente idénticas en su contenido y finalidad, por tanto el dicho análisis lo realizaremos de manera conjunta. Estas resoluciones son las siguientes:

A. Demandas planteadas contra el MARN

Primer caso:

Demanda presentada por la Asociación Herencia Natural y de la Federación Unidad Ecológica Salvadoreña, contra el Ministro de MARN, por haber emitido la resolución número 6314-5227-2007, de fecha cinco de mayo de dos mil seis, en la que se otorga permiso ambiental al proyecto denominado "Ampliación de campo de golf exclusivamente del Club Campestre Cuscatlán", el cual considera nulo de pleno derecho.

Señalaron los demandantes que la resolución administrativa que impugna como el DL Número 432 /93, que en esencia declara como zona protegida una cierta parte de la Finca El Espino, son normas jurídicas en términos generales. El contenido del DL antes mencionado, afecta de forma negativa e irreversible a los componentes ambientales como la biodiversidad, el recurso hídrico, entre otros, que posibilitan el desarrollo de la vida. En consecuencia, solicita la inmediata suspensión provisional de los efectos del acto impugnado²⁸.

Segundo caso:

Demanda presentada, por la Fundación de Vecinos del Arrecife de los Cóbanos, que se abrevia FUNDARECIFE, contra el MARN, por haber emitido la Resolución MARN-Nº 7440-1360-2006, de fecha quince de diciembre de dos mil seis, en la que se otorga permiso ambiental a la Sociedad Jordán S.A. de C.V, para realizar ciertas actividades relativas a la construcción de un embarcadero de lanchas con capacidad máxima de 128 lanchas de diferentes dimensiones.

La peticionaria señaló que, la resolución administrativa impugnada violenta claramente el artículo 74 de la LMA, el cual literalmente prescribe: "*Los manglares y arrecifes son reserva ecológica por lo que no se permitirá en ellos alteración alguna. Las zonas costero marinas donde están contenidos estos ecosistemas se considerarán áreas frágiles*". Considera entonces que la autoridad

28 Auto interlocutorio de la SCA, ref. 301-2006, de siete de febrero de 2007.

demandada ha sobrepasado los límites de las competencias conferidas por el legislador, pues la zona que ha sido afectada reúne técnicamente las características de un arrecife. Consecuentemente, estima que el permiso ambiental otorgado a dicha Sociedad es ilegal.

Se ha traducido en un daño irreparable a dicho ecosistema, pues muchas especies marinas han fenecido de manera que, para que el daño no se siga produciendo solicita la inmediata suspensión de los efectos de la autorización administrativa impugnada²⁹.

B. Intereses difusos y legitimación activa

Según la anterior jurisprudencia de la SCA, el interés legítimo se constituye como la pretensión a la legitimidad del acto administrativo, que viene reconocida a aquel sujeto que se encuentre respecto al ejercicio de la potestad, en una especial situación legitimante. Debe aclararse que al demandante no lo legitima un abstracto interés por la legalidad –el llamado interés simple no habilita para acceder al proceso contencioso- sino el interés concretísimo de estimar que la administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad.

El Art. 9 de la LJCA hace alusión al término interés legítimo y directo que el demandante puede ostentar, entendido como un interés cualificado o específico, que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter meramente personal, o por ser precisamente los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto de cualquier ciudadano; con lo cual no es posible la impugnación de aquellos actos que afecten intereses meramente generales, bajo la figura del interés simple, o de la acción popular.

En estas resoluciones se advierte que, los alcances que se otorguen a la figura del “interés legítimo y directo”, determinan la apertura o restricción del acceso a esta sede judicial. En este sentido, se entiende que tal interés, tal y como ha sido interpretado hasta este momento, en lugar de abrir o ampliar el campo de la legitimación procesal, constituye una especie de válvula que cierra el acceso a la jurisdicción, pues en aquellos casos en los cuales no se configure una afectación directa y personal a la esfera jurídica de los administrados, como la situación que plantea el peticionario, simplemente

29 Auto interlocutorio de la SCA, ref. 73-2007 de veintiséis de marzo de 2007

no tienen la oportunidad procesal para poder formular sus pretensiones³⁰.

Ante la situación anteriormente acotada y para efecto de potenciar el acceso a la jurisdicción a todos aquellos que ostenten de manera suficiente y razonable intereses que escapan de las premisas relacionadas, en esta sede judicial, resulta conveniente interpretar de forma amplia o extensiva el sentido de lo que el legislador ha previsto como "interés legítimo y directo", en la normativa antes mencionada, es decir, más allá de la perspectiva individual o personalizada; por lo que también debe entenderse como parte de su esencia, una vertiente de naturaleza colectiva, a partir de la cual pueden suscitarse una multiplicidad de controversias de horizonte diferente, que también deben ser conocidas obviamente por la SCA, ya que 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, a los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

De manera que, en el titular del denominado "interés difuso" se debe ver al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo lo relativo a la titularidad que ha sido extendida o proyectada hacia otros sujetos que se encuentran en igual o semejante situación jurídica. Comprende una amplísima gama de verdaderos derechos vitales no susceptibles de titularidad exclusiva, como la calidad de vida, preservación del medio, defensa de los derechos del consumidor, la tutela de la fauna, etc., los cuales no pueden quedar en desamparo. Son entonces sostiene la SCA, que éstos derechos e intereses son los que requieren actualmente de una adecuada protección administrativa y judicial.

La realidad social y económica de nuestros días, ha propiciado la aparición de agresiones que desbordan la esfera jurídica privada de las personas dando cabida, a fenómenos de alcance colectivo debido al surgimiento de

30 La SC reconoció la teoría de los intereses difusos con el auto de admisión de la demanda de Amparo incoado contra la Oficina Planificadora del Área Metropolitana de San Salvador y el Servicio Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura y Ganadería, proveído el 26 de marzo de 1998 en forma sintética, en él se sostuvo: "que en los supuestos de protección de los intereses difusos, adquiere legitimación procesal para plantear la pretensión de Amparo, cualquier persona que considere que se le ha vulnerado un derecho de naturaleza difusa, sin necesidad que intervengan en el proceso los demás titulares de tal derecho. Por tanto se cambió con el criterio jurisprudencial de la SC donde sostenía que tienen el interés legítimo de incoar una demanda de amparo solamente el que sufría el agravio directo, real y personal." En consecuencia cualquier ciudadano tiene la acción popular cuando una entidad estatal o empresarial vulnera el derecho fundamental a un medio ambiente sano.

nuevas categorías de intereses jurídicos dignos de protección: los denominados "intereses difusos". Que 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 ambiental³¹. Estos intereses que son ajenos y a 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, superan la clásica bifurcación entre lo público y privado para integrar una nueva categoría de la cual es titular la colectividad³².

En este sentido puede señalarse 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. A partir del cambio de precedente jurisprudencial de la SCA, 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 modalidad diferente; ya que hoy en día no sólo los derechos e intereses individualizados erigen a sus portadores en sujetos con aptitud legal para pedir su tutela, sino que también, los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

De esta manera se da cumplimiento al *derecho de acceso a la jurisdicción* que reconoce de manera implícita la Constitución de la República, en el Art. 2, con el cual se vería violentado si se admitiera restringir la tutela jurisdiccional en los supuestos de quienes ostentan intereses de tal naturaleza

31 Cuando se desarrolla 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 insuficientes. 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*, 2ª edición, Investigación Jurídica S.A. San José de Costa Rica, 1999, p. 41.

32 El autor Costarricense JIMENEZ 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, los cuales 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 inter subjetivas privadas. Citado por ARMIJO SANCHO, G. A., *op. cit.*, p. 41.

Vistas las líneas jurisprudenciales, antes referidas, sobre el alcance de los intereses difusos, podemos conceptuarlos, indicando que estaremos en presencia de ellos, cuando estos pertenecen a todos y cada uno de los miembros del grupo o comunidad, pero sin que medie un vínculo jurídico determinado. De ahí digamos que no sólo la titularidad es difusa, sino que el disfrute y la expresión del interés también lo son.

En consecuencia, la legitimación desde la anterior perspectiva, lo podrían ejercer, las personas directamente afectadas, las comunidades que no tengan personalidad jurídicas, la propia Administración, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y por supuesto las asociaciones que ostentan un reconocimiento social en la protección del medio ambiente³³.

C. La tutela cautelar

Nuestra LJCA, ha considerado como única medida cautelar y exclusiva, *“la suspensión de los efectos del acto impugnado”*; no obstante habiendo solicitado por diversos litigantes nacionales la apertura a todas las medidas cautelares positivas o innovativas, pero para decretarse se debe de cumplir los presupuestos que en dicha normativa se establecen, los cuales consisten: a) Que el acto produzca o pueda producir efectos positivos (Art. 16 LJCA); b) Que la ejecución del acto impugnado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva (Art. 17 LJCA); y c) Que la adopción de la medida cautelar no produzca un perjuicio evidente al interés social u ocasionare o pudiera ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público (Art.18 LJCA).

En la jurisprudencia más reciente, la SCA ha tomado en consideración y analizado por lo general al momento de otorgar la suspensión de la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado, como únicos requisitos: primero, que mediere petición de parte y, segundo, que se tratase de un acto capaz de producir efectos positivos. Al interpretar los requisitos que determinan la procedencia de la suspensión, se ha procurado garantizar que,

33 No obstante, el Art. 101 de la LMA abre el espectro amplio, en consonancia con los intereses difusos para ejercer la legitimación e interponer la demanda civil de reparación de daños ambientales causados a la comunidad, estos son: a) La persona natural o jurídica que haya sufrido el daño de manera indirecta e inmediata; b) Por cinco ciudadanos miembros de una comunidad, que carezca de personalidad jurídica, debiendo adjuntar a la demanda los nombres y apellidos números de documentos únicos de identidad, lugar de residencia, firma o huella digital del pulgar de la mano derecha de las personas que conforman la comunidad; y c) El Fiscal General de la República, así como la PDHH”.

en la mayoría de los casos, la sentencia definitiva que haya que dictarse sea eficaz desde el punto de vista material; es decir, de la satisfacción plena de los intereses del demandante, a pesar de que se dicte después de transcurrido el tiempo necesario que dura la tramitación del proceso.

En ese sentido, la SCA consideró que existe otra forma más adecuada de interpretar la exigencia de los requisitos necesarios para resolver la suspensión cautelar, la cual seguirá siendo respetuosa del derecho de los ciudadanos a que se les garantice la efectividad de la sentencia; pero también lo será del interés general que persigue la actividad de la Administración Pública. De acuerdo con lo anterior, la SCA interpreta que la resolución sobre la suspensión requiere previamente el examen y valoración de todos los requisitos que determina la ley, de modo que, la suspensión no constituya en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática que atienda la sola petición y el efecto positivo que del acto derive³⁴.

Conforme a las consideraciones expuestas, son tres los requisitos que deben examinarse en cada caso para efecto de resolver la procedencia de la suspensión, éstas son:

- 1º) Que sea un acto capaz de producir efectos positivos; es decir que mediante sus efectos sea capaz de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente a su emisión. Precisamente, es la consolidación de esa nueva situación, que altera un *statu quo* determinado, lo que se pretende evitar mediante la suspensión de los efectos del acto prevista por la ley.
- 2º) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. "Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto; y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia." Como se ha expuesto, el daño –como parámetro de procedencia de la medida cautelar- está íntimamente vinculado con los efectos del acto sobre la esfera jurídica del destinatario, en relación con la duración del proceso.

34 Cabe añadir que tales requisitos que deben concurrir no sólo al momento en que debe ser resuelta la suspensión, sino también durante el tiempo que ésta deba mantenerse vigente. Por ello, la medida puede ser solicitada tanto al inicio del proceso, como durante la tramitación del mismo. *Vid.* los Arts. 22 y 23 LJCA.

- Corresponde, entonces, a quien solicita la suspensión, proporcionar los elementos objetivos con los cuales acredite, cuando menos de forma indiciaria, las razones por las que considera que los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de la inmediata ejecución del acto impugnado no serían reparados efectivamente por la sentencia.
- 3º) Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. En cuanto a este último requisito, su alegación y comprobación se encuentra a cargo de la Administración, quien deberá aportar los elementos que permitan considerar que la suspensión causa un perjuicio o un peligro al interés u orden público superior al derecho del administrado que se pretende garantizar con la adopción de la medida.

Además, en cuanto a la ponderación de intereses debe señalarse que, a pesar del silencio del legislador, para la decisión sobre la medida cautelar es necesario valorar no sólo los intereses de la parte demandante y los públicos que demandan la inmediata ejecución, sino también los intereses de terceros que puedan resultar perjudicados con la adopción de la medida. Si la LJCA reconoce la posibilidad de que los terceros puedan intervenir en el proceso con el fin de recabar la tutela de sus derechos e intereses, es correcto interpretar que su posición también deba ser considerada a la hora de decidir la suspensión del acto. Al trasladar las anteriores consideraciones al caso que se examina, se colige lo siguiente:

Que los demandantes (asociaciones ambientalistas) ostentan un interés legítimo en la protección, conservación, y mejoramiento del ambiente, por los cuales impugna en cada caso (ampliación de Club Campestre Cuscatlán en la Zona de la Finca del Espino y a la Sociedad Jordán S.A. de C.V, para realizar ciertas actividades relativas a la construcción de un embarcadero de lanchas con capacidad máxima de 128 lanchas de diferentes dimensiones). Por tanto, las asociaciones ecologistas, por medio de sus apoderados en sus respectivas demandas solicitan que, la SCA suspenda provisionalmente los efectos de los actos administrativos ambientales dictados por el MARN. Es evidente que el acto administrativo impugnado produce efectos positivos, tal y como lo ha sostenido la SCA se ha creado una situación que hasta la fecha de otorgamiento de los permisos referidos, era inexistente.

En cuanto al segundo de los requisitos expuestos, el peticionario solicita la medida cautelar referida, mencionando expresamente algunos de los daños que

puede ocasionar la materialización del acto administrativo impugnado, en ciertos componentes del entorno como la biodiversidad, el suelo, el agua, que posibilitan las condiciones indispensable para el desarrollo del ciclo de existencia de seres humanos y no humanos; los cuales no pueden ser reparados efectivamente por la sentencia. En consecuencia, tal solicitud cumple con este requisito.

El tercer requisito hace referencia a que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. Respecto de ello, en el caso que se analiza, la lógica opera en sentido adverso, en la medida que resulta clara la existencia de un interés por la protección, conservación, y mejoramiento del ambiente, como un interés difuso en la sociedad salvadoreña, representado en asociaciones como las peticionarias, en caso de no suspenderse la ejecución del permiso ambiental impugnado, se produciría una afectación irreversible a los componentes ambientales que mencionan dichos entes en la demanda. De manera que ningún momento opera el supuesto de que la materialización de la medida cautelar produce afectación a un interés social.

En definitiva, la SCA procedió adoptar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados, pues dicha solicitud ha cumplido con los tres presupuestos antes analizados. La SCA suspendió provisionalmente los efectos del acto impugnado, en el sentido de abstenerse de llevar a cabo cualquier tipo de acto relacionado a la ejecución de los Proyectos en virtud de los permisos ambientales. Con ello se pretende que no se materialicen los daños ambientales, y no seguir degradando los ecosistemas salvadoreños. Quedamos en la espera que las sentencias sean estimatorias y que pueda evitarse la configuración de los daños ambientales en cada caso y repararse los que ya se materializaron.

7. Responsabilidad por los daños ambientales

La doctrina, cuando analiza las técnicas jurídicas de protección del medio ambiente, califica a la responsabilidad como instrumento represivo y en consecuencia deficiente. Por cuanto, se señala que el Derecho Ambiental debe tener un carácter preventivo por motivos funcionales y teleológicos. También 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 que eludan la imposición de la responsabilidad por ejemplo por la dificultad de la determinación de la relación causal, aspecto que ha puesto en relieve a los daños ambientales³⁵.

Pero, 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. Su importancia puede radicar en la escasa efectividad de la normativa ambiental, fundamentalmente de orden administrativo. En el seno de éstas ideas, subyace la intención de llevar a la aplicación práctica el principio rector del derecho ambiental, “quien contamina paga” ya reconocido en el ámbito del derecho internacional, comparado, y nacional, lo cual ha influenciado fuertemente la responsabilidad en materia de daños al medio ambiente.

La LMA, por el mandato constitucional que funda el Art. 117, establece la obligación de reparar los daños ambientales, la encontramos en el Art. 2 literal f de la LMA, que prescribe que como un principio de la Política Nacional del medio ambiente, 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 cualquier persona natural o jurídica afectada en su caso conforme a la ley*”. Esta disposición debe de entenderse en concordancia con el Art. 85 de la referida LMA que de igual manera estipula el deber de reparar los daños al medio ambiente³⁶.

La obligación de reparar los daños ambientales, puede devenir, porque el titular ha incurrido en infracciones administrativas de las que establece el Art. 86, de la LMA, para el caso preciso que nos ocupa, la mayoría están referidas al incumplimiento de las obligaciones de los titulares que el MARN les ha otorgado un Permiso Ambiental, o cuando las autoridades del MARN otorguen tales permisos en contravención a la LMA y su RGLMA. Las multas que puede imponerse una vez el indiciado se le llevado a cabo el

35 SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M del C., *Responsabilidad Civil del Empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona 1994, p. 193

36 El Art. 85 de LMA estipula “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.”

Procedimiento Administrativo Sancionador³⁷ de parte del propio MARN autoridad competente de llevar el informativo administrativo³⁸, se le condena además de la multa a realizar el resarcimiento de los daños ambientales ocasionados, previo valúo por peritos nombrados por el MARN, de conformidad al Art. 96 de la LMA.

De este precepto, se destaca que el infractor una vez que quede firme la resolución administrativa, se la da un plazo suficiente para que pueda hacer efectiva la reparación de los daños ambientales por sus propios medios. De lo contrario el MARN, nombrará peritos (podrían ser biólogos, o profesionales con conocimientos físicos, químicos), a fin de que evalúen los daños, para establecer el monto económico a destinar para la reparación de los daños. La exigibilidad del monto dinerario de parte del MARN deberá hacerlo en Proceso Civil Ejecutivo, ya que la parte final del Art. 96, de la LMA, en relación con el Art. 121 del RGLMA, estipula que la certificación del valúo, donde ordena la restauración, tendrá fuerza ejecutiva contra el infractor.

Respecto a la teoría de la responsabilidad, que adopta el ordenamiento salvadoreño, 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 responderá al sistema basada en la culpa del agente, tanto en sede civil, como administrativo.

En materia contenciosa administrativa, la SCA, en este sentido ha sido categórico en manifestar conforme el "*principio de culpabilidad*" en materia administrativa sancionadora supone que sólo será sancionable si la acción ha sido realizada a título de dolo o culpa, además debe de mostrarse 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. En consecuencia no podrá sancionarse, ante una trasgresión de un precepto administrativo conforme a los criterios de la responsabilidad objetiva, únicamente si ha existido negligencia o imprudencia del sujeto³⁹.

37 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.

38 El Art. 120 del RGLMA, estipula que el MARN 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.

39 *Vid.* Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 27 de febrero de 1998. Ref. 8 C'H-92, Sentencia de 24 de febrero de 1998. Ref. 29-G-91 y Sentencia de 24 de febrero de 1998. Ref. 36-G-95

8. Reparación de los daños al medio ambiente

El fundamento de responsabilidad civil ambiental que establece los artículos 2 literal f, 5 y 85 de la LMA, 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 no 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 ocasionados⁴⁰. 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 hacerlo⁴¹.

A este criterio, lo cual ya hemos dejado plasmado, se le suma la opinión del jurista español DE MIGUEL PERALES⁴², que también se ocupa ampliamente en el tema, al sostener que el caso concreto del medio ambiente la reparación en especie deberá buscarse en el mayor esfuerzo posible, aparte de resarcir al perjudicado se trata también de proteger el medio ambiente en si mismo considerado, y el propósito de la responsabilidad civil tiene como objeto primordial el conseguir 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 con la indemnización dineraria no es equivalente y no puede resarcirse 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 mas parecida posible.

40 El Art. 1427 del código civil 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.

41 Si bien hasta el momento desde la vigencia de la LMA, no se ha condenado a ningún empresario por daños medioambientales puros, fácilmente una persona responsable en el transcurso del proceso judicial indemnizatorio por los referidos daños puede transferir sus bienes a fin de mostrar su insolvencia económica, así evitar el pago en dinero o la restauración de los ecosistemas dañados cuando fuere posible. Por tanto 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 Fondo ambientales para que haga efectiva los potenciales daños ambientales determinados, a fin de restauración de los ecosistemas dañados.

42 DE MIGUEL PERALES. C.. op. cit., p. 228.

Ahora bien, en el caso que sea imposible restaurar el bien ambiental dañado, se debe buscar a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza, así por ejemplo como resultado del daño una especie animal se ha extinguido, puede obligarse al sujeto agresor aportar la recomposición para la protección de otras especies de igual importancia para la diversidad biológica.

Esta posición se sustenta en el hecho de que los ecosistemas interactúan entre sí, ya que si bien 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 lo estipula el Art. 5 de la LMA. En consecuencia, en la sentencias a las cuales, nos hemos referido en supra el juzgador debe seguir la filosofía de la reparación “in natura” como prioridad, por el bien de los ecosistemas.

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 mas parecida a la que tenía antes del daño, por lo que deberá hacerse estudios de impacto ambiental por técnicos, científicos, expertos en la materia para que determinen⁴³, la valoración y cuantificación de los daños, para determinar los costos de restauración, así como para determinar que debe hacerse para restablecer el ecosistema que ha sufrido el daño ocasionado.

9. Reflexiones conclusivas

1ª La utilidad del EsIA, es un instrumento preventivo dentro del Derecho Ambiental, implica la posibilidad de estudiar- a partir de la experiencia científica pasada en relación a los impactos de determinadas actividades sobre el medio ambiente pudiéndose predecir los potenciales daños ambientales, antes de que se produzcan.

43 En este sentido puede verse los Arts. 96 de la LMA y 121 del RGLMA donde estipula la obligación de resarcir los daños ambientales, tanto por la vía administrativa y civil.

- 2^a El EsIA, constituye una manifestación del principio de prevención sobre todo por los intereses en que están en juego. Si la Administración Ambiental, no cumple su papel fiscalizador y preventivo, se constituye responsable por omisión, por incurrir en “culpa in vigilando”. En todo proceso de EIA no podemos pensar en la clásica exigencia de la acreditación de daños por el actor, si al titular de la obra, fundamentado en el principio de precaución y la teoría de la responsabilidad objetiva.
- 3^a Podríamos decir que tenemos un marco jurídico básico, que regula los EsIA, aunque no el mejor, pero sólo falta que los poderes públicos lo apliquen de forma eficaz, porque a la fecha poco o nada ha servido para detener los daños ambientales que los ecosistemas salvadoreños se ven sometidos. Sobre todo porque en la mayoría de casos son autorizados y no le dan cumplimiento a la consulta pública. Además es lamentable que la Administración Pública Ambiental se vuelva responsable por culpa “*in vigilando*” porque no persigue a los infractores que deterioren el medio ambiente.
- 4^a Los litigios ambientales en el sistema judicial salvadoreño son incipientes son muy pocos, algunos en materia Constitucional (sentencias de Amparo) y ahora en materia Contenciosa Administrativa, que hasta la fecha no se han dictado sentencias emblemáticas donde obliguen a los infractores a restaurar los ecosistemas dañados, y consecuentemente se se tutele por esta vía de manera efectiva el Derecho a un medio ambiente sano.
- 5^a Uno los cambios esenciales que deben de impulsarse es la reforma de la LMA, quitándole la potestad sancionadora al MARN, ya que curiosamente todos los litigios antes referidos, han sido contra dicha entidad administrativa en materia de EsIA. En este sentido debemos de seguir el ejemplo de Costa Rica, que debe de erigirse un Tribunal Administrativo Ambiental, que tramite los procesos administrativos sancionadores, contra cualquier persona natural o jurídica incluyendo la propia Administración Pública Ambiental.

El principio *in dubio pro consumidor* y los derechos básicos en la ley de protección al consumidor

Dr. Armando Láinez Olivares*

1. El principio a favor del consumidor o *in dubio pro consumidor*

El principio *in dubio pro consumidor* rige plenamente al Derecho de los consumidores y ha servido de base para justificar su construcción y consecuente desarrollo¹ a pesar que nuestra Constitución no lo establece expresamente. Aunque se debe admitir que al establecer nuestra norma fundamental una vinculación entre el orden económico y los consumidores, la regulación que respecto de la materia económica se haga deberá estar inspirada y por tanto ser respetuosa del consumidor. En este sentido podría admitirse que el principio se encuentra implícitamente reconocido por nuestro ordenamiento constitucional.

El Derecho de los consumidores nace como un derecho estatutario de protección de un sector de la población, que visualizada en el comercio, constituye el último eslabón en la cadena productiva de un bien o servicio, y por tanto, requiere de una especial atención por el Derecho.

La referida atención encuentra su justificación en el desequilibrio implícito que acompaña la relación comercial entre un consumidor y un

* El autor es Doctor en Derecho Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad Doctor José Matías Delgado. Tiene una Maestría en Derecho Civil por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asimismo, es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Se ha desempeñado como Coordinador de Colaboradores en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y actualmente es Secretario Jurídico del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor.

1 LASARTE ALVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Ed. DYKINSON, 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 29 a la 34. Constituye un principio fundamental para creación del Derecho de consumo el reconocer que existe una regla jurídica que determina que siempre se buscará lo más favorable al consumidor. La referida regla es un parámetro de interpretación y aplicación de la normativa que incide en las relaciones de consumo y además genera la necesaria búsqueda de coordinación en el sistema jurídico.

proveedor. De tal suerte que el Derecho especial del consumo, a diferencia del Derecho Civil o el Derecho Mercantil —que parten de una aparente igualdad—, se erige como una rama diferente del Derecho que pretende reestablecer el equilibrio que debería existir en esas relaciones, otorgando a la parte más débil herramientas legales y derechos en la mayoría de las situaciones, entre los cuales destaca como fundamental el de la información.

En este sentido nuestra Carta Magna² al establecer que el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, no hace más que justificar la necesaria existencia de una normativa que promueva ese postulado de justicia, la cual traducida a la materia de consumo, significa la exclusión de cualquier tipo de desequilibrio o desigualdad entre consumidores y proveedores que provoque una indefensión en los primeros. Por tanto, el principio *in dubio pro consumidor* constituye una directriz que informa y justifica una determinada regulación legal. Se podría afirmar en definitiva que inspira al sistema legal y su consecuente aplicación en los casos concretos.

En la actualidad, se ha concebido una protección que ya no se encuentra atada a la calificación de las posiciones de las partes dentro de una relación obligacional o posición de las partes en un contrato típico, sino que la protección se vincula a la noción de consumidor relacionada con un acto de consumo. De tal forma que ya no se concibe o justifica la protección de una persona en razón de las circunstancias especiales que acompañan su desequilibrio, por ejemplo el deudor de un crédito que carece de solvencia para ejecutar el pago. En el Derecho de los consumidores la situación de protección no deviene de especiales circunstancias, como ocurre en otras ramas del Derecho tradicional, sino que los consumidores justifican su protección por ese papel permanente que tienen y desempeñan en el mercado en cada acto de consumo que realizan³.

Este principio informa al sistema normativo en su conjunto y se encuentra plasmado de forma expresa en los artículos 4 letra i), 16 y 112 inciso 2 de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante LPC). Estas

2 La cual es retomada en el considerando I de nuestra LPC, de tal forma que sirve de fundamento para la creación y posterior desarrollo normativo de la materia de consumo.

3 LORENZETTI, R., *Consumidores*. Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 16. El autor indica que ya no existe una protección dirigida a los sujetos en relación con especiales circunstancias individuales, sino que en la actualidad la protección del consumidor viene dada por el especial rol que desempeña en el tráfico comercial de bienes y servicios. Entendiendo que la protección se justifica en la medida que cualquier sujeto se encuentre desempeñando el rol de consumidor, independientemente de las particulares circunstancias que éste tenga.

normas regulan presunciones a favor de los consumidores las cuales funcionan como garantías que palean el desequilibrio con el que nace cualquier relación negocial, y es que en las situaciones reguladas por las normas citadas el proveedor es el único que dispone de los elementos de prueba necesarios para desvirtuar las presunciones establecidas a favor del consumidor, de tal forma que la omisión de dichas presunciones dejarían al consumidor en una situación de indefensión difícilmente tutelable⁴.

Como se observa ya sea mediante el texto normativo expreso que impone presunciones a favor del consumidor o mediante el conjunto de normas que reconocen derechos a favor del consumidor, la constante que encontraremos en cada una de ellas es la finalidad de suplir un desequilibrio que padece el consumidor.

Al crear la LPC el Sistema Nacional de Protección al Consumidor (en adelante SNPC), todos los actores pertenecientes a la Administración Pública y sus respectivas leyes deben ser de ahora en adelante interpretadas y aplicadas bajo el principio *in dubio pro consumidor*. Ahora no solamente incumbe a los aplicadores de las normas, sino que además el referido principio constituye un elemento de necesaria consideración para el legislador cuando crea otros cuerpos normativos. Es por eso que la protección del consumidor es una característica ineludible de este derecho y debe entenderse como una premisa fundamental de actualidad en cualquier normativa que tienda a la regulación de condiciones que permitan una mejor calidad de vida⁵.

Únicamente asumiendo la trascendencia del principio en comentario es que el SNPC creado por la LPC encuentra su coherencia en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el cual se entrelaza mediante la concepción del acto de consumo que se encuentra independiente de

4 La letra i) del artículo 4 de la LPC establece que es un derecho de los consumidores el disponer de procedimiento en los cuales se resuelvan sus desavenencias, gozando en algunos casos de la inversión de la carga de la prueba, cuando se refieran a los conflictos a servicios públicos. Aunque se debe indicar que el referido derecho se hace operativo en la medida que la jurisprudencia determina que entiende por servicio público, ya que la ley no lo determinó. El inciso final del artículo 16 de la LPC se retoma la regla *contra proferentem* que ya se había desarrollado en las legislaciones civiles y mercantiles en materia contractual. El inciso segundo del artículo 112 LPC indica una presunción legal a favor del consumidor la cual admite prueba en contrario. La presunción se refiere a la presunta veracidad de los hechos denunciados en el caso de que el proveedor no concurra al llamamiento que las autoridades realicen en los medios alternos de solución de conflictos.

5 Vid. GUILLEN CARAMÉS, J., *El Estatuto Jurídico del Consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p. 65. La existencia de una mejor calidad de vida se encuentra íntimamente relacionada con la protección que el Estado brinde a los consumidores y por tanto del necesario control que éste realice sobre la actividad económica de los empresarios.

cualquier otra circunstancia que las normas sectoriales hayan regulado. Con esta idea de forma concreta observamos como el referido principio no sólo inspira a las normas de exclusiva relación con los consumidores, sino que además el mismo se extiende a otros sectores normativos que siendo anteriores al Derecho de los consumidores se deben adecuar a éste.

De ahí el principio de supletoriedad en la aplicación de otros cuerpos normativos en materia de consumo diferentes a la LPC, regulado en el artículo 11, que afirma:

“Los intereses económicos y sociales de los consumidores serán protegidos en los términos establecidos en esta ley, aplicándose supletoriamente lo previsto por las normas civiles, mercantiles, las que regulan el comercio exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio”.

2. Aspectos constitucionales de carácter económico relacionados con el *in dubio pro consumidor*

La inclusión de los consumidores en la Constitución significó una necesaria reinterpretación de los principios económicos que regían al mercado salvadoreño. Así, se tiene que la normativa constitucional debe ser reinterpretada con la entrada en vigencia de los principios relacionados con el consumidor, ya que la coherencia del sistema normativo debe ser a partir de la readecuación de los principios y derechos dados por el constituyente y luego ser adaptados en la normativa secundaria⁶.

En ese sentido se pronuncia la SC al definir los parámetros de interpretación de la Carta Magna, la cual sostiene que:

“La interpretación de la Constitución —función esencial de un Tribunal Constitucional— significa, entre otras cosas, adaptar el sentido de sus

6 LÓPEZ GUERRA, L., “El derecho constitucional español en AA.VV., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos.*, Ed. Tirant lo blanch, Volumen I, 6ª ed., Valencia, 2003, p. 31. Tal como afirma el doctrinario López Guerra “*La Constitución no consiste en un conjunto de regulaciones inconexas de instituciones públicas y derechos individuales, yuxtapuestas en su texto normativo, sin relación entre ellas. Por el contrario y siguiendo en esto la tradición del constitucionalismo, viene a representar una toma de posición valorativa, que se refleja en sus disposiciones concretas. Es decir, que la Constitución es un conjunto coherente de preceptos; y esta coherencia deriva de que sus mandatos responden a unos criterios ordenadores*”. Las normas constitucionales no pueden aplicarse e interpretarse de manera aislada, esto es sin atender a la totalidad de mandatos normativos que existen en relación con la norma sujeta a escrutinio y aplicación, de tal forma que siempre se debe atender a una aplicación coherente de la normativa en coherencia con las otras que le rodean.

preceptos a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» y esa adaptación, que es una verdadera «recreación» constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete, la realiza el tribunal si tiene la facultad, absolutamente necesaria, de revisar su propia doctrina. Si ello se le niega, se distorsiona, evidentemente, el genuino carácter de la jurisdicción constitucional, se contradice la finalidad propia de esa institución y se elimina uno de los elementos que, con mayor fortuna, suele coadyuvar a la permanencia de las Constituciones y evitar así sus excesivas reformas⁷⁷.

De tal forma que el principio *in dubio pro consumidor*, al ser un elemento inspirador y guía de las políticas y futuras regulaciones en materia económica, también afecta a las estructuras jurídicas clásicas —el tratamiento legal de los negocios jurídicos principalmente— reguladas en legislaciones sectoriales como el Código Civil o Código de Comercio.

La coexistencia de los postulados constitucionales de libertad de contratación y libertad económica, en relación con el principio *in dubio pro consumidor* no es totalmente aceptado por la doctrina que niega que el referido principio pueda afectar el derecho fundamental a la libertad de empresa. Así se tiene —según estos autores— que este principio *in dubio pro consumidor* deberá adecuarse programáticamente al desarrollo del derecho fundamental a la libertad de empresa y no a la inversa⁸.

Es cierto que los derechos fundamentales gozan de una especial protección por el ordenamiento jurídico, pero esto no es óbice para que los mismos puedan en algún momento verse afectados por principios generales de rango constitucional, ya que es eso exactamente lo que persigue el Derecho, el realizar de manera continua una ponderación y acomodamiento entre los conflictos individuales que surgen de la posibilidad de hacer valer los derechos de cada uno de los sujetos en la sociedad⁹.

7 Sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 41-2000Ac de fecha 13 de Noviembre de 2001.

8 LASARTE ALVAREZ, C., *Op. cit.*, pp. 32 y 33. Los autores que niegan la posibilidad de que el principio *in dubio pro consumidor* sea informador del sistema, como apunta el doctrinario Carlos Lasarte, son A. Rojo Fernández-Río y J. Font Galán. Ahora bien, en mi opinión al igual que Lasarte Álvarez, siempre se debe buscar un equilibrio entre los diferentes derechos que concurren en una actividad, en el presente caso la cuestión económica, y en consecuencia no se debe desconocer que ante un conflicto de derechos debe propiciarse la aplicación de cada uno de ellos.

9 LASARTE ALVAREZ, C., *Op. cit.*, p. 33. Como lo indica el doctrinario Carlos Lasarte "(...) es paladino que la existencia de un principio o un derecho (o una persona) no puede pretender la amulación o el arrasamiento de los demás principios o derechos (o personas): el Derecho consiste fundamentalmente

De tal forma que el principio *in dubio pro consumidor* y el derecho fundamental a la libertad de empresa no son opuestos, sino que ambos pueden coexistir, en tanto el principio informa al sistema jurídico, y lo que realmente se debe determinar es el alcance del principio en relación con ese derecho. Lo expresado por el doctrinario es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, y es que los derechos constitucionales deben ser interpretados y aplicados en coherencia con los principios que también recoge nuestra Carta Magna.

2.1. La libertad de contratación

La Constitución establece, en el artículo 23, que el Estado garantizará la libertad de contratar conforme a las leyes. Los diferentes aspectos que ofrece el derecho, el cual tiene su origen en el principio de la autonomía de la libertad, son:

a) El derecho a decidir si se quiere o no contratar, esto es, el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; b) El derecho a elegir con quién se quiere contratar; y, c) El derecho a determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes¹⁰.

El referido derecho no es absoluto y adquiere matizaciones que se encuentran directamente relacionadas con el principio *in dubio pro consumidor*. De tal manera que la libertad de determinar el contenido del contrato actualmente considera algunas limitaciones que tienen como finalidad proteger al consumidor. En este sentido, los contratos de adhesión en el que una de las partes predispone algunas cláusulas que simplemente son aceptadas por la otra, pueden ser sometidos a un control posterior por autoridades administrativas o judiciales¹¹ además de las cargas que tiene el

en una técnica de resolución de conflictos sociales o interindividuales y la mayor parte de ellos aparecen a consecuencia de la necesaria acomodación y ajuste de intereses, expectativas e ideas contrastantes, cuando no antagónicas."

10 Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad 15-99/17-99, de fecha trece de agosto de dos mil dos pronunciada por la SC. Considerando VI. 3. En este pronunciamiento la Sala de lo Constitucional deja en claro el alcance que tiene el principio de la autonomía de la voluntad, dando así rango constitucional a un principio que hasta ese momento se había entendido únicamente se encontraba reconocido expresamente por el legislador secundario. GONZÁLEZ BONILLA, R. (compilador). *Constitución y Jurisprudencia Constitucional*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., San Salvador, 2003. pp. 86 a la 87.

11 En este sentido se expresa OROZCO PARDO, G. "Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas, varias reflexiones y un ejemplo: El sistema francés de amortización de créditos hipotecarios", en AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2003, p. 2732 y ss.

proveedor relacionadas con la debida información de las mismas. El control posterior realizado por las autoridades administrativas y judiciales limita la autonomía de la voluntad. Si bien el contrato debe ser cumplido conforme a lo pactado por el principio de buena fe, cuando los pactos celebrados voluntaria y libremente por las partes se consideren violatorios de la normativa, en el presente caso de consumo, los mismo pueden ser juzgados y dejados sin efecto por la autoridad.

No se puede ignorar que el Derecho Civil ya establecía un conjunto de reglas tendientes indirectamente a la protección de la parte débil — especialmente en la interpretación de los contratos¹² — fundado en el elemento justicia, que es el objetivo implícito en la exigencia de la causa de los contratos, y a la equivalencia de las prestaciones que debe existir en una relación contractual. Esta normativa si bien trataba a una de las partes como desprotegida, dicha debilidad no era en razón de su condición de consumidor, ya que la misma consideraba que cualquier sujeto podía introducir una cláusula ambigua, incluso el mismo consumidor, lo cual no se opone al régimen de cláusulas abusivas del Derecho de consumo. Además dicha regulación considera primordialmente que el contrato debía ser claro, sin importar que la cláusula incorporara algún elemento de abusividad. Finalmente éstas normas tenían como finalidad primordial el mantenimiento de la vida del contrato y no la de proteger a la parte débil, aunque no se puede negar que generalmente esa parte es la que salía beneficiada con la aplicación de estas reglas.

Lo novedoso es que en materia de consumidores existen requisitos contractuales que deben ser, conforme a la LPC, incluidos forzosamente en el contrato, no admitiendo su reenvío a otros textos que se encuentren fuera del contrato. Asimismo, en sentido inverso existen por mandato de la misma normativa exclusiones de pactos o cláusulas fundadas en la abusividad de la cláusula, tal es el caso de la renuncia anticipada a un derecho del consumidor.

12 *Vid.* los artículos 1431 y ss. del CC que regulan las reglas de interpretación de los contratos. Por ejemplo el artículo 1437 establece que: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas procedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán en contra suya, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. Se presumirá que las cláusulas ambiguas han sido dictadas o extendidas por la parte que tenía más interés en que su sentido no fuera claro. Si el interés fuere igual o equivalente para ambas partes, se observará lo prescrito en el inciso 1°”. OROZCO PARDO, G., “Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas” *Op.cit.* 2003, p. 2734.

Se observa así, que el desarrollo que ha tenido el principio *in dubio pro consumidor* constituye un elemento informador de necesario examen, por cuanto es un límite a la libertad de contratación. De tal forma que ambas categorías deben ser analizadas, interpretadas y aplicadas simultáneamente.

2.2. La libertad económica y el interés social

La libertad económica dispuesta por el constituyente es una manifestación más del derecho general de libertad, definido como la posibilidad que tiene toda persona de obrar o de no obrar. Esto significa que no puede ser obligado a obrar y tampoco puede ser limitado si lo desea.

El orden económico es definido como “el conjunto de normas de obediencia obligatoria, relativas a la organización económica del Estado, y que deben observar las personas privadas en su actividad económica”¹³. La libertad económica como derecho se encuentra inmersa en el orden económico de cada Estado, de tal forma que en el derecho a la libertad económica se encuentran límites.

La Constitución, en sus artículos 2 y 8, reconoce un derecho general de libertad y, además, reconoce a toda persona la capacidad de manifestar conscientemente su energía física y psíquica para dedicarse a cualquier actividad lícita.

En ese sentido el artículo 102 de la Constitución, tal como indica la SC:

“...al establecer que se garantiza la libertad económica, no solo recalca la existencia de un derecho general de libertad de las personas, sino que, además, reconoce a éstas un derecho de libertad en lo propiamente económico, es decir, reconoce la llamada libre iniciativa privada, en donde el Estado es garante que las personas puedan dedicarse a la actividad económica que más les plazca, a fin de conseguir la realización o satisfacción de una necesidad, un interés o una utilidad social, estando únicamente limitadas por aquellas regulaciones normativas tendentes a proteger tanto los derechos de ellos como productores de bienes y servicios, como de los empleados a su

13 FARINA M., J. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial. Cláusulas abusivas. Responsabilidad de productores y proveedores. Efectos de la publicidad. Tutela del consumidor y del usuario. Nuevos procedimientos y técnicas en la contratación. Maquila. Transporte. Negocios en participación. Agencia. Distribución. Concesión. Franchising. Suministro.* Tomo I. Ed. ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, s.e., Buenos Aires, 2005, p. 58.

servicio y de los consumidores en general”¹⁴.

La actividad económica si bien se desarrolla en libertad, la cual es sujeta a tutela, tiene como límite principal que los productos y servicios que sean consecuencia de la misma deben atender al bien común y por tanto deben servir a los consumidores.

La libertad económica tiene como primer límite el interés social, y dicho interés debe responder a todos los sujetos que intervienen en el mercado. Uno de los sujetos que interviene en el mercado son los consumidores. Este sector de la población constituye en definitiva un límite más a la libertad económica. Es por ello que no podemos evitar considerar que la libertad económica se encuentra relacionada ineludiblemente con el principio *in dubio pro consumidor*, porque únicamente en la medida que la libertad económica cumpla la satisfacción de necesidades de los consumidores estará cumpliendo el mandato constitucional.

3. Las directrices de la Organización de Naciones Unidas y su relación con la ley de protección al consumidor

Otro elemento informador del SNPC son las Directrices para el Consumidor (en adelante DPC) dictadas por la ONU en esta materia. El documento que recoge las DPC —a/RES/39/248 de fecha 16 de abril de 1985, producto del trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de ese organismo— establece como necesidades legítimas que las directrices procuran atender, las siguientes: a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;

14 Considerando III.2.A de la sentencia definitiva pronunciada por la SC, en el proceso de inconstitucionalidad referencia , de fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve, y en sentido similar sentencia definitiva pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 24-98, de fecha veintitres de febrero de dos mil dos GONZÁLEZ BONILLA. R. (Compilador), *Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia*, 1ª ed., San Salvador, 2003, p. 168 a la 169. Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *Revista de Derecho Constitucional*, julio-septiembre de 1990, tomo I, p. 235. Centro de Documentación Judicial Corte Suprema de Justicia, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, *Lineas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2002.s.e.*, San Salvador, 2004, p. 347- 348. De tal forma que la regulación que tienda a proteger a los consumidores es un límite necesario de valorar en la actividad económica, indicando así que ésta última se encuentra condicionada en gran medida por el debido respeto a los consumidores.

c) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; d) La educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor; e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; y, g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo.

Las necesidades indicadas, sostiene Ovalle Favela, han constituido un parámetro ineludible en el carácter universal de los derechos de los consumidores¹⁵. Asimismo estas necesidades han sido una influencia ineludible en la redacción de nuestra LPC, y si bien dichas necesidades no han sido dispuestas en un orden de prelación, han sido retomados y desarrollados por nuestro legislador casi en el mismo orden tal como veremos a continuación.

Finalmente se debe considerar que este conjunto de necesidades ya habían sido abordadas en el continente Europeo, particularmente la UE, cuando aún tenía su anterior denominación CEE¹⁶. El tratamiento sobre dichas necesidades se trató en el Programa Preliminar de la Comunidad

15 OVALLE FAVELA, J., *Derechos de los Consumidores*, México Distrito Federal, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2000, p. 14 y ss. Este autor señala la condición de universalidad de las necesidades planteadas por las Directrices de Naciones Unidas, en tanto que las mismas han sido reconocidas en muchos textos normativos. De tal suerte que las mismas han sido en algunos casos una guía necesaria y en otros un punto de partida, en nuestro caso constituyen una guía que el legislador salvadoreño adoptó como base para el desarrollo de nuestra actual Ley de Protección al Consumidor.

16 El Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 Constitutivo de la Comunidad Económica Europea no contemplaba el desarrollo de una política comunitaria en materia de consumidores, sino que dicha regulación se estableció con el Acta Única Europea del 27 de enero de 1986, la cual entró en vigor el 1 de julio de 1987, cuando se incluyó en dicha norma una disposición en la que se contemplaba de forma efectiva la protección de los consumidores: el artículo 100 A. El artículo citado facultaba a la Comisión a proponer medidas tendientes a la protección de los consumidores en el Mercado interior de la Comunidad. Esta disposición constituyó la base en cuanto al reconocimiento jurídico de la política de los consumidores. Seguidamente el Tratado de Maastricht de 1992 introdujo el artículo 129 A, que fue modificado en 1997 en aplicación del Tratado de Amsterdam. Como se observa la Unión Europea introdujo en su regulación normativa componente claros los cuales propiciaban una necesaria protección de los consumidores. Para mayor información sobre el desarrollo de la institución comunitaria *Vid* MOLINA DEL POZO, C., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Ed. Trivium, 2ª ed., Madrid, 1990. ISSAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, 4ª ed. (según la 5ª ed. francesa), Barcelona, 1997, DIEZ-MORENO, F. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Civitas, 4ª ed., Madrid, 2006.

Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores¹⁷

El documento citado abordó inicialmente y de una manera general necesidades, las cuales fueron tratadas posteriormente por las DPC, las cuales son calificadas como derechos fundamentales de los consumidores tendientes en la medida que son desarrollados y reconocidos por los Estados de la UE a dar una mejora en la calidad de vida de los consumidores.

Los intereses del consumidor reconocidos y los cuales son agrupados en cinco categorías calificadas como derechos fundamentales son: a) Derecho a la protección de su salud y de su seguridad, b) Derecho a la protección de sus intereses económicos, c) Derecho a la reparación de los daños, d) Derecho a la información y a la educación, e) Derecho a la representación, como una manifestación del derecho a ser escuchado.

3.1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad

Sobre la primera de las necesidades establecidas por la Organización de las Naciones Unidas, la cual se encuentra referida a la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad, nuestra ley dispone en su Capítulo II, artículo 6 una regulación general de la obligación de control permanente sobre todos aquellos bienes y servicios que puedan implicar un riesgo para la vida, salud o seguridad de los consumidores, y además preventivo en cuanto obliga a los proveedores a informar a los consumidores los riesgos previsibles que surgen a consecuencia de la

17 El Programa Preliminar en su parte introductoria expresó que: *“La intensificación y coordinación de los esfuerzos para proteger a los consumidores en la Comunidad Económica Europea, objetivos subrayados por los Jefes de Estado o de Gobierno en la Conferencia de la Cumbre que se celebró en París en octubre de 1972, constituyen una necesidad clara y generalmente sentida. El debate del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 1972, durante el cual se subrayó la necesidad de una política coherente y eficaz de protección de los consumidores, las diversas intervenciones que siguieron, tanto en el seno de este Parlamento como en el Comité Económico y Social, y los trabajos ya realizados en este ámbito por las Comunidades y por los Estados miembros, así como por diversas organizaciones internacionales, en particular, el Consejo de Europa y la OCDE, son una buena muestra de ello. Actualmente es necesario efectuar una política comunitaria que se ocupe de proteger a los consumidores y que reagrupando, intensificando y completando los trabajos de la Comunidad en este sector, afirme el interés de ésta por la mejora cualitativa de las condiciones de vida de sus nacionales”*. Instrumento publicado en el Diario Oficial número C 092 del 25/04/1975, p. 0002 – 0016.

utilización normal de los bienes o servicios¹⁸.

Pero la normativa nacional no restringe la protección del consumidor a los aspectos meramente individuales, sino que además integra en la protección un elemento de interés difuso como es el medio ambiental; elemento de interés a los consumidores, en tanto la protección del medio ambiente significa, al disponer de ambiente sano, una mejor calidad de vida.

3.2. La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores

La segunda necesidad, la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores, es desarrollada por el legislador en el Capítulo III, artículo 11 y siguientes de la ley en comentario¹⁹. En dichas normas se establecen el necesario carácter interdisciplinario que tiene la legislación de consumo y su relación con otras normas sectoriales. Cuando se comentó en el apartado anterior la incidencia del principio *in dubio pro consumidor* se indicó que éste informaba a todo el sistema y se indicaron los efectos que provocaba sobre otras leyes sectoriales y es, en este sentido, que se pronuncia la Ley de Protección al Consumidor.

Y es que no podemos obviar que la promoción y protección de intereses económicos que deben ser considerados para favorecer al consumidor no se agotan en la legislación de consumo, sino que la protección efectiva de esos

18 El artículo 6 de la Ley de Protección al Consumidor dispone: "*Los productos y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores no deben implicar riesgos para su vida, salud o seguridad, ni para el medio ambiente, salvo los legalmente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización. Los riesgos que provengan de una utilización previsible de los bienes y servicios, en atención a su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser informados previamente a los consumidores por medios apropiados.*" La norma transcrita constituye una obligación genérica de carácter complejo para los proveedores, ya que por una parte obliga a que los mismos tomen las medidas necesarias para garantizar que los productos o servicios no signifiquen un riesgo para los consumidores y por otro, una vez garantizado lo anterior, deben informar de los riesgos posible por la utjlización adecuada de los bienes y servicios adquiridos. En definitiva encontramos el derecho a la salud, seguridad e información en una sola norma de contenido imperativo.

19 El artículo 11 LPC se establece que: "*Los intereses económicos y sociales de los consumidores serán protegidos en los términos establecidos en esta ley, aplicándose supletoriamente lo previsto por las normas civiles, mercantiles, las que regulan el comercio exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio*". La normativa de consumo establece su superioridad frente a otras en cuanto a la protección de los consumidores se refiere, lo cual no significa como lo indica el texto que supletoriamente no puedan aplicarse otras normas. Esto es así, porque el Derecho de consumo se relaciona directa e indirectamente con otras ramas del Derecho, de tal forma que el mismo se vale de otras normas para cumplir su función.

intereses debe integrar a todas las materias reguladas por el Derecho. De tal forma que el Derecho de consumo actualmente se observa como una disciplina que mediante la legislación y sus principios informa a las demás materias reguladas en el ordenamiento. Es por lo anterior, que la normativa de consumo y particularmente el artículo 11 establece una regla de aplicación preferencial de la Ley de Protección al Consumidor frente a las demás, la cuales adquieren un carácter supletorio en cuanto a la regulación de los actos de consumo.

3.3. El acceso de los consumidores a una información adecuada

En cuanto a la necesidad del acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual, el Capítulo IV de la Ley, en su artículo 27 establece una obligación general a los proveedores de informar a los consumidores verazmente sobre las condiciones de los bienes o servicios que se ponen a su disposición, integrando dicha norma las formas básicas de cómo se debe cumplir dicho deber de informar²⁰.

El derecho de información no se agota con la puesta a disposición de los datos relevantes para el consumidor, ya que este derecho para que sea efectivo debe cumplir determinadas condiciones de carácter formal, como es que el idioma en que se da la información sea en castellano por ejemplo.

Asimismo la información como herramienta indispensable para la toma de las mejores decisiones por parte de los consumidores no agota su contenido en el mero traslado de la información que hace el proveedor respecto de un producto o servicio, ya que, existe información de carácter explícito que generalmente se agota en un único producto o servicio, pero además se tiene a disposición una información de carácter implícito que es la que trasciende al producto o servicio y hace referencia al fabricante o a la marca por ejemplo, la cual implica un elemento más que considera el consumidor al momento de adquirir un producto en base a términos de confianza y prestigio, las cuales también reciben un tratamiento legal²¹.

20 El artículo 27 LPC regula que: “*En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda (...)*”

21 WEINGARTEN, C. *Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos. El comportamiento empresarial como antecedente razonable. Daños por frustración de expectativas. Publicidad y marketing. Tarjetas de crédito. Banca electrónica. Concesionarias. Cajas de*

3.4. La educación del consumidor

En cuanto a la necesidad de educación del consumidor, la cual incluye la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen sus elecciones, el Capítulo IV de la Ley, en sus artículos 38 y 39 establece los grandes objetivos que sobre la educación del consumo se deben cumplir por parte de la Defensoría de Protección al Consumidor²², los cuales significan en definitiva las políticas por cumplir por parte del Estado en esta materia.

3.5. La posibilidad de compensación efectiva al consumidor

La posibilidad de compensación efectiva al consumidor —quinta necesidad— regulada en las directrices de la Organización de Naciones Unidas constituye en palabras de la Ley de Protección al Consumidor un derecho básico de los consumidores. El citado derecho se encuentra regulado en el artículo 4 letra g), y el mismo es irrenunciable de manera anticipada de conformidad con el artículo 5 de la misma ley²³.

seguridad. Productores de seguro. Redes empresariales ligadas al consumo social. Ed. ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 1ª ed., Buenos Aires, 2004, p. 27 y ss. Los productos o servicios ofrecidos por los proveedores están contruidos a partir de elementos corporales e incorporeales, los primeros son el producto o servicio en sí mismo, sus características materiales, en tanto que los segundos vienen dados por el comportamiento del proveedor respecto de la calidad, garantía, aceptación en el mercado o e simple prestigio por ejemplo. En estos casos el consumidor tiene unos derechos en expectativa legítimos los cuales han sido generados por el comportamiento de un proveedor o la aceptación de una marca.

22 El artículo 38 de la Ley de Protección al Consumidor establece: “*La educación y formación de los consumidores tendrá como objetivos: a) Promover mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios; b) Facilitar la comprensión y empleo de la información sobre los bienes y servicios que se comercializan; c) Difundir los derechos y deberes del consumidor y las formas legalmente establecidas para ejercerlos; d) Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de ciertos productos o de la utilización de ciertos servicios; e) Adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales; f) Iniciar y potenciar la formación de los educadores y educandos en el campo de la promoción y protección de los derechos de los consumidores; y g) Realizar campañas divulgativas con la finalidad de educar e informar a la población sobre conocimientos básicos de consumo responsable y sustentable.*” El artículo 39 dispone: “*Se impulsará la formación y capacitación continua del personal de los Órganos del Gobierno y demás entidades del Estado, relacionadas con la promoción y protección de los derechos de los consumidores, en las diferentes áreas de distribución de bienes y prestación de servicios, en especial, de quienes desarrollen funciones de regulación, vigilancia, control de calidad e información. También se propiciará la capacitación de los miembros de las asociaciones de consumidores. La Defensoría del Consumidor promoverá la información y la educación de los consumidores a través de los medios de comunicación públicos y privados.*”

23 El artículo 4 expone que: “*Sin perjuicio de los demás derechos que se deriven de la aplicación de otras leyes, los derechos básicos de los consumidores son los siguientes: (...) g) Reclamar y recibir compensación en el caso de que los productos o servicios sean entregados en calidad, cantidad o forma diferente de la ofrecida, pudiendo elegir cualquiera de las siguientes opciones: la reparación del bien, exigir el cumplimiento de la oferta si esto fuere posible, a la reducción del precio, tasa o tarifa del bien o servicio, aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido o la devolución de lo que hubiese pagado.*”

Ahora bien, la compensación a la que alude la normativa nacional, como derecho, no se limita a una compensación económica por incumplimiento del bien o servicio ofertado, sino que además la ley establece opciones diferentes de compensación las cuales quedan a la voluntad del consumidor. Se debe aclarar que existen dos tipos de situaciones en la que procede la compensación. La primera es la referida a un incumplimiento individual de lo ofertado como lo dispone el artículo 4, y ésta tiene aplicación cuando voluntariamente el proveedor repara el perjuicio causado. La segunda hace referencia a un perjuicio ocasionado por el proveedor a una colectividad de consumidores y éste no ha sido reparado, y por tanto la compensación procede por mandato de autoridad como lo dispone el artículo 48 de la ley²⁴.

3.6. La libertad de constituir grupos u organizaciones de consumidores

Referente a la necesidad de promover la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores, y creación de oportunidades para que las organizaciones sean escuchadas en los procesos de adopción de decisiones que las afecten, la ley reconoce que es un derecho de los consumidores el que se asocien para la defensa de sus intereses²⁵, y las asociaciones que surjan a consecuencia del ejercicio de ese derecho, serán apoyadas y acreditadas dentro del Sistema Nacional de Protección del Consumidor dirigido por la Defensoría del Consumidor²⁶.

Ahora bien, las asociaciones de consumidores podrán hacerse escuchar en el seno de las instituciones oficiales mediante su participación en el Consejo Consultivo que asesora a la Defensoría del Consumidor, ya que por

24 El artículo 48 expresa que: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la cuantía de la multa que deba imponerse al proveedor que resultare culpable de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, nunca será inferior al daño causado o a lo cobrado indebidamente a consecuencia de la infracción que se le ha comprobado, sin que pueda exceder de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. Asimismo, se obligará al proveedor a devolver a los consumidores lo que éstos hubieren pagado indebidamente por el bien o servicio".

25 El referido derecho se encuentra regulado en el artículo 4 letra d), el cual dispone: "(...) Ser educado e informado en materia de consumo, especialmente de lo establecido en el Art. 7, literal e) de esta ley; así como a agruparse en asociaciones de consumidores para la protección de sus intereses y a participar en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor (...)"

26 El artículo 58 letra n) de la ley dispone que la Defensoría del Consumidor tiene como competencia el: "(...) Apoyar, fomentar y llevar un listado de las asociaciones de consumidores acreditadas dentro del Sistema Nacional de Protección del Consumidor"

disposición legal dicho Consejo debe integrarse con un representante de las asociaciones (artículo 72 letra e de la Ley de Protección al Consumidor).

3.7. La promoción de modalidades sostenibles de consumo

La promoción de modalidades sostenibles de consumo indicada en las directrices de la Organización de Naciones Unidas constituye una política a seguir por parte de los Estados. Dicha necesidad no sólo hace referencia la regulación legal que un ordenamiento deba contener, sino que tal como lo indica la normativa nacional las modalidades de consumo sostenible, son un objetivo de la educación y formación que en materia de consumo deben adquirir los consumidores²⁷. La normativa deja entre ver que la educación en materia de consumo, conlleva la necesaria existencia de un consumidor responsable, y esto genera que los proveedores empleen modalidades de consumo sostenible que no impliquen el deterioro de los recursos esenciales para la generación de bienes y servicios.

Indicativos claros de lo antes expuesto constituyen los productos que son comercializados en los mercados e incluyen como parte de sus cualidades atractivas a los consumidores, el que éstos no dañan el medio ambiente, ya que tienen propiedades que permiten su reciclaje por ejemplo.

4. Los derechos básicos del consumidor

La regulación existente en la norma constitucional únicamente abordó el tema de los consumidores como un elemento necesario y de estricta consideración en los temas de política económica que pone en práctica el Estado, mas no como un catálogo de derechos a favor de los consumidores. En el Derecho comparado algunas normativas constitucionales si han desarrollado y dado un tratamiento especial al los derechos de los consumidores.

La Constitución del Estado Español es una de las normativas señaladas y establece en su Art. 51 lo siguiente:

27 Así se tiene que las modalidades de consumo sostenible son una tarea conjunta entre el Estado y sus consumidores, y esto se consigue mediante la debida información y educación de los consumidores tal como lo indica el artículo 38 letras a) y e) de la Ley de Protección al Consumidor que establecen: "a) *promover mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios.* e) *Adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales.* g) *Realizar campañas divulgativas con la finalidad de educar e informar a la población sobre conocimientos básicos de consumo responsable y sustentable.*"

“Defensa de los consumidores y usuarios 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”²⁸

De igual forma la Constitución del Estado Argentino regula un catálogo de derechos a favor de los consumidores, y establece en su artículo 42 que éstos derechos serán protegidos por las autoridades gubernamentales mediante procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos entre proveedores y consumidores²⁹.

La falta de regulación de un catálogo de derechos en la Constitución no implica que éstos no existan o carezcan de fuerza, tampoco es menos cierto que en nuestro caso al constituir los consumidores un parámetro de rango constitucional que condiciona al mercado y en consecuencia las políticas económicas del Estado, los derechos son un tema de necesario desarrollo por el legislador, tal como se observa en la LPC. La LPC señala en su artículo

28 Constitución de España aprobada en fecha 27 diciembre 1978, publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 29 diciembre 1978, número 311. Véanse comentarios respecto de este principio en MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones”, en *Anuario de Derecho Civil* (ADC) 1994, p. 56; GARCÍA CANTERO, G. “Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones”, *Revista Judicial de Navarra (RJN)*, 13, 1992, p. 41

29 Aprobada el 22 de agosto de 1994 por la Convención Constituyente, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina de fecha 23 de agosto de 1994. El artículo 42 establece. “*Lós consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos reguladores de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*”. Vid. comentarios respecto de esta normativa en FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Ed. ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 3ª ed., Buenos Aires, 2004, p. 3 y ss. y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*; cit., pp. 43 y ss.

4 los derechos básicos de los consumidores los cuales han tenido un desarrollo en las posteriores normas de la ley³⁰.

La caracterización de “básicos” realizada por el legislador salvadoreño es acertada en tanto la misma indica que éstos constituyen un punto de partida y no un catálogo cerrado de derechos que inhiba posteriores ampliaciones o su desarrollo en otros cuerpos legislativos.

Ahora bien, los derechos reconocidos en el artículo 4 de la LPC no protegen de igual forma al consumidor en todo momento. Los derechos apuntados son del consumidor pero se encuentran referidos a las diferentes fases en las cuales se desarrolla la relación de consumo y en consecuencia algunos de ellos encuentran su eficacia mediante mecanismo de carácter preventivo³¹ y otros mediante mecanismos de carácter correctivo o resarcitorio³².

Algunos de estos derechos básicos planteados por la LPC, como la educación y la salud, no tienen un contenido eminentemente económico y han sido reconocidos en algunas de las disposiciones constitucionales³³, por cuanto significan derechos prioritarios para toda la sociedad y afectan directamente al sistema económico. Los derechos de contenido social tienen

30 El artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor establece un catálogo de derechos básicos de los consumidores los cuales son desarrollados posteriormente por el legislador. Los derechos indicados son un listado mínimo los cuales son ampliados por el legislador en otras normas sectoriales.

31 *Vid.* los derechos de protección de la salud y seguridad de los consumidores por ejemplo regulado en el literal f) del artículo 4 LPC. Dicha norma tiene por finalidad proteger al consumidor en cuanto a su salud y seguridad, pero esto lo logra el Derecho de consumo previniendo la afectación de los mismos. Esto lo hace imponiendo obligaciones a los proveedores que garanticen o por lo menos mitiguen los riesgos de afectación de esos derechos, ya que en caso de incumplimiento ya existen medios legales como la responsabilidad derivada de productos defectuosos por ejemplo.

32 *Vid.* el derecho al reclamo por vía judicial o a través de los distintos medios alternativos de solución de conflictos, la reparación de daños y perjuicios sufridos por deficiencia, mala calidad o retraso en la entrega de los bienes o servicios adquiridos, regulado en el literal k) del artículo 4 LPC. En este sentido se pronuncia BOTANA GARCÍA, G., cuando comenta la regulación de los derechos básicos del consumidor, en “Artículo 2.” en AA.VV. *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después.* (coordinado por Eugenio Llamas Pombo), Ed. La Ley, 1ª ed., Madrid, 2005, p. 117 a 125.

33 Por ejemplo los artículos 53, 65, 69 Cn., el primero referido a la educación y los otros a la salud. También véase el tratamiento que la SC realiza en la sentencia pronunciada en el proceso de Amparo referencia 630-2000 de las doce horas con trece minutos del diecinueve de mayo de dos mil cuatro y sentencia interlocutoria pronunciada en un proceso de Amparo referencia 322-2002 de fecha catorce de diciembre de dos mil dos. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de los Constitucional 2004*, San Salvador, 2006, pp. 213 a la 214. Centro de Documentación Judicial. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de los Constitucional 2002*. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004, p. 60.

una afectación mas intensa, en cuanto éstos tienen una connotación social, interesan a todos, en el caso de los derechos relacionados con los consumidores esta característica es también predicable ya que los mismos al afectar a la actividad económica trascienden a la mera individualidad de las personas o al interés de un sector³⁴.

Algunos de los derechos básicos mencionados en el artículo 4 de la LPC, como el derecho a la educación, son considerados como fundamentales, y se califican así a partir de las expectativas que genera en los derechos positivos que se identifican con las libertades, en tanto ellos constituyen expectativas de prestaciones por parte de terceros derechos. Otros de los derechos vinculados con la autonomía de la persona, son calificados por el mismo autor igualmente como fundamentales pero de carácter secundario, en tanto éstos son ejercidos mediante actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales como la libertad de contratación³⁵. Los derechos básicos de los consumidores regulados en la LPC, son manifestaciones de los derechos sociales, económicos y civiles de autonomía regulados por nuestra Constitución, y en ese sentido muchos de ellos pueden ser considerados como fundamentales de conformidad con la clasificación entre primarios y secundarios que realiza la doctrina.

Igual tratamiento se le puede dar al derecho de reclamación judicial regulado en el artículo 4 letra k) de la LPC, el cual es una manifestación del derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos

34 BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino.*, Tomo I, Ed. Ediar, s.e., Buenos Aires, 1989, p. 393. En ese sentido el tratadista Bidart Campos se refiere a los derechos sociales de la siguiente manera: "(...) no es tanto la naturaleza intrínsecamente social de todo derecho subjetivo, sino más bien la adjudicación justa de potencia a los hombre considerados como miembros o partes de grupos sociales (familia, sindicatos, empresa). En suma se trata de enfocar a las personas no tanto como miembros de la sociedad general o global, sino más bien como sujetos situados en núcleos societarios más pequeños e inmediatos. Con todo tampoco se agota aquí el alcance del adjetivo "sociales". En los derechos así llamados entran, además, todos aquellos que acusan una funcionalidad social más intensa, e interesan en su ejercicio a toda la comunidad, por la repercusión general que ese ejercicio adquiere. Es así como el catálogo de derechos sociales incluye todos los relativos a la educación, cultura, seguridad social, etc."

35 Vid. FERRAJOLI, L. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* (traducido por Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdoba, Marcos Criado y Gerardo Pisarello), Ed. Trotta, 2ª ed., Madrid, 2005, p. 291 y ss.

materiales constitucionales reconocido por la SC en el artículo 2 de la Cn³⁶. En otras legislaciones, como la Constitución Española, se afirma que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como principios rectores y no como derechos fundamentales que puedan ser invocados con una titularidad subjetiva³⁷.

Otros autores sostienen que los derechos del consumidor son una especie de derechos humanos porque los mismos generalmente ya tienen un reconocimiento constitucional y legal. Asimismo, se afirma que los derechos pueden ser clasificados, según su forma de manifestarse, en: a) derechos de acceso, b) derechos a posiciones jurídicas, c) derechos procedimentales, y d) derechos de origen bilateral³⁸. La manifestación que tiene cada uno de los derechos relacionados con los consumidores adquieren importancia y relevancia en cuanto que dichas manifestaciones generalmente están vinculadas con las diferentes fases en la que se desenvuelve el consumidor, desde la simple exposición que tiene en la sociedad de consumo frente al mercado, hasta la regulación jurídica propia de las obligaciones que adquiere al momento de contratar la adquisición un servicio o bien. Los derechos se encuentran en función de las necesidades de tutela que van apareciendo en el mercado.

Los derechos de acceso al consumo se encuentran referidos a la posibilidad de obtención o disponibilidad de los bienes básicos que aseguren una vida digna, como por ejemplo, el simple acceso al consumo de bienes y servicios, la salud y la tutela jurisdiccional o administrativa. Los derechos a posiciones jurídicas hacen referencia a una tutela reforzada basada en la condición

36 Vid. la sentencia definitiva pronunciada en el proceso de Amparo referencia 630-2000, a las doce horas y trece minutos del diecinueve de mayo de dos mil cuatro, Sentencia interlocutoria pronunciada en el proceso de Amparo referencia 704-2000, de fecha dieciséis de abril de dos mil dos y sentencia definitiva referencia 523-2000 de fecha veintidós de enero de dos mil dos. Centro de Documentación Judicial, *Lineas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de los Constitucional 2002*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2004, pp. 57 a la 59. Centro de Documentación Judicial, *Lineas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de los Constitucional 2004*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2004, pp. 213 a la 214.

37 En este sentido véase los comentarios de PÉREZ TREMPES, P., "Los derechos fundamentales" en AA.VV. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos.*, Ed. Tirant lo Blanch, Vol. 1, 6ª ed., Valencia, 2003, p. 144 y ss. CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J., BALAGUER CALLEJÓN, M., MONTILLA MARTOS, J., *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales.*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 291 a la 293, OROZCO PARDO, G., "Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. *op. cit.*, 2003, p. 2733.

38 LORENZETTI, L., *Consumidores; cit.*, p. 115 a 130. La clasificación apuntada plantea como beneficio el determinar el alcance de los derechos de los consumidores en su ejercicio, de tal forma es posible determinar si es un derecho instrumental de otro o por el contrario tiene un contenido propio.

de consumidor, por ejemplo el derecho a la reparación de daños derivados del uso de bienes o servicios, y el derecho a la participación de las asociaciones de consumidores en la toma de decisiones que puedan afectarles.

Los derechos procedimentales se refieren a la efectividad y operatividad de los derechos de acceso, se trata de una retirada de obstáculos que impiden una tutela de los mismos, por ejemplo, la informalidad en los procedimientos administrativos, reversión de la carga de la prueba en algunos casos y el acceso a medios alternos para la solución de conflictos.

Los derechos de origen bilateral están directamente vinculados con las diferentes fases que generan la existencia de una relación de consumo, por ejemplo la información, la seguridad y la libre elección. La protección de los consumidores es un parámetro constitucional, de necesaria aplicación en la actividad económica, que unido a la promoción de las necesidades planteadas por las DPC que establecen como uno de sus objetivos el beneficio de todos los sectores de la población³⁹, hacen innegable la repercusión que el ejercicio de los derechos básicos de los consumidores tiene en la sociedad, y esto se debe esencialmente a que todos los sujetos en algún momento son consumidores⁴⁰.

De ahí que el legislador estableció en el inciso 1º del Art. 5 de la LPC que: "Los derechos que esta ley reconoce a los consumidores son irrenunciables anticipadamente y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos o prácticas, convenios o estipulaciones en contrario."

La condición de irrenunciabilidad de los derechos, establecida en la

39 Las DPC establecía como uno de sus principios lo siguiente: "4. Los gobiernos deben establecer o mantener una infraestructura que permita formular, aplicar y vigilar el funcionamiento de las políticas de protección al consumidor. Debe prestarse especial atención a la necesidad de garantizar que las medidas de protección del consumidor se apliquen en beneficio de todos los sectores de la población, y en particular de la población rural." En igual sentido se pronuncian los Considerandos I y II de la LPC que retoman las Directrices y el artículo 101 de la Cn., indicando que la productividad económica debe ir acompañada de una tutela efectiva para los consumidores mediante mecanismos que aseguren el cumplimiento de sus derechos en el mercado. De la lectura de los textos transcritos se observa que existe una coherencia entre el postulado constitucional y las necesidades planteadas por la comunidad internacional. Las exigencias y afectaciones al consumidor que requieren tutela no son opuestas, y esto se debe a que la actividad económica es una y la internacionalización de la misma confirma su unidad, por tanto las respuestas de los diferentes Estados deben ser iguales o por lo menos similares, tal como se observa en el caso salvadoreño. Las Directrices de Naciones Unidas pueden ser consultadas en el Informe UNCTAD/DITC/CLP/Misc.21 disponible en la página web oficial de la Organización de Naciones Unidas: <http://www.unctad.org/sp/docs/poditccclpm21.sp.pdf> (consultada el 22 de octubre de 2007).

40 En este sentido se manifiesta el doctrinario SATRÚSTEGUI, cuando se refiere a la libertad de empresa y las regulaciones en materia de competencia y consumo: "En primer lugar, hay que afirmar que la vigencia de la libertad de empresa no exige una actitud pasiva de los poderes públicos, sino un

norma citada, es la última garantía o cierre al sistema de protección de los consumidores que el legislador ha dispuesto. Esta condición es necesaria y tiene su justificación en las mismas razones y consideraciones que han generado la creación del derecho estatutario de los consumidores, particularmente el desequilibrio o desigualdad entre las partes involucradas en una relación de consumo⁴¹. Y es que la teleología de la LPC, y por tanto de los derechos que le otorga al consumidor, es evitar que las situaciones de desequilibrio que se han generado en el mercado continúen.

Partiendo de que los consumidores constituyen la parte débil de las relaciones de consumo, la disponibilidad de los derechos que la normativa de consumo les confiere podrían ser limitados por lo proveedores siempre valiéndose de ese desequilibrio, por lo que la decisión más razonable adoptada por el legislador fue negar su disponibilidad.

La condición irrenunciabilidad se manifiesta de dos maneras, la primera como una situación de indisponibilidad del consumidor por lo que siempre se debe entender protegido, y la segunda como un deber del proveedor por cuanto debe asegurarse que ha respetado esos derechos y por tanto no puede sugerir la renuncia anticipada de los mismos como un mecanismo de defensa que legitime su actuación.

*compromiso activo de éstos, encaminado a defender y asegurar el funcionamiento del mercado, que es la condición indispensable para este derecho. Por consiguiente la legislación para la defensa de la competencia o la legislación para la defensa de los consumidores, no tienen en principio, un alcance restrictivo de la libertad de empresa". De tal forma que la regulación de los aspectos referidos al consumidor es un parámetro necesario. Que no implica en principio una restricción, sino una guía de la política económica y en consecuencia de la regulación de los derechos –como la libertad de empresa– relacionados con ella. En "Derechos de Ámbito económico y social" en AA.VV. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos.*, Ed. Tirant lo Blanch, Volumen I, 6ª ed., Valencia, 2003, p. 439*

- 41 Los doctrinarios sostienen que una de las razones fundamentales que motivan un tratamiento legal de carácter especial de los consumidores es el desequilibrio de condiciones (económicas y de conocimiento por ejemplo) en las que desarrolla el papel de los consumidores frente a los proveedores en el mercado. *Vid* FARINA, J., *Defensa del Consumidor y del Usuario*; *cit.*, pág. 21 y ss. En igual sentido LORENZETTI, R., *Consumidores, cit.*, p. 27. REYES LÓPEZ, M. "La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad", en AA.VV. *Derecho Privado de Consumo*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2005, p. 22 y ss. ARCE, A. de L., "La Protección legal de Consumidores y Usuarios en España" en AA.VV. *Derecho de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2007, p. 110. BOTANA GARCÍA, G., "Noción del Consumidor" en AA.VV. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores, op.cit.* p. 28. BARRANTES GAMBOA, J., *Ley 7492 de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor. Anotada con jurisprudencia y dictámenes.*, Ed. Biblioteca jurídica DIKE, 1ª ed., San José, 2003, p. 17. BOTANA GARCÍA, G., "Artículo 2." en AA.VV. *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después...*, *Op.cit.*, 2005, p. 130 y 131. OROZCO PARDO, G., "Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas..." *Op.cit.*, 2003, p. 2738.

Aproximación conceptual al fenómeno de la responsabilidad social de la empresa y el nuevo derecho de *soft law* en la sociedad global

Dr. Julio Olivo Granadino*

Ideas introductorias

El concepto de Responsabilidad Social de la Empresa o *Corporate Social Responsibility* -en adelante RSE- encuentra su período de auge en las décadas de los años 60 y 70 en los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU). Al lado de la efervescencia social y política de los movimientos por los Derechos Civiles, la lucha por el respeto al medio ambiente, defensa de los derechos de los trabajadores y consumidores, la oposición a la guerra del Vietnam, entre otros; se organiza un poderoso "Movimiento por la Responsabilidad Social de las Empresas (*Corporate Social Responsibility Movement*), en aras de exigir una regulación contundente de la propiedad de las corporaciones sobre la base de los problemas (externalidades negativas) que éstas ocasionaban a la sociedad: degradación del medio ambiente, explotación de trabajadores, violación a los derechos humanos, corrupción, entre otros.

Desde este momento histórico, los teóricos del *management* y socioeconomía, asumieron el reto de reconceptualizar la empresa, que tradicionalmente había sido considerada por los autores como una serie de elementos destinados a la producción de bienes y servicios o a la consecución de objetivos meramente económicos; lo que a partir de este movimiento social cambia de rumbo.

Surgen así, una serie de autores, o más bien, se robustecen las teorías acerca de que la empresa no puede ser simplemente un agregado de elementos

* El autor es Doctor en Derecho Pluralista por la Universidad Autónoma de Barcelona. Tiene una Maestría en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona; Maestría en Profesionalización de la Docencia por la UNAM. Asimismo, es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Actualmente es Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, y Director de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la referida Facultad.

económicos guiados por el *leit motiv* de maximización de ganancias (*profit maximization*), única y exclusivamente para sus accionistas (*shareholders*). De donde se desprende que la empresa no puede, ni debe desligarse de la sociedad. La empresa obtiene sus recursos y destina sus productos hacia la sociedad.

La aceptación de lo que se ha dado en llamar Responsabilidad Social de la Empresa, transita a su vez, por el reconocimiento de otras responsabilidades más allá de las económicas tradicionalmente aceptadas por los empresarios y las obligaciones legales o jurídico-coercitivas.

La RSE anuncia el nuevo rol que la empresa debe asumir en relación a su entorno social, del que es parte integrante y en el que debe ser responsable como lo es cualquier ciudadano. La empresa debe empezar a comportarse como un verdadero ciudadano corporativo (*corporate citizen*).

Estas responsabilidades se relacionan a su vez, con el reconocimiento de que la empresa, no sólo se interrelaciona con los grupos denominados accionistas o *shareholders*, a los que tradicionalmente el *management* de la empresa había beneficiado, sino también con otros grupos internos y externos, primarios y secundarios de la sociedad, que afectan y se ven afectados por la acción productiva de la empresa. Entre éstos a nivel interno: los trabajadores y sus familias. Y a nivel externo: consumidores, proveedores, distribuidores, comunidad, gobiernos, entre otros.

Este proceso de transformación operado en la empresa, sobre todo hacia el ámbito de funciones sociales, no aparece aislado de valores y principios que la sociedad civil está dispuesta a exigir de las empresas, es decir, en la directriz de un comportamiento responsable con todos aquellos problemas que les afecten negativamente. En este sentido, cada vez hay más ONGs que realizan funciones de presión social. Cada vez hay más organismos auditores del papel responsable de las empresas, utilizando diferentes estrategias que van desde las denuncias hasta el boicot al consumo de sus productos. Esto último cobra una acción de relevancia sin igual, cuando se incorpora el factor de la globalización en materia de información.

La RSE, en tanto movimiento pendular de la realidad social, se refleja irremediamente en el derecho o fenómeno jurídico desde una perspectiva de totalidad, el cual se ve seriamente modificado a raíz del apareamiento de nuevos actores o sujetos jurídico políticos que se constituyen en nuevos polos de poder. Nos referimos por un lado al sujeto privado: empresas (en su forma de sociedades anónimas y empresas transnacionales.) y por el otro, a los organismos internacionales (Banco Mundial, FMI, ONU., etc.) que juntos

configuran un polo de poder supranacional con capacidad para competir, incidir y limitar el poder de los estados nacionales, en el ámbito de las regulaciones jurídicas (diseño de sistemas normativos), organización y diseño de políticas de estado y hasta en la modificación de patrones culturales.

La trascendencia de la Responsabilidad Social de la Empresa, podría verse en términos tradicionales del derecho coercible y sancionador-*hard law*- en los efectos que el "*Corporate Social Responsibility Movement*" trae aparejados y que se materializan en una avalancha de normas jurídicas (Act) aprobados en la década del 60-90 en los Estados Unidos de Norte América, entre los que se cuentan, el *Civil Rights* de 1964, que tutela los derechos de los guetos negros y las mujeres, así como, las regulaciones en materia de medio ambiente, alimentos, productos químicos, consumidores, derechos laborales, normas anti-corrupción, entre otras; importantes no sólo por los efectos internos, sino por su influencia a nivel mundial.

El movimiento de Responsabilidad Social Empresarial o Corporativa, incidirá en la creación de organismos internacionales de carácter comercial y en la promulgación de pactos, declaraciones, acuerdos, y libros de organismos internacionales del que forman parte el concierto de naciones del mundo como la Organización de las Naciones Unidas, o las emanadas de políticas sociales de movimientos integradores de países como la Unión Europea, contentivos de principios y regulaciones en materia de responsabilidad social, encaminados hacia la regulación de la actividad de las empresas, cuyo denominador común serán las normas y principios de carácter voluntario o de *soft law*, y que más tarde, darán lugar a la creación de organismos de auditoría y certificación especializados en el tema, a fin de exigir el *accountability* necesario, para hacer funcionar estas normas que demarcarán en adelante, el espacio de acción de las empresas en el mundo global.

Perspectiva descripta que, trae aparejado un espinoso debate, entre aquellos que sostienen que la RSE debe perfilarse como un proceso de regulación a partir de normas de obligado cumplimiento y sancionadoras de la conducta transgresora de la norma, tal y como lo acaba de hacer Costa Rica con la aprobación en el 2009 de una Ley de Responsabilidad Social Empresarial. Mientras, por el otro lado, se encuentran aquellos que optan porque la empresa asuma, por convicción propia, las responsabilidades sociales que le depara el modelo de economía en el que están insertos y, que al mismo tiempo, se vuelve una exigencia de los grupos de interés que

coexisten en la sociedad pluralista y que vienen a constituirse en los *checks and balances* del poder empresarial.

Cada vez más corporaciones en el mundo, proclaman códigos de conducta a seguir, con un sustrato caracterizado por una fuerte dosis de valores y principios morales como nueva forma de hacer negocios. De igual manera, son miles de empresas que se adhieren a declaraciones, pactos o libros de voluntario cumplimiento, emanados de organismos de importancia mundial e integradores de países y grandes empresas transnacionales. Entre ellos, destacan por su importancia, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que instituye en 1999, el Pacto Global (*Global Compact*) y llama a los países miembros y las empresas a asumir los 10 principios contenidos en el pacto, los cuales constituyen un remozado esfuerzo porque las empresas asuman su compromiso social.

De igual importancia resulta ser el Libro Verde de la Unión Europea: "fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas", en el año 2000, en donde de forma directa se analiza la filosofía, elementos y dimensionales del fenómeno que nos ocupa, en un afán de fomentar su implementación como herramienta para construir un desarrollo económico sostenible.

Vinculado a lo anterior, aparece la premisa de evaluación y control de la actuación socialmente responsable de la empresa, sin la cual no sería posible abordar con seriedad este fenómeno. De tal suerte, aparecen en el mapa económico social, organismos de auditoría de la RSE, ya sea contratados por las mismas empresas, o en forma de grandes firmas consultoras, y otras que operan con carácter independiente provenientes de diferentes sectores de la sociedad. Entre algunas firmas auditoras tenemos: el *Global Reporting Initiative* (GRI), la Agencia para la Acreditación (CEPAA), *Social Accountability Standard* – SA 8000, ISO 9000 o ambiental ISO 14000, entre otras.

Lo cierto es que el *Corporate Social Responsibility Movement*, ya sea subsumido en normas coercibles o en normas voluntarias, refleja en el espejo de nuestros días, una especie de evolución darwiniana acaecida en el seno del mundo empresarial -al menos en términos formales- cuyo salto cualitativo de mayor profundidad lo representa la asunción de la filosofía de la "Responsabilidad Social" mediante la suscripción de instrumentos internacionales o códigos de conducta éticos que implican de alguna forma el abandono de la teoría de la obtención de máximos beneficios a corto plazo única y exclusivamente para los accionistas (*profit maximization*).

1. Aproximación conceptual al fenómeno de la Responsabilidad Social de la Empresa

Situarnos concretamente en el concepto de la RSE, encierra la premisa positiva de que cada vez más autores aceptan esta filosofía¹. Asimismo, como veremos en este trabajo, un mayor número de gobiernos, organismos

1 Los autores originarios que abordan el concepto de RSE son: BOWEN, H. R., *Social responsibilities of the businessman*, Harper and Row, New York, 1953, pp. 3 y ss.; DAVIS K., y BLOMSTROM, R.L., *Business, society and environment: social power and social response*, Ed. McGraw-Hill, New York, 1976, pp.20 y ss.; DRUKER P., *Management, task, responsibilities, practices*, Ed. Harper and Row publishers, 1974, p.p.214 y ss; HUMBLE J., *La Responsabilidad Social de la Empresa*, Ed. Fundación Universidad-Empresa, Cuadernos Universidad Empresa, No.5, Madrid, 1975, pp.3 y ss. En la perspectiva histórica pueden consultarse también: WOOD, L.L., "Social performance of business", *The economic and Business Bolleting*, Temple University School of Business Administration, Philadelphia, p.18 y ss; TAYLOR, J.F., "Is the corporation above the law", *Harvard Business Review*, marzo abril, 1965, p.126 y ss; ABRAMS, F., "Managements responsibilities in a complex worls", *Harvard Busieness Review*, 24, 1951, pp.29-34; SELEKMAN B.M., *A moral philosophy for management*, Nueva York, McGraw-Hill Book company, 1959, pp.206-219. En seguida aparecen en las décadas de los 70 y 80: STONER J. A.F. y FREEMAN, R. E., *Management*, Brasil, Prentice-Hall, 1985. pp. 7 y ss; CARROL A. B., *Business and society: ethics and stakeholders management*, Cincinnati, Ohio, Sout Western publishing company, 1996, pp.12 y ss; CASTILLO CLAVERO, A., *La Responsabilidad de la Empresa en el contexto social: su articulación, gestión y control*, Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 1985, pp.13 y ss; MITROFF, I. I, *Stakeholders of the organizational mind*, Joey – Bass Publishers., Ohio, 1982. pp.44-48. Pueden consultarse también: BUCHHOLZ, R.A., "An alternative to social responsibility", *Business topics*, summer 1977, pp.12 y ss. En las décadas de los 90 en donde hay un nuevo florecimiento de la RSE encontramos: BRANSON, D.M., "Corporate Social Responsibility Redux", *Tulane Law Review*, Vol.76. 1993, pp. 1212 y ss; STEINER, G. A., y STEINER, J.F., *Business, Government and Society*, eighth edition, McGraw Hill, 1997, pp.106-110; KOONTZ, H., *Management*, 1991, pp.22 y ss.; LOZANO, J., *Ética y empresa*, Ed. Trotta, Madrid, pp.2 y ss; DICKERSON, C. M., "¿How do norms and empathy affect corporation law and corporate behavior?, Human Rights: the emerging norm of corporate social responsibility", *Tulane Law Review*, No.76, 1993, entre otros. Fundaciones e institutos de investigación han formulado también sus aportaciones teóricas y estrategias de aplicación. Se destacan la Fundación Empresa y Sociedad, Fundación Ecología y Desarrollo, Forética, www.foretica.es; New Economics Foundation (Nef) www.Ethicalexplorer.Org; Business For Social Responsibility (BSR) www.bsr.org; Imagine y Canadian Centre For Business In The Community, Www.Imagine.Ca Www.Conferenceboard.Ca, International Organization For Standarization (Iso)Www.Iso.Ch; Association Française De Normalisation (Afnor); Csr Europe, The Copenhagen Centre, E International Business, Leaders Forum, www.csrcampaign.org www.smekey.org; World Business Council For Sustainable Development (Wbcsd), Www.Wbcsd.Org; International Institute For Sustainable Development (Iisd), Www.Bsdglobal.Com; Fundación Entorno, Www.Empresasostenible.Info; Acción Empresarial, Www.Accionempresarial.Cl; Instituto Ethos www.Ethos.Org.Br; Pricewaterhousecoopers; Centro Empresarial de Inversión Social, www.cedis.org.pa; Centro Mexicano para la Filantropía, www.cemefi.org.; Business for Social Responsibility, www.bsr.org; CSR Europe; www.ebncs.org; The Corporate Social Responsibility Forum, www.iblf.org; Instituto Ethos, www.ethos.org.br; Business in the Community, www.bitc.org.uk, entre otras.

internacionales, sindicatos, ONGS, y la sociedad civil en general, asumen como suyos estos postulados, ya no sólo como herramienta de reflexión teórica, si no como estrategia y acción práctica para dirigirse en la sociedad global.

La RSE, ha sido interpretada a lo largo del devenir histórico social, de muy variadas y diversas maneras. Traemos a colación las definiciones más primigenias que relacionaban la RSE con acciones de caridad o filantropía con marcadas raíces de corte religioso².

De las concepciones de Malthus, en donde no era permitido hacer obras de caridad en favor de huérfanos, viudas, adultos mayores e indigentes, bajo el argumento de que las especies más débiles están destinadas a morir (Darwinismo Social), al lado de leyes que prohibían a los empresarios realizar aportaciones para obras de caridad³; se transita en forma positiva a una fase

2 Para obtener información acerca de la filantropía empresarial en un abordaje de actualidad *vid.* REDER, A., "The Wide World of Corporate Philanthropy", *Business and Society Review*, 1992, pp.36-42.; SMITH, C., "The New Corporate Philanthropy: more and more companies are supporting movements for social change while advancing their business goals", *Harvard Business Review*, Vol. 72, No. 3, 1994, pp.105-120. ; WILLIAMS, R.J., y BARRETT, J. D., "Corporate Philanthropy, Criminal Activity and Firm Reputation: Is There a Link?", *Journal of Business Ethics.*, No. 26, 2000, pp. 341-350. En la revista *The Economist*, "Filantropía: la obra de los pudientes", Newspaper, Londres, 2004, en *Revista Summa*, No.125, octubre, 2004, pp.52-53, se sostiene que el siglo XIX al XX, Carnegie y Rockefeller fueron los colosos de la época dorada del altruismo, y al parecer, asistimos al nacimiento de una nueva edad gloriosa de la filantropía, y las causas son las mismas: la desigualdad es amiga de la filantropía y las grandes fortunas estimulan la generosidad individual. Se cita a Bill Gates de la corporación Microsoft y Pierre Omidyar de la empresa eBay como los Carnegies modernos. En Norteamérica, Craig Smith, presidente del Corporate Citizen menciona que en los Estados Unidos las compañías están adoptando la filantropía estratégica, asumiendo una posición activa en cuestiones sociales tales como el hambre, es desarrollo comunitario y económico, la alfabetización, la educación, el SIDA y el medio ambiente. La responsabilidad social de las empresas consiste en que las empresas destinen cierto porcentaje de sus ventas a causas sociales. Argumenta este autor que: "La responsabilidad social de las empresas son estrategias de donativos a causas sociales que aumentan el reconocimiento de las empresas entre los consumidores, que elevan la productividad de los empleados, que reducen los costos de investigación y desarrollo, que superan los obstáculos regulatorios y que promuevan la sinergia entre unidades empresariales. David Rockefeller, Presidente del Grupo Rockefeller menciona que el sector empresarial tiene una responsabilidad ante la comunidad en la que opera y también ante sus empleados y accionistas. TEIXIDO S., *Op. cit.* p.2. En el mismo sentido, opina que las últimas investigaciones sugieren que ha aumentado la donación entre los norteamericanos: 2% o más del PIB desde 1998, luego de dos décadas seguidas por debajo de esa marca y las contribuciones del año pasado sumaron el 2.2% del PIB, apenas por debajo del punto histórico máximo de 2,3% del año 2000. En *Revista Summa*, *Op. cit.*p.53.

Una corporación no tenía el poder para actuar más allá de las facultades establecidas en la carta constitutiva de la misma, es decir, no tenía competencias para actuar más allá de los poderes concedidos por la corporación. Una corporación que actuaba de una manera contraria a lo que se dio en llamar: "*act ultra vires*", podía ser objeto de demandas o reclamos de parte de los accionistas (shareholders). Fue hasta

de responsabilidad social empresarial, concebida como filantropía o acciones de caridad en favor de los menos afortunados, basados en los principios religiosos de caridad y custodia de Carnegie⁴ y en las ideas que planteaban que el poder trae aparejado por naturaleza mayores niveles de responsabilidad⁵.

La aceptación de mayores responsabilidades sociales de parte de las empresas, no ocurrió de forma voluntaria, sino más bien, como producto de las presiones sociales y de la toma de conciencia del empresariado de que al no suscribirlas de manera libre y voluntaria, se verían obligados por la fuerza de regulación gubernamental mediante leyes coercitivas dictadas al efecto.

Más tarde en la historia, se transita a una fase que hemos denominado de “reflexión y toma de conciencia” –en todo caso a nivel teórico- acerca de

el año de 1953 que: “*The ultra vires doctrine breathed its last gasp after the Supreme Court of New Jersey found it unreasonably restrictive and refused to uphold it...*” (act ultra vires respiró su última boqueada, después que la Suprema Corte del Estado de New Jersey encontrara esta normativa irrazonablemente restrictiva y se negó a mantenerla). El premio nobel de economía y fundador de los Chicago Boys, Milton Friedman, veía como único objetivo de la empresa y sus administradores corporativos, el incrementar las ganancias de sus accionistas. En un artículo publicado en el periódico New York Times en 1970, el autor destaca en primer lugar su concepción ideológica al pronunciar que la promoción de fines sociales para la empresa privada, por parte de los hombres de negocios, es predicación de un socialismo puro. En la libre empresa, en un sistema de propiedad privada, la corporación de ejecutivos son empleados de los propietarios del negocio.

- 4 Carnegie expondría en la fase final tardía del siglo XIX (1899), los principios de caridad y custodia. El primero de ellos, concebía que los dueños de las empresas tenían el papel de padres de los empleados y clientes, quienes carecían de capacidad para actuar en su propio bien; mientras el segundo, suponía que los miembros más afortunados de la sociedad, debían ayudar a los menos afortunados: huérfanos, minusválidos, enfermos, personas de avanzada edad. Estos últimos, podían recibir ayuda, directa o indirecta, por medio de instituciones como iglesias, casas de asentamiento y, a partir de 1920, del movimiento del Arca Comunitaria en los Estados Unidos. El principio de custodia, con marcado matiz religioso, suponía que las empresas y los ricos fueran considerados custodios, o administradores de los bienes terrenales. El concepto de Carnegie planteaba que los ricos tenían «en custodia» el dinero del resto de la sociedad y que lo podían usar para cualquier propósito que la sociedad considerara legítimo. No obstante, también suponía que las empresas tenían el encargo de multiplicar la riqueza de la sociedad, incrementando la misma, mediante la realización de inversiones prudentes de los recursos que se les habían encomendado.
- 5 Vid. DAVIS K., y BLOMSTROM, R.L., *Op. cit.*, pp.114-115; DRUCKER, P., *Op. cit.*, p.233. Recientemente KOONZ, H., *Op.cit.*, p.590, señala que la responsabilidad social deviene del poder adquirido por las empresas. Aunque las responsabilidades sociales son difíciles de determinar y de aplicar, no conviene evitarlas. Si la responsabilidad surge del poder, ambas condiciones tienden a equilibrarse a la larga, y se suprime la responsabilidad sólo se logra debilitar gradualmente el poder social. Esta ley férrea de la responsabilidad: *who do not use power in a manner which society considers responsible will tend to lose it* (A la larga, los que no emplean su poder de un modo considerado responsable por la sociedad, lo pierden”. Aplicada a la empresa diríamos que en la medida en que los empresarios no acepten las obligaciones de la responsabilidad social, otros grupos asumirán esas responsabilidades.

la viabilidad de asumir o no responsabilidades sociales por parte de la empresa, en donde se generan importantes conceptualizaciones acerca del qué, cómo, por qué y para qué de la RSE; fase que situamos en las décadas de oro de la RSE, es decir, los reiterados años 60 y 70.

Un importante teórico y gurú del *management* empresarial, Peter Drucker, había concebido desde la década del 70 que, la empresa debía contribuir a resolver problemas sociales, aunque ella no los hubiera ocasionado, pues según él, “no es compatible una empresa sana con una sociedad enferma”⁶.

En su obra *Post Capitalist Society*, Drucker insistirá en que las organizaciones tienen otras responsabilidades sociales y que si bien el rendimiento económico es la primera responsabilidad de un negocio, se aclara:

“pero el rendimiento económico no es la única responsabilidad de un negocio, ni es el rendimiento educacional la única responsabilidad de una escuela, o el rendimiento de salud la única responsabilidad de un hospital. La exigencia de responsabilidad social a las organizaciones no va a desaparecer...sabemos, eso sí, aun en líneas generales, cuál es la respuesta al problema de la responsabilidad social. Una organización es plenamente responsable de su impacto en la comunidad y la sociedad, v.gr., por los desperdicios que arroja en un río local o por las congestiones de tránsito que sus horarios de trabajo producen en las calles de la ciudad”⁷.

En el mismo orden argumental, Keith Davis, en 1976, afirmaría que:

“el concepto de Responsabilidad Social es solo un paso preliminar hacia la efectividad social de la empresa. Es el valor subyacente que da a los empresarios una base sólida para la acción social. Es la filosofía que justifica la participación empresarial en su comunidad social, pero la filosofía por sí sola es incompleta. Debe ser seguida por la acción social efectiva...Por tanto, quizá debamos hablar menos de responsabilidades sociales y más de de las respuestas sociales de la empresa”⁸.

6 Vid. DRUCKER, P. F., *Las nuevas realidades*, Ed. Casa Nueva, México, 1990, p.64. Para este autor hasta la empresa que despacha a sus empleados en horas de la tarde y genera un tráfico que repercute sobre los demás miembros de la comunidad, acarrea responsabilidad para la empresa, no importa que la institución haya sido culpable o no.

7 Vid. DRUCKER, P. F., *Post capitalist society*, Ed. Linacre house, Jordan Hill, Oxford, 1987, pp.112-113.

8 Vid. DAVIS K., y BLOMSTROM, R.L., *Op. cit.*, p.114.

En la década de los 90, Buchholz y Rosenthal, revisando las concepciones acerca del fenómeno que nos ocupa, afirmaron que la RSE significa que una corporación privada tiene responsabilidades con la sociedad que van más allá de la producción de bienes y servicios que producen utilidades⁹.

Dos grandes vertientes teóricas de la RSE, nos aportan elementos para configurar su conceptualización. Una de ellas está remitida a la teoría de los “grupos de interés” o “*stakeholders*” referida a la consideración de los grupos con los que la empresa no tiene un vínculo económico directo, ya que se trata de responsabilidades que van más allá de las que se tienen con los accionistas o *shareholders*¹⁰.

La segunda vertiente, llega hasta nuestros días en la forma de un fuerte movimiento que propugna por aplicar la ética en los negocios, argumentando que la empresa tiene una responsabilidad moral con la sociedad y con la resolución de sus problemas¹¹.

9 Vid. FREDERICK, R.E., *Op. cit.*, p.367.

10 La Teoría de *stakeholders* sostiene que el manager debe servir a los intereses de todos los que son afectados por la firma (corporación). (*The theory holds that managers ought to serve the interests of all those who have a «stake» in (that is, affect or are affected by) the firm*). Para Freeman los Stakeholders se integran por denominados “*big five*” o cinco grandes grupos: employees (empleados), suppliers (proveedores), customers (clientes), communities in which the firm operates (comunidad en donde opera la firma) y los *shareholders* (accionistas). Y es que de acuerdo a esta visión, los propósitos de la firma son servir y coordinar los intereses de los stakeholders. Es la obligación moral de la firma, encontrar un apropiado balance entre los cinco grupos de intereses: “*the very purpose of the firm, according to this view, is to serve and coordinate the interests of its various stakeholders. It is the moral obligation of the firm’s managers to strike an appropriate balance among the big five interests in directing the activities of the firm*”.

El término en inglés *shareholder* se traduce como accionista, apareciendo también el término *stockholder* como sinónimo; sin que el concepto se preste a mayores dificultades. Sin embargo el término *stakeholder* está ausente en algunos diccionarios del idioma inglés, mientras que en otros, aparece como sinónimo de *shareholder*, lo que se presta a problemas a la hora de la traducción de textos. Su traducción literal corresponde a “interlocutores y recogedores de apuestas”, pero en realidad, no existe un término equivalente en castellano y el significado relativo a: “todos aquellos involucrados, participantes o con intereses en el negocio” no queda bien reflejado en el término “interlocutores” que aparece en varias publicaciones internacionales. De ahí que para efectos de este artículo, vamos a considerar el término *stakeholders* como equivalente a “grupos de interés o interesados”.

11 Vid. CARROL, A. B., *Op. cit.*, pp.74-76. La responsabilidad social de un negocio abarca las expectativas económicas, legales, éticas, y filantrópicas puestas en organizaciones por la sociedad en un momento determinado. Según la autora, los principios económicos, jurídicos y éticos dan forma al terreno de los debates sobre responsabilidad social. Vid. THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, “*The good, the bad, and their corporate codes of ethics: Enron, Sarbanes-Oxley, and the problems with legislating good behavior*”, *Harvard Law Review*, No. 116, May, 2003, pp.2127-2129. Ante los escándalos financieros

Al respecto Dickerson argumenta que:

“La conducta de muchas corporaciones multinacionales sugiere que la responsabilidad social corporativa signifique más que la maximización de ganancias. Los cambios en la conducta de las corporaciones reflejan la aceptación creciente de responsabilidad más allá de la que tienen con los accionistas...”¹².

El profesor Douglas Branson sostiene que en el nuevo milenio presenciamos un New Movement Corporate Social Responsibility, el cual se caracteriza por ser más silencioso, menos estridente y más sostenible, que el ocurrido en la década de los 60s. Se enfoca en conceptos como buen gobierno corporativo, contabilidad o auditoría social, y sobre todo en la defensa del ecosistema. Agrega que la defensa en algún nivel de la contabilidad social y la transparencia y el “hacer más verde al mundo corporativo parece estar muy lejos de los gritos estridentes de los años setenta por el encasillamiento federal, los estándares federales mínimos y la exigencia de directores del interés público”¹³.

Robert Ashford, va más allá, afirmando que el enfoque de la disciplina de la “socioeconomía” o “*binary economic*” (economía binaria) sugiere la

ocurridos en EEUU, el gobierno incentiva a las empresas a asumir “códigos de conducta éticos”, cuidando que no sean utilizados sólo para dar una buena imagen de la corporación. Desde 1991, el Congreso promulgó las Pautas para las Sentencias Federales con respecto a las Organizaciones, las que prescriben que, cuando a una compañía se le encontrare criminalmente responsable como resultado de las acciones ilegales ocasionadas por sus empleados, la compañía puede reducir su multa, demostrando que estableció un programa eficaz para prevenir y descubrir violaciones a la ley. (*Congress enacted the Federal Sentencing Guidelines for Organizations, which provide that if a company is found criminally liable as a result of its employees' unlawful actions, the company can reduce its penalty by showing that it established an effective program to prevent and detect violations of law*). En estos casos, la existencia de un código de conducta, es considerado como parte importante de dicho programa.

En la misma línea de argumentos, véase: OSPINA, P.M., *Responsabilidad Social de la Empresa: Elementos Teóricos y Experiencias*, Ed. Fundación Corona, Bogotá, 2001, pp.80-92. Elba Luna, directora del Grupo de Análisis y Desarrollo Institucional y Social de Argentina, señala que las empresas pueden canalizar donativos por dos motivaciones: Por responsabilidad social que es el resultado de la combinación entre los intereses de la empresa y las necesidades de la comunidad. Por responsabilidad social se puede entender la responsabilidad que tiene la empresa con la comunidad o sociedad en la que está inserta, de la cual no puede desentenderse. También es la obligación moral o la necesidad de retribuir al mercado consumidor la elección de los productos de la empresa. Evitar reacciones negativas que provengan tanto del exterior como del interior de la empresa. Esta racionalidad es propia de periodos de tensión social originados en procesos de cambio global.

12 *Id.* DICKERSON, C. M., *Op. cit.*, p.1431

13 *Id.* BRANSON, D.M., *Op. cit.*, pp.1225-1226.

necesidad de realizar una justa redistribución de las riquezas obtenidas por las empresas¹⁴.

Europa vive en la actualidad un profundo redimensionamiento del concepto de RSE, alcanzando un desarrollo sin precedentes que probablemente sobrepasa en muchos aspectos la dimensión actual norteamericana de la RSE. Ello sobre todo, cuando la Unión Europea asume los elementos o principios de la RSE como estrategia de desarrollo económico social sostenible, a partir de la promulgación del Libro Verde en el 2000, la Comunicación de seguimiento de 2002, el Libro Blanco sobre gobernanza, entre otros instrumentos promulgados¹⁵.

Esto último tiene como antecedente, los esfuerzos de autores europeos

14 *Vid.* ASHFORD, R., *Op. cit.*, p.1187. Ashford, quien es Profesor of law de Harvard University, irá más allá realizando un análisis desde la disciplinas que denomina “*socio economics and binary economics*” (socioeconomía y economía binaria) criticando la forma en que están organizadas las corporaciones en la actualidad y la forma en que se distribuyen los beneficios en la sociedad. El dice que no todas las personas pueden acceder efectivamente de los beneficios que producen las corporaciones en la actualidad. En los Estados Unidos, por ejemplo, aproximadamente el 1% de las personas a través de sus empresas, ya sea directa o indirectamente, poseen el 50% de las riqueza corporativa, el 10% de de las personas poseen el 90% de la riqueza corporativa. Del 90% de la población restante, más de la mitad de las personas no poseen riquezas corporativas. La vasta mayoría de las personas en cada nación del planeta tiene poco o ninguna participación en la adquisición de acciones en las mayores corporaciones mundiales. Al mismo tiempo, casi todo el capital le pertenece a las corporaciones y los beneficios económicos favorecen a las mismas corporaciones. Dicho capital se percibe en forma de préstamos que se sustentan por la propiedad y recursos económicos estables así como del sistema de mercado. En el caso de las financieras, en Estados Unidos, el recurso de los fondos para el capital adquisitivo, en términos aproximados, se constituye de la siguiente manera: 70% de las retenciones, 23% de la deuda y 7% del seguro directo de las acciones. Relativamente, es poco capital el capital de trabajo. De esta forma, bajo un sistema de finanzas corporativas, los bienes corporativos crecen continuamente al comprar bienes adicionales cuyas ganancias benefician a las personas en proporción de la riqueza existente. Bajo esta visión, los ricos se benefician más, la clase media menos, y los pobres reciben el menor beneficio. Es importante destacar aquí que este autor plantea que la socioeconomía como disciplina y la responsabilidad social pueden ayudar a resolver estos grandes problemas acotados.

15 *Vid.* AECA, *Marco Conceptual de la Responsabilidad Social Corporativa*, Serie Responsabilidad Social Corporativa, Ed. Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 2004, pp.11-13. La Asociación Española de Contabilidad (AECA) ha formulado los siguientes elementos guías para la construcción de una definición de la RSE: “La responsabilidad social corporativa representa el compromiso con la idea de organización como conjunto de personas que interactúan en la sociedad, tanto desde el punto de vista de su propia composición elemental (suma de individuos sociales) como desde la óptica de miembro integrante de un sistema social (empresa ciudadana), caracterizado por su contribución a la sociedad. La responsabilidad social corporativa contempla el impacto de la acción de la empresa en su triple dimensión: económica, social y medioambiental, teniendo como objetivos principales la consecución del desarrollo sostenible y la consiguiente generación de valor para todos los grupos de interés en el largo plazo...”

por difundir los conceptos de RSE. Destacan en la década de los 80, Castillo Clavero, quien fundamentada en autores norteamericanos identifica la RSE como:

“obligación ético moral, voluntariamente asumida por la empresa como institución hacia la sociedad en su conjunto, en reconocimiento y satisfacción de sus demandas o en reparación de los daños que puedan haberle sido causados a ésta en sus personas o en su patrimonio común por la actividad de la empresa”¹⁶.

García Echevarría e Isabel De Lara Bueno¹⁷, han sostenido, el primero, que la RSE se enmarca en una dimensión ética empresarial, la cual es retomada por la segunda en términos de Responsabilidad Social Moral.

En un esfuerzo por juridizar el fenómeno, algunos autores han vinculado la RSE con la teoría de los *stakeholders*, el *accountability* que lleva al buen gobierno corporativo, la inversión socialmente responsable, entre otros, visualizando su influencia y reconocimiento en el mundo jurídico europeo y particularmente español.

Insistir en la línea de construcción desde la ética empresarial o ética en los negocios, que se viene perfilando y ejecutando desde la década de los 90, y al parecer se instaura en la sociedad, como la nueva forma de hacer negocios en la globalización¹⁸.

A la fase de reflexión teórica acerca del fenómeno de la RSE, le seguirá la fase que hemos denominado de reconocimiento formal del fenómeno de parte de organismos y entidades internacionales que, por las limitaciones de

16 Vid. CASTILLO CLAVERO, A. M., *Op. cit.*, p.10.

17 Vid. GARCÍA ECHEVARRIA S., *Responsabilidad Social y Balance Social de la Empresa*, Ed. MAPFRE S.A. Madrid, 1982, p.32. Señala que en 1961, la obra de EELS, R., y WALTON C. *Conceptual foundations of business*, Homewood 1961, interpreta la RSE como: “el impacto de la empresa sobre el individuo y las posibilidades de conciliar las grandes empresas, los grandes sindicatos y los grandes gobiernos con los valores arraizados en nuestra forma de gobierno”. Véase también: DE LARA BUENO, Ma. I., *La Responsabilidad Social de la Empresa: implicaciones contables*, Ed. EDISOFER, Madrid, 2003, p.58. Esta autora aporta tres definiciones desde la multidisciplinariedad del abordaje del concepto: “La capacidad o habilidad que tiene la dirección para comprender y tomar en consideración los intereses de diferentes grupos”; “decisiones y acciones de la empresa que estén tomadas por razones que no constituyan principalmente intereses económicos y/o técnicos de la empresa”; “Obtención de los máximos beneficios sobre capital al mismo tiempo que se utilizan y desarrollan las cualidades y motivaciones de los empleados”; “exige al menos complementar las demandas mínimas de los grupos que constituyen la sociedad”, entre otras.

18 Vid. LAFUENTE A., “Responsabilidad Social Corporativa y Políticas Públicas”, en AA.VV., *Responsabilidad Social Corporativa y Políticas Públicas*, Ed. Fundación Alternativas, 2003, pp.7-10.

espacio de este artículo, no abordaremos en su completa dimensión¹⁹.

Organismos y entidades internacionales, –muy influenciadas por las posiciones esgrimidas por los autores antes mencionados- realizan su propia construcción teórica e interpretación de lo que debe entenderse por RSE²⁰.

En este marco, es preciso destacar el Pacto Global (Global Compact) propuesto por el Secretario de las Naciones Unidas Koffi Anan, en el Foro Económico de Davos (enero de 1999), en donde se formuló un llamado a los países y corporaciones internacionales a asumir la filosofía de la responsabilidad Social Empresarial en aras de contrarrestar los efectos negativos de la globalización. Aunque no aparece una definición expresa en dicha declaración, se deduce la siguiente:

“La adopción de principios y valores compartidos que den un rostro humano al mercado mundial. Un instrumento posicionado de forma única para promover los objetivos de la ciudadanía corporativa global y la responsabilidad social”²¹.

Estos objetivos se piensan desarrollar mediante la suscripción voluntaria de 10 principios que encierran una síntesis de obligaciones laborales, medioambientales, derechos humanos y en contra de la corrupción²².

19 *Vid.* Julio Olivo Granadino, Verdades y Mentiras acerca de la Responsabilidad Social de la Empresa, en periódico Co-Latino, correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2006.

20 *Vid.* <http://www.wbcsd.org> (consultado el 20 de noviembre de 2009). Importantes organismos internacionales reconocidos por los gobiernos del mundo y corporaciones internacionales, han formulado sus aportes en torno a la construcción conceptual de la RSE. Es el caso del Consejo Mundial para el Desarrollo Sostenible (El WBCSD), que es una red de 160 empresas internacionales de más de 30 países promovida por el empresario suizo Stephan Schmidheiny durante el período previo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. El WBCSD considera que la Responsabilidad Social Corporativa es un elemento clave para un futuro sostenible y desde 1997, ofreciendo una perspectiva empresarial sobre el tema. Se pueden consultar sobre el tema los documentos sobre el Corporate Social Responsibility: Meeting Changing Expectations (1999), Corporate Social Responsibility: Making Good Business Sense (2000) y Corporate Social Responsibility, The WBCSD's Journey (2002). De igual manera para el Prince of Wales Business Leadership Forum (PWBLF): “La responsabilidad social empresarial es el conjunto de prácticas empresariales abiertas y transparentes basadas en valores éticos y en el respeto hacia los empleados, las comunidades y el ambiente”.

21 *Vid.* <http://www.unglobalcompact.org>, *Op. cit.*, p.8.

22 *Vid.* CORREA, M.E., *Responsabilidad social corporativa en América Latina: una visión empresarial*, Ed. CEPAL, Serie medio ambiente y desarrollo, No.85, 2004, pp.15-16. En esta investigación de las Naciones Unidas para América Latina al referirse a la RSE se sostiene que ésta ha ido evolucionado dejando de ser concebida simplemente como filantropía. “Hoy en día se refiere más bien a una forma de hacer negocios que toma en cuenta los efectos sociales, ambientales y económicos de la acción empresarial, integrando en ella el respeto por los valores éticos, las personas, las comunidades y el medio ambiente”

De igual importancia resulta ser, el concepto asumido por el Libro Verde de la Unión Europea del año 2000: “un marco europea para la responsabilidad social empresarial” en donde hay una alusión directa a los elementos y conceptos de la responsabilidad social definida como:

“integración voluntaria, por parte de las empresas, a las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”²³.

A las anteriores se suman las definiciones elaboradas por organismos aglutinadores de empresas multinacionales y entidades con función de auditoría social. Entre ellas destacan los conceptos alrededor de la Responsabilidad Social Empresarial del Consejo Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD) quien define el concepto que nos ocupa como:

“Compromiso de las empresas de contribuir al desarrollo económico sostenible, trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida”.

Aunque este organismo sostiene que no existe un concepto único acerca de la RSE sino más bien se adhiere a los conceptos flexibles acerca de este fenómeno, nos traslada lo que se denominan conceptos comunes, entre los que sitúa los siguientes: Relevancia social de una empresa: En este campo partimos de la base de que una empresa cumple un papel en la sociedad que va más allá de su mera función económica o filantrópica. El ciudadano corporativo puede ofrecer contribuciones positivas participando activamente en el mejoramiento de la calidad de Vida de las personas y del ambiente. Gestión de efectos: Las empresas comprometidas con la sociedad deben identificar y asumir su responsabilidad sobre el espectro total de efectos que genera su cadena de valor. Nos referimos, por ejemplo, a los efectos generados sobre las personas desde la compra de materia prima hasta el uso del producto final por el consumidor. Consulta y comunicación con públicos interesados: cada empresa posee un conjunto único de públicos interesados, cuyos intereses, expectativas y preocupaciones definen la responsabilidad social de la misma. La empresa no puede determinar por sí sola su relevancia social ni la contribución que debe hacer a la sociedad. Para contribuir con la sociedad y definir sus responsabilidades sociales específicas, la empresa debe vincularse y comprometerse activamente, consultando a sus públicos interesados acerca del comportamiento que esperan de ella.

- 23 *Vid.* http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/csr/csr_commissionsact.htm (consultado el 20 de noviembre de 2009). El Libro Verde contiene un llamado a la reflexión a la sociedad civil europea, sociedad política: gobiernos de la unión y principalmente a las corporaciones o empresas. De ahí que a lo largo del documento que precisamente encierra en su título la “promoción de la Responsabilidad Social de las Empresas, amplios apartados que incursionan en propuestas y elementos de análisis del concepto, elementos, características, estrategias de aplicación, políticas sociales, entre otras. En este sentido también aparece la definición de RSE siguiente: “un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio”. Véase también: COMITÉ CONSULTIVO DEL EEE, Resolución del 26 de junio de 2002 sobre gobernanza y responsabilidad social de las empresas en un mundo globalizado, pp.5-6. La resolución en su número 4.5 señala que la RSE: “debe considerarse como un compromiso a largo plazo y una inversión estratégica, que contribuirá, junto con el éxito económico, a la sostenibilidad de la empresa”.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al emitir líneas directrices para promover la responsabilidad y transparencia corporativas a través de sus 33 países afiliados, define el concepto como:

“principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables”.

El concepto alude también a la dimensión de respeto a la legislación aplicable en cada país en donde desarrollen sus operaciones las corporaciones, ya sea a nivel local o en un país extranjero.

De igual manera, organismos de auditoría social empresarial, entre los que se cuentan, el *Global Reporting Initiative* (GRI)²⁴ circunscribe el concepto de manera operativa a la: “presentación de memorias de sostenibilidad” como sinónimos de “elaboración de memorias de ciudadanía”, “elaboración de memorias sociales”, “elaboración de memorias de triple cuenta de resultados” y otros términos que abarcan las dimensiones económica, ambiental y social de la actuación de una empresa.

Luego de haber establecido la evolución conceptual y diferentes aristas en el abordaje del fenómeno que nos ocupa, cuyos elementos parecen descansar sobre la base de una concepción abierta y flexible a tono con la conceptualización de realidad de donde se refleja en términos cognoscitivos; nos proponemos aportar algunas características en el direccionamiento del rastreo neumérico más que fenoménico de la RSE.

Por lo que acabamos de anotar, más que señalar límites al concepto de RSE, aportamos en seguida, una serie de elementos que consideramos contenidos en esa realidad fenoménica llamada Responsabilidad Social de la Empresa. Ello en atención a la crítica tan actualizada del filósofo Nietzsche, en el sentido de que los conceptos constituyen una racionalidad a superar,

24 *Fid.* <http://globalreporting.org/AboutGRI/Overview.htm> (consultado el 10 de enero de 2010). Este organismo enmarcado en el accountability corporativo, fue promovido en 1997 por la Coalition for Environmentally Responsible Economics (CERES) y por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Desde el 4 de abril del 2002 se constituye en una institución internacional independiente, participan en ella, diversos stakeholders entre ellos: empresas, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, asociaciones empresariales, consultores etc. Su naturaleza descansa en el desarrollo de informes corporativos de sostenibilidad que incluyen el medio ambiente, aspectos sociales, económicos y financieros. El GRI ha elaborado un extenso documento o guía de memorias de sostenibilidad en donde se consignan de forma amplia los parámetros para la elaboración de este tipo de informes a la sociedad.

pues tienden a perder la riqueza de la realidad. O en otras palabras, porque son incapaces de reflejarla en su completa riqueza y carácter de totalidad²⁵.

Señalamos entonces una ruta aproximada de elementos a fin de intentar caracterizar el fenómeno:

- a) El concepto de RSE, alude a un redimensionamiento de la empresa y de su que hacer empresarial, en términos de aceptación de impactos recíprocos entre empresa y entorno sicionatural. Este redimensionamiento no pretende desnaturalizar la praxis empresarial en detrimento de la misma y de sus socios, sino más bien dimensionarla en el lugar que ocupa y en las responsabilidades que le corresponden en la sociedad global.
- b) La empresa al aceptar la reciprocidad de su accionar en la sociedad, debe buscar sustituir la teoría tradicional dominante del *profit maximization* de los *shareholders* para incluir también el beneficio de otros grupos sociales participantes en la actividad económica y productiva (*stakeholders*); incorporando además, otros elementos, tales como: la rendición de cuentas o *accountability*, inversión socialmente responsable, buen gobierno corporativo, entre otros.
- c) La RSE, se refiere a la asunción voluntaria de responsabilidades sociales, incorporando los elementos y dimensiones de la RSE en materia de medio ambiente, derechos laborales y derechos humanos.
- d) La naturaleza del concepto que nos ocupa, van más allá de las responsabilidades jurídicas o coercitivas, trascendiendo a la esfera de responsabilidades voluntarias enmarcadas en el terreno de lo ético y su objetualidad moral.
- e) Las responsabilidades de carácter moral, tales como la solidaridad, honestidad, transparencia, exigen a la empresa ser responsable en un primer momento con las leyes de cada país, ser responsable de las acciones de producción de bienes materiales en el sentido que éstas no conlleven degradación del medio ambiente, violación a derechos de los trabajadores, derechos humanos, prácticas de corrupción, involucramiento en la política interna de los países en donde operan; elemento también contemplado en el derecho internacional público como el respeto a la autodeterminación de los pueblos, entre otros.

25 NIETZSCHE, F., *Cómo se filosofa a martillazos*. Ed.Edaf, Argentina, 2001. pp.124-152.

- f) Como un plus de responsabilidad, la empresa debe velar porque su entorno social, obtenga, no sólo desarrollo económico mediante su accionar, si no porque, la sociedad no padezca de males históricos como: pobreza, desigualdad, exclusión, delincuencia, prostitución, analfabetismo, entre otros, que al fin de cuentas, por esa relación de interacción y de impacto recíproco, le afectan también a la empresa por concebirse como un ciudadano corporativo.
- f) El concepto de empresa socialmente responsable, encierra la responsabilidad en la inversión del capital social, es decir, invertir en áreas que traigan beneficio y desarrollo a la sociedad y no contribuyan a agudizar los problemas sociales ya existentes.
- g) La empresa debe someterse además, al escrutinio de todos los sectores de la sociedad, asumiendo los premios o castigos por su comportamiento. Esto tiene que ver con el *accountability* o auditoría social, en donde la empresa tiene la responsabilidad de proporcionar la información necesaria a la sociedad para ser evaluada en su comportamiento social.
- h) Finalmente señalar que, las normas de RSE, al encontrarse más cercanas al mundo moral y de la voluntariedad, se aproximan a la naturaleza de las normas de *soft law*, por lo que no pretenden sustituir las normas jurídicas de *hard law*, sino más bien, jugar una función de complementariedad en la búsqueda y solución de los problemas sociales.

2. Normas de *soft law* en materia de Responsabilidad Social Empresarial

Los conceptos, teorías, principios y elementos de la RSE, han venido expresándose y sintetizándose por medio de cuerpos normativos denominados “códigos de conducta”, “cartas compromiso”, “acuerdos”, “declaraciones”, “pactos”, “libros” y más. Principalmente desde la década del 70, presentando mayor énfasis a partir de la década del 90, y en la actualidad. Corpus normativos que tienen como actores o sujetos de derechos y obligaciones a las empresas (sus titulares), los gobiernos, organizaciones

privadas, organismos internacionales, sindicatos y federaciones sindicales, ONGs, entre otros²⁶.

Declaraciones y cartas que muy a pesar de regir relaciones de gran relevancia internacional, son duramente cuestionadas por no contar con aquellas características infranqueables que exige el derecho en su sentido tradicional²⁷.

Siguiendo a la autora Mazuelos Bellido, el término "*soft law*" se utiliza para designar aquellas resoluciones no vinculantes de organismos internacionales, instrumentos celebrados por autores no estatales y los acuerdos no normativos:

"En conjunto se aprecia que la expresión *soft law* se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona"²⁸.

Boyle, por su parte, nos explica que el término *soft law*, presenta una serie de posibles significados. Por ejemplo, *soft law* como no vinculante. El autor utiliza el término en inglés "*not binding*" para especificar la no vinculación de los instrumentos a los que se llame *soft law*. Este último consiste en normas generales o principios, pero no en reglas. El *soft law* es la ley que no es aplicable a través de una resolución vinculante de controversias²⁹.

-
- 26 Acerca de este tema pueden consultarse: HILLGENBERG H., «A Fresh Look at *Soft law*», *European Journal of International Law*, núm. 3, 1999; KLABBERS IDA J., «The redundancy of *soft law*», *Nordic Journal of International Law* 65, 1996; LAGOS, E., «Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005; MAZUELOS BELLIDO, A., «*Soft law*: ¿Mucho ruido y pocas nueces», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No.8. 2004; O'CONNELL, M.A., «The role of *Soft law* in a Global Order», PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2002; RIPHAGEN, W., «From *soft law* to *ius cogens* and back», *Victorian University of Wellington Law Review*, vol. 17, núm. 2, abril de 1987.
- 27 El carácter voluntario o de *soft law* de la responsabilidad social de las empresas, como abordaremos en las conceptualizaciones que se erigen más adelante, se evidencia en las afirmaciones contenidas en el Pacto Global (Global Compact), iniciativa voluntaria que establece un marco de trabajo para promover en la empresa un desarrollo sostenible y una buena ciudadanía corporativa. En Global Compact, Guía para la implantación del Pacto Mundial en una empresa española, Madrid, 2003, p.2. En www.pactomundial.org; y, el Libro Verde de la Unión Europea que concibe la RSE como: "integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales..."
- 28 *Ibid.* MAZUELOS BELLIDO, A., Ob.,cit., p.2 y ss.
- 29 *Ibid.* ALARCÓN GARCÍA, G., "El *soft law* en el sistema fiscal", en http://www.revistadeloitnews.com/%5Cdocs%5C0905/2009_31_030.pdf (consultado el 19 de diciembre de 2009). La autora expone la influencia que el derecho blando está teniendo en el derecho fiscal español, a partir de tres grandes formas a saber: Convenios y Directrices de la OCDE, Códigos de Conducta de la Unión Europea y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Véase también: COLÍN VILLAVICENCIO, L.G., "El *Soft law* ¿una fuente formal más del Derecho Internacional?", pp.1-9, en <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas> (consultado el 6 de octubre de noviembre de 2005).

Estos instrumentos no vinculantes: declaraciones, cartas o pactos, “despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, en cuanto proponen una conducta no obligatoria pero deseable”³⁰. Y lo que es más importante, se utilizan por los organismos internacionales, los estados y más recientemente sujetos jurídicos privados como las empresas, para la formulación y posterior realización de objetivos que tienen que ver con la resolución de problemas sociales a escala mundial³¹.

A lo anterior se podría agregar, el razonamiento de que éstos, han seguido en muchos casos los procesos de formación establecidos en sus disposiciones internas (tráigase a cuenta las Naciones Unidas, OCDE, Cámara de Comercio Internacional, otras.), que parten del principio de la buena fe y tienen como fundamento, tratados internacionalmente reconocidos, y que incluso prescriben el sometimiento a jurisdicciones concretas para dirimir o resolver sus controversias.

Adviértase entonces que la relevancia jurídica de las normas de *soft law* y, por ende, las de RSE, materializadas en resoluciones, declaraciones, cartas etc., estriba en que informan al derecho, constituyen herramientas teóricas importantes para la conformación de nuevos derechos o la mejor implementación de los ya existentes (como lo apreciamos en el caso de la RSE que contribuye a una mejor satisfacción de derechos económico sociales y culturales) y a la formación misma del derecho internacional consuetudinario, o en todo caso, se vuelven elementos informadores del derecho como parte de la doctrina.

Por otra parte, las normas de *soft law* y de RSE que inician su movimiento pendular como normas o reglas de conducta no vinculantes, pueden luego convertirse en normas jurídicas vinculantes. Esto último se ilustra con los ejemplos de las declaraciones sobre medio ambiente emanadas de las Naciones Unidas, o las declaraciones sobre derechos laborales que luego han sido consignadas en códigos de protección medio ambiental o laboral en muchos países del mundo.

30 *Vid.* MAZUELOS BELLIDO, A., *Op. cit.* p.6.

31 *Vid.* Declaración del Milenio, suscrita por 191 Estados en el contexto de la Cumbre del Milenio de la ONU realizada en el año 2000. De esta cumbre se desprende una declaración que contempla los denominados “Objetivos del Milenio” (ODM) que incluye el compromiso de los Estados de reducir a la mitad la extrema pobreza, rebajar en dos terceras partes las muertes infantiles y lograr educación primaria universal antes del año 2015.

La Unión Europea, habiendo asumido los elementos de la RSE, como una estrategia para el desarrollo económico y social, destaca en el 2.1 de la Comunicación de la Comisión de Comunidades Europeas de 2002, un apartado dedicado a los códigos de conducta en donde se sostiene que:

“éstos constituyen instrumentos innovadores importantes para la promoción de los derechos humanos, laborales y medioambientales, así como de las medidas contra la corrupción, en especial en aquellos países en los que las autoridades públicas no aplican normas mínimas”³².

Se agrega que éstos deben tener como base o fundamento para garantizar su idoneidad, convenios y declaraciones internacionalmente reconocidas.

Se subraya como base o sustento de los códigos de conducta, los convenios fundamentales de la OIT y las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales. Además, para garantizar su eficacia, la Unión Europea prescribe el diseño e implementación de mecanismos adecuados de evaluación y control, que impliquen a su vez, a todos los interlocutores vinculados con la actividad empresarial, o dicho en lenguaje de RSE, a todos los *stakeholders*³³.

32 *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación relativa a la Responsabilidad Social de las Empresas: una contribución empresarial al Desarrollo Sostenible, Bruselas, 2.7.2002 COM(2002), 347 final, 2002, p.5.

33 *Vid.* Libro Verde...*Op. cit.* p.8. La Unión Europea en el número 54 establece la importancia en relación a los códigos de conducta en materia de protección a derechos humanos, derechos laborales y medio ambiente, advirtiendo que estos códigos no pueden sustituir las legislaciones nacionales, comunitarias e internacionales. Se sostiene que las “normas de obligado cumplimiento: éstas garantizan niveles mínimos aplicables a todos, mientras que los códigos de conducta y otras iniciativas voluntarias sólo pueden completarlas y fomentar la introducción de niveles de protección más elevados por parte de quienes las suscriben”. De acuerdo a la filosofía contenida en el LV en el caso de los códigos de conducta voluntarios en materia de derechos laborales, pueden fomentar el cumplimiento de las normas internacionales de trabajo, pero sólo son eficaces si se aplican y controlan adecuadamente. Además se plantean una especie de salvaguarda hacia los códigos, en donde se establece que los mismos deben estar basados o fundamentarse en convenios de la OIT, OCDE para empresas multinacionales, etc. Es aspiración del LV que las empresas deberían aplicar códigos de conducta en todos los niveles de la organización y de la cadena de producción.

3. El nuevo derecho de *soft law*: tipología de las normas de responsabilidad social empresarial

Nos interesa sobremanera, resaltar tres tipologías de códigos de conducta³⁴ en materia de normas de *soft law* en el campo de la RSE. En un primer lugar, encontramos los códigos suscritos entre sujetos jurídicos de carácter privado o entre empresas y empresas.

El *soft law* entre particulares o entes privados, puede constituir la única vía para que los sujetos jurídicos privados, a quienes no se les reconoce personalidad jurídica en el derecho internacional público, puedan suscribir acuerdos o pactos, por ejemplo, en materia de derechos humanos.

La relevancia de las normas de *soft law* y de RSE, estaría dada por su capacidad en torno a regular la conducta de las empresas en su carácter de actores de primer orden en el contexto de la globalización del comercio. De ahí que resalte su participación en la construcción de instrumentos de autorregulación que incorporan tanto reglas técnicas para el mejor funcionamiento de sus procesos, como normas morales, principios y valores para encausar su conducta. Sumado a lo cual, encontramos su intervención en procesos de negociación de convenios internacionales, tales como la Declaración de Río de 1992, la Declaración Tripartita de la OIT, o el Pacto Global de las Naciones Unidas, entre otros³⁵.

34 Vid. JENKINS, R., Códigos de Conducta empresariales: autorregulación en una economía global, *Revista de Comercio Exterior*, Vol.54, No.9, México, sep. 2004, pp.764-778. Sobre el mismo tema pueden consultarse también: JORGENSEN, H.B. y PRUZAN-JORGENSEN, P.M., Strengthening implementation of corporate social responsibility in global supply chains, The World Bank Group, 2003, pp.15-70.; HEPPLER B., A race to the top? International investment guidelines and corporate codes of conduct, Ed.Mimeo, Clare Collage Cambridge, 1999, pp.10 y ss.; WOOD G y SVENSSON G, Implementing the ethos of corporate codes of ethics: Australia, Canada, and Sweden, *European Review*, Blackwell Publishing Ltd, 2004, pp.389-401.; MURRIA J., Corporate Codes of conduct and labour standards, documento de trabajo de la oficina de actividades internacionales, OIT, 1998, en <http://www.ilo/public/english/230actra/publ/codes.html>, consultado el 20 de diciembre de 2004. Puede consultarse también el sitio web: www.business-humanrights.org

35 Vid. COLÍN VILLAVICENCIO, L.G., *Op. cit.* pp.1. Este autor, se refiere Boyle quien ejemplifica las formas que puede tomar el *Soft law* en el plano internacional, "pudiendo incluir declaraciones de una conferencia intergubernamental (como la de Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo); las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (como las que involucran el espacio, la descolonización o la soberanía permanente de los recursos naturales); o códigos de conducta, directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales (como las de la IMO, UNEP o la FAO)". Boyle, sostiene que el efecto legal de estas formas de *Soft law* es no necesariamente el mismo; sin embargo, sí tienen como característica común el estar negociados cuidadosamente y con declaraciones preparadas con delicadeza, algunas encaminadas a tener algún valor normativo pese a su no vinculatoriedad.

Los instrumentos arriba anotados, comparten su carácter de no vinculatoriedad, incluso algunos aluden de forma expresa a su carácter voluntario, tanto para el momento de la suscripción, como para su proceso de cumplimiento³⁶. Un ejemplo claro de esta clase de códigos de conducta, es el representado en las normas del Cauxroundtable, los Principios del Ecuador, los Principios CERES (antes principios Valdez), los Principios de Sullivan, entre otros.

Estos códigos, muy a pesar de las críticas formuladas en torno a su falta de vinculatoriedad, gozan de un gran consenso y privilegian el principio de la buena fe, algunos se fundamentan en tratados internacionales obligatorios, y en la práctica, han demostrado tener algún nivel de efectividad en el tema que nos ocupa, generando un movimiento en torno a la promoción y aplicación de la RSE en el mundo global.

En un segundo lugar, nos interesa destacar los códigos de conducta o normas de *soft law* suscritas entre empresas y organismos internacionales, que tienen el mismo carácter de voluntariedad, no vinculatoriedad y ausencia de sanciones. Un ejemplo de éstos últimos es el Pacto Global de las Naciones Unidas que integra un riguroso llamado a las empresas del mundo, a suscribir sus 10 principios originales en áreas de protección de derechos humanos, medio ambiente, derechos laborales, y más recientemente, el décimo principio en contra de la corrupción. Pacto que ha sido cuestionado, calificándolo de ser un acuerdo que demuestra la complicidad de las Naciones Unidas con las grandes corporaciones transnacionales³⁷.

36 Vid. MENDES, E.P., y CLARK, J.A., "The Five Generations of Corporate Codes of Conduct and their impact on Corporate Social Responsibility", *Human Rights Research and Education Centre, Bulletin*, No.33, University of Ottawa, 1997, pp.4-17. Los autores exponen cinco generaciones de códigos de conducta. La primera generación referida a los empleados en relación con la empresa y su objetivo sería asegurar que cumplan con las normas legales vigentes y con la observancia de los intereses del empleador. La segunda generación de códigos relacionada con los comportamientos éticos en los negocios. Su preocupación se centra en proteger la reputación de la empresa, asegurar una competencia limpia, evitar el pago de sobornos y otras prácticas corruptas en negocios llevados a cabo en países extranjeros. La tercera generación de códigos está basada en los intereses de los *stakeholders*, en particular los empleados, pero también los clientes y los proveedores. La cuarta generación, al parecer también influida por una noción aún más amplia del concepto de *stakeholder* y por el criterio de la responsabilidad ampliada, orienta su interés principal a la protección del medioambiente y al respeto por las comunidades en las cuales los negocios se llevan a cabo. Finalmente, una quinta generación, que los autores sostienen ya está surgiendo, se fundamenta en cuestiones de responsabilidad y justicia social referidas a inversiones en países que no respetan los Derechos Humanos básicos o el Estado de Derecho.

37 El Pacto Global de la ONU, ha sido suscrito por cerca de 3,000 entidades procedentes de los más variados sectores de *stakeholders*, entre ellos, empresas, sindicatos, ONGs, gobiernos, entre otros.

Tenemos también el caso de la Declaración Tripartita de la OIT, sobre corporaciones transnacionales, que integró en el año 1977 a los *stakeholders*: empresas, y trabajadores. Declaración que integra la filosofía de regular la conducta de las empresas en el mercado mundial, sobre todo en la especialidad de las relaciones laborales.

En tercer lugar, hay que destacar las declaraciones de *soft law* formuladas por los mismos estados, es el caso del Libro Verde de la Unión Europea de 2000, que integra el acuerdo de voluntades entre los países miembros, en el que de forma expresa se contempla asumir los criterios de RSE como estrategia para que sus países se conviertan en la economía más dinámica y sostenible en el futuro. En el mismo sentido, se podría situar como antecedente las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, suscrita por los Estados más ricos del planeta (los integrantes del Grupo G8) en 1976, con el ánimo de volver socialmente responsables a las empresas, sobre todo, cuando operan en el ámbito internacional.

El apogeo en la suscripción de códigos de conducta de parte de las empresas para autorregularse, provoca fuertes inclinaciones teóricas hacia el contexto político y económico internacional. Puesto que las empresas y su poder son una realidad en el mundo globalizado, en donde éstas últimas convertidas en un suprapoder condicionan las regulaciones coercitivas y decisiones políticas de los mismos estados.

Ante tan criticable realidad global, suponemos que cobra vigencia un orden de normatividad de RSE en donde las empresas en teoría asumen códigos de conducta y reglas claras y perfectamente auditables de sus obligaciones metajurídicas con respecto a la sociedad.

A lo anterior se suma con carácter preocupante, que la implementación de normas jurídicas nacionales o tratados internacionales con carácter vinculante, no han demostrado aún su completa efectividad, ante un mega poder corporativo que sobrepasa los poderes estatales, y como ya se dijo, este mismo poder real, disminuye, y en algunos casos, llega hasta a suprimir el poder de decisión política y de regulación jurídica estatal. De hecho, algunas empresas transnacionales ya han demostrado en la práctica que pueden estar por sobre el poder de los estados y por sobre los ordenamientos jurídicos coercitivos. Un ejemplo de ello, es su complicidad con gobiernos en turno (en supuestos estados de derecho) para violentar

derechos humanos, contaminar el medio ambiente o violar derechos laborales. Agréguese los condicionamientos en el diseño de políticas públicas y su incidencia en la creación de normas jurídicas locales, entre otros ejemplos.

En tal línea de argumentos, las cuasi normas o normas imperfectas de *soft law* a las que corresponden las de RSE, que tienen como punto de partida el cumplimiento de las leyes coercitivas y que al ser asumidas y hasta diseñadas por las mismas empresas y organismos internacionales como la ONU, sujetos jurídicos públicos como la Unión Europea, o sujetos privados como las empresas suscriptoras del Pacto Global; se vuelven una alternativa o complemento de las mismas “normas jurídicas coercitivas” refutadas como perfectas, para incidir en la conducta de las empresas en el libre mercado mundial y para la construcción de un modelo económico más humano y social.

Finalmente, las normas jurídicas tradicionales o vinculantes, en un mundo caracterizado por el pluralismo de ideas, sistemas, modelos, etc., que determinan de alguna forma las nuevas estructuras del orden jurídico internacional, no se imponen como únicas formas de regulación de conductas. De hecho la conducta humana, no sólo a normas jurídicas que se pueden hacer valer por medio de la fuerza, sino que conviven con sistemas normativos morales, religiosos, usos sociales, entre otros.

De ahí que, la puerta nunca ha estado cerrada a otras maneras de normar la conducta humana, es así que afloran las normas de *soft law*, que pese a ser atacadas de no vinculantes, la potente realidad de la mundialización o globalización económica privilegia desde la década de los 70 en Europa y EEUU, los compromisos voluntarios, códigos de conducta, declaraciones, cartas, exhortaciones, etc., los cuales en algunos casos, han resultado ser más efectivos para resolver problemas sociales concretos, que las mismas normas coercitivas³⁸.

38 *Vid.* MAZUELOS BELLIDO A., *Op. cit.*, p.10. Efectivamente, los instrumentos jurídicos no son los únicos que regulan la conducta de los sujetos en el plano internacional. La normatividad jurídica coexiste con órdenes normativos diferentes del jurídico de manera que: “podemos aventurar una suerte de pluralismo normativo que sin embargo no es unánimemente compartido”

4. Del *hard law* al *soft law* : reflexión y planteamiento de una teoría pendular del derecho

La RSE, guarda una estrecha relación con una reconceptualización del derecho, determinado por el quehacer fenoménico de la globalización, en donde subrayamos que los estados van perdiendo su potestad soberana en torno a las grandes decisiones políticas y su poder de regulación jurídico coercitivo. Esto es así, pues entran a competir con otro bloque de poder supranacional (transnacional), como lo son las grandes empresas o corporaciones y los organismos internacionales. El derecho entonces se debe transformar para poder reflejar esa movediza realidad de fenómenos globales que comportan nuevos sujetos jurídicos (actores de la globalización), relaciones jurídicas, efectos jurídicos, objetos, instituciones (la globalización misma), etc., para los cuales el derecho decimonónico no estaba diseñado.

En todo caso, fruto de la reflexión acerca del fenómeno de la RSE, nos surge una hipótesis acerca del comportamiento del derecho o del fenómeno jurídico, cuya reflexión nos ayuda también a comprender porque en el nuevo milenio estamos viviendo lo que para algunos es un viaje del derecho hacia normas voluntarias.

Desde nuestra perspectiva, lo que ahora observamos, es un algo que podríamos explicar como el "Movimiento Pendular del Derecho", que tiene a su base el hecho de que el fenómeno jurídico desde su aparecimiento como sistema normativo, junto con la propiedad privada y el Estado, se ha considerado como un fenómeno lineal, cuya esencia y juridicidad se ha hecho descansar en su aspecto coercitivo, pese a aceptarse un origen y estadio precedente fundado en normas reguladoras de la conducta de tipo moral y religioso (Normas de derecho natural: ius naturalismo panteísta, trascendente-cristiano-racional, entre otros)³⁹.

Sucede entonces que, la RSE, parte de la premisa de que el derecho no se ha comportado a través del devenir histórico social,

39 Respecto al tema del iusnaturalismo y positivismo jurídico, pueden consultarse: DIAZ ELIAS, Sociología y Filosofía del Derecho, Ed. Taurus, Madrid, 1977; GARCIA MAYNES, E., Filosofía del Derecho, 5ª edición revisada, Porrúa S.A. México, 1986; LEGAZ Y LACAMBRA, L., Filosofía del Derecho, Bosch casa editorial 3ª edición, Barcelona 1972; MANTILLA PINEDA, B., Filosofía del Derecho, editorial Temis S.A. Santa Fe, Bogotá Colombia, 1996; NINO, C., Introducción al Análisis del Derecho, Barcelona 1984.

unidireccionalmente, o únicamente en su forma más violenta como posibilidad de aplicar la fuerza o represión del Estado (coercitividad) o coerción (fuerza aplicada), debidamente positivado y algunas veces legitimado; si no que, también, ha logrado escapar hacia formas más civilizadas de regulación de conducta, fundada en acuerdos voluntarios, pactos de caballeros que tienen como columna vertebral la buena fe o formas de regulación moral. Es decir, reglas que se han venido acatando más por convicción, razón y conciencia individual-social que por imposición.

Nos interesa subrayar en tinta roja que, la RSE, encuentra su explicación en ese movimiento pendular del derecho en el contexto de la globalización de la sociedad, direccionado hacia la voluntariedad o lo que bien podríamos llamar un resurgir de la “moralización de las normas jurídicas”. A guisa de ejemplo, véase la Ley de Ética Gubernamental salvadoreña, que en una confusión teórica de las más notables de la actualidad, pretende elevar al rango de normas jurídicas, obligaciones que históricamente han sido competencia de lo ético-moral. Entiéndase además, determinadas por un contexto de crisis de valores sociales que impera en nuestro país, y como último ratio, y ante la inoperancia del *hard law* penal, se pretende obligar a ser buenos a los hombres y mujeres por mandato de ley, olvidándose de la máxima de platón que reza: “los hombres buenos no necesitan de leyes para encausar su conducta”.

Lo que hemos dado en llamar “Movimiento Pendular del Derecho” consiste en que el derecho al igual que la piedra del péndulo sostenida en un punto determinado del universo, se mueve de un lado a otro, sin detenerse jamás. Y en ese movimiento, oscila y se refleja en un momento histórico determinado en normas reguladoras de conducta social denominadas de *hard law*. Pero luego, en otro momento histórico, puede perfectamente reflejarse en normas -en el otro lado del péndulo- con forma y contenido voluntario o de *soft law*.

Este movimiento pendular que, además nos indica la característica infalible de todo fenómeno de la realidad, el cual es su movimiento propio, imprime además determinada velocidad a la norma, y puede en un momento dado -determinado por la relativa inamovilidad del derecho- asumir características de *soft law*, que, luego, también, pueden ser reflectadas según las necesidades y exigencias sociales, en normas de *hard law*, y viceversa. (...Y así sucesivamente). Ocurriendo además que, en un momento dado,

puede también situarse- la gigantesca piedra del péndulo jurídico- en un sitio intermedio, permitiendo que las normas de *soft law* y las de *hard law* aparezcan entrelazadas como en un sistema ecléptico. Esto último, podría arrojarnos una idea más clara de las líneas que está trazando el derecho en la sociedad adjetivada como global, desde la perspectiva jusfilosófica que pretendemos situar en en este artículo.

Lo anterior, para nada implica, que las normas jurídicas pierdan algún rasgo de su esencialidad, es decir, ser reguladoras de conducta humana y, mucho menos en su aspecto axiológico –mayoritariamente inobservado por los operadores de la justicia, circunscrito a sus principios y valores: justicia, dignidad humana, bien común, solidaridad, entre otros. Es más, según lo demuestra el movimiento de la RSE, las normas asumidas voluntariamente, están teniendo un margen significativo de cumplimiento e impacto social positivo. Aunque no podríamos llegar a afirmar que se están cumpliendo más que las normas jurídicas tradicionales, puesto que no se tiene aún, una lectura del fenómeno en su totalidad. Lo que si puede afirmarse, es que las normas de voluntario cumplimiento, están marcando el rumbo de la estrategia de desarrollo sostenible dentro del Modo de Producción Capitalista, desde la década de los 90, teniendo como ejes la filosofía de la RSE.

En tal orden de ideas, las normas voluntarias que emergen de la RSE, presentan un escenario de plena convivencia con normas jurídicas coercitivas. Pero, constituyan o no, una doctrina que informa al derecho, un conjunto de principios, un nuevo derecho subjetivo que se puede hacer valer frente a otros sujetos: empresas-Estados-ONGs; lo cierto es que, se están volviendo un complemento importantísimo para el cumplimiento de las normas jurídicas de *hard law* y declaraciones internacionales en materia de derechos económico sociales, medio ambiente, derechos laborales y derechos humanos. Imprimiendo un nuevo movimiento que queramos o no queramos impacta en las reflexiones y prácticas del derecho, no solo concebido como sistema de normas coercibles, sino como principios-valores y como ciencia y filosofía que reflexiona sobre el fenómeno jurídico como totalidad concreta y abstracta, concebida en permanente cambio y transformación.

El relativo éxito institucional de la “ciudad compacta” en los Estados Unidos: crónica de una polémica

Dr. Joan Amenós Álamo*

Introducción y justificación del artículo

El Salvador ha vivido recientemente un relevante debate en torno a la aprobación de una “Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial”. Este artículo quiere ser una pequeña aportación a esa discusión. Ahora bien, lo cierto es que merece alguna justificación. Se trata de un estudio que refleja una parte de la reflexión que se produce en los años noventa del pasado siglo y principios de la primera década del 2000 en Estados Unidos en torno a las fórmulas de ocupación del territorio y, especialmente, alrededor del sprawl o típica ciudad dispersa norteamericana. Por tanto, utilizo elementos jurídicos, pero los acompaño con otras nociones de política urbana que explican el nacimiento y aplicación de ciertas normas.

Esta crónica de una polémica y de su reflejo institucional puede ser útil por varios motivos. En primer lugar, por su importancia histórica, ya que la discusión sobre este punto se traslada en estos últimos años a Europa. En efecto, las legislaciones del viejo continente han comenzado a reflejar la opción por una ciudad compacta, de alta densidad y que intenta promocionar el transporte público y la protección de los espacios verdes circundantes a las urbes. Se habla, incluso, de una “estrategia territorial europea” en ese sentido. Es decir, la controversia nace en Norteamérica y se traslada luego a

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona UAB y Profesor titular de Derecho Administrativo y Derecho Local de la misma universidad. Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Barcelona en las materias de Disciplina Urbanística y Actividades Clasificadas (años 1986-1989) y Abogado del “Patronat Metropolità del Parc de Collserola” (organismo autónomo de la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona) en los años 1987-1989. Actualmente participa en el Grupo de expertos para la elaboración de una nueva Ley del Gobierno Local de Catalunya.
E-mail: joan.amenos@uab.cat.

todo el mundo. Como ocurre en otros campos, cuando el gigante estornuda, el resto se resfría.

En segundo lugar, no podemos olvidar la incidencia jurídica en El Salvador del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y, en general, la creciente influencia cultural, económica y sociológica del potente país del Norte. De hecho, esto ayuda a explicar la presencia en El Salvador de diversos centros comerciales con la típica configuración –visual y formal- que se les ha dado en Estados Unidos (y que, por cierto, es también perfectamente observable en cualquier país europeo).

Por supuesto, la realidad salvadoreña impondría sus propias características a la cuestión. Por ejemplo, la relación entre construcción en altura (más densa) y resistencia antisísmica. O la mayor preocupación por el urbanismo como factor de desarrollo económico. Como detalle, apuntaremos que los defensores del modelo disperso suelen insistir en el mayor dinamismo económico de los modelos diseminados.

Debemos añadir que, de alguna manera, este artículo es incompleto, ya que no analiza las posiciones anti-sprawl y su argumentación. Es decir, en Norteamérica existe una amplia corriente de pensamiento favorable a la ciudad dispersa. Esto no ocurre en Europa y menos aún en España, donde la intelligentsia urbanística y jurídica se ha puesto al lado de los modelos compactos, aunque la práctica real no es siempre coherente con sus postulados. Estudiar estas posturas merecería, sin duda, un segundo artículo. Especialmente, en lo relativo al derecho de propiedad inmobiliaria –property rights- y la interpretación que al respecto ha efectuado el Tribunal Supremo norteamericano. Precisamente, el derecho de propiedad ha sido una de las grandes estrellas en los discursos en torno a la salvadoreña “Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial”¹.

Pues bien, desde el punto de vista jurídico, la principal preocupación de estos sectores críticos ha sido la defensa de los property rights. El punto central de ataque radica en que muchas normas calificadas como land use controls that control sprawl implican un taking y, por tanto, han de tener

1 Vid. por ejemplo, el Boletín de Estudios Legales número 105, de septiembre de 2009, publicado por el Departamento de Estudios Legales –DEL- de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), con un artículo sin firma personal titulado “Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial” y que puede consultarse en la web de la citada Fundación.

como consecuencia jurídica la justa compensación del propietario². En palabras de SAKOWICZ, “property rights advocates maintain that the Fifth Amendment proscribes against takings without just compensation and that land belongs to the landowner and not the government”³. El mismo autor concluye que este sector considera, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano dictada a finales de los años ochenta y principios de los noventa, que los land use controls que obstruyen the use of land violan la Quinta Enmienda por los siguientes motivos:

- La regulation no plantea sustancialmente un legítimo state interest.
- La regulation elimina cualquier uso económicamente viable del propietario inmobiliario.
- No hay proporcionalidad entre las cargas impuestas y el impacto del proyecto planteado.

Por último, este artículo quiere ser una humilde aportación a una disciplina que está en estado embrionario pero que tiene un futuro prometedor. Me refiero al Derecho urbanístico comparado. En efecto, lo cierto es que, poco a poco, las ciudades del mundo y las fórmulas de ocupación territorial se van pareciendo más entre sí. Además, los debates empiezan a ser los mismos (la relación entre urbanización y medio ambiente, el papel de las Administraciones Públicas en la creación de nuevas ciudades, el perenne tema de la propiedad...). Nuestro artículo es, por tanto, una pequeña reflexión comparatista sobre el Derecho urbanístico, partiendo del análisis de una cuestión suscitada en Estados Unidos y luego exportada a Europa. En algún caso, hago alguna referencia a la realidad jurídica salvadoreña y a la española. Mi ignorancia no me permite incrementar mucho más los países. Ahora bien, la intensa comunicación y hermandad conceptual entre El Salvador y España puede ser, precisamente, un motivo de interés para el lector de la tierra de los volcanes.

2 SAKOWICZ, J. C., “Urban sprawl: Florida’s and Maryland’s approaches”, *Journal of land use*, Vol 19:2, 2004, p. 389. puede verificarse toda la bibliografía allí citada; RYLANDER, J. C., “The emerging federal role in growth management”, *Journal of Land Use & Environmental Law*, Vol 15, núm. 2, 2000, p. 278.

3 *Ibid.*, p. 390.

1. Qué es el sprawl. Descripción general

LUCY y PHILLIPS⁴ recogen la encuesta realizada por FISHMAN a los miembros de la Society for American City and Regional Planning History, que fueron interrogados para determinar las diez mayores influencias de las metrópolis americanas en los últimos cincuenta años. Esta fue la respuesta (hemos indicado el número de puntos recogidos):

- La Ley de Autopistas interestatales de 1956 (906 puntos).
- El programa de garantías a los préstamos hipotecarios desarrollado por la Federal Housing Administration (653 puntos).
- La desindustrialización del centro de las ciudades (584 puntos).
- Los programas de renovación urbana (441 puntos).
- El modelo o prototipo Levittown-type para casas suburbanas (439 puntos).
- La segregación racial y la discriminación en el trabajo (436 puntos).
- Los shopping malls cerrados o aislados (261 puntos).
- El suburban sprawl (242 puntos).
- El aire acondicionado (234 puntos).
- Los disturbios urbanos de los años sesenta (219 puntos).

Muchos de estos elementos están conectados entre sí. Por ejemplo, se ha dicho que los dos primeros aspectos citados (la red de autopistas y los préstamos garantizados) favorecieron, precisamente, el suburban sprawl, que aplicó en muchos casos el modelo de vivienda indicado en el quinto guión. No creo que sorprenda al lector salvadoreño encontrar en su propio territorio algunas de estas características. Por ejemplo, es indiscutible la mejora de autopistas y carreteras en los últimos años y, por tanto, la acentuación de su papel vertebrador. Uno de sus paradigmas es la Ruta o Carretera Panamericana (concebida ya en la V Conferencia Internacional de los Estados Americanos en 1923). También es salvadoreña –y universal– la desindustrialización del centro de las ciudades, perfectamente visible en los viejos almacenes semi abandonados del centro de El Salvador. O el florecimiento de los centros comerciales, uno de cuyos paradigmas es la

4 LUCY, W. H. y PHILLIPS, D. L., *Tomorrow's Cities, Tomorrow's Suburbs*, American Planning Association, Chicago, 2006, p. 332. Puede verificarse toda la bibliografía allí citada.

zona de malls en la salida de la autopista desde San Salvador hacia Santa Tecla.

En su análisis fotográfico del paisaje norteamericano, MACLEAN⁵ dedica un amplio capítulo al sprawl. Sin embargo, este tema también aparece en un capítulo previo destinado a la vivienda. Ante nuestros ojos circulan enormes conjuntos monótonos de casas suburbanas, a menudo articuladas a través de la famosa y solitaria avenida que concluye en un bulbo o cul-de-sac que obliga al tráfico a retornar. Es la geografía de *American Beauty*⁶. La densidad es baja (e incluso muy baja). Las casas están separadas (e incluso muy separadas) entre sí. El lugar de trabajo y los comercios quedan lejos. Es el suburb, la fórmula de ocupación del territorio de low-density que acoge ya a la mayoría de norteamericanos.

La bibliografía sobre este modo de asentamiento es inabarcable. Desde el punto de vista de sus aspectos jurídicos, podemos remitirnos a los estudios de SAKOWICZ, RYLANDER o CRAIG. Para una visión más general, pueden verse las monografías de BRUEGMANN o de LUCY Y PHILLIPS que aquí hemos utilizado. En todos estos textos hallará el lector abundantes fuentes sobre la cuestión⁷.

Ahora bien, desde un punto de vista objetivo, quizá hay poco más que decir. Lo cierto es que, especialmente en los últimos veinte años, el debate sobre el sprawl ha sido intensísimo en Norteamérica. Desde los años setenta (con una gran aceleración en los años noventa) los críticos del sprawl han insistido en la necesidad de restringir esta forma urbana. Se le ha considerado el producto de una planificación urbanística pobre o defectuosa. Es uncontrolled. Se ha dicho que consume el territorio de forma rápida (en épocas de crecimiento económico, su velocidad de expansión marearía a cualquier europeo). A través de anillos sucesivos, se han ido perdiendo las tierras más fértiles. Se ha afirmado que el sprawl no tiene en cuenta el ámbito que le rodea y que desplaza hacia sus fronteras sus externalidades y sus problemas. Crea aislamiento en las personas, destruye los espacios y la esfera pública de relación y es fuente de segregación social y racial.

5 Cfr. MACLEAN, A. S., *La fotografía del territorio*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 2003.

6 Sobre este paradigmático film, vid nota 5.

7 ARNOLD CRAIG, A., "The structure of the land use regulatory system in the United States", en *Journal of land use*, Vol. 22:2, spring 2007. pp. 446 y ss.; BRUEGMANN, R., *Sprawl: A Compact History*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2005, p. 151; SAKOWICZ, J. C., *Op. cit.*, p. 389; RYLANDER, J. C., *Op. cit.*, p. 278; LUCY, W. H. y PHILLIPS, D. L., *Op. cit.*, p. 331.

En el plano de la movilidad, es un sistema car-dependent. Por tanto, va a generar contaminación atmosférica, congestión (y pérdida de tiempo productivo), exigencia de nuevas pistas y autopistas (con renovada reiteración de los males indicados), accidentalidad creciente, contribución decisiva al cambio climático, contaminación hídrica, etc. El pensamiento ambientalista –muy importante en Norteamérica- tiene en este fenómeno una de sus bestias negras⁸.

En este marco, el transporte público o colectivo (que podría suavizar algunos de los inconvenientes del automóvil) no puede operar ante la capilaridad de las conexiones (urbanizaciones aisladas, centros de trabajo alejado, etc.). Se ha dicho, incluso, que algo tenía que ver el sprawl con la obesidad y la reducción del hábito de andar en los norteamericanos, ya que se hace imposible efectuar a pie cualquier desplazamiento por motivos laborales, sociales o de ocio⁹. Dejando ahora de lado la cuestión de la seguridad ciudadana, es seguro que al lector salvadoreño le sonará esta música.

Otra víctima del fenómeno han sido los centros urbanos tradicionales, que han visto sangrar su base fiscal y han perdido población activa, de tal modo que en su degradación han alojado a los niveles de renta inferiores y a las minorías marginadas. Los viejos vecindarios y barrios se deterioran y los intentos de aumentar la presión tributaria no hacen más que empeorar la situación.

Incluso, la voracidad de la dispersión se supera a sí misma y ya se empieza a hablar de los CID (Common-Interest-Developments). Esto es, auténticas ciudades sin ningún elemento público, sino constituidas por copropietarios cuyo título abarca su vivienda y el resto de elementos externos comunes (desde las farolas hasta los bancos, pasando por los árboles, las aceras, las calle, etc.)¹⁰.

No obstante, para un amplísimo sector del pensamiento geográfico, social o jurídico, no hay nada que mitigar ni restringir. El sprawl ha nacido de la mano de la libertad de las personas de emplazarse en el lugar que

8 Basta consultar en la web page del relevante movimiento "Sierra Club" el documento –citado en diversas fuentes y con cierta resonancia pública-: BROWN, A. y otros. "Sprawl: the Dark Side of the American Dream", 1998. Este informe del Sierra Club está disponible en su web site: <http://www.sierraclub.org/sprawl/report98/report.asp>. Una interesante panorámica de las web sites que tratan del land use y del Derecho ambiental norteamericano puede leerse en MANN (1997).

9 Vid. LUCY, W. H. y PHILLIPS, D. L., Op. cit. pp. 331- 332.

10 Vid. GARREAU, J., *Edge city: life on the new frontier*. Doubleday. New York, 1991, p. 63.

desean. De hecho, CRAIG avisa de que una corriente doctrinal considera que los enemigos del sprawl han fracasado en su esfuerzo por adaptar y ejecutar sus políticas de ordenación del territorio. De inmediato veremos en qué consisten estas políticas¹¹.

En esta línea, se opina que estamos ante una forma urbana nacida del natural disgusto de los norteamericanos por la densidad excesiva¹² o bien que el sprawl es la manifestación natural del deseo de cambiar de profesión y de perspectivas. Se ha destacado, también, el amor al automóvil, la renovación del American Dream o, de forma menos sublime, la búsqueda de inmuebles con menor carga tributaria. Y se ha dicho, en fin, que la productividad norteamericana de la segunda mitad del siglo XX tiene mucho que agradecer a este modo de asentamiento.

2. Las posiciones anti-sprawl y su acción institucional

2.1. La livability agenda y el smart growth. El reclamado activismo del gobierno federal

A finales de los noventa y ya durante la inauguración del nuevo siglo, Norteamérica se pregunta en torno a su sprawl. Es la culminación de lo que BRUEGMANN ha llamado la "tercera campaña anti-sprawl"¹³. Recordemos, por ejemplo, que el famoso film *American Beauty*¹⁴ ve la luz en 1999. Es, justamente, el año (en concreto, el 11 de enero) en el que el Vicepresidente

11 ARNOLD CRAIG, A., Op. cit., p. 442.

12 Aunque las tradicionales y casi míticas grandes ciudades norteamericanas de la primera mitad del siglo XX también han disfrutado de una encendida defensa, como puede verse en JOHNS.

13 BRUEGMANN, R., Op. cit. pp. 137 y ss.

14 STONE, A. A., "Appendix: Film Commentary. *American Beauty* (1999)", en *Legal Studies Forum*, 24, 2000, p. 593. HAUSER, A.: *Historia social de la literatura y el arte*, Vol. 3, Ed. Labor, SA, Barcelona, 1978, p.391. *American Beauty* es un film estadounidense del director Sam MENDES lanzado en el año 1999. Su éxito fue inmediato, tanto a nivel de crítica como de público. Obtuvo cinco oscars y fue catalogada muy pronto como uno de los clásicos del séptimo arte. Aparte de los relevantes aspectos formales, desde el punto de vista sustancial la película se enfrentó con diferentes temas. Probablemente, la más llamativa es la «crisis de los cuarenta» en el protagonista -un extraordinario Kevin Spacey-, combinada con la recreación del mito de Lolita. Otros comentaristas han señalado, igualmente, la cuestión existencial de la búsqueda de la belleza o el desequilibrio psicológico de la práctica totalidad de los personajes. Por nuestra parte, nos hemos centrado en la relación entre el modelo territorial y la vida social que aparece en la película. En efecto, *American Beauty* es, de entrada, una «ironic caricature of dysfunctional suburbia» – STONE -, una descripción de típicas formas de vida de los suburbios norteamericanos (por supuesto, en el sentido propio del idioma inglés, relativo a urbanizaciones externas a la ciudad, compuestas de una agrupación poco densa de viviendas individuales). El lanzamiento de la

Al Gore¹⁵ propone una ambiciosa iniciativa federal para construir “more livable communities” o lugares con una mejor calidad de vida. Su objetivo central eran los suburbs –o urbanizaciones de la periferia- donde ya residía el cincuenta por ciento de la población. La Clinton-Gore Livability Agenda, o Livability Agenda a secas, se dirigía hacia el siglo XXI con un generosísimo paquete de diez billones de dólares en programas para incentivar a las localities en la preservación del espacio verde, en la lucha contra la congestión del tráfico y en la persecución de un crecimiento regional correctamente dirigido. En especial, la Administración Clinton reservaba 700 millones de dólares en nuevas tax credits para los estados y los entes locales de cara a la preservación de los espacios abiertos y el desarrollo de los brownfields abandonados, 6,1 billones en subvenciones para programas de transporte público y 1,6 billones para retribuir los esfuerzos locales y estatales en la reducción de la polución del aire y de la traffic congestion.

Este programa fue sacudido con alborozo entre los críticos del sprawl. RYLANDER, por ejemplo, señalaba que “the Livability Agenda is the latest recognition that urban sprawl has become an important national issue”. No podemos olvidar que en los Estados Unidos aparecen las primeras preocupaciones ambientalistas en el sentido contemporáneo¹⁶. Varios autores, además, apuntaban un aspecto que luego ha sido un lugar común en la explicación de la dispersión territorial americana. Me refiero al apoyo distorsionador que han supuesto los federal subsidies mal orientados (en concreto, las subvenciones dirigidas a la construcción de autopistas y a facilitar

película coincide con una de las fases más intensas del debate sobre la urbanización dispersa y la urbanización compacta: que tanto ha preocupado a urbanistas, planificadores y legisladores en los últimos quince años. Seguimos, pues, la recomendación de HAUSER, que recordaba que “lo mejor que debemos al cine americano consiste en la reproducción documental de la vida norteamericana, de la diaria rutina de la máquina económica norteamericana, de las ciudades de rascacielos y de las granjas del Medio Oeste, la policía norteamericana y el mundo de los gangsters”. La narración -después de una inquietante escena introductoria- se abre con un bellissimo plano aéreo de un típico suburb, acompañado de la voz del protagonista, que anuncia -tomo la cita de STONE - «My name is Lester Burnham. This is my neighborhood. This is my street. This is my life. In less than a year I'll be dead. Of course I don't know that yet. In a way I'm dead already».

15 Como el lector ya sabrá, Al Gore fue condecorado con el Nobel de la paz y su figura representa la introducción relativamente seria y exigente en la economía de mercado de varios postulados ambientalistas, especialmente los relacionados con la contaminación atmosférica, el mantenimiento de los espacios verdes y el cambio climático.

16 Baste citar aquí la creación de la Environmental Protection Agency. La consulta de su web –site nos da una idea de la amplitud de sus trabajos. Como ejemplo de una histórica organización ambientalista, podemos citar el Sierra Club, al cual ya aludimos supra.

los préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles). En conclusión, el nuevo programa era el definitivo toque de corneta para acabar con la diseminación metropolitana, con la fragmentación y destrucción de los espacios verdes y con un modelo territorial que, según se dice, favorece la contaminación del suelo y de las aguas superficiales¹⁷.

Pues bien, la Livability Agenda, va a ser bienvenida por muchos estados y entes locales. Según datos del año 2000, nueve estados habían puesto en marcha planes globales para el control del crecimiento y muchas más localities habían aprobado planes to curb sprawl and promote smarter growth. Sólo en 1998, cerca de 200 gobiernos estatales y locales aprobaron concretas iniciativas dirigidas a controlar el suburban development. En conclusión, "the majority of the Livability Agenda proposals rely on federal dollars to encourage state and local governments to take additional similar actions"¹⁸. Es decir, se trata de que la planificación urbanística –con tonos imperativos y restrictivos- imponga un modelo de crecimiento más inteligente. Por ejemplo, como ocurre en ciertos países europeos, los planes urbanísticos podrían impedir la instalación de áreas comerciales en zonas de escasa población y sin suficiente conexión con el transporte público.

Ahora bien, esto nos abre el paso a una cuestión jurídica fundamental, ligada íntimamente a la tradición norteamericana. El programa del gobierno demócrata que hemos anunciado significa una federal incursion en un terreno habitualmente otorgado a los niveles inferiores, como es el planning territorial. El mismo AL GORE, citado por RYLANDER, ya avisa que "our job to work with states" es, simplemente, "to support their remarkable smart growth efforts."¹⁹ El riesgo que hace peligrar estas "welcome news to environmentalists" son, precisamente, las últimas interpretaciones de la Constitución en lo relativo a la cláusula de comercio y a la taking clause. De hecho, algunas de las últimas regulaciones en materia ambiental presentan problemas de constitucionalidad por los motivos indicados. Sin embargo, se ha defendido que el gobierno federal retiene aún una amplia autoridad para actuar en este campo a través de "conditional and incentive spending programs". En realidad, para esta tesis no es sólo que "puede", sino que "debe": hay que actuar para atajar el sprawl.

17 RYLANDER, J. C., Op. cit., p. 278.

18 Ibid.

19 Ibid. p. 279.

Estas ideas conectan con una importante corriente de pensamiento urbanístico aparecido en los años noventa en los Estados Unidos y que hemos aludido en los párrafos precedentes. Se trata del smart growth o “crecimiento inteligente o elegante”. Es decir, se intenta que la acción pública (con diversas técnicas que van desde la planificación coercitiva o indicativa, los incentivos, los subsidios o la implantación de infraestructuras) se dirija a combinar las exigencias de “la economía, el desarrollo y la comunidad”²⁰. Sus previsiones se configuran de modo estratégico y a largo plazo. Entre sus finalidades generales, se declara expresamente la promoción de “more livable communities” y la minimización de los impactos del sprawl.

En realidad, el smart growth no tiene una definición precisa²¹. Se alude con él a un conjunto más o menos abierto de percepciones y propuestas. Por ejemplo, la idea de que el territorio no es una mercancía, sino un recurso. O, como ya hemos dicho, la confianza en el planning territorial, basado en estudios técnicos y en una amplia citizen participation (aunque ésta ya viene asegurada tradicionalmente por el Derecho norteamericano a través de los hearings previos a la aprobación de diversas normas urbanísticas e instrumentos de planeamiento).

Los objetivos concretos de esta línea son diversos y varios de ellos, como hemos dicho, tratan de aniquilar el impacto de la dispersión. Por ejemplo, contra la especialización y separación de usos, se propone un mixed land uses. Es decir, que estén lo más cerca posible entre sí e incluso entremezclados la vivienda, el trabajo, el comercio y el espacio de ocio. Ante los excesos del automóvil, se indica la creación de walkable communities. Frente al consumo desaforado del suelo, se quiere preservar el open space, farmland, natural beauty, and critical environmental areas. Contra el individualismo de robinsones urbanizadores, se potencian las existing communities. Ante el transporte individual motorizado, se fomenta la elección de diversas formas de movilidad. Contra los asentamientos esporádicos y espontáneos del sprawl, se desea que las decisiones sobre la urbanización sean predecibles y, en fin, frente al aislamiento individualista, se propone “encourage community and stakeholder collaboration in development decisions”²².

20 Ibid. p. 298

21 SAKOWICZ, J. C.. Op. cit. p. 397.

22 Ibid.

Se han señalado en este smart growth dos puntos débiles. En primer lugar, sus intensas exigencias de planeamiento central (de ahí que sean las instancias centrales de los niveles de gobierno norteamericanos las que suelen asumir estos criterios). Además, suele implicar un aumento de la presión fiscal y, curiosamente, requiere “denser development than Americans have traditionally accepted –a critical difference as compared with densely populated Western Europe”²³.

Estas dos últimas cuestiones son actualmente relevantes en El Salvador. Así, la cuestión fiscal ha generado polémicas porque la Ley de Ordenamiento Territorial en discusión podría activar un impuesto que grave los terrenos situados en zona urbana cuyos propietarios los mantengan ociosos incumpliendo los Planes de Desarrollo Urbano y Rural. El objetivo de evitar solares no utilizados intensivamente en áreas ya urbanizadas es una de las banderas esenciales de los apóstoles de la ciudad compacta. En segundo lugar, es muy interesante el apunte de HALL, el gran especialista en planificación urbana comparada, sobre la tradición propia de cada nación o cultura respecto a la densidad de la vivienda. Es éste un tema que merecería un estudio desde la idiosincrasia propia salvadoreña.

Esta “pesadez” del aparato de planificación del smart growth se ve acompañada por otra crítica, que se suele poner en pie en el debate jurídico en torno al sprawl. Se trata de que muchas de sus regulaciones, debido a su intensidad, supongan un taking (o expropiación) para la propiedad privada y, por tanto, generan derecho a indemnización. En otros casos, tales regulaciones exceden el título que autoriza a dictar el zoning (o calificación y clasificación del suelo). Ya anunciamos este punto al iniciar nuestro trabajo. Baste decir ahora que la distinción entre expropiación forzosa y meras limitaciones a la propiedad ha sido uno de los puntos capitales de la discusión de la nueva Ley salvadoreña. Determinados sectores han considerado que la Ley que se tramita introducía nuevos conceptos que habilitaban limitaciones discrecionales sin indemnización al propietario. Pues bien, la limitación o restricción de ciertos usos sin compensación suele ser un arma habitual del “crecimiento inteligente”.

Antes de concluir, no obstante, conviene advertir que el smart growth ya tuvo su precedente, desde los años setenta, en el Growth Management.

23 HALL, P., *Urban and Regional Planning*, Roulledge, Londres y Nueva York, 2002, p. 206.

Se trata de la misma idea de que sea el plan el que asegure el respeto al medio ambiente, se anticipe al crecimiento y cree formas urbanas más compactas. También se le imputó a este esquema su propensión al centralismo. Desde el punto de vista estético, por último, hay que hacer referencia al movimiento denominado New Urbanism, que intentaba reproducir las formas compactas de los barrios y vecindarios tradicionales. Esta corriente, que ha tenido cierto predicamento en España en las corrientes favorables a la ciudad compacta²⁴, ha acabado concretándose, no obstante, en la mejora ambiental y estilística de nuevos suburbs en zonas verdes²⁵.

2.2. Contra el localismo miope

MORENO nos ha recordado que el local government o la regulación de los entes locales es, en Estados Unidos, una competencia exclusiva de los distintos estados de la Unión²⁶. En consecuencia, lo cierto es que suele haber grandes diferencias entre ellos. Ahora bien, pueden detectarse dos grandes niveles territoriales. El primero es el puramente municipal: town, city, village, municipality, township, etc. El segundo o supramunicipal reviste diversas formas y competencias (District, County, etc.). Sobre esto, y la bibliografía allí citada. Estamos ante un sistema altamente descentralizado en el que el grueso de las disciplinas de planeamiento, gestión y disciplina urbanística se sitúa a nivel local. Es decir, la tradición norteamericana sigue aquí el principio de local self-government²⁷.

Pues bien, el programa de regeneración federal apuntado parte de un postulado habitual entre los partidarios de poner coto a la dispersión: se considera que un "myopic local planning contributes to the problem, as suburban jurisdictions compete ferociously for businesses and development"²⁸. Las municipalidades atraen las actividades económicas a través de reducciones impositivas, la instalación de infraestructuras y otras ventajas,

24 MUÑOZ, F., *Urbanització. La producció residencial de baixa densitat a la provincia de Barcelona, 1985-2001*. Tesis Doctoral dirigida por los Drs. Ignasi de Solá-Morales y Rosa Ascón, Departamento de Geografía, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p. 201

25 Vid. HALL, P., *Op. cit.*, p. 206; SAKOWICZ, *Op. cit.*, pp.393- 397 y, en sentido crítico, BRUEGMANN, R., *Op. cit.*, pp. 151- 153.

26 MORENO MOLINA, A. M., "Estados Unidos de América: líneas básicas de su legislación urbanística", *Ciudad y Territorio, Estudios territoriales*, XXXIII (128) 2001. p. 58.

27 Vid MORENO MOLINA, A. M., *Op. cit.*, p. 518. y la bibliografía ahí citada.

28 RYLANDER, J. C., *Op. cit.*, p. 281.

mientras intentan desplazar los costes de la congestión y de la polución a los pueblos vecinos. Se trata del fenómeno, intensamente discutido en el federalismo norteamericano, del "race to the bottom" (la famosa "carrera hacia abajo", entendida en el sentido de progresiva degradación).

Esta línea de ataque a la desordenada planificación local se completa con otra consideración: el crecimiento suburbano va ligado a una proliferación de jurisdicciones municipales. Esta es una anotación institucional importante, ya que en 1990 más de un tercio de todos los ciudadanos norteamericanos se alojaban en 18.219 unidades municipales de menos de 25.000 habitantes. El mismo autor se queja incluso de que las "local laws" regulan cualquier cosa, "desde el uso del territorio hasta las ventas de licor", con amplias variaciones entre estas subdivisiones administrativas. Además de las corporaciones municipales, 3041 counties cuartejan el territorio de la nación, combinados con más de 28.588 "special districts", con competencias que incluyen el tratamiento de las aguas residuales, la calidad del agua o el transporte público. El resultado es, en la mayoría de las áreas metropolitanas norteamericanas, una geografía política de enorme complejidad. Se concluye, en resumen, que la estructura del "land use governance" es compleja e inadecuada para cortar con la miríada de ordenaciones del territorio que existen y para afrontar los retos ambientales²⁹.

El planteamiento que hemos expuesto no es predicable sólo de los Estados Unidos. De hecho, el sector que insiste en tomar medidas contra la dispersión territorial suele reclamar la presencia de un poder central fuerte, que reconduzca la cortedad de miras de los niveles locales. En Estados Unidos, la cuestión es también interesante porque las políticas de protección del medio ambiente han sido tradicionalmente impulsadas desde el nivel federal y de los estados federados, mientras que el land use es un asunto local. Veámoslo con mayor detenimiento. Antes de ello, recordaremos que el principal problema con el que se ha encontrado últimamente la Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial salvadoreña ha sido la cautela de COMURES de cara a asegurar el respeto a la autonomía local e incluso la estabilidad departamental (que la Ley respeta, aunque pretenda introducir la noción de regionalización).

29 Ibid

2.3. ¿Qué hacemos con el zoning?

2.3.1. La concreta clasificación y calificación del suelo a través de zoning ordinances

Prácticamente, todos los Estados cuentan con leyes sobre urbanismo y ordenación territorial –Land Use Planing Act o Local Planning Act³⁰. A menudo, estas leyes habilitan u obligan a las entidades municipales a elaborar instrumentos de planeamiento. En muchos casos, el mismo estado fija sus objetivos de planeamiento territorial a través de los denominados Statewide planning goals (ésta es la nomenclatura adoptada por el Estado de Oregon). Estos elementos sirven de contexto al planeamiento municipal y supramunicipal.

Ahora bien, aparte de estos esfuerzos crecientes en las técnicas de ordenación global del territorio, lo cierto es que el grueso del planeamiento recae en Estados Unidos en los municipios (o bien, en muchos casos, en las entidades reguladoras de áreas metropolitanas u otras de carácter supramunicipal). Siguiendo la clasificación efectuada por MORENO³¹, debemos aludir en primer lugar a los instrumentos de planeamiento global o estratégico. Incluiremos entre ellos al Master Plan o General Plan, que vinculará a los planes subsiguientes, pero que, en general, no tiene efectos jurídicos vinculantes sobre las situaciones jurídicas individualizadas de los particulares³². Esta eficacia se reserva a las zoning regulations u ordinances, que veremos posteriormente.

Además del Master Plan, puede existir el Official Map (o fundirse en uno o bien, como ocurre en muchos casos, no haberse aprobado ninguno de ellos). El Official Map se dirigiría a la previsión de las infraestructuras y de los sistemas generales³³.

Las zoning ordinances son los instrumentos de mayor concreción, que se encargan de lo que en España denominamos clasificación y calificación

30 MORENO MOLINA, A. M., Op. cit., p. 521

31 Ibid., pp. 533- 534.

32 Conocemos un ejemplo de ello en la legislación salvadoreña. En concreto, en el Esquema Director del Área Metropolitana de San Salvador, regulado en los artículos 13 y ss. de la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los municipios aledaños (en adelante, LDOTASS).

33 En el ordenamiento metropolitano salvadoreño, se trataría de los Planes Sectoriales de Inversión Pública, de Vivienda, de Educación, Salud, Transporte, Agua Potable y Alcantarillado, Energía Eléctrica y Comunicaciones concertados en el CODEMET y previstos en los arts. 13 y ss. de la LDOTASS.

urbanística del suelo, delimitan sectores o polígonos (districts), asignan usos permitidos y excluidos (permissible uses), etc. Afectan a todo el territorio municipal –comprehensive zoning- o sólo a determinadas áreas o sectores del suelo urbano. Hemos de aludir también a las subdivisions regulations, que ordenan áreas o polígonos de urbanización futura. Por último, las building regulations tratan aspectos como las normas técnicas de edificabilidad, altura y volúmenes, habitabilidad, etc.³⁴.

Como hemos dicho, las zoning ordinances (o también, a menudo, instrumentos superiores de planeamiento como el Master Plan) proceden a la clasificación del suelo. Para ello, se divide primero el espacio físico en districts y, a cada unidad, se le impone la clasificación de urban land o bien farmland o rural land. Además, la zoning ordinance ya procede a la calificación del suelo y a las determinaciones de los usos: residential use, residential districts, business use, industrial use, etc. A veces, no obstante, los usos son concretados en instrumentos de ordenación específica y de detalle, como las Cluster Zones y los Planned Unit Development. Añadiremos, por último, que se permite el cambio de calificación o zoning amendment a través del procedimiento establecido al efecto. En conclusión, la clasificación y calificación del suelo son los instrumentos claves para decidir el tipo de ciudad y, salvo que vacíen absolutamente el contenido económico de la propiedad, no generan derecho a indemnización en favor del propietario.

No podemos acabar esta breve introducción al zoning sin citar la importante sentencia *Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 US 365 (1926), en la cual el Tribunal Supremo declaró la constitucionalidad de la clasificación y calificación integrales del espacio urbano. Este fallo llegó a dar su nombre a la propia técnica de zonificación global: Euclidian Zoning. Para SAKOWICZ, esta sentencia constituye una de las actas fundacionales de la emergencia del land use planning³⁵

2.3.2. El zoning como estimulador de la urbanización difusa

Hasta ahora, hemos expuesto una versión aséptica y sintética del sistema americano de ordenación urbanística. Ahora bien, ya en relación

34 Sobre esto, me remito a MORENO, Op. cit. p. 533.

35 SAKOWICZ, J. C., Op. cit., p. 390.

con nuestro tema, no podemos soslayar que varios autores han señalado que el zoning ha acabado fomentando el sprawl.

Dentro de estas corrientes críticas, hemos de citar en primer lugar a SAKOWICZ. Este autor nos recuerda que, en el sistema norteamericano, la autoridad o competencia para regular las calificaciones y usos urbanísticos deriva del state's police power to protect the public health, safety, and general welfare. Ahora bien, desde que los gobiernos estatales o federados delegated su poder de policía y competencia de planeamiento a las municipalities y a los counties a través de la state enabling legislation (norma de habilitación), los gobiernos locales determinan las restricciones y las regulations de usos dentro de sus límites. Se ha producido, pues, una abdication of zoning power to local governments³⁶. Estamos ante una manifestación fuerte del municipalismo norteamericano, que ya había llamado la atención a Tocqueville en el siglo XIX.

En la mayor parte del siglo XX, la regulation of land use fue confiada a las local ordinances, que se encargaron de restringir the type of land use y la densidad de cada parcela. A las municipalities les correspondía determinar el uso de los terrenos como residential, commercial o industrial zones. La regulación de la densidad, en definitiva, era una cuestión local a través de exigencias tales como la medida mínima de la parcela, la altura de las edificaciones o incluso la exigencia de retranqueos o límites a la superficie edificable en cada finca³⁷.

Un primer intento de unificación vino con la aprobación de la State Zonning Enabling Act (o SZEAE) en 1926, el otro gran hito –junto a la Sentencia Euclid– en el nacimiento del land use planning. La SZEAE disponía una serie de guidelines para regular la competencia urbanística de los gobiernos locales. Por ejemplo, cómo debía establecerse la división en distritos y la configuración de standards, los procesos de reforma y las solicitudes y otros procedimientos administrativos. Las regulations and restrictions of land tenían que elaborarse de acuerdo con un comprehensive plan y debían dirigirse, entre otros aspectos, a evitar la congestión en las ciudades, favorecer la salud y el bienestar general, evitar la indebida concentración de población, facilitar las adecuadas provisiones de transporte, agua, alcantarillado, depuración, escuelas, aparcamientos y otras exigencias públicas. Se establecía también un posible proyecto o esquema

36 Ibid., pp. 384- 385 y 390- 393.

37 Ibid., p. 391

para que los gobiernos locales organizaran adecuadamente su estructura orgánica de decisión reguladora sobre el territorio.

Ahora bien, lo cierto es que muchas de estas nociones eran excesivamente vagas³⁸. Además, en ciertas jurisdicciones los gobiernos locales disponían de competencias efectivas suficientes para eludir los requerimientos del comprehensive plan. Es decir, en conclusión, esta ley no cuajó como sistema de unificación y la delegación del zoning power al nivel local ha creado problemas desde el punto de vista regional, ya que ha predominado el self-interest localista. ¿A qué problemas se refiere la doctrina? En concreto, a la balkanization, al desarrollo de usos incompatibles entre sí en las fronteras municipales y en la duplicación innecesaria de las infraestructuras de interés público. Todo ello, además, en un marco de incomunicación efectiva entre los gobiernos locales, regionales y estatales.

Por otra parte, es evidente que los ciudadanos de estas unidades locales han intentado jugar a favor de las mejores condiciones ambientales para sus viviendas y han apoyado a las autoridades que aprueban planes que les convienen o que modifican los existentes. Sobre este punto, el lector salvadoreño puede observar en el art. 27 de la LDOTASS una interesante institución de propuesta de los particulares para elaborar un plan parcial con modificaciones expresas al Plan Metropolitano de Desarrollo y Ordenamiento Territorial.

El resultado final es que las zoning laws y la subdivision regulations han servido directamente para crear territorios de baja densidad que han favorecido al single-family residential use y que han asegurado su alejamiento del resto de usos.

A esta situación se ha llegado también a causa del tax law originado en los Colonial times. En efecto, las leyes de agregación e incorporación municipal del siglo XIX permitieron la creación de pequeños municipios fiscalmente ineficientes que fueron rodeando a las principales metrópolis en número de docenas y a veces de cientos. El sistema colonial de impuestos sobre la propiedad había sido diseñado para financiar servicios públicos en una economía básicamente agraria. Ya en el siglo XX, los municipios se encuentran con una financial structure que dependía de los valores de los inmuebles. Estos podían incrementarse convirtiendo espacios abiertos en terrenos de de-

38 Ibid., p. 392.

velopment o urbanización³⁹. En este punto, conviene recordar que el sistema inmobiliario local se basa en un impuesto general sobre los inmuebles rústicos y urbanos (land tax) y las special assessment (equiparables a las contribuciones especiales⁴⁰, de acuerdo con el resumen que nos proporciona MORENO⁴¹).

El sprawl, pues, lleva a una crisis fiscal de la metrópolis central. A ésta le es imposible sostener los servicios públicos y su deterioro obliga a nuevos aumentos impositivos, lo cual estimula las siguientes huidas de inversiones y alojamientos. La dispersión se impone: "by 1990, the typical metropolitan area consisted of a central metropolis surrounded by several rings of suburban government and seemingly countless municipal governments"⁴². En conclusión, se considera que la carte blanche zoning power atribuida a los municipios es una de las causas fundamentales del sprawl. La zonificación ha sido manipulada con objetivos fiscales y se ha exagerado el aislamiento de los diferentes usos, especialmente con el alejamiento de los industriales y de los comerciales. El centro del sistema ha sido un new purely residential development. En conclusión, "as America became more metropolitan and fragmented, municipal government became more suburban, inefficient and costly"⁴³.

Parecidas ideas pueden leerse en LUCY y PHILLIPS (2006: 333), que indican que el sistema de ordenación urbanística ha sido entregado a un exceso de actores locales que han operado de forma desconectada y voraz a la búsqueda del aumento de su propia base fiscal.

ARNOLD también ha recogido en sus páginas la corriente que concluye que "the tax regulatory patterns generated by local governments have caused unplanned sprawl"⁴⁴. Añade, incluso, que otros autores han advertido en el uso del zoning una deliberada voluntad de segregación clasista o racista.

Estaríamos, pues, ante un sistema fragmentado y caótico, carente de una visión global coherente. Ahora bien, como el mismo ARNOLD nos avisa, "the land use regulatory system is a system of "regulatory patches" that are

39 *Ibid.*, p. 384.

40 La contribución especial grava el aumento de valor producido en concretas fincas a causa de determinadas obras o servicios públicos.

41 MORENO MOLINA, A. M., *Op. cit.*, p. 545.

42 SAKOWICZ, J. C., *Op. cit.*, p. 384.

43 *Ibid.*, p.385; LUCY, W. H. y PHILLIPS, D. L., *Op. cit.* p. 333; Parecidas ideas pueden leerse en LUCY y PHILLIPS, que indican que el sistema de ordenación urbanística ha sido entregado a un exceso de actores locales que han operado de forma desconectada y voraz a la búsqueda del aumento de su propia base fiscal.

44 ARNOLD CRAIG, A., *Op. cit.*, p. 442.

located in the United States primarily at the local level of governance and decision making, but operate in the shadows of: a) the super-dominance of private control of land, and b) overlays of federal land state land use regulations"⁴⁵. Es decir, los actores privados y las normativas estatales y federales inciden poderosamente en el nivel local de gobierno y decisiones urbanísticas.

2.3.3. Instrumentos fiscales y asunción de indirect costs por el urbanizador como freno a la dispersión

En el epígrafe siguiente examinaremos, precisamente, el papel del nivel federal en la expansión del sprawl. Ahora bien, antes de examinar esa acción institucional a lo largo de la historia reciente y sus perspectivas, quizá convenga decir algo más desde el punto de vista de la técnica jurídico-urbanística. HALL ha profundizado en el problema y ha comparado el sistema americano con el sistema inglés, con los ojos puestos en el por qué del peculiar sprawl⁴⁶. Nos advierte, en primer lugar, que el centro del sistema americano de land-use control no es el planning, sino el zoning. Pero ambos están formalmente separados. El zoning es administrado por una comisión local establecida por la autoridad local, no está conectado con un plan superior (si existe) y se configura esencialmente como mecanismo limitado que controla de forma negativa (no previsor) los cambios en los usos de los terrenos. Es, además, por definición, un sistema que favorece la segregación de usos.

Dicho esto, HALL nos advierte que estamos ante un instrumento que, en la práctica, no puede parar completamente al promotor. Éste tiene derecho a un provecho económico a través del development. El zoning se fundamenta en el police power, que permite la aprobación de normas restrictivas ante la existencia de un interés público sanitario, de seguridad o de bienestar. Eso es todo. Pero, "by definition, it could not easily protect open countryside against development". Esta protección integral sólo sería posible con la compra de los terrenos para la creación de un "national or state park or similar facility"⁴⁷.

En definitiva, siguiendo al mismo autor, si el propietario o el prospective developer son suficientemente persistentes, obtienen normalmente las modificaciones que desean. Y concluye que con un planning inefectivo y

45 Ibid. pp. 446- 447.

46 HALL, P., Op. cit., pp. 205- 206.

47 Ibid.

un semi-effective zoning, los controles sobre el crecimiento urbano son más débiles en Estados Unidos que en Gran Bretaña o en otras partes de Europa. Los promotores y los propietarios "are still sovereign in a way that in Britain they are not".

Sin embargo, el mismo autor da cuenta de algunos intentos legales iniciados en los años setenta para controlar el crecimiento. Por ejemplo, las growth control ordinances de California (en las que la clave es un pacto de crecimiento con los constructores, incluyendo un porcentaje de viviendas de moderately priced category). Otra técnica ha sido la exigencia de parcelas mínimas para la edificación con una larga extensión (por ejemplo, 16 hectáreas o más). Ha de citarse también la reducción de la tax property a los propietarios agrícolas que durante un cierto tiempo (por ejemplo, 10 años) protegiesen su terreno de futuras urbanizaciones. Durante los años ochenta, pues, parece que uno de los dispositivos preferidos para evitar el crecimiento indeseado fueron las técnicas fiscales o bien la imposición de ciertos costes a los developers o promotores. En concreto, el pago de los indirect costs causados por la urbanización (carreteras locales, escuelas...).

Sobre este último punto, puede ser útil apuntar la información general sobre las obligaciones de cesión del urbanizador que nos suministra⁴⁸. El principio general es que el promotor (subdivider) ha de ceder los suelos para dotaciones y costear las operaciones de modificación física del suelo para cumplir con los requisitos que le impone la subdivision regulation o ordinance. Hecho esto, el municipio aprueba la urbanización y se produce la annexation (integración efectiva en el suelo urbano). El conjunto de estos deberes recibe el nombre de exactions.

Ahora bien, las exactions deben estar permitidas por la Ley de habilitación (Enabling Act) y, por lo tanto, integradas en las facultades y potestades delegadas al municipio. No pueden ir más allá de lo "razonable" y no pueden convertirse, pues, en un taking o expropiación sin justificación y sin compensación. Esta cuestión es controlada por los tribunales y conecta con la defensa del estatuto del propietario inmobiliario (que ya comentamos en la introducción).

En este punto, debemos decir que la jurisprudencia ha admitido las traditional exactions (operaciones físicas de acondicionamiento y realización de infraestructuras). Éstas quedan dentro del police power del municipio.

48 MORENO MOLINA, A. M., Op. cit., p.539.

Evidentemente, pueden surgir aquí problemas de proporcionalidad o razonabilidad (rational nexus) pero, en ocasiones, los tribunales han fallado a favor de que esas cargas incluyan las necesarias previsiones de futuras actuaciones urbanísticas colindantes (por ejemplo, infraestructuras adecuadas al previsible aumento de población por expansión posterior del ámbito urbanizado).

Debemos referirnos también a las non-traditional exactions (cargas u obligaciones no tradicionales o no acostumbradas). Se incluyen en esta noción las cesiones de suelo para la construcción de parques, áreas recreativas, escuelas y otros edificios públicos. Se ha discutido si estas actuaciones constituían un taking sin indemnización. Según parece, ha habido fallos de distinto tipo, aunque en muchas ocasiones se han incluido dentro del legítimo police power. También ha sido objeto de discusión el pago de los off-site improvements. Esto es, las infraestructuras públicas preexistentes situadas fuera de los límites físicos de la actuación. Los tribunales han controlado la proporcionalidad de la carga o cesión y la presencia efectiva de necesidades futuras⁴⁹.

En conclusión, con la atribución a los promotores y propietarios de las cargas –incluso externas al ámbito– que, de modo real, pueda provocar el sprawl, podría obstruirse su crecimiento indeseado. Pero serán los Tribunales, probablemente, los que decidan si esta imposición de exactions implica, o no, una confiscación efectiva y, por tanto, ilícita.

2.4. Una vieja historia: el gobierno federal siempre ha condicionado el uso del territorio. ¿Fue él el gran culpable?

Como ha indicado RYLANDER, el gobierno federal o central ha jugado un papel mucho más importante de lo que a veces se piensa en la materia del land use policy⁵⁰. Opina este autor que, actualmente, la land use regulation está enormemente centralizada y los gobiernos locales ya no son la entidad regulatoria predominante. En concreto, “regional, state, and federal agencies have an increased presence in land use restrictions” (p.283)⁵¹.

De hecho, ya en la primera mitad del siglo XIX el Congreso aprobó una enorme cantidad de land laws que iban desde el tamaño de las parcelas vendibles hasta la regulación de precios, pasando por varios aspectos de los

49 Vid. MORENO MOLINA, A. M., Op. cit., p. 542, y las sentencias allí citadas.

50 RYLANDER, J. C., Op. cit., pp. 282 y ss.

51 Ibid., p. 283.

créditos inmobiliarios. La expansión territorial, pues, se consideró un objetivo nacional.

Ya en el siglo XX, deben destacarse los importantes programas federales para el aumento de las infraestructuras de riego y de energía hidroeléctrica. Igualmente, los New Deal programs de Roosevelt expandieron intensamente el rol federal en el desarrollo regional. Esto afectó a diversas políticas que iban desde la regeneración de los ríos hasta el fomento de la construcción de pequeñas ciudades bajo nuevos criterios urbanísticos, pasando por la lucha contra la erosión del suelo. El compromiso federal de apoyo y configuración de planning estatal y metropolitano con ciertos parámetros inducidos se hizo más patente con la Housing Act de 1954. Ya en los años setenta del siglo veinte, proliferan los federal planning programs y condicionan financieramente la acción sobre el territorio de los entes inferiores (con el importante descenso, no obstante, producido bajo la Administración Reagan).

Por otra parte, MORENO nos ha recordado la promulgación por el Congress de diversas leyes que han incidido en al ámbito urbanístico. Por ejemplo, la Ley de 12 de octubre de 1977 –National Urban Policy-, la Housing and Community Development Act (del año 1974 y cuyo objeto era la vivienda comunitaria), la National Environmental Protection Act (1969), la Clean Water Act (1977), la Clean Air Act (de 1967, modificada en varias ocasiones, etc. Especial relevancia tiene también la legislación federal en materia de parques nacionales (National Parks) o de protección del litoral –coastal management-⁵². Todo ello hace que la doctrina norteamericana puede hablar ya de un auténtico Federal land use law.

Lo anterior se complementa con un importante auxilio financiero de la Unión a numerosas actividades y proyectos de uso del suelo –federally financed projects- o con el dato de que la Unión gestiona, conserva y ordena una propiedad de suelo muy extensa⁵³.

Ahora bien, todo lo anterior palidece si lo comparamos con la acción del gobierno federal en la implantación de infraestructuras de transporte y en las políticas de apoyo a los préstamos hipotecarios para adquisición de viviendas. Ambos transformaron la faz del territorio norteamericano, como ya observaron la mayoría de urbanistas norteamericanos. Veámoslo con más calma.

52 Vid. MORENO MOLINA, A. M., Op. cit., p. 519- 522.

53 Ibid.

Según RYLANDER, "federal transportation policies, designed almost exclusively to accommodate the automobile, greatly exacerbated sprawl"⁵⁴. Desde 1916, con la aprobación de la primera Federal Road Act, el gobierno federal se compromete económicamente en la creación de carreteras y autopistas, primero a nivel local y luego ya en una national network. Posteriormente, ya en 1956, el Congreso aprueba la Interstate Highway Act, que supuso un extraordinario aumento en la construcción de nuevas expressways. El gobierno federal proveyó el noventa por ciento de los fondos necesarios, con lo cual los estados se limitaron a aportar el diez por ciento restantes.

Después de la Gran Depresión y su secuela de quiebras bancarias, el Congreso, bajo el mandato de Roosevelt, creó la Federal Housing Administration, que inició una intensa tarea dirigida a facilitar los préstamos hipotecarios (firmando incluso como avalista), logrando un indiscutible éxito en la reducción de los intereses y en la extensión del plazo de devolución (que pudo situarse pronto en treinta años). El porcentaje de impagados se redujo drásticamente. Además, como luego ya ha ocurrido en muchos países, el mortgage interest fue calificado como deducción impositiva. El éxito tuvo su continuación con los programas de la Veterans Administration para la adquisición de viviendas a bajo costo por parte de los soldados que habían intervenido en la segunda guerra mundial.

En consecuencia estas acciones del gobierno federal hicieron que fuese posible "the American dream of single-family home-ownership"⁵⁵. La misma fuente advierte que sólo se fomentaron los "new single-family homes". Su preocupación no se dirigió a la rehabilitación de las viejas viviendas o a la reforma global de los barrios preexistentes. Por el contrario, se volcó en los nuevos crecimientos y forzó una política que, según se afirma, contribuyó a la larga al declive de los centros urbanos, a la huida de las clases medias y al aislamiento de las minorías. Todo ello muestra la acumulación de "tremendous federal subsidies for suburban development".

En definitiva, para una importante corriente de juristas y geógrafos, el suburban sprawl no es simplemente el producto de libres elecciones individuales en un sistema de libre mercado, sino la única opción económicamente racional. Por tanto, se propone una acción federal seria y

54 RYLANDER, J. C., Op cit p 285.

55 Ibid., p 286.

sostenida de cara a modificar el actual land use y conducirlo hacia mecanismos más respetuosos con el medio ambiente. Pero estos programas federales han de enfrentarse a las reglas constitucionales norteamericanas. Lo veremos en el siguiente epígrafe.

2.5. ¿Puede ser el federal revival un freno a las iniciativas contra la ciudad dispersa?

Las cuestiones vistas en el epígrafe anterior nos plantean un punto que ya anticipamos anteriormente y que sólo vamos a exponer resumidamente. Estados Unidos ha vivido en las últimas décadas un renovado interés por el federalismo y por la reinterpretación de la Décima Enmienda⁵⁶. El tema ha sido estudiado entre nosotros por BALLBÉ y MARTÍNEZ, que han analizado la interpretación del federalismo norteamericano realizada por la Corte Suprema a partir de 1991. Una breve reflexión puede sernos útil porque es muy común que los partidarios de políticas anti-sprawl reclamen una acción legislativa y financiera que provenga de los niveles centrales de gobierno, de un centro de poder que encauce la dispersión de los inferiores. Un gran número de autores norteamericanos defienden, sin embargo, las virtudes del sistema federal y descentralizado con diversos argumentos: mayores posibilidades para la participación política, facilidad en el control de los abusos de los gobernantes y en la rendición de cuentas, oportunidades para llevar a cabo políticas innovadoras e incluso experimentales, competencia entre las políticas locales combinada con las posibilidades electivas de los ciudadanos, etc.⁵⁷.

Ahora bien, lo cierto es que durante las dos últimas décadas las leyes federales de protección del medio ambiente (especialmente, en el control de la polución) se han justificado en la existencia de ciertos defectos en los ámbitos locales y estatales de gobierno. En concreto, su incapacidad económica y técnica o su "captura" por las presiones de la industria local. RYLANDER admite que las recientes decisiones del Tribunal Supremo han supuesto una corriente favorable a la recuperación del ámbito de poder de los estados. Ahora bien, considera que las subvenciones y los incentivos son

56 La Tenth Amendment dispone lo siguiente: "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people."

57 BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., Soberanía dual y Constitución integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana. Ed. Ariel, Barcelona, 2003, p. 61

admisibles bajo la actual interpretación jurisprudencial de la spending clause⁵⁸.

La decisión del Tribunal Supremo *United States v. López*⁵⁹ supuso el fin de la prácticamente ilimitada autoridad del gobierno federal para regular bajo la Commerce Clause. Esta decisión anuló la Gun Free Schools Act de 1990, que castigaba la posesión de armas de fuego en un ámbito de 1000 pies alrededor de una escuela. En palabras de BALLBÉ y MARTÍNEZ, estamos ante el “desarme de medio siglo de interpretación permisiva y extensiva de la Cláusula de Comercio⁶⁰”. Esta cláusula permitía al Congreso legislar sobre una determinada materia si afectaba al comercio interestatal.

No obstante, esta sentencia sólo proscribió una “herramienta de regulación”. En concreto, la capacidad del Congreso de requerir o commandeer a las autoridades y funcionarios estatales para regular en nombre de ellos. Se ha apuntado que ésta y otras decisiones impiden al Congreso directly commandeer los procesos legislativos estatales, pero pueden ser empleados otros medios para obtener sus objetivos. En efecto, el Tribunal Supremo ha desarrollado la doctrina anticommandeering, según la cual el Congreso no puede ordenar a la Administración de los estados que ejerza funciones y reciba órdenes federales⁶¹. Es decir, los Estados no pueden ser instrumentos de actuación administrativa forzosa de las políticas de la Federación. Esto no excluye, no obstante, fórmulas de colaboración voluntaria. Pero lo que ha de quedar claro es el poder que está actuando y de quién es la responsabilidad de la opción que se impone.

Especial interés tiene también aquí la Spending Clause. El artículo I de la Sección 8 de la Constitución da al Congreso el amplio poder de “provide for the common Defense and general Welfare of the United States”. Este spending power no es una cláusula ilimitada, sino que debe cumplir ciertos parámetros⁶², con apoyo en la sentencia *South Dakota v. Dole*⁶³, las siguientes:

58 RYLANDER, J. C., Op. cit., p.289.

59 514 US 549 (1995).

60 BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., Op. cit., pp. 61-76.

61 Ibid., p. 91- 104.

62 RYLANDER, J. C., Op. cit., p. 291.

63 *South Dakota v. Dole*, 483 US 203.207 (1987). En esta sentencia, el Tribunal Supremo aceptó la constitucionalidad de un federal statute que conectaba una parte de los fondos para la construcción de autopistas a la limitación que debían imponer los estados en la venta y posesión de alcohol. El interés nacional en juego era, precisamente, la seguridad en la autopista.

- El poder de gasto del Congreso ha de dirigirse a la persecución efectiva del “general welfare”.
- Las condiciones que, en su caso, se ligen a la recepción de fondos federales, deben ser claras y no ambiguas. Además, estas condiciones deben estar relacionadas con los intereses federales que se persiguen con el programa.
- Además, deben cumplirse otras limitaciones constitucionales que, en su caso, pudieran existir.

En definitiva, se trata de que la “inducción financiera” ofrecida por el Congreso no implique la pura compulsión.

En este debate, se cita a menudo también el Conditional Federal Spending. Con esta técnica, el Congreso provee fondos a los estados con la condición de que usen el dinero recibido para alcanzar las prioridades federales. Ordinariamente, el Tribunal Supremo ha considerado que los conditional spending programs no vulneran la Décima Enmienda, siempre que los estados tengan la posibilidad de optar por excluirse de sus previsiones RYLANDER precisa que el Tribunal Supremo no ha declarado inconstitucional la subvención condicional dirigida a los estados o a los gobiernos locales⁶⁴.

Las anteriores precisiones eran necesarias porque la corriente de pensamiento que estamos describiendo suele basarse en la idea, que ya hemos anticipado, de que sólo una acción central (coercitiva o colaboradora) puede corregir la insaciable diseminación localista. En palabras de RYLANDER, “federal solutions are needed”. Y esto se justifica aún más teniendo en cuenta la serie de programas federales que han fomentado, a lo largo de la historia, el “poor land use”⁶⁵.

El punto de partida, no obstante, es que el gobierno federal no debería (y, probablemente, no podría) atentar contra el “national zoning regime”. Se admite, pues, que muchas decisiones relevantes deben ser tomadas a nivel local. Ahora bien, los gobiernos federales y el estatal pueden jugar un papel decisivo con su asistencia técnica, con el establecimiento de guidelines o parámetros de actuación y con el apoyo financiero.

64 RYLANDER, J. C., Op. cit., p. 295.

65 Ibid., p. 298.

2.6. Por sus frutos los conoceréis: hitos legales y administrativos para atajar el *sprawl*

2.6.1. Sustainable America

En 1993 se establece, como foro de diálogo para el “growth management”, el “President’s Council on Sustainable Development” (PCSD)⁶⁶. En los años 1996, 1997 y 1999 elaboró unos relevantes informes en torno al concepto de Sustainable America⁶⁷. En el último de ellos, *Towards a Sustainable America: Advancing Prosperity, Opportunity, and a Healthy Environment for the 21st Century*, de mayo de 1999, se mantiene el objetivo institucional reiterado de “contener el *sprawl*” (que ya había sido afirmado en los primeros documentos de 1996)⁶⁸. Igualmente, se considera que deben superarse los límites de las “jurisdicciones artificiales” y tender hacia soluciones regionales⁶⁹. Todo el documento, no obstante, expira una voluntad de colaboración entre los diferentes niveles de gobierno (federal, estatal, local y también –lo cual es relevante en ciertas zonas- “tribal governments”) y, además, con el sector privado. La idea predominante es el desarrollo estratégico, la planificación *soft* que genera sinergias, el apoyo técnico a los implicados, el establecimiento de objetivos que pueden acometerse en un marco de libre elección de instrumentos.

En la misma línea y similares fechas, diversos programas de la relevante Environmental Protection Agency (EPA) intentan idénticos objetivos. Por ejemplo, se estableció la “Smart Growth Network”, que juntó a planificadores, funcionarios gubernamentales, promotores y activistas en la promoción de un “responsible land use”⁷⁰. Entre los programas que más nos afectan, este

66 Esta comisión realizó sus trabajos entre los años 1993 y 1999.. Sus publicaciones son accesibles en su web: <http://clinton2.nara.gov/PCSD>. Desde el año 1996 hasta el 1999 elaboró varios informes en torno a la idea de Sustainable America. El Presidente Bush, no obstante, ha trabajado posteriormente a través del Council on Environmental Quality. En este caso, como es bien sabido, la cuestión del cambio climático y la propia política norteamericana al respecto parecen ocupar el centro de sus preocupaciones.

67 En concreto, *Sustainable America: A New Consensus for Prosperity, Opportunity, and a Healthy Environment for the Future* (febrero de 1996), *Building on Consensus: A Progress Report on Sustainable America* (enero de 1997), *The Road to Sustainable Development: A Snapshot of Activities in the United States of America* (marzo de 1997) y el último de ellos *Towards a Sustainable America: Advancing Prosperity, Opportunity, and a Healthy Environment for the 21st Century* (de mayo de 1999). Todos ellos se pueden obtener en la web citada en la nota anterior.

68 p. 58 del informe. La idea de “control adecuado del desarrollo territorial” para evitar el *sprawl* se reitera en p.59.

69 P.59 del informe.

70 RYLANDER, J. C., *Op. cit.*, p. 299.

último autor trae a colación el Sustainable Development Challenge Grant, que en 1998 otorgó más de 5 millones de dólares a los gobiernos locales en materias de regional governance y transporte metropolitano. El 2 de febrero de 1999, el mismo año de American Beauty, la EPA organizó la Conferencia New England "Smart Growth" en Boston (con participación de más de 400 promotores, planificadores y líderes cívicos). Su programa⁷¹ sigue el planteamiento ortodoxo del pensamiento "anti-sprawl". Se afirma, en concreto, que "all across America, communities are wrestling with unplanned and unchecked development, a trend that is proving to be environmentally damaging, fiscally expensive and socially disruptive"⁷².

2.6.2. Un sistema de transporte plural

Podrían encontrarse otros programas o leyes impulsados por el Gobierno federal con una filosofía similar a la que hemos observado en el epígrafe anterior⁷³. Ahora bien, los doctrinarios de la lucha contra la dispersión pusieron desde el primer momento un enorme interés en la cuestión del transporte. El punto de partida era, precisamente, la idea de que había sido el congressional spending el que había espoleado la construcción de la red de carreteras y autopistas. La consecuencia, en palabras de RYLANDER, es que "el transporte colectivo es ineficiente sólo porque el entero sistema americano de transporte ha sido diseñado para acomodarse al automóvil"⁷⁴. Esto explica el aplauso con el que recibieron la probablemente primera norma a nivel de Derecho comparado que se propone expresamente reequilibrar los sistemas de transporte. Se trata de la Intermodal Surface Transportation Efficiency Act of 1991 (ISTEA). Hoy nos puede parecer que gran parte de sus objetivos ya han sido asumidos por las leyes de varios países (o por las grandes líneas de transporte de la Unión Europea).

71 La convocatoria puede consultarse en la web site oficial de la EPA.

72 La elección de New England se justificaba en la gravedad del problema en una región que está perdiendo más de 1200 acres de espacios abiertos cada semana, que pasan a ser urbanizados, mientras que, al mismo tiempo, cientos de miles de acres de antiguos inmuebles industriales en áreas urbanas continúan vacantes.

73 Por ejemplo, la temprana Coastal Zone Management Act de 1972, luego seguida por otras normas como la Coastal Barriers Resources Act en 1982. Igualmente, puede citarse, en materia de vivienda y recuperación de la inner city, el Location Efficient Mortgage Program, lanzado en 1998 con la colaboración de la EPA. Esto ha hecho aparecer, por cierto, la cuestión de la adecuada coordinación de los programas en una estrategia correcta de desarrollo.

74 RYLANDER, J. C., Op. cit., p. 300.

Pero en 1991 supusieron una auténtica ruptura con la manera de entender la política pública de transporte en Estados Unidos. En primer lugar, su objetivo⁷⁵ consistía en el desarrollo de una “sistema nacional de transporte intermodal de superficie”. Es decir, no se renunciaba a la autorización y financiación de carreteras y autopistas pero, en el mismo nivel, se situaban como objetivo la seguridad de esas vías y el desarrollo de programas de transporte colectivo (que bajo la administración Clinton-Gore se beneficiaron de un importante aumento de financiación). Se buscaba la eficiencia económica y también la corrección ambiental (con expresa referencia a la polución del aire y a la reducción del consumo de energía). Se querían cubrir también otros objetivos sociales que luego han formado parte del catecismo de la movilidad sostenible: “mobility for elderly persons, persons with disabilities, and economically disadvantaged persons in urban and rural areas of the country”. Estos puntos son capitales, por cierto, para la realidad salvadoreña.

No podemos entrar ahora en los medios que ponía la Ley para lograr tales objetivos. En síntesis, los conceptos clave eran los de interconexión (rebajando la preeminencia del automóvil) y los de una cierta confianza en las nuevas tecnologías (con cita expresa en la ley de la levitación magnética o de los “vehículos inteligentes”). Por supuesto, se pone a disposición de los estados en el cumplimiento de los objetivos indicados un generoso volumen de fondos.

La estrella del sistema de transporte seguía siendo el National Highway System, pero se consideraba que éste debía servir principalmente a los major population centers y que, además, debía conectar con instalaciones de transporte público y de transporte intermodal, además de puertos, aeropuertos, etc. (Sección 1006). La Ley llegó a referirse incluso al transporte en bicicleta y a los pedestrian walkways, para su adecuada conexión con el resto de la red. Para el ferrocarril se preveía una modernización específica y la instalación de high speed rail corridors⁷⁶.

Uno de los puntos fuertes de la norma fue la conexión de la planificación del transporte con otros planes públicos (territoriales, ambientales, etc.). Digamos, por último, que los planteamientos de la Ley expuesta fueron mejorados por la Transportation Equity Act for the 21st Century, que fue aprobada en junio de 1998.

75 Pueden leerse estas finalidades en la Sección segunda del Título preliminar de la Ley.

76 Pasos que, posteriormente, fueron seguidos en Europa. La recuperación del ferrocarril parece, por cierto, una de las asignaturas pendientes en la realidad urbanística y territorial salvadoreña.

Revista Derecho
Publicación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
de la Universidad de El Salvador.
El tiraje consta de 500 ejemplares.
Imprenta Universitaria, 27 de junio de 2010

La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, es una unidad académica de educación superior en permanente cambio y desarrollo. Su compromiso es la formación de profesionales en Ciencias Jurídicas y Relaciones Internacionales, con elevada capacidad técnica-científica y énfasis en la formación ético-moral. Todo ello, encaminado hacia la construcción y consolidación de una sociedad democrática y un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

(Misión de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales).



Revista Derecho