

REVISTA



DERECHO PÚBLICO

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Departamento de Derecho Público

Junio de 2009. Año 1. No. 1

CONSEJO EDITORIAL

Director:

Dr. Henry Alexander Mejía

Equipo Colaborador:

Lic. José Luís Alberto Monge

Lic. Juan Carlos Castellón Murcia

Lic. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

Ing. René Mauricio Mejía

EDITORIAL

La Visión Ambiental del Capitalismo en el Siglo XXI

Lic. Juan Carlos Castellón Murcia

ARTICULOS ACADÉMICOS

I. *Breve comentario sobre la Libertad Sindical*

Lic. José Luís Alberto Monge

II. *Una Introducción al Derecho Ambiental salvadoreño*

Dr. Henry Alexander Mejía

III. *El Derecho Internacional de los Derechos y la Responsabilidad Penal de los Individuos*

Lic. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

EDITORIAL

LA VISIÓN AMBIENTAL DEL CAPITALISMO EN EL SIGLO XXI

La lucha entre los intereses de lucro de un grupo de empresas transnacionales y la supervivencia de la especie humana, se ha tornado una dramática realidad que en El Salvador se potencia a partir de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con USA. Es evidente la contradicción entre el carácter privado de la propiedad sobre los recursos naturales y los derechos de propiedad intelectual (DPI) y la esencia social, de los problemas que amenazan la supervivencia de la humanidad.

Desde cualquier posición ideológica, es evidente la contradicción entre el carácter privado de la propiedad sobre los recursos naturales y los derechos de propiedad intelectual (DPI) y la esencia social, ahora global de los problemas que amenazan a la humanidad.

Lo que en el pasado aprendimos como un teorema de economía política y como recurso metodológico para comprender las asimetrías sociales y las injusticias derivadas del hecho de que la producción fuera colectiva y la apropiación privada, se ha convertido en una tensión histórica que plantea problemas insolubles.

Los ejemplos abruma: la producción y el comercio de armas son negocios privados, aunque la paz entre las naciones y la seguridad ciudadana tienen carácter público; la ONU establece reglas estrictas para el trasiego de tecnología y combustible nuclear, vinculantes para los estados, pero no para las empresas privadas.

Las transnacionales farmacéuticas no son entidades filantrópicas y la muerte de millones de seres humanos víctimas de enfermedades curables, no es su problema, como no lo es tampoco el VIH-Sida, los medicamentos genéricos y las vacunas para las enfermedades de los pobres. El hambre no se debe a la escasez de alimentos ni a la falta de infraestructuras de distribución, sino a la vigencia de estrechos intereses mercantiles.

Tal vez la expresión más dramática de esas aberraciones históricas es el problema energético. La crisis energética amenaza al planeta y a todos los que viven en él, mas, el petróleo, el gas, el carbón y el uranio no son patrimonio de la humanidad, sino propiedad de países, empresas o individuos que pueden decidir qué hacer con ellos.

No obstante la claridad con que estos fenómenos se perciben, en lugar de abrirse paso una voluntad política que permita avanzar hacia soluciones visibles, se impone el enfoque neoliberal, defensor de una fiebre privatizadora y de una filosofía que reduce el papel del Estado, acentuando esa dramática realidad.

Poner en una balanza los intereses de lucro de un grupo de empresas transnacionales y la supervivencia de la especie humana, se ha tornado una dramática realidad. Esa dicotomía no ideológica, sino también global, nos pone ante la disyuntiva de decidir que queremos conservar: la bolsa de ellos o la vida de todos.

La mala noticia es que por tratarse de una contradicción que opera a nivel de toda la formación económica y social, es universal, válida para todas las esferas y para un largo

período de tiempo, no tiene solución en los límites de las nociones de gobernabilidad vigentes y en el marco de los actuales sistemas políticos.

A nivel de la razón lógica es evidente el desencuentro entre la magnitud global de los problemas y la ridícula escala en la que se pretende encontrar las soluciones. Los conceptos biosfera y humanidad son validos para identificar los desastres y prevenirlos, no para resolverlos.

Por otra parte, es obvia la irracionalidad de auspiciar acciones aisladas que pongan en manos de gobiernos ineficientes, corruptos o imperialistas, los recursos naturales de los que depende el destino del planeta. Tampoco existen organizaciones internacionales suficientemente democráticas, competentes y probas como para asumir la tarea. La experiencia de la ONU en la gestión del programa Petróleo por Alimentos en Irak es aleccionadora.

La humanidad, magníficamente culta y tecnológicamente competente, está atrapada en la mezquindad a que la ha conducido un sistema social afianzado en relaciones de producción, nociones ideológicas, ordenamiento jurídico y formas de gobierno esencialmente primitivas.

La criminal simpleza de un credo basado en la anarquía, la ganancia, el afán de lucro, el consumo irracional, era primitiva ya en el siglo XIX cuando Prohudon, Lassalle, Kaustki y Carlos Marx revelaron que una sociedad construida sobre esas bases era, a la larga inviable.

El capitalismo es una etapa histórica, imprescindible e incluso brillante de la evolución humana, pero cuyo fin último ya fue alcanzado y en el siglo XXI ya da las muestras de su deterioro y de su ulterior destrucción. De todos modos, los imperativos del desarrollo histórico terminarán por imponerse y la humanidad encontrará la lucidez necesaria para solucionar la crisis energética y el resto de los problemas globales que la amenazan. No es imposible. Las necesidades históricas son la palanca, los hombres de bien, el punto de apoyo.

Lic. Juan Carlos Castellón Murcia

ARTÍCULOS ACADÉMICOS

Breve comentario sobre la libertad sindical

José Luis Alberto Monge*

SUMARIO: 1. Consideraciones previas 2. Concepto de Libertad Sindical. 2.1 Niveles en que se ejerce la Libertad Sindical. 2.2. Dimensiones en que se ejerce la Libertad Sindical. 3. Componentes o Expresiones del Derecho de Libertad Sindical. 4. Instrumentos Internacionales que reconocen los Derechos Colectivos como parte de los Derechos Humanos. 4.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) 4.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966) 4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966) 4.5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) 4.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José" (22 de noviembre de 1969) 4.7 Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador" (17 de noviembre de 1988) 5. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativos a la Libertad Sindical. 5.1 Convenio (Nº 87) sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación. 5.2 Convenio (Nº 98) Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva. 5.3 Convenio (Nº 151). Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública. 6. La Libertad Sindical en El Salvador 6.1 Antecedentes Históricos 6.2 Reconocimiento de los Derechos Colectivos en la Legislación Interna en El Salvador. 6.3 La Libertad Sindical después de los Acuerdos de Paz. 6.4 Coyuntura Favorable para la Ratificación de los Convenios 7. Ratificación de los convenios de la OIT relativos a la Libertad Sindical 8. Declaratoria de inconstitucionalidad de la frase "*sin ninguna distinción*" del Art.2 del Convenio 87 9. Comentarios a la Sentencia de Inconstitucionalidad 63-2007/69-2007, del 16-X-2007 9.1 Comentarios Previos 9.2 Los motivos de inconstitucionalidad alegados 10. Reflexiones Finales.

1. Consideraciones Previas

El derecho de libertad sindical, conocido también como derecho de asociación profesional, derecho de sindicalización, o derecho de sindicación, es considerado actualmente a nivel universal como uno de los derechos humanos fundamentales¹; y de manera sencilla, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo define como aquel "derecho de los trabajadores (y trabajadoras) a organizarse en defensa de sus intereses"².

El profesor Gregorio Peces-Barba define los derechos fundamentales así: "Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte

* Abogado y Notario, Profesor Titular de Derecho Laboral y coordinador de la referida área

¹ Von Potobsky, Gerardo y Bartolomei de la Cruz, Héctor G. "La Organización Internacional del Trabajo". Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1990. Pág.211.

² Mesa permanente sobre la Situación Laboral en El Salvador de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. "Panorama General sobre el ejercicio de las Libertades Sindicales en El Salvador". San Salvador, 2004. Pág. 5.

a su desarrollo integral como persona en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”³.

Congruente con lo anterior, el derecho a la libertad sindical es entonces uno de los derechos básicos, indispensables y esenciales, para que los trabajadores puedan vivir con dignidad y alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad, cualquiera que sea la sociedad a la que pertenezcan.

El derecho de libertad sindical es, por otra parte, consubstancial a la democracia; es decir, se trata de un derecho de la substancia o esencia misma de la democracia.

Dicho en otras palabras, un Estado que se precie y autodenomine democrático, en verdad no lo es, si no tiene formal, real y plenamente garantizado para todos los trabajadores, públicos o privados, dependientes o independientes, el libre ejercicio del derecho de sindicalización.

2. Concepto de Libertad Sindical

El Maestro Guillermo Cabanellas de Torres, refiriéndose a este concepto, expone: “La libertad sindical o de asociación profesional puede enfocarse en dos sentidos: colectivamente, consiste en la facultad legal para constituir asociaciones profesionales, representativas de una o más actividades, para defensa, organización o mejora del sector o sectores agremiados; individualmente, se refiere a la facultad de cada uno de los que intervienen en la esfera laboral, como empresarios o trabajadores, para afiliarse a una asociación profesional o para abstenerse de pertenecer a entidades de tal carácter, sin trascendencia positiva ni negativa para los derechos y deberes de quien se asocia o de quien no se incorpora”⁴.

Del concepto transcrito, puede advertirse que el derecho de libertad sindical se puede ejercer en dos planos, facetas o niveles y en cada plano, a su vez, puede ejercerse en dos dimensiones, así:

³ Peces-Barba, Gregorio. “Derechos Fundamentales”. Madrid, 1983. Pág.66.

⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. “Compendio de Derecho Laboral”. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta, 4ª Edición, actualizada por José N. Gómez Escalante. 2002. Pág.71.

2.1 Niveles en que se ejerce la Libertad Sindical

El primer nivel o plano en que se ejerce la libertad sindical se refiere a la facultad de cada trabajador o patrono para organizarse o no en sindicatos. A esta libertad se le conoce también en doctrina como libertad personal o individual de sindicación.

El segundo plano en que se ejerce la libertad sindical se conoce como libertad colectiva de sindicación o autonomía colectiva de sindicación, y está referida a la facultad de las organizaciones de base (sindicatos) ya constituidas (como personas jurídicas que son) para que puedan formar parte, afiliarse o no afiliarse, a otras organizaciones de mayor grado, como lo son las Federaciones y Confederaciones, e incluso la facultad de todas estas organizaciones de primero, segundo y tercer grado, de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores. Esta libertad o autonomía colectiva de sindicación también comprende, entre otros, el derecho de cada una de estas organizaciones a obtener personalidad jurídica, a elaborar libremente sus estatutos, a elegir libremente a sus representantes o miembros de la Junta Directiva, a ejercer libremente su administración, a no ser disueltos por vía administrativa y a formular y desarrollar sus propios programas de acción.

2.2 Dimensiones en que se ejerce la Libertad Sindical

Tanto en el plano individual como en el plano colectivo, la libertad sindical se ejerce en dos dimensiones: la positiva y la negativa.

La dimensión positiva de sindicación consiste en el derecho que tiene cada trabajador y cada patrono de promover la constitución de sindicatos o para afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Este derecho también es aplicable a las organizaciones de trabajadores ya constituidas, como parte de su libertad o autonomía colectiva.

Por otra parte, la dimensión negativa de sindicación, se refiere al derecho de cada trabajador y cada empleador a negarse (o no ser obligados) a constituir un sindicato o a afiliarse a un sindicato ya constituido; comprende además, el derecho de trabajadores y empleadores de separarse o de retirarse del sindicato al que pertenezcan, en el momento en que así lo decidan. Igualmente, la libertad negativa de sindicación es aplicable a las organizaciones de

trabajadores o de patronos ya constituidas, en el pleno ejercicio de su libertad colectiva de sindicación.

3. Componentes o Expresiones del Derecho de Libertad Sindical

Desde hace más de treinta años se ha dicho que la libertad sindical incorpora fundamentalmente, los tres derechos colectivos siguientes: 1) El derecho de asociación profesional o de sindicación; 2) El derecho a la negociación o contratación colectiva; y 3) El derecho de huelga.

Se dice que esta trilogía de derechos colectivos debe considerarse inseparables e indisolubles; los cuales gráficamente pueden representarse como un triángulo, en donde a la base de éste; es decir, en cada ángulo inferior, de izquierda a derecha, se deben colocar en su orden el derecho de sindicación y el derecho de huelga; ambos como medios o instrumentos para alcanzar un fin, que es la contratación colectiva, la cual se ubica en el ángulo superior del triángulo. Dicho en otra forma, el derecho de sindicación y el derecho de huelga no deben verse como un fin en sí mismos, sino como un medio para alcanzar el fin que es la contratación colectiva, en virtud de la cual los trabajadores puedan participar democráticamente en la fijación de condiciones de trabajo más favorables y beneficiosas, en relación con las condiciones de trabajo que la Constitución y las leyes ordinarias ya reconocen⁵.

4. Instrumentos Internacionales que reconocen los Derechos Colectivos como parte de los Derechos Humanos

4.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)

El Art.23.4 declara:

“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos o a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

⁵ Sin embargo, esta consideración que se hace en cuanto a la inseparabilidad e indisolubilidad de los tres derechos colectivos mencionados, ha sido más bien sólo una mera aspiración de la doctrina relativa al Derecho Internacional del Trabajo y de la clase trabajadora; ya que, en la práctica, el derecho interno de cada país no siempre lo ha aceptado y reconocido así.

4.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966)

El Art.8 de este Pacto reconoce entre otros derechos, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones internacionales o a afiliarse a las mismas. Reconoce también el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966)

El Art.22 de dicho Pacto contiene normas que tutelan el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

4.4 Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. “Carta de Bogotá” (2 de mayo de 1948)

En su Art.26 se refiere al derecho de los trabajadores y de los empleadores de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses. Prescribe, además que los trabajadores tienen derecho a la huelga y que la ley de cada país debe regular este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.

4.5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Esta Declaración, en el Art. XXII, reconoce el derecho de toda persona de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

4.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José” (22 de noviembre de 1969)

La Convención Americana, en su artículo 16.1 se refiere al derecho de todas las personas a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. Asimismo, en su Art.26, se refiere a

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de una forma muy general, estableciendo el compromiso de los Estados Partes de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos. Por supuesto que aquí está incluida la trilogía de derechos colectivos de las que se ha venido hablando.

4.7 Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador” (17 de noviembre de 1988)

El Protocolo de San Salvador, a diferencia de la Convención Americana, desarrolla en forma muy detallada las obligaciones de los Estados Partes en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Art.8.1 de este instrumento se refiere al derecho de sindicalización de los trabajadores y al derecho de huelga de los mismos, de una forma muy parecida a lo que estableció, sobre dichos derechos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue comentado líneas arriba.

Con todo lo dicho en este apartado no puede quedar ninguna duda de que el derecho a la libertad sindical es un derecho humano fundamental, reconocido como tal por la comunidad internacional, tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos, como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es además oportuno aclarar, que todos estos instrumentos han sido suscritos y, en su caso, ratificados por el Estado de El Salvador. En consecuencia, de conformidad al Art.144 de la Constitución de la República, los Convenios o Tratados y el Protocolo de San Salvador, son leyes de la República; y en caso de conflicto con las leyes ordinarias de El Salvador, prevalecerá el Tratado.

5. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativos a la Libertad Sindical.

La Organización Internacional del Trabajo, es una Organización Especializada, perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para tratar los problemas relativos al trabajo,

En ese carácter, la OIT ha aprobado cinco convenios que se refieren especialmente al tema de la libertad sindical.

Dichos Convenios son los siguientes:

- 1) Convenio número 87 “Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación”, el cual puede ser citado como el “Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948”.
- 2) Convenio número 98 “Convenio relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva”, que podrá ser citado como el “Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949”.
- 3) Convenio número 135 “Convenio relativo a la Protección y Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa”, que podrá ser citado como el “Convenio sobre los Representantes de los Trabajadores, 1971”.
- 4) Convenio número 151 “Convenio sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública”, que podrá ser citado como el “Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, 1978”.
- 5) Convenio número 154 “Convenio sobre el Fomento de la Negociación Colectiva”, que podrá ser citado como el “Convenio sobre la Negociación Colectiva, 1981”.

De estos cinco Convenios, sólo se analizarán los Convenios números 87, 98 y 151 por ser los más importantes, y únicamente se comentarán las normas sustantivas de los mismos.

5.1 Convenio (Nº 87) sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación.

Fue adoptado por la Conferencia General de la OIT, el 9 de julio de 1948, en su trigésima primera reunión. Entró en vigor el 4 de julio de 1950, de conformidad con el Art.15 del mismo Convenio.

El Convenio 87 y el Convenio 98 son los instrumentos básicos de la OIT para garantizar el ejercicio de la libertad sindical.

En la PARTE I del Convenio 87 (artículos 1 al 10), se establecen normas para garantizar la libertad sindical frente al Estado; en la PARTE II del mismo convenio (artículo 11) se refiere a la protección del derecho de sindicación frente a los empleadores.

En relación con el Estado, se han considerado como esenciales los principios siguientes, que comprenden las distintas facetas de la vida sindical: 1) *Reconocimiento del derecho de sindicación*; 2) *Creación de organizaciones* sin autorización previa; 3) *Libre elección del tipo de organizaciones* que, trabajadores y empleadores, deseen constituir; 4) *Funcionamiento de las organizaciones*, libres de la injerencia de las autoridades públicas; 5) *Disolución o suspensión*: las organizaciones no pueden estar sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa; 6) *Federaciones y Confederaciones*: las organizaciones de trabajadores o empleadores tienen el derecho a constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas; 7) *Afiliación internacional*: las organizaciones, federaciones y confederaciones tienen el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores; 8) *Personalidad jurídica*: las organizaciones, sus federaciones y confederaciones tienen derecho a que se les otorgue la personalidad jurídica, sin condiciones que limiten las garantías previstas en los artículos 2, 3 y 4 del Convenio en comento; 9) *Las organizaciones y la legalidad*: las organizaciones de trabajadores y de empleadores, al ejercer los derechos reconocidos en el Convenio, deben respetar la legalidad.⁶

Después de enunciar los principios establecidos en la PARTE I de este Convenio, es procedente analizar cada uno de los artículos que contiene esta parte. Este análisis se realizará tomando en cuenta lo que al respecto han expresado los organismos de control de la OIT; es decir, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Artículo 1

“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes”.

⁶ Principios, normas y procedimientos de la OIT en materia de Libertad Sindical. Separata.

En este artículo se establece el objeto del Convenio, en él se obliga a todo Estado Miembro de la OIT que lo ratifique, a poner en práctica las disposiciones siguientes:

Artículo 2

“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

Puede observarse que en el inciso primero del Art.2, el Convenio se refiere a la libertad personal e individual de sindicación, conocida también como autonomía individual, cuando expresa: *“Los trabajadores y los empleadores.....”*

En la frase *“sin ninguna distinción”* regula el ámbito de aplicación personal del convenio, adoptando un principio universal, en el cual incluye trabajadores dependientes e independientes, trabajadores del sector privado y del sector público, trabajadores migrantes y trabajadores del mar, etc.

Se ha dicho que el tema del campo de aplicación, en un sentido universal, no está relacionado con el tema de la huelga. Más adelante (Art.9.1) se establece que *“La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplica a la Fuerza Armada y a la Policía las garantías previstas en el presente Convenio”.*

La expresión *“y sin autorización previa”* significa que los trabajadores y empleadores pueden constituir las organizaciones que estimen convenientes sin necesidad de pedir autorización para ello a la autoridad pública, lo cual no contradice el hecho de que en la mayoría de países se les exija un trámite administrativo para obtener la personalidad jurídica.

Con la frase: *“las organizaciones que estimen convenientes”*, se refiere tanto a la libre elección, por parte de los trabajadores y de los empleadores, de la estructura y composición de dichas organizaciones, como al tema de la unidad y pluralidad sindical.

En la parte referida a la estructura y composición de las organizaciones, se ha discutido sobre el número mínimo requerido para la constitución de un sindicato. Los órganos de control de la OIT han considerado aceptable las cifras de siete a veinticinco miembros, como se regula en algunos países, pero han estimado excesivo exigir un mínimo de cincuenta o más miembros,

ya que esto puede obstaculizar seriamente la constitución de los sindicatos⁷. Respecto al tema de la organización y estructura, también se considera el hecho de que estas organizaciones de base puedan federarse y confederarse libremente.

En cuanto a la unidad y pluralidad sindical se ha dicho que esta última sea posible en todos los casos; es decir, que se permita que en una misma empresa o institución puedan haber dos o más sindicatos. La unidad sindical, o sea, la existencia de un solo sindicato, no debe ser obligatoria en el derecho interno, sólo se permite cuando esa unidad resulte de la sola voluntad de los interesados.

Artículo 3

“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”

Este artículo se refiere a la libertad colectiva de sindicación o autonomía colectiva. En él se establece expresamente el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores (sindicatos u organizaciones de base) de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos y el derecho de elegir libremente a sus representantes o dirigentes sindicales. Es decir, estas actividades las deben realizar dichas organizaciones sin intervención de las autoridades administrativas.

No obstante lo anterior, en cuanto al derecho de redactar sus estatutos y reglamentos, se permite la aprobación de normas legislativas tendentes a asegurar la democracia dentro de los sindicatos, especialmente relacionadas con la existencia y estructura de los mismos, así como a los derechos esenciales de sus miembros⁸.

⁷ En nuestro país se exige un mínimo de treinta y cinco miembros para constituir un sindicato de trabajadores y de siete miembros para constituir un sindicato de empleadores.

⁸ Véase artículos. 215, 217 y 218 del Código de Trabajo; y Artículos. 79 y 81 de la Ley de Servicio Civil.

En cuanto a la libertad de los sindicatos para elegir a sus representantes, se dice que si es necesario ejercerse algún tipo de control tendente a evitar que surjan conflictos y asegurar la regularidad del acto, dicho control es preferible que lo ejerza la autoridad judicial competente y no la autoridad administrativa⁹, porque se corre el riesgo de que la intervención de ésta parezca arbitraria.

Lo mismo opinan respecto al derecho de los sindicatos de “*organizar su administración y sus actividades*”. Sin embargo, en lo que se refiere a los fondos y bienes sindicales, se aceptan las medidas de control de parte de la autoridad administrativa, con el propósito de prevenir abusos y proteger a los propios miembros contra una mala gestión financiera; pero tales medidas deben limitarse a la presentación periódica de los estados financieros y al suministro de la información, sobre puntos específicos que requieran aclaración¹⁰.

Finalmente, en cuanto al derecho de los sindicatos de “*formular su programa de acción*”, se ha entendido que incluye el derecho de huelga, pero siempre con las limitaciones razonables en atención a los servicios esenciales a la comunidad.

Artículo 4

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.

Este artículo dispone que las organizaciones de trabajadores o de empleadores no deben disolverse o suspenderse mediante procedimientos seguidos por autoridades administrativas, sino mediante un procedimiento judicial en el cual conozca del caso un funcionario que es especialista en Derecho Laboral¹¹.

Artículo 5

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización,

⁹ Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

¹⁰ Ver Art.226 ordinal 7º, 227, 256 y 263 del Código de Trabajo; y Art.91 literal “e” de la Ley de Servicio Civil.

¹¹ Ver Arts. 233, 619 y siguientes del Código de Trabajo; y Art.97 de la Ley de Servicio Civil.

federación o confederación tienen el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”.

Esta disposición constituye también una expresión de la libertad colectiva de sindicación, toda vez que permite que los sindicatos puedan constituir organizaciones de grado superior (federaciones y confederaciones), o afiliarse a éstas; y tanto las unas como las otras tienen el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 6

“Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y empleadores”.

En este artículo se hace extensivo para las federaciones y confederaciones (organizaciones de segundo y tercer grado, respectivamente), los derechos concedidos a los sindicatos (organizaciones de primer grado); entre ellos: constituirse sin autorización previa, que se les otorgue personalidad jurídica, elaborar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente a sus representantes, organizar sus actividades y administración, formular y ejecutar su programa de acción y a no ser disueltos ni suspendidos por vía administrativa.

Artículo 7

“La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio”.

De acuerdo a esta disposición, las organizaciones que aquí se comentan, no pueden sujetarse a condiciones que limiten sus libertades colectivas, para la adquisición de su personalidad jurídica.

Al respecto, es oportuno señalar que, en El Salvador, antes de las reformas del Código de Trabajo, aprobadas el 21 de abril de 1994, era requisito indispensable para constituir un sindicato y, consecuentemente, para aprobarle su personalidad jurídica, que a la sesión de constitución asistiera un notario o uno o más delegados del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con el objeto de que se garantizara “el cumplimiento de la ley”. Como podrá observarse, tal requisito entra en contradicción con la disposición en comento.

Actualmente, el Art.213 del Código de Trabajo y el Art.80 de la Ley de Servicio Civil, establecen que es potestad (no obligación) de los interesados solicitar la presencia de un notario, o de uno o más delegados del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. No obstante lo anterior, en la práctica se continúa exigiendo el mencionado requisito, lo cual demuestra que la autoridad administrativa correspondiente no ha entendido el sentido y alcance de la disposición arriba descrita y de la reforma referida. También hay que observar que al legislador salvadoreño se le pasó por alto reformar el Art.259 del Código de Trabajo, en el mismo sentido en que se reformó el Art.213 de dicho Código.

Artículo 8

“1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas en el presente Convenio”.

En el ejercicio de la libertad sindical, los titulares de este derecho, están obligados a respetar la legalidad de sus respectivos países. El pleno ejercicio de este derecho sólo es posible bajo un sistema democrático de gobierno, en el cual impere el Estado de Derecho. Pero la legislación nacional no puede aplicarse de forma que violente o menoscabe las garantías mínimas que ya se han comentado.

Artículo 9

“1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas en el presente Convenio.

2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio”.

Lo dispuesto en el Art.9.1 está referido también al campo de aplicación del Convenio. En él se establece la potestad para que cada Estado parte determine, en su legislación interna, la forma en que se apliquen (o no se apliquen) estas garantías, a la fuerza armada y a la policía, todo en atención a la finalidad y naturaleza misma de estas instituciones.

En el Art.9.2 se establece una especie de lo que en doctrina se conoce como el “principio de consolidación de las normas laborales”, puesto que la ratificación del Convenio, no autoriza a los Estados partes para que eliminen las condiciones de trabajo y garantías sindicales ya reconocidas por el derecho interno a estos servidores públicos. Ello es así, porque en algunos países se permite la sindicalización aún en dichas instituciones.

Artículo 10

“En el presente Convenio, el término ‘organización’ significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

A los efectos del Convenio, el término “organización”, se refiere a toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de sus miembros; es decir, se refiere a los sindicatos, federaciones y confederaciones.

La PARTE II del Convenio la constituye únicamente el Art.11, en el cual se establece la obligación para todo Estado Miembro de la OIT que ratifique el Convenio, de adoptar medidas para garantizar, a los trabajadores y empleadores, el libre ejercicio del derecho de sindicación.

En la práctica, esta disposición se ha considerado más bien una garantía de los trabajadores frente a los empleadores, y esas medidas de protección que deben adoptarse se refieren a: la discriminación antisindical y a los actos de injerencia, lo cual se desarrolla ampliamente en los artículos 1 y 2 del Convenio número 98.

5.2 Convenio (Nº 98) Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva.

La Conferencia General de la OIT adoptó este Convenio el 1 de julio de 1949, en su trigésima segunda reunión. Entró en vigor el 18 de julio de 1951, de conformidad al Art.8 de dicho Convenio.

El Convenio 98 es el complemento básico y necesario del Convenio 87. Éste fue aprobado en 1948 y aquél un año después, en 1949. Las normas de carácter sustantivo del Convenio 98 están comprendidas del Art. 1 al 6, los cuales se analizan a continuación.

Artículo 1

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

El artículo en comento garantiza y protege a los trabajadores, frente a los empleadores, respecto a la discriminación antisindical, en relación con su empleo. No se puede sujetar el trabajo o el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie o a que se retire de un sindicato. Tampoco se puede despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma por su afiliación sindical¹².

Este artículo no trata lo relativo a la libertad personal negativa de sindicación.

Artículo 2

“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas

¹² Con la ratificación del Convenio 98, el Estado de El Salvador está obligado a tomar medidas legislativas a efecto de evitar que los trabajadores sindicalizados –aunque no sean directivos- puedan ser despedidos de hecho por su condición de sindicalistas. El despido en tales circunstancias no debería tener el efecto de dar por terminada la relación laboral de estos trabajadores.

por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”.

Aquí se protege a las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra los actos de injerencia de unas respecto de las otras. Pero fundamentalmente, en atención al Art. 2.2, se trata de evitar la existencia de sindicatos blancos; es decir, aquellos que se constituyen bajo el patrocinio, a iniciativa o bajo el control y dominio de los empleadores.

Artículo 3

“Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes”.

De la simple lectura de este artículo se advierte la obligación para cada miembro de la OIT que ratifique el Convenio, de crear organismos (administrativos o judiciales) encargados de garantizar la no discriminación y no injerencia en el ejercicio del derecho de sindicación.

Artículo 4

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Puede decirse que el aspecto más novedoso del Convenio 98 lo constituye el contenido de este artículo, por cuanto obliga a la adopción de medidas adecuadas para estimular y fomentar el desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar o fijar, de una forma democrática en la o las empresas, las condiciones de trabajo en general. En virtud de esta disposición se complementa el derecho de asociación sindical, que garantiza el Convenio 87, con el derecho a la negociación o contratación colectiva, como derechos humanos fundamentales que son.

Artículo 5

“1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas por el presente Convenio”.

El contenido de este artículo es una réplica de lo dispuesto en el Art.9 del Convenio 87, por tanto, el comentario para ambos debe ser el mismo.

Artículo 6

“El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto”.

Este artículo, al inicio de la aplicación del Convenio, dio lugar a controversias en cuanto a su aplicación. Esta controversia se centró en la parte que expresa que dicho instrumento *“no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado...”*; lo cual condujo a que en algunos países se argumentara que hasta los empleados públicos estaban excluidos de dicho Convenio. Pero la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha declarado que tal exclusión sólo comprende a los funcionarios que actúan como órganos del poder público¹³ y no a los empleados, que son siempre la mayoría.

Esta confusión se generó debido a que en algunos países le llaman funcionario público a los servidores públicos en general, sin distinguir quien es funcionario y quien es empleado público, lo cual sí hace el Derecho Administrativo y el derecho interno en la mayoría de países.

¹³ Alberto Monge, José Luis y Otro. “El Empleado Público y la Legislación Laboral Vigente”. Tesis. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. San Salvador, 1992. Pág.63.

5.3 Convenio (Nº 151). Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública.

El cuerpo normativo que a continuación se comenta, fue adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1978, en su sexagésima cuarta reunión. Entró en vigor el 25 de febrero de 1981¹⁴.

Como podrá observarse, este Convenio es aprobado treinta años después que el Convenio 87 y veintinueve años después que el Convenio 98. Sucedió que ya en 1978, el sector de empleados públicos en el mundo había crecido significativamente, en cantidad y organización. Sin embargo, algunos gobiernos aún no aceptaban ratificar los Convenios básicos (87 y 98) por el ámbito de aplicación universal que éstos exigen; es decir, se aplican también en el sector público.

En estas condiciones se estudia la posibilidad de aprobar, y efectivamente se hizo, un instrumento de aplicación exclusiva en las relaciones de trabajo que se establecen en la administración pública; instrumento que es “más flexible” en sus exigencias sobre las libertades sindicales, si se le compara con los Convenios bases (87 y 98).

Las normas de contenido sustantivo, en el Convenio 151, están comprendidas del Art.1 al Art.9; mismos que se analizan a continuación.

Artículo 1

“1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo.

2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

¹⁴ Von Potobsky, Gerardo y Bartolomei de la Cruz, Héctor. Ob. Cit. Pág.358.

3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

El artículo transcrito regula, en el párrafo 1, el campo de aplicación del Convenio. Éste deberá aplicarse a los servidores públicos *“en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo”.*

Los Convenios más favorables a que alude tal disposición, son sin duda el Convenio 87 y el 98. En tal sentido, la ratificación del Convenio 151 tiene importancia para los trabajadores públicos de un país, cuando su gobierno aún no haya ratificado los Convenios base (87 y 98); caso contrario, su importancia es mínima, si es que la tiene.

El párrafo 2 de este mismo artículo, permite que la legislación nacional determine en qué medida debe aplicarse este Convenio a los funcionarios y a los empleados de confianza de la Administración Pública¹⁵.

Lo dispuesto en el párrafo 3 no amerita comentario, por cuanto repite lo que establece el Art.9 y el Art.5 del Convenio 87 y 98, respectivamente.

Artículo 2

“A los efectos del presente Convenio, la expresión ‘empleado público’ designa a toda persona a quien se aplique el presente Convenio de conformidad con su artículo 1”.

Aquí se define de forma circular lo que significa para los efectos del Convenio, la expresión “empleado público”. Por tanto, será empleado público aquel servidor de la administración pública a quien no se le apliquen disposiciones más favorables de otros Convenios internacionales de trabajo.

Artículo 3

“A los efectos del presente Convenio, la expresión ‘organización de empleados públicos’ designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos.”

¹⁵ Nótese la flexibilidad de esta disposición con relación al Convenio 87

Para entender el significado que el convenio le da a la expresión “organización de empleados públicos”, es conveniente revisar y recordar lo que se dijo al analizar el Art.2 del Convenio 87, sobre la composición y estructura de las organizaciones sindicales.

Artículo 4

“1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

- a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;*
- b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización”.*

En el mismo sentido que lo hace el Art.1 del Convenio 98, la disposición aquí en comentario, protege a los empleados públicos contra todo acto que los discrimine por su condición de sindicalistas. En este caso se les protege contra la misma Administración Pública en su calidad de empleadora.

Artículo 5

“1. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.

2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

3. Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública”.

También este artículo prácticamente reproduce el Art.2 del Convenio 98. Se busca la no injerencia de la autoridad pública en el quehacer de las organizaciones de empleados públicos.

Artículo 6

“1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

3. La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el artículo 7 del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado”.

Este artículo recoge el objeto principal del Convenio Número 135 de la OIT. Se refiere al reconocimiento y concesiones que debe otorgárseles a los dirigentes o representantes de las organizaciones de empleados públicos, para que puedan realizar sus funciones de dirigentes.

Artículo 7

“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

Lo dispuesto en el presente artículo, es en parte una réplica de lo que contiene el Art.4 del Convenio 98. Se establece la obligación estatal de adoptar medidas adecuadas para que, a través de la negociación o contratación colectiva, se fijen las condiciones de trabajo en la Administración pública. Pero este Art.7 habla también de *“cualquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”*, por lo que se puede afirmar que este Convenio es menos favorable que el Convenio 98.

Por esta disposición, en algunos países, se limitan a implementar mecanismos de consulta que es algo muy diferente a la negociación¹⁶.

Artículo 8

“La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”.

Consciente la comunidad internacional de los problemas que se suscitan también en la Administración Pública, en los procesos para determinar las condiciones de empleo y la necesidad de la continuidad de los servicios públicos, se establece la obligación de tratar de alcanzar acuerdos mediante la negociación entre las partes o mediante procedimientos pacíficos tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Artículo 9

“Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”.

Esta disposición está fundamentada en la indivisibilidad, interdependencia y complementariedad que existe entre los derechos individuales y los derechos sociales. No se concibe una tutela y ejercicio de unos, desconociendo los otros y viceversa.

6. La libertad sindical en El Salvador

6.1 Antecedentes históricos

En El Salvador, de 1918 a 1932, hubo un gran crecimiento del movimiento sindical, al cual se le ha denominado “los albores del sindicalismo”¹⁷.

¹⁶ Alberto Monge, José Luis y Otro. Ob. cit. Pág.66

¹⁷ Larín, Arístides Augusto. “Historia del Movimiento Sindical en El Salvador”. Revista La Universidad N°4, Julio-Agosto, 1971. Pág.136.

Durante este tiempo, los derechos de libertad sindical aún no estaban reconocidos por las leyes salvadoreñas; la existencia de los sindicatos era de hecho, por lo que puede catalogarse como una etapa de tolerancia.

Después de los sucesos de 1932¹⁸ hasta 1944, durante el régimen del General Maximiliano Hernández Martínez, el movimiento sindical fue totalmente diezmado, la existencia de los sindicatos era prohibida. Durante esta época, los trabajadores sólo podían organizarse en asociaciones mutualistas¹⁹.

A la caída del gobierno del General Hernández Martínez (1944), hubo otra etapa en la que se advierte una especie de tolerancia, hasta que posteriormente fueron reconocidos dichos derechos por la legislación nacional, en la forma que se describe en el apartado siguiente.

6.2 Reconocimiento de los Derechos Colectivos en la Legislación Interna en El Salvador.

Puede decirse que los momentos más trascendentes en cuanto al reconocimiento de los derechos en comento, son los que se describen a continuación:

- 1945: el 29 de noviembre de este año se aprobó una nueva Constitución Política, que prácticamente era la misma Constitución de corte liberal de 1886, pero con un agregado bajo el título: “Familia y Trabajo”. Específicamente el Art.160 de esta Constitución, decía: *“El derecho de huelga de los trabajadores y el paro de los patronos serán reglamentados por la ley”*.
- 1946: El 12 de enero de este año se aprobó la “Ley General de Conflictos Colectivos de Trabajo”. Esta ley, sin reconocerse aún la existencia legal de los sindicatos, reconoció el derecho de huelga e implícitamente el derecho de coalición de los trabajadores. Pero más bien, lo que pretendía dicha ley era regular la huelga para quitarle la contundencia que por naturaleza tiene como instrumento de lucha de la clase obrera.

¹⁸ Levantamiento y derrocamiento del movimiento campesino en parte de la zona occidental del país.

¹⁹ Larín, Arístides Augusto. Ob.cit. pág.144.

- 1950: En este año, el 9 de agosto, se aprobó la primera “Ley de Sindicatos de Trabajadores”. Con ella se reconoce por primera vez en la historia del país, el derecho de sindicación, pero limitado a la constitución de sindicatos de gremio y sindicatos de empresa.

El 14 de septiembre de este mismo año, entró en vigencia la Constitución Política de 1950, que es ya de corte intervencionista. Esta nueva Constitución, en los artículos 191, 192 y 193, reconocía los derechos de contracción colectiva, sindicación y huelga, respectivamente, pero a la vez, el Art.110 de la misma, prohibía la huelga para los funcionarios y empleados públicos.

- 1951: En este año se aprobó una nueva “Ley de Sindicatos”, debido a la necesidad de armonizar la ley secundaria con los principios que reconocía la nueva Constitución Política. Esta Ley de Sindicatos, además de regular la constitución de sindicatos de gremio y de empresa, como la anterior, regulaba los sindicatos de industria. En sus Considerandos, la referida ley exponía que no era conveniente aún la constitución de sindicatos de sindicatos, es decir, de federaciones.
- 1952: Por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior, en este año se aprobó una nueva “Ley de Contratación Colectiva de Trabajo”.
- 1962: La Constitución Política de 1962, en sus artículos 190, 191 y 192, respectivamente, reconocía los mismos derechos que ya reconocía la Constitución de 1950, pues, como se sabe, casi era la misma.
Pero además, el Art.191 de la Constitución de 1962, expresamente reconoció el derecho de sindicación para los trabajadores de las Instituciones Oficiales Autónomas. El Art.110 de esta Constitución también prohibía la huelga para los funcionarios y empleados públicos.
- 1963: En las Disposiciones Transitorias de la Constitución Política de 1962, específicamente en el Art.224, se establecía que dentro del plazo de un año, contado a partir de la vigencia de dicha Constitución, debía promulgarse el Código de Trabajo, del que hablaba el Art.182 de la misma. Es por esta razón que el 22 de enero de 1963, se aprobó en este país el primer Código de Trabajo; éste regula ya las Federaciones, las

Confederaciones, el Contrato-Ley y la contratación colectiva hasta para los trabajadores de las Instituciones Oficiales Autónomas.

- 1972: El 23 de junio de este año, la Asamblea Legislativa aprobó un nuevo Código de Trabajo, el cual reconoce y regula los mismos derechos e instituciones del derecho colectivo que se han mencionado.
- 1983: La Constitución de 1983 también reconoce expresamente el derecho de contratación colectiva, el de asociación profesional o sindicación –inclusive para los trabajadores de las Instituciones Oficiales Autónomas- y el derecho de huelga, en los artículos 39, 47 y 48, respectivamente. Además -esto es lo novedoso-, reconoce expresamente el derecho de los trabajadores del campo de formar o constituir sindicatos. Este reconocimiento lo hace en el Art.47 inciso tercero, que dice: “*Las normas especiales para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales del campo y de la ciudad, no deben coartar la libertad de asociación. Se prohíbe toda cláusula de exclusión*”. (el subrayado es nuestro).

Esta Constitución, en el Art.221, expresamente prohíbe la huelga de los empleados públicos y municipales.

6.3 La Libertad Sindical después de los Acuerdos de Paz.

En los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado en El Salvador, firmados entre el Gobierno de este país y el F.M.L.N., el 16 de enero de 1992, se dedicó el Capítulo V al tema económico y social, y específicamente en el punto 8 de este capítulo, se creó el Foro para la Concertación Económica y Social.

Con dicho Foro se buscaba la participación igualitaria de los Sectores Gubernamental, Laboral y Empresarial, con el objeto de lograr un conjunto de amplios acuerdos tendentes al desarrollo económico y social del país, en beneficio de todos los habitantes.

En las primeras reuniones de este Foro se planteó la idea de revisar la Legislación Laboral vigente, con el objeto de establecer la necesidad y posibilidad de crear un nuevo Código de Trabajo que sustituyera al que se encuentra en vigencia actualmente y que data de 1972.

El sector laboral, por su parte, planteó la necesidad de que El Estado de El Salvador ratificara los Convenios de la O.I.T. en materia de libertad sindical, como condición para arribar a acuerdos en materia de legislación laboral que promoviera y mantuviera un clima de armonía en las relaciones de trabajo. Entre dichos Convenios se encontraban principalmente el 87 y el 98 ya comentados.

Sobre este punto, El Gobierno de El Salvador y los Representantes de la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP) sostuvieron que no se podían ratificar dichos Convenios porque violan la Constitución de la República.²⁰

Ante la posición férrea que adoptó el Gobierno y el sector privado en el sentido de no ratificar aquellos Convenios, el sector laboral se retiró de la mesa de discusión y con ello se desintegró el Foro que había sido producto de los Acuerdos de paz.

Ante tal circunstancia o fracaso del Foro, el Gobierno de El Salvador, con el beneplácito del sector privado, presentó a La Asamblea Legislativa, una propuesta de reformas al Código de Trabajo, referidas sobre todo a aspectos sobre el Derecho Colectivo del Trabajo. En el artículo 208 y 209 de éste, por ejemplo, se reconoce además de los sindicatos de gremio, empresa e industria que ya existían, dos clases más de sindicatos: el sindicato de empresas varias y el sindicato de trabajadores independientes.

Estas reformas fueron aprobadas en el Decreto Legislativo No.859, de fecha 21 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial No.87-Bis, Tomo No.323, del 12 de mayo del mismo año.

En el Art. 50 del referido Decreto Legislativo de Reformas, se creó, además, el Consejo Superior del Trabajo, como órgano consultivo del Órgano Ejecutivo, supuestamente con el fin de institucionalizar el dialogo y promover la concertación económica y social entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y trabajadores.

Para gran parte del sector laboral, dicho Consejo no ha cumplido con su cometido, ni mucho menos puede entenderse como un sustituto legítimo del Foro para la Concertación Económica y Social. Por otra parte, insistieron en que el Gobierno de El Salvador debía ratificar los

²⁰ Universidad Centroamérica (UCA) Revista de Estudios Centroamericanos (ECA) 536. Sindicalización y huelga de los trabajadores del Gobierno e Instituciones autónomas. Junio 1993, Año XLVIII, Pág.592.

Convenios en materia de libertad sindical si se quería alcanzar, en este país, un pleno ejercicio de este derecho fundamental.

El Gobierno de El Salvador y el sector privado, seguían sosteniendo que esos Convenios no podían ser ratificados por inconstitucionales; puesto que en nuestro país no se reconoce el derecho de asociación profesional a los empleados públicos del Gobierno Central ni a los de los Municipios; consecuentemente, tampoco se les reconoce el derecho a celebrar contratos colectivos de trabajo; y la huelga está expresamente prohibida en toda la administración pública. (Art.221 Cn.)

Tampoco se mostraron de acuerdo en reformar la Constitución para resolver el problema en favor de los trabajadores. Sostenían que no se podía dar el mismo tratamiento a empleados públicos y privados, ya que en dichos sectores se atiende a intereses y fines distintos: "...en el caso del trabajador privado responde al interés directo del patrono, mientras que en el caso del servidor público, el interés que determina su labor son las necesidades y conveniencias generales, delimitadas por el ordenamiento jurídico-principio de legalidad- y desarrolladas por los entes públicos; de manera que el interés que satisface es el interés de la comunidad, ya que es la que recibe los servicios públicos o ve realizadas debidamente las funciones públicas; por tanto se espera que no exista entre el servidor y la administración pública una oposición de intereses, ya que a ésta no se le puede concebir como a una Empresa- pues no persigue el lucro-ni a aquellos como trabajadores-en el sentido de no ser trabajadores de un particular".²¹

En el mismo sentido se pronunció posteriormente el Departamento de Estudios Legales de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), especificando que con la ratificación de estos Convenios se violentarían los artículos 47, 221, 228 y 246 de la Constitución²². Aún más, consideraron que tampoco era conveniente reformar la Constitución para que después se pudieran ratificar los Convenios porque: "...no es una alternativa que ofrezca una solución a la problemática, sino que es una medida que presenta asimismo muchos problemas adicionales, ya que con la reforma no se eliminan los riesgos que se corren al permitir la sindicación de los empleados públicos. La experiencia ha demostrado cuales son

²¹ Sentencia 434-2000, pronunciada en Proceso de Amparo promovido por el señor Carlos Manuel Henríquez, en su calidad de Secretario General del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación (ATRAMEC), contra providencias del Ministro de Trabajo y Previsión Social. Pág.12.

²² Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. Boletín de Estudios Legales. Ratificación de los Convenios No.87 y No.98 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). boletín No.50. antiguo Cuscatlán, febrero 2005.

los efectos de los sindicatos en El Salvador; la politización de los mismos ha sido evidente y por consiguiente sus actuaciones y peticiones se encuentran sujetas a los vaivenes políticos. Puede llegarse a una parálisis del Estado por cuestiones políticas, pero con pretextos de tipo laboral.”²³

Mientras tanto, otro sector de la comunidad jurídica –al igual que los trabajadores– consideraban que la negativa a ratificar estos Convenios era más bien de carácter político e ideológico y que bien se podía hacer sin necesidad de reformar la Constitución.

Dicha afirmación se hacía, a partir de que el Art. 47, inc. 1º Cn., es un concepto jurídico indeterminado; y, en este sentido, debe hacerse, de dicha disposición, una interpretación amplia y no restrictiva, progresiva, evolutiva, y no originaria; puesto que se trata de la libertad sindical, de un derecho humano fundamental, que la Constitución no prohíbe expresamente a los empleados del Gobierno Central y de los Municipios. Además, el Art.8 de la misma Constitución establece que *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”*.

Esta posición se fundamentaba también en el hecho de que el Estado de El Salvador es suscriptor y ha ratificado varios instrumentos internacionales que reconocen y obligan a los Estados a respetar y garantizar la libertad sindical, lo cual quedó demostrado en el punto 4 de estos comentarios.

6.4 Coyuntura Favorable para la Ratificación de los Convenios

En el primer semestre de 2005 se abrió en El Salvador, una coyuntura favorable para la ratificación de los Convenios de la OIT relativos a la libertad sindical.

Según el mismo boletín de FUSADES, “La necesidad de su ratificación surge a raíz de la puesta en marcha del nuevo Sistema Generalizado de Preferencias (SGP Plus), que se proyecta para entrar en vigencia el 1º de julio de 2005 y que contiene una serie de ventajas arancelarias para los países participantes en sus relaciones comerciales con la Unión

²³ Idem. Pág.10.

Europea”²⁴. El Señor Presidente de La República Elías Antonio Saca, había expresado su disposición de ratificar los Convenios en comento.

El 12 de mayo del mismo año, se pronunció en el mismo sentido el Señor Vice-Ministro de Trabajo y Previsión Social, en el Foro denominado: “Implicaciones de la ratificación de los Convenios 87 y 98 de la O.I.T. en el goce de los derechos laborales y sindicales de El Salvador”; el cual fue organizado por La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Por otra parte, la Subcomisión de la Asamblea Legislativa creada para dar seguimiento a la discusión sobre las consecuencias de suscribir y ratificar los Convenios 87 y 98 de la OIT, el día 4 de mayo de 2005, mediante correspondencia girada al Señor Secretario de dicho Órgano Legislativo, emitió **DICTAMEN RECOMENDABLE** al Órgano Ejecutivo para que se “suscribieran los Convenios 87 y 98 de la OIT”.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, por su parte, con fecha anterior (13 de abril de 2005) se pronunció en el sentido de que “no hay impedimento expreso en la Constitución de la República, para la suscripción y posterior ratificación por parte de la Asamblea Legislativa de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo”

7. Ratificación de los convenios de la OIT relativos a la Libertad Sindical

Finalmente, el 22 de agosto de 2006, al parecer, más por presiones económicas externas que por voluntad de los partidos políticos de derecha, la Asamblea Legislativa aprobó los Convenios Números 87, 98, 135 y 151 de la OIT, comentados en el apartado 5 de este trabajo. Dichos Convenios fueron publicados en el Diario Oficial del 29 de agosto de 2006.

En la misma fecha -22 de agosto de 2006- la Asamblea Legislativa reformó la Ley de Servicio Civil, para establecer la forma en que deben constituirse los sindicatos en las instituciones públicas (del Estado y de los municipios) y la forma en que deben celebrarse los contratos colectivos entre los sindicatos y las instituciones públicas. De esta manera, se reconoce una nueva clase de sindicatos en el país: Sindicatos de instituciones públicas.

²⁴Idem. Pág.2.

Tanto los referidos Convenios como las reformas incorporadas a la Ley de Servicio Civil, entraron en vigencia el día siete de septiembre de 2007.

8. Declaratoria de inconstitucionalidad de la frase “*sin ninguna distinción*” del Art.2 del Convenio 87

Poco duro el júbilo de los empleados públicos suscitado por la ratificación de aquellos Convenios, ya que, el miércoles 31 de octubre de 2007, los periódicos matutinos de mayor circulación en el país –“El Diario de Hoy” y “La Prensa Gráfica”- publicaron una noticia que sorprendió a propios y extraños: La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, había declarado inconstitucional la frase “*sin ninguna distinción*” del Art.2 del Convenio N° 87. Esta frase se refiere, como se dijo en el apartado 5, al campo de aplicación del Convenio; y por tanto, el fallo de la sentencia ataca la esencia y el núcleo de dicho convenio, privando así del derecho a la libertad sindical a los empleados públicos y municipales (no afecta a los trabajadores del sector privado ni a los empleados de las Instituciones Oficiales Autónomas). La sentencia había sido dictada a las diez horas y cincuenta minutos del dieciséis de octubre de dos mil siete.

9. Comentarios a la Sentencia de Inconstitucionalidad 63-2007/69-2007, del 16-X-2007

9.1 Comentarios Previos

Tres aspectos llaman poderosamente la atención a simple vista en esta sentencia: 1) Que las demandas de inconstitucionalidad se presentaron y admitieron antes de que el Convenio en cuestión entrara en vigencia, lo cual –al parecer- constituye un vicio de forma; 2) La celeridad con que se tramitó y resolvió el caso, lo cual contrasta con los tiempos que normalmente se tarda la Sala de lo Constitucional para ventilar un proceso de inconstitucionalidad; y 3) Las personas que promovieron los procesos: un estudiante, en el primero, y un empleado, en el segundo proceso.

En este tercer caso, lo extraño es que difícilmente un estudiante o un empleado tengan la capacidad de formular una demanda en los términos que se hizo, utilizando bastante bien la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en cuanto a la libertad sindical de los empleados públicos en este país. Por otra parte, no se alcanza a comprender el interés concreto que

pueda tener un estudiante o un empleado en el punto que se debate, lo cual conduce fácilmente a concluir que la o las personas, sectores o entes realmente interesados en que no se sindicalicen los empleados públicos, se valieron de interpósitas personas, prestanombres o testaferros para hacer prevalecer sus intereses, en detrimento del derecho humano fundamental de sindicación, de una considerable parte de la población: los empleados públicos y municipales.

9.2 Los motivos de inconstitucionalidad alegados

Los motivos en que se basaron las pretensiones de inconstitucionalidad de los impetrantes están resumidos en el Considerando II (2) de la Sentencia, así: *“Puntualmente, las pretensiones de inconstitucionalidad expuestas en el presente proceso se basan en los motivos siguientes: en la demanda que dio origen al proceso número 63-2007 se sostuvo que: i) al no distinguir que la libertad sindical solo se reconoce a los trabajadores privados, los mencionados convenios extienden la titularidad de tal derecho a los empleados públicos, quienes no tienen reconocido tal derecho en el artículo 47 de la constitución; ii) como consecuencia del anterior vicio, al reconocerles a los empleados públicos el derecho de libre asociación, los Convenios le autorizan también para realizar huelga, lo cual contraría el Art.221 de la Carta Magna; iii) además, con el reconocimiento del derecho de la libertad sindical a los servidores públicos, los Convenios los autorizan a ejercer el derecho a la negociación colectiva, que contradice los arts.131 número 9 y 227 de la Constitución”.*

Como puede observarse, en esencia, el argumento básico de los impetrantes parte de la interpretación que hacen del Art.47 inciso primero de la Constitución de la República. Argumentan que esta disposición sólo reconoce como titulares del derecho de sindicación a los patronos, a los trabajadores del sector privado y a los trabajadores de las Instituciones Oficiales Autónomas. Por el contrario, sostienen, el Art.2 del Convenio número 87, en la frase *“sin ninguna distinción”*, reconoce el referido derecho, incluso a los empleados públicos y municipales, lo cual contrasta con la disposición constitucional arriba citada. Además, continúan diciendo, el reconocimiento de este derecho a dichos empleados, los habilita también para ejercer el derecho de huelga y el derecho de contratación colectiva, contraviniendo así también, los artículos 221, 131 número 9 y 227 de la Constitución.

Es obvio que los impetrantes en este caso, por conveniencia, aceptan como indisoluble la trilogía de derechos colectivos, a la que se hizo referencia en el apartado 3 de este trabajo. Pero lo cierto es que, esta teoría nunca se aceptó en forma total a favor de la libertad sindical de los empleados públicos, por parte de algunos gobiernos –entre ellos el nuestro-. Por tanto, no se vale afirmar ahora que estos empleados no se pueden sindicalizar porque se les prohíbe expresamente la huelga.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no aceptó las pretensiones de inconstitucionalidad respecto a los artículos 221, 131 número 9 y 227 de la Constitución; pero sí aceptó la inconstitucionalidad de la frase “*sin ninguna distinción*” del Art.2 del Convenio número 87 (norma objeto de control) por contravenir, dijo, el inciso primero del Art.47 (norma parámetro de control) de la Constitución de la República.

No obstante lo anterior, para justificar este fallo, la Honorable Sala de lo Constitucional se refirió más bien a la “inconveniencia” e “imposibilidad jurídica” de que los empleados públicos se declaren en huelga y celebren contratos colectivos de trabajo²⁵.

Es importante además observar que la Honorable Sala de lo Constitucional, para justificar su fallo en esta sentencia, utilizó fundamentalmente postulados del Derecho Administrativo²⁶, los cuales se han argumentado desde hace más de cincuenta años y que no centran su atención en el servidor público como ser humano, sino como un medio a través del cual el Estado cumple sus funciones. Actualmente, estas ideas contrastan con la doctrina de los Derechos Humanos y con los postulados del Derecho Laboral que sí se centra en la tutela del trabajador como ser humano que es y cuyo único patrimonio es la fuerza de trabajo que ofrece y presta a cambio de una contraprestación denominada salario.

Los razonamientos expuestos en el Considerando IV de la sentencia en comento, que parten de la óptica del Derecho Administrativo, se desmoronan fácilmente si se toma en cuenta que los trabajadores de las Instituciones Oficiales Autónomas –que también son empleados públicos - desde hace más de 40 años, han podido sindicalizarse y celebrar contratos

²⁵ Del contenido de la sentencia se advierte que esta opinión no era compartida por la Segunda Designada a la Presidencia de la República y Encargada del Despacho Presidencial, por la Asamblea Legislativa, ni por la Magistrada Doctora Victoria Marina Velásquez de Avilés.

²⁶ Ver el Considerando IV, páginas 51-59 de la Sentencia.

colectivos de trabajo, sin perjuicio de la prohibición constitucional de la huelga que, para todos los empleados públicos y municipales, se ha mantenido desde 1950.

Seguramente los empleados del sector público, especialmente el sector organizado de ellos, no esperaban el fallo en el sentido en que se dictó. Seguramente –si estaban enterados del proceso- lo que esperaban era un fallo en función de las condiciones económicas, políticas, jurídicas y sociales del momento, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional.

En todo caso, hay que reconocer que un fallo en este sentido, exigía, de parte de la Honorable Sala de lo Constitucional, una interpretación progresista del Art.47 inciso primero de la Constitución de la República; una interpretación evolutiva y no originaria; es decir, interpretar en dicha disposición, no lo que pudo pretender el constituyente desde 1950, sino lo que actualmente es conveniente para alcanzar la democracia y la paz social.

Es obvio que la Honorable Sala de lo Constitucional tuvo -con este proceso- una excelente oportunidad para hacer una mutación constitucional²⁷ en el Art. 47 Cn, para cambiar la línea jurisprudencial en relación con el tema de la libertad de sindicalización en el sector público, transitando de una interpretación conservadora a una interpretación progresista de la referida disposición. Sin embargo, no lo hizo; confirmando así lo expresado por muchos trabajadores: en El Salvador prevalece una cultura antisindical, no sólo en la mente de los empleadores, sino también en la mente de los mismos trabajadores; y, lo que es peor aún, en la mente de los funcionarios y autoridades obligadas a proteger el libre ejercicio de los derechos sindicales, con excepción de la Procuraduría General de la República²⁸.

10. Reflexiones Finales

El Estado de El Salvador aún sigue en deuda frente a los servidores públicos (estatales y municipales), en cuanto al reconocimiento expreso y ejercicio de uno de los derechos humanos fundamentales: la libertad sindical.

²⁷ Bertrand Galindo, Francisco y Otros. Manual de Derecho Constitucional, Tomo I. San Salvador, Talleres Gráficos UCA, 1992. Págs. 206-208.

²⁸ Mesa permanente sobre la Situación Laboral en El Salvador de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Ob. Cit. Págs.104-144.

Ante tal situación, lo menos que puede esperarse es que la Asamblea Legislativa, que tomó posesión este primero de mayo, salde dicha deuda. Para ello debe ratificar, a la mayor brevedad posible, el Acuerdo de Reforma Constitucional N°1, de fecha 24 de agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial N°162, Tomo 372, de fecha 1 de septiembre de 2006, en el que se reforma el Art.47 de la Constitución de la República.

Con dicha reforma se estaría resolviendo el impedimento constitucional que la derecha política de este país ha utilizado de pretexto para impedir la sindicalización y contratación colectiva de los referidos servidores públicos.

Por otra parte, con la toma de posesión del presidente electo Mauricio Funes, el próximo primero de junio, quien ha llegado como candidato del partido político de izquierda Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y ha propuesto públicamente asumir una opción preferencial por los pobres, se espera que el panorama político, económico y social de todo el sector laboral, mejore sustancialmente en El Salvador.

Ciudad Universitaria, San Salvador, cuatro de mayo de dos mil nueve.

Referencias bibliográficas:

- Alberto Monge, José Luis y Otro. "El Empleado Público y la Legislación Laboral Vigente". Tesis. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. San Salvador, 1992.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. "Compendio de Derecho Laboral". Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta, 4ª Edición, actualizada por José N. Gómez Escalante. 2002.
- Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. Boletín de Estudios Legales. Ratificación de los Convenios No.87 y No.98 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). boletín No.50. antiguo Cuscatlán, febrero 2005.
- Larín, Arístides Augusto. "Historia del Movimiento Sindical en El Salvador". Revista La Universidad N°4, Julio-Agosto, 1971.
- Mesa permanente sobre la Situación Laboral en El Salvador de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. "Panorama General sobre el ejercicio de las Libertades Sindicales en El Salvador". San Salvador, 2004.
- Peces-Barba, Gregorio. "Derechos Fundamentales". Madrid, 1983.
- Universidad Centroamérica (UCA) Revista de Estudios Centroamericanos (ECA) 536. Sindicalización y huelga de los trabajadores del Gobierno e Instituciones autónomas. Junio 1993, Año XLVIII.
- Von Potobsky, Gerardo y Bartolomei de la Cruz, Héctor G. "La Organización Internacional del Trabajo". Editorial ASTREA. Buenos Aires. 1990.

Una introducción al derecho ambiental salvadoreño

Dr. Henry Alexander Mejía^o

A mi hija Alejandra
A mis abuelos que mi guían en la travesía de la vida

“...Lastimosamente la evolución del ser humano en la biosfera, es como la de un tejido canceroso dentro del cuerpo. Las células de ese tejido escapan al control orgánico y se multiplican a expensas de los demás tejidos. Si le preguntamos a las células cancerosas si le resulta ventajoso lo que están haciendo seguramente contestarían que sí, pero cuando acaban con el organismo, ellas morirán también” **Alan Gregg.**

SUMARIO: Abreviaturas y siglas. Presentación, 1. La preocupación del deterioro ambiental y la necesidad del surgimiento del Derecho ambiental. 2. Excurso sobre el origen y desarrollo del Derecho Ambiental. 2.1. Derecho internacional ambiental. 2.2. Derecho ambiental salvadoreño. 3. La protección Constitucional del Medio Ambiente y el reconocimiento del Derecho a un medio ambiente sano. 3.1. Titulares del Derecho de Medio Ambiente. 3.2. Límites al Derecho de Medio Ambiente. 4. El Medio Ambiente como objeto del Derecho ambiental. 5. Los caracteres del Derecho ambiental. 6. Los principios generales del Derecho ambiental. 6.1. Principio de cooperación. 6.2. Principio de prevención. 6.3. Principio de desarrollo sostenible. 6.4. Principio precautorio. 6.5. Principio “quien contamina paga”. 7. Instrumentos jurídicos al servicio de la protección del medio ambiente. 7.1. Instrumentos preventivos, 7.2. Instrumentos represivos y reparadores

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CC: Código Civil
CNUMAD: Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo
CONAMA: Consejo Nacional del Medio Ambiente
DE: Decreto Ejecutivo
DL: Decreto Legislativo
DO: Diario Oficial
DE: Decreto Ejecutivo
DL: Decreto Legislativo
DO: Diario Oficial
LMA: Ley del Medio Ambiente
OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SC: Sala de lo Constitucional.

^o Director y Profesor del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Presentación

Este trabajo se escribe en el marco de la realización del curso de Derecho ambiental en el Doctorado en Ciencias Jurídicas (itinerario de Derecho Público), impartido por la Universidad de El Salvador, donde el suscrito funge como profesor. Y tiene como objetivo, hacer una introducción muy puntual de los temas básicos de la reciente disciplina jurídica medio ambiental.

Por lo cual no pretendo acabar con la doctrina básica con estas cuartillas, sino ilustrar e introducir sobre temas iniciales, tales como los orígenes del Derecho ambiental en el ámbito internacional, por ser su punto de partida que da inicio la regulación de los grandes problemas ambientales de índole mundial, asimismo los comienzos de la legislación ambiental salvadoreña, el reconocimiento del Derecho fundamental a un medio ambiente sano, a partir de la Jurisprudencia de la SC, el objeto jurídico de la disciplina, como lo es el medio ambiente y sus diversas definiciones (amplias y restringidas), su caracteres que lo distinguen de otras ramas del derecho, y sus principios esenciales que devienen del Derecho internacional. Sírvase este documento, para la nueva generación de doctores, cuyo reto en su formación, le concierne ahora hacerlo a nuestra *“Alma Mater”*.

1. La preocupación del deterioro ambiental y la necesidad del surgimiento del Derecho ambiental.

Desde los orígenes mismos de la especie humana sobre el planeta, fundamentalmente con el descubrimiento del fuego, se inicio todo un proceso de transformación en el ambiente natural, fenómeno que con el tiempo, ha llegado afectar superlativamente, ya que ha ocasionado efectos nocivos en la calidad de vida de los seres humanos, y 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.

La degradación ambiental constituye un problema capital que ha alertado a la humanidad²⁹, despertándose la conciencia ambiental a nivel internacional desde hace

²⁹ El Salvador así como los demás países de América Latina, a pesar de contar con una variada y abundante diversidad biológica por el clima tropical que lo acoge ha sido sometido a una exagerada continúa y progresiva explotación de su riqueza forestal, aunado al crecimiento desmedido de su población, el acelerado proceso de erosión, la actividad irracional de la industria, la creciente contaminación, entre otros problemas ambientales, como la falta de prevención de los desastres naturales. El país es colocado en una posición nada alentadora por la ONU, tiene el segundo lugar de deforestación en el Hemisferio Occidental, superado únicamente por Haití, por tanto de no tomarse medidas adecuadas, a fin contrarrestar el problema, peligra el mantenimiento de un hábitat saludable y un medio ambiente sano. Vid, sobre esta preocupación nacional el Pronunciamiento de la Procuraduría

aproximadamente la mitad del siglo XX, sobre la explotación excesiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización, y los procesos urbanizadores con poca o ninguna planificación, como aspectos incontrolados que amenazan la capacidad asimiladora y regeneradora de la naturaleza. Los Recursos Naturales, hace algún tiempo era posible que fueran recuperados, pero en los últimos años esta situación cada día suele ser mas difícil, dado que en muchos casos la tasa de utilización es de mayor magnitud, en relación a su recuperación. Esto ha conllevado a reflexionar sobre la necesidad de cambiar la interrelación de la especie humana con la naturaleza³⁰, porque el hombre forma 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 ambiente, sobre todo las consecuencias de efecto invernadero y el calentamiento global, porque constituye una temible realidad que pone en peligro, no solo a la especie animal y vegetal, sino también a la supervivencia humana a corto plazo.

Como consecuencia de esto, surge la toma de conciencia generalizada sobre el problema medio ambiental propiciado por la civilización humana, por tanto se hace necesario instrumentalizar al derecho como medio regulador para lograr detener la degradación del ambiente y establecer los mecanismos de la protección y conservación del mismo, para garantizar el bienestar colectivo de las generaciones venideras. Así es así que a mediados del siglo veinte nace lo que hoy se conoce como Derecho Ambiental, como resultado de un proceso histórico, cuyos antecedentes datan desde tiempos antiguos de la humanidad³¹, pues

para la Defensa de los Derechos Humanos, sobre el *Proyecto de Construcción del anillo periférico "Tramo Planes de Renderos"* en Cuadernos de Derechos Humanos, Resoluciones e Informes de la PDHH, en el área de medio ambiente, 2002, El Salvador, p. 11.

³⁰ 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, Ed., Trivium, Madrid, 1991, pp. 6-7

³¹ GONZALEZ BALLAR, R., *El Derecho Ambiental en Costa Rica: Limites y Alcances*, San José, 1994, p. 1999, describen algunos antecedentes muy remotos que pueden considerarse reguladores de aspectos medioambientales, tales como: En Roma el Emperador Julio Cesar, prohibió la circulación dentro de los barrios romanos, para evitar el ruido que producían al rodar. En Oriente siguiendo la filosofía Taoista, se estipulan el respeto de todas las formas de vida, salvo cuando haya necesidad absoluta del hombre de no respetarlas. En China en el siglo IX, se aprecian varias sentencias tienen relación con la protección que el hombre le tenía que dar a los animales y las plantas. En el medioevo siglo XII Eduardo I reglamenta la emisión de humos en todo su reino. De igual forma SAQUENOD DE ZSOGÖN, S., *Iniciación al derecho ambiental*, 2ª Edición, Ed., Dykinson, 1999, pp. 41-42, dice que en la

desde siempre los seres humanos han sentido la necesidad de dar una respuesta a los problemas que afectan a su entorno, aunque es a partir de la revolución industrial cuando los problemas ambientales se acentúan hasta llegar hoy a constituir una preocupación fundamental derivada del rápido deterioro que está sufriendo el ecosistema humano.

El Derecho Ambiental, por su amplitud en su objeto de regulación: el medio ambiente (que detallaremos en *infra* epígrafe 4 de este trabajo), surge de la confluencia de varias ramas del Derecho³², entorno a una problemática común: La conservación del medio ambiente. Desde esta óptica, siendo el Estado el contralor de las relaciones entre el ser humano y los Recursos Naturales, es por ello que el Derecho Ambiental tiene una gran parte del derecho público inspirado de forma especial en el Derecho Administrativo, principalmente en la utilización de los bienes de uso público, como las zonas costeras marinas y los recursos minerales.

De igual manera tiene ingredientes de derecho privado especialmente donde se le añade la función ecológica al derecho a la propiedad, constituyéndose una limitante que

Ley de las XII Tablas se encuentra una disposición referida a los cuerpos de los hombres muertos no podían ser sepultados ni cremados en la ciudad, el Digesto Romano puede ser que sea el primer cuerpo de normas en mencionar el término contaminación tal como se le conoce en la actualidad estableciendo que “ofende las buenas costumbres quien echara estiércol a alguien o le manchara con cieno o lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio del público”. Así también el autor español JORDANO FRAGA, J., establecen otros antecedentes remotos de normas protectoras del medio ambiente, destaca en ese sentido “normas *interdictales*”; tales como el interdicto de *Cloacis-Digesto* 43.23.3-que permitían al demandante limpiar y reparar la cloaca ajena que le causase molestias; las reclamaciones por daños en el patrimonio producidos en ocasión de daños al entorno...” “...así mismo se previa la represión criminal por daños ocasionados al entorno, y se castigaba el que ofendiere las buenas costumbres, el que echara estiércol a alguien o le manchara con lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio publico digesto 47.1.1)...”, posteriormente en la edad medieval por medio de la Partida III, Título XXVIII, Ley III que determinó como “*res nullius*” cosa sin dueño a los animales salvajes, y en la edad moderna se dictaron normas tendientes a proteger los recursos naturales, fundamentalmente el recurso maderero. Al mismo tiempo, la preocupación por la salubridad del medio urbano y la aparición de las industrias como agentes contaminantes dieron lugar a la creación de las primeras normas de control, limitación de actividades insalubres, desde de una perspectiva de la intervención de la tutela de la salud publica. (*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 31 y ss.) en el mismo sentido Vid. LOZANO CUTANDA, B. *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*, tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 29-34

³² MADRIGAL CORDERO, P., *Derecho Ambiental en Centro América*, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1995, p. 20, en el mismo sentido JAQUENOD DE SÓGÓN, S., *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991, p. 351, señala que el derecho ambiental, es 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 interdisciplinar, no admite regimenes divididos y recíprocamente condicionan e influye, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes.

tradicionalmente se ha concebido como un derecho absoluto³³; a pesar que hay autores que niegan su autonomía, considerándolo como parte del Derecho Administrativo, es una rama del Derecho independiente, con su propio objeto de tutela: el medio ambiente, y tal como lo desarrollaremos en *infra* tiene sus características y principios jurídicos que los distingue de cualquier disciplina jurídica.

2. Excurso sobre el origen y desarrollo del Derecho Ambiental.

2.1. Desarrollo del Derecho internacional ambiental.

El surgimiento y el desarrollo del Derecho ambiental, se ha propiciado primordialmente en el ámbito internacional³⁴, por lo cual en este sentido pueden distinguirse, siguiendo a SANDS³⁵, cuatro fases (aunque en la actualidad ya son cinco fases, después del cumbre de Johannesburgo), que son el resultado de los procesos científicos, de la aplicación de nuevas tecnologías y de la cambiante estructura del orden jurídico y del sistema internacional³⁶.

La **primera fase** está concebida, desde a finales del siglo XIX-principios del siglo XX hasta 1945, es decir a finales de la segunda guerra internacional, en etapa, inicial que se califica como la prehistoria del Derecho internacional del medio ambiente (algunos autores le llaman la etapa del utilitarismo ambiental³⁷), está caracterizada por la aparición de tratados multilaterales de propósitos medio ambientales específicos y la conclusión preferente a tratados bilaterales, que se celebraron tales como: el convenio de Paris de 1902 sobre protección de las aves útiles para la agricultura³⁸; los convenios de Washington de 7 de febrero

³³ Vid. MADRIGAL CORDERO, P., op. cit., p. 20

³⁴ PEREZ, I., definen al derecho internacional ambiental como “la más nueva de las ramas del derecho internacional cuyo propósito es proteger el medio ambiente.” (*Derecho ambiental*, Ed., McGraw Hill, Bogotá, 2000, p. 37)

³⁵ Vid. al respecto: SANDS, P., *Principles of international environmental law*, Manchester University Press, Manchester, 1994, p. 8, en el mismo sentido RUBIO FERNANDEZ, E. M., “Expansión de la legislación ambiental: su dimensión internacional”, en AA.VV., *Justicia Ecológica y Protección del medio ambiente*, Coordinadora Teresa Vicente Jiménez, Ed. Trota, Madrid, 2002, p. 101 1

³⁶ Dentro de los autores que se han ocupado del estudio del derecho internacional ambiental, aparte de los autores que se citan en el presente apartado están: ALONSO GARCÍA, E. *International Environmental Law, Cases & Materials*, William and Mary College (11th Ed, 2004; GONZALEZ CAMPOS, J. et al., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 2002; *Environmental Law*, en “American Journal of International Law and Policy”, 351.

³⁷ JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed., McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 16

³⁸ Este convenio se dice que es el punto de partida en esta fase, nace en virtud de la demanda formulada, en 1868, al Ministerio de Relaciones Exteriores del Imperio Austro-Húngaro por un grupo de agricultores preocupados por la depredación de las aves insectívoras llevada a cabo por la industria del plumaje, muy desarrollada a raíz de la moda victoriana que imponía plumas a doquier. Solicitaban al emperador Francisco José la suscripción de un tratado internacional para proteger a las aves beneficiosas de la agricultura. Pocos años después, en 1872, el Consejo Federal Suizo planteó la

(celebrado entre el Reino Unido y Estados Unidos), y el de 7 de 1911 (entre Estados Unidos, Reino Unido, Rusia y Japón) sobre la protección de focas para peletería, y diversos tratados bilaterales fronterizos dirigidos a combatir la contaminación, que tomaron como modelo el Convenio sobre la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos de 11 de enero de 1909, celebrados entre Estados Unidos y Canadá. En esta época tan abnegada con el medio ambiente, vino a tener lugar el arbitraje de las focas peleteras del pacífico, cuyo laudo de 15 de agosto de 1853 sentó las bases del que le ha venido a ser uno de los dos principios principales que han marcado la evolución del derecho internacional del medio ambiente, como lo es la libertad del alta mar³⁹.

En los años, situados entre las dos guerras mundiales, se mantuvo un enfoque predominantemente utilitario y la continuidad en la celebración de un número creciente de acuerdos sobre aguas fronterizas, también por la introducción de nuevas direcciones que influirían en el desarrollo posterior del Derecho ambiental internacional. En esa nueva actividad se derivó, sobre todo la adopción de los convenios regionales, para mencionar algunos: la Convención de Londres de 1933, relativa a la preservación de la fauna y flora en su estado natural, aplicable exclusivamente al África colonial y la Convención de Washington de 12 octubre de 1940, sobre la Protección de la naturaleza y preservación de la vida salvaje en el Hemisferio Occidental. A esta época corresponde, igualmente, la Convención de Londres sobre la reglamentación de la caza de la ballena, de 24 de septiembre de 1931, en este convenio su enfoque era más económico que ecológico, aunque se establecieron en el mismo, medidas tendientes a conservar las especies, su propósito fundamental era establecer un mercado estable de los productos balleneros.

Posteriormente, se viene la **segunda fase**, que data desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas y sus Agencias Especializadas en 1945, hasta la Conferencia de Estocolmo. En este periodo las organizaciones internacionales a nivel regional y mundial comienzan a actuar, a fin de preservar el medio ambiente. Inicialmente en esta fase al terminar la segunda guerra mundial se produjo un cierto avance en la historia del derecho ambiental internacional, al mantenerse una consideración más sistemática y específica del

creación de una comisión internacional para la redacción de un acuerdo de protección de aves. Todas estas inquietudes tuvieron favorable acogida en 1884 cuando se reúne la comunidad ornitológica internacional en un congreso que se convoca en Viena. Con estos antecedentes se prepararon las bases para que en 1902 se pudiera firmar en París. ZEBALLOS DE SISTO, M^a C., *El derecho ambiental internacional: Un esquema de su evolución*, Buenos Aires, 1996, puede consultarse en la página Web: www.cedha.org.ar

³⁹ RUBIO FERNANDEZ, E. M., op. cit. p. 101

medio ambiente, si bien centraba en áreas geográficas reducidas y desposeída de una concepción global, total y unitaria del mismo⁴⁰.

Este cambio, no fue espontáneo continuaba existiendo un cierto grado de preocupación por la devastación ambiental, pero la perspectiva desde la cual se asumía no era la de salvaguardar el planeta, sino la de preservar los espacios nacionales de las perjudiciales consecuencias que se estaban derivando de la lógica antiambiental imperante en aquellos momentos, para el caso están los efectos nocivos de las bombas de atómicas de *Hiroshima* y *Nagasaki*, por parte de los Estados Unidos⁴¹.

Entre los numerosos acuerdos internacionales de carácter ambiental que tuvieron lugar en esta época pueden destacarse, en primer término, el Convenio de Londres para la prevención de la contaminación de hidrocarburos, el Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre la pesca y conservación de alta mar, que introdujo cuestiones innovadoras para la conservación de los recursos marinos. También, se emprendieron nuevas acciones tendentes a solventar el fracaso de medidas de conservación de determinadas especies, adoptadas con carácter previo, como fueron la adopción de la Convención internacional de Washington para la reglamentación de la caza de ballenas de 2 diciembre de 1946, y la creación de la Comisión de Ballenera Internacional, luego dicta la Convención provisional de Washington sobre la conservación de las focas peleteras del Pacífico Norte.

En este apartado se puede citar la recomendación III-VIII de las partes consultivas del tratado de la Antártica de 1964, sobre las medidas acordadas para la conservación de la fauna y flora antárticas. De igual forma se destaca el Convenio *Ramsar* de 2 febrero de 1971, o Convención relativa a las Humedades de Importancia internacional especialmente como Habitats de Especies Acuáticas que fue el primer tratado internacional que establece medidas para la conservación de un tipo especial de ecosistema⁴².

Dentro de los principales eventos para la institucionalización del derecho ambiental a nivel Internacional, dignos de mención se tienen: el congreso constitutivo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza convocado por Francia en 1948; la conferencia científica de las Naciones Unidas sobre la conservación y utilización de los recursos en Nueva York, en Diciembre de 1949; el acuerdo internacional para la prevención de la contaminación del mar por el petróleo, en mayo de 1954; la creación de la Agencia

⁴⁰ LOZANO CUTANDA, B., op. cit., p 40

⁴¹ RUBIO FERNANDEZ, E. M, op., cit., p.111

⁴² Vid. Convenios Internacionales de Protección de la naturaleza y biodiversidad, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCIA, E., Y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Ed., Iustel, Madrid, 2005

Internacional de la Energía en 1956, la Conferencia Intergubernamental de expertos sobre bases científicas para el uso racional de los recursos de la biosfera en París 1968⁴³.

Sin embargo el impulso trascendental a nivel mundial que le dio tratamiento a los problemas de la conservación del ambiente fue la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas preparatoria de la conferencia de Estocolmo en 1968⁴⁴, que dio lugar a la celebración cuatro años después, de la primera “Cumbre de la Tierra”: La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972. La Conferencia de Estocolmo marca el inicio de la **tercera fase**, que abarca hasta la Conferencia de Río de Janeiro de 1992⁴⁵.

Las conclusiones de la Conferencia se plasmaron en un Declaración, conocida como “Declaración de Estocolmo” que constituye para muchos autores el punto de partida del derecho ambiental moderno. Para su aprobación por los Estados partes, hubieron de vencerse serias resistencias, que ya se habían hecho sentir a lo largo de las reuniones anteriores por parte de los países industrializados. Constituyó un gran hito del desarrollo internacional del medio ambiente,⁴⁶ fue el inicio de la conciencia global y sistemática de la naturaleza a escala mundial superándose el utilitarismo y la visión sectorial y regional del medio ambiente; dando como resultado que algunos de Estados reconocieran en sus ordenamientos jurídicos el Derecho a un ambiente sano, inspirado en el primer principio de tal declaración que dice:

“El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas, en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.”

La Conferencia de Estocolmo, abrió paso para que, a finales de 1972, la Asamblea General de las Naciones Unidas, creara el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA por sus siglas en castellano), teniendo su sede en Nairobi, estando compuesta por un Consejo de Administración, integrado por 58 miembros elegidos por la

⁴³ BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho Ambiental: Fundamentación y Normativa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. p. 4

⁴⁴ La Asamblea de la ONU recogía el contenido de la resolución 1346 (XLV) del Consejo Económico y Social, aprobada en su 45ª sesión, en la cual se recomendaba convocar dicha conferencia ante la necesidad urgente de llevar a cabo una acción intensificada a escala nacional e intencional para limitar y, en la medida de lo posible, eliminar el deterioro del medio ambiente, dado su carácter esencial para el desarrollo económico y social. Vid. RUBIO FERNANDEZ, E. M, op. cit., p.111

⁴⁵ Conferencia de Medio Ambiente y Desarrollo: Estocolmo, Río, y Johannesburgo, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCIA, E., Y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Ed., Iustel, Madrid, 2005

⁴⁶ BUSTAMANTE ALSINA, J. op, cit., p. 5

Asamblea General de Naciones Unidas, que hoy en día juega un papel importante en desarrollo del derecho internacional ambiental⁴⁷.

Como consecuencia, en esta etapa, la Comunidad Europea, los jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Paris, celebrada del 19 al 21 de octubre de 1972, vincularon los conceptos de calidad de vida y protección del medio ambiente, afirmaron la necesidad de establecer una política comunitaria de medio ambiente, reconocieron que la protección ambiental era uno de los objetivos del tratado de la Comunidad Económica Europea, e invitaron a las instituciones europeas a establecer antes del 31 de julio de 1973, un programa de acción sobre el tema en cuestión⁴⁸.

En este periodo, se da un espectacular desarrollo del Derecho ambiental internacional, ya que se emiten nuevos instrumentos internacionales de protección ambiental, algunos promovidos por PNUMA, o bien se adoptaron al margen de esta institución, pero dentro del sistema de las Naciones Unidas, tanto a escala regional y universal. Entre los tratados celebrados al margen de esta institución, pero dentro del sistema de las Naciones Unidas, podemos destacar el Convenio de Londres de 1972 sobre la prevención de la contaminación de mar por vertimiento de desechos y otras materias; el convenio MARPOL 73//78, que entró en vigor en 1983, para prevenir la contaminación marina causada por buques; la Convención de Washington de 1973 sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (conocidas como CITES); La Convención de Paris de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y cultural, y el Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982, que fijó el marco jurídico para la protección de los recursos marinos; el Convenio de Viena para la protección de la capa de

⁴⁷ Programa de las Naciones Unidas para el medio Ambiente, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCIA, E., Y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Ed., lustel, Madrid, 2005

⁴⁸ La Comunidad Europea, adopta el primer programa de acción sobre medio ambiente para el quinquenio 1973-1977, en el señalaron los principios de esta política comunitaria y los sectores de actuación prioritaria (sustancias contaminantes, flora, fauna etc.) que fueron recibiendo un mayor desarrollo en los programas sucesivos (segundo programa para 1977-1081, tercer programa para 1982-1986, cuarto programa para 1987-1992, quinto programa 1993. 2000. A pesar que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, incluían algunas referencias sectoriales ambientales, fue la Acta Única Europea de 1986, la que expresamente declaró la competencia comunitaria en estos temas, incorporando al texto del tratado de la Comunidad Europea el ahora Título XIX, titulado "Medio Ambiente" art. 174-176, el cual se establecieron los objetivos, principios e instrumentos de acción de la Comunidad, respecto a la protección del medio ambiente. No obstante, su consideración expresa como política comunitaria tuvo que esperar al tratado de la Unión Europea (Tratado de *Maastricht* de 1992) que incluyó el medio ambiente en los artículos 2 y 3.1, de esta forma el medio ambiente se configuró como una política que habría de estar presente en la configuración y desarrollo del resto de políticas comunitarias. Vid. RUBIO FERNANDEZ, E. M, op., cit., pp. 123-124. también puede verse al respecto: Comunidad Europea: objetivos, principios y condiciones de la acción ambiental comunitaria, en Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCIA, E., Y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Ed., lustel, Madrid, 2005

ozono⁴⁹, y el convenio de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 22 de marzo de 1989.

La impronta de Estocolmo marca la redacción de la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada el 28 de octubre de 1982 por la Asamblea General de la ONU, en la que se establecieron diversos principios y reglas mundiales para la conservación de la naturaleza con un carácter debidamente ecológico, superador de la visión antropocentrista⁵⁰. También estableció en 1983 una comisión mundial sobre el medio ambiente y desarrollo, presidida en aquel entonces por la ministra noruega HARLEM BRUNDTLAND, a fin de examinar los problemas más grandes del planeta. Este informe es publicado en 1987, con el título "nuestro futuro común", más conocido por "informe *Brundtland*", lo cual puso en relieve problemas ambientales que amenazan nuestra supervivencia humana e hizo importantes propuestas de futuro donde se destaca que el desarrollo económico debe estar en armonía con la preservación del medio ambiente, para salvaguardar las presentes y futuras generaciones. Cinco años después iba ser retomado y reafirmado por la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, precisamente al cumplirse el vigésimo aniversario de la conferencia de Estocolmo lo cual da inicio a la **cuarta fase** que llega hasta nuestros días.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, resolvió convocar la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), la segunda "Cumbre de la Tierra", la cual se realizó en Río de Janeiro entre los días 3 y 14 del mes de junio. Fue considerada una de las más grandes convocatorias internacionales de la historia porque contó con la asistencia de ciento seis Estados, más de cincuenta organizaciones intergubernamentales y varios miles de organizaciones no Gubernamentales⁵¹. No obstante, estuvo contradicha por los sectores políticos y económicos de las naciones más poderosas del mundo, fundamentalmente por sus avances tecnológicos que conllevan deterioro al medio ambiente, y los compromisos que se iban adquirir implicaba una responsabilidad de gran escala, como lo es promover desarrollo económico, pero sin contaminar.

⁴⁹ El origen de este convenio residió en la constatación de que en la zona de la antártica había aparecido el primer agujero en la capa de ozono, en virtud de las emisiones humanas de Clorofluorocarbonos (CFC). Vid. por todos: MARTIN ARRIBAS, J.J., *La degradación de la capa de ozono: un enorme desafío para la comunidad internacional*, en "Revista Española de Derecho Internacional" N°. 2, pp. 533 y ss.

⁵⁰ Una vez se puso en marcha por el PNUMA, el Fondo Mundial para la Vida Salvaje y la Unión para la Conservación de la naturaleza y de los Recursos Naturales, se ponía en relieve la imposibilidad de la supervivencia humana si no se conservaba la naturaleza y sus recursos, que tal conservación no podía conseguirse a menos que se tomara medidas para eliminar la pobreza del planeta y se introduce por vez primera el concepto de desarrollo sostenible, lo cual fue respaldada por el Secretario General de Naciones Unidas.

⁵¹ BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit. p.26

Entre las novedades de la CNUMAD fue poner en acción efectiva a sectores no ecologistas como las personas de negocios o empresarios, también a gobiernos que eran indiferentes con la problemática ambiental, al haber sustituido la convención ambientalista que primó hace veinte años en Estocolmo, por un nuevo ingrediente: el desarrollo sostenible⁵², con el propósito de preservar la calidad de vida de los presentes y futuras generaciones, armonizando el progreso humano con la preservación del ambiente, así lo confirma en el principio 1 de la Declaración de Río.

Dentro de las consecuencias de la Declaración de Río, fue la apertura a la firma del Convenio marco sobre cambio climático y el Convenio sobre biodiversidad, con considerable éxito. El texto de ambos había resultado de elaboración y adopción previas y las posiciones encontradas en sus respectivas negociaciones dieron resultados diversos. En el primero, tras arduas discusiones, se consiguió adoptar compromiso de lograr la estabilización de las concentraciones de los gases de efecto invernadero, y los generadores del calentamiento global, no contemplados en el Protocolo de Montreal del convenio sobre la capa de ozono, y la cuantificación de las emisiones límite para alcanzarlo o la fijación de un calendario que marcara las metas parciales a conseguir. En el segundo recogió en su texto muchas propuestas de los países en desarrollo, teniendo como principales objetivos la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa de la utilización de los recursos genéticos⁵³.

También como resultado se tiene la Agenda 21, constituye el texto como mayor visión futurista que se adoptó en Río. Es un documento jurídicamente no vinculante, estructurado en cuatro partes principales, que ha su vez se divide en cuarenta capítulos. Está configurado como un programa de acción global para el siglo XXI, lo cual involucra a todos los sectores ambientales, materializado hacia el desarrollo sostenible, desde una perspectiva universal, regional y nacional.

⁵² 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 regimenes 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...”

⁵³ La Convención sobre cambio climático fue firmada durante la Conferencia por 156 Estados, entrando en vigor el 21 de marzo de 1994. el convenio sobre diversidad biológica lo fue por 158 Estados, y su entrada en vigor se produjo el 29 de diciembre de 1993. Ambos Convenios El Salvador los ha ratificado.

En 1995, en la primera Conferencia de las Partes que se celebró en Berlín, se decidió negociar un Protocolo que contuviese medidas de reducción de las emisiones para el periodo posterior al año 2000 en los países industrializados, a raíz de un grupo de trabajo *ad hoc*, el Protocolo fue adoptado el 10 de diciembre en 1997 en la tercera Conferencia de las Partes celebrada en Kyoto, por lo que es conocido como “el *Protocolo de Kyoto*”, lo cual entró en vigor en julio de 2004. El máximo propósito es reducir la emisión de gases de los países altamente industrializados, para disminuir el efecto invernadero que amenaza la calidad de vida del planeta⁵⁴.

Luego la Asamblea General de las Naciones Unidas autorizó la celebración de la Cumbre Mundial sobre desarrollo sostenible, en Johannesburgo Sudáfrica en el año 2002, algunos consideran que es la **quinta fase**, ya que tuvo como propósito dar un nuevo impulso al logro de los objetivos que diez años antes se habían dictado en la Cumbre de Río de 1992, de ahí su nombre Río+10 por celebrarse una década después. Se enfatizó en la necesidad de trabajar en la educación ambiental, erradicación de la pobreza, multilateralismo internacional, efectos de la globalización y en el plan de acción de desarrollo sostenible de acuerdo con las decisiones adoptadas por los Estados en la presente Cumbre. Sin embargo, hasta el momento los frutos esperados no han llegado, ya que la degradación ambiental a escala internacional persiste.

2.1. Evolución del Derecho ambiental en El Salvador.

El Salvador una vez se independizó de la Corona Española el 15 de septiembre de 1821, no emitió normas, a fin de regular la conducta humana de la población salvadoreña de forma inmediata, esto se dio porque, fue un proceso de sustitución gradual de la normativa dictada en la época de la conquista por los reinos de Las Indias y las Leyes de Castilla⁵⁵. Esta normativa se aplicaban de forma supletoria, por las primeras leyes dictadas por la República Federal de Centroamérica instaurada en 1824, que estuvo conformado por (Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador), pero al disolverse, por Decreto del Congreso Federal en 1838, el Estado de El Salvador, esperó hasta 1841, para constituirse como Republica libre e Independiente, es decir como Estado Unitario, con la Constitución de ese mismo año.

En consecuencia, es a partir de aquí, podría decirse que se dictan en el país las primeras normas de protección ambiental, aunque su propósito primordial es proteger el

⁵⁴ Al respecto vid. Convenio Marco de las Naciones unidas sobre cambio Climático y Protocolo de Kyoto, en, Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCIA, E., Y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Ed., Iustel, Madrid, 2005

⁵⁵ RODRIGUEZ RUIZ, N., *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, Ed.,Universitaria 1960, p. 177

derecho a la salud, pues en el artículo 62 de la referida Constitución de 1841, prescribía: “Régimen Municipal” que estipulaba el objetivo del poder municipal “*la conservación, progreso, salubridad, comodidad y ornato de sus vecindarios.*” Se entendía por poder municipal por el conjunto de vecinos que estuviesen en el ejercicio de los derechos ciudadanos, lo cual era ejercido por el Alcalde municipal que era electo por el gobierno.⁵⁶

Luego con el *Acuerdo Gubernamental* N° 25 de 1855 se estableció en el numeral 2° “*se prohíbe desde ahora y para siempre conocer bajo ningún título, ni pretexto uso de propiedad de manantiales y fuentes, cuyas aguas podrían evaporarse y desaparecer, con gran perjuicio de la población...*”, lo cual debe considerarse como unas de las primeras regulaciones para proteger el recurso hídrico. Asimismo, en el *Código de Justicia Criminal* de 1859, se protegían Bienes como la salud castigándolos penalmente en los (art. 256, 257 y 258) y los recursos naturales en el Libro Tercero de las Faltas, se estipulaban multas por cazar y pescar en zonas prohibidas, también infracciones administrativas sobre el irrespeto de los parques, árboles y frutos que estos producían.

Subsiguientemente con la *Ley de Policía* de 12 de mayo de 1859, en su parte preliminar, art. 2 numeral 5, le otorgan competencia a la Policía Nacional para cuidar el aseo y ornato público, garantizar la propiedad, la caza y la pesca y proteger la agricultura, y el art. 11 numeral 4, del mismo cuerpo normativo también establecía que los inspectores de policía debían de vigilar que no se incendiaran los campos y pastos al margen de los ríos, además velar para que no se vertieran sustancias venenosas dentro de éstos.

Al promulgarse el *Código Civil* el 14 de abril de 1860⁵⁷, (en adelante CC.) aun vigente hasta la fecha, se regularon las formas de adquirir el dominio de las especies animales⁵⁸, así como de los frutos naturales, en Libro Segundo Título I “De las varias Clases de Bienes” (art. 560 y ss. CC.), Título IV “de la Ocupación” (art. 587 y ss. CC). El CC en alguna medida reguló de forma genérica el aprovechamiento de los recursos hídricos, suelo, flora y fauna, pero sin ninguna perspectiva ambiental, por concebir de manera absoluta el derecho de propiedad⁵⁹.

⁵⁶ Vid. BERTRAND GALINDO, F., *et. al. Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador, p. 986

⁵⁷ Gaceta Oficial N° 85 Tomo 8 del 14 de abril de 1860

⁵⁸ Cabe aclarar que, con la Promulgación de la ley de la Conservación de Vida Silvestre de 1994 (D.L. N° 844 del 14 de marzo de 1994, publicado en el D.O. N° 96, Tomo 323 de 25 de mayo del mismo año) quedaron derogadas de forma tácita dichas regulaciones, especialmente aspectos sobre la transmisión de las especies animales, puesto que ciertas especies gozan de protección Estatal a fin de proteger su conservación en los ecosistemas naturales, pues algunas de éstas se encuentran amenazadas y en peligro de extinción.

⁵⁹ Los redactores del CC, se inspiraron en el código civil de Chile, que ya había sido creado en 1857, influenciado en gran medida por el Código de Napoleón de 1804; en consecuencia el CC salvadoreño acoge la misma estructura del código chileno; lo cual también nuestras raíces provienen del referido código francés.

En 1906 se dicta una *Ordenanza Municipal, sobre aseo, calles públicas y construcción de edificios, en San Salvador*, lo cual fue de mucha utilidad su aplicación, después de los efectos del terremoto de 1917 que azotó a la ciudad, por el aseo de escombros y ripios que dejó el movimiento telúrico. Esta norma fue complementada con el *Código de Sanidad de 1930*, pues su art. 50, estipulaba como objetivo velar por la salubridad e higiene pública y regular los vertederos de agua sucias en los ríos⁶⁰.

La *Constitución de 1950*, introdujo derogaciones al CC, en cuanto al recurso suelo, ya que éste concebía que el propietario del fundo, era además dueño del suelo y subsuelo. El art. 8, de la referida constitución estableció que el subsuelo ahora le pertenece al Estado, lo cual éste sería el encargado de proteger y explotar los mantos acuíferos, para el bienestar colectivo. Otras de las derogaciones tácitas del CC, fue respecto a la propiedad de los ríos, pues éstos eran concebidos como propiedad de los particulares, siempre que la vertiente naciera y terminara dentro de los límites de la heredad. (art. 576 CC). Con la promulgación de *la Ley de Riego y Avenamiento de 1970*⁶¹, se estableció por medio del art. 3, que los recursos hidráulicos⁶² como bienes nacionales.

En el año de 1973, se dicta la *Ley Forestal*⁶³, las cuales puede decirse que era una ley con mayor contenido ambiental, su finalidad era regular el aprovechamiento, explotación y protección de los recurso forestales⁶⁴. El art. 9 de la ley crea el Servicio Forestal y de Fauna, como dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, lo cual se le otorgan como

⁶⁰ FARFÁN MATA, E.B., *et. al, Eficacia de los Instrumentos de Gestión Ambiental en El Salvador para la Protección del Medio Ambiente*, tesis, para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, 1999, pp. 58-59, en el mismo sentido de manera reciente CRUZ CHAVEZ, S. P., *et al, Eficacia de los controles constitucionales que se ejercen ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de El Salvador en relación a la protección del medio ambiente*, Tesis para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, dirigida por HENRY ALEXANDER MEJIA, 2007.

⁶¹ D.L. N° 153 de 11 de noviembre de 1970, publicado en el D.O. N° 213, Tomo 229 de 23 de noviembre del mismo año. Esta ley estipuló como excepción las aguas lluvias captadas en embalses artificiales construidos por particulares, luego es ampliada por el reglamento de la ley de 1973 que permite el sin autorización alguna abrir pozos para llevar aguas dentro de sus fincas para usos comunes.

⁶² El art. 3 de la *Ley de Riego y Avenamiento*, establece que son recursos hidráulicos “las aguas superficiales y subterráneas, ya sean corrientes o detenidas incluyendo los álveos o causes correspondientes.”

⁶³ D.L. N° 268 del 8 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 50, Tomo 238 de 13 de marzo del mismo año.

⁶⁴ Algunos artículos debieron ser desarrollados por medio del reglamento general de la ley, lo cual nunca fue dictado, el único que se dictó fue el desarrollo del art. 30 de la ley, y es Reglamento para el establecimiento de salineras y explotaciones con fines de acuicultura marina en los bosques salados, emitido por D.E. N° 14, de 1 de abril de 1986, publicado en el D.O. N° 29, Tomo 291, del mismo año.

atribuciones todas las concernientes al ramo forestal en la que se destacan, preservar los parques nacionales, las reservas forestales y las zonas protectoras del suelo⁶⁵.

En el mismo año, se promulga el *Código Penal*, lo cual en los artículos 346, 353 y 355, se tipifican como delitos las acciones cometidas contra los recursos naturales, entre ellos el suelo, acciones contra la salud pública, la difusión de enfermedades, además sanciona la omisión de dar aviso a la autoridad competente en el caso de apareamiento de cualquier enfermedad, tanto a los particulares como autoridades administrativas.

Al inicio de la década de los 80, se lleva a cabo un proceso de reforma agraria en nuestro país, a través de la *Ley Básica de la Reforma Agraria*⁶⁶, que reconoce y garantiza la propiedad privada en función social, estableciendo entre los requisitos para establecer que un propiedad esté cumpliendo tal fin, en el art. 1 letra d “*que se manejen, conserven y protejan apropiadamente el suelo, el agua y demás recursos naturales*”. Con posterioridad se dicta la *Ley de actividades pesqueras*⁶⁷, que regula el aprovechamiento de la pesca artesanal, tecnificada, científica, con la debida autorización de la Dirección General de Recursos Pesqueros (arts. 31, 34, 46 y 47) y el reglamento⁶⁸ de la ley en los arts. 25, 28-35, 45,54 y 61 establece las limitaciones al aprovechamiento a los recursos marinos, tales como: vedas y prohibiciones de la utilización de instrumentos de pesca que puedan dañar los ecosistemas marinos.

Con la creación del *Código Municipal*⁶⁹ de 1986, le confiere atribuciones a las municipalidades (art. 4 numeral 5,10 y 22) la promoción de programas de salud, como saneamiento ambiental, prevención y combate de enfermedades; incremento y protección de los recursos naturales renovables; la autorización y regulación de animales domésticos y salvajes. Por lo que el municipio deberá tomar dentro de su circunscripción territorial todas estas medidas necesarias emitiendo las ordenanzas que fueren necesarias⁷⁰.

A principios de la década de los noventa, la problemática ambiental se aborda desde una perspectiva a nivel centroamericano, y los gobiernos suscriben el Convenio Constitutivo de la *Comisión Centro Americana de Ambiente y Desarrollo*, como consecuencia de éste,

⁶⁵ FARFÁN MATA, E. B., *et. al.*, op., cit., p. 61

⁶⁶ Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 153 de 5 de marzo de 1980, publicado en el D.O. N° 46, Tomo 266, del mismo día y año.

⁶⁷ Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 799 del 14 de septiembre de 1981, publicado en el D.O. N° 169, Tomo 272 del 14 de septiembre del mismo año.

⁶⁸ Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N82 del 26 de septiembre de 1983, publicado en D.O N° 194, Tomo 281 de 20 de octubre del mismo año.

⁶⁹ D. L. N° 274 del treinta y uno de enero de 1986, publicado en D.O N° veintitrés, Tomo doscientos noventa de cinco de febrero del mismo año.

⁷⁰ Dentro de este marco se ha desatacado la Ordenanza municipal dictada por el Concejo Municipal de Nueva San Salvador (ahora Santa Tecla) la *Ordenanza para la protección preservación de los recursos naturales renovables* en 1989 (Decreto N° 5 de 12 de mayo de 1989)

surge el compromiso de crear en cada uno de los países un organismo responsable de la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, por tanto nuestro país en 1990⁷¹, se instituye el *Consejo Nacional del Medio Ambiente* (CONAMA), encargado de velar por la coordinación y seguimiento de la gestión ambiental, así como la elaboración, desarrollo y cumplimiento de la estrategia nacional del medio ambiente⁷².

Para un mejor cumplimiento de sus fines, el CONAMA, en 1994 crea la *Secretaría Nacional del Medio Ambiente*, encargada ejercer la política ambiental (conservación y restauración del medio ambiente) en nuestro país, lo cual tuvo vida hasta, el año de 1997 donde el Consejo de Ministros, haciendo uso de su potestad reglamentaria reforma el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y crea el *Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales*⁷³. Por tanto todas estas funciones administrativas de protección del medio ambiente pasan a formar parte al referido Ministerio.

Un año más tarde, tras cuatro años de discusión en la Asamblea Legislativa, en mayo de 1998, entra en vigencia la LMA, lo cual tiene como propósito normar la gestión ambiental, como obligación básica del Estado, los municipios y los habitantes en general, así como asegurar la aplicación de los tratados internacionales, celebrados y suscritos por El Salvador. Además de afrontar la problemática de la degradación ambiental de forma integral, y define las distintas atribuciones del Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, para salvaguardar el medio ambiente en El Salvador.

En el mes de marzo de 2000 el Presidente de la República haciendo uso de su potestad reglamentaria, conforme al art. 168 ordinal 14 emite el Reglamento General de la LMA⁷⁴, a fin de garantizar la aplicación y ejecución de la LMA.⁷⁵, en mayo del mismo año el Presidente dicta los Reglamentos siguientes: *Reglamentos Especiales de Ejecución de la LMA, los cuales son: Reglamento Especial sobre el Control de las Sustancias Agotadoras de*

⁷¹ D.E. N° 73 del 18 de diciembre de 1990, publicado en el D.O. N° 8, Tomo 310 del 14 de enero de 1991

⁷² Esta institución participó en la Declaración de Río, como representa de nuestro país.

⁷³ D.E. N27 del 16 de mayo de 1997, publicado en el D.O. n88, Tomo 335, de la mismo día y año.

⁷⁴ D. E N° 17, del 21 de Marzo de 2000, publicado D.O. N° 73 Tomo 347 del 12 de abril del mismo año.

⁷⁵ Dentro del desarrollo del derecho ambiental salvadoreño, también se han ratificado tratados internacionales, los cuales forman parte del ordenamiento ambiental salvadoreño, en donde se destacan, en su orden cronológico los siguientes: Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas de los países de América. (1940);); Convención internacional de protección fitosanitaria (1951); Convención internacional de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre (1973); Convenio de Viena para protección del ozono (1985); protocolo de Montreal relativo a sustancias agotadoras de la capa de ozono (1987); Convenio Centro americano para la protección del medio ambiente. (1989); Convenio de Basilea para el control transfronterizo de desechos peligrosos (1989); Convenio Internacional sobre cooperación prevención y lucha contra la contaminación por hidrocarburos (1990); Convenio sobre la diversidad biológica (1992); Convenio Marco de las naciones Unidas sobre el cambio climático (1992), y Protocolo de Kyoto sobre el cambio Climático (1998).

la Capa de Ozono; Reglamento Especial de Aguas Residuales; Reglamento Especial de Normas Técnicas de calidad ambiental; Reglamento Especial en Materia de Sustancias, Residuos, y Desechos Peligrosos; Reglamento Especial Sobre Manejo Integral de los Desechos Sólidos. Finalmente en el año 2004, decretó el *Reglamento Especial sobre la Compensación Ambiental*, teniendo como propósito el de dictar normas que reconozcan formas directas de compensación ambiental, las cuales faciliten el desarrollo de un sistema de cobros y pagos por servicios ambientales y el marco que corresponde a las actuaciones de los Agentes Especializados, coadyuvando al apoyo a las actividades productivas ambientales sanas y mecanismos de financiamiento de la gestión ambiental.

En el año 2002 se promulga la *Ley Forestal*⁷⁶, la cual tiene por objeto establecer disposiciones que permitan el incremento, manejo y aprovechamiento en forma sostenible de los recursos forestales y el desarrollo de la industria maderera. Esta ley declara de interés económico el desarrollo forestal del país desde el establecimiento de la población hasta el aprovechamiento final y todas sus formas de valor agregado, y busca establecer las condiciones para estimular la participación del sector privado en la reforestación del territorio nacional con fines productivos, quedando fuera de esta regulación las Áreas Naturales Protegidas y los Bosques Salados.

Esto en virtud, que a inicios de febrero de 2005 se emite la Ley de Áreas Naturales Protegidas⁷⁷, cuyo objeto es uniformar el régimen legal de administración, manejo e incremento de las áreas naturales protegidas, con el propósito de conservar la diversidad biológica y asegurar el funcionamiento de los procesos ecológicos y perpetuando así los sistemas naturales, a través del manejo sostenible para beneficio de los habitantes.

3. La protección Constitucional del Medio Ambiente y el reconocimiento del Derecho a un medio ambiente sano.

En el desarrollo del constitucionalismo salvadoreño⁷⁸ la preocupación de proteger el medio ambiente de manera directa ha sido tardía⁷⁹, sin embargo ha sido regulado de manera indirecta,

⁷⁶ D.L. 852, del 30 de mayo de 2002, Publicada en el D.O No. 110, Tomo No. 355, del 17 de junio de 2002.

⁷⁷ D.O. N° 32, Tomo N° 366, del 15 de febrero de 2005

⁷⁸ Sobre un amplio desarrollo del constitucionalismo salvadoreño: Vid. MENDEZ, J. M., *El Constitucionalismo y la Vida Institucional Centroamericana*, en "Seminario de Historia Contemporánea de Centroamérica", Ed. Universitaria, San Salvador 1964, y BERTRAND GALINDO, F., *et. al.*, op. cit., p. 986

⁷⁹ A pesar que el establecimiento, en marco constitucional del derecho a un ambiente sano, ha sido a finales de la década de los setenta, donde se encuentran antecedentes en algunas constituciones, que fueron dictadas por los Estados socialistas, tales como: La constitución de Hungría de 1949 pretendía hacer efectiva el derecho a los ciudadanos a la protección de su vida, su integridad corporal y su salud

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

Es la Constitución de 1983⁸⁰, la estipuló por vez primera, en el art.117,⁸¹ la obligación estatal de la protección, conservación y restauración de los recursos naturales, lo cual el constituyente la separa de la tutela del Derecho a la salud. Del mismo modo, ha establecido, otras disposiciones, que alguna medida, determinan la protección del medio ambiente, tales como el art. 60 inciso segundo que establece “*En todos los centros docentes (...) será obligatoria la enseñanza de (...) la conservación de los recursos naturales*”; el art. 65 “*la Salud de los habitantes de la República constituye un bien público...*”; el art. 113 “*será fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales...*”. Sin embargo, tal como se

(art.57.2) Después incluía entre los deberes de los ciudadanos el de proteger los valores naturales y culturales del país.(art. 69) .La Constitución de Polonia de 1952 estableció que los ciudadanos tienen derecho al aprovechamiento de los valores del ambiente natural y el deber de defenderlo (art. 71) La Constitución de Yugoslavia de 1974 preveía “...que todos (...) tiene el derecho y el deber de asegurar las condiciones para preservar y desarrollar los valores del medio ambiente humano creados por la naturaleza...”(art. 87); insistía mas adelante que “... el hombre tiene derecho a un ambiente salubre...” (art. 192) y “... todos tendrán derecho a conservar la naturaleza y sus bienes, los objetos naturales de valor y los monumentos culturales...” (art. 193), la constitución de Grecia de 1975, expresa la configuración estatal de proteger al medio ambiente (art. 24.1), la constitución de Portugal de 1976, estipulaba “todos tienen derecho a un medio ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo” (art. 66.1) 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*, Ed., 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*, Ed. 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*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogota 2002

⁸⁰ Dictada por la Asamblea Constituyente, Decreto N° 38, fecha 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo 281, publicada el 16 de diciembre del mismo año.

⁸¹ En el año 2000 la Asamblea Legislativa salvadoreña ratificó una reforma constitucional del artículo 117, en aras de adecuarlo a las nuevas exigencias de protección del medio ambiente como lo es el desarrollo sostenible, compromiso adquirido en la CNUMAD, pero el constituyente tampoco lo determina de forma expresa en el texto del art. 117, estando en la actualidad de la manera siguiente:

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

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

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

observa no estipuló de manera expresa el derecho a un medio ambiente sano⁸², tal como lo hizo España, con su constitución en 1978.

No obstante, en 1998 en la sentencia de inconstitucionalidad, del 2 de julio de 1998, del Decreto Legislativo N° 432, de catorce de enero de mil novecientos noventa y tres, publicado en el Diario Oficial N° 22, Tomo 318, correspondiente al dos de febrero del mismo año, y del Decreto Legislativo 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, la Sala de lo Constitucional, (SC) expuso, al respecto que si bien nuestra constitución no enuncia expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales el derecho a un medio ambiente sano, es imprescindible reconocer que las obligaciones prescritas en el 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.

En consecuencia(...) los límites prescritos a esa actividad, son establecidos a favor de la persona humana, lo que conlleva ineludiblemente al reconocimiento de que tal derecho a gozar a un medio ambiente sano, tiene rango constitucional y consecuentemente es obligación del Estado proteger a las personas en la conservación y defensa del mismo, todo ello porque el derecho a la vida, analizando en su relación con el principio de dignidad de la persona humana y la concepción personalista que inspira la constitución salvadoreña, no significa una simple existencia psico-biológica, sino que implica una existencia propia de su calidad humana, en la que obviamente el entorno ambiental o ecológico desempeña un papel primordial⁸³.

También en la sentencia de amparo pronunciada el 26 de junio de 2003⁸⁴, reafirma que el derecho a un medio ambiente tiene un carácter implícito, dentro del texto constitucional, además sostiene que es un derecho que nace de las exigencias ético-jurídicas derivadas de la dignidad, la libertad y la igualdad inherentes a la persona humana. Y 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

⁸² Véase que la mayoría de constituciones y ordenamientos Europeos, adoptan la denominación "Derecho a un medio ambiente adecuado", como sucede con el art. 45 de la constitución española, mientras que los ordenamientos y jurisprudencia latinoamericana, como la nuestra prefieren la denominación "Derecho a un medio ambiente sano", así nos referimos para efectos de nuestro trabajo.

⁸³ Vid. Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. Inc. 5/93

⁸⁴ Vid sentencia de amparo Ref. 242-2001

un régimen de armonía entre lo útil y lo grato y de acuerdo con sus características naturales y culturales. Por tanto es claro que la finalidad de las medidas protectoras del medio ambiente persigue el libre desarrollo de la personalidad de los individuos así como el mejoramiento en la calidad de vida.

En el ámbito internacional, precisamente en el sistema de Protección de derecho Humanos, se tiene el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, adoptada en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988⁸⁵, estipula en el art. 11 “*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano (...) Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*”. A esto se le agrega el efecto de las Declaraciones Internacionales de Estocolmo⁸⁶ y de Río, que reconocen el Derecho a un medio ambiente sano, lo cual hace justiciable a nivel internacional⁸⁷. A nivel de ley secundaria, es la LMA, vigente desde 1998, estipuló el como derecho fundamental, dándole la dimensión de principio de la Política de Nacional del Medio Ambiente en el art. 2 literal “a”, que todos los habitantes del país son titulares y gozan de un derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

3.1. Titulares del Derecho de Medio Ambiente.

Tratándose de un derecho implícito en el Art. 117 Cn., no hace referencia expresa a los titulares del derecho. En consecuencia, al no haber determinación en cuanto a los sujetos activos, debe comprenderse como tales a todas las personas, sean éstas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras. Ahora bien, la SC, distingue la titularidad en función de la naturaleza mixta del derecho, es decir como derecho personalísimo y como derecho prestacional:

- a) **Vertiente de Derecho Personalísimo:** aún cuando el disfrute del medio conlleva, además del goce meramente individual, una dimensión colectiva derivada de su ejercicio universal,

⁸⁵ Ratificado por nuestro país, por el DL. N° 320 del 30 de marzo de 1995, publicado en el DO N° 82 del 5 de mayo del mismo año

⁸⁶ El principio uno de la Declaración dice: “*El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas, en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.*”

⁸⁷ Como ejemplo emblemático se tiene el caso López Ostra” vs. El Estado Español, caso ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde determinó responsabilidad millonaria a favor de la familia López Ostra, y reconoce de manera efectiva el Derecho a un medio ambiente adecuado como Derecho fundamental.

no es posible reconocer titularidad de este derecho a las personas jurídicas, debido a su naturaleza lo hace indisponible, salvo para las personas físicas pues éstas son las únicas que pueden protagonizar un goce espiritual y material de los bienes ambientales.

- b) **Vertiente de Derecho Prestacional:** No obstante, en cuanto a la manifestación de derecho prestacional, sí podría admitirse titularidad respecto de ciertas personas jurídicas. Tal es el caso de las entidades ecologistas cuya actividad se encauza precisamente hacia la protección y preservación del entorno. En tales supuestos, no debe entenderse que dichas entidades pretenden una concreta defensa del derecho de determinados sujetos; es decir que el grupo ecologista no se está subrogando ninguna acción individual ni defendiendo un derecho colectivo que como asociación pueda disfrutar. Lo que se pretende, en último término, con tales acciones es que los poderes públicos mejoren la protección dispensada a los bienes ambientales. Finalmente, en relación con los extranjeros, resulta claro que el ejercicio de este derecho por parte de los mismos estará razonablemente supeditado a las limitaciones de entrada y permanencia en el territorio nacional.

3.2. Límites al Derecho de Medio Ambiente.

A primera vista pudiera parecer, que afectando a las dimensiones básicas de las personas, resultaría contradictorio concebir a los derechos medioambientales como limitados. Pese a ello todos los derechos nacen limitados porque se ejercen dentro del marco de la sociedad. En materia de limitación de derechos fundamentales, la doctrina establece diferencias entre límites y limitaciones. Los límites se refieren al derecho en sí, lo mismo que a la posición en abstracto de la esfera de acción de un sujeto”, los límites son el orden público, la moral, los derechos de los terceros.

Las limitaciones en cambio se refieren a la restricción, o sea a una disminución en la esfera jurídica del sujeto; por tanto, la limitación esta relacionada con un momento dinámico, es decir, al ejercicio público de las libertades públicas. Las limitaciones deben estar contenidas en la propia Constitución o bien que esta autorice a la Asamblea Legislativa para imponerla. Evidentemente las limitaciones conllevan una disminución de las libertades públicas, en cuanto restringen su ejercicio efectivo bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias⁸⁸.

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 709

La SC ha señalado en su jurisprudencia los límites al Derecho de Medio Ambiente⁸⁹. Cuando se expresa que el derecho al Medio Ambiente goza del carácter de derecho fundamental, no significa que este sea de absoluto, es decir carente de limitaciones, pero hay que destacar, que dado su carácter de derecho fundamental puede limitarse su ejercicio a través de la Constitución o por ley formal, la SC considera la existencia de límites de carácter interno y externos, siendo los siguientes:

a) Límites Internos del derecho de Medio Ambiente:

La Sala manifiesta que el reconocimiento constitucional del art. 117 Cn. no ampara cualquier goce y uso del entorno sino sólo aquel disfrute con vistas a la finalidad concreta de asegurar el desarrollo de la persona. En consecuencia, no todo uso, sino sólo aquél dirigido al desarrollo de la persona, está amparado por el art. 117 Cn. El ejercicio del derecho queda condicionado por su función social, porque es evidente que la adecuación del objeto del derecho y su finalidad se predicán de todas las personas y no de unas pocas. Todo ejercicio del derecho tiene, en definitiva, que ser compatible con el mantenimiento del objeto y con su goce, incluso simultáneamente, por parte de todos los titulares del mismo. Cualquier ejercicio excluyente constituiría abuso del derecho pues se desbordarían los límites constitucionalmente trazados⁹⁰.

b) Límites Externos al Derecho de Medio Ambiente:

Desde el momento que los poderes públicos actúan desplegando una política ambiental, el resultado de dicha política condiciona el ejercicio del derecho, que siempre debe ser compatible con la preservación y la mejora de los bienes ambientales⁹¹.

1. *Límites externos explícitos:* cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante ley formal pueden ser establecidos libremente por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: a) Que sean establecidas atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; b) Que no altere el derecho al Medio Ambiente Art. 246 inc. 1° Cn; c) Que respete el principio de proporcionalidad.
2. *Límites externos implícitos:* debe señalarse que el derecho al Medio Ambiente colinda con el ejercicio de otros muchos derechos y con intereses y bienes protegidos. Sin embargo, aun

⁸⁹ Vid sentencia de amparo de 26 de junio de 2003, Ref. 242-2001

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ *Ibidem.*

cuando la protección del entorno sea un interés de rango constitucional, su posición en el universo de bienes jurídicos no puede considerarse de rango superior, y ha de compaginarse, en la inevitable ponderación con los demás. El reconocimiento del derecho al Medio Ambiente plantea dos problemas fundamentales: a) El primero es el de las relaciones recíprocas entre el derecho al Medio Ambiente y otros derechos constitucionales –en especial el de propiedad y el de libertad económica y; b) El segundo –derivado del anterior – es la necesaria ponderación entre derechos que habrá de hacerse en los casos concretos por el aplicador del derecho (entiéndase autoridades jurisdiccionales y no-jurisdiccionales). Asimismo, cabe resaltar también que corresponde al legislador llevar a cabo una previa y general ponderación que asegure la fuerza expansiva de los bienes jurídicos en tensión.

4. El Medio Ambiente como objeto del Derecho ambiental.

Unas de las primeras dificultades que ofrece el Derecho Ambiental es la delimitación de su propio objeto: el medio ambiente. No existe una unívoca acepción de la termino del concepto de “medio ambiente”, ni en la doctrina, ni en los textos legales, ni en la propia actuación de los poderes públicos; inclusive se han preocupado por establecer su precisión lingüística diferenciándolo con la denominación de ambiente⁹², lo cierto que no existe uniformidad en cuanto al término, por ejemplo la mayoría de leyes en Sudamérica atienden la expresión de ambiente, de hecho se llaman “leyes de protección del Ambiente”, tal como ocurre en Argentina, Colombia, Uruguay, Venezuela, Panamá, incluso Costa Rica, en cambio en Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador acogen la denominación de medio ambiente, lo cual no existe uniformidad en el término, en consecuencia se concibe de manera indistinta.

⁹² En el mismo sentido existe la discusión entorno a su denominación en el idioma español, se suele decir que lo correcto sería utilizar la palabra “ambiente” y no “medio ambiente”, expresión que suena redundante, sin embargo no parece existir tal incorrección, por los significados atribuidos por la Real Academia Española, pues ambas palabras tiene un carácter polisémico, el diccionario Español proporciona nueve significados de la palabra “ambiente” y cincuenta de la palabra “medio” ha debido contribuir al empleo de la expresión “medio ambiente” para designar específicamente tal acepción. Por tanto es correcto enumerar la referida expresión que ha sido tomada con gran plenitud por las diversas legislaciones en el orden mundial. Vid. LOPEZ RAMON, F. “El derecho Ambiental como derecho de la Función Publica de Protección de los Recursos Naturales”, en AA.VV, *Protección administrativa del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 126. Además el referido autor explica que la palabra medio ambiente tiene diversas denominaciones de acuerdo a los distintos idiomas, para el caso, en Ingles se denomina *environment*, en francés *environnement*, en Alemán *umwelt*, en Italiano y portugués ambiente y en Español medio ambiente. En el mismo sentido sobre la discusión doctrinal de la denominación “medio ambiente y ambiente”, puede verse al autor mexicano BRAÑES, R., op. cit., pp. 20-21

La doctrina se divide en autores que realizan definiciones restringidas⁹³, donde se destaca el autor español MARTIN MATEO que parte de la concepción de medio ambiente de “res comunes” y lo define como “*aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva el agua, el aire, vehículo básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre en la tierra.*”⁹⁴. Noción muy estricta porque deja fuera el elemento suelo, porque lo entiende conectado con los ciclos del agua y del aire o por reconducirlo, en todo caso a la ordenación del territorio.

En el mismo sentido LARUMBE BIURRUM, sostiene que los elementos que compone el medio ambiente están caracterizados por las notas de titularidad común y dinamismo, lo cual al igual que MARTIN MATEO excluye al suelo, sin embargo introduce como perteneciente al ordenamiento ambiental las materias de ruido, cuya transmisión se produce por el aire. En cambio, RODRIGUEZ RAMOS, al analizar el concepto de medio ambiente establecido en el art. 45 de la constitución española, sostiene que significa “recursos naturales”, y estos son “el agua, el aire y el suelo, la flora y la fauna; las materias primas, tanto energéticas como alimentarias”. Además manifiesta que el medio ambiente es un objeto del derecho y de un deber personal y colectivo de disfrute y conservación⁹⁵. Por último, QUINTANA LOPEZ, se muestra partidario, siempre de una concepción restringida, pero reconoce conexiones entre el medio ambiente, con aspectos sociales, económicos y culturales, pero no debe incluirse en el concepto, porque se vuelve inoperante e invade perspectivas propias del medio ambiente⁹⁶.

Por otra parte, dentro del grupo donde se encuadran las concepciones amplias de lo que debe de entenderse por medio ambiente, se tienen a PEREZ MORENO, ESCRIBANO COLLADO Y LÓPEZ GONZÁLEZ⁹⁷, lo cual manifiestan: “*que el medio ambiente está formado por aquellos recursos y sistemas naturales primarios de los que depende la existencia y el normal funcionamiento de la naturaleza en su conjunto y que jurídicamente tienen la categoría*

⁹³ Vid. sobre un amplio abordaje sobre el concepto de medio ambiente de diferentes perspectivas y enfoques, la obra española de JORDANO FRAGA. J., op. cit., pp. 56 y ss., donde destaca perspectivas doctrinales del concepto, tanto de forma amplia y restringida, además desarrolla las distintas concepciones en la doctrina francesa, italiana, norteamericana y española.

⁹⁴ MARTÍN MATEO, R., op. cit., vol. I. p.80

⁹⁵ Vid. JORDANO FRAGA J. op. cit. p. 59.

⁹⁶ *Ibidem.* p. 60, también otros de los autores que se encuentran identificados con esta tendencia doctrinal, restringida se tienen a DE LA CUETARA MARTINEZ, J. M., *Administración local y medio ambiente. Funciones medios y problemas*, en “Revista de Estudios de Vida Local”, num. 207, 1980, p. 415; BALBOA DE PAZ, C., *Sistema legal de protección al medio ambiente*, El consultor, num. 38, 1993, pp. 771-772; y CALVO CACHORRO, M., *sanciones medioambientales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1999, p. 13

⁹⁷ PEREZ MORENO, ESCRIBANO COLLADO, P., Y LÓPEZ GONZALEZ, J. I., *Desarrollo legislativo de la constitución en materia de medio ambiente*, en “Revista de Administración Pública”, num. 103, 1984, p. 370

de bienes comunes (aire y agua) y por los ecosistemas constituidos por la flora, la fauna e incluso por las bellezas naturales (paisajes y espacios naturales, en cuanto portadores de ecosistemas que se pretenden conservar)⁹⁸. De igual manera para el caso SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ dice que “medio ambiente es todo aquello que le circunda y condiciona la vida de las personas”⁹⁹, por su parte MORENO TRUJILLO lo conceptúa “como el conjunto equilibrado de componentes naturales que conforman una determinada zona, en un determinado momento que representa el substrato físico de la actividad de todo ser vivo y es susceptible de modificación por la acción humana”¹⁰⁰. El ordenamiento jurídico salvadoreño, ha tomado la postura amplia a través de la LMA en el artículo 5, en *conceptos y definiciones básicas*, contempla, una definición de medio ambiente y dice que es:

"El sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobre vivencia, en tiempo y en espacio."

Para la LMA el medio ambiente lo constituye el medio ambiente, los elementos que conforman el medio ambiente natural como el agua, aire, suelo,(elementos abióticos), y la flora

⁹⁸ El autor argentino LEIVA, F., “Las actuales funciones de la responsabilidad civil en materia ambiental”, en Congreso Internacional de Derechos de Daños: ponencia número 33, Buenos Aires, Octubre de 2002, <http://www.aaba.org.ar>, define al medio ambiente de forma amplia y manifiesta que lo conforman los tres aspectos siguientes : a) Ambiente natural, que a su vez se compone de: i) recurso naturales, que son los elementos de la naturaleza útiles al hombre (atmósfera, tierra y suelo, aguas, flora, fauna y yacimientos minerales, paisajes naturales, energía primaria); ii) fenómenos naturales, que no son útiles, pero que pueden tener consecuencias económicas y sociales nocivas respecto de los cuales la legislación puede contener normas preventivas: terremotos, sequías, inundaciones, ciclones, epidemias, epizootias, plagas vegetales, incendios de bosques, etc. b) Ambiente cultivado, en el que la acción humana induce la producción de la naturaleza, producciones agrícola, pecuaria, silvícola y piscícola. c) Ambiente creado o fabricado por el hombre: producción manufacturera, edificios, productos agroquímicos y farmacéuticos, alimentos, asentamientos humanos, medios de transporte (carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, etc.). Dentro de esta categoría está incluido el medio ambiente sensorial, ruidos, olores, sabores (agua clorada), paisajes de belleza estética construidos por el hombre.

⁹⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M del C., *Responsabilidad Civil del Empresario por deterioro del medio ambiente*, Ed. Bosch, Barcelona 1994, p. 18. también en la Conferencia de Estocolmo de 1972, se llegó a una definición también de forma amplia de medio ambiente: “como aquel conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y de factores sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, a corto o largo plazo, sobre los seres vivientes y las actividades humanas”

¹⁰⁰ MORENO TRUJILLO, E. *La Protección jurídica-privada del medio ambiente y la responsabilidad de su deterioro*, Ed., Bosch, Barcelona 1991. p. 20, además entre otros sobre los que han definido al medio ambiente de forma amplia vid.: LOPEZ MENUDO, F., *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas*, Cuadernos de Derecho Judicial, num. 28, 1994, p. 15; ORTEGA ALVAREZ, L., “El concepto de medio ambiente”, en AA.VV., dirigida por él mismo, *Lecciones de derecho del medio ambiente*, segunda edición, Ed. 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”, num. 19, 1994, p.77

y fauna, (elementos bióticos), sino también el medio ambiente construido por los seres humanos como edificios, vías de comunicación, entre otros y el medio ambiente social compuesto por los sistemas sociales, culturales (donde puede incluirse los monumentos y el patrimonio cultural), económicos y políticos, los cuales, estos dos últimos constituyen el medio ambiente artificial, que ha sido creado para la satisfacción de las necesidades humanas fundadas para su existencia, en un determinado tiempo y espacio¹⁰¹.

Por tanto, si bien existen algunas puntualidades conceptuales, de la definición de medio ambiente, a pesar de ello, se puede determinar la problemática de un concepto uniforme por parte de la doctrina en general en lo que se puede llegar a entender como medio ambiente. En las distintas definiciones que hemos plasmado, para algunos autores el medio ambiente lo compone la flora, fauna, y otros elementos del medio natural (concepto restrictivo); una posición contraria señala que debe comprender también lo artificial y cultural (concepto amplio). Por tanto, consideramos el concepto de medio ambiente debe concebirse de manera precisa, a fin de que el ordenamiento jurídico tutele de forma adecuada todos los componentes naturales (vivos, inertes y creados por el hombre), esto en razón de las nuevas y complejas amenazas que se ciernen sobre nuestro hábitat y que puede desatar daños al medio ambiente¹⁰².

Además, cabe mencionar las definiciones de medio ambiente generalmente, suelen partir de una posición antropocentrista¹⁰³, (es decir, una concepción que concibe el medio ambiente en función del los seres humanos)¹⁰⁴; esto ha venido evolucionando, en virtud que se entiende como

¹⁰¹ El Tribunal Constitucional Español ha referido que el concepto jurídico de medio ambiente se incorpora, además de los recursos naturales, otros elementos que no son de la naturaleza, sino la historia, los monumentos, el paisaje, constituyendo este último una noción estética, cuyo ingredientes son naturales (sentencia 102/1995 de 26 de junio sobre la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre), citada por LOZANO CUTANDA. B, op. cit., p.75

¹⁰² DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho español del medio ambiente*, segunda edición, Ed. Civitas-Thomson company, Madrid, 2002, p. 28, concluye que tratándose del concepto de medio ambiente de difícil precisión debemos decantarnos por un concepto razonable, ni demasiado amplio (que nos llevaría decir que todo es medio ambiente, desde la sociología, hasta la sanidad, pasando por la arqueología, la arquitectura o la psicología), ni demasiado estricto (que supondría excluir campos claramente ambientales, como las inmisiones entre vecinos). Quizá el concepto más satisfactorio excluir aspectos como el patrimonio histórico, y matizar el paisaje, aunque “*per se*” no como elemento protegible del medio ambiente, sino en la medida en que otros elementos ambientales (flora, fauna agua, clima) se vean afectados.

¹⁰³ El autor español LOPERENA ROTA, D. *Los principios de derecho ambiental*, Ed., Civitas, Alicante, 1998, p. 25, justifica la perspectiva antropocéntrica, al sostener que el derecho es un producto cultural, que no puede reconocer subjetividad jurídica fuera de la comunidad, por tanto no puede reconocerse jurídicamente la posibilidad de ejercitar acciones legales para la tutela de los derechos reconocidos por el mismo orden jurídico, sin la intervención humana.

¹⁰⁴ Sin embargo puede verse en la doctrina española STS 11-3-1992, al interpretar el art. 45 de la constitución de España, que ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecua al desarrollo de las personas y se relaciona con la

ecosistema, que como todo un sistema que constituye una totalidad organizada en la que los distintos subsistemas que lo integran: vegetal, animal, hidrológico y mineral, se hallan íntimamente relacionados, por tanto, de manera que cualquier decisión que afecta a uno de los subsistemas repercute sobre los restantes, todos los cuales se encuentran en equilibrio recíproco y dinámico¹⁰⁵.

En este sentido, se ha venido modificando así, tal concepción, y se entiende al ser humano como parte integral de ese conjunto, por tanto en esa medida los seres humanos dejan de ser el eje central sobre el cual, gira el concepto de medio ambiente y se convierte en un elemento más del mismo, sin embargo SÁNCHEZ SÁENZ va mas allá, y propugna por un naturocentrismo, al afirmar que la naturaleza es el menos humano de los bienes: Es por ello que la preocupación no debe de estar cifrada en los efectos económicos de la actividad

calidad de vida a través de la utilización racional de los recursos naturales y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiera al agua y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema. También la STS 18-4-1990 que considera al medio ambiente como integrante de la noción de la calidad de vida y que el daño ambiental va afectar seriamente a la calidad de vida de los vecinos, y la STS 30- 11 -1990 en la que el tribunal indica que el derecho a la calidad de vida y al medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes. Sentencias citadas por CONDE ANTEQUERA, J., op. cit., p. 14

¹⁰⁵ En las Declaraciones de Estocolmo y de Río toman un enfoque Antropocéntrico, el primer principio de la segunda declaración es clara y manifiesta que "...los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Esto podría cambiar para el futuro si se toman en cuenta la propuestas como las de la Asociación para la protección de animales *Great Ape Project* que reclama el reconocimiento de algunos derechos a los primates, y que ha conllevado en Nueva Zelanda a revisar su legislación, para que en el parlamento de este país esté considerando otorgarle derechos a cuatro especies de simios tales como: chimpancés, gorilas, orangutanes y bonobos, como los derechos a la vida y la libertad. Esta asociación se basa en las ideas sostenidas por pensadores bióticos como el australiano *Peter Singer* quien contribuyó a la fundación del movimiento para la defensa de los derechos de los animales con su libro *Liberación animal*. La defensa de los simios se apoya en la proximidad genética con los seres humanos. Además, en 1977 la Liga Internacional de los derechos de los animales, adoptó la Declaración Universal de los Derechos de los animales, y que luego en 1978 fue aprobada por la UNESCO, en la que los principios de protección se configuran como "derechos" y se equiparan como derechos humanos. Esta declaración comienza proclamando en su artículo 1º que "todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia" y después de los catorce artículos establece un catalogo de derechos de los animales y de consiguientes obligaciones de los hombres para con ellos (como el derecho al respeto, a recibir atención y cuidado, a no ser sometidos a malos tratos y, si es necesaria su muerte, a que sea "instantánea, indolora y no generadora de angustia"; el derecho de todo animal perteneciente a una especie salvaje a vivir libre en su propio ambiente natural; o el derecho de los animales de trabajo a alimentación reparadora y al reposo). La Declaración define como biocidio, es decir, es decir un crimen contra la vida, toda muerte de todo animal, sin necesidad, y como genocidio, es decir un crimen contra la especie, todo acto que implique la muerte de un gran numero de animales salvajes, y que todos los derechos de los animales deben ser defendidos igual como se defienden los de los seres humanos. Vid. LOZANO CUTANDA, B., op. cit., pp. 76 77

humana, sino en las repercusiones ambientales, que consecuencia van ocasionar daños a la calidad de vida de todas las especies, incluyendo los seres humanos¹⁰⁶.

Las últimas tendencias de la legislación ambiental apuntan a considerar la protección del medio ambiente como objetivo en sí mismo considerado. La tutela ambiental, pasa ser una mera condición para la protección de otros bienes jurídicos a convertirse en un bien que, por su carácter colectivo y su valor no disponible reclama protección autónomamente, en cuanto elemento imprescindible para el desarrollo y el aumento de la calidad de vida. De ahí, la mayoría de definiciones del Derecho Ambiental, (aunque también existe un sector de la doctrina que lo definen desde una óptica antropocentrista), delimitan su objeto en la protección, conservación y restauración del medio ambiente, (incluyendo a los seres humanos como parte del ecosistema), a través de diferentes técnicas que serán ejecutadas y supervisadas por los poderes públicos, sobre todo porque priman los intereses colectivos, sobre los privados.

5. Los caracteres del Derecho ambiental.

En los apartados anteriores, hemos dejado claro que, el Derecho ambiental tiene como objeto el medio ambiente, y que incide sobre las conductas individuales y sociales para prevenir y remediar las perturbaciones que alteran su equilibrio, presenta una serie de características, que lo particularizan. Entre estas características, destacamos las siguientes:

- a. **Pluridisciplinarietà.** El Derecho ambiental se caracteriza por ser un Derecho multidisciplinar, bajo cuyo paraguas de cobertura conviven, además del Derecho Público-claramente predominante- y del Derecho privado, otras ciencias de carácter no jurídico como la física y la biología. Como señala LOPERENA ROTA, “la verdadera singularidad del Derecho ambiental está en que las normas que le dan soporte pertenecen simultáneamente a otros ordenamientos de los que no se separan para constituir el Derecho ambiental¹⁰⁷”, de ahí la dispersión de la legislación ambiental.
- b. **Supranacional o universalista.** El rasgo esencial del Derecho ambiental es el rol de los factores cuyos efectos sobrepasan las fronteras de los Estados y destacan la importancia de la cooperación internacional. Por tanto, tiene una vocación planetaria, dado que por su

¹⁰⁶ SANCHEZ SAEZ, A. J., *La restitutio in pristinum “como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente*, en “Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental” num. 3, Universidad de Sevilla. <http://www.sica.es/aliens/gimadus>

¹⁰⁷ LOPERENA ROTA, D., *Los principios del Derecho Ambiental*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 32

objeto no tiene fronteras. Esto en virtud que, ni el mar, ni aire, ni la flora y la fauna salvaje conocen de límites, las poluciones que pasan de un medio al otro, no pueden ser combatidas, sino es sobre la base de la cooperación *Supraestatal*, como prueba de lo anterior se tiene el tratamiento de los daños ambientales en las zonas costeras marinas, por vertidos de hidrocarburos, que afectan a diversos países. Del mismo modo, la problemática del cambio climático, que hoy en día afecta a todo el orden mundial, la única forma de tratar el problema es sobre la base de una conciencia global y un actuar local.

- c. **Predominio de los intereses colectivos.** No puede ocultarse la dimensión colectiva del Derecho ambiental, consecuencia del carácter supraindividual de su objeto jurídico: el medio ambiente. Esta dimensión comunitaria justifica el protagonismo de los poderes públicos como garantes de la tutela ambiental y la presencia constante de las administraciones públicas en las relaciones jurídicas ambientales.
- d. **Énfasis preventivo.** Le denominamos así, porque no negamos la existencia y necesidad de instrumentos sancionadores dentro de la tutela ambiental. Pero el objetivo del Derecho ambiental es fundamentalmente preventivo, a fin de minimizar los daños ambientales, por tanto las administraciones debe de tomar las medidas de cautela, para que no se concreten los daños ambientales, sobre todo por la problemática de la reparabilidad de los daños al medio ambiente y individualización del sujeto contaminante.
- e. **La vinculación a los elementos científicos y técnicos.** El Derecho Ambiental esta fuertemente vinculado con los datos científicos y técnicos, por lo que necesita del auxilio de diversas técnicas. El conocimiento de estos datos le permite fijar la frontera de las conductas jurídicamente admisibles, y establecer estándares de contaminación, así como niveles de inmisión y de emisión, a fin de probar los daños ambientales.

6. Los principios generales del Derecho ambiental.

El Derecho ambiental, se aglutina en torno a una serie de principios que los individualizan y lo diferencian de otros sistemas normativos. Estos principios han sido reconocidos en el Derecho Internacional ambiental, a través de las Declaraciones de Estocolmo y de Río, en primicia su valor, ha sido considerado como Derecho suave (*soft law*), su fuerza normativa la obtenido de manera paulatina, en la medida que la mayoría de países, tales principios, los han plasmado en los tratados internacionales, en sus constituciones, a nivel jurisprudencial y leyes ambientales, generalmente como principios de la Política Nacional de Medio, tal como ocurre en nuestro país. Dentro de estos principios tenemos los siguientes:

6.1. Principio de cooperación.

Si el principio básico por el que se gobierna el derecho ambiental, especialmente el internacional, es la soberanía plena de los Estados sobre su territorio, la duda que surge es cómo resolver los problemas ambientales que son comunes, bien porque tengan un carácter transfronterizo, global, o porque afecten a bienes comunes. Conscientes de esa limitación los Estados asumen, partiendo de esa plena soberanía, una nueva limitación que es el principio de cooperación en problemas ambientales. La aparición de este principio se relaciona de forma directa con el proceso de la reunión de Estocolmo. Así el principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972, recoge la necesidad de cooperación de los Estados para desarrollar el derecho ambiental y el principio 24 vuelve a recoger este principio de la siguiente manera: *“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.”*

La Declaración de Río recoge nuevamente el principio aunque en este caso con una redacción distinta y más sucinta: *“Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.”*

No es extraño que cada Convenio multilateral ambiental recoja, mediante una expresión u otra, este principio ya que, de hecho, cada Tratado ambiental en sí es expresión concreta del mismo (basándonos exclusivamente en la soberanía plena de los Estados, sin cooperación, los Tratados ambientales no existirían). Para el caso, este principio es recogido en el capítulo XVII del TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos de América, ratificado por nuestro país. El principio aparece igualmente apoyado no sólo por textos internacionales sino también por la práctica de los tribunales en todos los casos de derecho ambiental internacional que ya hemos mencionado y al que podemos añadir el caso *Gabcikovo-Nagymaros [Hungría v. Eslovaquia (1997) Informe ICJ 78]*.

6.2. Principio de prevención.

El principio de prevención es otro de los principios clásicos del derecho ambiental y es la aplicación del dicho de “más vale prevenir que curar”, esto es, la obligación de prevenir daños al medio ambiente a través de reducir, limitar o controlar las actividades que puedan causar dichos daños. El principio de prevención reclama, por tanto, la intervención de los Estados en materia ambiental antes de que el daño se produzca, ya nos hemos referido que es lo que caracteriza al Derecho Ambiental. Este principio refleja la dificultad, el costo elevado, y en numerosas ocasiones la imposibilidad, en materia ambiental, de reparar el daño una vez que éste se ha producido. Es una novedad del ámbito ambiental en el sentido de que el derecho clásico permitía la realización de actividades mientras no se produjera un daño. La necesidad de un daño para paralizar una actividad se demostraba desastrosa en lo referente a la protección ambiental, ya que normalmente es imposible la reparación del daño ambiental o la devolución del medio ambiente al estado previo al daño causado.

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

El principio de prevención ha sido igualmente incluido en tratados con un ámbito más amplio que el puramente ambiental tales como el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Convención de Lomé de 1989 o, más recientemente en 2001, el Tratado por el que se establece la Comunidad de Estados de África del Este. También aparece expresamente en el artículo 174.2 del Tratado de la Unión Europea. En el ordenamiento salvadoreño establece en la LMA en el art. 2 como principio de la Política Nacional del Medio Ambiente literal: e) *En la gestión de protección del medio ambiente, prevalecerá el principio de prevención y precaución.*

Una aplicación práctica del principio de prevención es el instrumento que conocemos como Evaluación de Impacto Ambiental. Este instrumento, cuyo origen se remonta a 1969 con su inclusión en la Ley Nacional de Medio Ambiente de Estados Unidos (*Nacional Environmental Policy Act*, NEPA), ha pasado a ser una de las más importantes herramientas de gestión ambiental en las legislaciones nacionales, así como en los instrumentos internacionales. En la actualidad, el ámbito de este instrumento, que anteriormente se limitaba

a obras o actividades que pudieran afectar el medio ambiente, se ha ampliado notablemente con la introducción de la Evaluación Ambiental Estratégica o Evaluación Ambiental de Planes y Programas. Así lo concibe nuestra LMA en los artículos 16 y ss., previo al otorgamiento de un permiso ambiental de parte del Ministerio de Medio Ambiente.

Como ha señalado MORELLO Y CAFERATTA¹⁰⁸, 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.

Por ello, el Derecho ambiental puede regular las actividades económicas mismas de producción o comercialización de productos envasados imponiendo normas económicas a los sistemas de producción o comercialización con el objeto de responsabilizar a quienes ponen en el mercado los envases (productores, importadores, distribuidores...) de la recogida de los mismos una vez éstos son separados del producto por el consumidor final. Sólo imputando al productor la responsabilidad se consiguen sistemas eficaces para controlar a quien realmente impacta en el medio (el consumidor final) por lo que, al extender la regulación a los procesos industriales, comerciales y económicos en general, se previene la contaminación al retornar los envases y residuos de envases al productor quien es obligado a valorizarlos o eliminarlos en determinado porcentaje si no quiere ver su producción recortada (o alternativamente, debe montar por sí solo o asociado a otros empresarios a través de un sistema integrado u organizado de gestión, otro sistema distinto de recogida y tratamiento).

También, como ha señalado numerosas veces la Comisión Europea, el sistema de responsabilidad civil por daños ambientales en gran parte previene el daño (y, por supuesto, la restauración de los ecosistemas) al crear un mercado (el de seguros) en el que los costos (la

¹⁰⁸ MORELLO, A., y CAFERATTA, N. A., *Visión Procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, pp. 43-68

prima del seguro) serán más altos cuantos más riesgos o siniestros se asuman o tengan lugar, por lo que la responsabilidad civil ambiental, como instituto, actúa a la vez como preventivo de la reparación del daño y como incentivador de conductas preventivas de su causación. . Su aparición en numerosísimos instrumentos jurídicos, tanto internacionales como nacionales, así como la extensa práctica de los Estados, confirman sin lugar a dudas su calidad de principio general del Derecho Ambiental.

6.3. Principio de desarrollo sostenible.

El principio de desarrollo sostenible es uno de los principios más recientes. Curiosamente podemos decir que el concepto de desarrollo sostenible es reciente mientras que sus elementos no lo son tanto, siendo quizás una de las mayores virtudes del mismo haber combinado todos esos diferentes elementos. La cristalización del término desarrollo sostenible aparece asociada de forma inseparable al llamado Informe *Brundtland* (1987) (Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo: “Nuestro Futuro Común”) que lo definió como “el desarrollo que cubre las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de cubrir sus propias necesidades”. La LMA establece como objeto del Estado en el art. 1 “propiciar el uso sostenible de los recursos naturales que permitan mejorar la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones”. Por su parte la Ley del Medio Ambiente Salvadoreña LMA en el art. 5 define el desarrollo sostenible como “... *el mejoramiento de la calidad de vida de las presentes generaciones, con desarrollo económico, democracia política equidad y equilibrio ecológico, sin menoscabo de la calidad de vida de las generaciones venideras*”, en cambio la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible, lo define como un “ *Proceso de cambio progresivo de la calidad de vida del ser humano, que coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo, por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los medios de producción y de los patrones de consumo que sustentan el equilibrio ecológico (...) este proceso implica el respeto de la diversidad étnica y cultural regional (...) sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras*” celebrada en Guácimo Limón, ciudad de Costa Rica el 20 de agosto de 1994, a la que concurrieron todos los mandatarios de Centroamérica, Panamá y Belice.

El principio de desarrollo sostenible es una combinación de diversos elementos o principios¹⁰⁹: la integración de la protección ambiental y el desarrollo económico (principio de integración); la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (equidad intergeneracional); el objetivo de explotar los recursos naturales de forma sostenible (uso sostenible); y, por último, el uso equitativo de los recursos (equidad intrageneracional). En definitiva el desarrollo sostenible constituye el punto de equilibrio entre el crecimiento económico por una parte y la protección ambiental por otra, que ha de inspirar la intervención pública en este ámbito.

6.4. El principio precautorio.

El principio de precaución¹¹⁰, es uno de los principios fundamentales del derecho ambiental proviene de la normativa de la República Federal Alemana en los años 70¹¹¹. A pesar de que son numerosos los Convenios ambientales de la década de los 80 y 90¹¹² que emplean la referencia a medidas de precaución, encontramos una primera definición del concepto hasta el principio 15 de la Declaración de Río de 1992 que dice: *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*. La Ley del Medio Ambiente de nuestro país, promulgada en mayo de 1998, lo acogió en el art. 2 letra “e” como principio de la Política Nacional del Medio Ambiente.

Este principio intenta facilitar la respuesta del Derecho ambiental, ante situaciones de incertidumbre, principalmente científica. Las normas clásicas de nuestros sistemas tanto científicos como jurídicos de gestionar el riesgo parecen de repente, completamente inadecuadas para dar respuesta a numerosos problemas ambientales. Es cierto que el conocimiento científico se ha desarrollado de forma notable en la última mitad del siglo XX, pero dicho conocimiento ha ido acompañado de un aumento exponencial de distintas actividades humanas nocivas al medio ambiente. Nuestra capacidad de alterar el medio con

¹⁰⁹ Vid. LOZANO CUTANDA, B., op. cit. pp. 45-47.

¹¹⁰ El art. 130 R del Tratado de *Maastrich* de la Unión Europea le denomina principio de cautela.

¹¹¹ Vid. por todos: MORELLO, A., y CAFFERATTA, N. A., op. cit. pp. 68-70.

¹¹² Como ejemplo se tienen: el art. 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, art. 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático de 1992, y posteriormente en el siglo 21 lo introduce el Protocolo de Bioseguridad de Cartagena suscrito en Montreal en el 2000.

consecuencias irreparables es mucho mayor en la actualidad que hace 50 o 60 años, se puede decir que vivimos en una “Sociedad de Riesgo”.

Como muestra de lo anterior nos encontramos ante de daños dramáticos, tales como: la destrucción de la capa de ozono y la desaparición de determinadas especies que contribuyen a mantener el equilibrio de los ecosistemas y en consecuencia la calidad de vida humana. Ante esa necesidad de no poder esperar a que el daño se produzca para intentar resolver el problema, puesto que la capacidad de destrucción es mucho mayor, que la de regeneración, surge el principio de precaución, que podría ser una herramienta de prevención de futuros daños al medio ambiente.

Por tanto, es una especie de reacción a la vieja aplicación de que mientras no exista certeza científica con respecto a un daño ambiental no se debe llevar a cabo acción alguna. En el terreno jurídico es también una contraposición a los esquemas clásicos de la responsabilidad civil, que el ámbito ambiental se le suma el aspecto preventivo. Para que pueda alegarse el principio de precaución, ESTEVE PARDO¹¹³ establece del todo necesaria la concurrencia de dos presupuestos: el primero, debe darse una situación de incertidumbre y el segundo, ha de advertirse en esa situación un riesgo grave para el medio ambiente.

En todo caso, la incerteza puede darse de manera originaria y sobrevenida. La primera es cuando envuelve a tecnologías y actividades novedosas cuyos efectos todavía no se conoce con total certidumbre. Mientras que la segunda, se genera en cambio, cuando procesos y productos que se creían inocuos, o con unos efectos negativos bien conocidos y dimensionados, muestran en un momento dado sus riesgos a luz de nuevos avances del conocimiento científico o de la propia experiencia de su utilización. La situación de riesgo debe ser debidamente acreditada y sobre todo por la autoridad pública que pretende adoptar una decisión en base al principio de precaución. En este sentido, es necesario que la administraciones públicas (Ministerio del Medio Ambiente y Municipalidades), que por mandato del art. 117 de la Constitución de la República tienen la atribución de velar por la protección del medio ambiente; antes de ejecutar o autorizar cualquier proyecto, sino se tiene la certeza de las consecuencias ambientales, de acuerdo a los resultados obtenidos por el estudio de impacto ambiental, sería mejor no realizarlo, a fin de aplicar el aforismo “más vale prevenir que curar”.

¹¹³ ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2005, pp. 64-65

6.5. Principio “quien contamina paga”

De acuerdo a este principio, los costes de la contaminación han de imputarse al agente causante de la misma, que debe sufragar las medidas de prevención lucha contra la contaminación sin recibir, en principio ningún tipo de ayuda financiera compensatoria. Se deriva de la teoría económica que ve la contaminación y los daños producidos al medio ambiente como una externalidad del sistema productivo que históricamente asumía la sociedad. Para evitar esa externalidades el principio “quien contamina paga” predica que el coste ambiental no pueda suponer una ventaja competitiva en el mercado, por tanto, cada actividad empresarial debe de asumir todas las consecuencias ambientales, y no por la sociedad como grupo.

Su aparición se vincula a varias recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de principios de la década de 1970. Así, aparece recogido en las Recomendaciones sobre este principio en 1972 y 1974 (Recomendación del Consejo de la OCDE C (72) 128 (1972) y C (74)223 (1974), en las que se reafirma la necesaria internalización de los costes ambientales y el no acompañamiento de estas medidas de internalización con subsidios externos. Más recientemente, en su recomendación de 1989 relativa a la aplicación del principio de quien contamina paga a la contaminación accidental extiende estos costes a los de preparación y planificación para situaciones de emergencia (situaciones que tal vez nunca lleguen a producirse) que deban ser llevados a cabo por las administraciones públicas para responder a dichas emergencias.

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

El significado concreto del principio, así como su aplicación a casos y situaciones concretas, sigue estando abierto a la interpretación, especialmente cuando hablamos de naturaleza y de los costes que incluye. Lo que si parece fuera de duda es el amplio apoyo que recibe y su relación con las normativas de responsabilidad por daños ambientales, tanto civil como estatal. La Declaración de Río de 1992, es el texto global que recoge el principio. El

principio 16 de la misma lo recoge de la siguiente manera: *“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”* A pesar de ese amplio apoyo y de su reconocimiento de forma explícita en el principio 16, es dudoso su carácter de regla de derecho consuetudinario salvo, como acabamos de ver, en los países miembros de la Comunidad Europea o de la OCDE, aunque al contrario de lo que ocurre con el principio de precaución, éste sí que es una de las bases esenciales del Derecho norteamericano.

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.

7. Instrumentos jurídicos al servicio de la protección del medio ambiente.

El Derecho ambiental dispone de una de amplia gama de instrumentos jurídicos para la consecución de los objetivos de protección ambiental que se plantea como meta. Si bien algunos de ellos, son específicamente ambientales, la gran mayoría provienen de otras ramas del Derecho. Para efectos didácticos y con el objeto de ofrecer un panorama sistematizado, podríamos agrupar el amplio elenco de instrumentos en dos grandes grupos, en atención a la función que desempeñan: los de carácter preventivo y los de carácter represivos y reparadores.

7.1. Instrumentos preventivos.

Estos instrumentos constituyen una manifestación del principio de acción preventiva, apuntado con anterioridad, tienen como finalidad evitar o minimizar los daños al medio ambiente. Dentro de tales instrumentos, ocupa un lugar destacado la autorización administrativa, que constituye uno de los ejes técnicos-jurídicos del Derecho ambiental. El

sometimiento a autorización administrativa previa de las clasificaciones potencialmente contaminantes del medio ambiente ha sido una constante en las legislaciones ambientales, por tratarse de un mecanismo que permite a la administración la realización de un control *a priori* y *a posteriori* sobre la instalación o establecimiento de las actividades. A esto se le agrega la técnica obligatoria dentro del procedimiento administrativo la “evaluación de impacto ambiental”, que conforme a al resultado, pueda la administración tomar la decisión de otorgar dicho permiso ambiental. Junto a la autorización administrativa, deben mencionarse las prohibiciones y limitaciones administrativas por parte de la legislación ambiental y la fijación de estándares ambientales, a través de los cuales se fijan los niveles permisibles de contaminación.

Constituyen también una manifestación del principio de acción preventiva las declaraciones administrativas con efectos jurídicos, entre ellas se destacan la declaración de dominio público de algunos recursos naturales, con la finalidad excluirlos del tráfico jurídico y someterlos a un régimen de control y protección más intenso; igualmente ocurre con la declaratoria legislativa de áreas naturales protegidas, que gozan de especiales valores ecológicos, paisajísticos, culturales, etc., que constituirá una limitación, a fin de instaurar asentamientos humanos.

Finalmente debemos destacar las técnicas de incentivo o fomento económico, entre los cuales encontramos los tributos ambientales y otros beneficios fiscales, las subvenciones y ayudas públicas y otros instrumentos novedosos como eco etiquetado, donde la administración certifica que determinados productos son elaborados respetando estándares ambientales a fin de prevenir la contaminación, este distintivo además de suministrar a los consumidores una mejor información sobre las repercusiones ambientales de un sistema productivo o de un producto, otorga a la empresa importantes beneficios publicitarios.

7.2. Instrumentos represivos y reparadores.

Resulta necesario establecer un catálogo de técnicas de carácter represivo que permita la enérgica persecución y sanción de aquellas conductas que contraríen a la normativa aplicable. Dentro de este rubro se ubica la responsabilidad civil por daños ambientales, la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, cuyo objeto último es la represión de las conductas trasgresoras y la reparación del daño. No debe de ocultarse, que estos instrumentos también en última instancia una finalidad preventiva por el efecto disuasorio que provoca en el agente potencialmente contaminador.

Bibliografía utilizada

- ✓ AMAYA NAVAS, O. D., *La Constitución Ecológica de Colombia: Análisis Comparativo con el Sistema Constitucional Latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002
- ✓ BERTRAND GALINDO, F., *et al. Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, San Salvador
- ✓ BUSTAMANTE ALSINA, J., *Derecho Ambiental: Fundamentación y Normativa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- ✓ CRUZ CHAVEZ, S. P., *et al, Eficacia de los controles constitucionales que se ejercen ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de El Salvador en relación a la protección del medio ambiente*, Tesis para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, dirigida por HENRY ALEXANDER MEJIA, 2007.
- ✓ Diccionario de Derecho Ambiental, ALONSO GARCIA, E., Y LOZANO CUTANDA, B. (Directores), Ed., Iustel, Madrid, 2005.
- ✓ DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho español del medio ambiente*, segunda edición, Ed. Civitas-Thomson company, Madrid, 2002
- ✓ ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- ✓ ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2005
- ✓ FARFÁN MATA, E.B., *et al, Eficacia de los Instrumentos de Gestión Ambiental en El Salvador para la Protección del Medio Ambiente*, tesis, para adquirir el grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de El Salvador, 1999.
- ✓ GONZALEZ BALLAR, R., *El Derecho Ambiental en Costa Rica: Limites y Alcances*, San José, 1994.
- ✓ JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- ✓ JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed., Mcgraw-Hill, Madrid, 1996.
- ✓ LEIVA, F., “Las actuales funciones de la responsabilidad civil en materia ambiental”, en Congreso Internacional de Derechos de Daños: ponencia número 33, Buenos aires, Octubre de 2002, <http://www.aaba.org.ar>.
- ✓ LOPERENA ROTA, D. *Los principios de derecho ambiental*, Ed., Civitas, Alicante, 1998.
- ✓ LOPEZ RAMON, F., *Derechos Fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, en “REDA”, Madrid, 1999.
-“El derecho Ambiental como derecho de la Función Publica de Protección de los Recursos Naturales”, en AA.VV, *Protección administrativa del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994
- ✓ LOZANO CUTANDA, B. *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*, tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- ✓ MADRIGAL CORDERO, P., *Derecho Ambiental en Centro América*, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1995.
- ✓ MARTIN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, Ed., Trivium, Madrid, 1991.
- ✓ MORELLO, A., y CAFFERATTA, N. A., *Visión Procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994.
- ✓ ORTEGA ALVAREZ, L., “El concepto de medio ambiente”, en AA.VV., dirigida por él mismo, *Lecciones de derecho del medio ambiente*, segunda edición, Ed. Lex nova, Valladolid, 2000.

- ✓ RUBIO FERNANDEZ, E. M., "Expansión de la legislación ambiental: su dimensión internacional", en AA.VV., *Justicia Ecológica y Protección del medio ambiente*, Coordinadora Teresa Vicente Jiménez, Ed. Trota, Madrid, 2002.
- ✓ RODRIGUEZ RUIZ, N., *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, Ed., Universitaria 1960.
- ✓ SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M del C., *Responsabilidad Civil del Empresario por deterioro del medio ambiente*, Ed. Bosch, Barcelona 1994.
- ✓ SANCHEZ SAEZ, A. J., *La restitutio in pristinum "como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente*, en "Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental" num. 3, Universidad de Sevilla. [http: www.sica.es/aliens/gimadus](http://www.sica.es/aliens/gimadus)
- ✓ SANDS, P., *Principles of international environmental law*, Manchester University Press, Manchester, 1994.
- ✓ SAQUENOD DE ZSOGÖN, S., *Iniciación al derecho ambiental*, 2ª Edición, Ed., Dykinson, 1999.
 - *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991.
- ✓ ZEBALLOS DE SISTO, Mª C., *El derecho ambiental internacional: Un esquema de su evolución*, Buenos Aires, 1996, puede consultarse en la página Web: www.cedha.org.ar

El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos

Hugo Dagoberto Pineda Argueta *

SUMARIO: 1. Introducción a la jurisdicción penal internacional 2. La responsabilidad penal internacional del individuo 3. Conductas que generan responsabilidad penal internacional 4. Los Tribunales Penales Internacionales "Ad hoc" 5.- La Corte Penal Internacional. 5.1.- Antecedentes 5.2. Estructura de la Corte Penal Internacional 5.3.- El Estatuto de la Corte Penal Internacional 5.4.- Principios Aplicables por la Corte Penal Internacional 6. Crímenes contemplados en el Estatuto 7. Procedimientos ante la Corte 7.1. Mecanismos de Activación 7.2 Procedimientos 7.2.1. La Investigación 7.2.2. El Juicio 7.2.3 El Fallo 7.2.4. La Apelación y la Revisión 8.- Derechos del Acusado.

1. Introducción a la jurisdicción penal internacional

Tanto la carta de la ONU y de la OEA, como organismos internacionales más importantes en nuestra región; reflejan tanto en sus principios como en sus disposiciones normativas, el anhelo del mundo de erradicar la guerra como medio de solución a los conflictos; pero como tristemente estos existen en todas partes del mundo, y es en ese contexto que se dan las mas graves violaciones a los DD.HH., se vuelve necesario, que la misma comunidad internacional, intervenga en estos, a fin de sancionar a las personas que resulten responsables de tales violaciones.

Inicialmente, al concluir los conflictos; era la parte vencedora la que decidía si juzgaba o no a quienes hubieren cometido infracciones al DIH; por lo que era un juicio de vencedores contra vencidos.- Posteriormente, tal decisión se puso en manos de la misma comunidad internacional; pero esa decisión dependía de las correlaciones de fuerzas en el escenario político internacional, sin perjuicio a las criticas que los llamados tribunales especiales recibieron.- Por lo anterior, es que se hacen esfuerzos de crear por lo menos tribunales especiales, y posteriormente y ya de forma universal en crear de forma permanente un tribunal internacional, al cual la comunidad internacional le delimita con anterioridad a los hechos, su competencia material.

* Abogado y Notario, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Humanitario en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

2. La responsabilidad penal internacional del individuo

De forma clásica, se consideraba que era atributo exclusivo de los Estados el juzgar o no a las personas que cometieran algún ilícito de naturaleza internacional; y que en todo caso serían el Estado los responsables internacionalmente.

Los ilícitos penales de trascendencia internacional, o bien son sancionados por el Estado de la nacionalidad en perjuicio de quien se cometan; por otro Estado, invocando el principio de jurisdicción penal universal, es decir por que el hecho cometido ofende la moral internacional; o por la comunidad internacional, bien a título de tribunales especiales, o por medio de un tribunal general y permanente; siempre y cuando no se le haya juzgado por ninguno de los medios anteriores.

De modo general se puede afirmar que la responsabilidad por infracción del Derecho Internacional la sufren los Estados, y es de tipo compensatorio. Pero los delitos contra el Derecho de Gentes engendran responsabilidad penal para los individuos y se diferencian de los hechos ilícitos cometidos por los Estado.

El Derecho Internacional, ha establecido de forma clásica, determinados tipos delictivos para comportamientos individuales contrarios a las exigencias éticas elementales de la convivencia internacional. Éstos son entre otros, la piratería marítima, ciertos actos ilícitos cometidos a bordo de aeronaves, la violación del Derecho de Guerra, los crímenes contra la paz (vulneración del *ius ad bellum*), genocidio y crímenes de lesa humanidad.

En la mayoría de los casos, la acción del Derecho Internacional es incompleta, ya que no pasa de la fijación del tipo delictivo. La determinación e imposición de las penas se delegan a la competencia de los ordenamientos jurídicos internos. Y es que las resistencias políticas por parte de los Estados a la creación de tribunales penales internacionales no ceden, por lo que, carente el Derecho Internacional de las instituciones adecuadas para hacer efectiva la responsabilidad penal, entra en juego la llamada *teoría del desdoblamiento funcional*: la sanción de los delitos internacionales es interna y externa a la vez. En convenciones recientes ha prevalecido la denominada "jurisdicción universal", hija del principio *aut dedere aut judicare*, estipulando que el Estado que apresa al delincuente debe, o bien juzgarlo o bien conceder su extradición para que sea juzgado por otro Estado con competencia en el asunto. A manera de ejemplo, en lo que respecta a *la piratería*, el artículo 15 de la Convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre alta mar, define con precisión el tipo delictivo, reiterado en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982. Pero las penas no son impuestas por un tribunal internacional

creado al efecto sino por los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento del buque o aeronave pirata. Así, la responsabilidad internacional del individuo se hace efectiva ante los tribunales internos.

Sobre esfuerzos de enjuiciamiento a criminales de guerra, es posible mencionar que en un principio el Tratado de Versalles de 1919, preveía el enjuiciamiento del Káiser Guillermo II por un tribunal inter aliado de naturaleza internacional, bajo la acusación de “ofensa suprema a la moral internacional y a la santidad de los tratados”. Como es sabido, el Gobierno del Reino de los Países Bajos se negó a efectuar la extradición del Káiser, y el enjuiciamiento no se llevó a cabo; no obstante es importante su precedente, por dejar plasmada la sola posibilidad de enjuiciamiento penal internacional.

Tras la Segunda Guerra Mundial fue, sin embargo, distinta la suerte corrida por los grandes criminales de guerra de los países del Eje. El Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, suscrito por los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; y la República Francesa; tipificó determinados delitos bajo las siguientes categorías: Crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y conspiración o complot. A partir de esto comenzaron a actuar los Tribunales de Nuremberg y Tokio, que eran auténticos tribunales internacionales, con el fin de castigar a los criminales de guerra.

El posterior Derecho Internacional Humanitario, constituido fundamentalmente por las cuatro Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de Ginebra del 10 de junio de 1977, (ahora existe un tercer protocolo de 2005)) ha retornado al sistema general de determinación de responsabilidades, que reinó en un principio: Las normas convencionales fijan los tipos delictivos, pero la determinación de las penas y su imposición en cada caso concreto se confían a los sistemas jurídicos internos o nacionales.

Por último, cabe mencionar que la gravedad de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas desde 1991 con ocasión del mortífero conflicto armado que devastó a las Repúblicas desgajadas de la antigua Federación de Repúblicas Socialistas de Yugoslavia, determinó la adopción por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU), el 25 de mayo de 1993, por medio de la resolución 827, la creación un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* (especial) para castigar a los presuntos responsables de aquellos crímenes y en 1994, mediante resolución 955, crea el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda

En definitiva, en la actualidad ya es innegable que los individuos deban responder por aquellas conductas tipificadas como crímenes en instrumentos o tratados internacionales, sin perjuicio a que se intente deducírselas en sede nacional o internacional.

3. Conductas que generan responsabilidad penal internacional

La proscripción o prohibición de la guerra (salvo casos de legítima defensa, colectiva o individual), mediante la prohibición del uso de la fuerza, se inició con el Pacto Briand Kellog; firmado en París el 27 de Agosto de 1928; tratado que si bien no impidió la segunda guerra mundial; sirvió de base una vez finalizada esta, para el castigo, por los tribunales internacionales de Núremberg y Tokio, de los acusados de delitos contra la paz, es decir, el haber desencadenado una guerra de agresión. Los intentos de sancionar los delitos o crímenes contra la paz, se iniciaron finalizada la primera guerra mundial, por medio del artículo 227 del Tratado de Versalles del 28 de Abril de 1919; que acusaba al Káiser Guillermo II, de ser culpable de una ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados; artículo en el que se anunciaba la creación de un tribunal para ese efecto; lo que no se llevó a cabo, por negarse Holanda a extraditarlo.

Tras la segunda guerra mundial, y con la finalidad de castigar a los criminales de guerra, se creó, la llamada por muchos, jurisdicción de vencedores, Núremberg y Tokio; definiendo los estatutos de estos tribunales los crímenes contra la paz como el planteamiento, la preparación, el inicio o la conducción de una guerra de agresión o de una guerra que supone la violación a tratados, acuerdos o garantías internacionales.

Históricamente, en China, en el siglo IV a.C.; Sun Tzu, en el "Arte de Hacer la Guerra", desarrolló la teoría sobre la responsabilidad del mando por posibles infracciones de las costumbres o prácticas dominantes en el desarrollo de la guerra.- En 1621, el Rey Gustavo Adolfo de Suecia, promulga sus "Artículos de leyes militares que deben ser observados en tiempo de Guerra"; pero se estima que fue en los EE.UU., en 1775, que se promulgan los primeros artículos de guerra, especialmente por medio del llamado Código de Lieber, que el Presidente Abraham Lincoln, promulga a iniciativa de su ministro de defensa, el jurista de origen prusiano Francis Lieber. También debe decirse, que la comunidad internacional, en cuanto a los crímenes de guerra, ha sido en principio la jurisdicción de los Estados los que los han juzgado, especialmente lo que podría llamarse infracciones no muy graves al derecho de la guerra; y las que se consideran graves, los ha tomado la comunidad internacional, a fin de sancionar a los responsables.

Según lo establecido en el artículo cinco del Estatuto de la Corte Penal Internacional; esta tendrá competencia, respecto de los siguientes delitos: Crímenes de guerra, Crímenes contra la

humanidad, Crimen de genocidio, y del Crimen de Agresión (aún no definido, especialmente sus elementos); los cuales son desarrollados en los artículos 6 al 8 del citado Estatuto.

4. Los Tribunales Penales Internacionales “Ad hoc”

El Consejo de Seguridad de la ONU, creó los tribunales especiales de Yugoslavia y Ruanda, en mil novecientos noventa y tres y mil novecientos noventa y cuatro respectivamente.

Para el caso del tribunal de Yugoslavia, la competencia material se centró en el genocidio, crímenes de lesa humanidad, e infracciones graves a los convenios de Ginebra y violaciones a las leyes y costumbres de la guerra; para casos de conflictos internacionales y no internacionales.

En el caso del tribunal especial de Ruanda, creado en mil novecientos noventa y cuatro, por el Consejo de Seguridad a solicitud del gobierno Ruandés el cual tiene por competencia material el genocidio, y crímenes de lesa humanidad. Ambos tribunales están estructurados por salas, fiscalía, secretaría; y tienen una composición multinacional, tanto de jueces y de personal auxiliar o administrativo.

Ambos tribunales conocen de hechos sucedidos de de 1990 a 1994. Estos tribunales han enfrentado encarnadas críticas, por lo onerosos que resultan al sistema, y por que además se les señala que violan principios básicos del Derecho Penal, como el del Juez Natural; doble juzgamiento, etc.

5. La Corte Penal Internacional:

5.1 Antecedentes

Los trabajos para la creación de este tribunal, comienzan desde la misma creación de la Organización de las Naciones Unidas; como consecuencia de los horrores sufridos durante la segunda guerra mundial; en la que los aliados, en 1945 y 1946 crean los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio, para el juzgamiento de los responsables alemanes y japoneses acusados de los que denominaron crímenes mayores; que eran fundamentalmente crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró por primera vez la posibilidad de establecer una corte internacional permanente para enjuiciar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión.

En 1950 Naciones Unidas crea un Comité especial para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional; dicho comité preparó un proyecto de Estatuto entre 1951 y 1953;

pero no fue posible su implementación. También la Comisión de Derecho Internacional, elaboró un proyecto complementario de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; pero tampoco se aprobó.

En 1989; la Asamblea General reactivó el estudio del tema, remitiendo a la CDI el análisis del mismo. En 1992, dicha Asamblea solicitó a la Comisión de Derecho Internacional la preparación de un proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional.

En Diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, mediante resolución 49/53 se creó un comité AD HOC de representantes gubernamentales para el estudio del Estatuto de la Corte Penal Internacional que había presentado la CDI, para que analizara las principales cuestiones sustantivas y administrativas del citado proyecto; comité que después se constituyó en el comité preparatorio de la conferencia diplomática de Roma.

La misma Asamblea, por resolución 51/207 de Diciembre de 1996, decidió celebrar en 1998 una conferencia diplomática plenipotenciaria, con el objeto de establecer de forma definitiva una convención que estableciera la CPI; y por resolución 52/160 de Diciembre de 1997, acepta la oferta de Italia para ser sede en tal conferencia; la que finalmente se realiza el 17 de julio de mil novecientos noventa y ocho, en la que con ciento veinte votos a favor se aprobó el actual Estatuto de la Corte.

En el ínterin, se produjo la creación de dos tribunales especiales, el de la Ex Yugoslavia y el de Ruanda; los cuales fueron creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Actualmente más de cien Estados han ratificado el Estatuto, sus reglas de procedimiento y prueba; ante el que ya se han presentado muchas denuncias de violaciones al DIH.

Los Estados que se oponen a la existencia de la Corte, argumentan las teorías de la seguridad nacional y sobre la liberación nacional; pero estas no justifican los crímenes de guerra o de lesa humanidad. Sin dejar de considerar que bajo tratados de extradición para combatir el narcotráfico, se entregan a muchas personas, para que sean juzgadas por otros Estados, y si ello no viola tales teorías, por que entonces en el caso de la Corte, si las violaría.

Algunas deficiencias que le atribuyen al Estatuto de la CPI, es el hecho de que no define muchos delitos, como el caso de terrorismo internacional, agresión internacional, tráfico internacional, etc; se le critica además, que el sistema de valoración de la prueba es la íntima convicción, puesto que dispone que la sala debe de estar convencida para resolver, esto es peligroso para el debido proceso, ya que un tribunal de derecho y en base al principio de la admisibilidad de la prueba, será la Corte la que decidirá que pruebas admite, y cuales no, esto lesiona la defensa del procesado.

5.2 Estructura de la Corte Penal Internacional

La Corte posee carácter permanente, tiene su sede en Holanda en la Haya y está integrada por dieciocho magistrados, y demás personal auxiliar. Los Magistrados son electos en forma secreta por la Asamblea de Estados partes de la lista de candidatos propuestos por los Estados, duran en sus cargos nueve años, no pudiendo ser reelectos. Como requisitos se establecen unas altas calidades morales, imparcialidad, integridad, reunir las calidades que se demandan para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en sus países de origen, poseer experiencia y competencia en derecho y procedimiento penal o en áreas del derecho internacional relativas al DIH o DIDDH. Asimismo, se requiere dominar uno de los idiomas Oficiales de trabajo de la Corte. Los Magistrados no pueden ejercer actividades incompatibles con sus cargos o que erosionen la confianza en su independencia.

La Corte está estructurada por cuatro órganos principales:

a) *Presidencia*: Constituye el órgano de gobierno de la Corte y está integrada por el Presidente, un Vicepresidente primero y un Vicepresidente segundo, quienes son electos por los mismos Magistrados para un periodo de tres años pudiendo ser reelectos por una sola vez.

b) *Salas*: a) Cuestiones preliminares, b) de Primera instancia, y c) de Apelaciones.

Sala de Cuestiones Preliminares: Está integrada por seis Magistrados y ante ella se tramita la etapa instructora del proceso, en la cual se investiga y se recaba prueba; el imputado puede o no comparecer a audiencias, pero si es necesario que tenga defensor. La Sala de cuestiones Preliminares es quien autoriza al Fiscal a iniciar una investigación y confirma los pedidos de procesamiento que el Fiscal presenta.

Sala de Primera Instancia: está integrada por seis Magistrados y ante ella se realiza el juicio oral y público, establece los derechos del acusado y las diligencias probatorias que deberán llevarse a efecto, si es indispensable la comparecencia del procesado y dicta el fallo, el cual debe ser fundamentado, y se decide por unanimidad o por mayoría; previa deliberación secreta.

Sala de Apelaciones: conoce de los recursos que en contra del fallo se presenten, ya sea revisión o apelación y la integran el Presidente y otros cuatro Magistrados.

c) *Fiscalía*: es un órgano independiente y recibe denuncias, lleva a efecto las investigaciones y ejercita la acción penal, no obstante el caso puede iniciarse por denuncia de un Estado parte o por denuncia del Consejo de Seguridad. El Fiscal es electo por la Asamblea para un periodo de nueve años no reelegible. De conformidad con el arto. 42 del Estatuto, para optar al cargo, se debe de poseer una alta calidad moral, competencia y una extensa experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o en la sustanciación de causas penales, debiendo de dominar al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte. Asimismo, El Fiscal puede designar asesores jurídicos especialistas en determinados temas.

Para el ejercicio de sus funciones, el Fiscal puede contar con el apoyo de uno o más fiscales adjuntos, también designados por la Asamblea de Estados parte.

La Fiscalía está guiada por tres principios: Independencia, Imparcialidad y legalidad. Esta no recibe ordenes ni de personas ni de instituciones ajenas al Tribunal, actuando como órgano separado de este y apegado a las disposiciones del Estatuto.

d) *Secretaría*: a cargo de un Secretario quien es electo en votación secreta por la Corte para un periodo de cinco años y puede ser reelecto por un a sola vez. La Secretaría atiende los aspectos no judiciales y los servicios administrativos del tribunal. Este órgano cuenta con personal para atender a las víctimas de traumas.

La Asamblea de Estados Partes: se erige como el foro que permite la supervisión de estos sobre la Corte sin que se vea afectada su independencia a ella se integran los Estados que han ratificado el Estatuto. La Asamblea examina y aprueba el presupuesto de la Corte, puede modificar el número de Magistrados, y examina las cuestiones relativas a la falta de cooperación, tomando medidas a tal efecto.

5.3. El Estatuto de la Corte Penal Internacional:

El 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, sesionó en Roma, de los 160 participantes, 120 Estados votaron para adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional entrando en vigor el 1 de julio del 2002 al lograr las 60 ratificaciones necesarias.

El Estatuto cuenta con Un Preámbulo y 128 artículos agrupados en trece partes, en ellas se regulan los aspectos orgánicos y procesales de la Corte así como los principios y normas aplicables entre otros temas.

El Estatuto constituye un verdadero tratado internacional, promovido por la Organización de Naciones Unidas cuyo Secretario General es el Depositario y establece una jurisdicción común para los Estados que forman parte, la cual no viene a sustituir a las jurisdicciones internas sino a impedir que los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional queden en la impunidad. Para que el Estatuto pueda ser aplicado, es condición necesaria que haya sido ratificado por el Estado o sin ser parte haya aceptado la competencia de la CPI para que conozca del asunto en un determinado caso. No obstante, su efectividad dependerá no sólo de una ratificación general del Estatuto, sino también de que los Estados Partes cumplan a plenitud con las obligaciones que el tratado les impone.

El Estatuto es aplicable únicamente a crímenes cometidos con posterioridad a su entrada en vigor.

En su arto. 21 establece como Derecho aplicable, el Estatuto, y sus reglas de procedimiento y prueba. Además, los Tratados aplicables y los principios y normas de derecho internacional aplicables. Como normas subsidiarias dispones los Principios Generales del Derecho derivados por la CPI de los derechos internos de los sistemas jurídicos del mundo pudiendo aplicar también principios y normas de derecho respecto de las cuales hubiera hecho una interpretación en resoluciones anteriores.

5.4. Principios Aplicables por la Corte Penal Internacional:

La Corte está regulada por una serie de normas y principios que lo convierten en un tribunal especial, sólo para conocer casos realmente particulares. Los principios aplicables son:

Complementariedad o subsidiaridad: La Corte no sustituye a las jurisdicciones penales internas de los Estados y solo entra a funcionar cuando un país no juzga o no puede juzgar los hechos de competencia del tribunal, o cuando el enjuiciamiento suponga una sustracción del individuo a la justicia o no se respete el debido proceso. La Corte viene a evitar la impunidad de las cuatro clases de crímenes internacionales cuya competencia se le atribuye.¹¹⁴

¹¹⁴ Ver Preámbulo y arto. 1 del Estatuto de la Corte.

Principio de legalidad (Nullum crime sine lege): el crimen debe estar definido al momento en que ocurra y ser competencia de la Corte; no existe crimen sin ley.

Nulla poena sine lege: un condenado por la Corte sólo puede ser penado como ordena el Estatuto; no se puede imponer una pena sin que esta este establecida en el instrumento o estatuto.

Irretroactividad ratione personae: nadie puede ser perseguido por la Corte por hechos o delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto; solo podrá procesar a aquellos hechos cometidos desde su vigencia como institución, o desde su vigencia para con determinado

Responsabilidad Penal Individual: no serán objeto de la pretensión punitiva las personas jurídicas, salvo como hecho agravante por asociación ilícita; en cuyo caso serán responsables los que ejecuten o planeen las acciones ilegales.

Exclusión de los menores de 18 años: la Corte no es competente para juzgar a quienes eran menores de 18 años en el momento de comisión del presunto crimen.

Improcedencia de cargo oficial: De conformidad al Estatuto, todos son iguales ante la Corte; no se reconoce ningún tipo de inmunidad de las establecidas en el Derecho Interno para determinados cargos tales como Jefes de Estados o parlamentarios.

Responsabilidad por el cargo: especialmente los jefes militares o combatientes que coordinan o dirigen las operaciones militares, los que por vía de omisión podrían tener responsabilidad por los crímenes que comentan sus subordinados cuando teniendo conocimiento no hubiere adoptado las medidas necesarias para prevenir tales hechos o sancionar su comisión. Tampoco pueden los militares, pretender evadir la responsabilidad sobre la base de la llamada obediencia debida.

Imprescriptibilidad: Los crímenes competencia de la Corte no prescriben.¹¹⁵

¹¹⁵ Ver parte III del Estatuto, artos. 22 a 23.

6. Crímenes contemplados en el Estatuto

a) Genocidio

Según el artículo 5.1, es un crimen de competencia de la CPI, que está definido en el art. 6, el cual es una copia del art. 2 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Genocidio, adoptado en 1948. Se entiende por *Genocidio* la negación del derecho mismo de su existencia a grupos humanos enteros, de carácter nacional, étnico, racial o religioso como tal que impliquen: *Matanza* de miembros del grupo, *lesión grave* a la integridad física o mental de los miembros del grupo, *sometimiento intencional* del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, *medidas destinadas a impedir nacimientos* en el seno del grupo, *traslado por la fuerza* niños del grupo a otro grupo.

Comprende entonces lo que se conoce como genocidio físico, biológico, y cultural.

Este crimen puede ser cometido por actores estatales o no estatales y en tiempo de paz o de conflicto armado internacional o no internacional.

b) Crímenes de lesa humanidad

Se trata de delitos de competencia de la Corte, según lo establece el artículo 5.1.b del Estatuto, y están definidos en el art. 7 del mismo; en el que se enumeran una serie de actos o conductas que son o pueden ser constitutivas de dicho delito; en los que se requiere que se trate de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil y con conocimiento de tales ataques; y que además estos sean masivos o sistemáticos. Tiene entonces como elemento objetivo la gravedad de la conducta, calificativo que deviene de la mixtura de esta, es decir masiva o sistemática; a peor aún, masiva y sistemática; crimen que bien se puede cometer en tiempos de paz o en el marco de un conflicto armado; que se trate de una población civil la que sea atacada, en tanto que si realizan en contra de los que participan en las hostilidades, podría en todo caso ser constitutivo de crímenes de guerra.

Como elemento subjetivo del ilícito, se establece el conocimiento que de las conductas enumeradas por el Estatuto debe tener el autor; según el cual podrá tener responsabilidad a título de autor directo, indirecto, o de complicidad.

c) Crímenes de guerra

Sobre estos y de conformidad al artículo 5.1.c del Estatuto, la corte tiene competencia; y los define el artículo 8 del mismo; y sobre ellos dice que sobre ellos tendrá competencia en tanto se cometan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes. Estas conductas están estratificadas en cuatro categorías, que se desprenden de la sola lectura del citado artículo 8; las dos primeras se refieren a los crímenes de guerra cometidos en el marco de conflictos armados internacionales; y las otras dos, referidos a los crímenes cometidos en el marco de los conflictos armados internos, en lo que vale decir, implica el Estatuto en avance importante para el DIH.

d) Crimen de agresión

Según el artículo 5.1.d), es un crimen de competencia de la Corte, pero de conformidad a los artículos 121 y 123, queda pendiente su definición, y condiciones de ejercicio; la cual sin duda deberá ser compatible con los principios y disposiciones de la Carta de la ONU, especialmente lo relativo al capítulo VII, referido a la acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. Crimen que se caracteriza por su enorme carga política, lo que sin duda pone podría afectar la seguridad colectiva que la misma carta establece; por lo que la corte una vez esta sea definida, tendrá enorme reto para su ejercicio.

De conformidad al artículo once del Estatuto, la Corte tendrá competencia temporal respecto de aquellos crímenes que se cometan después de que este entre en vigencia, y solo para aquellos Estados que lo hayan ratificado; en cuando a los Estados que lo ratifiquen con posterioridad a su vigencia, tendrá competencia solo respecto de los crímenes cometidos después de entrar en vigencia el Estatuto para el Estado ratificante; salvo acuerdo contrario, en cuyo caso la competencia se retrotraería a la vigencia inicial del Estatuto; y aún, a la luz del artículo 12.3, puede esta Corte tener competencia para casos especiales, aún para Estados que no sean parte del Estatuto.

7. Procedimientos ante la Corte

7.1. Mecanismos de Activación

En el Estatuto encontramos tres formas mediante las cuales la CPI puede iniciar juicio:

a) *Por remisión de un Estado Parte a la Corte de una "situación particular"*. Se habla de situaciones en vez de causas, esto es así para permitir que el Fiscal sea quien determine con fundamento en sus investigaciones a quienes acusar formalmente.

b) *Por solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*. Este también está facultado por el Estatuto a remitir situaciones a la Corte de conformidad a lo dispuesto por la Carta de Naciones Unidas.¹¹⁶ Esto permitirá que la CPI implemente la práctica establecida con los Tribunales Penales Internacionales para la ex - Yugoslavia y para Ruanda para juicios relativos a situaciones donde se estima amenazada la paz o la seguridad internacional. Al derivar la facultad de remisión del Consejo de la Carta de Naciones Unidas, la Corte por esta vía podrá conocer de situaciones con relación a Estados que no son parte del Estatuto.

Por otra parte, encontrándose una investigación o enjuiciamiento en curso, independientemente de cómo fuera iniciado, la Corte deberá suspenderlo obligatoriamente hasta por 12 meses, si así lo solicita el Consejo de Seguridad conforme a resolución aprobada de conformidad a lo dispuesto por el Capítulo VII de la Carta. Dicha petición puede ser renovada por el Consejo.¹¹⁷

c) *De oficio por el Fiscal de la Corte*. La investigación de oficio permite que la Corte no se vea paralizada si por determinadas circunstancias el Consejo o los Estados no remiten situaciones a la Corte.

Al recibir información de una fuente que resulte fiable, el Fiscal está obligado a analizar su veracidad. Si el Fiscal encuentra que existen fundamentos para abrir una investigación, debe efectuar una petición a la Sala de Cuestiones Preliminares, a fin de que le autorice llevar a cabo tal investigación.¹¹⁸

Conforme al artículo 18 del Estatuto, si un Estado ha remitido una situación o el fiscal ha iniciado una investigación de oficio, deberá notificar a todos los Estados partes, así como a los Estados que sin serlo, normalmente tendrían jurisdicción sobre el asunto. El Fiscal esta

¹¹⁶ Carta de Naciones Unidas Cap. VII, apartado b) del artículo 12.

¹¹⁷ Estatuto de la CPI, artículo 16.

¹¹⁸ Estatuto de la CPI, artículos 13 y 15.

obligado a aplazar su investigación si al cabo de un mes de haber hecho la notificación, un Estado le informa a la Corte que está investigando o ha investigado la materia y le solicita dicha suspensión. No obstante, cuando no haya disposición o exista una incapacidad real del Estado para efectuar el juzgamiento, la Sala de Cuestiones Preliminares puede autorizar al Fiscal para que realice la investigación. Asimismo, si decide el aplazamiento de la investigación puede pasado, seis meses revisar, tal decisión pudiendo solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares, que le autorice a continuar la investigación si llega a la conclusión que el Estado no esta dispuesto a efectuarla o no puede en realidad llevarla a cabo.¹¹⁹

7.2 Procedimientos

7.2.1 La Investigación

La investigación se inicia cuando el Fiscal estima que hay fundamentos razonables para abrir el proceso. La Sala de Cuestiones Preliminares controla la investigación a fin de que haga referencia a hechos ilícitos de la competencia de la CPI. Esta Sala acuerda las medidas cautelares a solicitud del Fiscal cuando estas proceden. Asimismo, acuerda las órdenes de detención, la prisión preventiva o la libertad condicional; ordena los medios de prueba y dicta las providencias adecuadas requeridas por el Fiscal. La Sala además, cuando un Estado, parte o el afectado impugne la investigación, puede disponer sobre la oportunidad o no de ésta, aun cuando el Fiscal no esté de acuerdo.

El Fiscal, de conformidad con el Estatuto, está facultado para solicitar la cooperación de los Estados, organizaciones o acuerdo intergubernamental y llegar a acuerdos para facilitar dicha cooperación, la cual tiene carácter voluntario. Dos son las formas de cooperación que se prevén en el Estatuto: a) la entrega de personas sobre la que pesa una orden de detención y b) la asistencia judicial de todo tipo tales como práctica de pruebas, interrogatorios, notificaciones, comparecencias, transmisión de documentos, etc.¹²⁰

Cuando un Estado parte es claramente incapaz de llevar a cabo una solicitud de cooperación por no existir autoridad u órgano alguno del sistema judicial competente para cumplir dicha solicitud, el Fiscal, autorizado por la Sala de Cuestiones Preliminares podrá efectuar las investigaciones en el territorio de dicho Estado.¹²¹

Es importante aclarar, que la actividad del Fiscal está dirigida a establecer la verdad y a que se haga justicia, por lo que tiene la obligación de investigar tanto circunstancias

¹¹⁹ Estatuto de la CPI, arto.18.

¹²⁰ Estatuto de la CPI, artos.93, 96 y 99.

¹²¹ Estatuto de la CPI, arto.18.

incriminatorias como eximentes con respecto a los intereses y circunstancias personales de las víctimas y testigos de acuerdo al arto.54 del Estatuto.

7.2.3 El Juicio

Previo al juicio ante la Sala de Primera Instancia, se requiere que la Sala de Cuestiones Preliminares confirme los cargos formulados por el Fiscal. La confirmación de cargos se lleva a cabo en audiencia que cuenta con la presencia del Fiscal, el imputado y del Defensor. En la audiencia el imputado podrá: a) Impugnar los cargos; b) Impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal; y c) Presentar pruebas.

Una vez confirmados los cargos, la Presidencia integra la Sala de Primera Instancia, la que velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos.

El juicio tiene carácter público. No obstante, la Sala de Primera Instancia podrá decidir que determinadas diligencias se efectúen a puerta cerrada, debido a circunstancias especiales o para proteger la información de carácter confidencial o restringida que haya de presentarse en la práctica de la prueba.

El acusado tiene derecho a estar presente en el juicio, excepto cuando perturbare continuamente el proceso, pudiendo en este caso la Sala, ordenar que salga de ella y si no hay otras medidas razonables adecuadas observe el proceso desde afuera y de instrucciones a su defensor desde fuera de la Sala. La salida durará el tiempo estrictamente necesario.

La Sala de Primera Instancia tiene la obligación de velar porque el juicio sea justo y expedito y conducido con pleno respeto a los derechos humanos del acusado y con la debida protección a las víctimas y testigos.

Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos y dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el artículo 65 o de declararse inocente.

Si se declarare culpable, previa comprobación de que su declaración se ve corroborada por las pruebas presentadas por el Fiscal y que el acusado la efectúa voluntariamente comprendiendo la naturaleza y las consecuencias de su declaración, la Sala procederá a dictar la sentencia condenatoria correspondiente.

Si se declara inocente se practicarán las pruebas que la Sala declare pertinentes a petición del Fiscal o de la defensa

Las partes podrán presentar pruebas pertinentes a la causa, de conformidad con el artículo 64. La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos pudiendo decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

En caso de faltas de conducta de personas presentes en la Corte, tales como perturbar las audiencias o negarse deliberadamente a cumplir sus órdenes, la Corte podrá imponer sanciones administrativas, que no entrañen privación de la libertad, como expulsión temporal o permanente de la sala, multa u otra medida similares.

7.2.4 El Fallo

Los Magistrados intentarán tomar sus decisiones de condena o absolución unánimemente, a falta de lo cual decidirá la mayoría

En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las presentaciones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso. La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad. A petición de la víctima o de oficio, la Corte puede determinar el alcance y extensión del daño, pérdida o lesión de las víctimas. La Corte puede dar órdenes de reparación directamente contra el condenado o puede ordenar un pago de un Fondo Fiduciario.

7.2.5. La Apelación y la Revisión

La Apelación a las resoluciones de la Corte pueden hacerlas el Fiscal o la persona condenada ya sea por motivos de vicio de procedimiento, error de hecho o de derecho, así como por razón de alguna desproporción entre el crimen y la condena. La persona condenada puede además, apelar por cualquier otro motivo que afecte la justicia o la regularidad del proceso o del fallo.¹²²

Si se encontrare alguna injusticia en la sentencia, o un error que les afectó efectivamente, la Sala de Apelaciones puede revisar o rectificar la decisión o sentencia o puede ordenar un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia.¹²³

Una persona condenada se mantendrá bajo custodia en espera de la apelación salvo que la Corte ordene lo contrario.

Por otra parte, el Estatuto prevé la posibilidad que el fiscal, el acusado, o determinados allegados a este depuse del fallecimiento, puedan interponer recursos de revisión en los supuestos de nuevos hechos o nuevas pruebas determinantes de un fallo distinto, falsedad probada de algún medio de prueba determinante de la condena o corrupción probada de algún Magistrado. La revisión puede referirse tanto al fallo como a la pena. La Sala de Apelaciones esta facultada para resolver ella misma la revisión o enviarla a la Sala que fallo o constituir una nueva Sala de Primera Instancia.

8.- Derechos del Acusado

El Estatuto recoge las normas internacionales que establecen los llamados “derechos humanos procesales” a favor de los acusados. Un sospechoso tiene derecho a no autoincriminarse, a no ser coaccionado, intimidado o amenazado, a que se presuma su inocencia mientras el Fiscal no demuestre lo contrario, derecho a un interprete, derecho a tener el tiempo y las facilidades adecuadas para preparar su defensa, derecho a no ser arrestado o detenido de forma distinta a lo dispuesto por el Estatuto, derecho a ser procesado sin dilaciones indebidas, a interrogar o hacer interrogar testigos, a que no se invierta la carga de la prueba ni que le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas..

Asimismo, el sospechoso tiene derecho a ser informado antes del interrogatorio de que hay motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, tiene derecho a

¹²² Estatuto de la CPI, arto.81.

¹²³ Estatuto de la CPI, arto 81.

guardar silencio, a ser asistido legalmente y a ser interrogado en presencia de su abogado, derecho a estar informado. Estos derechos tienen validez también cuando el interrogatorio es llevado a cabo por autoridades del Estado a solicitud de la Corte.¹²⁴

Referencias bibliográficas:

- El Establecimiento de la Corte Penal Internacional y la Implementación del Derecho Penal Internacional; Carlos Eduardo Adriano Jopianssú; Revista de Ciencias Jurídicas número 1 de la Universidad de Veiga de Almeida; Río de Janeiro, Brasil, 2002.
- La Corte Penal Internacional, Ensayos para la implementación de su Estatuto; Compiladores José A. Guevara B. y Mariana Valdés Riveroll; Universidad Iberoamericana, Ciudad de México; Secretaria de Relaciones Exteriores, México.
- La Obligación de los Estados de Reprimir los crímenes de guerra como parte de una justicia penal internacional; Luís Benavides; Revista Mexicana de Derecho Público, número 3, Abril 2002.
- Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, 1998.
- Carta de las Organización de las Naciones Unidas, Ediciones de Naciones Unidas, Nueva York.
- Carta de la Organización de los Estado Americanos, Publicación de la Secretaría General, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica.

¹²⁴ Estatuto de la CPI, artos. 66 y 67.