



## TÍTULO

**PROTECCIÓN CAUTELAR AMBIENTAL EN EL SALVADOR  
Y EN ESPAÑA**

## AUTOR

**Edwin Mauricio Orellana García**

**Esta edición electrónica ha sido realizada en 2018**

<b>Tutor</b>	Alexandre Peñalver i Cabre
<b>Curso</b>	Máster Oficial en Derecho Ambiental (2016/17)
<b>ISBN</b>	978-84-7993-558-0
©	Edwin Mauricio Orellana García
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
<b>Fecha documento</b>	2017



## Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

### Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

### Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA-UNIVERSIDAD DE HUELVA

MÁSTER OFICIAL EN DERECHO AMBIENTAL, 2017 (VIII. Edición)

Trabajo de Fin de Máster

PROTECCIÓN CAUTELAR AMBIENTAL EN EL SALVADOR Y EN ESPAÑA

TUTOR: ALEXANDRE PEÑALVER I CABRE

AUTOR: EDWIN MAURICIO ORELLANA GARCIA

Huelva, 2 de noviembre de 2017

## **PROTECCION CAUTELAR AMBIENTAL EN EL SALVADOR**

AUTOR: EDWIN MAURICIO ORELLANA GARCIA

TUTOR: ALEXANDRE PEÑALVER I CABRE

### **RESUMEN:**

Los Tribunales ambientales en El Salvador juegan un rol determinante en la protección del medio ambiente y hasta la fecha han utilizado las medidas cautelares como su principal arma, no obstante, las mismas cuentan con regulación incipiente. El presente Trabajo de Fin de Máster analizará las generalidades de las medidas cautelares y las particularidades de las que se adoptan en los procesos ambientales, así como su importancia para la protección del ambiente y para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva. Asimismo, se examinará la protección cautelar ambiental en El Salvador y España, en específico, en los órdenes jurisdiccionales de dichos países en donde principalmente se ventilan los casos con incidencia ambiental, realizando una breve comparativa entre ambos.

### **PALABRAS CLAVES:**

Medidas cautelares ambientales, Juzgados Ambientales, medio ambiente, derecho a la tutela judicial efectiva, principio de precaución, ponderación de intereses, medidas innovativas, medidas anticipatorias y medidas innominadas.

## **LISTADO DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS**

AJASS. Auto dictado por el Juzgado Ambiental de San Salvador

CE. Constitución Española

CN. Constitución de la República de El Salvador

CPCM. Código Procesal Civil y Mercantil

FGR. Fiscalía General de la República

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil

LJCA. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española

LMA. Ley del Medio Ambiente

MAG. Ministerio de Agricultura y Ganadería.

MARN. Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales

## INDICE

Contenido	
INTRODUCCIÓN .....	6
CAPITULO I. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU IMPORTANCIA PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	8
I.A. CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES .....	8
I.B. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .....	8
I.C. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	10
I.D. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .....	11
I.E. TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	14
I.F. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO PROCESAL NECESARIO PARA LA TUTELA AMBIENTAL.....	16
I.F.1. La tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva.....	18
I.G. TUTELA JUDICIAL PARA LA PROTECCIÓN CAUTELAR AMBIENTAL EN DISTINTOS ORDENES JURISDICCIONALES DE EL SALVADOR Y ESPAÑA. ....	18
I.G.1. En El Salvador .....	18
I.G.1.a. En el orden civil-ambiental.....	18
I.G.1.b. En el orden contencioso administrativo.....	20
I.G.1.c. En el orden constitucional .....	20
I.G.2. En España.....	21
I.G.2.a. En el orden civil.....	21
I.G.2.b. En el orden contencioso administrativo.....	22
I.H. DELIMITACIÓN DE LOS ORDENES JURISDICCIONALES OBJETO DE ESTUDIO...23	
CAPITULO II. PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL SALVADOR .....	24
II.A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL .....	24
II.B. FUNDAMENTO INTERNACIONAL.....	25
II.C. TIPO DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN AMBIENTAL SALVADOREÑA.....	26
II.D. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN .....	35
II.D.1 Apariencia de buen derecho .....	35
II.D.2 Peligro de la demora .....	37
II.D.3 Valoración de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro de la demora por los juzgados ambientales.....	37
II.D.4. Proporcionalidad .....	39

II.D.4.a. Proporcionalidad en sentido estricto.....	39
II.D.4.b. El equilibrio entre los bienes jurídicos que pueden estar en conflicto .....	40
II.D.5 La caución de las medidas cautelares ambientales .....	42
II.E. EL PLAZO DE VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES .....	43
II.F. PROCEDIMIENTO CAUTELAR AMBIENTAL SALVADOREÑO .....	45
II.F.1 Competencia.....	45
II.F.2 Iniciación.....	46
II.F.3 Solicitud .....	48
II.F.4. Tramitación .....	49
II.G. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN .....	51
CAPITULO III. PROTECCIÓN CAUTELAR AMBIENTAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL .....	51
III.A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	51
III.B. FUNDAMENTO COMUNITARIO .....	53
III.C. FUNDAMENTO INTERNACIONAL .....	54
III.D. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA .....	56
III.E. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN .....	57
III.E.1. Peligro de la demora .....	58
III.E.2. Proporcionalidad .....	59
III.E.2.a. Proporcionalidad en sentido estricto.....	60
III.E.2.b. Ponderación de los intereses en juego .....	60
III.E.3. Apariencia de buen derecho .....	69
III.E.4. Caución .....	71
III.F. PLAZO O VIGENCIA.....	73
III.G. PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES .....	74
III.G.1 Competencia.....	74
III.G.2 Iniciación.....	75
III.G.3 Solicitud .....	75
III.G.4 Trámite .....	76
III.H. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN .....	77
CAPITULO IV: COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR ENTRE EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL AMBIENTAL SALVADOREÑO Y EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL .....	77

IV.A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	78
IV.B. FUNDAMENTO INTERNACIONAL.....	78
IV.C. TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES QUE SE PUEDEN ADOPTAR .....	79
IV.D. LOS PRESUPUESTOS DE SU ADOPCIÓN .....	79
IV. E. PLAZO DE SU VIGENCIA.....	81
IV. F. COMPETENCIA PARA SU ADOPCIÓN .....	81
IV.G. CRITERIO DE LA FORMA DE INICIACIÓN .....	81
IV. H. FORMALIDADES DE LA SOLICITUD .....	82
IV. I TRAMITOLOGÍA.....	82
IV.J MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MEDIDA.....	83
CONCLUSIONES .....	84
documentación consultada .....	86



## INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares ambientales juegan un papel trascendental en la protección del medio ambiente, puesto que, por la fragilidad y carácter irreversible de ese bien jurídico, en muchas ocasiones se requiere de una respuesta judicial inmediata ante su vulneración, que no permite esperar el dictado de una sentencia en el proceso declarativo correspondiente.

En el Salvador, si bien es cierto desde antes de la creación de los juzgados ambientales ya existía la posibilidad de ejercer esa protección cautelar en los órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y constitucional, el dictado de medidas cautelares ambientales fue escaso y poco habitual, no siendo hasta la creación de dichos tribunales que ese instrumento de protección fue tomando fuerza, hasta volverse una realidad y un mecanismo trascendental para la protección del ambiente.

Reflejo de la importancia que esta institución jurídica está teniendo, es que los juzgados ambientales-contrario a lo que ocurre en otras jurisdicciones especializadas-tienen a su cargo, un mayor número de procesos cautelares-en su mayoría iniciados de oficio- que de conocimiento y de ejecución. Sin embargo, cabe mencionar que las mismas tienen una regulación incipiente en la Ley del Medio Ambiente, puesto que, aun y cuando se encuentran regulados expresamente aspectos como: presupuestos de adopción, procedimiento, tipología de medidas que pueden dictarse, entre otros; no lo están aspectos de suma importancia como: plazo de vigencia, caducidad de la medida por no iniciarse el proceso principal en un plazo determinado, alcance y limitaciones. Vacíos que no pueden ser suplidos con la norma procesal del derecho común, por no ser esta íntegramente, compatible con las particularidades del derecho ambiental.

De ahí la importancia de realizar una investigación sobre las medidas cautelares ambientales, a fin de que las mismas puedan ser comprendidas y aplicadas correctamente en la práctica forense; iniciando por un análisis doctrinario de los aspectos generales de la institución jurídica de las medidas cautelares, así como de la importancia y características especiales de las de tipo ambiental. Posteriormente, se realizará un examen del derecho positivo y de la jurisprudencia salvadoreña que ha ido desarrollando a las mismas, a fin de

evaluar si se está acorde con lo establecido por la doctrina de las medidas cautelares, específicamente de las de tipo ambiental. Finalizando, por realizar un análisis comparativo con la experiencia que ha tenido España en este tipo de medidas, previo estudio de su derecho positivo, doctrina especializada y jurisprudencia, con la finalidad de determinar brevemente cuál es la situación salvadoreña respecto a un país que tiene una mayor desarrollo y experiencia en la materia.

En ese orden de ideas, la metodología de investigación del presente trabajo será el análisis doctrinal de la institución de las medidas cautelares en general, así como de la importancia y características especiales de las de tipo ambiental; el examen del derecho positivo vigente y jurisprudencia que desarrolla esta institución en el orden civil-ambiental salvadoreño y, el examen del derecho positivo, doctrina y jurisprudencia que la desarrolla en el orden contencioso administrativo español. Sin embargo, vale aclarar que se le prestará una especial atención a la jurisprudencia dictada por los Juzgados Ambientales en El Salvador, ello por su actual trascendencia y novedad en dicho país.

El presente trabajo se dividirá en cuatro partes. En la primera parte se realizará un análisis de las medidas cautelares en general, examinando su naturaleza, características, presupuestos de adopción, tipología y alcance; asimismo, se analizará la importancia y peculiaridades de las dictadas en los procesos ambientales. Finalmente, se hará una breve referencia a la protección cautelar ambiental en distintitos órdenes jurisdiccionales de los ordenamientos salvadoreño y español. En la segunda parte se realizará un estudio detallado de las medidas cautelares en el orden civil ambiental salvadoreño, haciendo comentarios sobre el derecho positivo y la jurisprudencia que ha ido desarrollando la institución. En la tercera parte, se hará un análisis de las medidas cautelares ambientales en el orden contencioso administrativo español, ello a la luz de su derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. Y en la cuarta parte, se realizará una breve comparación de la situación entre ambos países.

# **CAPITULO I. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU IMPORTANCIA PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

## **I.A. CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES**

Las medidas cautelares son definidas por OSORIO ACOSTA como actuaciones de tutela sumaria que se adoptan en el seno de un proceso judicial a fin de evitar que la demora del mismo, perjudique al demandante-asegurando la efectividad de la sentencia respectiva-siempre y cuando su pretensión tenga apariencia de ser estimada<sup>1</sup>. También son definidas como instrumentos que contrarrestan el riesgo de la variación de las circunstancias iniciales del proceso por la demora del mismo, consecuentemente, de la frustración del derecho material o pretensión del demandante<sup>2</sup>; al respecto TESO GAMELLA dice:

“En ese sentido las medidas cautelares emergen como un instrumento poderoso al servicio de la celeridad procesal y de la tutela efectiva de los derechos e intereses en litigio, armonizando esa duración necesaria del proceso con el aseguramiento de la decisión definitiva que recaiga en el mismo, evitando que se frustre su finalidad”<sup>3</sup>.

De ahí que el concepto de medida cautelar vaya íntimamente ligado con su finalidad, que no es más que garantizar la efectividad de las decisiones judiciales; dejando a salvo, la credibilidad de los ciudadanos en el aparato estatal de un país<sup>4</sup>.

## **I.B. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

En cuanto a la naturaleza de las medidas cautelares se discute si las mismas son verdaderos procesos autónomos o únicamente meros procedimientos sin independencia propia. Al respecto GIL IBAÑEZ se decanta por brindarles autonomía, argumentando que si bien es cierto tienen una íntima relación con el proceso principal, las mismas tienen

---

<sup>1</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): “Las medidas cautelares en el proceso civil español”, Jurúa, Lisboa, Portugal, pág.17

<sup>2</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): “Las medidas cautelares en el procedimiento ambiental”, Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Vol. 12, N° 23, pág. 34

<sup>3</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): “Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa”, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág.20.

<sup>4</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.34.

sustantividad propia, la cual deriva de su finalidad, presupuestos y regulación también propia<sup>5</sup>.

En ese mismo sentido se inclina MARTÍNEZ LETONA quien se encuadra en el sector de la doctrina que considera a la actividad cautelar como un verdadero proceso autónomo, es decir, como una manifestación más de la función jurisdiccional<sup>6</sup>. En esa misma línea, el autor OSORIO ACOSTA menciona que las medidas son esenciales para salvaguardar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos declarativos y, que precisamente es esa esencialidad, la que justifica reconocerle un carácter autónomo<sup>7</sup>.

En cambio, dice LETONA que quienes consideran las medidas cautelares meros instrumentos o incidentes de un proceso principal, sostienen que se está ante la existencia de un capítulo diversificado de medidas con procedimientos también diversos, por tanto, no reconducibles a la unidad<sup>8</sup>. Además, afirman que no puede reconocérseles autonomía, puesto que en ellas no se resuelven conflictos ni intereses, ni se eliminan incertidumbres jurídicas<sup>9</sup>, considerándolas un complemento del proceso principal.

Al respecto comparto la postura de los autores que se inclinan por la autonomía cautelar, pues las medidas constituyen procesos complejos en los que se requiere el razonamiento jurídico cognitivo de pretensiones y si bien es cierto, están íntimamente relacionadas con la pretensión del proceso principal, son independientes de ella, lo que obliga se le apliquen reglas y regulaciones específicas.

Ahora bien, al fijar la naturaleza de las medidas cautelares, es necesario hacer alusión a otros mecanismos procesales que suelen confundirse con ellas al coincidir en su finalidad, entre estos, las diligencias preliminares, que tienen por objeto la preparación de la pretensión para asegurar el éxito en la sentencia; y la prueba anticipada, que busca asegurar el material probatorio de un proceso, cuya pérdida se encuentre en riesgo. En ese sentido,

---

<sup>5</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): “Las Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo”, Colex, Madrid, pág.14.

<sup>6</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): “La teoría Cautelar & tutela anticipada”, Grijley, Lima Perú, págs. 42-43.

<sup>7</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 19.

<sup>8</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): ob. cit., pág. 42

<sup>9</sup> *Ídem*, pág.29.

ante la posibilidad de confusión, deviene la importancia de examinar las características propias de las medidas cautelares.

## **I.C. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Dentro de las principales características de las medidas cautelares se encuentra la instrumentalidad, ya que las mismas no constituyen un fin en sí mismo, sino que están preordenadas a servir un proceso principal<sup>10</sup>. Específicamente, son instrumentos de la sentencia definitiva que en el proceso principal se dicte, puesto que buscan asegurar su efectividad.

Para MARTÍNEZ LETONA como consecuencia de esta característica, las medidas cautelares se extinguen con la extinción del proceso principal, así como por la no interposición de la demanda en el plazo establecido en la ley, en caso se hayan adoptado como acto previo, puesto que no habría efectos que asegurar<sup>11</sup>.

Otra característica de las medidas cautelares es la provisionalidad, al respecto RODRÍGUEZ ARANA dice: “la provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues, estas desaparecen perdiendo toda su eficacia cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción y en todo caso cuando finaliza el proceso principal”<sup>12</sup>. La provisionalidad implica que la duración de las mismas no puede exceder el dictado de la sentencia definitiva, dotándolas así de otra característica, la temporalidad. Es importante mencionar que el carácter provisorio no significa un desconocimiento del principio de preclusión del derecho de impugnar, por tanto, podrá solicitarse el levantamiento de una medida cautelar que se encuentre firme debido a su no impugnación, sólo si cesan las circunstancias que inicialmente motivaron su adopción<sup>13</sup>.

Relacionada con la característica de la provisionalidad se encuentra la de la variabilidad, que se basa en el principio *rebus sic stantibus*, y consiste en que las medidas

---

<sup>10</sup>OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 21.

<sup>11</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015) ob. cit., pág., 48.

<sup>12</sup>RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción contenciosa-administrativa española”, Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 28, pág.140.

<sup>13</sup>DE LOS SANTOS, Mabel (2010): “La Medida Cautelar Genérica o Innominada”, en PEYRANO, Jorge W y EGUREN, María Carolina: Medidas Cautelares Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, pág. 582.

cautelares pueden variar a petición de parte o de oficio, ya sea por ser necesario su refuerzo o, porque las mismas se vuelvan excesivas e innecesarias<sup>14</sup>, como consecuencia de la modificación de los presupuestos o circunstancias que motivaron su adopción, inclusive a la vista de hechos que no fue posible apreciar en ese momento<sup>15</sup>; pero cabe aclarar, que esta circunstancia a diferencia de la provisionalidad, puede que nunca acontezca<sup>16</sup>.

Ahora bien, la variabilidad tiene limitaciones, al respecto RODRÍGUEZ ARANA sostiene que las medidas cautelares no pueden variar en función de los avances del proceso principal, así como tampoco debido a un cambio de criterio del órgano jurisdiccional que adoptó la medida, todo con fin de evitar que la reforma de la misma, se fundamente en una decisión subjetiva<sup>17</sup>.

La brevedad procedimental es otra característica de las medidas, la cual implica que el procedimiento cautelar debe ser breve, puesto que, si el fin mismo de las cautelares es asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en un proceso principal con fundamento en la tardanza natural del mismo, sería ilógico pensar que el proceso cautelar sea largo y complicado<sup>18</sup>.

Finalmente, otra característica de las medidas cautelares es que son jurisdiccionales, es decir, únicamente pueden ser adoptadas por un juez o tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional, por ende, las mismas deben ser motivadas<sup>19</sup>.

#### **I.D. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Uno de los temas más complejos y desarrollados por la doctrina en el ámbito de las medidas cautelares son los presupuestos de su adopción. Los generales son: el peligro de la demora, la proporcionalidad, la apariencia de buen derecho y la caución<sup>20</sup>. En ese sentido, es importante desarrollar cada uno de ellos.

---

<sup>14</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.36.

<sup>15</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 22.

<sup>16</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio, (2015): ob. cit., pág. 55.

<sup>17</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit., pág.140.

<sup>18</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): ob. cit., pág. 55.

<sup>19</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág.24

<sup>20</sup> La caución como se detallará más adelante más que un presupuesto de adopción constituye un presupuesto de ejecutividad de la medida.

Para la autora DE LOS SANTOS el peligro de la demora más que un presupuesto, es la razón de ser de las medidas cautelares, definiéndolo como la existencia de un peligro de daño por el retraso del proceso principal<sup>21</sup>, consistiendo ese daño en la ineficacia de la sentencia definitiva.

En cuanto a la concurrencia de este presupuesto, vale mencionar que hay posturas que sostienen que podría considerarse desvanecido si el demandado prueba la pasividad del demandante por no incoar el proceso en un tiempo considerable, puesto que, esa inactividad podría interpretarse como un consentimiento de la supuesta situación injusta<sup>22</sup>. En contraposición de quienes sostienen que, el sólo hecho de encontrarse el demandante en la necesidad de incoar un proceso, indica que se encuentra en una situación de peligro, indiferentemente del tiempo que se tarde en presentar la demanda y de la duración del proceso<sup>23</sup>.

El presupuesto de proporcionalidad, adaptabilidad o mínima injerencia, implica que la intensidad de la medida debe ser proporcional a la finalidad que pretende cumplir, así como a la pretensión que se ventila en el proceso principal, es decir, no puede ir más allá de lo que se alcanzaría con la ejecución de la sentencia; además dicho presupuesto implica que se adopte la alternativa menos gravosa para el cautelado, evitando así, causarle daños de igual magnitud o más graves que los que se pretendan evitar al solicitante de la medida<sup>24</sup>. En esa misma línea OSORIO ACOSTA sostiene que las medidas deben ser idóneas<sup>25</sup> y que, al adoptarse, debe tomarse en cuenta la onerosidad y los perjuicios que se causarían al demandado<sup>26</sup>.

Además, la proporcionalidad implica que se realice una ponderación cuidadosa de todos los intereses en juego<sup>27</sup>, a fin de determinar si con la adopción de la medida se dañan gravemente intereses generales o de terceros, así como si estos pueden ceder ante los intereses que se pretenden salvaguardar.

---

<sup>21</sup> DE LOS SANTOS, Mabel (2010): ob. cit., págs. 586-587.

<sup>22</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 64.

<sup>23</sup> *Ídem*, págs. 61-63.

<sup>24</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio, (2015): ob. cit., pág. 78.

<sup>25</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 21

<sup>26</sup> *Ídem*, pág. 24.

<sup>27</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 70.

El presupuesto de la apariencia de buen derecho es definido por DE LO SANTOS como la probabilidad que el derecho exista o que la pretensión del demandante pueda ser estimada en el proceso principal, haciendo hincapié dicha autora que, debido a la urgencia de la medida no se exige el grado de certeza, el cual, sólo se determinará en la sentencia definitiva<sup>28</sup>.

Con relación a ello, OSORIO ACOSTA menciona que la apariencia de buen derecho implica la realización de un juicio provisional e indiciario basado en las pruebas que se dispongan al momento de solicitarse la medida, puesto que, con un juicio de mayor grado, se corre el riesgo de prejuzgar el asunto; sin perjuicio que dicha apariencia pueda ser desvirtuada con la prueba presentada por el cautelado<sup>29</sup>.

MARTÍNEZ LETONA sostiene que dicho presupuesto implica que la pretensión del demandante en el proceso principal tenga un sustento jurídico que la haga discutible<sup>30</sup> y al igual que la autora *supra* relacionada establece que ante la urgencia que demanda la adopción de la medida, únicamente se exige una cognición sumaria de la pretensión<sup>31</sup>. Agrega que el exigir más implicaría una duplicidad de la instrucción, lo que generaría un retraso de la resolución judicial, que es precisamente lo que la medida cautelar pretende evitar. No obstante, aclara que no puede obviarse al menos ese grado de probabilidad, pues, si esta no existiera, la medida podría convertirse en un arma temeraria<sup>32</sup>.

Ahora bien, al desarrollar este presupuesto es importante aludir el principal problema de su apreciación, el cual consiste en que se puede caer en el prejuzgamiento de la pretensión principal. Sobre ese punto, RODRÍGUEZ ARANA hace referencia al auto del Tribunal Supremo Español del 20 de diciembre de 1990, el cual establece que la apariencia de buen derecho puede tornarse peligrosa, ya que puede implicar un test previo de legalidad o un prejuzgamiento respecto de la pretensión que se ventilará en el proceso principal, excediendo el ámbito de la justicia cautelar<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> DE LOS SANTOS, Mabel (2010): ob. cit., pág. 586

<sup>29</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 68

<sup>30</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio, (2015): ob. cit., pág.65.

<sup>31</sup> *Ídem*, pág.66.

<sup>32</sup> *Ídem*, pág. 68.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit., pág. 143.



En cuanto al presupuesto de la caución, tal como lo sostiene DE LOS SANTOS más que un verdadero presupuesto de adopción constituye un presupuesto de ejecutividad, es decir, un requisito para ejecutar el auto que ordena la medida. Y tiene como función, garantizar la reparación de los daños y perjuicios que con su adopción se le puedan causar al cautelado<sup>34</sup>, sujeto activo de la eventual acción de responsabilidad por daños<sup>35</sup>. Asimismo, se sostiene que este presupuesto tiene como función restablecer el equilibrio en la posición de las partes, puesto que el mismo se rompe con la adopción de la medida cautelar<sup>36</sup>.

Podría discutirse en este punto, si la exigencia de una caución contradice el derecho a la tutela judicial efectiva y en su caso, al derecho a la justicia gratuita, al respecto MARTÍNEZ LETONA dice que la exención de fianza por este motivo representaría una lesión grave al cautelado, por lo que no puede justificarse la liberación de rendir caución en el referido derecho<sup>37</sup>.

En cuanto a su cuantificación el mencionado autor señala que queda a discreción del juez<sup>38</sup>, pero influenciado por los presupuestos de adopción de la medida: apariencia de buen derecho y peligro de la demora<sup>39</sup>.

Además de los ya desarrollados, el otro presupuesto que debe ser considerado, es la prueba de la apariencia de buen derecho y del peligro de la demora. Al respecto, OSORIO ACOSTA haciendo alusión a la LEC indica que dicha normativa requiere que el demandante acredite de forma indiciaria y apriorística que tiene probabilidades de llevar la razón en lo que reclama, asimismo, acredite que el tiempo que tenga que transcurrir para que se le dé esa razón, puede generar una situación que haga inútil la respectiva sentencia<sup>40</sup>.

## **1.E. TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Las medidas cautelares pueden clasificarse según distintos criterios, en el presente trabajo se hará alusión a los que considero generales y a su vez, más importantes. Por el

---

<sup>34</sup> DE LOS SANTOS, Mabel (2010): ob. cit., pág. 589.

<sup>35</sup> BRIONES GONZÁLEZ, José (2012): “La reparación por daños derivados de la justicia cautelar en el derecho administrativo”, Aranzadi, Pamplona, España, págs. 27-28.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ LETONA, Pedro Antonio, (2015): ob. cit., pág. 81.

<sup>37</sup> *Ídem*, pág. 79.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ídem*, págs. 81-82.

<sup>40</sup> OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): ob. cit., pág. 59.

criterio de su tipicidad las medidas cautelares son típicas y atípicas -o innominadas-, típicas si el procedimiento y la medida cautelar a ser dictada en un caso concreto están preestablecidos en la ley<sup>41</sup>. Atípicas si no están reguladas en la ley, es decir, si son dictadas por el juez haciendo uso de su poder general cautelar, decretando la que, según su criterio, sea la más idónea para garantizar la efectividad de la sentencia en el caso concreto<sup>42</sup>. Al respecto, DE LOS SANTOS establece que la medida cautelar genérica o innominada es el dispositivo que permite cubrir las lagunas legislativas del sistema cautelar, pues por medio de ellas, es posible obtener que el juez decreta la medida más eficaz, tanto para garantizar el objeto del proceso como la efectividad de la sentencia definitiva<sup>43</sup>. Por ende, estas últimas se justifican en la imposibilidad del legislador de prever toda la casuística que puede presentarse en un proceso judicial y, están destinadas a proteger esas situaciones no reguladas.

En este punto, cabe hacer mención de la taxatividad, característica de las medidas cautelares que tiende a ser confundida con la innominatividad; consistiendo la primera, en la necesidad que una norma autorice el dictado de una medida cautelar, lo cual es independiente del tipo de medida a decretar<sup>44</sup>.

Atendiendo al criterio de su finalidad, las medidas pueden ser de aseguramiento y satisfactivas. Las medidas son de aseguramiento si buscan mantener una situación existente al inicio del proceso para que la sentencia que se dicte pueda ejecutarse de forma efectiva. Las medidas son satisfactivas, si tienen por finalidad satisfacer de forma provisional y anticipada la pretensión que se ventila en el proceso<sup>45</sup>.

Atendiendo al criterio de la modificación o no de la situación existente antes del decreto de la medida cautelar, las medidas pueden ser innovativas y de no innovar. Las medidas son innovativas si ordenan un hacer o no hacer que altera el estado de derecho o hecho preexistente. Las medidas son de no innovar si tienen por objeto la no alteración de

---

<sup>41</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág. 36.

<sup>42</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): ob. cit., págs.90-91.

<sup>43</sup> DE LOS SANTOS, Mabel (2010): ob. cit., 573.

<sup>44</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág. 36

<sup>45</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., págs.15-16.

la situación de hecho o de derecho preexistente, con el fin de evitar que el derecho del vencedor resulte dañado por alteraciones introducidas durante el curso del proceso<sup>46</sup>.

Finalmente, cabe mencionar que las medidas innovativas, especialmente las que a su vez son de tipo satisfactivas han sido objeto de constante de debate, puesto que, en apariencia exceden la cognición limitada de la tutela cautelar-que tiene por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia-, en ese sentido se ha pronunciado DE LOS SANTOS:

“ Ahora bien, la cuestión adquiere relevancia en tanto la jurisprudencia registra casos de denegatoria de cautelares por coincidir con el objeto de la pretensión principal, decisiones que parten de la concepción de la cautelar como mera aseguradora de la eventual ejecución de la sentencia, omitiendo que su contenido es más amplio y que la cautela puede ser no solo conservativa sino también innovativa, pudiendo incluso anticipar provisionalmente el contenido de la decisión de mérito sobre la pretensión principal”<sup>47</sup>.

#### **I.F. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO PROCESAL NECESARIO PARA LA TUTELA AMBIENTAL**

Tal como lo señala PEÑALVER I CABRE la importancia de las medidas cautelares ambientales radica en la necesidad de una protección ambiental expedita que no puede esperar el dictado de la sentencia definitiva en un proceso<sup>48</sup>. Y es que por regla general los procesos con incidencia ambiental suelen prolongarse debido a su complejidad, así como por el amplio desfile probatorio -de carácter técnico- que en los mismos se produce<sup>49</sup>, por lo que, la espera de su finalización podría volver irreparable el daño ambiental que se discute y por ende, volver ineficaz la correspondiente sentencia.

Asimismo, su importancia se desprende del carácter preventivo y en ocasiones precautorio del derecho ambiental mismo<sup>50</sup>, puesto que debido a la relevancia y especial

---

<sup>46</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio, (2015): ob. cit., págs.129,130, 134.

<sup>47</sup> DE LOS SANTOS, Mabel (2010): ob. cit., pág.581

<sup>48</sup>PEÑALVER I CABRE, Alexandre, (2008): “ Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales” a PIGRAU Antoni (coor.), Comentario a la Legislación de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente ( Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información ambiental, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente) Ed. Atelier, Barcelona, pág. 396.

<sup>49</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág. 45.

<sup>50</sup> *Ídem*, pág. 40.

naturaleza del derecho que tutela, requiere de la aplicación del principio precautorio, el cual a fin de prevenir graves daños al medio ambiente, no exige certeza, sino únicamente la incertidumbre que una actividad puede resultar dañosa, encontrando en las medidas cautelares, un vehículo idóneo en el que dicho principio puede materializarse.

Por la importancia que revisten las medidas cautelares ambientales, en los distintos ordenamientos jurídicos de los países se les ha dotado de características especiales, tales como: a) la potestad de dictarse de forma oficiosa; b) el otorgamiento de la carga argumentativa al juez, puesto que tiene la necesidad realizar una amplia fundamentación en la resolución de adopción de medidas cautelares; c) la inversión de la carga de la prueba al cautelado, d) la imposibilidad de ser las mismas objeto de contra cautelas<sup>51</sup>; e) el otorgamiento al juez de una potestad amplia del dictado de medidas de tipo innovativas; f) la necesidad que el juez tome una actitud activa en su adopción; g) la automática concurrencia del peligro de la demora en todos los casos en que haya un daño ambiental o amenaza del mismo- ya que la mínima posibilidad de lesión del medio ambiente no admite demoras<sup>52</sup>; h) la flexibilización del presupuesto de apariencia de buen derecho-por no requerirse un grado de certeza del daño ambiental, sino su verosimilitud debido a las limitaciones de la ciencia-<sup>53</sup>; i) la inclinación de los intereses en juego hacia la protección del medio ambiente en base al mencionado principio precautorio<sup>54</sup>, entre otras.

En suma, de nada sirve que un Estado proclame la garantía de la protección ambiental, si no instaura a su vez mecanismos procesales idóneos que hagan posible su efectividad, como los son las medidas cautelares<sup>55</sup>; pues, tal como se mencionó, la tutela ambiental requiere soluciones expeditas y efectivas; siendo insuficientes los mecanismos procesales tradicionales de reparación de daños, ya que en este campo prevalece la prevención<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> *Ídem*, págs. 41-43

<sup>52</sup> EMIL JALIL, Julián (2014): “La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de las medidas precautorias”, Revista de responsabilidad Civil y Seguros, Año 16, N° 4, pág. 188.

<sup>53</sup> *Ídem*, pág. 187.

<sup>54</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit. pág. 40.

<sup>55</sup> *Ídem*, págs. 33-34

<sup>56</sup> EMIL JALIL, Julián (2014): ob. cit., pág. 189.

## **I.F.1. La tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva**

La tutela cautelar es una manifestación del derecho a una tutela judicial efectiva, el cual ha sido elevado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países a la categoría de derecho fundamental, por cuanto combate los riesgos generados por la tardanza de los procesos, asegurando así, que las sentencias que se dicten en los mismos sean efectivas y, evitando que los derechos e intereses de los ciudadanos que accedan al sistema judicial no se vean frustrados o sufran daños irreparables, garantizando de esa forma, el buen funcionamiento y la credibilidad en la Administración de justicia.

Al respecto se ha pronunciado GARCIA DE ENTERRIA, quien haciendo alusión a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo español establece: “La necesidad de las medidas cautelares que impone el artículo 24 de la Constitución está pues, formulada y, además, conectada con toda explicitud no sólo a los supuestos de daños irreparables para los intereses cuya protección se pretende, sino también a la efectividad de la tutela de fondo”<sup>57</sup>.

En suma, tal como lo establece TESO GAMELLA las medidas cautelares emergen como un instrumento al servicio de la celeridad procesal y la tutela judicial efectiva, armonizando la duración del proceso con el aseguramiento de la efectividad de la resolución final que recaiga en el mismo<sup>58</sup>.

## **I.G. TUTELA JUDICIAL PARA LA PROTECCIÓN CAUTELAR AMBIENTAL EN DISTINTOS ORDENES JURISDICCIONALES DE EL SALVADOR Y ESPAÑA.**

### **I.G.1. En El Salvador**

#### **I.G.1.a. En el orden civil-ambiental**

La protección ambiental en la jurisdicción civil salvadoreña, se realiza mediante el reclamo de la responsabilidad civil por daños causados a derechos e intereses particulares

---

<sup>57</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): “La batalla por las medidas cautelares”, 3º Edición, Thomson Civitas, Madrid, pág.314.

<sup>58</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit. pág.20.

derivados de deterioros al medio ambiente, lo cual de conformidad con el artículo 99 de la LMA salvadoreña, es competencia de los jueces ambientales, cuya instauración fue establecida mediante el decreto legislativo número 684, de fecha 22 de mayo de 2014, que contempló, la creación de tres juzgados ambientales de primera instancia para todo el territorio nacional, uno para la zona occidental, uno para la zona central y uno para la zona oriental, juzgados que, se encuentran adscritos al Órgano Judicial. No obstante, cabe aclarar que el primero que entró en funcionamiento fue el juzgado ambiental de San Salvador el día 1 de diciembre de 2014, tribunal que transitoriamente tuvo la competencia nacional, hasta el día 1 de marzo de 2017, fecha en la cual, entraron en funcionamiento los juzgados de San Miguel y Santa Ana. Asimismo, cabe mencionar que antes que los juzgados ambientales entraran en funciones, su competencia les correspondía a los juzgados de lo civil.

Ahora bien, se debe destacar que el artículo 101 del referido cuerpo normativo, amplía el ámbito de conocimiento de la jurisdicción civil ambiental tradicional, puesto que, introduce la acción de responsabilidad civil por daño ecológico puro, la cual puede ejercerse de forma independiente o de forma conjunta con la primera responsabilidad civil relacionada. Así como que el objetivo primario de la acción por el daño ecológico puro es la restauración y, sólo en el caso que esta no sea posible, la ley establece la obligación del responsable, de indemnizar al Estado por los daños y perjuicios causados.

Asimismo, es importante mencionar que de conformidad con el referido artículo 99 de la LMA, la competencia para conocer de los recursos de apelación que se interpongan en contra de las sentencias definitivas y autos que ponen fin al proceso dictados por los juzgados ambientales, así como para conocer en primera instancia de la responsabilidad civil-ambiental por daños causados por un funcionario público demandado juntamente con el Estado, la tiene la Cámara Ambiental de San Salvador, también instaurada por el decreto legislativo arriba relacionado, la cual se encuentra adscrita al Órgano Judicial del Estado y tiene competencia nacional. No obstante, cabe aclarar que dicho decreto estableció que, mientras esa Cámara no entrara en funcionamiento -lo que aconteció hasta el día 1 de marzo de 2017-, su competencia sería ejercida transitoriamente por la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de la ciudad de San Salvador.

En ese orden de ideas, es dentro de estos procesos civiles ambientales, en que de conformidad con el artículo 102-C de la LMA, los jueces y tribunales ambientales tienen la potestad de decretar medidas cautelares de oficio o a petición de parte, como acto previo o durante el proceso, cuando concurra alguno de los presupuestos fijados en dicha disposición legal, siendo este, el fundamento para ejercer la protección cautelar ambiental en el orden civil-ambiental salvadoreño.

#### I.G.1.b. En el orden contencioso administrativo

Primeramente, es importante aclarar que en El Salvador no existen juzgados de primera instancia de lo contencioso administrativo, así como tampoco de segunda instancia, sino que únicamente existe un único tribunal colegiado competente para controlar la legalidad de los actos de la Administración Pública, siendo ésta la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, todo de conformidad con el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa salvadoreña.

La protección ambiental en el contencioso administrativo, se ve reflejada mediante el control de legalidad realizado en un proceso judicial, de denegaciones presuntas – ante el silencio administrativo- y actos de la Administración Pública que atenten contra el medio ambiente, a medida de ejemplo, las autorizaciones de proyectos o permisos ambientales. Dentro de dicho proceso, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa salvadoreña, se puede solicitar como medida cautelar la suspensión del acto reclamado<sup>59</sup>, siendo esta, la base legal para ejercer la protección cautelar ambiental en este ámbito.

#### I.G.1.c. En el orden constitucional

En el Salvador existe un único tribunal competente para defender la Constitución, siendo este la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual tiene competencia para conocer de los procesos de inconstitucionalidad y de los procesos de

---

<sup>59</sup> Tradicionalmente en el juicio contencioso administrativo ha imperado la suspensión del acto reclamado, no obstante, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha estimado la procedencia de las llamadas medidas innovativas, por motivos de necesidad y previa verificación de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares. Auto de fecha 18 de abril de 2016, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso contencioso administrativo referencia 166-2016.

amparo por actos u omisiones de autoridad que violenten los derechos fundamentales reconocidos por la norma primaria. Dentro de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución se encuentra el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado regulado en el artículo 117 de la CN., por tanto, es por medio del amparo constitucional por actos que atenten contra ese derecho, que se realiza la protección jurídica del medio ambiente en este ámbito.

En ese orden de ideas, en el referido proceso de amparo, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Procedimientos Constitucionales salvadoreña, se pueden decretar medidas cautelares contra actos de autoridad que atenten contra el medio ambiente, a medida de ejemplo, el otorgamiento de un permiso ambiental que no cumpla con los requisitos legales o la omisión de la obligación legal del Estado de controlar las actividades de una empresa que genere contaminación, siendo esta, la base legal para ejercer la tutela cautelar ambiental en el ámbito constitucional salvadoreño.

## **I.G.2. En España.**

### **I.G.2.a. En el orden civil**

La jurisdicción civil ambiental española se limita básicamente a tutelar intereses privados, es decir, cuando el daño al medio ambiente afecta un interés privado individualizado, como la propiedad y la salud, no así pretensiones civiles por daños a bienes ambientales, ni en cumplimiento abstracto de normas ambientales<sup>60</sup>. Por ende, mediante la jurisdicción civil se puede ejercer una protección ambiental de forma indirecta a través de la tutela de derechos e intereses legítimos individuales, sin que el objeto de protección sea directamente el medio ambiente como bien jurídico colectivo.

No obstante, cabe mencionar que, en casos excepcionales, la jurisprudencia ha admitido aplicar la responsabilidad civil extracontractual por daños (art. 1902 Código Civil español), a los daños ambientales, sobre el particular PEÑALVER I CABRÉ establece: “Así ha sucedido con la noción civil de daño del artículo 1902 Cc. puesto que, al no limitarse a los individuales la jurisprudencia ha interpretado que incluye también los daños

---

<sup>60</sup> CORDERO LOBATO, Encarna (2013): “Daños a particulares y medio ambiente”, en MARTÍNEZ, Rosario de Vicente: Tratado de Derecho Ambiental, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág.321.



colectivos y ha admitido pretensiones de condena a prestaciones preventivas y de reparación de daños colectivos a los titulares (entidades ambientales sin ánimo de lucro) de dichos intereses legítimos colectivos”<sup>61</sup>. Eso sí, se debe indicar que ambas sentencias se dictaron en el orden jurídico penal, dentro del cual, se conoció de la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito. Finalmente, vale mencionar que en dichos procesos de responsabilidad civil, se pueden decretar medidas cautelares de conformidad al artículo 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo esta, la base para ejercer la protección cautelar civil ambiental en España.

### I.G.2.b. En el orden contencioso administrativo

La jurisdicción contencioso administrativo tiene un rol principal en la protección ambiental en España, ello mediante el conocimiento de actos y omisiones de la Administración Pública que atentan contra el medio ambiente, lo cual se deriva de la naturaleza colectiva de los conflictos ambientales<sup>62</sup>. Además corresponde a la Administración Pública y posteriormente a la jurisdicción contencioso-administrativa, conocer de la responsabilidad ambiental propiamente dicha, de conformidad con lo regulado en la Ley de Responsabilidad Ambiental Española<sup>63</sup>.

En dicho proceso contencioso administrativo, de conformidad con los artículos 129 y siguientes de la LJCA se contempla la posibilidad de dictar medidas cautelares siempre y cuando concurren los siguientes presupuestos: a) que de no decretarse la medida cautelar, se pueda perder la finalidad del recurso y b) que no se atente gravemente contra los intereses generales o de terceros; siendo esta, la base legal para decretar medidas cautelares ambientales en este ámbito<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> PEÑALVER I CABRE, Alexandre (2013): “Las pretensiones en el contencioso administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”, Revista de Administración Pública, N° 190, pág. 181

<sup>62</sup> PEÑALVER I CABRE, Alexandre, (2008): “Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales”.. ob. cit., págs. 355-564.

<sup>63</sup> Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

<sup>64</sup> Cabe mencionar que, aunque no esté regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el presupuesto de la apariencia de buen derecho, la necesidad de su valoración ha sido introducida jurisprudencialmente. Asimismo, que la doctrina está dividida en este punto, es decir, si debe exigirse o prescindirse de dicho presupuesto.

## **I.H. DELIMITACIÓN DE LOS ORDENES JURISDICCIONALES OBJETO DE ESTUDIO**

El presente TFM se limitará a examinar las medidas cautelares en el orden jurisdiccional civil ambiental salvadoreño, ello, por ser la rama del derecho especializada en la materia, por ende, en la que principalmente se conocen los casos con incidencia en el medio ambiente y, donde se decretan medidas cautelares ambientales; así como por ser la jurisdicción más inmediata y que exige menores requisitos para acceder a la justicia.

En la presente investigación se excluyen los órdenes jurisdiccionales penal, constitucional y contencioso administrativo. Lo anterior en virtud que aun y cuando en dichos ordenes se conoce de procesos con incidencia ambiental, su recurrencia no es significativa, consecuentemente, es inusual que en los mismos se decreten medidas cautelares ambientales. Situación que claramente se justifica por las restricciones en el acceso a esas jurisdicciones.

El orden penal por ser de última ratio, además de requerir que el hecho u omisión que atente contra el medio ambiente se adecúe a los tipos penales existentes. El orden constitucional, por requerir en base al principio definitividad que previo a la promoción del proceso de amparo, se agoten todos los recursos disponibles por el ordenamiento jurídico en contra el acto de autoridad que vulnera el derecho fundamental al medio ambiente sano. El orden contencioso administrativo, por no contar con tribunales de primera y segunda instancia, sino sólo con un tribunal de única instancia, así como por condicionar la promoción de un proceso contencioso administrativo al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) el agotamiento de los recursos establecidos en la sede administrativa, b) la interposición de la demanda dentro del plazo de sesenta días contados desde el siguiente al de la notificación del auto que resuelve el recurso con el que se agote la vía administrativa, c) la necesidad de la existencia de un acto administrativo o una denegación presunta, d) la necesidad de demandar a la Administración Pública y e) la exigencia de legitimación subjetiva del demandante.

Además, en el presente TFM se hará una comparación con el orden jurisdiccional contencioso administrativo español, ello, por ser el orden en el que principalmente se

sustancian los casos con incidencia ambiental y consecuentemente, en el que se decretan medidas cautelares ambientales con base en los artículos 129-136 de la LJCA.

## **CAPITULO II. PROTECCIÓN CAUTELAR EN EL SALVADOR**

### **II.A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

En El Salvador el fundamento constitucional del deber estatal de protección del medio ambiente se encuentra en el artículo 117 de la CN, el cual establece que es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente para garantizar el desarrollo sostenible. Cabe mencionar que por no existir regulación expresa, el fundamento constitucional del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado deriva de la misma disposición legal.

Uno de los mecanismos procesales que ha instaurado el Estado para dar cumplimiento a la referida norma son las medidas cautelares de protección ambiental. Estas tienen su fundamento en el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos, consagrado en el artículo 2 de la CN.<sup>65</sup> y además, en el aseguramiento de la función del Estado de juzgar y ejecutar lo juzgado regulada en el artículo 172 de la CN., puesto que, las mismas tienen por finalidad evitar que la resolución final resultante de un proceso jurisdiccional<sup>66</sup> quede burlada por situaciones ajenas del juzgador, como pueden ser los riesgos causados por la dimensión temporal del proceso. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional salvadoreña en el auto de fecha 23 de enero de 2015, dictado en el amparo constitucional referencia 938-2014, señaló:

“ Las medidas cautelares se erigen como garantía de la eficacia de la tutela jurisdiccional, a manera de herramientas procesales tendientes a prevenir los riesgos que representa la dimensión temporal de un proceso, ya sea mediante la conservación de situaciones fácticas o jurídicas existentes en un momento determinado, la modificación de circunstancias para prevenir la continuidad o agravamiento de un daño, la suspensión de

---

<sup>65</sup> Según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, dicho derecho es una derivación del derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2010 dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 40-2009/41-2009.

<sup>66</sup> Según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador la función judicial se realiza mediante el proceso jurisdiccional, mecanismo utilizado para satisfacer las pretensiones de los particulares en sede judicial ante actos de particulares o autoridades que atenten contra sus derechos.

situaciones jurídicas contingentes que generan derechos adquiridos que sean incompatibles con la eventual sentencia o, bien, por el adelantamiento provisorio de una decisión. “

Respecto a la finalidad de la actividad cautelar, el referido tribunal ha establecido en el auto de fecha 22 de febrero de 2016, dictado en el amparo referencia 679-2015, lo siguiente: “(...) su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso...”.

En ese orden de ideas, el fundamento constitucional para decretar medidas cautelares de protección ambiental en El Salvador se basaría en los siguientes tres postulados: a) la eficacia del derecho a la protección jurisdiccional para la rápida conservación y defensa del derecho fundamental a un medio ambiente sano, constituyendo dichas medidas, un instrumento que previene de forma inmediata los riesgos derivados de la natural tardanza de los procesos donde este derecho sea ventilado; b) la efectividad del derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos; y c) la función del Estado de juzgar y ejecutar lo juzgado.

## **II.B. FUNDAMENTO INTERNACIONAL**

Actualmente, El Salvador no es suscriptor de un convenio internacional de escala regional o internacional que regule el acceso a la justicia en materia de medio ambiente<sup>67</sup>. Por ende, el principal fundamento internacional para decretar medidas cautelares en este ámbito descansa en los principios ambientales contenidos en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo- firmada por El Salvador-. específicamente el principio 10, el cual establece que los Estados deben de proporcionar un acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes; y el principio 15, el cual establece la obligación de los Estados de aplicar el criterio de precaución, comprometiéndose estos, a adoptar las medidas que fueren

---

<sup>67</sup> Como lo hace a medida de ejemplo el instrumento internacional del convenio de “Aarhuz”. No obstante, actualmente se encuentra en proceso la elaboración de un Convenio Regional para América Latina que operativizará el artículo 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

necesarias para impedir la degradación del medio ambiente en situaciones de peligro, aun cuando no se tenga certeza científica del daño ambiental<sup>68</sup>.

Asimismo, a nivel regional, otro fundamento internacional de la protección cautelar ambiental en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” suscrito por El Salvador, el cual regula el derecho a una protección judicial, estableciendo dicha disposición legal que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos; adquiriendo los Estados partes, el compromiso de desarrollar las posibilidades de recursos judiciales, así como de garantizar el cumplimiento de toda resolución que haya estimado procedente el respectivo recurso. En ese sentido, las medidas cautelares forman parte de ese derecho a una protección judicial regulado en la mencionada disposición legal.

Finalmente, merece especial interés destacar el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" suscrito por El Salvador, en el que se establece el derecho humano al medio ambiente, tanto desde una perspectiva subjetiva de derecho (“toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano”) como objetiva de interés público (“Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente ”). Por tanto, considero que una vía para garantizar el derecho humano al medio ambiente, es el otorgamiento a los ciudadanos de mecanismos procesales tendientes a reclamar de forma inmediata la tutela de ese derecho ante el órgano judicial, como lo son, las medidas cautelares de protección ambiental.

## **II.C. TIPO DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN AMBIENTAL SALVADOREÑA**

De conformidad con el inciso 4º del artículo 102-C de la LMA, en el proceso ambiental pueden ordenarse como medidas cautelares, la suspensión total o parcial del

---

<sup>68</sup> Cabe hacer notar que dichos principios ambientales sujetan la función jurisdiccional de los Tribunales Ambientales salvadoreños, de conformidad con el inciso final del artículo 102-A de la Ley del Medio Ambiente.

hecho, actividad obra o proyecto; el cierre temporal de establecimientos; y, *cualquier otra necesaria*<sup>69</sup> para proteger al medio ambiente y la calidad de vida de las personas.

Como se puede observar la citada disposición legal no establece un listado cerrado o exhaustivo de las medidas cautelares que pueden ser dictadas, sino que de forma ejemplificativa señala alguna de las medidas que pueden ser adoptadas y al final, deja una regulación abierta, para que pueda dictarse cualquiera otra que sea la idónea para “proteger al medio ambiente y la calidad de vida de las personas”; dándole paso a las medidas innominadas, las cuales están plenamente justificadas en materia ambiental. Al respecto, se ha pronunciado la autora ARCILA SALAZAR<sup>70</sup> quien haciendo alusión a las medidas cautelares ambientales en Colombia dice:

“(…)Esto significa que las medidas cautelares en materia ambiental son innominadas, lo que se justifica en el hecho de que el legislador no le es posible anticipar todas las formas como pueden ser vulnerados los derechos colectivos para así consagrar los medios para conjurar los potenciales daños; y si se pretende lograr una verdadera efectividad de los derechos, la única forma es dejando en manos del juez tal decisión, para que este analizando las circunstancias propias de cada proceso, determine cuál es la más idónea...”

Nótese que la referida cláusula abierta únicamente hace alusión a las medidas que tienen por finalidad proteger el medio ambiente y la calidad de vida de las personas, excluyendo cualquier otra<sup>71</sup>, lo cual afirma, que las mismas solo tienen por objeto asegurar la efectividad de sentencias emitidas en procesos en que se ventilen pretensiones que directa o indirectamente tengan una finalidad de protección ambiental<sup>72</sup>; no así de las sentencias que se dicten en procesos en que se ventilen pretensiones de carácter

---

<sup>69</sup> Las cursivas son mías.

<sup>70</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit. pág.42.

<sup>71</sup> No obstante, atendiendo a la literalidad de los supuestos establecidos en la ley en que se pueden adoptar medidas cautelares ambientales, debe interpretarse que además pueden tener por finalidad la protección de las personas (vida e integridad física), de su salud y de sus bienes.

<sup>72</sup> Es decir, las que tienen por objeto la prevención, evitación de agravación y reparación de daños al medio ambiente, así como las que versen sobre la prevención de daños de la persona, a su calidad de vida, salud y bienes, derivados de daños ambientales o amenaza de los mismos.

estrictamente patrimonial, no obstante, deriven de daños al ambiente<sup>73</sup>, en los que sólo podrían adoptarse en su caso, las medidas cautelares reguladas en el CPCM, normativa que de conformidad con su artículo 20, es de aplicación supletoria a los procesos de responsabilidad civil regulados en la LMA.

Cabe mencionar que la mayoría de las medidas cautelares que se han decretado en los juzgados ambientales de El Salvador, lo han sido con base en la referida cláusula abierta. Para los fines del presente trabajo las medidas que a la fecha han sido decretadas se pueden clasificar en los siguientes géneros: a) medidas que se dictan para proteger el medio ambiente y la calidad de vida de las personas por el daño ambiental en virtud del cual se abrió el expediente respectivo; b) medidas que se dictan por daños ambientales distintos-relacionados o no- a los que dieron inicio al proceso cautelar<sup>74</sup>; c) medidas que tienen un carácter general, es decir, que trascienden el caso que dio inicio al proceso cautelar<sup>75</sup>; d) medidas que tienen fines de promover la educación y el derecho a la información ambiental en la ciudadanía; e) medidas que tienen por finalidad exhortar a las instituciones del Estado encargadas de la protección del medio ambiente a cumplir con sus competencias legales; f) medidas que tienen por finalidad cuantificar e identificar técnicamente los daños ambientales causados; y, g) medidas que anticipan el fallo de la sentencia definitiva.

A continuación, mostramos algunos casos jurisprudenciales en los que se han adoptado estas medidas cautelares.

**a) Medidas que se dictan para proteger el medio ambiente y la calidad de vida por el daño ambiental o amenaza del mismo en virtud del cual se abrió expediente.**

Dentro de estas medidas, tenemos, por ejemplo, el requerimiento de instruir el trámite de legalización de proyectos urbanísticos realizado por el Juzgado Ambiental de

---

<sup>73</sup> Como lo sería la indemnización estrictamente por daños particulares derivados de daños ambientales y la indemnización por daños ambientales irreparables.

<sup>74</sup> Lo cual en gran medida se ha justificado por la potestad oficiosa de decretar medidas cautelares, al advertirse en el proceso cautelar la existencia de nuevos supuestos que justifiquen su adopción.

<sup>75</sup> Ordenando acciones a diversas instituciones del Estado vinculados con el deber de protección ambiental, para que resuelvan el origen del daño ambiental o amenaza del mismo objeto del proceso, o resuelvan problemas estructurales del país de carácter ambiental, a fin de prevenir futuros daños específicos.

San Salvador a una Municipalidad, en el expediente iniciado por la realización de urbanizaciones sin autorización por parte de la referida municipalidad<sup>76</sup>.

**b) Medidas que se dictan por daños ambientales distintos-relacionados o no- a los que dieron inicio al proceso cautelar, pero advertidos en el mismo.**

Dentro de estas medidas, podemos citar el requerimiento realizado por el Juzgado Ambiental de San Salvador al director de un Centro Escolar, en el expediente iniciado por una quema de un bosque privado, pero que, al realizarse la verificación en el lugar, se observaron desechos sólidos en los alrededores de una escuela que se encontraba contigua<sup>77</sup>.

Un segundo ejemplo es la medida cautelar ordenada por el Juzgado Ambiental de San Salvador en contra del titular de un taller de vehículos, consistente en disponer de ciertos desechos sólidos encontrados en el mismo, en el expediente iniciado por emisión de contaminantes al aire y por contaminación acústica<sup>78</sup>.

Es importante mencionar que el decreto de este género de medidas se ha justificado en la potestad oficiosa del Juez Ambiental de decretar medidas ante el conocimiento de daños ambientales o amenaza de estos, tal como lo ha establecido el Juzgado Ambiental de San Salvador en

**(AJASS 19- 2015-MC, de 28 de julio de 2015.)**

“Establecido lo anterior, también es importante recalcar que tal y como consta en el acta de la inspección realizada el día siete de julio del presente año, en el trayecto hacia el lugar inspeccionado se observó presencia de basura sobre la calle de acceso y sobre los alrededores del Centro Escolar del Caserío Sombrerito, el cual colinda por el lado sur del terreno, es decir, contaminación generada por esparcimiento de desechos sólidos, y siendo que de conformidad con el referido artículo 102-C, el suscrito juez, se encuentra habilitado para dictar medidas cautelares de oficio, sin perjuicio que las mismas se dicten en contra de personas distintas de los sujetos que motivaron el inicio oficioso del presente expediente de medida cautelar, siempre y cuando que se cumpla algunos de los presupuestos establecidos en dicha disposición legal, como lo es que se esté ante la amenaza o inminencia de un daño al medio ambiente que puede afectar la salud humana, es procedente dictar medidas de protección ambiental respecto a dicha situación”

---

<sup>76</sup> “Inicie de forma inmediata con el trámite de legalización de los proyectos de parcelación que haya realizado hasta la fecha ante las autoridades pertinentes...”(AJASS 16- 2016-MC, de 1 de septiembre de 2016.)

<sup>77</sup> “Recolecte de forma inmediata los desechos sólidos que se encuentren sobre la calle de acceso al Centro Escolar del Caserío Sombrerito, así como a los alrededores de dicho instituto educativo, y disponga de ellos en sitio autorizado.....” (AJASS 19-2015-MC, de 28 de julio de 2015.)

<sup>78</sup>“Disponer de las lámparas fluorescentes de tubos desechadas en un sitio autorizado o entregarlas a un tercero debidamente autorizado...”(AJASS 13-2015-MC, de 10 de junio de 2015.)



En mi opinión, es cierto que este tipo de medidas están justificadas en dicha potestad, pero deberían tramitarse de forma independiente, en virtud que podría dar origen a un proceso principal también independiente.

**c) Medidas que tienen un carácter general.**

Dentro de estas, tenemos la medida dictada por el Juzgado Ambiental de San Salvador en contra del MARN, consistente en elaborar un mecanismo de control de otorgamiento de permisos y un mecanismo de inspecciones en toda la zona del Volcán de San Salvador, en un caso iniciado de forma oficiosa ante el conocimiento de la construcción ilegal de un anfiteatro en un terreno ubicado en el referido Volcán<sup>79</sup>.

Así como el requerimiento realizado por el Juzgado de San Salvador a todas las alcaldías municipales del país, de coordinar con MARN el otorgamiento de permisos de tala de árboles, en el expediente iniciado de forma oficiosa ante el conocimiento de una tala realizada por la Municipalidad de Santa Tecla en un parque municipal<sup>80</sup>.

Cabe hacer notar que, no obstante los innegables impactos y resultados positivos que ha tenido en la sociedad dicho género de medidas, es el que ha generado mayor polémica, ya que en apariencia desnaturaliza la figura de las medidas cautelares, excediendo su objeto, lo cual en el caso Linda Vista Gardens, fue justificado en los efectos generales de la sentencia definitiva que se dicta en los procesos ambientales, de conformidad con el artículo 103 de la LMA<sup>81</sup>. Así, según la **AJASS 4-2015-MC, del 6 de marzo de 2015:**

---

<sup>79</sup> “Requíerese al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales convoque a las Alcaldías de Colón, San Juan Opico, Santa Tecla, San Salvador, Ayutuxtepeque, Mejicanos, Apopa, Quezaltepeque, Nejapa, Antiguo Cuscatlán, y Nuevo Cuscatlán, OPAMSS y demás entidades públicas responsables del otorgamiento de permisos en la zona del volcán de San Salvador y defina con la adecuada coordinación interinstitucional un mecanismo de control del otorgamiento de permisos y también un mecanismo de inspecciones periódicas en la zona del volcán de San Salvador.....a efecto de evitar el otorgamiento incontrolado de permisos y el progresivo deterioro del volcán de San Salvador.....”. (**AJASS 4-2015-MC, del 6 de marzo de 2015**).

<sup>80</sup> “Requíerese a las alcaldías municipales que todo permiso de tala de árboles que otorguen en sus respectivos municipios, lo hagan en coordinación y previo control del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales”. (**AJASS 37-2016-MC, del 7 de julio de 2016**.)

<sup>81</sup> El inciso 4° del artículo 103 de la Ley del Medio Ambiente, establece: “En el caso del inciso final del artículo 101, de la sentencia definitiva que se pronuncie, perjudicará o aprovechará, según sea el caso, a todos los miembros de la comunidad que hayan sido mencionados en la demanda.” En relación con el inciso final del artículo 101 de la referida ley el cual establece “Las personas naturales, ya sea de manera individual o colectiva, que se consideren afectadas podrán intervenir conforme al derecho común o ser representados por la Procuraduría General de la República, quien estará obligada a atender las denuncias sobre daños ambientales en el momento que de ellos tengan conocimiento”

“Es necesario indicar que aunque el presente caso tiene como sujeto pasivo la sociedad Grupo Tecnología, Ingeniería y Construcción S.A. de C. V., y un proyecto específico como es Linda Vista Gardens, tanto las medidas cautelares de protección ambiental previstas en el artículo 102 –C Ley del Medio Ambiente, como la sentencia dictada en un proceso ambiental prevista en el artículo 103 de dicho cuerpo normativo, tienen eficacia general o *erga omnes* para todas las personas relacionadas al caso de estudio, aunque no hayan intervenido personalmente en las actuaciones judiciales respectivas, por tratarse de derechos de titularidad colectiva o difusos, por lo cual es posible la adopción de medidas cautelares o de restauración del medio ambiente, cuyos sujetos pasivos o afectados no sean los que motivan el inicio oficioso de un proceso cautelar de protección ambiental. “

Sin embargo, a mi criterio dicha generalidad a la que alude la sentencia definitiva se refiere a supuesto distinto, específicamente cuando se generan daños ambientales que afectan a una colectividad y los mismos, solo son reclamados por una o varias personas de ese colectivo, tal como lo autoriza el inciso último del artículo 101 de la LMA, supuesto en el cual, la sentencia definitiva sí aprovecha o perjudica a toda la colectividad mencionada en la respectiva demanda. Lo cierto es, que dichas medidas cautelares sí estarían justificadas en la potestad oficiosa del juez que advierte estos problemas de carácter general y estructural en el proceso cautelar, lo que también debería dar paso al inicio de al menos un proceso principal.

**d) Medidas que tienen como finalidad promover la educación y el derecho a la información ambiental en la ciudadanía.**

Dentro de estas medidas tenemos la orden que se realizó al arriba mencionado director del centro escolar de instruir a sus alumnos sobre la correcta disposición de basura<sup>82</sup> y, la orden dictada por el Juzgado Ambiental de San Salvador a una empresa, consistente en explicar los detalles de un proyecto a los pobladores aledaños al mismo, en el expediente iniciado por la construcción de una planta de producción de medicinas junto a una residencial<sup>83</sup>.

**e) Medidas que tienen por finalidad exhortar a las instituciones del Estado encargadas de la protección del medio ambiente a cumplir con sus competencias legales.**

---

<sup>82</sup> “Instruya a los alumnos del Centro Escolar del Caserío Sombrerito, mediante campañas y establecimiento de programas de horas sociales e incentivos académicos, respecto de la correcta disposición y separación de los desechos sólidos que se generen diariamente en el Instituto Escolar y en sus alrededores...” (AJASS 19-2015-MC, del 28 de julio de 2015.)

<sup>83</sup> “Informar, explicar y aclarar a los pobladores de la Residencial Primavera II y de las Colonias aledañas, las actividades que se están realizando, así como en qué consiste el proyecto y los productos que se elaborarán en la misma...” (AJASS 16-2015-MC, del 29 de julio de 2015).

Dentro de estas medidas tenemos el requerimiento de iniciar un procedimiento sancionatorio realizado por el Juzgado Ambiental de San Salvador al MAG<sup>84</sup>.

En vista que dicho género de medidas puede ser considerado una invasión competencial a la institución requerida, opino que sólo podrían decretarse ante una flagrante omisión del cumplimiento de una competencia legal, excluyéndose las competencias discrecionales.

**f) Medidas que tienen por finalidad cuantificar e identificar técnicamente los daños ambientales causados.**

Dentro de estas medidas tenemos el requerimiento de rendir un informe de identificación y cuantificación de daños, realizado por el Juzgado Ambiental de San Salvador al MARN, en un expediente iniciado por tala de árboles para el cambio de uso de suelo de un terreno privado<sup>85</sup>.

Cabe mencionar que dicho género de medidas debería tener como fin la adopción de nuevas medidas cautelares o la modificación de las ya decretadas sobre la base de los estudios técnicos realizados, al respecto se ha pronunciado la autora ARCILA SALAZAR<sup>86</sup> quien haciendo alusión a las medidas cautelares ambientales en Colombia dice:

“ (...)No obstante, para que no quedara duda del amplio poder que tiene el juez en esta materia, a título de ejemplo consagró unas medidas cautelares que son bastante severas como son... la realización de estudios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes que hay que tomar...”

Sin embargo, en El Salvador las mismas no están siendo utilizadas como base para la adopción de nuevas medidas urgentes, sino como prueba anticipada de los respectivos procesos principales, desnaturalizando así, la figura las medidas cautelares, o no dándole en

---

<sup>84</sup> “Requíerese al Ministerio de Agricultura y Ganadería inicie el proceso administrativo sancionatorio a que hubiere lugar, por la posible transgresión a lo establecido en el Art.35 literal p) de la Ley Forestal ..” (AJASS 18-2017-MC, del 18 de julio de 2017.)

<sup>85</sup> “Requíerese al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, que realice una inspección en el inmueble ubicado en el Cerro Negro, Jurisdicción de San Fernando, Departamento de Chalatenango, objeto del presente expediente, para identificar y cuantificar los impactos generados a la vegetación, fauna silvestre, suelo y agua...” (AJASS 61-2016-MC, del 18 de agosto de 2016).

<sup>86</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.42.

el peor de los casos utilidad alguna, no obstante consumir recursos estatales, por lo que sería valioso el reconsiderar su dictado.

### **g) Medidas que anticipan el fallo de la sentencia definitiva.**

Dentro de estas medidas tenemos la restauración que ordenó el Juzgado Ambiental de San Salvador a una empresa constructora, en el expediente iniciado por haber introducido la misma, tuberías en el subsuelo de un terreno de propiedad privada, dañando un acuífero subterráneo<sup>87</sup>.

Este género de medidas conocidas como satisfactivas, también son objeto de constante debate, puesto que se discute si ordenar la restauración del daño ambiental sin esperar el respectivo contradictorio del proceso, excede o no la finalidad de la tutela cautelar. Al respecto, algunos autores como TESO GAMELLA<sup>88</sup> y GIL IBAÑEZ<sup>89</sup> se decantan por considerar a este tipo de medida como una especie o clasificación del género de las cautelares, las cuales anticipando parcial o totalmente la pretensión del demandante aseguran la efectividad de la sentencia.

Dicha opinión no es compartida por autores como MARTÍNEZ LETONA<sup>90</sup>, MITIDIERO<sup>91</sup> Y MARIONI<sup>92</sup> quienes sostienen que las medidas anticipatorias son una especie de tutela independiente de las cautelares, creadas como respuesta a nuevas situaciones jurídicas surgidas en la sociedad<sup>93</sup>, que demandan mecanismos de tutela

---

<sup>87</sup> “Restaurar al estado natural el acuífero subterráneo que drena al riachuelo Las Minas, que ha sido alterado con la construcción de la servidumbre en el inmueble antes relacionado...”. (AJASS 25-MC-2015, del 2 de septiembre de 2015.) Cabe mencionar que en el recurso de apelación de esta medida la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, no se pronunció sobre su carácter anticipatorio, sino que únicamente justificó la necesidad de la misma en base al principio precautorio y el deber constitucional del Estado de proteger al ambiente ante el peligro de la irreversibilidad del daño. Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2015, dictada en Apelación referencia 200-MCAMB-15.

<sup>88</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág.95.

<sup>89</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., pág.16.

<sup>90</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): ob. cit., pág. 196.

<sup>91</sup> MITIDIERO, Daniel (2013): “Anticipación de Tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria”, Marcial Pons, Madrid, pág. 25.

<sup>92</sup> MARIONI, Luiz Guilherme (2016): “Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria”, Palestra, Lima, pág. 133

<sup>93</sup> Tal como lo sostiene MARIONI: “...se debe pensar, por ejemplo, en los derechos fundamentales del consumidor y el medio ambiente que exigen tutelas capaces de impedir la violación y de remover los efectos concretos de acción contraria a la norma instruida para su protección...Además, la necesidad de mayor celeridad de tutela de los derechos, resultante de las características de los “nuevos derechos“ y de las relaciones jurídicas propias de la sociedad contemporánea, evidenciaron: que la adaptación del sistema de distribución de justicia- que era impotente al alcance de la anticipación de la tutela final- a la evolución de la sociedad, tiene un carácter imprescindible.” MARIONI, Luiz Guilherme (2016): ob. cit., págs. 124-125

distintos a la cautelar. Mecanismos que, en ciertos países al no estar regulados en su legislación, han sido tramitados en la práctica forense mediante la vía cautelar<sup>94</sup>.

En ese orden de ideas, se podría concluir que las ordenes de restauración ambiental anticipada, no son medidas cautelares, sino una suerte de medidas anticipatorias<sup>95</sup> y que, por no estar reguladas en la ley pero ser imprescindibles para la satisfacción efectiva del derecho a un medio ambiente sano, son tramitadas mediante el proceso cautelar.

En mi opinión, indiferentemente de la naturaleza que se le atribuya a dichas ordenes, las mismas están plenamente justificadas siempre y cuando se cumplan como menos los siguientes requisitos: i) que se esté ante la necesidad de satisfacer de forma inmediata la pretensión del proceso principal ante el peligro de la generación de daños irreparables; ii) que la medida sea reversible; iii) que la existencia del derecho material cuya satisfacción se anticipa sea muy evidente; y, iv) que se promueva un proceso principal; requisitos los cuales, son los mínimos exigidos para el otorgamiento de esa nueva forma de tutela denominada por la doctrina, tutela anticipada.

Finalmente, debe apuntarse que dichas medidas bajo ningún motivo podrían adquirir un carácter definitivo o estado de cosa juzgada, siendo esto, el elemento que las diferenciaría de la eventual sentencia definitiva, ya que lo contrario, atentaría con su característica de la provisionalidad, así como con el derecho de audiencia y defensa del cautelado. En ese sentido se ha pronunciado la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro.

(CTC 200-MCAMB-15, sentencia de 5 de noviembre de 2015):

“No obstante lo anterior, se advierte que la resolución por medio de la cual se impusieron las medidas cautelares, fue dictada como si se tratase de un proceso ambiental terminado; es decir, el Juez ha fallado dentro de unas diligencias de medidas cautelares ordenando la suspensión “definitiva” de una obra; si bien tiene la facultad de dictar medidas cautelares amparado en la urgencia de la misma ,según el caso, y bajo el amparo también del principio de prevención y precaución, no debe ordenar -como lo ha hecho- en unas diligencias de medidas cautelares que se suspenda de forma “total y definitiva” la obra; ya que desnaturaliza una de las características de la medida cautelar como es la “provisionalidad”, se deben adoptar en forma determinada; y además, porque el afectado con la medida debe tener la oportunidad de ejercer sus derechos de audiencia y defensa en un proceso donde le sean éstos verdaderamente respetados, pero si son definitivas y

---

<sup>94</sup> *Ídem*, pág. 125 y DE LOS SANTOS, Mabel (2010): ob. cit., pág. 578.

<sup>95</sup> No autosatisfactivas, las cuales según MARTINEZ LETONA, se diferencian por agotarse en sí mismas, no requiriendo que se promueva con posterioridad un proceso principal. (MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): ob. cit., pág. 203)

totales ya no hay nada que pueda discutir el afectado, como acto posterior; por lo que esta Cámara no comparte el criterio del Juez A-quo de imponer medidas de suspensión de una obra de forma total y definitiva.”

## **II.D. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN**

### **II.D.1 Apariencia de buen derecho**

El artículo 102-C de la LMA regula de forma expresa los presupuestos que deben tomarse como base al adoptar una medida cautelar ambiental. En ese sentido, es importante determinar si los mismos: a) son presupuestos propios del proceso cautelar ambiental, b) son únicamente puntos de partida o, c) pueden encajarse en alguno de los ya mencionados presupuestos generales de las medidas cautelares. En mi opinión, estamos en presencia de un caso en que la ley ha preestablecido las situaciones que cumplen con el presupuesto de la apariencia de buen derecho<sup>96</sup>, siendo éstos los listados en la referida disposición legal, y son los siguientes:

1. Que se esté ante la amenaza o inminencia de un daño al medio ambiente que pueda afectar o no a la salud humana.
2. Que se esté ante la presencia de un daño al medio ambiente, que pudiese generar peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población.
3. Que se esté ante la necesidad de prevenir un daño a las personas o bienes de los afectados, siempre y cuando estos se deriven de los supuestos de los literales anteriores.

Como se puede observar el primero de los supuestos hace referencia a una situación de daño ambiental no consumado, es decir, a una amenaza o inminencia de daño ambiental generado por la acción u omisión de una persona natural o jurídica, siendo indiferente que

---

<sup>96</sup> Esto tiene relación con la taxatividad de las medidas cautelares, respecto de lo cual ha expresado la autora ARCILA SALAZAR que en los casos en que la ley ha autorizado la adopción de medidas cautelares, el legislador ha realizado previamente la valoración de la ocurrencia de la apariencia de buen derecho. ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit. pág.37. En esa misma línea se ha pronunciado la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, estableciendo: “En este sentido, al tratarse de medidas cautelares en materia de medio ambiente... se ha regulado previamente los casos en los cuales existe apariencia de buen derecho, estableciendo que frente a cualquiera de estas amenazas que se presente es posible dictaminar una medida cautelar...”. Sentencia de 21 de diciembre de 2015 dictada en el recurso de apelación referencia 232-MCAMB-15.

el mismo pueda afectar a la salud humana. En este caso la medida cautelar que se adopte, deberá de prevenir la consumación de ese daño con el fin de proteger el medio ambiente.

Situación distinta ocurre en el segundo supuesto, el cual hace referencia a una situación de daño ambiental ya acaecido que puede poner en peligro o afectar la salud humana y la calidad de vida de las personas, por tanto, la medida cautelar que se adopte en virtud de este supuesto debería ir encaminada a prevenir la afectación de los referidos bienes jurídicos.

En este punto vale reflexionar si el objeto de protección de esta medida es verdaderamente la salud humana y la calidad de vida de la población o, si la afectación de dichos bienes jurídicos, sólo son criterios de urgencia para la adopción de la medida cuyo fin último siempre será la protección del medio ambiente. Al respecto, dado que una de las pretensiones en el proceso ambiental podría ser el reclamo de responsabilidad civil por riesgos o afectaciones en la esfera jurídica de un particular causados por daños al medio ambiente, considero que dichos bienes jurídicos sí podrían ser el objeto primario de protección de la medida, sin perder de vista que sin excepción, tendrían que estar vinculados a un deterioro ambiental.

Ahora bien, cabe aclarar que nada impide que se adopten medidas cautelares ante daños ambientales consumados, aun y cuando estos no pongan en peligro o afecten la salud humana y la calidad de vida de la población, puesto que las mismas pueden tener por finalidad, prevenir la agravación, los efectos o la continuación de los daños. Asimismo, en todo caso su adopción estaría justificada bajo el argumento que si pueden dictarse medidas ante amenazas de daños al medio ambiente, indiferentemente que éstos pongan en peligro o afecten otros bienes jurídicos, a mayor razón podrían dictarse medidas ante daños consumados, aunque de igual manera estos no afecten otro bien jurídico.

El tercer supuesto hace referencia tanto a situaciones de amenaza de daño, como a situaciones de daños ambientales acaecidos-continuados o no-, siempre y cuando éstos puedan causar daños a las personas, es decir, en sus derechos a la vida o integridad física, así como en sus bienes, por ende, las medidas cautelares que se dicten en base a este supuesto deben suponer la prevención de dichos daños, ya sea mediante la prevención del daño ambiental o contrarrestado los efectos del daño acaecido. Sin embargo, al igual que se

explicó en el supuesto anterior, el peligro de daño a estos bienes jurídicos tiene que estar necesariamente vinculado a un deterioro ambiental.

Vale destacar que uno de los mayores problemas que se ha presentado en los juzgados ambientales al examinar la concurrencia de estos supuestos, lo encontramos en la falta de claridad del concepto de “daño ambiental”, no obstante encontrarse delimitado en el artículo 5 de la Ley del Medio Ambiente<sup>97</sup>, pues, en la práctica forense, la valoración de su concurrencia ha quedado a la subjetividad y discrecionalidad del juez ambiental, lo cual puede volverse atentatorio, ya que en sentido amplio, cualquier acción u omisión humana podría constituir una afectación al ambiente; por tanto, considero que, por certeza jurídica, es importante delimitar cuanto antes éste concepto, al menos jurisprudencialmente, lo cual a su vez, generaría un tamiz para el decreto de medidas cautelares.

### **II.D.2 Peligro de la demora**

Respecto a este presupuesto cabe mencionar que al exigir los presupuestos reglados en la ley para el dictado de medidas, la existencia de un daño ambiental o al menos la amenaza del mismo, considero que el presupuesto del peligro de la demora se cumple automáticamente, puesto que tal como se mencionó el capítulo I, la lesión del medio ambiente no admite demora alguna.

### **II.D.3 Valoración de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro de la demora por los juzgados ambientales.**

Los juzgados ambientales han adoptado el criterio que además de cumplirse con alguno de los supuestos establecidos en la referida disposición legal, debe valorarse la concurrencia de los presupuestos de la apariencia de buen derecho y peligro de la demora, aplicando supletoriamente el CPCM<sup>98</sup>, es decir, que los mismos no concurren automáticamente al cumplirse con el supuesto legal, eso sí, modulando su rigurosidad en virtud de los principios ambientales de prevención y precaución,- principios que como se

---

<sup>97</sup> El artículo 5 de la Ley del Medio Ambiente define daño ambiental como:” Toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componentes, en contravención a las normas legales. El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humanos, ecosistema o especies de flora y fauna e irreversible, cuando los efectos que produzca sean irreparables y definitivos.”.

<sup>98</sup> Puesto que, dicha normativa si exige esos presupuestos para la adopción de las medidas cautelares que se dictan en los procesos civiles y mercantiles.



verá a continuación más que incidir en este punto, inciden en la ponderación de los intereses en conflicto-, aduciendo que la norma que exige dichos presupuestos ha sido creada para pretensiones privadas y de carácter patrimonial y además, que de cualquier manera el juez ambiental deberá corroborar los hechos que fundamentan la adopción de la medida cautelar. Así, entre otras, la **AJASS 43-MC-2017, del 5 de julio de 2017 manifiesta:**

“No obstante ello, dos de los principios fundamentales del Derecho Ambiental, el de prevención y precaución, previstos en el artículo 2 letra “f” de la Ley del Medio Ambiente, modulan el rigor de la norma anterior que ha sido prevista para pretensiones exclusivamente patrimoniales, sin relación a derechos fundamentales de naturaleza colectiva, como derechos relacionados al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a la Salud y calidad de vida de las personas, arts. 117, 65 y 69 respectivamente, por lo cual la valoración del cumplimiento de tales presupuestos en la jurisdicción ambiental, en atención a los intereses que se tutelan, debe ser menos rigurosa, además que la misma LMA impone al juzgador la corroboración de los hechos que fundamenten la petición de medidas cautelares.”

Sobre el papel protagónico del principio precautorio en este tema, se ha pronunciado la autora ARCILA SALAZAR quien haciendo alusión a las medidas cautelares en Colombia expresa que el objetivo de la institución cautelar tal como ha sido concebida en la norma ambiental, sólo puede cumplir su objetivo si los operadores jurídicos comprenden que entre esta y el principio precautorio existe una relación íntima. Por ende, para el decreto de una medida no puede exigirse la certeza que una acción está causando daños al ambiente, bastando que exista una amenaza real; consecuentemente, se encuentra plenamente justificado que el juez al decretar una medida, aplique el principio de prevención si tiene certeza que una determinada acción pueda causar un daño o, aplique el principio de precaución, si no la tiene<sup>99</sup>.

En igual sentido se ha pronunciado en su jurisprudencia la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, como lo hizo en la sentencia de apelación referencia 232-MCAMB-15, de fecha 21 de diciembre de 2015, en la cual estableció: “(...)en tal virtud el juzgador puede encontrarse en una situación ante la que debe tomar una decisión acerca de determinado proceso, producto o actividad de la que se conoce o se sospecha, con cierto fundamento, que involucra un riesgo para el medio ambiente por lo que, los principios de prevención y precaución sirven de fundamento a la adopción de una medida cautelar...”

---

<sup>99</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.40.

En este punto cabe mencionar que en reiterada jurisprudencia, los juzgados ambientales han entendido que concurre la apariencia de buen derecho cuando se constata la existencia del daño ambiental o la amenaza del mismo<sup>100</sup>, lo cual a mi criterio, no sólo se aparta del concepto doctrinario del resupuesto de apariencia de buen derecho-entendido como una probabilidad del éxito de la pretensión, en este caso la declaratoria de la existencia del daño, la responsabilidad del mismo y su restauración- sino que constituye un prejuzgamiento parcial de la pretensión principal, dejando pendiente para el respectivo proceso principal, únicamente la determinación de la extensión de ese daño, su cuantificación y el establecimiento de la relación de causalidad del supuesto responsable.

Asimismo, que han entendido que concurre el presupuesto de peligro de la demora cuando por no adoptarse la medida cautelar, se corra el riesgo que al dictarse la eventual sentencia, los daños sean irreparables<sup>101</sup>. No obstante, opino que dicho argumento es insuficiente cuando se adoptan medidas que anticipan el fallo de la eventual sentencia, puesto que, debería justificarse la necesidad de satisfacer de forma inmediata parcial o totalmente, la pretensión principal.

## **II.D.4. Proporcionalidad**

### **II.D.4.a. Proporcionalidad en sentido estricto**

De conformidad con el inciso 1° del artículo 102-C de la LMA, las medidas cautelares deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que pretendan alcanzar en cada caso concreto. Asimismo, el inciso 5° de dicha disposición legal establece que para su modificación y revocación deberá de tomarse en cuenta la proporcionalidad.

En ese sentido, las medidas cautelares ambientales deben de ser adecuadas y proporcionales con el fin que persiguen en cada caso -sea éste la protección del medio

---

<sup>100</sup> Obviando por completo valorar la mayor probabilidad de la existencia del derecho del solicitante o de los beneficiados con la medida -en caso que la misma sea adoptada de oficio- que la de su inexistencia, lo cual se puede ver explicado por el hecho que no es sobre la existencia de los derechos que se ventilan en los procesos ambientales de lo que caben dudas, sino de la verosimilitud que los mismos están siendo dañados o amenazados por la acción u omisión de la persona en contra de quién se solicitan las medidas-

<sup>101</sup> Lo cual es congruente con la finalidad de las medidas cautelares, que es asegurar la efectividad de la sentencia, que en este caso tiene como objetivo primario la restauración de los daños ambientales.

ambiente, la calidad de vida de la población, la salud humana, las personas o de sus bienes- y no pueden exceder ese objetivo. Además, la proporcionalidad implica que, al dictarse una medida, se escoja la alternativa que resulte menos gravosa para el cautelado si con ella se cumple la finalidad perseguida.

Sobre este principio los juzgados ambientales han sido uniformes, estableciendo en su jurisprudencia que para decretar una medida cautelar es necesario valorar su proporcionalidad en relación con el riesgo de afectación o daño que se pretende proscribir. En ese mismo sentido, la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, ha establecido la necesidad de motivación del auto de adopción de medidas como lo hizo en la sentencia dictada en el recurso de apelación referencia 232-MCAMB-15, de fecha 21 de diciembre de 2015: "...corresponde justificar entonces mediante la motivación adecuada, en la que debe quedar claramente establecido: cuál es el derecho que se pretende proteger, cuál es el peligro al que se encuentra expuesto y como contribuye la medida decretada a evitar el daño o a hacerlo cesar.". Así como en la audiencia de apelación del recurso referencia 38-MCAMB-15, del 23 de abril del 2015, en la que estableció: "...Que se adopten por medio de auto debidamente motivado en el que se justifique la idoneidad, intensidad, proporcionalidad y necesidad de la medida en relación con el objeto que se pretende garantizar y que será objeto del proceso principal.”.

No obstante, vale mencionar que, en ocasiones, los juzgados ambientales sólo han motivado la idoneidad de algunas y no de la totalidad de las medidas dictadas en un expediente, como ha sucedido en la no valoración de la proporcionalidad de medidas de carácter general y anticipatorio, así como que tienen por finalidad identificar y cuantificar impactos ambientales, entre otras.

#### II.D.4.b. El equilibrio entre los bienes jurídicos que pueden estar en conflicto

Relacionado con la proporcionalidad se encuentra este presupuesto. De conformidad con el inciso 5º del artículo 102-C de la LMA, el juez ambiental debe valorar para la imposición, modificación y revocación de las medidas cautelares el equilibrio de los bienes jurídicos en juego.

En ese sentido, al adoptar una medida, el juez debe de valorar los bienes jurídicos que resultaran afectados, debiendo evitar que se generen daños mayores a los que se pretenden evitar. Valoración la cual, según lo establece TESO GAMELLA al hacer referencia a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo español, debe ser circunstanciada, evitando así, que la resolución de adopción de medidas se vuelva una resolución genérica y abstracta, alejada del caso en cuestión<sup>102</sup>.

Esta valoración, parece no presentar problemas cuando hay conflictos con derechos o intereses particulares, como la libertad de empresa y la propiedad, pues, no hay dudas que los mismos cederán ante bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente y la calidad de vida de la población. En este sentido se ha pronunciado el Juzgado Ambiental de San Salvador en reiteradas ocasiones, argumentando además que los derechos particulares no son desconocidos, por ser la medida cautelar de carácter temporal. Entre otras, la **AJASS 43-2017-MC, del 5 de julio de 2017:**

“Finalmente y debido a las situaciones de afectación del medio ambiente descrita queda sin lugar a dudas evidenciado que las medidas a imponer persiguen la garantía de los derechos colectivos como la calidad de vida, medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado de las generaciones presentes y futuras, o sea la protección, recuperación y manejo responsable del ambiente, arts. 2 y 117 Cn., y 1 y 2 .a) LMA, por consiguiente, éstos últimos, deberán prevalecer sobre los intereses particulares o derechos privados del propietario de la granja....derechos que no se le niegan o desconocen, ya que en primer lugar las medidas tienen, por naturaleza, el carácter de temporales...”

El problema radica cuando las medidas entran en conflicto con intereses generales, como lo es el desarrollo económico o, cuando se pone en juego el empleo de un número considerable de trabajadores-al suspender las actividades de una empresa-. Problema que se resuelve según la autora ARCILA SALAZAR con el principio precautorio, sosteniendo: “La tensión entre ambiente y los demás bienes jurídicos la resuelve el principio de precaución según el cual sólo se exige que se dé preponderancia al medioambiente sobre los otros derechos cuando el primero se encuentre expuesto a un daño grave o irreversible”<sup>103</sup>.

No obstante, cabe mencionar que los juzgados ambientales en todos los casos, han hecho prevalecer el interés a la protección del medio ambiente sobre cualquier otro interés con el que este ha entrado en conflicto, independientemente de la gravedad del daño

---

<sup>102</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág.75.

<sup>103</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.44.

ambiental y, sin siquiera basarse en dicho principio. Lo anterior podría explicarse en razón de la especialidad de dichos Tribunales, pues su competencia tiene como fin último, salvaguardar los intereses ambientales.

### **II.D.5 La caución de las medidas cautelares ambientales**

Tal como se mencionó en el capítulo I. de este trabajo, la caución o contra cautela en las medidas cautelares cumple una función de garantía de reparación de los daños y perjuicios que se puedan causar a la persona en contra de quién se dicte la medida.

Como particularidad en el derecho ambiental salvadoreño, las medidas cautelares no pueden ser caucionadas ni afianzadas de conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 102-C de la LMA<sup>104</sup>. Lo cual es digno de ser resaltado, ya que representa un avance importante en el acceso a la justicia ambiental, pues, tal como lo ha establecido PEÑALVER I CABRE las fianzas en las medidas cautelares pueden representar un obstáculo material al acceso de los ciudadanos a los tribunales, debido que por regla general, hay una relación económica desigual entre la parte actora y la parte demandada y con el agravante, que cuando se actúa para defender un bien colectivo como el medio ambiente, no hay ningún beneficio personal o un resarcimiento económico que compense los gastos del litigio<sup>105</sup>.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la autora ARCILA SALAZAR<sup>106</sup> quien haciendo alusión a las medidas cautelares en Colombia establece:

“Por último, se debe señalar que las medidas cautelares que se impongan en una acción popular no pueden ser objeto de contra-cautelares o de cauciones, toda vez que el ordenamiento no ha dispuesto tal carga en cabeza del solicitante de la medida previa, situación que se encuentra en armonía con la naturaleza del derecho que se protege, pues en una acción popular el actor no pide para sí sino para todo un colectivo, y mal haría el ordenamiento en exigirle una cautela a quien actúa en nombre de todos..”

---

<sup>104</sup> El inciso 1° del artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente establece: “Las medidas cautelares podrán decretarse por el juez ambiental competente, de oficio ó a petición de parte, como acto previo o en cualquier estado del proceso, las cuales deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretenden garantizar en cada caso concreto, dichas medidas no podrán ser caucionadas o afianzadas...”

<sup>105</sup> PEÑALVER I CABRE, Alexandre, (2008): “Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales”...ob. cit., pág. 379.

<sup>106</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.45.

Ahora bien, es preciso indicar que la redacción de la arriba mencionada disposición legal, podría dar lugar a confusión, puesto que, del empleo de la expresión “ no podrán” , cabría entender que la prohibición de afianzamiento está dirigida al cautelado, es decir, negándole la posibilidad de ofrecer una garantía como medida sustitutiva a la medida cautelar; no obstante, toda duda se disipa en virtud de lo regulado en el artículo 448 del CPCM, el cual establece que el juez puede eximir de la prestación de caución al solicitante, siempre y cuando su capacidad económica y potencial patrimonial sea sensiblemente inferior al de la parte contraria, en especial en aquellos casos, en que la pretensión planteada implique junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como la protección del medio ambiente<sup>107</sup>.

Finalmente, cabe destacar que el hecho que se exima al solicitante de rendir la referida caución, no le niega al cautelado su derecho de reclamarle los daños y perjuicios causados a quien solicitó una medida cautelar de forma temeraria o, al juez que de forma oficiosa, ordenó una medida infundada.

## **II.E. EL PLAZO DE VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES**

Tal como se mencionó en el capítulo I del presente trabajo, las medidas cautelares gozan de las características de la temporalidad y provisionalidad, las cuales implican que la duración de una medida no puede exceder el dictado de la sentencia cuya efectividad busca asegurar. Las medidas cautelares ambientales también gozan de dichas características, lo que se corrobora con lo regulado en el inciso 2º del artículo 102-C de la LMA, el cual establece que en la sentencia de mérito debe de haber un pronunciamiento sobre las medidas que se hubieren decretado.

Ahora bien, la cuestión del plazo se complica cuando las mismas se adoptan como acto previo, puesto que su vigencia está supeditada a la interposición de la demanda. La LMA no regula el plazo máximo de interposición de la demanda en dicho supuesto, no obstante, de la lectura del inciso 3º del artículo 102-C de la referida normativa, el cual

---

<sup>107</sup> Sobre el particular, vale mencionar que no ha habido pronunciamiento al respecto por los Juzgados Ambientales, pues, a la fecha dicho punto no ha sido objeto de discusión.

establece que la FGR tiene un plazo máximo de quince días hábiles para iniciar la acción de responsabilidad por daños ambientales una vez se le certifique el expediente de medidas cautelares; podría interpretarse, que el plazo es de quince días hábiles, bajo pena de la caducidad de pleno derecho de las medidas. Sobre esa consecuencia, ya se ha pronunciado la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, estableciendo en la audiencia de apelación del recurso referencia 38-MCAMB-15, del 23 de abril de 2015, lo siguiente: “...Transcurridos los aludidos quince días sin que se inicie proceso ambiental, la medida cautelar caduca de pleno derecho en virtud del carácter provisional inherente a las mismas”.”.

Esa interpretación podría ser cuestionada atendiendo a los derechos colectivos que se tutelan en los procesos ambientales, puesto que, es difícil concebir que la LMA establezca un plazo más corto que el otorgado por el CPCM para este mismo supuesto, sin embargo, considero que un plazo más corto sólo responde a la urgencia que demanda el inicio de la acción de responsabilidad por daños al medio ambiente.

Cabe mencionar que el plazo de duración ha sido uno de los criterios más cambiantes en la jurisprudencia de los juzgados ambientales y que desde su instauración, han optado por desconocer dicho plazo legal, estableciendo plazos de duración más extensos, justificados en la complejidad y necesidad del cumplimiento de medidas innovativas, como si se previera la no interposición de la demanda que prorrogue su vigencia<sup>108</sup>.

Plazos que han sido objeto de reiteradas revocatorias por parte de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro por considerarlos: excesivos, contrarios a la ley y atentatorios a la seguridad jurídica. Tribunal que se decanta por adoptar el plazo

---

<sup>108</sup> “El artículo 102-C inciso 5 de la Ley de Medio Ambiente prescribe que las medidas cautelares están sujetas a *revisión periódica*. El elemento de temporalidad es una de las características de toda medida cautelar. La ley no ha determinado tiempo específico de duración de las medidas cautelares, pero indica que la autoridad judicial valorará siempre, para su imposición, revocación o mantenimiento, la proporcionalidad de éstas y el equilibrio entre los bienes jurídicos que puedan estar en conflicto. En el presente caso, en razón de las recomendaciones del informe del Equipo Multidisciplinario, las medidas innovativas decretadas y la necesidad de monitorear su cumplimiento, el plazo de duración de las medidas cautelares será de cuatro meses.” (AJASS 16-2015-MC, del 29 de julio de 2015.)

establecido en el artículo 444 del CPCM, que es de un mes calendario contado desde la adopción de la medida<sup>109</sup>.

No obstante, vale resaltar que, en jurisprudencia más reciente, el Juzgado Ambiental de San Salvador ha optado por ir reduciendo paulatinamente los plazos de duración de las medidas-generalmente a dos meses-, así como por diferenciar entre un plazo general de duración del expediente y plazos de cumplimiento más cortos para determinadas medidas, últimas las cuales, se agotan con su cumplimiento. Así, el **AJASS 43--2017-MC, del 5 de julio de 2017:**

“El artículo 434 del Código Procesal Civil y Mercantil, legislación supletoria de la Ley del Medio Ambiente, establece que las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro del mes siguiente a su adopción. Sin embargo, en el presente caso, en razón de estar en presencia de intereses colectivos o difusos, no patrimoniales, que reclaman una urgente y efectiva protección, de la cantidad de medidas a imponer, de la complejidad técnica que implicará su cumplimiento y corroboración posterior, así como de la necesidad de su monitoreo, tal plazo resulta insuficiente por lo que su duración será de tres meses contados a partir de la fecha de la presente resolución, aun y cuando para alguna de ellas en concreto pueda disponerse un plazo menor; sin embargo, su cumplimiento deberá iniciarse a partir del día siguiente a su notificación, salvo que en alguna medida en particular se dictaminara fecha de inicio posterior.”

## **II.F. PROCEDIMIENTO CAUTELAR AMBIENTAL SALVADOREÑO**

### **II.F.1 Competencia**

El inciso 1° del artículo 102-C de la LMA sin más, expresa que las medidas cautelares ambientales serán decretadas por el juez ambiental competente. De lo cual se colige, que sólo los jueces con esa competencia objetiva pueden decretar medidas cautelares de esta naturaleza<sup>110</sup>. Ahora bien, para determinar quién de ellos es el competente en cada caso concreto, se tiene que recurrir al CPCM, que en su artículo 449

---

<sup>109</sup> Entre otras, la SCTC 38-MCAMB-15, de 23 de abril de 2015, en la cual se estableció: “..A juicio de esta Cámara, treinta días es un plazo en el que se puede verificar los hechos en que se funda la medida, en atención a su naturaleza y complejidad, dicho plazo resulta ser proporcional, además que la medida cautelar es un instrumento de protección temporal en atención al bien jurídico que se pretende asegurar, pero un plazo de seis meses, sin una adecuada fundamentación, pone en peligro la instrumentalidad y provisionalidad de la medida cautelar, afectando los derechos..” y la SCTC 40-MCAMB-15, del 16 de abril de 2015, en la cual se estableció:“...De la norma transcrita se evidencia que las medidas cautelares cesan de pleno derecho si no se presenta la demanda respectiva en el término de un mes siguiente a su adopción cuando han sido promovidas como acto previo a la demanda –trámite conferido por el Juez A quo-, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de decretarse...”

<sup>110</sup> A la fecha son tres en el territorio nacional, los de las ciudades de San Salvador, Santa Ana y San Miguel.



establece que será el juez que conozca del procedimiento en el cual se han de adoptar las medidas, es decir, del proceso principal.

De ahí, que el juez competente es el juez ambiental que conozca del proceso principal que eventualmente se inicie o que ya esté iniciado, es decir, de conformidad con el referido Decreto de Creación de los Juzgados Ambientales (Decreto Legislativo N° 684) el del lugar donde ha sucedido el daño o, el del domicilio del demandado, atendiendo al criterio general de competencia establecido en el CPCM.

Finalmente, cabe mencionar que de conformidad con el referido decreto legislativo, la Cámara Ambiental de San Salvador tiene competencia nacional para conocer de las medidas cautelares dictadas en los procesos de responsabilidad civil por daños ambientales promovidos en contra de funcionarios públicos en conjunto con el Estado <sup>111</sup>. Asimismo, tiene competencia para dictar medidas cautelares en los procesos que esté conociendo en apelación, de conformidad con el 449 del CPCM.

## **II.F.2 Iniciación**

La iniciación de los procesos cautelares es otro de los puntos más inestables en la jurisprudencia ambiental salvadoreña, puesto que a la fecha, no se ha seguido una tendencia clara. De conformidad con el referido artículo 102-C de la LMA, las medidas cautelares pueden iniciarse a petición de parte o de oficio. Esta potestad oficiosa es una de las características especiales de las medidas cautelares ambientales, la cual se justifica en la naturaleza del derecho colectivo en juego. Para la autora ARCILA SALAZAR refiriéndose a la normativa colombiana, esa potestad es una manifestación del deber constitucional del Estado de proteger el medio ambiente, así como un reflejo de la acción popular de proteger ese bien jurídico<sup>112</sup>. El anterior argumento únicamente es aplicable a El Salvador en cuanto al deber constitucional de proteger el medio ambiente- en ese sentido se pronunciado el Juzgado de San Salvador en su jurisprudencia-no así en cuanto a la acción popular, puesto que no existe una acción como tal regulada en la ley

---

<sup>111</sup> No obstante, cabe mencionar que la competencia de la Cámara Ambiental hasta el día uno de marzo de dos mil diecisiete, fecha de su creación, fue ejercida transitoriamente por la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, de la ciudad de San Salvador.

<sup>112</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit., pág.41.

**(AJASS 37-2017-MC, de 4 de mayo de 2017.)**

“Considera el suscrito juzgador que por la naturaleza de los hechos expuestos el aviso interpuesto motivará el inicio de un expediente de medidas cautelares de manera oficiosa en base al mandato Constitucional contenido en el Art. 117 Cn., el cual establece el deber del Estado de proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, y al derecho de todos los habitantes a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado establecido en el Art. 2 de la Ley del Medio Ambiente”, **aunado a la obligación** establecida en el Art. 42 del referido cuerpo legal de toda persona natural o jurídica y el Estado de evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente, a prevenir, controlar, vigilar y denunciar ante las autoridades competentes la contaminación que pueda perjudicar la salud, la calidad de vida de la población y los ecosistemas.”

A la fecha, la potestad oficiosa se ha ejercido ante el conocimiento de hechos que encajan en los supuestos establecidos en el artículo 102-C de la LMA, sea mediante avisos anónimos, hechos notorios, noticias publicadas en medios de comunicación masiva o incluso, solicitudes de medidas cautelares que no reúnen los requisitos legales para su admisión <sup>113</sup>.

En cuanto a las medidas cautelares a instancia de parte, es pertinente mencionar que las mismas personas legitimadas para intervenir en el eventual proceso principal, de conformidad con el artículo 101 de la LMA, es decir, las perjudicadas directamente por el daño ambiental; y, las instituciones obligadas a demandar por daños ambientales: Estado, Municipios e Instituciones Oficiales Autónomas, son las que tienen la legitimación para solicitar el decreto de medidas cautelares. Asimismo, tienen legitimación las asociaciones ecologistas, a las que jurisprudencialmente los juzgados ambientales les han reconocido sin distinción ni requisito alguno, la legitimación subjetiva de intereses colectivos y difusos en materia ambiental. <sup>114</sup>. Entre otras la

**AJASS 03-PC-2016, de 26 de mayo:**

“En consecuencia, se concluye que la Asociación Ecológica para la Protección y Acción del Medio Ambiente Tierra Verde, que puede abreviarse AEPROTERRA, posee legitimación para ejercer la acción de reparación por daños al medio ambiente.”

A su vez considero que nada imposibilita que el demandado o eventual demandado en el proceso sea quien inste la adopción de medidas cautelares a fin de prevenir los daños

---

<sup>113</sup> Además, podría ejercerse como consecuencia de la certificación del expediente respectivo, remitida por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, en caso de incumplimiento de las medidas preventivas decretas por dicho Ministerio en sede administrativa, de conformidad con el inciso 6º del artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente.

<sup>114</sup> Cabe mencionar que dicha jurisprudencia se quedó corta al no expresar los requisitos que debían de cumplir las Asociaciones a las que se les reconoce la legitimación subjetiva de los intereses colectivos y difusos en materia ambiental.

causados por su propia actividad. Ahora bien, es importante hacer mención de la postura adoptada por los juzgados ambientales ante solicitudes de personas no perjudicadas directamente por el daño ambiental, sino que actúan en defensa del interés colectivo a un medio ambiente sano<sup>115</sup>. En estos casos, no se ha seguido una postura uniforme, pero casi siempre se ha optado por admitir las solicitudes; como lo hizo el Juzgado Ambiental de San Salvador en el caso en que se presentó una solicitud de medidas cautelares por una extracción de arena que afectaba a las personas que querían gozar de la ribera de un río<sup>116</sup>.

Si bien es cierto ese criterio podría encontrar su sustento en argumentos como: a) la flexibilización de la legitimación en materia ambiental; b) la potestad oficiosa del Juez Ambiental y c) la necesidad de certificación del expediente a la FGR; sobre el particular considero, que una solicitud de este tipo, sólo podría constituir un aviso o denuncia. En ese sentido también se han pronunciado los Juzgados Ambientales, como lo hizo el Juzgado de San Salvador en otro caso en que se denunció una extracción de arena en un río<sup>117</sup>.

En cuanto al momento en que pueden adoptarse, tal como lo establece el referido artículo 102-C, las mismas pueden solicitarse como acto previo o en cualquier estado del proceso, es decir, en cualquier instancia en que el proceso se encuentre, lo que se corrobora con lo regulado en el artículo 449 del CPCM, el cual establece que será competente para la adopción de las medidas cautelares, el juez que deba conocer o esté conociendo, en la instancia o recurso, del procedimiento en el que se han de acordar.

### **II.F.3 Solicitud**

El artículo 102-C de la LMA no dice nada sobre los requisitos formales de la solicitud de las medidas cautelares, por lo que debe aplicarse el inciso 2º del artículo 451 del CPCM, el cual establece que la solicitud de medidas cautelares adoptará la forma de

---

<sup>115</sup> Lo cual, aparentemente sólo podría verse justificado si existiera un reconocimiento de una acción popular para iniciar el proceso principal, pero tal como se mencionó dicha acción no se encuentra regulada en la normativa salvadoreña.

<sup>116</sup> “En el presente caso, por la naturaleza de los hechos expuestos, al aviso o denuncia recibida se le dará trámite como expediente de medidas cautelares a petición de parte, sin perjuicio del ulterior inicio de un proceso.” (AJASS 25-2017-MC, del 24 de marzo de 2017.)

<sup>117</sup> “En el presente caso, por la naturaleza de los hechos expuestos y la falta de datos o información para el cumplimiento de los requisitos de una demanda, además de no ser posible el inicio de un proceso declarativo de forma oficiosa, se le dará a la petición la calidad de un aviso que motivará la iniciación oficiosa de un expediente de medidas cautelares, sin perjuicio del ulterior inicio del proceso, en caso fuera procedente.” (AJASS 46-MC-2015, del 14 de diciembre de 2015.)

demanda y se formulará con claridad y precisión, justificándose cumplidamente, la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.

En ese sentido, la solicitud tiene que-en lo que fueren aplicable- cumplir con los requisitos formales exigidos para una demanda, además de justificar la concurrencia de los presupuestos de adopción de la medida cautelar ambiental<sup>118</sup>, con las modulaciones arriba explicadas. Igualmente, cabe mencionar que para decretar una medida cautelar oficiosa, el juez debe contar al menos con aquella información que se podría obtener de la lectura de una solicitud de medidas que cumpla con los requisitos mínimos exigidos.

Ahora bien, en este punto cabe reparar, si en atención al principio de congruencia podría realizarse una petición genérica de adopción de medidas cautelares. Al respecto, considero que por la complejidad técnica de la materia ambiental, el principio de congruencia no debe aplicarse con rigurosidad, estando permitido el hacer una petición general, para que sea el juez que con apoyo técnico, decrete la medida que considere idónea al caso concreto, quien incluso podría, dictar una medida distinta a la pedida.

Es importante mencionar que los juzgados ambientales tampoco han adoptado una postura uniforme en la tramitación de solicitudes que no cumplen con los requisitos formales exigidos por la ley, optando en unos casos por darles el trámite de solicitud- flexibilizando los requisitos exigidos a fin de dar un mayor acceso a la justicia- y en otros, por darles el trámite de avisos o denuncias para dar inicio un expediente oficioso, dentro del cual, se completa la información -en caso de ser necesario- mediante diligencias de corroboración de hechos. Lo cierto es, que por mandato constitucional y de la ley, dichos tribunales no pueden hacer caso omiso de ellas y de advertir la concurrencia de un presupuesto de adopción de medidas cautelares, deben iniciar el respectivo procedimiento cautelar.

---

<sup>118</sup> Para MARTÍNEZ LETONA, la denominación normativa debe de ser demanda y no solicitud, pues la demanda con pretensión cautelar no es una solicitud cualquiera, sino que por el contrario es un acto típico procesal, que evidencia un pedido de tutela jurisdiccional, que afecta derechos del solicitado y cuya pretensión supera a la formulada en un proceso contencioso, puesto que, al ser estimada, excede en oportunidad al momento de expresión de la sentencia del proceso que garantiza.( MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): ob. cit., pág. 110.)

## II.F.4. Tramitación

Primeramente, vale mencionar que conformidad con el inciso 1° del artículo 451 del CPCM - norma supletoria en los procesos ambientales, las medidas cautelares-, se tramitarán en pieza separada que, en ningún caso, suspenderá el curso del proceso principal, lo que corrobora la característica de la instrumentalidad.

En cuanto a su procedimiento, los incisos 2° y 3° del artículo 102-C de la LMA, establecen que cuando la solicitud de medidas se haga como acto previo, el juez deberá ordenar la corroboración de los hechos en que se fundamente la petición, para lo cual podrá hacer los requerimientos técnicos que considere necesario y, si éstos corroboran los extremos planteados en la solicitud, deberá ordenar la “continuidad de las mismas”. De lo anterior, se interpreta que la medida cautelar ambiental debe decretarse de forma inmediata a partir de la información inicial que aporte el solicitante, esto en razón de la gravedad de la situación denunciada y en cumplimiento de los principios de prevención y precaución; siendo la excepción<sup>119</sup>, que deban corroborarse previamente los hechos<sup>120</sup>, en caso de no proporcionar la solicitud la información mínima requerida para la adopción de la medida.

Ahora bien, cabe mencionar que la ley no regula expresamente cual es el procedimiento a seguir para las solicitudes realizadas dentro del proceso, ni para las medidas decretadas de forma oficiosa, por lo que considero, que por analogía podría aplicárseles el mismo procedimiento arriba relacionado <sup>121</sup>.

Asimismo, es de hacer notar que de conformidad con el artículo 453 del CPCM<sup>122</sup>, las medidas cautelares se decretan *inaudita parte*, lo cual se justifica en la urgencia de cautelar el derecho a un medio ambiente sano, así como en la necesidad de actuar antes que el demandado tenga conocimiento de la acción que se instaura en su contra, a fin de evitar

---

<sup>119</sup> Sin embargo, en la práctica forense esto se ha vuelto la regla.

<sup>120</sup> La disposición legal no establece un plazo para el decreto de la medida cautelar, por lo que este sería el establecido en el artículo 453 del Código Procesal Civil y Mercantil, que es de cinco días hábiles, desde la recepción de la solicitud o desde la finalización de la corroboración de hechos según sea el caso.

<sup>121</sup> No obstante, también podría interpretarse que la ley solo exige la corroboración de hechos cuando las medidas sean como acto previo, puesto que, si son dictadas dentro de un proceso, se cuenta con un mayor grado de certeza o conocimiento de los hechos, así como de la concurrencia de los presupuestos para su adopción, derivado de las alegaciones y pruebas aportadas por las partes; lo cual tampoco sería óbice para que de cualquier manera se ordenen diligencias de corroboración.

<sup>122</sup> El artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente no regula la audiencia del cautelado en el procedimiento cautelar.

que este altere la situación real y con ello esquive la medida<sup>123</sup>. En ese sentido, el cautelado únicamente podría ejercer su defensa mediante la apelación del auto que decreta la medida, de conformidad con el inciso final de la referida disposición legal, pero en este caso, la apelación se concedería sin efectos suspensivos, por ende, no sería un obstáculo para la ejecución de la cautelar.

## **II.G. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN**

Finalmente, en cuanto a la modificación o revocación de las medidas cautelares, de conformidad con el inciso 5º del artículo 102-C de la LMA y el 455 del CPCM, cabe mencionar que podría solicitarse si varían las circunstancias que motivaron su adopción, así como si sobrevienen hechos nuevos o de nuevo conocimiento, lo cual tendría que ser dilucidado en una audiencia con la comparecencia de ambas partes. Asimismo, vale mencionar que dicha modificación o revocación podría realizarse de forma oficiosa, puesto que la mencionada disposición legal de la LMA, establece la obligación de revisar periódicamente las medidas adoptadas.

# **CAPITULO III. PROTECCIÓN CAUTELAR AMBIENTAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**

## **III.A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Como lo sostiene TESO GAMELLA la tutela cautelar en el contencioso administrativo encuentra su fundamento en el artículo 24.1 de la CE -que regula el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva-, puesto que, tiene por finalidad asegurar la efectividad de las sentencias que dictan los jueces y tribunales<sup>124</sup>.

En esa misma línea RODRÍGUEZ ARANA sostiene que de la tutela judicial efectiva ha surgido la doctrina de la justicia cautelar, cuya importancia se justifica en la lentitud que caracteriza a la Administración de Justicia<sup>125</sup>, ya que una resolución tardía en

---

<sup>123</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): ob. cit. pág.36.

<sup>124</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág.39

<sup>125</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit. págs. 127-128.

los procesos contencioso-administrativos podría generar daños irreversibles, además de transgredir el artículo 24.2 CE <sup>126</sup>, el cual establece que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones.

Agregando el referido autor que no se trata de desconocer la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos por causa del derecho a una tutela judicial efectiva, sino de establecer una posibilidad razonable de controlar judicialmente la actuación administrativa antes que esta sea consumada<sup>127</sup>, de conformidad con el artículo 106.1 CE, por lo que, las medidas cautelares se presentan como un límite de la potestad de ejecutividad de la Administración<sup>128</sup>.

Al respecto, cabe destacar las relevantes aportaciones doctrinales de GARCIA DE ENTERRÍA a favor de la constitucionalización de la tutela cautelar sobre la base del referido artículo 24. 1 CE, expresando el célebre autor, que dicha constitucionalización es ya un hecho en la justicia administrativa, ello resultado de la práctica judicial y de la potestad que tienen los tribunales ordinarios de aplicar directamente la Constitución, puesto que, los tribunales no tienen nada que inventar, ni tienen que recurrir a soluciones utilizadas en otros ordenamientos, sino que sólo les basta emplear literalmente los propios términos utilizados con intención inequívoca por la mencionada disposición constitucional<sup>129</sup>.

Asimismo, agrega que la necesidad constitucional de imponer medidas cautelares está vinculada no solo a los supuestos de daños irreparables de los intereses que se buscan proteger, sino que también a que la tutela de fondo sea efectiva, por ende, en todo caso en que los derechos e intereses que el proceso tiene por finalidad proteger puedan desaparecer o afectarse gravemente, la adopción de la medida cautelar es constitucionalmente obligatoria<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> *Ídem*, pág. 131.

<sup>127</sup> *Ídem*, pág. 128

<sup>128</sup> *Ídem*, pág. 129

<sup>129</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): ob. cit., pág.312.

<sup>130</sup> *Ídem*, pág. 314

En suma, el fundamento constitucional de las medidas cautelares ambientales en España<sup>131</sup> lo encontramos en el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, por cuanto son instrumentos que aseguran la efectividad de las sentencias que dictan los jueces en los procesos contenciosos administrativos con incidencia ambiental, a favor de los intereses del ambiente. Y es que de no dictarse dichas medidas, las actuaciones administrativas-en virtud de la potestad de autotutela y ejecutividad- se materializarían sin una oportunidad real de ser sometidas a un control judicial efectivo, debido a la tardanza de la Administración de Justicia.

Finalmente, otro fundamento constitucional para el decreto de las medidas cautelares ambientales lo encontramos en el artículo 45 CE, el cual establece el derecho de las personas a disfrutar a un medio ambiente adecuado, así como la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger la calidad de vida y defender y restaurar al medio ambiente. Por tanto, ante la amenaza de un daño ambiental causada por la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad se impugna, se vuelve una obligación para el juez o tribunal el decretar la suspensión del mismo o, cualquier otra medida que sea necesaria para asegurar la efectividad de la eventual sentencia, constituyéndose así dichas medidas, en instrumentos que garantizan el cumplimiento del referido mandato constitucional.

### **III.B. FUNDAMENTO COMUNITARIO**

De conformidad con el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las políticas de la Unión integraran y garantizaran con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente, así como la mejora de su calidad, siendo este, el fundamento para que la Unión Europea garantice la protección del medio ambiente como derecho fundamental.

En ese orden de ideas, en caso que ese derecho sea violado o desconocido, el artículo 47.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece como instrumento de restablecimiento, el derecho fundamental a su tutela judicial efectiva por un

---

<sup>131</sup> Las cuales, por no tener un régimen jurídico especial, hacen referencia a las medidas cautelares en el contencioso administrativo, por ser el orden en el que principalmente se sustancian los casos con incidencia ambiental.



juez imparcial, con el derecho a que la causa sea oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable. En ese mismo sentido, el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea desarrolla el referido derecho fundamental, exhortando a los Estados miembros a que establezcan las vías de recurso que fueran necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

Como colofón de lo anterior, cabe mencionar que el artículo 191 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea establece que la política de la Unión en el ámbito de medio ambiente, se basará en los principios de cautela y de acción preventiva.

En consecuencia, la protección del medio ambiente, el derecho a la tutela judicial efectiva y la aplicación de los principios de cautela y preventiva, constituyen el fundamento comunitario de las medidas cautelares ambientales en el ordenamiento jurídico español, por cuanto son instrumentos instaurados por el Estado, que además de garantizar la efectividad de la tutela judicial del derecho fundamental a la protección ambiental, materializan la aplicación de los referidos principios ambientales.

Finalmente, vale mencionar que como lo afirma BACIGALUPO, tal es la influencia del derecho comunitario en el juez nacional para el otorgamiento de medidas cautelares de protección ambiental, que aún en el caso que el derecho procesal interno no le diera las herramientas necesarias para garantizar en sede cautelar, la primacía y eficacia directa del derecho comunitario en el ámbito nacional, en particular de la tutela judicial efectiva de los derechos-ni para dispensar una tutela cautelar efectiva de los derechos reconocidos por el derecho comunitario a los ciudadanos- éste debe dispensarla de todos modos en razón del derecho comunitario y su papel de juez cautelar comunitario, aunque con ello transgreda el derecho nacional <sup>132</sup>.

### **III.C. FUNDAMENTO INTERNACIONAL**

El fundamento lo encontramos en los principios ambientales contenidos en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo- firmada por España- específicamente los principios 10 y 15. Pero el mayor fundamento internacional de la adopción de medidas cautelares ambientales en España, lo encontramos en el Convenio

---

<sup>132</sup> BACIGALUPO, Mariano (1999): “La nueva tutela cautelar en el contencioso- administrativo (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada en la Ley 29/1998)”, Marcial Pons, Madrid, pág. 71.

internacional de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa sobre “El acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental”, celebrado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio 1998, mejor conocido como Convenio de Aarhus.

Por cuanto, el Convenio establece en su artículo 9.4. referente al “acceso a la justicia”, pilar fundamental para la protección ambiental <sup>133</sup>, que en los procedimientos judiciales y administrativos promovidos por vulneraciones a los derechos establecidos en dicho Convenio o en la legislación ambiental de los Estados contratantes, se deberán de ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular “una orden de reparación”<sup>134</sup> si procede, traducción literal en español de las “injunctive relief” que aparecían en la versión original en inglés del Convenio y, que no son otra cosa que medidas ejecutivas tanto de carácter suspensivo como reparador conducentes en todo caso a asegurar la efectividad de la sentencia, es decir, medidas cautelares.

La anterior interpretación se ve corroborada por pronunciamientos del Comité de Cumplimiento del Convenio, que al hacer referencia a dicha disposición ha sostenido que el convenio obliga a los Estados partes a proporcionar recursos adecuados y eficaces, incluyendo las medidas cautelares, como lo hizo en el caso en el que consideró que el razonamiento adoptado por los tribunales de justicia españoles en los expedientes 487/2005, 539/2006 y 953/ 2007, denegando a un ciudadano- denunciante del incumplimiento del convenio- la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de un proyecto de urbanización, primeramente, por ser la petición demasiado temprana y posteriormente, por ser demasiado tarde, creaba un sistema donde los ciudadanos no pueden obtener ni temprano ni tarde una medida cautelar; concluyendo, que

---

<sup>133</sup>En el convenio se establecen tres pilares fundamentales para la protección del medio ambiente: el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia.

<sup>134</sup> Tal como lo establece DORESTE HERNANDEZ, este término “orden de reparación” es una traducción del término “injunctive relief” que aparecía en la versión original en inglés del Convenio, el cual se refiere a medidas ejecutivas tanto de carácter suspensivo como reparador conducentes en todo caso a asegurar la efectividad de la sentencia. (DORESTE HERNANDEZ, Jaime, (2017):” El Principio de Precaución, Convenio de Aarhus y las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo: comentario de los Autos de 4 de enero y 9 de marzo de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (REC. 276/2015)”, Actualidad Jurídica, N°69, pág. 46.)

aun y cuando dicha medida cautelar estaba en teoría disponible, esto no era cierto en la práctica<sup>135</sup>

### **III.D. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

El artículo 129.1 de la LJCA instituye un sistema innominado o abierto de medidas cautelares que pueden adoptarse, por cuanto establece: “ (...) podrán solicitar...cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.”, es decir, que tal como lo afirma TESO GAMELLA la tipología de medidas cautelares que puede decretarse es ilimitada-admitiéndose inclusive las positivas-, por lo que queda al arbitrio y criterio del juez el otorgar la medida que le sea solicitada, siempre y cuando con su adopción se cumpla con la finalidad de asegurar la efectividad de la correspondiente sentencia<sup>136</sup>. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, como lo hizo en la sentencia 1028/2009, de fecha 11 de febrero de 2009, expresando:

“Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Respecto a esta innominatividad de las medidas cautelares, RODRÍGUEZ ARANA expresa que van acorde a una concepción del contencioso menos revisor y más tendente a conocer de las diversas pretensiones que puedan suscitarse frente a las actuaciones u omisiones de la Administración, quedando así cubiertas con la nueva regulación, las condenas cautelares a la Administración de hacer o no hacer una determinada conducta<sup>137</sup>.

No obstante cabe mencionar que a pesar de ser un sistema abierto, la medida cautelar que sigue teniendo la hegemonía es la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo <sup>138</sup>, lo cual se acentúa respecto de las actuaciones administrativas que tienen incidencia ambiental, por cuanto los efectos irreversibles de su ejecución es lo que más se teme y es que a medida de ejemplo, poco efectiva sería una sentencia que declara la

---

<sup>135</sup> Fallo adoptado el 18 de diciembre de 2009 por el Comité de Cumplimiento, en el caso ACCC/C/2008/24.

<sup>136</sup>TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 106.

<sup>137</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit., pág.142.

<sup>138</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 100.

ilegalidad de una autorización para la elaboración de un proyecto, si el mismo ya se ejecutó y sus efectos fueren irreversibles. De ahí que TESO GAMELA establezca: “En este sentido las medidas cautelares, y concretamente la suspensión de la ejecución de una obra de la concesión de una licencia o del ejercicio de una actividad, puede resultar el instrumento más eficaz para evitar la consumación de un atentado contra el medio ambiente”<sup>139</sup>.

En cuanto a las medidas positivas, como sostiene BACIGALUPO implican que la Administración realice una conducta con carácter provisional, la cual puede ser positiva u omisiva, a medida ejemplo, la cesación de una actuación material que limite derechos; el otorgamiento de una prestación; el dictado provisional de un acto favorable; entre otras; en resumen, cuando no se ejercita una acción anulatoria, sino de condena o prestacional, es decir, cuando el recurso contencioso administrativo se dirige contra: una denegación-expresa o presunta-; la inactividad material de la Administración; o, la vía de hecho administrativa<sup>140</sup>.

Cabe destacar la trascendencia de este tipo de medidas cautelares en el ámbito ambiental, pues, por su amplia casuística, habrán veces que la suspensión del acto reclamado será ineficaz para garantizar la efectividad de una eventual sentencia, principalmente cuando lo que se demanda es la prevención del acaecimiento o agravación de un daño ambiental causado por la pasividad de la Administración y, por consiguiente, se pretende que la Administración realice una conducta.

Finalmente, respecto a las clases de medidas que pueden dictarse en el contencioso administrativo, vale mencionar que GIL IBAÑEZ las clasifica en medidas de aseguramiento, de conservación y satisfactivas, últimas que constituyen un supuesto de medidas “positivas”<sup>141</sup>.

### **III.E. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN**

De conformidad con el artículo 130 de la LJCA, para poder dictar medidas cautelares deben de concurrir dos presupuestos: a) el peligro de la demora y b) la ponderación de los intereses en juego.

---

<sup>139</sup> *Ídem*, pág. 293.

<sup>140</sup> BACIGALUPO, Mariano, (1999): ob. cit. pág. 25.

<sup>141</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., págs.15-16.

En ese sentido, es que TESO GAMELLA establece que los referidos presupuestos pueden ser examinados desde dos puntos de vista, el primero, desde un punto de vista positivo, puesto que la ley exige que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder la finalidad legítima del recurso y, el segundo, desde un punto de vista negativo, puesto que la misma ley exige que con la adopción de medidas cautelares no se perturbe gravemente el interés general o de terceros<sup>142</sup>.

### **III.E.1. Peligro de la demora**

Respecto al presupuesto del peligro de la demora, el autor GIL IBAÑEZ dice que tal como se aprecia en la regulación vigente, es el criterio fundamental en que se debe basar la adopción de la medida cautelar, agregando que el peligro no puede ser cualquiera, sino sólo el que impida la efectividad de la sentencia o, dicho en otras palabras, el que haga perder la finalidad del recurso<sup>143</sup>. Agregando que debe entenderse que el recurso ha perdido su finalidad cuando las cosas no puedan ser devueltas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto administrativo<sup>144</sup>.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia 5066/2009, de fecha 23 de julio de 2009, expresando:

“Al margen de lo anterior, los recursos de casación tampoco podrían prosperar desde una perspectiva sustantiva, pues pretenden contradecir la jurisprudencia consolidada de esta Sala del Tribunal Supremo que, con carácter general, otorga preeminencia en la adopción de las medidas cautelares al riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso contencioso por la demora del proceso ( *periculum in mora* ), tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 130.1 LRJCA (sentencias de 22 de mayo de 2007 -RC 10708 / 2004-; 23 de enero, 18 y 23 de diciembre de 2008 -RC 7620 / 2005, 3743/2007 y 3854/2007 -)”.

Así como el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el auto de fecha 4 de enero de 2017, estableciendo:

“ El “*periculum in mora*”, conforme al artículo 130.1: “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Este precepto consagra el llamado *periculum in mora* como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, -nuevo parámetro esencial para la adopción de la medida cautelar-, no se agota, en la fórmula clásica de irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación

---

<sup>142</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág.57.

<sup>143</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., págs.36-37.

<sup>144</sup> *Ídem*, pág. 38.

puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso” .

En esa misma línea se ha pronunciado RODRÍGUEZ-ARANA quien establece que las medidas cautelares se fundamentan en el *periculum in mora*, ahora bajo la etiqueta de la irreversibilidad o pérdida de la finalidad legítima del recurso<sup>145</sup>. En igual sentido TESO GAMELLA dice que se podrá adoptar la medida cuando con la ejecución del acto administrativo se haga perder la finalidad del recurso<sup>146</sup>, lo cual a su vez se vincula a la irreversibilidad de la situación creada con la respectiva ejecución<sup>147</sup>. Por ende, podemos colegir, que en vista del carácter de irreversible o de difícil reparación que gozan los daños ambientales, este presupuesto estaría presente sino en todos, en la mayoría de los procesos contenciosos administrativos con incidencia ambiental.

Finalmente, respecto a este presupuesto cabe mencionar que GIL IBAÑEZ alude que en la doctrina hay dos concepciones que se encuentran enfrentadas. La concepción tradicional, que constriñe este presupuesto únicamente al peligro de la frustración de la efectiva ejecución de una eventual sentencia, como consecuencia de la realización de actuaciones durante la tramitación del proceso. Y la segunda, que es una concepción más amplia, la cual no sólo se limita al riesgo causado por la duración del proceso y, las actuaciones que en ese lapso el demandado pudiere realizar, sino que además, abarca la necesidad de una tutela rápida, avalando las medidas cautelares que permiten adelantar la plena protección del derecho del demandante y se quedan a la espera, de ser legitimadas por la sentencia respectiva. Según el referido autor, en el contencioso administrativo español predomina la primera doctrina y únicamente en circunstancias excepcionales es que se adopta la segunda, caso en el cual, debe de tomarse en cuenta además el presupuesto de la apariencia de buen derecho, no obstante no estar regulado en la ley<sup>148</sup>.

### **III.E.2. Proporcionalidad**

---

<sup>145</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit., pág.132.

<sup>146</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., págs. 61-62.

<sup>147</sup> *Ídem*, pág. 69.

<sup>148</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit..., págs.37-38.

### III.E.2.a. Proporcionalidad en sentido estricto

El otro presupuesto que debe concurrir para la adopción de la medida cautelar, es que con la adopción de la misma no se cause un “grave” perjuicio a los intereses generales o de terceros, de ahí la necesidad de ponderar los intereses en juego. No obstante, previo a entrar al análisis de este presupuesto, cabe analizar el presupuesto de la proporcionalidad. Lo anterior, por estar íntimamente relacionados y ser el primero (ponderación de los intereses en juego) un subgénero del segundo (proporcionalidad).

En cuanto al presupuesto de la proporcionalidad, vale mencionar que no se encuentra regulado expresamente en la ley en lo referente a la adopción de las medidas cautelares, como si lo está en lo referente a la contracautela, estableciendo en el artículo 133 número 1. de la LJCA, que podrán acordarse las medidas que sean “adecuadas” para evitar o paliar los perjuicios que puedan derivarse de la adopción de la medida cautelar.

Al respecto TESO GAMELLA menciona que el principio de proporcionalidad es de aplicación al proceso contencioso administrativo español, sea por encontrarse implícito en la ley o, por aplicación supletoria de la LEC, el cual se refiere a las “medidas necesarias” en el artículo 721. 1 y a las “medidas menos gravosas o perjudiciales para el demandado” en el artículo 726.1. 2º, por cuanto, este presupuesto debe de ser tenido en cuenta tanto para su adopción como para su denegación, exigiendo siempre, una correspondencia o adecuación entre la medida cautelar solicitada y la finalidad de asegurar que la eventual sentencia sea efectiva, lo cual a su vez, se justifica en la instrumentalidad de la medida<sup>149</sup>.

### III.E.2.b. Ponderación de los intereses en juego

Respecto de este presupuesto, RODRÍGUEZ-ARANA expresa que la ponderación de los intereses generales o de terceros debe realizarse como un parámetro y contrapeso del peligro de la demora<sup>150</sup>, haciendo énfasis en que la nueva regulación no parte de la prevalencia del interés público, sino de la necesidad de ponderar todos los intereses en

---

<sup>149</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., págs. 88-89.

<sup>150</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit. pág. 132.

conflicto, incluso los de terceros particulares, a fin que una vez comparados, el juez o tribunal decida sobre la procedencia o no, de la adopción de la medida cautelar<sup>151</sup>.

Sobre el particular, TESO GAMELLA dice lo siguiente: “Esta operación valorativa de ponderación consiste en calcular cuidadosamente y en detalle todos los intereses que resultan afectados”<sup>152</sup>. Asimismo, menciona que esa ponderación debe de ser circunstanciada, es decir, se tiene que analizar caso por caso y sus respectivas particularidades, pretendiendo evitar que la resolución judicial, sea una resolución abstracta y completamente desconectada del caso concreto<sup>153</sup>.

Cabe mencionar que este presupuesto no está libre de cuestionamientos por la doctrina, ya que se dice que el perjuicio del interés general o de terceros no es una justificante para que un recurso contencioso administrativo pierda su finalidad en caso ser estimado, sobre este punto, BRIONES GONZÁLEZ cita al autor GARCÍA DE ENTERÍA quien sobre tal presupuesto dice: “es una peligrosa llamada a la arbitrariedad que el artículo 9.3 de la Constitución erradica resueltamente del sistema”<sup>154</sup>.

Ahora bien, tenemos que hacer énfasis que esta valoración adquiere un mayor grado de complejidad en un proceso con incidencia ambiental, puesto que, si bien es cierto la protección del medio ambiente es de interés general, la adopción de una medida cautelar ambiental como la suspensión de una obra o proyecto, implicaría en la mayoría de los casos, una afectación grave a los intereses socioeconómicos y políticos de un país.

Sobre la pluralidad de estos intereses concurrentes TESO GAMELLA establece: “(...) Ciertamente existe un interés público evidente en la protección y defensa del medio ambiente, pero también está latente un interés público indudable que demanda la realización de la obra o los trabajos concretos, la mejora del tendido eléctrico (...) Tensión entre el progreso y el medio ambiente que ha de apostar por no renunciar al primero, pero sin sacrificio del segundo...”<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> *Ídem* pág. 142.

<sup>152</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 70.

<sup>153</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 75.

<sup>154</sup> BRIONES GONZÁLEZ, José (2012): ob. cit., pág. 21.

<sup>155</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 299.



Además agrega lo siguiente: “De manera que la circunstanciada valoración de los intereses debe tomar en cuenta todas las circunstancias que revelen la intensidad con la que demanda el interés de protección del medio ambiente la suspensión, o la adopción de una medida de carácter positivo de protección; o si, por el contrario este interés se manifiesta de forma tenue porque el impacto ambiental no es significativo en relación con los demás intereses públicos o privados en conflicto que aconsejan, la ejecución de la obra proyectada...”.<sup>156</sup> Es decir, que para dicha autora esta pugna debe de ser resuelta a la luz del principio de desarrollo sostenible, así como valorando el beneficio que se dejaría de percibir con la ejecución de la actividad, obra o proyecto, en caso que el impacto ambiental no sea significativo.

Al respecto, la jurisprudencia española ha establecido que la protección del medio ambiente representa un interés público prevalente<sup>157</sup>. En ese mismo sentido JORDANO FRAGA expresa que la constitucionalización de la protección del medio ambiente y la evidente moda, ha hecho frecuente que se alegue la afectación del medio ambiente para que se ordene la suspensión del acto reclamado, maniobras ante las cuales, se ha mostrado implacable el Tribunal Supremo; no obstante señala, que cuando sí existe un interés público relevante y digno de protección, dicho tribunal ha proclamado la prevalencia del referido interés en el proceso cautelar, ya que el mismo unido a la presunción de eficacia y validez del acto administrativo, determinan su ejecutividad<sup>158</sup>.

Ejemplo de esta jurisprudencia en la que se ha adoptado el referido criterio podemos citar la sentencia 1028/2009, de fecha 11 de febrero de 2009, dictada por el Tribunal Supremo Español, en un caso en el que se desestimó la casación de resoluciones en las cuales se rechazó la adopción de la medida cautelar consistente en suspender la

---

<sup>156</sup> *Ídem*, pág. 302

<sup>157</sup> En ese sentido, TESO GAMELLA, establece: “(...) Además debido a la creciente importancia de la materia medio ambiental la jurisprudencia del tribunal supremo entiende que el mismo representa un “interés público prevalente” que se impone sobre otros intereses también públicos como lo son los que se refieren al desarrollo urbanístico que pasan a un segundo plano, por ser considerados intereses no predominantes.”( TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., págs. 293, 297.)

<sup>158</sup> JORDANO FRAGA, Jesús (1998): “El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS”, Revista de Administración Pública, N° 145, pág. 177.

ejecución de un acto administrativo en el que se declaró ilegalizable la construcción de una vivienda unifamiliar en suelo rústico protegido, por lo que se ordenó su demolición:

“Desde esta perspectiva, pues, relativa a la prevalencia de los intereses generales (que se concentran en la protección medioambiental expresada) frente a los intereses particulares o intereses de terceros que se invocan, la valoración efectuada por la Sala de instancia se nos presenta como sólida jurídicamente e impecable en su argumentación. Efectivamente, teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y ---en su caso--- resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, consideramos más atendible la protección de la zona de referencia que el mantenimiento de la vivienda levantada, razón por la que es nuestro parecer que, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional (ni en el 130.1) al denegar la medida cautelar suspensiva interesada.”

Así como la sentencia 5066/2009, de fecha 23 de julio de 2009, dictada por el Tribunal Supremo Español, en un caso en que se desestimó la casación de las resoluciones en las que se adoptó como medida cautelar la suspensión de un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gádor (Almería) de 2 de enero de 2007, que consideró aprobado por silencio administrativo el Plan Parcial del Sector GA-7 (antiguo GA-10) de las NN.SS municipales de Planeamiento y, ordenó la publicación de su normativa y ordenanzas (BOP de Almería de 09/01/2007):

“Así mismo, ha de primar, en la ponderación de los intereses en conflicto, el público representado en la protección del medio ambiente y en la defensa de un desarrollo sostenible, sobre el económico de una nueva urbanización residencial de iniciativa privada, como ya indicamos en las recientes sentencias de 30 de marzo de 2009 -RC 790/2008- y 18 de diciembre de 2008 -RC 3743/2007 -, entre otras. Más aún en los casos como éste- en los que la parte que pide la suspensión cautelar es precisamente la Administración pública supramunicipal encargada de tutelar el cumplimiento de la legalidad medioambiental y urbanística (sentencia de 18 de julio de 2002 -RC 7593/2000 -). En el caso ahora examinado, frente al riesgo de destrucción irreparable de valores medioambientales, de calidad urbana y de sostenibilidad, esgrimido por la Junta de Andalucía para solicitar la suspensión cautelar, en los recursos de casación no se concreta ni justifica la existencia de otro interés prevalente, municipal o particular, que obligue a ejecutar el mentado Plan Parcial antes de la finalización del litigio...”

Además, la sentencia 5350/2010, de fecha 20 de octubre de 2010, dictada por el Tribunal Supremo Español, en un caso en el que se desestimó la casación de una resolución que denegó la medida cautelar consistente, en la suspensión de la ejecutividad de la orden de mantenimiento de paralización provisional del empleo de explosivos en la cantera de piedra para escollera y mampostería en el término de Salobreña (Granada):

“Pues bien, no advertimos que el criterio contrario a la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado y en suma, la ponderación de los intereses concurrentes realizada por la Sala infrinja lo dispuesto

en el artículo 130 de la Ley reguladora de la Jurisdicción. Asiste la razón a la recurrente cuando sostiene que la resolución impugnada le impide el desarrollo de su actividad económico empresarial e implica la pérdida de oportunidades de negocio, pero es cierto que concurre en este caso un intenso interés general susceptible de protección, cual es el medio ambiente que podría resultar irreversiblemente dañado en el caso de que se utilizaran los explosivos que pudieran afectar a zonas que no cuentan con la oportuna declaración de impacto ambiental ni con plan de restauración aprobado. De manera que la irreparabilidad del perjuicio tendría su origen en la propia naturaleza de la actuación suspendida, dado que no sería posible retrotraer -en caso de extralimitación- las variables medioambientales afectadas. Consideramos pues, que la ponderación de los intereses concurrentes realizada por el tribunal de instancia no resulta contraria a los parámetros establecidos en el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional. Entiende la Sala que en el conflicto de los intereses analizado ha de darse preferencia, por la razón expuesta, a los generales frente a los de índole particular, conclusión que, como hemos adelantado, entendemos ajustada a las prescripciones legales y a la jurisprudencia aplicable, en cuanto subyace en este caso un intenso interés general en la protección eficaz del medio ambiente, valor prevalente según ha declarado la Sala en otras ocasiones (Auto de 21 de mayo de 1989 ) al que responden los autos impugnados. En fin, atendiendo a los datos obrantes en autos, cabe entender que la interpretación impugnada es ajustada a los criterios legales, en la medida que la prohibición del uso de explosivos deriva de la ausencia de la correspondiente declaración de impacto ambiental, en relación con cierta superficie de la concesión minera, cuestión esta que es objeto de controversia en sede jurisdiccional, a la que corresponde adoptar el pronunciamiento y la decisión definitiva.”

No obstante, vale aclarar que según expresa el autor JORDANO FRAGA, esta línea jurisprudencial ha sido sujeta de puntos de inflexión, consecuencia de las reglas generales establecidas para las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y, del extremado casuismo propio de la materia, por tanto, atendiendo a su especialidad, propone el establecimiento de reglas propias de la justicia cautelar ambiental, así como se consigne de forma expresa en la normativa, cuáles son las situaciones de prevalencia<sup>159</sup>.

En este punto cabe indicar que la jurisprudencia española también ha establecido como regla general, que los intereses ambientales tienen prevalencia sobre otros intereses en juego en base al principio de precaución. Como ejemplo de esa jurisprudencia se encuentra la sentencia 5432/2012, de fecha 16 de julio de 2012, dictada por el Tribunal Supremo Español, en un caso en el cual se desestimó la casación de resoluciones que ordenaron como medida cautelar, la suspensión del acuerdo de homologación del planeamiento (Ley valenciana 10/2004, de 9 de diciembre de suelo no urbanizable) para la explotación de canteras en suelo no urbanizable de Llombai (Valencia), casación en la que el recurrente alegó, la inexistencia de prueba del peligro de la demora; y. en la que el tribunal estimó como suficiente, la situación de riesgo creada en base al principio precautorio:

---

<sup>159</sup> *Ídem*, pág. 198.

“En materia de protección del medio ambiente se ha superado el Derecho reactivo, que hace frente a los daños que ya se han producido (" quien contamina paga ") y se ha pasado a un Derecho que haga frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (" principio de prevención "), o a un Derecho que prevea y evite amenazas de daños desconocidos o inciertos (" principio de precaución "). En este caso la prevención de riesgo medioambiental justifica la medida cautelar adoptada. El monte de "El Tello ", tiene un gran valor potencial como espacio verde cercano a la localidad y presenta una cubierta vegetal arbustiva en la que aún existe pinar que ha resistido el paso de los incendios forestales y está habitado por especies de fauna típica de matorral, así como otras que son propias del medio agrícola. El inicio de la actividad de cantera, que posibilita el acuerdo impugnado, supondría un riesgo de alteración del medio, del paisaje del entorno y de la orografía suficiente en el momento actual para adoptar la medida que se ha acordado, por lo que se desestiman los alegatos formulados sobre la inexistencia de prueba de un "periculum in mora ".

Así como el antes citado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 4 del enero de 2017, el cual ha sido comentado en un artículo por DORESTE HERNANDEZ, quien señala, que en el mismo se invoca al principio de precaución como fenómeno fundamental para inclinar la ponderación de intereses públicos concurrentes, a favor de la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución de obras de construcción e instalación de una línea de transporte<sup>160</sup>.

Asimismo, vale mencionar que en el referido artículo, el autor además señala, que se ha creado una línea jurisprudencial que hace prevalecer los intereses medio ambientales sobre los intereses individuales, aludiendo una primacía de los intereses de la protección de los recursos naturales, dada su fragilidad y carácter irreversible en caso de resultar dañado<sup>161</sup>.

Dentro de esta línea jurisprudencial se encuentra el auto 355/2007, de fecha 24 de julio de 2007, dictado por el Tribunal Constitucional Español, que dice:

“Existe ya una doctrina muy amplia y reiterada de este Tribunal Constitucional en relación con la decisión a adoptar en los incidentes de levantamiento o mantenimiento de la suspensión previamente acordada cuando, como en este caso, entre los intereses, públicos y privados concernidos se encuentran los específicamente medioambientales. En relación con ello procede recordar aquí lo que ya dijimos en el ATC 252/2001, de 18 de septiembre, cuyo fundamento jurídico 3 señala, recogiendo doctrina anterior, lo siguiente: “En nuestro ATC 287/1999 manifestamos que “existe ya una doctrina muy amplia y reiterada de este Tribunal en relación con la decisión a adoptar en los incidentes de levantamiento o mantenimiento de la suspensión previamente acordada, cuando, como en este caso, entre los intereses públicos y privados concernidos se

---

<sup>160</sup> DORESTE HERNANDEZ, Jaime, (2017):” El Principio de Precaución, Convenio de Aarhus y las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo: comentario de los Autos de 4 de enero y 9 de marzo de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (REC. 276/2015)”, Actualidad Jurídica, N°69, págs.44-45.

<sup>161</sup> *Ídem*, pág. 47.

encuentran los específicamente medioambientales”, precisando a continuación que, según dicha doctrina, “no cabe derivar de la Constitución la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual (ATC 101/1993, FJ 2) y concluye pronunciándose de forma jurídicamente generalizada a favor de la primacía de la protección de los recursos biológicos naturales, dada su fragilidad y la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación de los mismos (ATC 674/1984, 1270/1988, 101/1993, 243/1993, 46/1994 y 225/1995, entre otros)” (ATC 287/1999, FJ 3).”

Así como el auto 287/1999, de fecha 30 de noviembre 1999, dictado por el Tribunal Constitucional, que dice:

“Existe ya una doctrina muy amplia y reiterada de este Tribunal en relación con la decisión a adoptar en los incidentes de levantamiento o mantenimiento de la suspensión previamente acordada, cuando, como en este caso, entre los intereses públicos y privados concernidos se encuentran los específicamente medioambientales o de naturaleza conservacionista. Esta doctrina parte de la premisa de que "no cabe derivar de la Constitución la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual" (ATC 101/1993, fundamento jurídico 2.º) y concluye pronunciándose de forma prácticamente generalizada a favor de la primacía de la protección de los recursos biológicos naturales, dada su fragilidad y la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación de los mismos (AATC 674/1984, 1.270/1988, 101/1993, 243/1993, 46/1994 y 222/1995, entre otros).”

Y el auto 222/1995, de fecha 18 de julio de 1995, dictado por el Tribunal Constitucional Español que dice:

“De la ponderación de los intereses en conflicto, públicos y privados, señalados por una y otra parte, debe prevalecer en el presente supuesto el encaminado a la protección de los ecosistemas marítimo y terrestre y los recursos naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, pues los perjuicios que para éstos se derivan del mantenimiento de la suspensión durante la sustanciación de este proceso pueden resultar irreparables o de muy difícil reparación, según se razona en los informes técnicos que aporta el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, al tratarse de un ecosistema muy frágil y de recursos por si mismos no renovables. Es indudable que los preceptos impugnados, tal y como evidencia la conexión de sus contenidos, responden la finalidad de compatibilizar la conservación del ecosistema y de sus recursos naturales con el aprovechamiento sostenido de los recursos pesqueros, por lo que dada su incidencia en los aspectos ecológicos indicados, la vigencia de los mismos asegura, prima facie, una mayor protección de los recursos naturales, fauna y riqueza biológica de la zona, cuestión que posee, según hemos tenido ocasión de señalar en supuestos similares, una innegable dimensión propia del interés general (AATC 29/1990, 101/1993, 243/1993, 46/1994).”

En la misma línea de esa jurisprudencia, TESO GAMELA establece: ”En todo caso, la valoración de los intereses en conflicto ha de otorgar especial relevancia al carácter reversible o no de los perjuicios que se puedan ocasionar al medio ambiente, atendiendo a la relevancia medio ambiental del peligro...”<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 300.

Ahora bien, DORESTE HERNANDEZ también expresa en su comentado artículo, que la jurisprudencia española ha establecido una excepción a la prevalencia de los intereses ambientales, siendo ésta la transgresión de intereses públicos o privados de carácter patrimonial, cuando por su lesión se afecte gravemente un sector económico fundamental para la economía del país, acarreando perjuicios económicos de muy difícil reparación.<sup>163</sup>

Ejemplo de esa jurisprudencia tenemos el ya citado auto 355/2007, de fecha 24 de julio de 2007, dictado por el Tribunal Constitucional Español que al respecto dice:

“Sin embargo, en el mismo Auto también señalamos que “como excepción a esta doctrina, sólo hemos admitido la subordinación de los intereses conservacionistas a otros intereses públicos o privados de carácter patrimonial cuando la lesión de éstos suponga afectar a un sector económico de manera directa e inmediata..., fundamental para la economía de la Nación... con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación (ATC 890/1986, FJ 2), o bien cuando la aplicación de las medidas controvertidas fueran susceptibles de provocar gravísimos efectos perjudiciales (ATC 29/1990, FJ 3, que reitera el anterior)(ATC 287/1999, FJ 4)”.

Así como el citado auto 287/1999, de fecha 30 de noviembre 1999, dictado por el Tribunal Constitucional Español, que en lo pertinente dice:

“Como excepción a esta doctrina, sólo hemos admitido la subordinación de los intereses conservacionistas a otros intereses públicos o privados de carácter patrimonial cuando la lesión de éstos suponga afectar a un sector económico "de manera directa e inmediata..., fundamental para la economía de la Nación... con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación" (ATC 890/1986, fundamento jurídico 2.º), o bien cuando la aplicación de las medidas controvertidas fueran susceptibles "de provocar inmediatamente gravísimos efectos perjudiciales" (ATC 29/1990, fundamento jurídico 3.º, que reitera el anterior), puesto que ya en la STC 64/1982, fundamento jurídico 6.º, dijimos que "si bien... la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición de las actividades extractivas... en una amplia serie de espacios".

Y el auto 252/2001, de fecha 18 de septiembre de 2001, dictado por el Tribunal Constitucional Español que dice:

“Sin embargo, en el mismo Auto también señalamos que "como excepción a esta doctrina, sólo hemos admitido la subordinación de los intereses conservacionistas a otros intereses públicos o privados de carácter patrimonial cuando la lesión de éstos suponga afectar a un sector económico de manera directa e inmediata..., fundamental para la economía de la Nación... con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación (ATC 890/1986, FJ 2), o bien cuando la aplicación de las medidas controvertidas fueran susceptibles de provocar gravísimos efectos perjudiciales (ATC 29/1990, FJ 3, que reitera el anterior)" (ATC 287/1999, FJ 3).”

---

<sup>163</sup> DORESTE HERNANDEZ, Jaime, (2017): ob. cit., pág. 47

En este punto, además es importante hacer mención del principio pronatura introducido por la jurisprudencia-específicamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010- para inclinar el fallo hacia la suspensión de un proyecto, cuando falte la evaluación de impacto ambiental, independientemente si esta es exigida o no por la ley<sup>164</sup>.

Así, en la emblemática sentencia se estableció lo siguiente:

“...Mas, aun siendo ello cierto, sin embargo, tal ausencia de evaluación no es un dato baladí, neutro o irrelevante para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pues es, justamente, la ausencia de tal evaluación ---con independencia, ahora, de su exigencia legal--- la que nos permite ser mas exigente con la protección medioambiental; esto es, la ausencia de evaluación (que hubiera permitido concretar ---y posiblemente minimizar--- los daños que pudieran producirse por las obras de desmonte y taluzado de unos terrenos agrícolas), y la duda que la inexistencia de tal técnica de control medioambiental nos deja, es, sin duda, un dato que nos permite, en la confrontación de intereses en conflicto que realizamos, potenciar la importancia de los intereses medioambientales. Con independencia de su exigencia legal, lo cierto es que la realización de algún tipo de control de los valores de dicha índole existentes en la zona hubiera permitido una mejor comprensión de los mismos, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que, tanto la Administración local en cuyo término municipal se ubican los terrenos a transformar con carácter definitivo, como la Administración autonómica asturiana, en sus respectivos informes, dejaban constancia de la conveniencia de la preservación de los intereses medioambientales detectados en la zona. Tal evaluación --- desde la perspectiva de la conveniencia y prudencia medioambiental--- se nos presenta, a la vista de los informes con los que hemos contado, como un elemento que debemos situar en el terreno de la lógica y la racionalidad....Pues bien, como hemos expuesto, la existencia de tales datos, contrastados y variados, nos mueven de forma irremisible a adoptar la medida cautelar solicitada, al no contar, como elemento de contraste, con una evaluación medioambiental de la zona, la cual, si bien ahora no podemos pronunciarnos sobre su procedencia legal, sí que nos permite valorar de forma prevalente los intereses medioambientales a los que se hace referencia desde distintas perspectivas, y que podían haber sido desvirtuados con la previa realización de la misma; ante tal situación, la irreversibilidad de las obras a realizar nos conduce a tal decisión.”

Finalmente, sobre la ponderación de los intereses ambientales en la adopción de medidas cautelares, RAZQUIN LIZARRAGA alude que puede ser argumentada tanto en la

---

<sup>164</sup> Esta Sentencia del Tribunal Supremo ha sido objeto de un comentario por PEÑALVER I CABRE, Alexandre, “ Notas de jurisprudencia Contenciosa-Administrativa”, Revista de Administración Pública, N°184, 2011, pág.192.

solicitud del recurrente, como en la oposición de la Administración<sup>165</sup>;asimismo concluye, que de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español pueden extraerse como criterios generales para la adopción de medidas cautelares ambientales, los siguientes: a) la primacía del interés público medio ambiental, en particular su preeminencia sobre el interés urbanístico y b) la prevalencia del interés público ambiental sobre el interés privado, teniendo en cuenta la difícil o imposible reparación de los daños ambientales, entre otros.

Pero sigue diciendo el referido autor, que al no existir una solución general para todos los casos- ya que dichos criterios son sujetos de excepción- siempre se exige la valoración de los intereses en juego<sup>166</sup>. Prueba de ello, es que alude la posibilidad de denegar medidas cautelares por la preponderancia de otros intereses públicos, haciendo alusión a proyectos de construcción de centros penitenciarios, cuya paralización, supondría un daño grave a los intereses generales<sup>167</sup>.

### **III.E.3. Apariencia de buen derecho**

Es discutido si debe tomarse en cuenta el presupuesto de apariencia de buen derecho al adoptarse una medida cautelar, el cual como se mencionó anteriormente, no está regulado por la ley. Al respecto, hay posturas que dicen que al no estar regulado, además de los riesgos de prejuzgamiento que implica su valoración, hay que prescindir completamente de este presupuesto; pero en contraposición, hay autores que sostienen que el mismo no debe de ser marginado, dentro de estos CHINCHILLA MARÍN, autor citado por GIL IBÁÑEZ, quien sostiene que en una decisión tan compleja como la adopción de medidas cautelares, se requiere tomar en cuenta todos los elementos de juicio que sean posibles.<sup>168</sup>.

De cualquier manera, como indica RODRIGUEZ ARANA, este presupuesto ha sido mantenido por la jurisprudencia<sup>169</sup>. Agregando sobre el particular, que se decanta por estar a los criterios establecidos en la ley, pero no se opone a que dicho presupuesto sea

---

<sup>165</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2010): “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo respecto del medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista Aranzadi Doctrinal, Junio N° 3, pág.52.

<sup>166</sup> *Ídem*, págs. 57-58.

<sup>167</sup> *Ídem*, págs. 56-57.

<sup>168</sup> GIL IBÁÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., pág.41.

<sup>169</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit., pág.143.



tomado en cuenta en los casos en que la ilegalidad o apariencia sea evidente, a medida de ejemplo, actos dictados al amparo de una disposición general nula o actos iguales a otros previamente anulados, entre otros, mismo sentido en que se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español<sup>170</sup>.

Dentro de la mencionada jurisprudencia encontramos la sentencia 5793/2001, de fecha 18 de mayo de 2004, en la cual se estableció:

“Por otro lado, es conveniente referir la doctrina de esta sala del Tribunal Supremo en materia de medidas cautelares, que conforme a la sentencia de 16 de julio de 2002 y autos de 10 de noviembre de 2004, 19 de septiembre de 2003, es la siguiente: “ QUINTO.-... La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos: La apariencia de buen derecho ( *fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos ( nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997 de actos dictados en su cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...)al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito ( AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)”...”

---

<sup>170</sup> *Ídem*, pág. 144.

Sobre este punto se ha pronunciado TESO GAMELLA, quien considera que la apariencia de buen derecho ha quedado reducida a la escala de aplicación del carácter supletorio de la LEC. Agregando dicha autora que la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada después de la vigencia de la LJCA de 1998, ha hecho una aplicación tímida de la doctrina de la apariencia de buen derecho, advirtiendo dicho tribunal, los riesgos de aplicar este criterio y la prudencia que debe mediar en su aplicación<sup>171</sup>.

Finalmente cabe hacer notar que estos presupuestos de adopción de medidas cautelares en el contencioso administrativo sufren variaciones cuando nos encontramos ante la inactividad o vía de hecho de la Administración Pública, puesto que, tal como lo sostiene RODRÍGUEZ ARANA, existe un presupuesto favorable para su dictado, siendo el único impedimento, si se tiene la certeza que con la adopción de la medida, se generan graves daños al interés general o de terceros<sup>172</sup>.

#### **III.E.4. Caución**

El artículo 133 de la LJCA establece la posibilidad de exigir fianza para garantizar los perjuicios que pudieren derivarse de la adopción de las medidas cautelares. El mayor problema de esta fianza en los procesos con incidencia ambiental, lo constituye los altos costes de la misma, puesto que, suponen un obstáculo material del acceso a la justicia ambiental. Y es que no tiene ninguna utilidad el establecimiento de medidas cautelares ambientales, si las mismas están supeditadas a cantidades de dinero inalcanzables para los solicitantes<sup>173</sup>.

Al respecto, cabe resaltar que de la lectura de la referida disposición legal, se colige que la imposición de la fianza no es imperativa, pues, dicha norma utiliza la palabra “podrá”, por tanto, queda a criterio del juez o tribunal la necesidad de la imposición de la misma, así como su cuantía, ello a la vista de circunstancias como: la prevalencia del interés público de protección del medioambiente; la falta de recursos económicos del

---

<sup>171</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., págs.78-79.

<sup>172</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): ob. cit., pág. 150.

<sup>173</sup> Cabe mencionar que por regla general los daños que pueden causarse al demandado con la adopción de una medida cautelar ambiental son significativos.

solicitante; la urgencia de la medida; la evidente apariencia de buen derecho; la irreversibilidad del daño ambiental; entre otras.

En tal sentido, se ha ido desarrollando una línea jurisprudencial que en procesos con incidencia ambiental, ha eximido la obligación de rendir caución o, en su defecto, ha impuesto cauciones simbólicas, sin embargo, dicha corriente no es generalizada, por lo que, sería valioso que la ley de forma expresa, eximiera de rendir fianza en las medidas de tipo ambiental.

Sobre esa necesidad de regulación se ha pronunciado PEÑALVER I CABRE, quien establece lo siguiente: “Igualmente, para garantizar la aplicación de las medidas cautelares en la temática ambiental, también hubiera sido importante que la Ley 27/2006 estableciera la necesidad de adaptar la exigencia de fianza a la capacidad económica del demandante y no exigirla a los que disfrutaban de la asistencia jurídica gratuita, tal como ya hemos señalado anteriormente”<sup>174</sup>.

En ese orden de ideas, dentro de la mencionada línea jurisprudencial podemos citar el auto 14 /2009 de 15 de junio de 2009, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, en el caso en el que se eximió de rendir fianza a una federación ecologista que solicitó la medida cautelar consistente en impedir la ejecución de las obras de construcción del Puerto de Granadilla para la ampliación del sistema portuario de Tenerife, que literalmente dice:

“Nos ratificamos asimismo en que la propia naturaleza de la cuestión discutida hace que la opción exigencia de caución o fianza para garantizar los perjuicios que puedan derivarse de la adopción de la medida frustraría el derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva. Es cierto que la Ley jurisdiccional lleva a cabo, en palabras del Tribunal Supremo, \*.. una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar" (STS 3-10-07 ). Ahora bien» el órgano judicial debe valorar la procedencia en cada caso de alguna de estas contracautelas en relación a su finalidad, y, en el aquí examinado, es el riesgo de irreversibilidad del daño derivado de la ejecutividad de la orden de descatalogación lo que nos llevó a la decisión cautelar y dicha irreversibilidad hace improcedente la exigencia de una caución que desembocaría en la frustración de la medida. Por lo demás, esta Sala ha insistido en que es plenamente consciente de la gravedad de los perjuicios económicos que pueden derivar de una medida como la adoptada, que repercute en la construcción del Puerto, pero no es menos consciente que condicionar la tutela cautelar, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, a la exigencia de caución supondría "de fado" su denegación, pues la caución tendría que ser de tal importe que haría inviable su prestación.”

---

<sup>174</sup> PEÑALVER I CABRE, Alexandre, (2008): “Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales”.. ob. cit., págs. 384-386.

Así como la sentencia 6262/2011, de fecha 11 de octubre de 2011, dictada por el Tribunal Supremo Español, en la cual se hizo alusión a los argumentos adoptados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, para acordar la suspensión cautelar de la autorización administrativa del Parque Eólico "Villabandín I y Ampliación a Villabandín I", promovido por la empresa "Aerocastilla, S.A.", empresa la cual, solicitó la denegación de la medida y subsidiariamente, la imposición de caución suficiente para responder por los daños y perjuicios ocasionados:

“[...] No es necesario en este caso la fijación de caución para la efectividad de la suspensión acordada, dadas las circunstancias concurrentes. En este sentido ha de destacarse la apariencia de buen derecho de la parte actora que ha sido apreciada y que se trata de una materia, la ambiental, en la que existen unos intereses colectivos que el Legislador protege especialmente, como resulta de la acción 'popular' en asuntos medioambientales que se contempla en el art. 22 de la Ley estatal 27/2006, de 18 de julio , y del carácter público de la acción prevista en el art. 88 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, Prevención Ambiental de Castilla y León. Ha de indicarse, asimismo, que esa caución no es obligada en todos los casos, como se deduce del art. 133.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Incluso al amparo de la Ley Jurisdiccional anterior de 1956 el Tribunal Supremo (Auto de 16 de mayo de 1995 ) había señalado que al existir a favor del recurrente una clara apariencia de buen derecho era innecesaria la exigencia de caución a los solicitantes de la medida cautelar.”

### **III.F. PLAZO O VIGENCIA**

De conformidad con el artículo 132 de la LJCA, las medidas cautelares se mantienen en vigor hasta que recae la sentencia firme que pone fin al procedimiento en el que se hubieren acordado o, hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley.

En ese sentido, las medidas cautelares no pueden sobrepasar la duración del procedimiento en el que fueron adoptadas, el cual vale mencionar, regularmente termina con la sentencia definitiva-sin perjuicio de su terminación por causas anormales-, pues, tal como lo establece GIL IBAÑEZ, por su carácter instrumental, una vez dictada la sentencia, las medidas carecen de sentido<sup>175</sup>. Es importante hacer notar que la regulación establece

---

<sup>175</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., pág.70.

que la sentencia debe estar “firme”, es decir, que sobre la misma no quepa recurso alguno.

Finalmente, cabe mencionar que cuando las medidas son adoptadas como acto previo a la demanda, lo cual de conformidad con el artículo 136.2 de la LJCA, es permitido al impugnar la inactividad o vía de hecho de la Administración, su vigencia está supeditada a la interposición del recurso contencioso administrativo, lo que no puede exceder el plazo de diez días contados desde la notificación de la adopción de la medida cautelar. Además de este supuesto, también cabe señalar que las medidas cautelares acordadas en vía administrativa se pueden extender hasta que se pronuncie la justicia administrativa, siempre que se haya solicitado en el recurso contencioso-administrativo. Así lo dispone el art. 117.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual establece: “que la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud”.

### **III.G. PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES**

#### **III.G.1 Competencia**

De conformidad con el artículo 7.1 de la LJCA la competencia para dictar las medidas cautelares la tiene el órgano judicial con competencia para conocer del proceso principal. Sobre este punto, llama poderosamente la atención que de conformidad con el artículo 725.2 de la LEC, un juez a quien se le solicita una medida cautelar y no es el competente, puede decretarla y remitirla con posterioridad al que si lo es, siempre y cuando del contenido de la solicitud se denote que la misma es urgente y, que la dilación del trámite de la incompetencia pudiere frustrar la efectividad de la sentencia definitiva. Entendemos que dicho precepto de la LEC resulta aplicable al orden contencioso-administrativo en virtud de la aplicación supletoria de dicha Ley (DF 1ª LJCA y art. 4 LEC).

### **III.G.2 Iniciación**

En la adopción de una medida cautelar rige el principio dispositivo o petición de parte, quedando completamente excluida la posibilidad de su decreto oficioso. No sucede lo mismo con las medidas cautelares en vía de recurso administrativo, las cuales se pueden acordar de oficio o a solicitud del recurrente, tal como dispone el art. 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En cuanto a la legitimación para solicitarla, vale mencionar que esta la tienen los “interesados”, pudiéndose entender por ellos, las personas que son parte procesal o tienen aptitud de legal de serlo en el proceso contencioso administrativo. De igual manera la jurisprudencia ha venido interpretando que esa expresión se refiere a las partes<sup>176</sup>.

Respecto al momento procesal en que pueden adoptarse, de conformidad con el artículo 129 .1 de la LJCA las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier momento del proceso, indiferentemente de la instancia, a excepción de cuando se impugna una disposición general y se solicite la suspensión parcial o total de la vigencia de la misma, en cuyo caso la medida debe ser solicitada junto con la interposición de la demanda, tal como lo establece el numeral 2 de dicha disposición legal.

### **III.G.3 Solicitud**

En cuanto a la misma, tal como lo establece GIL IBAÑEZ debe ser motivada<sup>177</sup>, no siendo válido que se haga una petición general. Además, debe acreditar de forma indiciaria los presupuestos exigidos por la ley para su adopción y, si para ello es necesaria documentación, deberá adjuntarse con la solicitud o, pedirse como prueba en la misma.<sup>178</sup>

En este punto vale resaltar que en base al principio de congruencia, el juez o tribunal no puede dictar una medida cautelar distinta a la solicitada por el interesado, ni puede dejarse al arbitrio de éste, la adopción de una medida solicitada de forma genérica.

---

<sup>176</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 134.

<sup>177</sup> GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): ob. cit., pág.59.

<sup>178</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): ob. cit., pág. 139.

### III.G.4 Trámite

De conformidad con el artículo 131 de la LJCA, el incidente de medidas cautelares se tramitará en pieza separada, es decir, como un proceso independiente, lo cual confirma su carácter accesorio o instrumental del proceso principal.

Una vez presentada y admitida la solicitud, dicha disposición legal establece que debe darse traslado a la contraparte por un plazo que no exceda de diez días, a fin que ésta ejercite su derecho de defensa alegando lo que considere oportuno. Cabe mencionar, que existe previsto un caso en que pueden decretarse medidas sin la audiencia de la contraparte-decreto que no admite recurso alguno-, siendo este, el de las medidas cautelarísimas o provisionalísimas, reguladas en el artículo 135 de la LJCA, las cuales tienen su fundamento en circunstancias especiales y extraordinarias de urgencia, que no permiten esperar el trámite cautelar normal, puesto que, hacerlo implicaría transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que justifica el sacrificio del principio de contradicción previo a la adopción de la medida cautelar, para trasladarlo con posterioridad a su dictado.

Es importante mencionar que en los procesos contenciosos administrativos con incidencia ambiental, la urgencia en la adopción de la medida cautelar podría representar la regla general, ello debido a la irreversibilidad de los daños ambientales que se pudieran causar con la actividad o inactividad de la Administración, consecuentemente, la medidas cautelarísimas también constituirían la regla general.

Ahora bien, en este punto vale hacer la reflexión si en el incidente cautelar pudiere existir el recibimiento de pruebas. En la regulación nada se dice al respecto, por lo que se colige, que la regla general es que no se acuerde el recibimiento de prueba, lo cual se justifica en la rapidez necesaria en la adopción de las medidas cautelares, así como en el sustento fáctico proporcionado por el proceso principal. Aunque no se descarta, que en casos excepcionales sea imprescindible la realización de prueba, eso sí, su producción deberá ser solicitada en los escritos iniciales, tanto de la parte demandante como de la parte demandada<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> TESO GAMELLA, Pilar (2007): *Ob. Cit.*, pág. 145-146.

Siempre al tenor del referido artículo 131 de la LJCA, una vez evacuada la audiencia por la contraparte, debe dictarse resolución otorgando o denegando la medida, resolución la cual, tal como lo señala TESO GAMELA tiene que ser motivada, no siendo válida una motivación genérica y ajena al caso, sino que por el contrario, debe fundarse en las circunstancias concretas del mismo<sup>180</sup>.

### **III.H. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN**

De conformidad con el artículo 132.1 de la LJCA, las medidas pueden ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento, siempre y cuando haya una variación de las circunstancias que motivaron su adopción.

No obstante cabe aclarar, tal como lo sostiene TESO GAMELA, a pesar de su reconocimiento legal expreso, la modificación y revocación es de escasa aplicación, puesto que, de conformidad con el numeral 2 de dicha disposición legal, dichos cambios no pueden ser el resultado de los avances del proceso principal, ello a fin de evitar que la reforma de la medida, se fundamente en una decisión subjetiva del juez o tribunal. Por ende, las circunstancias que pueden alterar o revocar la medida, se ven limitadas a hechos que surgen al margen del proceso, es decir, no a circunstancias de orden jurídico o que son consecuencia del desfile probatorio<sup>181</sup>.

## **CAPITULO IV: COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR ENTRE EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL AMBIENTAL SALVADOREÑO Y EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**

En el presente capítulo se realizará una breve comparación de algunos de los aspectos más relevantes de la protección cautelar ambiental en ambos países, que trascienden las lógicas diferencias existentes entre un orden civil y un orden contencioso administrativo y, que fueron desarrollados en los capítulos II y III del presente TFM; al

---

<sup>180</sup> *Ídem*, pág. 146.

<sup>181</sup> *Ídem*, págs. 150-151.



efecto, se han seleccionado los siguientes criterios de comparación: a) fundamento constitucional, b) fundamento internacional, c) tipología de medidas cautelares que pueden decretarse, d) presupuestos de adopción, e) plazo de vigencia, f) competencia, g) forma de iniciación; h) formalidades de la solicitud, i) tramitología, y f) modificación y revocación.

#### **IV.A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Tanto en El Salvador como en España, las medidas cautelares de protección ambiental tienen su fundamento constitucional en el derecho a una tutela judicial efectiva del derecho a un medio ambiente adecuado, previniéndose los riesgos de la duración del proceso, puesto que, ante una situación de daño o amenaza de ese bien jurídico, se requiere de una protección inmediata. A su vez, las referidas medidas constituyen un instrumento que permite a los Estados cumplir su obligación de proteger el medio ambiente, y permite a los ciudadanos gozar del derecho a un ambiente sano; haciendo las siguientes acotaciones: a) que el derecho a la tutela judicial efectiva no es denominado como tal en El Salvador, sino como “derecho a la protección jurisdiccional de los derechos” y b) que las medidas cautelares en el contencioso administrativo español, se instauran además, como un instrumento de control judicial de la actuación de la administración pública.

#### **IV.B. FUNDAMENTO INTERNACIONAL**

Cabe resaltar que las medidas en España al igual que en El Salvador, tienen su fundamento en los principios ambientales 10 y 15 de la Declaración de Río, sin embargo, España adicionalmente cuenta con un instrumento internacional que regula de forma especializada el acceso a la justicia en materia ambiental, dentro del cual se encuentran las medidas cautelares. No obstante, cabe mencionar que en la práctica no ha sido acogido íntegramente en la legislación nacional, pues, entre otras falencias, no se ha creado un régimen especial para las medidas ambientales. En cambio, el país centroamericano, solo cuenta con normativa internacional generalizada sobre protección ambiental y acceso a la justicia, pero en compensación, el pilar de acceso a la justicia ambiental se ha visto personificado o hecho realidad, con la creación de los juzgados ambientales.

#### **IV.C. TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES QUE SE PUEDEN ADOPTAR**

Tanto en España como en El Salvador, se ha instaurado un sistema abierto de medidas cautelares de protección ambiental, por ende, no existen límites en el tipo de medidas que pueden adoptarse, pudiéndose dictar desde medidas que impliquen la suspensión de la ejecución de una actividad, hasta medidas positivas -inclusive que satisfagan la pretensión- que impliquen un hacer o no hacer por parte del demandado, siempre y cuando, tengan como finalidad asegurar la efectividad de la sentencia a favor de los intereses ambientales, más concretamente, que tengan como fin último prevenir el daño ambiental o su agravación, así como su restauración.

No obstante, es importante hacer notar que en España la medida que aún tiene bastante protagonismo es la suspensión del acto reclamado, en cuanto era la única medida cautelar prevista en la anterior LJCA de 1956. En cambio, en El Salvador han sido las medidas positivas, las cuales implican la realización de una conducta por parte del demandado. Así como también, que las medidas cautelares que se dictan en El Salvador tienen un mayor alcance que las que se dictan en España, específicamente en cuanto su objeto y los sujetos en contra de quien son dirigidas, lo cual, es el resultado de las limitaciones que impone el proceso contencioso administrativo, puesto que, el mismo se circunscribe a realizar una revisión de la legalidad de la actuación de la Administración Pública (ya sea disposiciones, actos, inactividades o actuaciones materiales). Además, vale mencionar que, en El Salvador las medidas cautelares se pueden dirigir directamente contra el contaminador, independientemente este no sea la Administración Pública, en cambio en España, las medidas cautelares siempre se dictan contra ella, es decir, esta tiene el monopolio de la legitimación pasiva necesaria. Ello muestra, como la justicia administrativa española se basa en el control de la actuación administrativa, mientras la justicia salvadoreña se centra en el control de la aplicación de la legislación administrativa.

#### **IV.D. LOS PRESUPUESTOS DE SU ADOPCIÓN**

En España a diferencia de El Salvador, no existe una declaración expresa de los supuestos en los que procede el decreto de una medida cautelar ambiental, sin embargo, se encuentran establecidos en la ley y en la jurisprudencia, los presupuestos generales que

deben tomarse en cuenta para su adopción, siendo estos, el peligro de la demora, la ponderación de los intereses en juego, la proporcionalidad, la caución y la apariencia de buen derecho, los cuales, ya sea por regulación expresa o por haberlo establecido la jurisprudencia, también deben tomarse en cuenta en El Salvador, a excepción de la caución, que explícitamente ha sido eximida por la ley, lo que constituye un avance importante en el acceso a la justicia ambiental, contrario a lo que sucede en España, donde históricamente la caución ha representado y sigue representando uno de los mayores obstáculos materiales para el acceso, principalmente por sus altos costos, en consecuencia, en España se solicita urgentemente que esa situación sea regulada en una norma legal.

Además, cabe mencionar que en España el presupuesto decisivo para adoptar o no la medida ha sido la ponderación de los intereses en juego, presupuesto respecto del cual, la jurisprudencia ha establecido reglas generales, entre ellas, otorgarle prevalencia a la protección ambiental al concurrir con otros intereses por ser interés público, ello con base en el principio precautorio, la fragilidad del medio ambiente y el carácter irreversible de los daños causados al mismo. En cambio en El Salvador, este presupuesto no ha sido objeto de mayor discusión, tanto así, que vía jurisprudencial se ha hecho prevalecer el interés en la protección al ambiente por sobre otros intereses concurrentes sin excepción, pero vale mencionar, que para ello no ha sido utilizado como fundamento el principio precautorio, principio que ha sido utilizado más como un criterio que modula la rigurosidad de los presupuestos del peligro de la demora y apariencia de buen derecho.

Asimismo, cabe resaltar que en El Salvador a diferencia de España, las medidas cautelares pueden tener como fin la protección de otros bienes jurídicos distintos al medio ambiente, pero siempre vinculados al mismo, lo que se explica por el hecho que dichas medidas pueden ser dictadas en procesos en que la pretensión sea, la responsabilidad civil por daños particulares derivados de afectaciones ambientales.

Otra diferencia que vale resaltar entre ambos países, es que en España para que se adopte una medida cautelar ambiental los daños, normalmente, tienen que ser de gran magnitud, en cambio en El Salvador, se ha adoptado un principio pronatura, es decir, se adopta la medida ante cualquier situación que represente un daño ambiental, sin entrar en mayor consideración en su gravedad o no.

Finalmente, en cuanto al presupuesto de la apariencia de buen derecho, cabe destacar que en El Salvador se entiende cumplido por la corroboración de la existencia del daño ambiental o amenaza del mismo, mientras que en España, cuando excepcionalmente es valorado, ante la evidente ilegalidad de la actuación administrativa.

#### **IV. E. PLAZO DE SU VIGENCIA**

En ambos países las medidas cautelares no pueden exceder el dictado de la sentencia. Cabe resaltar que, en España, no existen problemas en cuanto al plazo de duración de las medidas cautelares que se dictan previo al proceso. En primer lugar, puesto que la LJCA establece claramente el término inexcusable de diez días para la interposición del recurso que le dé continuidad a la medida; y en segundo lugar, por ser más limitada la posibilidad de su adopción, ya que la norma lo reduce a los supuestos de inactividad y vía de hecho de la Administración Pública, lo cual, a mi criterio, es negativo para el acceso a la justicia ambiental, especialmente, para la adopción de las medidas cautelares, pues, la regla general es condicionar la solicitud de una medida a la previa instauración de un proceso, cuando en muchos casos, por su carácter urgente, no sería viable esperar a ello.

#### **IV. F. COMPETENCIA PARA SU ADOPCIÓN**

Es importante recalcar que en El Salvador, no se establece la posibilidad de decretar una medida cautelar por un juez incompetente, aun y cuando la medida sea urgente, a diferencia de lo previsto en España, puesto que, de conformidad con el artículo 450 del CPCM, el tribunal que se considere incompetente, debe remitir la solicitud de medida cautelar al tribunal competente para ello. Por tanto, en mi opinión, la instauración en El Salvador de dicho supuesto previsto en España, podría ser de mucha utilidad, ya que por regla general, las medidas de protección ambiental son urgentes, consecuentemente, la espera del trámite de incompetencia, podría volver ineficaz la eventual sentencia.

#### **IV. G. CRITERIO DE LA FORMA DE INICIACIÓN**

En España bajo ningún caso se puede adoptar medidas cautelares de oficio; potestad que en El Salvador, además de obligar al órgano judicial a adoptar una posición más activa en la protección del medio ambiente, otorga un mayor acceso a la justicia ambiental, puesto que, si bien es cierto no existe una acción popular en este ámbito, la simple denuncia

o aviso del acaecimiento de un supuesto de daño ambiental establecido en la ley,- interpuesto inclusive por persona que carezca de legitimación activa para solicitar la medida cautelar- puede dar inicio a un expediente de medidas cautelares de forma oficiosa y consecuentemente, a un proceso de responsabilidad ambiental promovido por la Fiscalía General de la República.

#### **IV. H. FORMALIDADES DE LA SOLICITUD**

Cabe resaltar que en España las formalidades de la solicitud son mucho más estrictas que en El Salvador, por cuanto se requiere una motivación de la concurrencia de los presupuestos para su adopción, el acompañamiento de la documentación que al menos de forma indiciaria acredite los mismos y, una petición concreta de la medida que se solicita, pues, en base al principio de congruencia, no puede decretarse una distinta a la pedida. En cambio en El Salvador, no obstante exigir esas mismas formalidades el CPCM, como resultado del rol más activo que asume el juez ambiental, de la obligación de corroborar los hechos que se le plantean y de la complejidad de anticipar solo con vista de documentos la medida idónea para el caso concreto, son admitidas, solicitudes con motivaciones sucintas e inclusive con peticiones genéricas, dejándole al juez la potestad de decretar la medida cautelar que considere idónea para proteger el derecho colectivo al medio ambiente sano.

Así como también, es oportuno reiterar que en El Salvador aún en el caso que la solicitud no fuera admitida por falta de cumplimiento de requisitos formales, la misma adquiriría la calidad de un aviso o denuncia, la cual habilitaría en caso ser procedente, la adopción de una medida oficiosa.

#### **IV. I TRAMITOLOGÍA**

En cuanto a la tramitación cabe destacar que, en España a diferencia de El Salvador, el proceso cautelar implica por regla general correr traslado de la solicitud a la contraparte, salvo en las medidas cautelares por especiales motivos de urgencia. Al respecto considero que, si bien es cierto, dicha audiencia constituye una garantía del principio de contradicción y del ejercicio del derecho de defensa del demandado, también constituye una desventaja para la tutela ambiental, pues, no sólo pone en sobre aviso al demandado de

la adopción de la medida, sino que, además, le resta celeridad al trámite, cuando el ejercicio del derecho de defensa del demandado, podría diferirse con posterioridad a su adopción, mediante el uso de los recursos.

Asimismo, en este punto, no puede dejarse inadvertida la utilidad y practicidad de las medidas cautelares previstas en España, puesto que, se sitúan en un punto intermedio, no sacrificando la urgencia de la adopción de la medida, ni la oportunidad del cautelado de ejercer la contradicción de forma inmediata posterior, sin que sea necesario que haga uso de los medios de impugnación, consecuentemente, sería interesante considerar su réplica en El Salvador.

Así como también, cabe resaltar que en España la regla general es que no hay una etapa de recibimiento de prueba en el incidente cautelar, en cambio en El Salvador no obstante no se encuentra regulada una etapa como tal dentro del trámite, por ordenarlo así la ley, se debe realizar una corroboración de los hechos con apoyo técnico, eso sí, con posterioridad a la adopción de medida, con el fin de no sacrificar su urgencia.

#### **IV.J MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MEDIDA**

En El Salvador a diferencia de España, no existe una prohibición expresa de modificación o revocación de las medidas cautelares en función de los avances que vayan surgiendo en el proceso principal, lo cual a mi criterio es una ventaja, puesto que, existe la posibilidad que los supuestos que motivaron la adopción de una medida, se desvanezcan ante una mejor apreciación del contenido fáctico del proceso. Por el contrario, en El Salvador, la ley obliga al juez que adopta una medida a revisarla periódicamente, sin limitación alguna.

## CONCLUSIONES

1. Las medidas cautelares ambientales gozan de particularidades que se apartan del régimen general, como lo son: a) la concurrencia automática del presupuesto del peligro de la demora al ocurrir un daño o amenaza ambiental; b) la no exigencia de caución para su dictado; c) la posibilidad de su decreto oficioso; d) la posibilidad que anticipen el fallo de la sentencia; e) la posibilidad de ser dictadas inaudita parte; f) la inversión de la carga de la prueba en contra del demandado; g) la inclinación de los intereses en juego hacia la protección del medio ambiente, salvo excepciones; h) la flexibilización del principio de congruencia al solicitar la medida; i) la flexibilización del presupuesto de la apariencia de buen derecho; y j) la necesidad y habitualidad del dictado de medidas innovativas e innominadas; particularidades las cuales, se encuentran plenamente justificadas en virtud de la especialidad del bien jurídico que tutelan.
2. Dichas medidas son trascendentales para la protección del medio ambiente, pues, esta requiere de una intervención judicial expedita, que no permite la espera del dictado de una sentencia en el proceso de conocimiento respectivo, por ser éstos generalmente extensos y tardados. Importancia que a su vez deviene de la naturaleza preventiva y precautoria del derecho ambiental mismo.
3. El estudio comparado de las medidas cautelares entre El Salvador y España, muestra puntos fuertes y débiles en ambos estados que al no ser, normalmente, comunes, permite hacer propuestas de reforma legislativas y de avance jurisprudencial para reforzar las medidas cautelares para la protección del medio ambiente.
4. No obstante la mayor experiencia y desarrollo de la institución cautelar ambiental en España, la creación de los Juzgados Ambientales y la instauración de un régimen jurídico especial para dicha institución en El Salvador, ha reforzado muy significativamente las medidas cautelares en la materia de medio ambiente en ese país.
5. Muchas de las medidas cautelares dictadas en El Salvador, no obstante su impacto positivo en la sociedad, han sido desnaturalizadas, lo cual, hace replantearse la

necesidad de regular en la ley, la instauración de medidas anticipatorias y autosatisfactivas que den respuesta a pretensiones distintas a las de naturaleza cautelar, pero también necesarias para la protección ambiental.

6. Dentro de los aspectos positivos del régimen jurídico salvadoreño tenemos los siguientes: a) para que se dicte una medida los daños no necesariamente tienen que ser de gran magnitud; b) la no exigencia de caución se encuentra regulada expresamente en la ley ; y, c) se exigen pocos requisitos para el acceso a la justicia ambiental.
7. Dentro de los aspectos positivos del régimen jurídico español podemos citar: a) la previsión de las medidas cautelarísimas, que constituyen un punto intermedio entre el derecho de defensa y la urgencia del decreto de las medidas cautelares; b) la regulación inequívoca del plazo de duración de las medidas cautelares adoptadas como acto previo; y c) la utilización del principio precautorio como criterio de inclinación de los intereses concurrentes hacia la protección del medio ambiente.
8. Dentro de los aspectos negativos del régimen jurídico salvadoreño tenemos: a) la extensión injustificada del plazo de vigencia de las medidas cautelares que se dictan como acto previo, puesto que, la complejidad de su cumplimiento no es óbice para la promoción del proceso respectivo; y, b) no se cuenta con un fundamento internacional especializado en el acceso a la justicia ambiental.
9. Dentro de los aspectos negativos del régimen jurídico español tenemos: a) la posibilidad del dictado de medidas como acto previo solo en los casos delimitados por la ley; y b) las restricciones del alcance de las medidas en razón de las limitaciones que impone el proceso contencioso administrativo.



## DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

### Bibliografía

- ARCILA SALAZAR, Beatriz (2013): “Las medidas cautelares en el procedimiento ambiental”, Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Vol. 12, N° 23, P. 31-48.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, (1999): “La nueva tutela cautelar en el contencioso- administrativo (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada en la Ley 29/1998)”, Marcial Pons, Madrid, P.199.
- BRIONES GONZÁLEZ, José (2012): “La reparación por daños derivados de la justicia cautelar en el derecho administrativo”, Aranzadi, Pamplona, España. P.186
- CORDERO LOBATO, Encarna (2013): “Daños a particulares y medio ambiente”, en MARTÍNEZ, Rosario de Vicente: Tratado de Derecho Ambiental, Tirant Lo Blanch, Valencia, P.321-345.
- DE LOS SANTOS, Mabel (2010): “La Medida Cautelar Genérica o Innominada”, en PEYRANO, Jorge W y EGUREN, María Carolina: Medidas Cautelares Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, P. 573-594.
- DORESTE HERNANDEZ, Jaime, (2017):” El Principio de Precaución, Convenio de Aarhus y las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo: comentario de los Autos de 4 de enero y 9 de marzo de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (REC. 276/2015)”, Actualidad Jurídica, Actualidad Jurídica, N°69, P. 43-50.
- EMIL JALIL, Julián (2014): “La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de las medidas precautorias”, Revista de responsabilidad civil y seguros, Año 16, N° 4, P. 185-190.
- FONT I LLOVET, Tomás, GALAN GALAN, Alfredo, MIR PUIGPELAT, Oriol, PEÑALVER I CABRE, Alexandre, y TORNO MAS, Joaquín (2011): “Notas de jurisprudencia Contenciosa-Administrativa”, Revista de Administración Pública, N°184, P. 181-192.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): “La batalla por las medidas cautelares”, 3º Edición, Thomson Civitas, Madrid, P. 476.

- GIL IBAÑEZ, José Luis (2001): “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo”, Colex, Madrid, P. 113.
- JORDANO FRAGA, Jesús (1998): “El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS”, Revista de Administración Pública, N° 145, P.169-198.
- MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio (2015): “La teoría cautelar & tutela anticipada”, Grijley, Lima Perú. P.281.
- MARIONI, Luiz Guilherme (2016): “Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria”, Palestra, Lima, P.369.
- MITIDIERO, Daniel (2013): “Anticipación de tutela, de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria”, Marcial Pons, Madrid. P.161.
- OSORIO ACOSTA, Ezequiel (2013): “Las medidas cautelares en el proceso civil español”, Jurúa, Lisboa, Portugal. P. 152.
- PEÑALVER I CABRE, Alexandre (2008): “Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales “a PIGRAU, Antoni (coor), Comentario a la Legislación de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente ( Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información ambiental, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente) Ed. Atelier, Barcelona. P. 349-403.
- PEÑALVER I CABRE, Alexandre (2013): “Las pretensiones en el contencioso administrativo, para la efectiva protección de los intereses colectivos” Revista de Administración Pública, N° 190, P. 149-194.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2010): “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo respecto del medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista Aranzadi Doctrinal, Junio N° 3, P.49-58.

- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2006): “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción contenciosa-administrativa española”, Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 28, P.127-151.
- TESO GAMELLA, Pilar (2007):” Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa”, Tirant Lo Blanch, Valencia. P. 332.

#### **Normativa internacional:**

- Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, firmada en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992.
- Convenio internacional de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa sobre “El acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental”, celebrado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio 1998, mejor conocido como Convenio de Aarhus.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José, firmada en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", firmado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades europeas de 18 de diciembre de 2000.
- Tratado de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de Unión Europea de 30 de marzo de 2010.
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de Unión europea de 30 de marzo de 2010.

#### **Normativa nacional:**

- Constitución de la República de El Salvador, publicada en el Diario Oficial número 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

- Ley de Procedimientos Constitucionales, publicado en el Diario Oficial número 15, Tomo 186, del 22 de enero de 1960.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicado en el Diario Oficial número 236, Tomo 261, del 19 de diciembre de 1978.
- Ley del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial número 79, Tomo 339, del 4 de mayo de 1998.
- Código Procesal Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial número 224, Tomo 381, del 27 de diciembre de 2008.
- Constitución Española, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 311, 29 de diciembre de 1978.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 7, 8 de enero de 2000.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 167, 14 de julio de 1998.
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 255, 24 de octubre de 2007.

### **Jurisprudencia:**

- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, auto en amparo 938-2014, de 23 de enero de 2015.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, auto en amparo 679-2015, de 22 de febrero de 2016.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia en inconstitucionalidad 40-2009/41-2009, de 12 de noviembre de 2010.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, auto en contencioso administrativo 166-2016, de 18 de abril de 2016.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 16- 2016-MC, de 1 de septiembre de 2016.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 13- 2015-MC, de 10 de junio de 2015.

- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 4- 2015-MC, de 6 de marzo de 2015.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 37- 2016-MC, de 7 de julio de 2016.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 19- 2015-MC, de 28 de julio de 2015.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 16- 2015-MC, de 29 de julio de 2015.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 18- 2017-MC, de 18 de julio de 2017.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 61- 2016-MC, de 18 de agosto de 2016.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 25- 2015-MC, de 2 de septiembre de 2015.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 43- 2017-MC, de 5 de julio de 2017.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 37- 2017-MC, de 4 de mayo de 2017.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 03- 2016-PC, de 26 de mayo de 2016.
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 25- 2017-MC, de 24 de marzo de 2017
- Juzgado Ambiental de San Salvador, auto número 46-2015-MC, de 14 de diciembre de 2015
- Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, sentencia en apelación 200-MCAMB-15, de 5 de noviembre de 2015.
- Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, sentencia en apelación 232-MCAMB-15, de 21 de diciembre de 2015.
- Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, sentencia en apelación 38-MCAMB-15, de 23 de abril de 2015.

- Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, sentencia en apelación 40-MCAMB-15, de 16 de abril de 2015.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm.355/2007 de 24 de julio de 2007 (FJ 4).
- Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm.287/1999 de 30 de noviembre de 1999 (FJ 4).
- Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm.222/1995 de 18 de julio de 1995 (FJ 4).
- Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm.252/2001 de 18 de septiembre de 2001 (FJ 3).
- Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2º) Auto núm.276/2015 de 4 de enero de 2017 (FJ1).
- Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2º) Auto núm.14/2009 de 15 de junio de 2009 (FJ 6).
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5º) Sentencia núm. 1028/ 2009 de 11 de febrero de 2009 (FJ 4 y 7)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5º) Sentencia núm. 5066/ 2009 de 23 de julio de 2009 (FJ 7)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3º) Sentencia núm. 5350/ 2010 de 20 de octubre de 2010 (FJ 2)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5º) Sentencia núm. 5432/ 2012 de 16 de julio de 2012 (FJ 8)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5º) Sentencia núm. 5433/ 2010 de 21 de octubre de 2010 (FJ 7)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º) Sentencia núm. 3392/ 2004 de 18 de mayo de 2004 (FJ 4)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3º) Sentencia núm. 6262/ 2011 de 11 de octubre de 2011 (FJ 2)



