

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 ZSÖGÖN, 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 vulnere 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*, 2^a 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.