

VNIVERSITAT E VALÈNCIA



FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela”

Área de Derecho Internacional Privado

Programa de Doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y
Criminología

TESIS DOCTORAL

**LAS BASES PARA UN SISTEMA UNIFORME DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN
CENTROAMERICA PARA LAS ACCIONES DE GRUPO
POR RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
TRANSFRONTERIZA**

Presentada por:

Claudia María Castro Valle

Director:

Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Valencia, 2017

**LAS BASES PARA UN SISTEMA UNIFORME DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN
CENTROAMÉRICA PARA LAS ACCIONES DE GRUPO
POR RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
TRANSFRONTERIZA**

AGRADECIMIENTO

Comienzo por agradecer a la vida, que siempre ha sabido llevarme de la mano por los derroteros más insospechados, permitiéndome, a veces sin proponérmelo, vivir con plenitud experiencias que no siempre están a la mano de todos.

Mi gratitud ilimitada al Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno, quien -a pesar de las dificultades que suponía el realizar este trabajo desde mi país de origen- tuvo la paciencia y el cuidado de guiarme en este esfuerzo, apoyándome en los momentos de desaliento en los que dudaba poder culminar la investigación. En él encontré no sólo a un maestro, sino que a un entrañable amigo.

Agradezco al Prof. Dr. Carlos Esplugues Mota, quien sin quererlo, durante una de sus visitas a Honduras, despertó en mí el interés de retomar mis estudios. Gracias inmensas.

Igualmente, agradezco a todas aquellas personas e instituciones que me han apoyado para culminar con este reto. Sin su colaboración, no hubiera podido llevar a buen fin esta tarea.

DEDICATORIA

A Lucía, mi razón de ser, mi luz y el motor que me permite sacar fuerzas de flaquezas, y cumplir día a día con la tarea de ser mejor persona, y un ejemplo digno de seguir.

A mis padres y hermanos, quienes con su apoyo constante me permitieron culminar este esfuerzo. Son, en definitiva, parte integral de este logro. Sin el cuidado que tan amorosamente prodigaron a mi hija durante mis ausencias, no hubiera sido posible llegar hasta aquí.

A todos aquellos quienes no se dejan vencer por la enfermedad.

INDICE

| | |
|--|-----|
| AGRADECIMIENTO | v |
| DEDICATORIA | vii |
| LISTA DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS..... | 19 |
| SUMMARY | 23 |
| GENERAL INTRODUCTION..... | 25 |
| PRIMERA PARTE. ANÁLISIS COMPARATIVO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LAS ACCIONES DE GRUPO POR RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN CENTROAMÉRICA | 35 |
| INTRODUCTION TO THE FIRST PART | 37 |
| CAPITULO 1. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN CENTROAMÉRICA | 43 |
| 1. El Daño Ambiental | 48 |
| 1.1. El Concepto de Ambiente | 49 |
| 1.2. El Concepto de Daño | 50 |
| 1.3. Los Conceptos de Daño Ambiental Directo y Daño Indirecto por Medio del Ambiente | 53 |
| 2. La Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental..... | 66 |
| 2.1. El Concepto de la Responsabilidad Civil Extracontractual | 68 |
| 2.2. La Naturaleza de la Responsabilidad Civil Extracontractual y su Aplicación | 72 |
| 2.2.1. La Justicia Correctiva vs. la Justicia Distributiva | 73 |
| 2.2.2. La Teoría de la Culpa vs. la Teoría del Riesgo | 75 |
| 2.2.3. La Objetivación de la Responsabilidad Extracontractual por Daño Ambiental..... | 84 |
| 2.2.4. La Responsabilidad del Estado | 92 |

| | |
|--|------------|
| 2.2.5. Las Excepciones o Defensas Aplicables a la Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental | 95 |
| 2.3. La Reparación del Daño Ambiental y sus Dificultades | 100 |
| 2.4. Otras Funciones de la Responsabilidad Aquiliana Relevantes para la Tutela del Ambiente | 109 |
| 2.5. Algunos Problemas de Aplicación de la Responsabilidad Aquiliana para el Daño Ambiental | 113 |
| 2.5.1. La Relación de Causalidad | 113 |
| 2.5.2. La Tolerabilidad | 124 |
| 2.6. Las posibilidades de la Responsabilidad Civil por Daños al Ambiente | 130 |
| 2.6.1. El Caso de las Inmisiones | 130 |
| 2.6.2. La Figura del Abuso del Derecho | 137 |
| CAPÍTULO 2. LA TUTELA ADECUADA DE LOS INTERESES AMBIENTALES Y DE GRUPO EN CENTROAMERICA..... | 141 |
| 1. La Configuración Legal del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en los Ordenamientos Jurídicos Centroamericanos..... | 142 |
| 1.1. Antecedentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos | 144 |
| 1.2. El Abordaje del Contenido de la Tutela Judicial Efectiva en las Normas y Jurisprudencia de la Región | 146 |
| 1.2.1. El Libre Acceso a los Tribunales | 147 |
| 1.2.2. La Obtención de una Resolución Debidamente Fundada y Motivada por el Órgano Jurisdiccional | 149 |
| 1.2.3. El derecho de las partes a recurrir las resoluciones judiciales | 153 |
| 1.2.4. El derecho a la ejecución de la sentencia | 154 |
| 1.2.5. El Debido Proceso..... | 156 |
| 1.3. El Alcance de la Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Privado Centroamericano | 175 |

Índice

| | | |
|--|---|-----|
| 2. | La Tutela Judicial Efectiva del Ambiente en la Región Centroamericana . | 177 |
| 2.1. | El Reconocimiento del Interés Individual Jurídicamente Protegido como Presupuesto Legitimador en Centroamérica | 178 |
| 2.2. | El Reconocimiento de los Intereses Generales en los Ordenamientos Jurídicos de la Región | 180 |
| 2.2.1. | El Interés Público y la Acción Popular | 181 |
| 2.2.2. | La Evolución del Reconocimiento de los Intereses Supraindividuales en Centro América | 186 |
| 2.2.3. | La necesidad de diferenciar entre el interés público y el interés difuso..... | 196 |
| 2.3. | La Tutela de los Intereses Ambientales en Centroamérica | 199 |
| 3. | El Acceso a la Justicia Ambiental..... | 203 |
| CAPÍTULO 3. LAS ACCIONES DE GRUPO PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES AMBIENTALES EN CENTROAMÉRICA | | 209 |
| 1. | Las Referencias Obligadas..... | 212 |
| 1.1. | La Representative Suit inglesa..... | 212 |
| 1.2. | La Class Action estadounidense | 214 |
| 1.3. | La Acción Civil Pública o Acción de Clase Brasileña | 219 |
| 1.4. | El Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica | 221 |
| 1.5. | El Marco Horizontal Europeo de Recurso Colectivo | 224 |
| 2. | Las Características de las Acciones de Grupo en Centroamérica, y su idoneidad para la Tutela Adecuada tanto de los Intereses Ambientales como de los Intereses Individuales Homogéneos..... | 225 |
| 2.1. | Capacidad de las Partes en el Proceso | 226 |
| 2.2. | Legitimación de las Partes | 229 |
| 2.2.1. | La Configuración del Grupo | 236 |
| 2.2.2. | La Representación del Grupo..... | 240 |

| | |
|---|-----|
| 2.2.3. Modalidades en el Ejercicio de la Legitimación Activa para la defensa de intereses individuales homogéneos en Centroamérica..... | 245 |
| 2.3. Las Pretensiones Ejercitables en Defensa de Intereses Ambientales... | 259 |
| 2.4. Medidas Cautelares | 263 |
| 2.5. La Carga de la Prueba | 267 |
| 2.6. La Sentencia..... | 274 |
| 2.7. Eficacia de la Cosa Juzgada..... | 280 |
| 2.8. Ejecución de la Sentencia | 283 |
| 2.9. El Rol del Juez en las Acciones de Grupo | 286 |
| 3. Modelo propuesto para las acciones de grupo para la tutela de intereses individuales homogéneos lesionados por daños al ambiente..... | 288 |
| SEGUNDA PARTE. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ACCIONES DE GRUPO POR DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO EN CENTROÁMERICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO | 291 |
| INTRODUCTION TO THE SECOND PART | 293 |
| CAPITULO 4. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO PARA LA TUTELA DEL AMBIENTE EN EL AMBITO CENTROAMERICANO..... | 309 |
| 1. Aspectos Generales de la Configuración de la Competencia Judicial Internacional Civil en los Ordenamientos Jurídicos Centroamericanos | 313 |
| 2. Bases y Principios para determinar los Foros de Competencia Judicial Internacional para Acciones por Daño Ambiental Transfronterizo | 320 |
| 2.1. Las normas disponibles en la fuentes centroamericanas para determinar el foro internacional competente..... | 326 |
| 2.2. Foros para el Daño Ambiental Transfronterizo | 336 |
| 2.3. Otras soluciones propuestas por la Doctrina y algunos hallazgos obtenidos con el Método Comparativo | 344 |

Índice

| | |
|---|------------|
| 3. La potestad de controlar la Competencia Judicial Internacional en el área centroamericana | 346 |
| 4. Restricciones a la Competencia Judicial Internacional en Centroamérica | 355 |
| 4.1. Las Anti-Suit Injunctions | 356 |
| 4.2. Litispendencia y la Conexidad Internacional como remedios a la litigación en paralelo | 358 |
| 4.3. La Cosa Juzgada | 363 |
| 5. La competencia judicial internacional para la aplicación de medidas cautelares en juicios plurilocalizados en el ámbito centroamericano | 365 |
| 6. Problemas Relativos a la utilización de Acciones de Grupo para la Tutela Efectiva del Ambiente a partir de los sistemas de Competencia Judicial Internacional disponibles en el Área | 372 |
| 7. Modelo Propuesto para determinar el Foro en los Supuestos de Daño Ambiental Transfronterizo que afecte Derechos e Intereses Supraindividuales | 380 |
| CAPÍTULO 5. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO EN CENTROAMÉRICA | 383 |
| 1. La Determinación del Derecho Aplicable para los Supuestos de Daño Ambiental Transfronterizo de acuerdo al Sistema de Fuentes disponible en Centroamérica | 386 |
| 1.1. Normas Materiales o Sustantivas Internacionales | 387 |
| 1.2. Las Normas Convencionales de Conflicto | 388 |
| 1.2.1. El principio <i>lex loci delicti</i> en el ámbito centroamericano | 389 |
| 1.2.2. El principio <i>lex fori</i> en el ámbito centroamericano | 399 |
| 1.3. Fuentes Internas de Normas de Conflicto | 400 |
| 1.3.1. El Principio <i>lex rei sitae</i> en las fuentes internas centroamericanas | 401 |
| 1.3.2. La ley del domicilio del causante del daño | 403 |

| | |
|--|------------|
| 1.4. El Dépeçage en los Supuestos de Acciones de Grupo por Daño Ambiental Transfronterizo | 403 |
| 2. La Aplicación del Derecho Extranjero en el Ámbito Centroamericano | 409 |
| 2.1. El Abordaje de las Fuentes Convencionales | 410 |
| 2.2. El Abordaje de las Fuentes Internas en Centroamérica | 419 |
| 2.3. La Prueba del Derecho Extranjero | 421 |
| 2.4. Los Problemas Derivados de la Aplicación de Normas de Conflicto.. | 427 |
| 2.4.1. La Calificación | 427 |
| 2.4.2. La Posibilidad del Reenvío en el Derecho Extranjero | 430 |
| 2.5. Limitaciones a la Aplicación del Derecho Extranjero | 435 |
| 2.5.1. La excepción del Orden Público | 435 |
| 2.5.2. La obligación de reconocer Derechos previamente adquiridos o Situaciones Jurídicas válidamente creadas con anterioridad | 440 |
| 2.5.3. Los Recursos contra el Derecho Extranjero..... | 441 |
| 3. Método propuesto para la Elección del Derecho Aplicable en Supuestos de Daño Ambiental Transfronterizo | 442 |
| CAPÍTULO 6. LOS SISTEMAS CENTROAMERICANOS DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS Y SU INCIDENCIA EN LAS ACCIONES DE GRUPO POR DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO | 447 |
| 1. El Reconocimiento de las Sentencias en las Fuentes Centroamericanas | 449 |
| 2. Condiciones Generales de Admisibilidad del Reconocimiento de Sentencias Extranjeras | 454 |
| 2.1. Control de la Competencia del Juez que dictó la Sentencia | 456 |
| 2.2. Notificación de la Sentencia a las Partes | 460 |
| 2.3. La Excepción del Orden Público | 470 |
| 2.4. Ejecutoriedad de la Sentencia y el Efecto de la Cosa Juzgada | 479 |
| 2.5. El Cumplimiento de Requisitos Formales | 483 |

Índice

| | |
|--|-----|
| 2.6. La Litispendencia y la Incompatibilidad como Obstáculos al Reconocimiento de Sentencias | 485 |
| 3. Los procedimientos encaminados a obtener el Reconocimiento de Sentencias Extranjeras en Centroamérica..... | 489 |
| 4. El Reconocimiento Parcial de Sentencias Extranjeras..... | 494 |
| 5. La Ejecución de las Resoluciones Extranjeras en Materia Civil en Centroamérica | 495 |
| 5.1. El Juez competente para conocer del Procedimiento de Ejecución de Sentencias Extranjeras | 496 |
| 5.2. El Procedimiento Encaminado a Obtener la Ejecución de Sentencias Extranjeras y la Ley Aplicable..... | 499 |
| 5.3. Las Sentencias No Ejecutables | 503 |
| 5.4. La Protección de los Intereses del Ejecutante..... | 504 |
| 5.5. Requisitos para la Ejecución..... | 506 |
| 5.6. Las Causas Subjetivas para la Denegación del Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras | 508 |
| 6. Los problemas de reconocimiento de las acciones colectivas a partir de las formas de configuración del grupo | 509 |
| 7. Modelo Propuesto para el Reconocimiento y Ejecución de las Acciones de Grupo en Centroamérica..... | 514 |
| CONCLUSIONS..... | 519 |
| 1. Regarding the Tort Law Regime for Harm caused to Individual Interests as a result of Environmental Tort..... | 520 |
| 2. On the Adequate Protection of Supra-individual Interests | 525 |
| 3. On the Group Actions for the Protection of Homogeneous Individual Interests Harmed through Environmental Tort..... | 526 |
| 4. On the need to unify substantive and procedural rules for the adequate protection of individual homogeneous interests affected by environmental hazards.... | 528 |

| | |
|--|-----|
| 5. On the Need to Unify the Private International Law Sources for the Proper Protection of Homogeneous Individual Interests against Environmental Tort..... | 533 |
| 6. On the Suitable Model to Determine the Applicable Law for Cross-border Class actions in the Case of Environmental Tort..... | 534 |
| 7. On the Suitable Model to Resolve the Conflicts of Jurisdiction in Cases of Cross-border Class Actions Related to Environmental Tort..... | 537 |
| 8. On the Suitable Model for the Recognition and Execution of Foreign Judgments Resulting from Cross-border Class Actions dealing with Environmental Tort..... | 539 |
| Anexo I. Legislación Citada | 545 |
| I.1. Tratados Internacionales..... | 545 |
| I.2. Normativa de Origen Regional..... | 548 |
| Consejo de Europa | 548 |
| Organización de Estados Americanos | 548 |
| Sistema de la Integración Centroamericana..... | 549 |
| Unión Europea | 550 |
| I. 3. Normativa Interna..... | 552 |
| Alemania | 552 |
| Belice | 552 |
| Brasil | 552 |
| Costa Rica | 553 |
| El Salvador..... | 553 |
| España..... | 554 |
| Estados Unidos de Norte América..... | 554 |
| Francia..... | 554 |
| Guatemala | 555 |
| Honduras | 555 |

Índice

| | |
|--|-----|
| Nicaragua | 556 |
| Panamá | 557 |
| Reino Unido | 558 |
| Venezuela..... | 558 |
| Anexo II. Jurisprudencia Citada | 559 |
| II.1. Jurisprudencia Internacional | 559 |
| Corte de Apelaciones de La Haya..... | 559 |
| Corte Europea de Justicia..... | 559 |
| Tribunales Arbitrales Ad-Hoc..... | 559 |
| II.2. Jurisprudencia Nacional | 559 |
| Belice | 559 |
| Canadá..... | 560 |
| Costa Rica | 560 |
| El Salvador..... | 563 |
| España | 566 |
| Estados Unidos de Norte América..... | 566 |
| Francia..... | 566 |
| Guatemala | 567 |
| Honduras | 568 |
| Reino Unido | 569 |
| Nicaragua | 569 |
| Panamá | 570 |
| Anexo III. Bibliografía citada | 573 |
| Anexo IV. Documentos Citados | 607 |

Claudia María Castro Valle

LISTA DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

| | |
|--------------|---|
| AA. VV. | Autores Varios |
| Arb. | Arbitral |
| Art. / Arts. | Artículo /Artículos |
| ATCA | Ley de reclamaciones por daños causados en el extranjero, por sus siglas en inglés |
| BGB | Código Civil, por sus siglas en alemán |
| BOE | Boletín Oficial Español |
| CARICOM | Mercado Común de la Comunidad Caribeña, por sus siglas en inglés |
| Cass. Civ. | Casación Civil, en francés |
| CDC | Código de Defensa del Consumidor, por sus siglas es portugués |
| CE | Comunidad Europea |
| CEE | Comunidad Económica Europea |
| CERCLA | Ley integral de respuesta, compensación y responsabilidad ambiental, por sus siglas en inglés |
| CH | Conferencia de La Haya |
| CIDIP | Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado |
| COE | Consejo de Europa |
| COM | Comisión Europea |
| Coord. | Coordinadores |
| DCBP | Nematocida Dibromocloropropano |
| ed. | edición |
| Ed. | Editor / Editores |
| Eds. | Editores |

| | |
|-----------------|--|
| ELD | Directiva sobre responsabilidad ambiental, por sus siglas en inglés |
| et seq. | Y los subsiguiente, en latín |
| EU | Unión Europea, por sus siglas en Inglés |
| Fed. R. Civ. P. | Reglas Federal del Proceso Civil, por sus siglas en inglés |
| GLO | Ordenes de Litigación en Grupo, por sus siglas en inglés |
| Int'l | Internacional |
| KapMuG | Ley del Caso Tipo para los Mercados de Capital, por sus siglas en alemán |
| LACP | Ley de Acción Civil Pública, por sus siglas es portugués |
| LAP | Ley de la Acción Popular, por sus siglas en portugués |
| Ltd. | Limitado |
| MARPOL | Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques |
| MDL | Panel judicial sobre litigios multidistritales, por sus siglas en inglés |
| nº | número |
| No. | número |
| Núm. | Número |
| N.Y. | Nueva York |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| OHADAC | Organización para la armonización del derecho de los asuntos del Caribe, por sus siglas en francés |
| OIEA | Organismo Internacional de Energía Atómica |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| OMI | Organización Marítima Internacional |

Abreviaturas

| | |
|---------------|--|
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| Op. Cit. | Obra Citada |
| OPA inglés | Ley de contaminación por hidrocarburos, por sus siglas en inglés |
| p. | página |
| PARCA | Plan Ambiental de la Región Centroamericana |
| PIB | Producto Interno Bruto |
| PNUMA | Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente |
| pp. | páginas |
| Rep. | Reportero |
| SICA | Sistema de Integración Centroamericana |
| TJUE | Tribunal de Justicia Europeo |
| Trib. | Tribunal |
| UCA | Universidad Centroamericana |
| UICN | Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza |
| UK | Reino Unido, por sus siglas en Inglés |
| U.N. | Naciones Unidas, por sus siglas en Inglés |
| UNAM | Universidad Nacional Autónoma de México |
| UNCLOS | Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar |
| U.S. | Estados Unidos, por sus siglas en inglés |
| v. | versus |
| Vid. | Véase |
| Vol. | Volumen |
| WCAM | Ley de soluciones colectivas para las reivindicaciones en masa, por sus siglas en holandés |
| ZPO | Ordenamiento Procesal Civil , por sus siglas en alemán |

SUMMARY¹

This dissertation addresses mass litigation as an effective way to ensuring judicial protection of private individual legal interests affected by cross-border environmental tort in Central America. The relevance of this topic is based on the real possibility of such torts occurring in this region due to industrial development, as they have happened in other parts of the world.

Given the need for environmental tort to be properly repaired, especially when it affects the quality of people's life as well as private property, the first goal of this study was to identify how do the legal systems of the region deal with tortious liability, in order to understand if the available Tort Law is suitable from the perspective of the environment. Using comparative analysis, it was possible to establish that all this systems include fault-based liability as a general solution, and strict liability for exceptional situations.

The next goal was to determine if these legal systems recognized supra-individual interests, and if so, what kind of protection is offered to these categories. After identifying that although all the seven Central American legal systems recognize the existence of supra-individual interests, just four include procedural instruments devised for mass litigation and the protection of individual homogeneous interests. Yet, none of them were created having environmental tort as main concern. Their main purpose is to protect consumers' rights.

Taking on account the success achieved in other jurisdictions using class actions to solve issues of this nature, and using as reference the willingness of some of the Central American lawmakers to integrate such instruments in their system, the next goal was to establish which were the features the ideal class action should have, in order to tackle environmental torts in the most adequate way possible, according to the complexities of the seven legal systems in the region.

Since the problems dealt with in this dissertation are not only collective, but also of a transboundary nature, it was also deemed necessary to understand the

¹ This Summary was drafted in English in order to comply with the requirements needed to attain the International Mention complementing the Doctorate Title, as provided by Article 15.1.b) of the Royal Decree 99/2011 of February 28th, on the regulation of doctoral education (BOE n° 35, of February 10th 2011).

qualities of the Private International Law sources available in the region, specially focusing on the three main problems attended by this legal discipline: conflict of jurisdictions, conflict of laws, and the recognition and execution of foreign judgments.

A thorough analysis revealed that the domestic sources are lacking the needed solutions, and that not many conventional sources are available to complement the identified gaps. Yet, those existing are outdated, specially when dealing with such a complex subject as environmental tort, and more so, when dealing with the protection of supra-individual interests such as the individual homogeneous ones.

Therefore, the main objective of this thesis was to propose the basis of what should become a unified system of Private International Rules dealing with these three subjects. This, in order to ensure the effectiveness of the judgments issued in mass litigations, by suggesting comprehensive solutions for the problems posed by class actions and environmental tort in the Central American system of sources available for this discipline.

To achieve these objectives, the analysis that was carried out entailed various legal disciplines, namely Private Law, Procedural Law, International Public and Private Law and Environmental Law. The comparative method was used, in order to better understand the differences and similarities of the two legal traditions that coexist in the region (Common Law and Civil Law).

GENERAL INTRODUCTION²

1. In this moment, when globalization seems to be questioned from different fronts, the Central American integration process that initiated in 1960, is more alive than ever, and starting one of the most interesting stages of its evolution. Guatemala and Honduras have taken the initiative, and within the framework of the Central American Integration System (SICA, in Spanish), have decided to start the process of unifying their customs; a process that has been long waited for, in the evolution that the region's common market was expected to have.

Initially, this customs unification will allow the free circulation of goods throughout both countries, thus becoming a pilot phase of what could be the regional order of things in the near future. This milestone in the regional integration process, could surely contribute to the surge of cross-border legal conflicts. In other words, it is increasingly possible for the courts in different Central American countries to be confronted with the need of having to solve disputes, in which at least one of their elements is connected to foreign jurisdictions and laws. Moreover, these conflicts will have varied origins, and, undoubtedly, the causation of tort is one of them.

2. Considering the above, this work addresses environmental tort. A type of tort that unfortunately tends to go hand in hand (and even increase) with the industrial development driven by the trade and economic integration processes. But it also focuses on the harmful effects that this can assert on the property and health of individuals, reflecting in depth on their characteristics, and on the way in which the law can contribute to its solution, and, why not, to its prevention.

This has meant analyzing the way in which some legal systems have rethought the institute of non-contractual civil liability, using paradigms that differ from the traditional ones. Within these new paradigms, the theory of risk-based civil liability stands out. In many legal systems, this theory has been established as the cornerstone of the regulation regarding dangerous and risky activities for the environment. However, this new vision of the Institute of Aquilian Liability is not enough to answer all the problems that arise from environmental tort. There are still several tasks to be

² This General Introduction was drafted in English in order to comply with the requirements needed to attain the International Mention complementing the Doctorate Title, as provided by Article 15.1.b) of the Royal Decree 99/2011 of February 28th, on the regulation of doctoral education (BOE nº 35, of February 10th 2011).

solved in this area, especially for lawmakers of the civilian tradition, who have had the most difficulty in matching their tort law to the actual needs of post-industrial life.

3. Based on this, one of the purposes of this work has been to understand the state of evolution of tort law in the region, in order to determine the appropriateness of the remedies it offers for the problems identified throughout this work. To this end, the use of the comparative method has helped provide a frame of reference, in which the different remedies available have been assessed from the perspective of the two legal traditions that coexist in the region. The aforesaid analysis has helped with the identification of the upstanding differences and similarities among these legal systems, as well as of the remaining gaps and needs that should to be addressed by the Central American legislators, if they really care about providing efficient solutions for the legal problems that individuals are confronted with, related to the environment.

Added to this, if anything could be learned from all the environmental accidents that occurred since the end of the nineteenth century, is that people rarely suffered their effects on an individual basis. Examples of this are cases such as the Torrey Canyon stranding of 1867, the Trail Smelter case of 1941, the Seveso accident in 1976, the Amoco-Cadiz oil leak in 1978, the infiltration of chemical residues into the water sources at Love Canal, the Bhopal gas leak in 1984, the chemical contamination of the Rhine in 1986, the Chernobyl explosion in that same year, the 1989 Exxon-Valdez oil spill, the 2002 Prestige spill, the Deepwater Horizon oil rig explosion in 2010, and the Fukushima nuclear accident in 2011. Due to their very nature, large groups of people have suffered the effects.

4. All this raises questions regarding a significant number of legal problems, ranging from the access to justice guaranteed to the members of these groups, to their legal certainty, passing by the content given to the legal concept of due process of law, as well as the mechanisms available for its implementation. That is why, it has been important in the context of this work, to understand from a comparative perspective, on how Central American legislators have confronted these problems, starting from the way in which supra-individual interests are regulated in the different legal systems of the region. This has helped to comprehend whether individual injuries suffered in a collective manner are adequately protected, or if lawmakers still have work to be done.

Introducción General

In the process, it has also been possible to review the way in which the concept of effective judicial protection is understood in each of these systems, always taking into account the two legal traditions available in the area: Common Law (Belize) and Civil Law (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica and Panama). Analysis has focused on evaluating the content that the law and the judicial precedents of each of these States have integrated to the aforesaid concept, emphasizing on the operability that is made possible through the principles that conform the notion of due process.

5. Added to this, the characteristics of environmental tort may not only force the lawmakers to review civil norms that would intervene in the solution of this type of conflicts, but also imply that some of the available procedural solutions must be rethought to adequately guarantee the protection of supra-individual interests. As an example, for almost eighty years now, US lawmakers have given very effective responses to issues of a collective nature with the Class Action, designed by the Rule 23 of the Federal Civil Procedure Rules in force in that country. The model there established is an obligatory reference of various doctrinal proposals that seek to serve as patterns to be replicated in different legal systems, as well as for normative models that are gradually surfacing in different States.

That is why this study also includes an analysis of procedural solutions available in Central America, both for the protection of supra-individual interests in general, and of homogeneous individual interests in particular. This consideration has been used to determine the appropriateness of the solutions set in place to solve conflicts arising from the harm sustained by individual property, because of environmental tort. When the conclusion is that they are not up to the task, the basis of a suitable model has been suggested, which has tried to include the perspective of the members of the affected group, as well as the perspective of the environment itself.

6. Furthermore, making such an emphasis on procedural solutions, means that Private International Law cannot be left aside when the conflicts studied have cross-border connotations, thus returning to the starting point. In this context, this study has sought to understand the availability, scope and versatility of the region's normative sources for the three areas of greatest interest to this discipline: international judicial

jurisdiction, applicable law, and the recognition and execution of foreign judgments. This has entailed comparing them with solutions available in other areas of the world.

It is worth noting that the regional system of normative sources has had a very particular development over time. On the one hand, there is a very poor evolution in terms of Private International Law rules available on most of the concerned States (although one has to recognize some notable exceptions). But, on the other, it incorporates one of the international conventions that has had the greatest merit over time in the Private International Law discipline, the Bustamante Code. Its relevance derives, both from being extremely avant-garde for its time, as well as from the level of integrality and cohesion of its regulations. However, after almost ninety years of existence, one has to question the efficiency of the solutions it offers to the concerns dealt with in this study.

Likewise, international conventional norms created in the framework of the Hague Conference on Private International Law, have not been neglected in this study, in spite of the rather cold reception received by the States of the region. Nevertheless, recent breakthroughs have begun to emerge, with the recent incorporation of Costa Rica as a Contracting State of The Hague Conference, making them more relevant to the subject matter. Additionally, the continental effort of the Inter-American Conferences on Private International Law has also been taken on account in the analysis. Similar to what has happened with The Hague conventions, these treaties have not had the wide reception that was first expected, although they have made a greater dent in the sub regional context than those of The Hague.

7. Having said this, the purpose of referring to international judicial jurisdiction in this work has been to determine whether this attribution is granted to local Judges and Tribunals by the system of legal sources available in each of the countries in the isthmus. If that is the case, the suitability of jurisdiction related rules has been assessed by trying to understand the way in which competent forums to solve the legal conflicts that arise from environmental torts are established. When the reached conclusion is that these solutions are not adequate, a proposal for a comprehensive system focusing specifically on transboundary environmental tort in which a unified system of regional competition rules could be based, has been included.

Introducción General

Reviewing the system of sources that determine the applicable law for this kind of legal conflicts, has served a similar purpose. It has been important to understand whether they contain substantive rules that directly establish which of the legal systems that are connected to litigation is the one that should be applied, or whether one has to resort to the conflict rules provided by Private International Law; and in the case of the latter, which are the legal principles that have been used to determine their content. Furthermore, this analysis has been decisive in understanding how foreign law should be applied in each of the Central American forums, in case available substantive or conflict rules refer to them.

When referring to the recognition and enforcement of foreign judgments in the region, the pursued exercise has not been different. Once again, analyzing legal sources has allowed uncovering whether Central American legislators have embraced the most *avant-garde* doctrinal positions that differentiate these two figures, or whether they cling to more traditional constructions in which recognition was implicit in the execution of the judgments. It has also made it possible to understand similarities and differences in procedures designed for this purpose.

8. With a content as broad as the one described above, the study presented here has been structured in two parts. The first one focuses on the comparative analysis of both substantive and procedural law that would intervene in mass litigation for transboundary environmental tort in Central America. The second one is also based on a comparative analysis of the law regulating mass litigation for transboundary environmental tort, but from the perspective of Private International Law. Both parts comprise three chapters each.

Chapter 1 makes a comparative environmental tort law in Central America. This implies deducing how the concept of environmental tort is configured by various sources available in the region, understanding whether it shares the generic characteristics of tort, or if they differ because the very nature of the harm involved. This consideration is the starting point of an exercise that has allowed defining the contours of non-contractual civil liability regimes in the isthmus, specifying whether their nature is corrective or distributive.

To this end, the theories traditionally used as reference to fill such regimes with content are fault-based or risk-based. This does not necessarily mean that

lawmakers have had to opt for one or the other theory. Understanding that the construction of such legal systems normally part form the very traditional fault-based theory, the analysis sought to establish how much the seven legal systems under scrutiny have evolved a risk-based system. These findings have been complemented by an inquiry of the applicable exceptions or defenses for the different types of environmental tort.

This detailed analysis has also allowed establishing how environmental tort should be repaired, emphasizing on the difficulties that may arise when trying to achieve this objective. Moreover, and in spite of understanding that reparation is the primary objective of civil liability, it also addresses some of its other possible purposes such as prevention and deterrence, as well as some of its practical potentials, such as the legal solutions for nuisance and the rectification of the abuse of law.

9. In Chapter 2, the analysis departs from the substantive law, and begins to delve into some issues that are more closely related to the procedural sphere. Specifically, it seeks to establish if the seven legal systems studied, recognize effective judicial protection as a prerequisite to guarantee access to environmental justice. This has been done deepening in the content of this legal figure, based on its main elements, namely, free access to the courts, obtaining a duly founded and motivated resolution from the courts, the right of the parties to appeal judgments, the right to enforce those judgments, and the principle of due process of law.

However, the analysis of the tutelary functions of the law has not been limited to the process itself, but included environmental interests as well. This has involved determining whether the legal systems of the region recognize and protect them, as well as establishing the basic differences between these and individual interests, which have traditionally been the object of protection of the norm.

For this, it has been necessary to differentiate between individual, public and supra-individual interests. These categories have not been chosen arbitrarily, but correspond precisely to environmental interests, which can be understood in some cases as public interests, and in others as diffuse interests. And in the case at hand, homogenous individual interests have also been considered, due to the fact that they can also be directly affected.

10. In Chapter 3, the procedural issue definitively becomes the priority. It focuses on mass litigation for the protection of individual homogenous interests affected by environmental torts. The most appropriate way to do this was to start by commenting the main normative references that must be taken into consideration when trying to configure a procedural solution of this nature. The ones that have been taken into account are the English Representative Suit, the American Class Action, the Brazilian Civil Action, the Model Code of the Civil Process for Ibero-America, and the European Horizontal Framework for Collective Redress.

From that point on, the matter of interest in that Chapter has been to determine whether, in fact, it is possible to identify procedural instruments of this type in the Central American legal systems. If so, what are the characteristics that should have been taken into consideration by the lawmakers of the region, to actually achieve an adequate level of functionality for these group actions from the perspective of interests linked to the environment.

That is why, the pursued analysis has focused on some fundamental aspects, such as the legal capacity of the parties in the process, the configuration of the groups and their standing, the different kinds of group representation, the exercisable claims, the possibility of implementing precautionary measures, the distribution of the burden of proof, the characteristics of the judgment, the *res judicata* effect, the execution of those judgments, and the very particular role that judges must have in group actions.

11. Having dealt with the main substantive and procedural aspects related to the subject matter of this work, the following three chapters focus on analyzing the cross-border element. In this regard, Chapter 4 tackles one of the three problems traditionally addressed by Private International Law, namely, international judicial jurisdiction. Again, from a comparative stance, the analysis begins by pointing out the more general aspects of the way in which this element is configured by the regional system of legal sources. And then, it proceeds to establish the manner in which these laws determine the competent forums to initiate actions in case of transboundary environmental tort (for the main litigation as well as for the application of precautionary measures).

This has been complemented with the revision of some of the mechanisms that can be used to restrict international judicial jurisdiction, preventing the judge of the

chosen forum from hearing certain disputes. This category includes some mechanisms that have been developed within Common Law, such as anti-suit injunctions, which have been more widely accepted in the arbitration field; and others that are applicable both from the logic of Common Law and Civil Law, such as the exceptions of *res judicata*, *lis pendens* and connectedness.

However, and taking into account that available sources in Central America have not considered the specific assumption of indirect harm caused by environmental torts, at the end of this Chapter the basis of a uniform model for determining international jurisdiction for this type of legal conflicts is proposed. This model, which is grounded on specific characteristics of the legal systems of the region, is sought to solve all the problems that have arisen as the previous analysis has been developed in the most efficient way possible.

12. Continuing with this idea, Chapter 5 focuses on the second problem traditionally addressed by Private International Law, and this is the law applicable to plurilocalized litigation. In this sense, an attempt has been made to determine whether the system of sources available in the region includes substantive rules for resolving this, or whether there is a need to resort to conflict rules, and if so, what logic has been used by lawmakers, both conventional and national, to create them. The aforesaid logic has been examined from the requirements of International Environmental Law, to ensure that the answers provided, actually have the environmental interests as a priority.

However, determining the law applicable to a plurilocalized legal dispute may result in the national court of a State having to apply foreign law in order to solve the dispute. That is why, in the second part of this Chapter, the approach entails establishing how the legal sources solve the problems that this situation could generate, including very particular scenarios, such as obtaining evidence abroad, and *renvoi*. It also tackles the limits that these sources impose on the possible application of a foreign law, specifically, the public order exception, the obligation to recognize rights previously acquired or legal situations validly created beforehand, and the possibility of appealing or using other resources available in the law. As in the previous one, all the considerations made in this chapter have served to propose the basis of a system that in the future could evolve to be a uniform solution for the choice of law applicable in cases of transboundary environmental tort.

13. Finally, Chapter 6 analyzes how the region's legal sources solve the recognition and enforcement of foreign judgments. It begins by explaining the position of the lawmakers of each State of the region, in relation to the method used to proceed with the aforesaid recognition and execution. In some cases, these methods follow the most current doctrinal opinions, separating one procedure from the other, while some regulations that do not differentiate them still remain in the region.

It also deals with the general conditions that each of the available legal sources establishes for the admissibility of the recognition of foreign judgments. These are multiple and varied, ranging from the legal qualification of the jurisdiction of the Judge who issued the judgment, to *lis pendens* and connectedness, including due service to the parties involved (particularly regarding the absent members of the group), enforceability of judgments, and the exception of public order. Likewise, it tries to determine which of those procedures are aimed at obtaining such recognition, including those that allow it partially.

Added to the above, are the elements that must be taken into account to ensure the corresponding execution of the judgments issued by a foreign Judge. In this regard, the analysis is not limited to informing about the procedures that are available in the regional legal sources. It also includes an analysis of its requirements, and establishes which are the competent forums where to proceed with the execution.

However, given the complexity of the litigation dealt with in this work, this Chapter places special emphasis on the problems that may arise when trying to achieve the recognition and enforcement of foreign judgments. On the one hand, it analyzes the subjective causes that could lead to a denial of such a request. On the other hand, it emphasizes in the problems that could be generated the mechanisms applied for the configuration of the groups put in place by Central American lawmakers. In addition to that, in order not to break with the on-going dynamics, this chapter also proposes the basis of a system that would complement the one suggested at the end of Chapter 4, in order to establish a uniform system that includes three elements: judicial jurisdiction, recognition of foreign judgments and their subsequent execution.

14. It is hoped that the findings set forth throughout this document will collaborate with the lawmakers of the region, advising them on comprehensive

solutions for the aspects discussed in this study, acknowledging that these are also part of the integration process in which the seven Central American States have embarked, and for which no joint answers have been generated yet. Added to that, it is also hoped that with these sort of academic contributions, Private International Law will claim the position which has been denied so far in the Central American legal systems, and which it deserves undoubtedly, in such a globalized regional reality.

PRIMERA PARTE.
ANÁLISIS COMPARATIVO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LAS
ACCIONES DE GRUPO POR RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO
AMBIENTAL EN CENTROAMÉRICA

INTRODUCTION TO THE FIRST PART³

15. PANETTA points out that the notion of an «*environmental problem*» usually refers only to those extremely critical disturbances that, continuously appearing since the industrial revolution, have not been yet fully solved. Nonetheless, because of their very own nature, some of these disturbances happen to transcend the material confines of a State, unconditionally surpassing all the barriers that may eventually appear from the ideological diversity and the multiple economic and political interests⁴.

But it has been only during the last four decades, that humanity has tried to find suitable solutions in order to deal with such disturbances. This late awareness, that happened even later in Central America due to the political, social and economic circumstances that have hampered the development of the region, has caused that many efficient and expeditious legal solutions are not available there yet, and if they are, they're normally not being applied.

In the light of the above, Chapter 1 of this study analyzes some of the options discussed by legal experts, who for some time now have been resorting to Private Law in order to find new options for environmental problems. Thus, these legal experts have extensively analyzed some institutes available in other regions of the world, such as non-contractual civil liability, trying to approach such problems from an economic perspective⁵. However, there are still some gaps in the Central American legal systems that prevent the possibility of improving the claimants' opportunities, postponing Private Law's chance of achieving the preponderant role it could, by solving such problems⁶.

16. The above is most evident when analyzing Tort Law, one of the fundamental elements of any national legal system. It is an instrument within Private

³ This Introduction was drafted in English in order to comply the requirements needed to attain the International Mention complementing the Doctorate Title, as provided by Article 15.1.b) of the Royal Decree 99/2011 of February 28th, on the regulation of doctoral education (BOE nº 35, of February 10th 2011).

⁴ PANETTA, ROCCO. *Il danno ambientale*. Turin, G. Giappichelli, 2003, p. 20.

⁵ SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. «Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas». En AA.VV. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 3015.

⁶ WILDE, MARK. *Civil Liability for Environmental Damage: a comparative analysis of law and policy in Europe and the United States*. La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 4.

Law, that could further the reparation of the injustices caused by harmful activities. But until now, because of its own requirements, it has had limited possibilities as a suitable solution. An example of this could be that to obtain compensation, traditional Tort Law requires proof that fault played a part in the production of harm, or at least, that it was triggered by some negligent activity. It is also necessary to prove the causation between the injurious action and the harm. This requirements had originally been designed to offer just solutions to individual claims, in a case-by-case basis.

However, at the moment, where an accelerated technological development is happening, the risks for individuals are exponentially increased, making it necessary to rethink Tort Law from a new perspective, and with new purposes. In the new Tort Law's paradigm, penalizing fault should no longer be so relevant. Its objective must be the actual protection of the victims and the compensation of the damage⁷, where deterrence is the effect that should be consciously sought, instead of being a casual or marginal occurrence.

This is not intended to transform Tort Law into a tool designed to cripple human activity. The envisioned intention is to ensure that the risks of development are understood and that the victims are not left to suffer their harmful effects, burdening instead those who benefited economically from such risky activities. The idea is to avert from its eminently corrective nature, and to allow the reduction of the social impact caused by the sustained injuries, by equitably distributing the losses caused.

Given that in most jurisdictions Tort Law has successfully begun to evolve in this direction, it is necessary to understand if Central American lawmakers have also followed this trend, or if they have preferred to stay out of the way, sticking to the traditional model of compensatory justice. Furthermore, in the highly industrialized and technological environment in which humanity nowadays lives, it is rather important to determine whether these lawmakers have been concerned with finding adequate solutions to handle those massive harmful consequences and, accordingly, to control activities that could cause such injuries⁸.

⁷ ROGEL VIDE, CARLOS. «Culpa y responsabilidad extracontractual». En GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER (Coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Tomo II, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, p. 1802.

⁸ KAWANO, MASANORI. «Globally expanding business activities and tort regulations». En STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative studies on business tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 4-5.

17. Added to this, when it comes to the environment, the scale of current and potential harmful injuries is much greater than in other settings. Environmental accidents already faced by highly individualized processes and remedies of traditional civil justice, not always have been up to the task when massive compensation has been needed⁹. Hence, consideration should be given to whether the region's regulatory systems have evolved enough, in order to provide adequate solutions to the legal conflicts resulting from common environmental injuries, as well as to personal injuries or property damages.

In addition, environmental damage reveals some very particular characteristics that should be addressed by very complex solutions. One of these features, on which the premise of this study is based, is the possibility of transboundary injuries. Taking into account the relatively small territorial dimension of the Central American states, as well as the existence of multiple international and border watercourses, the occurrence of transboundary environmental damage is a foreseeable reality¹⁰. In fact, this possibility poses many challenges to the Central American juridical context, because the proper approach will depend on whether the regional integration process manages to connect all of the seven national legal systems, either through harmonization, uniformity or unification.

From this perspective, economic analysis of the law has proven to be a useful tool, not only to adequately establish the cross-border nature of the damages, but also to further deepen the benefits of normative harmonization in cases of transboundary environmental tort. Arguments have been posed in its favor, seeing it as a logical solution to the conflicts that arise from the undesirable diversity of norms that may influence the proper deduction of liability for environmental damages.

The main argument has been that, in many cases, competition between national legislations yields poor results, producing cross-border externalities. This situation may become even more detrimental when the legal systems of a region do not have the same regulatory standards, since the States concerned try to attract the

⁹ MURRAY, PETER L. «Mass torts and American Civil Justice». En STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative studies on business tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 176.

¹⁰ An example of this has happened in recent years in the región of the Gulf of Honduras, where contaminated waters of the Motagua River, that crosses the Guatemalan territory, flow into the Caribbean Sea on the Guatemalan coast, contaminating beaches of the municipalities of Omoa and Puerto Cortés in Honduras.

industry by applying a permissive administrative regulation, creating inequitable conditions among the different economies¹¹.

18. Chapter 2 focuses on analyzing, on the one hand, the content of the principle of effective judicial protection in Central America, with special emphasis on the right of access to justice. On the other hand, it also makes emphases on the apparent slowness with which the protection of collective interests has become available in the different legal systems of the countries that belong to the Civil Law tradition.

It is obvious that there has been some resistance within this legal tradition to create (or to use, when they already exist) the necessary mechanisms for the adequate protection of such interests. This resistance could be understood as natural, if one takes into account that this tradition has been historically concentrated on individual rights. It is worth mentioning that at the moment, this has somehow yielded, making it possible to find some procedural instruments specially designed for mass litigation, although, initially thought only for the defense of consumer rights.

19. Chapter 3 focuses on analyzing the advantages obtained by including these procedural instruments in the legal systems, with the purpose of satisfactorily protecting individual homogeneous interests injured as a consequence of environmental harm. But, above all, focuses on determining what is the ideal configuration of such procedural instruments.

In this sense, one of the advantages observed in the use of these complex instruments is their direct link to an effective judicial protection, because access to justice is more appropriately addressed through the use of mass litigation. Class Actions tend to ensure that the recognition of supra-individual rights is not relegated to a purely theoretical discussion. They ensure that these rights do not fall outside judicial protection, allowing victims to overcome economic obstacles linked to the cost of legal proceedings, which usually discourage them from prosecuting conflicts of this nature.

This is especially true when one is faced with claims linked to the environment, as the procedural costs can be much higher than usual. Environmental

¹¹ FAURE, MICHAEL. «Economic Analysis of Tort Law and the European Civil Code». En HARTKAMP, ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUT; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a European Civil Code*, 4^a ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 982-986.

litigation turns out to be highly complex; requiring advanced technical and scientific knowledge, especially when there is a need to prove the risk of long-term exposure to toxic agents. The cost of obtaining this type of information for the average citizen is so high that trying to pursue it individually would be almost impossible¹².

Class Actions assist on balancing the relation between victims and perpetrators, especially when the latter have a greater economic power than the former. Through these instruments, harmful behaviors can be deterred. This would rarely be possible through individual litigation. This effect attributed to Class Actions is so important that it even could be used to replace governmental function of designing public policies for the protection of supra-individual interests¹³.

20. After finding an adequate vehicle to guarantee access to justice in Class Actions, it becomes necessary to assess how these procedural instruments have been received in the regional context. Any reluctance by the lawmakers in this sense could imply a violation of the public right to obtain judicial protection¹⁴. In addition, if there has been some kind of reception of such instruments, but it has not been horizontal, one would be faced with a fractioned regional legal system, where the protection of homogenous individual interests could sometimes not be addressed in the most efficient manner. And, it is precisely here where one can visualize an opportunity, by proposing a suitable model for the entire region, after determining which are the ideal features that should be included in a procedural instrument of such a nature.

It should be added to the above that there are two legal traditions available in the region: Civil Law and Common Law. Both systems differ, among other things, on the underlying ideology defining each one of them. In the Civil Law, the judicial function is limited to the application and the reasoned interpretation of the law, excluding the Judges of the possibility of creating it, a function that corresponds only to the legislators. Hence, any model proposed must be constructed by means of systematic, coherent, unambiguous and with clear rules. In this way one avoids judicial discretion.

¹² DE SALLES, CARLOS ALBERTO. «Políticas públicas y legitimidad colectiva». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004, pp. 121-122.

¹³ GIDI, ANTONIO. *A class action como instrumento de tutela colectiva dos direitos*. Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2007, pp. 29-36.

¹⁴ STADLER, ASTRID. «Mass tort litigation». En STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative studies on business tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 164.

Whereas, Judges play a primordial role in Common Law. Their function is to be the actual constructors of the law, by means of the jurisprudential activity. The creativity therefore allowed obviously mean having a wide judicial discretion, yielding in the continuous renewal of the law, developing a more flexible system that better allows to deal with the changing times and needs of society¹⁵. Understanding the underlying ideological differences between both traditions should be a mandatory part of the analysis, in order to recognize if they actually have a relevant effect in the solution of the conflicts that may arise from the use of Class Aactions in order to address environment related claims.

¹⁵ PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. *Commonwealth Caribbean Business Law*. 3^a ed. Abingdon, Routledge, 2016, pp. 4-5.

CAPITULO 1. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN CENTROAMÉRICA

21. Determinar si se justifica o no la protección del ambiente por el Derecho Privado ha sido objeto de preocupación por parte de la doctrina jurídica, que le ha dedicado amplios análisis desde hace varios años. Dicha discusión parte del hecho de la protección existente en el Derecho público para éste interés. Para el caso específico que nos ocupa, el de la región Centroamericana, todas las constituciones vigentes garantizan a los ciudadanos la protección del ambiente, algunas veces incorporada directamente como una garantía individual, otras veces vinculada a otros derechos como por ejemplo, el de la salud o el de la vida. Estos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, no sólo se ejercitan frente al Estado, sino que tienen una eficacia horizontal, también obligando a los particulares.

Si uno se limita a reconocer la naturaleza supraindividual del derecho a la protección del ambiente, el Derecho Público es, a primera vista, la opción idónea para su tutela. Sin embargo, si además se reconoce que el daño al ambiente puede generar efectos indirectos que pueden llegar a afectar intereses individuales, hace que la discusión tenga sentido. En ese debate parece haber una conclusión casi generalizada, en la que se afirma que el papel que juega el Derecho Privado en este conflicto jurídico es complementario al del Derecho Público, pues ofrece posibilidades adicionales de tutela que permiten el reconocimiento el derecho al ambiente como uno inherente al pleno desarrollo de la personalidad.

Una de estas posibilidades es la ofrecida por el instituto de la responsabilidad civil, pudiendo aplicarse cuando se sufre una intromisión ilegítima o cualquier menoscabo contra dichos derechos inherentes a la personalidad, y son afectados no sólo desde una perspectiva económica sino que también moral¹⁶. A pesar de lo anterior, y por lo que a la protección del ambiente se refiere, la distribución de roles señalada entre el Derecho público y el Derecho Privado posiblemente permanezca inmodificable.

¹⁶ VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN. «Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año VI, Núm. 29, Enero-Junio de 2012, p. 219.

22. Esto no es óbice para señalar que la utilización del Derecho Privado como una vía de tutela para el ambiente, ofrece otras ventajas, tales como serían la posibilidad alcanzar de manera más efectiva el reto propuesto por el principio 13 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo¹⁷, al establecer que «*los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales*», y cumplir así con otro principio del Derecho Ambiental: «*quien contamina paga*»¹⁸. Así fuera utilizado el Derecho Privado se podrá accionar en aquellos casos en los se tenga que proteger derechos o intereses igualmente privados que se vean afectados por las lesiones al ambiente, permitiendo que -cómo señala JORDÁ CAPITÁN- se extienda dicha protección al interés colectivo ambiental por efecto reflejo¹⁹, logrando una ventaja adicional.

23. Ante tal promisorio escenario, es menester mantener la objetividad en el análisis. Es necesario comprender que la tutela que es posible brindar al ambiente por medio de los constructos más tradicionales del Derecho Privado, sigue mostrándose insuficiente para proteger adecuadamente las garantías ciudadanas incluidas en los textos constitucionales, sobre todo con la amplitud que hoy en día se les reconoce. A menos que, los ordenamientos jurídicos comiencen a hacer propias las más modernas posiciones ofrecidas por la doctrina.

Dentro de estas se debe incluir la objetivación del Derecho Privado material, siendo que la responsabilidad civil basada en el riesgo parece ser el mecanismo idóneo para la protección de intereses jurídicos individuales y colectivos vinculados

¹⁷ ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992. Disponible en: <http://www.un.org>

¹⁸ La expresión «*quien contamina paga*» se utiliza para hacer referencia al Principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el que establece que «*las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales*». Este principio contiene la noción económica de la internalización de las externalidades negativas causadas por el contaminador. No obstante, para buena parte de la doctrina, este principio tiene un marcado efecto preventivo, no obstante, no ha sido posible determinar empíricamente lo anterior. La principal dificultad de comprobar lo anterior reside, como comenta FAURE en que aún no haya absoluta claridad con relación al contenido de categorías tales como «*contaminante*» y «*contaminación*», ni sobre qué es lo que se debe pagar. Vid. FAURE, MICHAEL (Editor). *Deterrence, Insurability and Compensation in Environmental Liability. Future developments in the European Union*. Viena, Springer-Verlag, 2003, pp. 32-34; VAN CALSTER, GEERT; REINES, LEONIE. «The ELD's Background». En BERGKAMP, LUCAS; GOLDSMITH, BARBARA J. (Editores). *The EU Environmental Liability Directive, A Commentary*. Croydon, Oxford University Press, 2013, p. 27.

¹⁹ JORDÁ CAPITÁN, EVA. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 129.

con el ambiente²⁰. Dicha objetivación es imperativa si lo que se pretende es alcanzar el paradigma propuesto por la doctrina que aborda la responsabilidad ambiental contemporánea: la reparación plena del daño²¹. Desde la perspectiva del Derecho Privado este constituye sin duda un nuevo paradigma. Porque, si bien se recuerda, el sentido clásico del instituto de la responsabilidad civil ha sido el de señalar culpables y no precisamente el de proteger víctimas²².

De ahí que sea relevante -por una parte- entender cómo es que dicha objetivación ha sido desarrollada la región. Para eso es necesario analizar los regímenes de responsabilidad civil aquiliana disponibles, así como los que regulan las relaciones de vecindad. También es igualmente importante entender la naturaleza de la tutela judicial provista por dicho instituto. Pues es necesario determinar si esta actúa directa o indirectamente en la protección del ambiente; y, sobretodo, si su efecto se limita a ser compensatorio, o puede ser también preventivo. Por lo tanto, la ruta a seguir en este capítulo comienza con el concepto de daño ambiental, como presupuesto de la operatividad de la responsabilidad civil extracontractual²³, para posteriormente concluir en las ventajas y desventajas que este instituto ofrece a partir de la forma que es abordado en los ordenamientos jurídicos centroamericanos.

24. Uno de los problemas que trae consigo la globalización es sin duda el daño ambiental transfronterizo; y, en esos casos, la soberanía y la autonomía estatal, que son los criterios que normalmente delimitan las normas que regulan la forma en que se aborda el problema ambiental, no alcanzan para solucionarlo. De ahí que estas preocupaciones colectivas necesitan trascender de estos límites y encontrar un vehículo idóneo²⁴. Es por eso que, además de analizar los sistemas de responsabilidad civil extracontractual que están disponibles en los ordenamientos jurídicos del istmo centroamericano, también es necesario comprender como la responsabilidad por daño ambiental es tratada por el Derecho Internacional Público.

²⁰ BUJOSA VADELL, LORENZO. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona. José María Bosch Editor, 1995, pp. 21-32.

²¹ LONDOÑO TORO, BEATRIZ. «Responsabilidad ambiental: nuevo paradigma del derecho para el siglo XXI», en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 1, Núm. 2, 1999, p. 151.

²² ROGEL VIDE, CARLOS. Op. Cit. p. 1802.

²³ NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA. «El evento dañoso», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 41.

²⁴ BRUNNÉE, JUTTA. «International law and collective concerns: reflections on the responsibility to protect». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, p. 35.

El caso emblemático que hizo entender la dimensión internacional del daño ambiental fue el de la fundición *Trail Smelter*, de 1941²⁵. A partir de entonces, en la sociedad internacional, se ha ido desarrollando una serie de instrumentos basados en el principio «*sic utere tuo ut alienum non laedas*», que buscan regular la responsabilidad internacional por daño ambiental.

Este principio, que de ordinario sirve para establecer límites al derecho de propiedad inmueble, también vale para imponer un deber de diligencia a los Estados vecinos. Este compromiso internacional implica no permitir que en su territorio se realicen actividades dañosas al ambiente, sobre todo si los efectos alcanzarán a otros Estados. Asimismo, entraña tomar todas las medidas necesarias para reducir el riesgo en el caso de que se autorice la realización de actividades peligrosas en su territorio, y se asegure la reparación en caso de que el daño acontezca²⁶.

Incumplir ese deber de diligencia, ya sea porque un Estado cause lesiones en el territorio de otro Estado al no prohibir actividades peligrosas, o peor aún, por que dichas lesiones sean causadas como efecto de un ilícito internacional, genera responsabilidad internacional por daño ambiental. Sin embargo, los reclamos que aparezcan a partir de su infracción podrán provenir únicamente del Estado lesionado, y no de sus nacionales²⁷. Sin duda, con esto se está frente a una forma de tutela supranacional del ambiente. No obstante, ésta debe entenderse como un reflejo de la buena voluntad de los Estados de ir buscando soluciones al problema ambiental. Su naturaleza volitiva hace que su aplicación sea excepcional²⁸. De hecho, la realidad actual es que no existe un sistema de jurisdicción internacional ambiental, siendo el arbitraje²⁹ la solución más indicada para la solución de este tipo de conflictos³⁰.

²⁵ *Vid.* Arbitral Trib., 3 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 1905 (1941).

²⁶ GARCÍA CASTREJÓN, JEMINA. «Panorama de la responsabilidad internacional por daño ambiental», en CARMONA LARA, MARÍA DEL CARMEN Y HERNÁNDEZ MEZA, LOURDES (Coordinadoras). *Temas selectos de Derecho ambiental. México*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2006, p. 480.

²⁷ ORTIZ AHLF, LORETTA. «Responsabilidad Internacional en Materia Ambiental», en AA. VV. *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 153-155.

²⁸ PANETTA, ROCCO. *Op. Cit.* p. 21.

²⁹ Son varios los instrumentos internacionales en materia ambiental en los que se establece el arbitraje como sistema de arreglo de controversias. Entre esos está: la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres adoptada en Bonn en 1979, el Convenio para la Protección de la Capa de Ozono adoptado en Viena en 1985, el Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación adoptado en Basilea en 1989, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptada en Nueva York en 1992, la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines

Capítulo 1

Tal vez por eso es que FAURE y YING son de la opinión que, si bien es cierto el Derecho Ambiental internacional ha tenido una larga evolución, las soluciones que ha puesto a disposición de las partes litigantes en disputas internacionales, han dejado entrever que todavía persisten una serie de incertezas que es necesario clarificar³¹.

25. es por eso que, a lo largo del trabajo se estará relacionando los diferentes instrumentos de Derecho Internacional público disponibles para deducir responsabilidad civil por daño ambiental. con esto se pretende establecer el alcance de estos instrumentos y el nivel de ratificaciones por parte de los Estados de la región se tratará de entender si los legisladores de la región se han tomado con suficiente seriedad la litigación transnacional, y si han logrado hacer que el Derecho evolucione con la misma rapidez y con el mismo ímpetu con el que las relaciones transfronterizas avanzan en el ámbito centroamericano. Pero además servirá para comparar la evolución que han tenido las fuentes internas.

Vale recordar los primeros instrumentos de Derecho blando o *Soft Law* que la dieron vida al Derecho Ambiental Internacional, sobre todo la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972³². En esta se reconoce la obligación de los Estados a no contaminar el territorio de otros Estados³³, a notificar a los demás Estados de potenciales daños causados por el transporte de materiales o

distintos de la navegación adoptada en Nueva York en 1997, el Convenio para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional adoptado en Rotterdam en 1998 y el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, adoptado en Estocolmo en 2001. *Vid.* ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, Bonn, 1979, Disponible en: <http://www.cms.int> ; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, 1985, Disponible en: <http://unep.ch> ; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, 1989. Disponible en: <http://www.basel.int> ; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, 1992, Disponible en: <http://unfccc.int> ; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, Nueva York, 1997. Disponible en: <http://www.un.org> ; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, Rotterdam, 1998. Disponible en: <http://www.pic.int> ; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, Estocolmo, 2001. Disponible en: <http://chm.pops.int>

³⁰ LONDOÑO TORO, BEATRIZ. Op. Cit. p. 138.

³¹ FAURE, MICHAEL; YING, SONG. *China and international environmental liability, legal remedies for transboundary pollution*. Edgar Elgar Publishing, Cheltenham, 2008, p.1.

³² ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972. Disponible en: <http://www.unep.org>

³³ Principio 13 de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Medio Ambiente Humano.

desechos peligrosos por mar³⁴, a asegurar que las actividades que se lleven a cabo en su jurisdicción no perjudiquen otros Estados³⁵, y establece un deber de cooperación interestatal para desarrollar instrumentos internacionales que regulen lo referente a la responsabilidad y la indemnización de las víctimas del daño ambiental transfronterizo³⁶.

También hay principios que son relevantes para el daño ambiental transfronterizo y que se desprenden precisamente de este Derecho blando. Entre ellos menciona al deber de corrección en la fuente, la equidad intra e intergeneracional, la igualdad de acceso a la impartición de justicia, la no discriminación, la alerta rápida y la evaluación³⁷. Estos principios han sentado la base para que en algunas regiones del planeta se haya logrado constituir un sistema general de responsabilidad ambiental, tal como aconteció en Europa con la suscripción del Convenio de Lugano sobre responsabilidad civil por los daños causado por actividades peligrosas para el medio ambiente³⁸.

1. El Daño Ambiental

26. El Derecho privado ha venido construyendo conceptos muy específicos relacionados al daño, tanto en el contexto anglosajón como en el contexto continental. Sin embargo, estos no necesariamente coinciden con otras lesiones que originalmente eran tratadas por otras ramas jurídicas, como en el Derecho Administrativo, por ejemplo, pero que ahora buscan soluciones para la adecuada reparación en el Derecho

³⁴ Principio 18 de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Medio Ambiente Humano.

³⁵ Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Medio Ambiente Humano.

³⁶ Principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Medio Ambiente Humano.

³⁷ GARCÍA CASTREJÓN, JEMINA. Op. Cit. p. 475.

³⁸ Esta Convención se refiere tanto al daño ambiental directo, como a los daños patrimoniales y personales tradicionales que pueden ser generados por actividades peligrosas. Además, establece un modelo de responsabilidad civil objetiva que puede ser deducida al operador de la actividad, incluyendo en esta categoría no sólo a sujetos de Derecho privado, sino que también a las autoridades gubernamentales, cuando fueran estas la que ejercieran el control sobre alguna actividad peligrosa.

Si bien es cierto que no está abierto para que se adhieran a él Estados no europeos, también es verdad que por el elevado número de Estados al que está dirigido, permite que se utilice de manera subsidiaria a escala internacional, pues sus reglas se aplican cuando al menos uno de los Estados parte está involucrado en el conflicto. Lo anterior asegura una amplia armonización de las reglas que aplican a cualquier operador de actividades potencialmente creadoras de peligro. *Vid.* COE, Consejo de Europa, Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano, 1993. Disponible en: <https://rm.coe.int>

Civil. De ahí que se vuelva sumamente importante entender cómo es que el Derecho Civil coincide la noción del daño, para después contrastarlo con la definición jurídica del ambiente, y así tratar de construir un concepto comprensivo y adecuado para el daño ambiental.

1.1. El Concepto de Ambiente

27. Para poder construir el concepto de «*daño ambiental*», es fundamental entender como se ha incorporado el concepto de «*ambiente*» en los diferentes ordenamientos jurídicos de la región. Para comenzar, los legisladores centroamericanos no han seguido un patrón único, pues en algunos casos, han incorporado definiciones amplias y sistémicas, y en otros casos se han limitado a enumerar los elementos que lo conforman.

Dichas definiciones amplias y sistémicas están disponibles en las legislaciones de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá. La Ley del Medio Ambiente salvadoreña de 1998³⁹, define al ambiente en su Artículo 5, como «*el sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobre vivencia, en tiempo y en espacio*». De manera casi idéntica lo hace la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales nicaragüense de 1996⁴⁰, caracterizándolo en el Artículo 5, como «*el sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobrevivencia*».

Por su parte, la Ley General del Ambiente de 1993 de Honduras⁴¹ lo define en su Artículo 2 como «*...el conjunto formado por los recursos naturales, culturales y el espacio rural y urbano, que puede verse alterado por agentes físicos, químicos o*

³⁹ Vid. Decreto Legislativo No. 233 de 2 de marzo de 1998, Ley del Medio Ambiente, publicado en el Diario oficial No. 79, del 4 de mayo de 1998.

⁴⁰ Vid. Ley No. 217 de 27 de marzo de 1996, Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales con sus reformas incorporadas, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 20, Año CXVIII del 31 de enero de 2014.

⁴¹ Vid. Decreto No. 104-1993 del 8 de junio, Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #27,083 el 30 de junio de 1993.

biológicos, o por otros factores debido a causas naturales o actividades humanas, todos ellos susceptibles de afectar, directa o indirectamente las condiciones de vida del hombre y el desarrollo de la sociedad».

La Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica de 1995⁴², es tal vez un poco más escueta, y se limita a afirmar en el Artículo 1 que «*se define como ambiente el sistema constituido por los diferentes elementos naturales que lo integran y sus interacciones e interrelaciones con el ser humano*»⁴³. Mientras que la Ley General del Ambiente de la República de Panamá de 1998⁴⁴, lo define en el Artículo 2 como un «*conjunto o sistema de elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica o sociocultural, en constante interacción y en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*».

28. El segundo modelo, que se limita a enumerar los elementos que conforman al ambiente, ya sea por la vía legislativa o jurisprudencial, ha sido utilizado en Guatemala y Belice. En el caso guatemalteco, el Artículo 13 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente de 1986⁴⁵, señala que el ambiente está comprendido por los siguientes elementos: los sistemas atmosféricos, hídricos, líticos, edáficos y bióticos, así como elementos audiovisuales y recursos naturales o culturales; y, en Belice, la Ley de Protección Ambiental de Belice de 2000⁴⁶, incluye los siguientes elementos: el agua, las costas, los mares, el aire y el suelo, así como la interrelación existente entre estos y los seres humanos, otros seres vivos, plantas, microorganismos y la propiedad.

1.2. El Concepto de Daño

⁴² Vid. Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1995, Ley Orgánica del Ambiente, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 215 del 13 de noviembre de 1995.

⁴³ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido cuales son los elementos que conforman al ambiente señalando que, «...*está conformado por aquellos recursos y sistemas naturales primarios de los que depende la existencia y el normal funcionamiento de la naturaleza en su conjunto, y que jurídicamente tienen la categoría de bienes comunes (aire, agua y suelo, componentes abióticos) y ecosistemas, flora y fauna (componentes bióticos) e incluso bellezas naturales, en cuanto portadores de ecosistemas que se pretendan conservar (paisaje) y culturales (herencia cultural)*». Vid. Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675-2007 del 21 de septiembre de 2007.

⁴⁴ Vid. Ley No. 41 de 1 de junio de 1998, Ley General del Ambiente de la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial No. 23,578 de 3 de julio de 1998.

⁴⁵ Vid. Decreto No. 68-86 de 28 de noviembre, Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXX-27-577, el 19 de diciembre de 1986.

⁴⁶ Vid. Chapter 328, Environmental Protection Act, Revised Edition 2000.

29. Teniendo claro el escenario anterior, y con miras de construir un concepto de daño ambiental válido en la región, vale la pena rescatar el concepto general de daño. Esta tarea ha sido asumida por la doctrina, pues no es común encontrar una definición definitiva en los textos legales. NAVEIRA ZARRA, por ejemplo, ofrece un concepto amplio, al definirlo como «...*todo tipo de consecuencia nociva o perjudicial que afecta a las personas o a las cosas, ya tenga su origen en una conducta humana, en un comportamiento animal o en un fenómeno de la naturaleza*»⁴⁷.

Sin embargo, y tomando en consideración que en la región conviven tanto la tradición continental como la anglosajona, vale la pena recordar cómo es que éstas abordan esta figura. En el Derecho continental, por ejemplo, el daño normalmente se entenderá como la lesión a un bien jurídicamente tutelado, caracterizándose por ser personal, directo y sobre todo cierto, es decir, debe poder probarse en juicio. Dicha certeza puede, como bien señala VICENTE DOMINGO, quedar diferida en el tiempo, pudiendo el daño ser tanto actual como futuro⁴⁸.

Dicha lesión puede resultar ser tanto patrimonial, como extra o no patrimonial. Esta clasificación se establece a partir de la naturaleza misma del interés dañado. El daño patrimonial o material supone que la lesión es cuantificable en dinero, e incluye al daño emergente y al lucro cesante. El daño emergente no es otra cosa más que el daño positivamente causado, mientras que el lucro cesante es el lucro que habiéndose esperado, se frustra. El daño extrapatrimonial -en contraposición- es de naturaleza más bien moral. Supone que la lesión no tiene valor de mercado haciendo difícil e incluso imposible su reposición.

30. En el ámbito centroamericano, el reconocimiento de que el daño puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial ha sucedido de manera parcial por dos vías: (1) a través de la norma o, (2) a través de la jurisprudencia. En el primer grupo se

⁴⁷ NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA. Op. Cit. p. 41.

⁴⁸ VICENTE DOMINGO, ELENA. «Capítulo III. El Daño». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 331.

encuentra Guatemala⁴⁹, Nicaragua⁵⁰, Costa Rica⁵¹ y Panamá⁵². En el segundo, Honduras⁵³ y El Salvador⁵⁴.

El Derecho anglosajón ofrece una perspectiva algo distinta, diferenciando el agravio o acción dañosa, del efecto dañoso. El «*tort*» o agravio es entendido como

⁴⁹ El Código civil guatemalteco reconoce en los Artículos 225 y 1656 la posibilidad de indemnizar daños morales. *Vid.* Decreto No. 106-63 del 14 de septiembre, Código Civil, publicado en el Diario Oficial Tomo CLXVIII, No. 84 del 7 de octubre de 1963.

⁵⁰ La Ley No. 157 que contiene la interpretación auténtica del los Artículos 2509, 1837, 1838, 1865 y 3106 del Código Civil y el numeral 2) del Artículo 1123 del Código de Procedimiento Civil señala en el párrafo primero del Artículo 1.a que «*la responsabilidad civil por daños y perjuicios a que se refiere el Arto. 2509 C. y siguientes (Título VIII, Capítulo Único sobre Delitos y Cuasidelitos) es en su totalidad, sin exclusión, comprendiendo tanto daños materiales como morales. No existe provisión alguna de la Ley que las limite a daños estrictamente materiales y que excluya los daños morales*». *Vid.* Ley No. 157 de 23 de marzo de 1993, Interpretación Auténtica de los Artículos 2509, 1837, 1838, 1865, y 3106 del Código Civil y el Numeral 2) del Artículo 1123 del Código de Procedimiento Civil, publicada en El Nuevo Diario de 26 de marzo de 1993.

⁵¹ En Costa Rica la responsabilidad por daño es materia constitucional, en tanto el Artículo 41 de la Constitución Política señala que «*ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales*». A lo anterior se puede agregar que, de acuerdo a MONTERO PIÑA, la redacción del Artículo 1045 del Código Civil antes citado, no distingue entre daño patrimonial y daño moral. *Vid.* Constitución Política, de 7 de noviembre de 1949, publicada en la Colección de Leyes y Decretos del año 1949, semestre 2, Tomo 2, p. 724; Ley No. 63 del 28 de septiembre de 1887, Código Civil; MONTERO PIÑA, FERNANDO. *El daño moral*. San José, Impresión Gráfica del Esta, 2002, p. 25.

⁵² En 1992 fue adicionado el Artículo 1644-A al Código Civil panameño para incluir en el modelo la posibilidad de exigir la reparación para los daños morales además de los materiales. En dicho artículo, el daño moral se define como «*...la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás*». La reparación de esta forma de daño se llevará a cabo tanto mediante una indemnización dineraria, como por una reparación moral que consiste en la publicación y publicidad de la sentencia, y no está vinculada a la causación del daño material, y puede aprovechar a los herederos de la víctima. Los principales criterios que debe utilizar el Juez para determinar el monto de la compensación son: los derechos que efectivamente hayan resultado lesionados, el grado de responsabilidad del causante, la situación económica de las partes involucradas. *Vid.* Ley No. 2 de 22 de agosto de 1916, Código Civil, publicada en la Gaceta Oficial No. 2,404 de 22 de agosto de 1996.

⁵³ Es posible encontrar en la jurisprudencia referencias a la indemnización por daños morales. Un ejemplo es la Sentencia SJCSJ-CC0997, del 10 de noviembre de 2010.

⁵⁴ En El Salvador, el reconocimiento del daño moral es constitucional. El Artículo 2 señala que «*se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral*». Además, la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro se ha referido al daño moral, en Sentencia No. 71-4CM-12-A del 25 de septiembre de 2012, señalando que pertenece a esta categoría aquel daño que «*...no toca en manera alguna el patrimonio, sino que descarga todos sus efectos en la esfera ideal de la persona, traduciéndose siempre en un dolor físico o espiritual*». Esta forma de daño, igual que el material, de acuerdo a dicha Sentencia, produce responsabilidad y dará lugar a indemnización. Esta posición coincide con TRIGUEROS cuando señala que el hecho de que el legislador salvadoreño haya utilizado la fórmula «*todo daño*» en la redacción del Artículo 2080 ya relacionado, permite llegar a la deducción de que éste lo ha incluido. Además, la Cámara Segunda de Apelaciones de lo Civil de la Primera sección del Centro de San Salvador ha dicho en sentencia No. 3-JO-CE-08 de 27 de febrero de 2009 que «*la doctrina reconoce la procedencia pacífica del daño moral, sin exigir que se demuestre su existencia, basta el quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a una persona, ello implica para el perjudicado la notoria afectación de sus sentimientos; el perjuicio está acreditado por la sola comisión del hecho antijurídico, resultando innecesario probar su existencia por cualquier medio probatorio...*». *Vid.* TRIGUEROS, GUILLERMO. *Teoría de las Obligaciones*. Tomo I, San Salvador, Editorial Delgado, 1984, p. 388.

una acción u omisión que constituye un incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas y que son procesables⁵⁵; mientras que el daño o «*damage*» es entendido de forma general como el detrimento que se pretendía evitar con el cumplimiento de las obligaciones establecidas⁵⁶.

Se ha decidido adrede utilizar la frase «*algo distinta*» en este breve análisis, porque la verdad es que en el Derecho continental, el daño también puede perfectamente devenir del incumplimiento del deber de proteger un bien de relevancia jurídica, entre otras posibilidades. Su objetivo –igual que en el Derecho continental– es la compensación monetaria de la víctima por las pérdidas sufridas o «*damnum emergens*», así como las ganancias dejadas de percibir o «*lucrum cessans*», e incluso el daño moral sufrido⁵⁷.

En el Derecho anglosajón también se puede encontrar figuras que corresponderían a los daños extrapatrimoniales. PARSADIE Y RAMLOGAN comentan que en el Derecho anglosajón estas pueden extenderse a el daño a los sentimientos e inclusive el shock nervioso⁵⁸. YANGUAS MONTERO enumera las categorías disponibles, incluyendo «*pain and suffering*», que son daños que sufren los individuos como consecuencia de agresiones físicas; «*loss of amenity*» que también son consecuencias de agresiones físicas, que impiden que los individuos desarrollen ciertas actividades, impidiendo el disfrute de la vida; «*physical inconvenience o discomfort*» refiriéndose a molestias contra la salud; «*social discredit o loss of reputation*» que son daños a la fama personal; «*mental distress*» o angustia mental; y, «*loss of society of relatives*» o perjuicios que afectan las relaciones familiares⁵⁹.

1.3. Los Conceptos de Daño Ambiental Directo y Daño Indirecto por Medio del Ambiente

⁵⁵ WILDE, MARK. Op. Cit. p. 9.

⁵⁶ VON BAR, CHRISTIAN. *The common european law of torts*. Vol. II. Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 6.

⁵⁷ ROUILLER, NICOLAS. *International Business Law*. Lucerna, Schulthess, 2015, p. 427.

⁵⁸ PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. Op. Cit. pp. 256-257.

⁵⁹ YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA. *El daño patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, p. 2.

31. Podría pensarse que es suficiente conjugar las dos nociones arriba tratadas y así establecer el concepto definitivo de daño ambiental, pero en realidad no lo es. La doctrina se ha encargado de señalar la importancia que tiene poder precisar un concepto propio para el daño ambiental en los ordenamientos jurídicos. Ya que su adecuada definición puede ayudar a abordar de manera más apropiada algunos problemas que se desprenden de la aplicación del instituto de la responsabilidad civil, tales como el tipo, campo y costos de la aplicación de las medidas de reparación⁶⁰.

Además, la doctrina ha exigido que se configure un concepto que sea propio del Derecho Privado. De tal forma que no se cree confusión alguna con los conceptos que provienen del Derecho Público y que sirva de base para la aplicación del ya señalado instituto de la responsabilidad civil cuando la degradación del ambiente perjudique intereses particulares⁶¹.

Es decir, los ordenamientos jurídicos deben proporcionar los instrumentos oportunos que permitan diferenciar el daño directo al ambiente, en referencia del daño indirecto individual. El daño directo hace referencia a la lesión que ha de sufrir el ambiente o alguno de sus elementos, como interés público que es, independientemente de las repercusiones que pueda tener sobre las personas y sus bienes. Esta calificación de directo proviene del hecho de que la acción lesiva se encuentra bajo el control directo del causante⁶². Mientras que el segundo se refiere a aquellas situaciones en las que la lesión ambiental trasciende, llegando a dañar también a los particulares y sus bienes, incluyendo su salud y sus medios de subsistencia⁶³.

La primera categoría de daño normalmente ha sido abordado por el Derecho Administrativo; mientras que, la segunda debe serlo por el Derecho Civil⁶⁴. En este sentido, GARCÍA LÓPEZ utiliza una nomenclatura que se antoja mucho más acertada, y

⁶⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. «El daño ambiental y los derechos de las personas», en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, LUIS (Coordinador). *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Vol. 2, 2001, p. 1150.

⁶¹ YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA. Op. Cit. p. 37.

⁶² LIMA REINING, GUILHERME HENRIQUE. «Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil», en *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 7, No. 3, 2016, p. 89.

⁶³ VERHEIJ, ALBERT. «Shifts in Governance: Oil Pollution», en FAURE, MICHAEL; VERHEIJ, ALBERT (Editores). *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, Mörlenbach, Springer, 2007, pp. 134-135.

⁶⁴ También es posible encontrar normas administrativas que se refieren a ambos tipos de daños, como sucede con el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión de Riesgos de Honduras. *Vid.* Acuerdo No. 32-2010 de 11 de octubre, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32,338 de 11 de octubre de 2010.

denomina al primer tipo, daño al ambiente, y al segundo, daño por medio del ambiente⁶⁵.

32. Los legisladores centroamericanos han incorporado el concepto de daño al ambiente o daño ambiental directo en los ordenamientos jurídicos. Dicha adición normalmente se ha hecho de tres maneras:

(1) En el primer grupo, los ordenamientos jurídicos que establecen cuales son las causas del daño. Es posible diferenciar aquellos que identifican los comportamientos específicos que los causan, de los que vinculan dichos comportamientos con el incumplimiento de un acto administrativo, como ser la Evaluación del Impacto Ambiental.

(a) A la primer variante pertenece Panamá. El legislador panameño ha optado por ser muy específico al precisar en la Ley General del Ambiente de 1998, las acciones que lo causan, incluyendo entre estas la contaminación que sobrepasa los límites permisibles, el uso o aprovechamiento inadecuado de un recurso, el ejercicio de actividades dañosas, la disposición o descarga de sustancias o desechos tóxico y la generación de desechos peligrosos⁶⁶.

(b) A la segunda variante pertenecen Guatemala⁶⁷ y Honduras⁶⁸. En ambos ordenamientos jurídicos se establece como requisito para la configuración del daño ambiental, que las acciones que lo causan no hayan sido previstas, ni controladas, ni planificadas en un proceso de Evaluación de Impacto Ambiental previa a la ejecución de las mismas. Para finalizar la incorporación del concepto, los legisladores de ambos países han establecido también como requisito, una característica de los efectos que resulten, y esta es que la alteración causada sea significativa.

Esta característica, normalmente denominada por la doctrina como «*intolerabilidad*», será analizada más adelante, por considerarse uno de los problemas de aplicación del régimen de responsabilidad civil extracontractual. Además, al

⁶⁵ GARCÍA LÓPEZ, TANIA. «El principio de reparación del daño ambiental en el derecho internacional público. Una aproximación a su recepción por parte del derecho mexicano», en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*; Vol. 7, 2007, p. 488.

⁶⁶ Artículos 107 a 110 de la Ley General del Ambiente.

⁶⁷ Artículo 3 del Reglamento para la Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental. *Vid.* Acuerdo Gubernativo No. 60-2015 de 25 de febrero, Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCCI-57, el 2 de marzo de 2015.

⁶⁸ Artículo 4 del Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. *Vid.* Acuerdo Ejecutivo No. 008-2015 de 15 de julio, Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #33,834, el 14 de septiembre de 2015.

escoger el legislador utilizar conceptos tan técnicos, deja la puerta abierta para que se cuestione la utilidad de los mismos para la resolución de conflictos por medio del Derecho privado.

Esta forma de definir el daño ambiental también ha sido utilizada por el Derecho Ambiental Internacional. En el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques de carga, se define el daño por contaminación como la pérdida o lesión resultante del escape o descarga de combustible del buque, que sea causada fuera de él, independientemente del lugar en el que haya ocurrido el escape o la descarga, siempre que la compensación por el deterioro ambiental no incluya la pérdida de utilidades que provenga de dicho deterioro, y esté limitada a los costos de las medidas razonables que se hayan llevada a cabo o que hayan de llevarse, para su restauración⁶⁹.

33. (2) En el segundo grupo, donde los legisladores han optado por ofrecer concepto amplios que aborden no sólo las causas, sino que sus efectos se encuentra Belice y Costa Rica. El legislador beliceño considera que ha acontecido daño ambiental cuando una persona provoca intencionalmente o imprudentemente un desastre que resulta en pérdida de algún uso del ambiente, o cuando actúa demostrando desprecio insensible o imprudente de la vida o la seguridad de otras personas, provocando con ello un riesgo de muerte o daño a otra persona⁷⁰. Mientras que, el legislador costarricense ha señalado en el Artículo 98 de la Ley Orgánica del Ambiente que *«el daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y le son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen»*.

Lo anterior ha sido complementado con una descripción de los efectos jurídicos del daño, disponible en el Artículo 2.e de la misma Ley, donde se establece que el daño ambiental *«...constituye un delito de carácter social, pues afecta las*

⁶⁹ Este Convenio fue adoptado el 23 de enero de 2001, y entró en vigor el 21 de noviembre de 2008. Su propósito es asegurar una adecuada, pronta y efectiva compensación para las víctimas de los daños causados por los derrames de hidrocarburo causado por los buques de carga seca o sólida. El texto del Convenio aplica al daño causado directamente por la contaminación en el territorio de los Estados parte, incluyendo su mar territorial y zona económica exclusiva. De la región centroamericana, son Estados parte de este Convenio Belice, Nicaragua y Panamá. *Vid.* OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques de carga, Londres, 2001. Disponible en: <http://www.imo.org>

⁷⁰ El numeral 29 de la Ley de Protección al Ambiente (*Environmental Protection Act*).

bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras».

Además, la jurisprudencia de dicho país ha señalado cuáles son los efectos físicos del daño ambiental. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que entiende al daño ambiental como «...*toda pérdida, disminución o menoscabo significativo inferido al ambiente, o a uno o más de sus componentes. Son de difícil reparación, y en algunas ocasiones, por ejemplo, cuando se trata de la pérdida de especies, son irreparables*»⁷¹.

También ha señalado cuales son los criterios que permiten apreciar su existencia, indicando como tales: la alteración externamente inducida a los sistemas, y que dicha alteración cause una inhabilitación o perjuicio en la materialización de sus funciones de apoyo a los ecosistemas menores. Ha expresado de manera concluyente que éste afecta a la sociedad en general y no sólo a las personas individualmente consideradas. Además, ha advertido los agentes que pueden dañar al ambiente, pudiendo estos originarse en una acción humana, o ser extraños al hombre⁷².

34. (3) Entre aquellos ordenamientos jurídicos que han incorporado el concepto de daño ambiental a partir de sus efectos se conforma el tercer grupo en el que se encuentran El Salvador⁷³ y Nicaragua⁷⁴. Ambos ordenamientos jurídicos reconocen como efectos comunes del daño la pérdida, disminución, deterioro o perjuicio del ambiente o a uno o más de sus componentes.

Por lo demás, las diferencias que hay entre ambos abordajes son, por un lado, que el legislador salvadoreño termina de configurar el daño al ambiente estableciendo como requisito que el causante esté obrando en contravención de las normas vigentes, es decir, que su comportamiento sea antijurídico; y por el otro lado, el legislador salvadoreño también establece diferentes niveles de daño, pudiendo ser este grave cuando atente contra la salud humana, los ecosistemas o especies vivas, o irreversible cuando sus efectos sean irreparables o definitivos, independientemente de cuales sean los elementos ambientales que resulten afectados. De lo anterior, es el elemento de la

⁷¹ Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675 del 21 de septiembre de 2007.

⁷² Ídem.

⁷³ Artículo 5 de la Ley del Medio Ambiente.

⁷⁴ Artículo 5 de la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

antijuricidad el que no puede pasar inadvertido, al generar una serie de preguntas con relación a las excepciones que pueden ser alegadas por el causante del daño para librarse de la responsabilidad, las que también serán analizadas posteriormente.

35. El Derecho Ambiental Internacional también ha hecho uso de este abordaje. El Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación en octubre de 2010 es un ejemplo⁷⁵. De los países centroamericanos, solamente Panamá lo suscribió en mayo de 2011. En este Protocolo, el daño se define como un efecto adverso en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, siempre en el ámbito transfronterizo. Este efecto debe ser medible u observable, pero además debe ser significativo. La significancia del daño se determinará por factores como el tiempo de su duración, su amplitud, su irrecuperabilidad, y la reducción de las capacidades de los componentes de la biodiversidad.

Vale señalar que esta no es la única aproximación observable en el Derecho Ambiental Internacional. Éste ofrece aproximaciones un tanto distintas. Por ejemplo, la versión enmendada de 1997 del Convenio de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear, logra construir una definición de daño nuclear, que incluye el daño ambiental y las medidas preventivas⁷⁶.

36. Al analizar la forma en que estos conceptos son incorporados en las normativas nacionales, es posible concluir que el daño ambiental es esencialmente difuso, pues afecta intereses comunes a un grupo, a una colectividad indeterminada de personas, por lo que si se pretende utilizar el Derecho privado para solucionar los conflictos jurídicos que se desprendan de este tipo de lesiones, exige que los institutos disponibles trasciendan de la tutela de los intereses particulares, y sean aptos para el adecuado tratamiento de los intereses supraindividuales. Sobre todo si se acepta que estos daños pueden configurarse como daños en masa⁷⁷. Pero además, estos institutos no pueden ser excluyentes, pues el daño ambiental incardina una doble dimensión, en

⁷⁵ ONU, Organización de las Naciones Unidas, Protocolo sobre responsabilidad y compensación suplementario al Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, Nagoya-Kuala Lumpur, 2010. Disponible en: <http://bch.cbd.int>

⁷⁶ De los Estados centroamericanos, sólo Guatemala lo ratificó en 1993. *Vid.* OIEA, Organismo Internacional de Energía Atómica, Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, 1963. Disponible en: <https://www.iaea.org>; Decreto Legislativo No. 38-93 del 26 de agosto de 1993, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXL-VII, No. 42, del 13 de Octubre de 1993.

⁷⁷ KOCH, HARALD. «Mass damage in Europe». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). *Tort and Insurance Law Vol. 34*. Berlín, De Gruyter, 2014, p. 158.

tanto puede suponer muchas veces, además, lesiones a intereses de naturaleza puramente individual.

Hay instrumentos de Derecho Ambiental internacional que ya han logrado configurar conceptos de daño ambiental donde se tome en cuentas estos elementos. Ese es el caso del Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños resultantes de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación, que fue adoptado en la Quinta Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea, el 10 de diciembre de 1999⁷⁸, aunque aún no está vigente⁷⁹.

El concepto de daño ahí establecido no se limita a los daños que pueda sufrir el ambiente, sino que incluye los daños personales y patrimoniales tradicionales. Por daño se entiende la muerte o lesiones corporales, los daños o perjuicios materiales, las pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente, el costo de las medidas de restablecimiento del ambiente deteriorado así como el costo de las medidas preventivas, incluyendo las pérdidas o daños causados por esas medidas.

Otro ejemplo proveniente del Derecho Ambiental internacional es el Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, que fue adoptado el 3 de mayo de 1996⁸⁰. Dicho instrumento contiene un concepto de daño que incluye la pérdida de vida humana o lesiones personales y pérdida o daño de la propiedad privada, tanto dentro del buque que carga estas sustancias, como fuera de ellos, cuando ha sido causado por dichas sustancias. Este concepto de daño también abarca la pérdida o daño al ambiente por la contaminación causada por estas sustancias.

37. Otras características del daño ambiental que recurrentemente son señaladas por la doctrina son las siguientes: puede proceder de una acción u omisión humana,

⁷⁸ ONU, Organización de las Naciones Unidas, Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños resultantes de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación, Basilea, 1999. Disponible en: <http://www.basel.int>

⁷⁹ Hasta ahora, de los Estados de la región, solamente Costa Rica lo suscribió en abril del 2000.

⁸⁰ OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, Londres, 1996. Disponible en: <http://www.imo.org>

que a la vez puede ser individual o colectiva; puede ser continuado⁸¹, permanente o progresivo, ya sea porque sus efectos se dilatan en el tiempo, continúan en el tiempo, o son causados por acciones sucesivas que al conjugarse tienen un efecto aún más nocivo que el que tendrían individualmente; concentrado o difuso, dependiendo de si proviene de una fuente contaminante determinada, o si es producido continuamente por diferentes agentes en un período extenso de tiempo; la contaminación que lo causa puede ser acumulativa o sinérgica; puede ser irrecuperable e irreversible; muchas veces es expansivo, en tanto sus efectos pueden generar otros daños; en algunas ocasiones sus efectos se extienden tanto que incluso llega a ser transfronterizo.

Con respecto a esta última característica, PANETTA señala que el problema ambiental, obviamente no es particular a una comunidad nacional singular, ni puede localizarse geográficamente de manera indubitada, sino que normalmente tendrá una relevancia regional, que trascenderá los problemas de política económica o relativos al orden público de un Estado.

FAURE comenta sobre las causas que hacen que la preocupación por la característica transfronteriza del daño ambiental sea relevante desde una perspectiva jurídica⁸². Estas incluyen el incremento general de la contaminación, causada por un aumento de las capacidades tecnológicas (pero además hecha evidente por el aumento de dichas capacidades). También envuelven un incremento en la movilidad de bienes y servicios, que también han sido -en parte- consecuencia del aumento de la capacidades tecnológicas, pero también del abaratamiento y aumento de las capacidades logísticas.

Lo anterior, innegable efecto de la globalización, hace que la empresas seleccionen los lugares donde realizan sus actividades económicas en función de las

⁸¹ El caso del daño ambiental individual indirecto que se manifiesta continuadamente ya ha sido objeto de análisis por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, que ha estimado que *«de esta suerte, sería necesario tomar en cuenta también que la lesión argüida (afectación de la salud física y mental de los vecinos por motivo de la operación de la referida terminal de autobuses) sería de efecto continuado, en la medida que se repite día con día, de donde tampoco cabría el alegato de la preclusión del derecho»*. Vid. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6898 del 22 de octubre de 1997.

⁸² FAURE, MICHAEL. «Globalization and multi-level governance of environmental harm». En FAURE, MICHAEL; VAN DER WALT, ANDRÉ. *Globalization and Private Law. The Way Forward*. Camberley, Edward Elgar, 2010, pp. 387-392.

ventajas financieras que estos ofrecen, pero, además, del coste social⁸³. En el caso de los países donde los estándares ambientales son laxos, esto podría repercutir en la calidad/toxicidad de los productos exportados, en la contaminación que se cause en su fabricación para la exportación, o en la migración de empresas a esta suerte de «paraísos ambientales» en los que es posible producir bajo normas técnicas mucho menos exigentes⁸⁴.

Tan cierto es lo anterior, que el daño ambiental transfronterizo ha sido considerado en varios instrumentos internacionales, quedando plasmado en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. Es un problema que se torna cada vez más frecuente, y normalmente se encuentra ligada a actividades industriales. Entre los más comunes están el derrame de hidrocarburos, la radiación, la lluvia ácida, la contaminación fluvial, ondas electromagnéticas, etc.⁸⁵. De ahí que sea evidente que la solución del problema no sea fácil dados los límites objetivos de orden práctico, haciendo que, sólo una acción coordinada pueda hacerle frente a problemas de esta escala⁸⁶.

38. También es necesario señalar que el daño ambiental debe ser «*significativo*». Esta peculiaridad es probablemente el elemento más innovador y que más lo diferencia del concepto tradicional de daño, en tanto implica la predeterminación de estándares legales para poder determinar dicha significancia. La existencia de estándares legales contra los que se deba contrastar la magnitud de los impactos para determinar si son lo suficientemente relevantes para calificar como significativos, por fuerza supone que estos además son medibles⁸⁷.

El análisis anterior demuestra la importancia jurídica de este concepto, en tanto los legisladores de la región de una u otra manera, exitosamente o no, se han esforzado en configurar definiciones taxativas de daño ambiental, evitando así dejar la construcción de dicho concepto al arbitrio de la interpretación judicial que

⁸³ ZABALO ESCUDERO, MARÍA ELENA. «Mecanismos de flexibilización y materialización de la regulación del contrato internacional de trabajo». En AA.VV. *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Tomo II, Madrid, Eurolex, 2005, p. 1817.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ FACH GÓMEZ, KATJA. «The law applicable to cross-border environmental damage: from the european national systems to Rome II», en *Yearbook of Private International Law*, Vol. VI, Berna, Sallier/Staempfli, 2004, p. 294.

⁸⁶ PANETTA, ROCCO. Op. Cit. pp. 20-21.

⁸⁷ AMADO GOMES, CARLA. «De que falamos quando falamos de dano ambiental?: Direito, mentiras e críticas», en *Atualidad jurídica ambiental*, Núm. 3 (Marzo), 2010, p. 3.

posiblemente no este formada o informada adecuadamente de las características propias y requerimientos del Derecho ambiental. Este esfuerzo, además, ha sido complementado por amplias elaboraciones doctrinales, que han permitido que el daño ambiental tenga identidad propia. Sin embargo, el concepto de daño por medio del ambiente o daño indirecto individual no ha corrido la misma suerte.

No es posible encontrar en los ordenamientos jurídicos centroamericanos construcción alguna, a pesar de que, y como se había señalado, así lo exige la doctrina más especializada. Pero además, tampoco la doctrina le ha dedicado el mismo interés, aunque ha comenzado ya a hacer algunas reflexiones que vale la pena rescatar, empezando por el tracto causal que debe seguirse. Es decir, en el caso de que se quiera accionar para obtener la correspondiente indemnización, será necesario demostrar primero la existencia del daño al ambiente, y a partir de ahí construir el tracto causal que lleve a demostrar la existencia del daño individual -tal como lo ha señalado también la jurisprudencia salvadoreña- la que ha insistido que no es posible deducir responsabilidad por daño individual indirecto, sin que antes pueda demostrarse la existencia del daño ambiental directo⁸⁸.

39. Con relación a su naturaleza, la doctrina coincide en que, la característica que lo acerca la noción de daño por medio del ambiente al concepto de daño del Derecho privado es –precisamente- la posibilidad de que, a pesar que lo que se lesiona afecta intereses supraindividuales, sus efectos pueden trascender al ámbito de los intereses individuales, la que abre la puerta a la calificación de daño patrimonial. Es decir, la lesión al ambiente puede afectar derechos patrimoniales, y por lo tanto considerarse como una forma de daño emergente, en tanto este se entiende como el perjuicio que se sufre de manera inmediata. Por su parte, el lucro cesante, que es un constructo de contenido puramente económico, también puede vincularse con el daño

⁸⁸ Señala MEJÍA que de ese concepto se desprende que el legislador salvadoreño distingue en él, los daños que le son causados al ambiente, denominándolos «*puros*», y los daños que sufren las personas a consecuencia de la lesión ambiental, denominándolos «*consecutivos*». Este concepto doctrinario ha trascendido a nivel jurisprudencial de tal forma que la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado en Sentencia No. 95-V-2003 del 15 de abril de 2005 que cualquier persona puede ejercer la acción civil que se considere afectada en su propiedad a consecuencia de un daño ambiental, pero que, «...es requisito indispensable la comprobación previa de la existencia del daño al ambiente». Vid. MEJÍA, HENRY ALEXANDER. «La tutela ambiental en el derecho salvadoreño». *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. No. 19, Julio de 2009.

ambiental, en tanto estas formas de lesión causan también pérdidas económicas⁸⁹.

La posibilidad de indemnizar por el lucro cesante en supuesto de daños ambientales ya ha sido considerado por el Derecho Internacional Público. El ejemplo de lo anterior lo conforman el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992⁹⁰, y el Convenio Constitutivo del Fondo Internacional para Indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos del mismo año⁹¹. No obstante, estos instrumentos no admiten la posibilidad de compensar lesiones puramente económicas que hayan sido sufridas por la contaminación, pero que no se vean directamente afectadas por esta. Esto implica que uno de los requisitos para que opere la compensación, es que se demuestre el nexo causal entre contaminación y lesión, coincidiendo con la lógica normalmente utilizada por los legisladores centroamericanos.

Bajo el Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños resultantes de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación, existe restricciones para la reclamación de daños patrimoniales. Por ejemplo, sólo es compensable el lucro cesante cuando esté causalmente determinado por el daño al ambiente, y cuando la persona afectada tiene un interés económico en el uso del ambiente. Es decir, los perjuicios sólo son compensables por daño individual indirecto, pero no por daño ambiental directo y difuso.

40. El daño por medio del ambiente podrá además ser extrapatrimonial, no patrimonial o moral cuando por medio de una lesión de esta naturaleza se atente

⁸⁹ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)», en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 86, Mes 11, 2002, pp. 778-779.

⁹⁰ Belice se adhirió a esta convención el 27 de noviembre de 1998, entrando en vigor un año después; Panamá se adhirió el 18 de marzo de 1999, entrando en vigor un año después; El Salvador se adhirió el 2 de enero de 2002, entrando en vigor un años después; Nicaragua se adhirió el 4 de abril de 2014, entrando en vigor un año después; Guatemala se adhirió el 2 de agosto de 2016. Estará vigente a partir del 2 de agosto de este año. *Vid.* OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, Londres, 1992. Disponible en: <http://www.iopcfunds.org> ; ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Status of multilateral conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary of other functions*. 2017. Disponible en: <http://www.imo.org>

⁹¹ Belice se adhirió a esta convención el 27 de noviembre de 1998, entrando en vigor un años después; Panamá se adhirió el 18 de marzo de 1999, entrando en vigor un años después; Nicaragua se adhirió el 4 de abril de 2014, entrando en igor un año después. *Vid.* OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, Londres, 1992. Disponible en: <http://www.iopcfunds.org> ; ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Op. Cit.*, Disponible en: <http://www.imo.org>

contra un interés no económico como la vida, la calidad de vida o la integridad física, por ejemplo. Esta forma de daño puede ser indemnizable aún y cuando no proceda la indemnización por el daño material⁹². Es decir, las categorías tradicionales del Derecho privado también son de aplicación al daño por medio del ambiente, diferenciándose el daño patrimonial y extrapatrimonial en este supuesto específico, por particularidades tales como la dificultad de la prueba de su propia existencia, del nexo causal o de su cuantificación⁹³. Al respecto, NAVEIRA ZARRA explica que no se debe confundir la naturaleza del interés con la del bien dañado, pues perfectamente puede suceder que el mismo bien sea el soporte de intereses tanto económicos como no económicos, tal como sucede con el ambiente⁹⁴.

Vale en este punto hacer hincapié en la manera que el daño moral puede ser visto o entendido cuando deviene de una lesión al ambiente. El daño moral normalmente se entiende como individual, y el derecho a su indemnización, se acepta disponible. Lo anterior coincide con la naturaleza misma del daño por medio del ambiente, la que es, como se viene comentando, privada. Sin embargo, de acuerdo a ANDRINO DE OLIVEIRA, el daño moral también puede ser ambiental, es decir puede provenir del causado directamente al ambiente⁹⁵. En palabras del mismo autor, esta forma de daño moral es «...la violación de un patrimonio valorativo colectivo, que es en el fondo una amplificación de los valores individuales, pero que se caracterizan por ser indivisibles»⁹⁶.

Esto sólo viene a abonar a lo que AMADO GOMES ha comentado, pues este otro autor considera que la idea del daño moral ambiental no está libre de ambigüedades, pues calcular el daño moral que puede sufrir cada uno de los miembros del grupo, es ya complicado⁹⁷; pero lo es más aún, el cálculo del daño que pueden sufrir las «generaciones futuras», debiéndose limitar la reparación de esta forma de daño a una meramente simbólica⁹⁸.

⁹² AZAGRA MALO, ALBERT. «Hacia una litigación sin horizontes: agregación procesal, exposición noocupacional al amianto y placaspleurales», en *InDret*, Vol. 3, Julio 2010, pp. 9-10.

⁹³ YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA. Op. Cit., p. 61.

⁹⁴ NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA. Op. Cit., p. 47.

⁹⁵ ANDRINO DE OLIVEIRA, ANDRÉ DA SILVA. «Consideraciones sobre la teoría del daño moral colectivo ambiental en Brasil», en *Revista Arazadi de Derecho Ambiental*, Núm. 10, 2006, pp. 304-312.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 310.

⁹⁷ AMADO GOMES, CARLA. Op. Cit., pp. 10-11.

⁹⁸ Vale señalar que autores como la española NAVEIRA ZARRA, consideran que los daños extrapatrimoniales o morales se caracterizan por la imposibilidad de ser valorados pecuniariamente, a

41. La forma en que doctrinalmente se ha configurando la idea de un daño individual indirecto, como efecto de las lesiones al ambiente en el Derecho continental, encontrará similitudes con las aproximaciones que al respecto se hacen en el *Common Law*, pues el *tort* anglosajón también admite una dimensión ambiental, tal como lo comenta WILDE⁹⁹. Por eso es posible identificar ciertas variantes:

(1) El «*toxic tort*» que se refiere a cualquier reclamo que se origine de dos supuestos: ya sea porque un individuo que ha sufrido una lesión a su persona, propiedad o al tranquilo disfrute de ésta como consecuencia de contaminación al ambiente; o porque se ha lesionado el entorno inmediato a partir de la misma causa. Es tan amplia la figura que abarca a la contaminación industrial, química y radioactiva, así como a las molestias causadas por el ruido, el polvo, etc.

(2) El «*trespass to land*»¹⁰⁰. Esta se refiere a las acciones culpables de los individuos, que causan lesiones a persona o a la propiedad de otros al existir una incursión en dicha propiedad. Dicha incursión debe llevarse a cabo en persona, por animales errantes o al colocar algún objeto en el terreno, y ser consecuencia directa e inevitable de las acciones del demandado. Este remedio ha sido efectivo en casos de contaminación por aguas residuales¹⁰¹.

(3) El «*nuisance*» privado, que se puede identificar con la figura de las «*inmisiones*» del Derecho civil¹⁰². Se entiende genéricamente como una interferencia del derecho a usar y disfrutar de la propiedad que emana de una parcela vecina de tierra. Está vinculado al principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

pesar que en España desde 1912 hay jurisprudencia que admite la reparación pecuniaria de estos daños. Vid. NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA. Op. Cit., p. 50.

⁹⁹ WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 9-140.

¹⁰⁰ El *trespass*, además, es una ejemplo de la categoría *injure sine damno*. Es decir, es una forma de *tort* que puede ser enjuiciable aún y cuando no se haya causado lesión alguna a las personas o sus propiedades, pues está ni siquiera necesita ser probada en juicio, pues basta con demostrar que el causante ha violentado los derechos de la víctima. Vid. KODILINYE, GILBERT. *Commonwealth Caribbean Tort Law*. 5ª ed. Abingdon, Routledge, 2015, p. 5.

¹⁰¹ El caso en referencia es *Jones vs. Llanrwst Urban District Council*. Vid. WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 24-27.

¹⁰² Para WILDE, esta figura no debe confundirse con el «*public nuisance*», que se refiere a las molestias tan extendidas o tan indiscriminantes en sus efectos, que no sería razonable esperar que un individuo se haga cargo de iniciar una acción para hacerlas cesar, sino que debería ser responsabilidad de la comunidad toda accionar. Tienen la ventaja de no exigir como requisito previo la inmediata vecindad. Para MARTÍN MATEOS, esta figura del *public nuisance* se aproxima más a los trastornos de orden público, y, de acuerdo al autor, no se ajusta a las exigencias contemporáneas de la protección al ambiente Vid. WILDE, MARK. Op. Cit., p. 44; MARTÍN MATEO, RAMÓN. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid, Trivium, 1991, p. 162.

(4) El «*tort of negligence*», que fue diseñada para la compensación de daños resultantes de una acción descuidada, pero sin llegar a ser dolosa. Si bien es cierto el descuido es su principal característica, a ésta le acompañan también la previsibilidad, la proximidad y la equidad, la justicia y la razonabilidad¹⁰³. Para que pueda existir esta variante del tort, deben concurrir tres elementos a saber: deber de diligencia, incumplimiento de ese deber y alguna pérdida soportada por otra persona como resultado de dicho incumplimiento. De lo anterior se deduce que al haber un deber de diligencia, las posibles víctimas son previsibles.

Este remedio ha sido efectivo en casos donde se puede demostrar la proximidad entre demandante y demandado, así como en aquellos casos que no están relacionados con intereses legítimos que devienen de la propiedad inmueble¹⁰⁴. De hecho, su importancia económica es significativa, y tal como señala KODILINYE, sus ramificaciones pueden ser percibidas en diferentes facetas de la sociedad moderna¹⁰⁵.

(5) Una variante, mucho más reciente además, es el «*breach of statutory duty*». Este supone la existencia de actividades que están reguladas estatutariamente, imponiéndoseles obligaciones y sanciones por incumplimiento. El efecto de dicho incumplimiento podría suponer, si así lo contemplaran dichos estatutos, dar lugar a una acción privada.

Para que pueda ser aplicable, deben darse ciertos prerrequisitos tales como que la obligación sea debida al demandante, que la lesión sea del tipo que el estatuto pretende prevenir, que el demandado haya incumplido alguna de las obligaciones contenidas en el estatuto, y que sea precisamente ese incumplimiento la causa de la lesión. WILDE señala que es precisamente en el *tort of breach of statutory duty* es uno de los mecanismos disponibles en el *Common Law* que permitiría de manera eficiente que se deduzca responsabilidad civil por daño ambiental.

2. La Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental

¹⁰³ En el *Common Law* se entiende que hay negligencia cuando una persona no desea específicamente la consecuencia que tienen sus actos, pero es indiferente o descuidado en función de dichas consecuencias. *Vid.* KODILINYE, GILBERT. *Op.Cit.*, pp. 6-7.

¹⁰⁴ Los casos en referencia son *Tutton vs. A.D. Walter Ltd. Y Margereson vs. J.W. Roberts Ltd.* *Vid.* WILDE, MARK. *Op. Cit.*, pp. 46-51.

¹⁰⁵ KODILINYE, GILBERT. *Op.Cit.*, p. 7.

Capítulo 1

42. Como ya se ha señalado, lastimosa e indiscutiblemente, el desarrollo tecnológico de las sociedades industrializadas incrementa el riesgo de lesiones que afectan intereses supraindividuales, tales como el ambiente, el cual, además va siendo cada vez más frecuente y extenso¹⁰⁶. Tanto así, que es posible describir el actual progreso tecnológico como una moneda, cuyas caras son, por un lado, el bienestar en la vida del hombre, y, por el otro, la progresiva degradación de la naturaleza¹⁰⁷.

A este respecto, la sociedad centroamericana, lenta pero firmemente, también se ha incorporado a ese proceso de industrialización, de tal forma que, según datos del Banco Mundial, el promedio regional de industrialización para 2014, medido a partir del valor agregado (% del PIB) fue del 15%, en comparación al 14% reportado para España, por ejemplo¹⁰⁸.

43. El concepto de daño ambiental, de la manera que ha sido abordado al inicio de este capítulo, apenas es el inicio de la ruta que permite entender cómo los intereses ambientales que son puestos en riesgo por ese proceso industrializador, reciben adecuada tutela por parte del Derecho privado. Es así que, la adecuada tutela se verá alcanzada cuando se logre deducir eficientemente la responsabilidad por los daños causados. Sin embargo, para que el instituto de la responsabilidad civil pueda aplicarse, tradicionalmente se ha reconocido que el daño debe cumplir con algunos requisitos tales como resarcibilidad, imputabilidad a una persona distinta a la víctima, lesividad a un interés jurídicamente tutelado, y certeza¹⁰⁹.

No obstante, voces en la doctrina insisten en que, si bien es cierto los requerimientos tradicionales del daño en el Derecho civil son idóneos para garantizar la adecuada tutela de la mayoría de los intereses jurídicos, no lo son cuando se trata del ambiente. PEÑA CHACÓN, para citar uno, es de la opinión que por las peculiaridades propias del daño ambiental, este requiere un tratamiento distinto, pues le son inherentes características tales como la incerteza, por referir un ejemplo¹¹⁰.

¹⁰⁶ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. «Estudio sobre una proposición de directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de consumidores», en *Justicia*, Núm. III, 1990, p. 528.

¹⁰⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. «El daño ambiental», en *Revista de Derecho Ambiental*. Núm. 12, 1994, pp. 9-28.

¹⁰⁸ *Vid.* BANCO MUNDIAL. *Industrialización, Valor Agregado (% del PIB)*. 2014. Disponible en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NV.IND.TOTL.ZS?end=2014&start=1995&view=chart>

¹⁰⁹ NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA. *Op. Cit.*, p. 42.

¹¹⁰ PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño ambiental y prescripción», en *Revista Judicial, Costa Rica*, Núm. 109, Septiembre de 2013, p. 117.

Afirma el autor que otra particularidad del daño ambiental que debe atenderse es su origen, ya que en muchas ocasiones no procede de una única acción, sino que es el efecto de un proceso que se extiende en el tiempo y en el espacio, en algunas ocasiones incluso traspasando fronteras geográficas¹¹¹. Este origen difuso del daño, así como su posible continuidad a través del tiempo, son algunas de las dificultades que obligan al instituto de la responsabilidad civil extracontractual a flexibilizarse y a reconfigurarse para lidiar de forma más creativa con el daño al ambiente, de lo contrario, la utilidad de dicha herramienta es fácilmente puesta en duda.

44. Para lo anterior es necesario recordar que la responsabilidad civil tradicional es esencialmente patrimonial. Su función, como señala MARTÍN MATEO, es «...conceder, impedir, o reparar un perjuicio económico concreto para el actor...»¹¹². Su aplicación permite procurar la reparación del daño indirecto patrimonial y extrapatrimonial¹¹³, sufrido como consecuencia de las lesiones al ambiente¹¹⁴. Sin embargo, es esa misma naturaleza patrimonial la que hace dudar que sea útil aplicarla en el supuesto del daño ambiental directo, pues los bienes y servicios ambientales no siempre tienen valor de mercado, y por lo tanto en algunos casos no podrán cumplir con el elemento monetario generalmente requerido.

Pese a lo anterior, habrá juristas que tengan una perspectiva mucho más amplia. YANGUAS MONTERO, es una de estas. Ella es de la opinión que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual, imperfecto como es, puede convertirse en una adecuada herramienta para la protección de la calidad de vida del colectivo, cuando esta se pone en precario como consecuencia de los atentados que sufre el ambiente¹¹⁵, planteando opciones que permiten accionar en búsqueda de la reparación de daños colectivos no patrimoniales al ambiente.

2.1. El Concepto de la Responsabilidad Civil Extracontractual

¹¹¹ *Íbid.*

¹¹² MARTÍN MATEO, RAMÓN. *Op. Cit.*, p. 173.

¹¹³ GARCÍA LÓPEZ, TANIA. *Op. Cit.*, pp. 487-488.

¹¹⁴ El daño ambiental puede entenderse a partir de dos manifestaciones: el daño ambiental directo y el daño indirecto por medio del ambiente, como también se ha establecido ya en el acápite anterior.

¹¹⁵ YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA. *Op. Cit.*, p. 79.

45. Tradicionalmente se entiende que la responsabilidad civil extracontractual va de la mano con la función principal del Derecho Privado, que no es otra más que la defensa de los intereses de los particulares. Estos intereses pueden ser a la vez materiales o morales. Esta variante extracontractual o aquiliana de la responsabilidad civil consiste en la obligación que adquiere una persona de compensar económicamente a otra u otras por las lesiones o pérdidas que esta o estas hubieran soportado, sin que –obviamente– dicha obligación se origine a partir de una relación contractual.

Más bien, esta forma de responsabilidad se genera a partir de la infracción del deber general de respeto a cualquier interés jurídicamente protegido¹¹⁶, categoría que incluye, a los intereses ambientales. El requisito primordial para su aplicación es que el daño provenga de una actividad u omisión culposa o negligente. Es decir, que en la ejecución de dicha actividad se omita el cuidado y la precaución; y además, que el nexo causal entre ésta y la lesión sufrida puedan ser probados en juicio.

Reconocidos juristas se han preocupado por establecer el propósito del legislador tras la responsabilidad aquiliana. Para Díez-PICAZO este es el de «*distribuir los infortunios*»¹¹⁷. Mientras que para PENA LÓPEZ, «*la administración social del daño*»¹¹⁸. En este orden de ideas, con la responsabilidad civil extracontractual no se pretende de ninguna manera hacer desaparecer los daños a los intereses jurídicamente tutelados, sino traspasarlos a quien los causó, por medio de la reparación. Ese propósito no tiene una naturaleza punitiva en la tradición civilista, a diferencia del *Common Law*, en el que existen figuras tales como los «*punitive damages*», cuya función de alguna forma es la sanción¹¹⁹. Abundando más, en el *Civil Law* el límite de

¹¹⁶ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. «La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 17.

¹¹⁷ Díez-PICAZO, LUIS. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, pp. 41-42.

¹¹⁸ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. Op. Cit., p. 16.

¹¹⁹ En realidad, podría debatirse si la función de los *punitive damages* es exclusivamente sancionadora. La doctrina civilista en la actualidad se refiere a este instituto más bien como un instrumento útil para asegurar la ejecución privada de la ley y la justicia por medio de mecanismos propios del Derecho privado. La utilidad que se ha encontrado tiene que ver con el hecho de que, muchas veces, si bien es cierto de acuerdo a la lógica civilista, la compensación otorgada por el Derecho de daños es proporcional a la pérdida sufrida, ésta no es necesariamente proporcional al beneficio patrimonial obtenido a partir de dicha acción por el causante del daño. Esta desproporción con relación a las ganancias de la parte que causa la lesión hace que la aplicación del Derecho de daños civilista pierda parte de su efectividad, y que el causante del daño asuma que puede pagar para lesionar. Una solución como los *punitive damages* vendría posiblemente a fortalecer la idea de que el Derecho de daños es un mecanismo idóneo para que los particulares puedan compensar la debilidad insitucional de los gobiernos para solucionar los conflictos que se generan a partir de sus interacciones, y el vacío que

la responsabilidad es dada por el alcance económico total del daño producido, mientras que en el *Common Law*, puede caber además un reproche a la conducta del demandado¹²⁰.

Agregado a esto, puede también comentarse la muy interesante posición de las ciencias económicas, las que a partir del análisis económico del Derecho, y en particular del Derecho de daños, han determinado que las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual pueden incentivar la asunción de comportamientos adecuados por parte de quienes pueden verse potencialmente involucrados en un supuesto de lesión, por medio del efecto disuasivo de su aplicación. La idea es que la posibilidad de que se deduzca responsabilidad *ex post* debe poder inducir a las partes a aplicar *ex ante* el cuidado debido o a modificar el nivel de actividad para minimizar el riesgo de una lesión. Lo anterior, sin contar la protección que este tipo de normas aseguran a las víctimas¹²¹.

46. El concepto de responsabilidad civil extracontractual, configurado a partir de un sistema de cláusula general para la responsabilidad subjetiva, constituye la característica principal de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región que pertenecen a la tradición del *Civil Law*, a pesar que es posible identificar entre ellos algunas variaciones que llaman la atención. Por ejemplo, sólo los Códigos Civiles de Honduras (Artículo 2236) y Panamá (Artículo 1644) definen la responsabilidad aquiliana utilizando los elementos señalados en el párrafo anterior: acción u omisión, culpa o negligencia, y obligación de reparación.

Los Códigos Civiles Costarricense (Artículo 1045) y Nicaragüense (Artículo 2509) agregan otros elementos a la descripción tales como la falta y la imprudencia, e incluso el hecho malicioso en el último de los dos textos. El Código Civil salvadoreño (Artículo 2065) se arraiga en la construcción más clásica de delito, cuasidelito o falta, aunque vale decir que más adelante, el Artículo 2080 agrega la malicia o negligencia. La excepción será el Código civil guatemalteco, ya que si bien es cierto en el Artículo

puede causar ciertos principios del Derecho público tales como el de la *ultima ratio* del Derecho penal. Vid. MEURKENS, LOTTE. «The punitive damages debate in Continental Europe: Food for thought». En MEURKENS, LOTTE; NORDIN, EMILY (Editores). *The power of punitive damages. Is Europe Missing Out?*. Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 32-36.

¹²⁰ Vale señalar que PENA LÓPEZ sí considera que la función reparatoria de la responsabilidad aquiliana tiene una génesis sancionadora, desde una visión amplia de la sanción que no se limita a identificarla con la pena. Dichas sanciones se limitan a la eliminación de las consecuencias antijurídicas producidas. Vid. PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. Op. Cit., pp. 22-23.

¹²¹ FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* Op.Cit., pp. 19-24.

1645, cuando se refiere a la responsabilidad extracontractual utiliza como criterios de asignación la intención, el descuido o la imprudencia, en realidad no describe un modelo de responsabilidad subjetiva como se verá más adelante¹²².

A partir del análisis hecho a estos Códigos civiles, es indudable que el rasgo más relevante del instituto de la responsabilidad aquiliana sería su carácter individual. Por un lado, el objeto del daño son aspectos personales del individuo incluyendo algunos aspectos morales que le son propios. Por otro, la reclamación del daño sólo puede hacerse por el sujeto que ha sufrido la lesión¹²³. Además, tiene una cualidad marcadamente económica, pues a pesar de lo anterior, su configuración es decididamente patrimonial, tanto desde la perspectiva del daño, como de la reparación¹²⁴.

47. Por su parte, la legislación beliceña no ofrece definición alguna para la responsabilidad civil extracontractual. Pese a esto, en la tradición del *Common Law*, se entiende que la «*tortious liability*» o responsabilidad por daño es la reparación que nace del incumplimiento de una obligación para con otro fijada primeramente por la ley¹²⁵. Para poder determinar la existencia de responsabilidad civil por parte del causante en esta tradición, es necesario que un tribunal establezca, primero, si este tiene algún deber de cuidado o de diligencia para con el demandante; segundo, si ha incumplido con este deber; tercero, si dicho incumplimiento ha causado algún tipo de lesión al demandante, no debiendo ser muy remoto el vínculo entre la acción dañosa y su efecto; y, cuarto, si esta lesión cae dentro de alguna de las categorías para la que la ley prevé compensación¹²⁶.

La Ley de Derecho de Daños beliceña (*Law of Torts Act*), contenida en el Capítulo 172 de las Leyes de ese país, tampoco define los alcances de la figura del *tort*. No obstante, el hecho de que este ordenamiento jurídico no incluya una definición de la responsabilidad por daño en la norma, tiene que ver con la naturaleza

¹²² «Artículo 1645. Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima».

¹²³ DE LA BARRA GILI, FRANCISCO. «Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: el problema de la legitimación activa», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, Núm. 2, 2002, p. 369.

¹²⁴ PÉREZ FUENTES, GISELA MARÍA. «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente en el derecho comparado», en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, Vol. XXII, Núm. 23, Bogotá, 2009, p. 36.

¹²⁵ PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. Op. Cit., p. 237.

¹²⁶ FOSTER, NEIL. «Statutes and Civil Liability in the Commonwealth and the United States: A comparative critique». En PITEL, STEPHEN GA; NEYERS, JASON W; CHAMBERLAIN, ERIKA (Editors). *Tort law: Challenging Orthodoxy*. Croydon, Hart, 2013, p. 170.

jurisprudencial del modelo, donde se le da más relevancia al *precedence* que al estatuto. Asimismo, es ampliamente reconocido en esa tradición que la noción básica de la responsabilidad que deviene del *tort* o *tortious liability* está vinculada con infligir lesiones mediando *fault* o culpa (y también negligencia), siendo similar la idea a la cláusula general del Derecho continental antes señalada. Su objetivo es el mismo: asegurar una compensación monetaria a la víctima por el daño sufrido, que se denominará *damages*¹²⁷.

Es posible entonces afirmar que, independientemente del hecho de que este instituto haya podido sufrir algunas variaciones en la forma en la que se ha configurado y ha evolucionado en cada una estas tradiciones dentro de la región, la noción de la responsabilidad civil extracontractual en ambas se basa en el principio «*sua quique culpa nocet*», por medio del cual se asume que la culpa no debe perjudicar sino a su autor. Siendo tal vez la única diferencia, como bien lo apuntaba LIMA REINING, que esta no es una forma de responsabilidad subjetiva por culpa, sino que, aunque suene contradictorio, una responsabilidad objetiva por culpa¹²⁸.

2.2. La Naturaleza de la Responsabilidad Civil Extracontractual y su Aplicación

48. A este respecto, ENNEKING, al analizar la figura de la responsabilidad civil extracontractual, establece que hay fundamentalmente tres dicotomías que pueden reflejar el debate teórico existente en relación a la aplicación de este instituto, y cómo este puede modificar el concepto de justicia que a partir de él se pretende generar. La primera de estas dicotomías se da entre concebir la responsabilidad civil como un instrumento de utilidad social o como un compromiso moral, y asignarle una función instrumentalista o no; la segunda se relaciona con el objetivo que se persigue: la

¹²⁷ A manera de aclaración, el término «*damages*» puede ser traducido como «*daño*», pero también como «*compensación por daño*», tal como sucede en el castellano al hacer referencia del «*daño emergente*».

¹²⁸ De acuerdo a este autor, dentro de esta categoría caben todos los supuestos de responsabilidad fundamentada en la violación de un deber jurídico, independientemente de la reprobabilidad subjetiva o moral de la conducta lesiva. *Vid.* LIMA REINING, GUILHERME HENRIQUE. *Op.Cit.*, pp. 64-65.

justicia correctiva o la distributiva; y, la tercera con su aplicación, basada en la culpa o basada en el riesgo¹²⁹.

2.2.1. La Justicia Correctiva vs. la Justicia Distributiva

49. El primero de los dilemas planteados por ENNEKING, en realidad no puede ser resuelto a menos que se aborde previamente el segundo, pues comprender su objetivo allana el camino para entender su concepción. PENA LÓPEZ explica que la *mens legis* de las normas que regulan la responsabilidad civil consiste en darle una solución a los conflictos sociales que se generan a partir de la causación de daños, ayudando a determinar finalmente quien es el que debe soportar sus efectos. Efectos que se transformarán en la imposición de un deber que se genera a partir del vínculo jurídico que ha sido creado entre causante y víctima cuando el primero ha violentado el deber social que se le ha impuesto de no causar daños a los demás¹³⁰.

La asignación de la carga o de los efectos a la que se refiere el autor, puede hacerse utilizando tanto criterios correctivos como distributivos, obligando a diferenciar entre una forma de justicia y otra. La justicia correctiva se enfoca en la relaciones interindividuales y las obligaciones que adquiere una parte para compensar a la otra por las pérdidas económicas que le ha generado. Se configura como una suerte de responsabilidad moral que va estableciendo categorías de actividades ilícitas, permitiendo restaurar de manera lógica el *status quo ante* o estado anterior de las cosas, al internalizar las externalidades o pérdidas patrimoniales causadas por el menoscabo de intereses individuales. Su naturaleza es simple y sencillamente reparadora, permitiendo la estructuración bilateral de las normas que regulan la responsabilidad por daños¹³¹. No es preventiva¹³², ni tampoco es punitiva¹³³.

50. Por su parte, la justicia distributiva busca poder satisfacer intereses sociales creando un nuevo *status quo*. Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil

¹²⁹ ENNEKING, LIESBETH. *Foreign direct liability and beyond*. La Haya, Eleven, 2012, pp. 544-545.

¹³⁰ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. Op. Cit., p. 15.

¹³¹ GEISTFELD, MARK A. «Fault lines in the positive economic analysis of tort law». En ARLEN JENNIFER (Editor). *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 156.

¹³² BRAÑES, RAÚL (Coordinador). *La responsabilidad por el daño ambiental*. Panamá, PNUMA, 1995, p. 9.

¹³³ ANDRINO DE OLIVEIRA, ANDRÉ DA SILVA. Op. Cit., p. 314.

aquiliana es un mecanismo utilizado por el legislador para determinar la distribución de la carga de las pérdidas o de los riesgos, aplicando criterios que sean acordes a sus objetivos políticos¹³⁴. Su finalidad es la de socializar el sufrimiento, permitiendo que quienes lo causan, ayuden a resolverlo, ya sea como una forma de auxilio, o en la forma de un derecho subjetivo del perjudicado¹³⁵, pero no como una verdadera reparación.

La ventaja que ofrece es que no hay necesidad de enfocarse exclusivamente en las partes en pugna -víctima y causante-, sino que permite un abordaje mucho más amplio frente el conflicto y a sus posibles soluciones. Es decir, el propósito de la justicia distributiva no es el de corregir ningún error o injusticia entre dos particulares específicos, sino que, de manera general, establecer comportamientos que se consideran socialmente eficientes para los actores privados¹³⁶. Esta visión de la justicia distributiva ha venido a ser complementada por el análisis económico del Derecho de daños¹³⁷.

La justicia distributiva se puede diferenciar normativamente de la correctiva al diseñarse leyes que reparten justamente las cargas y beneficios de las actividades peligrosas, mientras que la justicia correctiva se identifica cuando las normas establecen categorizaciones de actividades ilícitas, e incluyen figuras como la reparación¹³⁸. Al utilizar estas claves en la revisión de los Códigos Civiles centroamericanos, es posible darse cuenta que los legisladores, al diseñar los modelos de responsabilidad civil extracontractual, han incorporado elementos que son propios de la justicia correctiva. Todos los Códigos Civiles de la región hacen referencia de alguna manera u otra a la obligación de reparar los daños causados¹³⁹. Además, en los Códigos Civiles salvadoreño¹⁴⁰ y costarricense¹⁴¹ también se hace referencia a la

¹³⁴ WILDE, MARK. Op. Cit., p. 128.

¹³⁵ DíEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit., p. 41.

¹³⁶ ENNEKING, LIESBETH. Op. Cit., p. 546.

¹³⁷ Este análisis ha permitido diferenciar incluso entre costes primarios, secundarios y terciarios con el objetivo de proveer incentivos para la reducción de los costes del daño y de su correspondiente socialización. Los primarios se refieren los costes de evitar el daño; los secundarios a los costes de la equitativa distribución de las pérdidas; y, los terciarios, a los costos de administrar el sistema legal. Vid. FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* Op. Cit., p. 20.

¹³⁸ ENNEKING, LIESBETH. Op. Cit., p. 547.

¹³⁹ Guatemala, Artículo 1645; El Salvador, Artículo 2065; Honduras, Artículo 2236; Nicaragua, Artículo 2509; Costa Rica, Artículo 1045; y Panamá, Artículo 1644. En Belice, esto se encuentra regulado en la Sección 2 del *Torts Act*. Vid. Chapter 172, *Torts Act*, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belizelaw.org>

¹⁴⁰ Artículo 2065. Vid. Decreto Ejecutivo de 23 de agosto de 1859, Código Civil, publicado en el Diario Oficial No. 85, del 14 de abril de 1860.

existencia de acciones consideradas ilícitas, a partir de las cuales se genera responsabilidad.

51. Lo anterior no implica que la justicia distributiva quede excluida del Derecho Privado centroamericano. Al contrario, la doctrina ya ha comentado que el hecho de que un ordenamiento jurídico reconozca la justicia correctiva, no es óbice para que también pueda adaptar el modelo a la justicia distributiva¹⁴². No obstante, también es cierto que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en el hemisferio occidental se tiende a favorecer la visión correctiva, por medio de la compensación monetaria¹⁴³.

Efectivamente, el análisis de los ordenamientos jurídicos de la región permite constatar que los legisladores centroamericanos concuerdan con esta idea, pues simultáneamente se identifica en los modelos, elementos que corresponden a la justicia distributiva, especialmente cuando se incorpora el principio «*ubi emolumentum, ibi onus*»¹⁴⁴, también conocido como «*cuius commoda, eius incommoda*»¹⁴⁵. Por medio de este principio, el simple hecho de obtener algún provecho económico a partir de una acción que provoca daños a terceros es causa suficiente para que haya responsabilidad, incluso cuando quien ha llevado a cabo dicha acción no es la persona que se beneficia. Dicho principio puede ser identificado en todos los Códigos Civiles de la región¹⁴⁶, exceptuando el *Torts Act* de Belice¹⁴⁷.

2.2.2. La Teoría de la Culpa vs. la Teoría del Riesgo

52. Retornando al debate inicial propuesto por ENNEKING, toca el turno a la tercera de las dicotomías señaladas por la autora en lo que se refiere a los criterios

¹⁴¹ Artículo 1046. *Vid.* Ley No. 63 del 28 de septiembre de 1887, Código Civil.

¹⁴² SHEINMAN, HANOCH. «Tort law and distributive justice». En OBERDIEK, JOHN (Editor). *Philosophical foundations of the law of torts*. Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 354-384.

¹⁴³ PELTZ-STEELE, RICHARD J. «Wrongs, rights and remedies: a Yankee romp in recent European Tort Law», en *Indiana International & Comparative Law Review*. Vol. 26, Núm. 2, 2016, p. 104.

¹⁴⁴ Aforismo latino que se traduce como “quien se beneficia de un trabajo tiene que soportar los riesgos que origina”.

¹⁴⁵ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo II. Los sistemas de responsabilidad civil». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 281.

¹⁴⁶ Guatemala, Artículos 1662 y 1672; El Salvador, Artículo 2073; Honduras, Artículo 2241; Nicaragua, Artículo 2514; Costa Rica, Artículo 1048; y, Panamá, Artículo 1650.

¹⁴⁷ *Vid.* Chapter 172, Torts Act, Revised Edition 2000.

utilizados para imputar responsabilidad. Estos criterios tienen por finalidad determinar de manera definitiva cuál de los sujetos en conflicto debe soportar el daño¹⁴⁸.

Sin duda, de ambas versiones de la responsabilidad, la más tradicional es la subjetiva basada en la culpa y en la negligencia¹⁴⁹. Este régimen de responsabilidad voluntarista es esencialmente correctivo, pues se centra en la conducta de la persona que causa la lesión, al determinar si ésta ha cumplido o no con la diligencia que le ha impuesto la ley, reprobando jurídicamente comportamientos específicos¹⁵⁰. En algunas legislaciones puede ser que se exija ciertos requerimientos adicionales para su configuración, tales como el deber de cuidado, o, incluso, es posible que se restrinja su amplitud, limitando su aplicación a lesiones personales o a la propiedad inmueble¹⁵¹.

Estos criterios subjetivos han sido causa de amplios debates doctrinales que tratan de establecer su idoneidad frente al daño ambiental, pues la obligación de diligencia antes mencionada hace que la previsión y prudencia para evitar el daño, sean requisitos exigibles para las acciones negligentes. PEÑA LÓPEZ expone sobre el test de previsibilidad y/o evitabilidad del perjuicio sufrido, explicando que se puede establecer la negligencia a partir de un daño previsible y/o evitable aún cuando se ha empleado debida diligencia, lo que conlleva que únicamente quepa la exoneración si se demuestra que el daño es imprevisible e inevitable¹⁵².

Lo anterior supone que las personas deban ejercitar la máxima diligencia para asegurar no se cause lesión alguna, porque de lo contrario difícilmente podrían librarse de la imputación. Interessantemente, CABANILLAS SÁNCHEZ sugiere que cuando el nivel de diligencia exigido es mucho más riguroso que de ordinario,

¹⁴⁸ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. «El criterio de imputación (I. Generalidades)», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 101.

¹⁴⁹ Al analizar la figura de la negligencia, es necesario detenerse a analizar el elemento «*cuidado*», el que es determinante para entender la adecuación de las normas que la regulan. Estas normas deberían lograr establecer con exactitud el estándar de cuidado necesario que debe ser asumido por el potencial causante para evitar del todo la responsabilidad. De tal forma que, tomando el cuidado necesario para evitar la lesión, evite también pagar la indemnización del daño. *Vid.* FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* Op.Cit., p. 22.

¹⁵⁰ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. «El criterio de imputación (I. Generalidades)... Op. Cit., p. 102.

¹⁵¹ VAN DAM, CEES. «European tort law: features of a diverse landscape». En TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN (Editor). *The Cambridge Companion to European Union Private Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 167-168.

¹⁵² PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. «El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 119.

entonces se está procediendo a objetivar la responsabilidad civil¹⁵³, elemento que será necesario retomar en análisis posteriores.

53. Por otro lado, probar el nexo psicológico requerido para demostrar la existencia de culpa es una dificultad adicional que pone a la víctima en una situación de desventaja. Es un coste adicional que se deberá sumar a los costes que conlleva la obligación de demostrar el nexo causal, esto es, demostrar quien llevo a cabo la acción u omisión que causó la lesión, extremo que deberá ser probado independientemente en la doctrina del riesgo o de la culpa. Más que inadecuado, en realidad parece innecesario utilizar criterios de imputación subjetivos cuando de daño ambiental se trata, pues se obtendría resultados similares y con menor dificultad si se aplica criterios de otra naturaleza.

No obstante, el Derecho Ambiental internacional ya ha incorporado esta forma de responsabilidad en algunos de sus instrumentos. Ejemplos de esto son el Convenio de Atenas Relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar¹⁵⁴ y su Protocolo¹⁵⁵, la Convención sobre la Limitación de la Responsabilidad nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo¹⁵⁶, y el Protocolo al Convenio de Basilea sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños resultantes de movimientos transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación.

54. Consecuentemente, en la actualidad es posible encontrar criterios de imputación pseudo-subjetivos, tales como la presunción de culpa o el agotamiento de la diligencia debida¹⁵⁷. En el Derecho europeo, un ejemplo de lo anterior puede ser la sección 836 del Código Civil alemán¹⁵⁸ que impone una presunción de culpa en el propietario de edificaciones que colapsen causando lesiones en la persona o propiedad

¹⁵³ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. «El daño ambiental»...Op. Cit., p. 13

¹⁵⁴ OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, Atenas, 1974. Disponible en: <http://www.imo.org>

¹⁵⁵ OMI, Organización Marítima Internacional, Protocolo al Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, Londres, 2002. Disponible en: <http://www.imo.org>

¹⁵⁶ OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre Limitación de la Responsabilidad Nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo, Londres, 1976. Disponible en: <http://www.imo.org>

¹⁵⁷ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. Op. Cit., p. 26.

¹⁵⁸ Código Civil en la versión publicada el 2 de enero de 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

de terceros, permitiendo al demandado eximirse de dicha responsabilidad si demuestra que actuó diligentemente para evitar la lesión¹⁵⁹.

En Centroamérica, ese modelo se replica de manera similar en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la región que pertenecen a la tradición del Derecho continental, donde se incluyen criterios pseudo-subjetivos en los supuestos de responsabilidad por las acciones de otros, también configurados como presunciones *juris tantum*¹⁶⁰. No obstante, en el Artículo 1648 del Código civil guatemalteco¹⁶¹ es posible observar un ejemplo diferente y mucho más amplio, pues la presunción *juris tantum* de la culpa no se limita a supuestos tan específicos, sino que es general, y en cualquier supuesto, el perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido¹⁶².

La pseudo-objetivación de los criterios de imputación también es observable en los supuestos de responsabilidad por los daños causados por animales. Es así que tanto en el Artículo 2077 del Código Civil salvadoreño, y en el Artículo 2513 del Código Civil nicaragüense¹⁶³, la responsabilidad corresponde al propietario o al tenedor del animal, pero si éste se ha perdido, soltado o huido, deberá podersele imputar la culpa del extravío, soltura o huida al dueño o al encargado de su guarda previo a deducir responsabilidad.

Una tercera posibilidad la ofrece la responsabilidad por los daños causados por las cosas. En el Artículo 2079 del Código Civil salvadoreño la responsabilidad por el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, salvo que se demuestre que el hecho fue llevado a cabo exclusivamente por alguien de manera culposa o dolosa.

¹⁵⁹ WERRO, FRANZ. «Liability for Harm Caused by Things», en HARTKAMP, ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUDE; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 925-926.

¹⁶⁰ El Salvador, Artículo 2073; Honduras, Artículo, 2237; Nicaragua, Artículo 2512; Costa Rica, Artículo 1048; y, Panamá, Artículo 1645.

¹⁶¹ *Vid.* Decreto No. 106-63 del 14 de septiembre, Código Civil, publicado en el Diario Oficial Tomo CLXVIII, No. 84 del 7 de octubre de 1963.

¹⁶² La Cámara de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en Sentencia 462-2006, del 28 de noviembre de 2007, señalando que «...se estima que dicha norma establece el derecho de una de las partes de aportar al proceso pruebas para enervar la culpa que se presume, pero también reconoce, correlativamente, los derechos que corresponde a la otra parte, en esta caso el actor, quien sólo está obligado a probar el daño y perjuicio sufrido, no así que hubiera sido por culpa del demandado». *Vid.* Sentencia de la Cámara de lo Civil 462-2006, del 28 de noviembre de 2007.

¹⁶³ *Vid.* Código Civil de Nicaragua del 1 de febrero de 1904, publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de febrero de 1904.

55. La aparición de estos nuevos criterios son efecto del anacronismo que representa hoy día la responsabilidad subjetiva, pues esta corresponde a una realidad que era propia del siglo XIX, que además acontecía en sociedades preindustriales. Sin duda, el advenimiento de la sociedad industrial obligó a la revisión de los sistema de distribución de las pérdidas, y se comenzó a contemplar la posibilidad de incorporar criterios más objetivos que facilitaran la tarea de la imputación de responsabilidad.

Ciertamente, el proceso de objetivación de los criterios de imputación no paró ahí. En la actualidad se reconoce la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo. El avance de esta forma de responsabilidad se debe, como ya se señaló, a la búsqueda de posibles alternativas a los mecanismos tradicionales, evitando de esta manera, tener que llegar a recurrir a la prohibición de las tecnologías que se han ido desarrollando en la sociedad moderna, pues se estima y entiende los beneficios que estas aportan a la colectividad. Esta doctrina refleja positivamente el espíritu del concepto de desarrollo sostenible.

Los criterios objetivos de imputación buscan asignarle la responsabilidad al autor de acciones u omisiones dañosas, cuando estas acarrearán riesgos para los demás, independientemente de si ha existido o no culpa de su parte, o en el caso de comportamientos negligentes, si se ha ejercido o no el máximo grado de cuidado para evitarlos. Se basan en la actividad del agente y no en su conducta, centrándose en la protección debida a la víctima¹⁶⁴. La lógica tras su aplicación parte de asumir que dicha actividad es una actividad anormal o extraordinaria que no puede ser desarrollada de manera segura a pesar del grado de diligencia utilizado¹⁶⁵.

Si a lo anterior se agrega el análisis económico, también puede concluirse que la obligación que se impone al causante de sufrir todos los costos sociales de la lesión cuando se aplican criterios de responsabilidad objetiva, tiene como efecto hacer que el potencial causante prefiera tomar precauciones que lo acerquen al nivel óptimo de cuidado, a veces incluso por encima del nivel requerido, para procurar así minimizar los costos esperados¹⁶⁶.

¹⁶⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, ROBERTO PAULINO. «Notas sobre a Teoria da responsabilidade Civil sem dano», en *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 6, No. 3, 2016, p. 90.

¹⁶⁵ VIGURI PEREA, AGUSTÍN. «La responsabilidad civil por inmisiones», en VIGURI PEREA, AGUSTÍN (Director). *III Conferencias sobre el medio ambiente. Municipio y urbanismo*, Castellón, Comité Economic i Social de la Comunitat Valenciana, 2000, pp. 115.

¹⁶⁶ FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* Op.Cit., p. 22.

56. Hoy en día es cada vez más común encontrar normas que regulan la responsabilidad objetiva en los diferentes ordenamientos jurídicos, incluyendo los centroamericanos. Su efecto es esencialmente distributivo y socializador. Podría argumentarse que a través de ellas se logra mejorar la posición de la víctima, al equilibrar sus intereses con los del causante del daño¹⁶⁷; a la vez que también se logra equilibrar la distribución de las pérdidas causadas, sin que la sociedad haga un esfuerzo adicional por tratar de evitar todas las lesiones a cualquier costo¹⁶⁸. Sin duda es una solución que permite escenarios «ganar-ganar».

El reconocimiento de esta teoría en Centroamérica se ha producido por la vía jurisprudencial, específicamente en Costa Rica. Ahí, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal ha manifestado que «...en el sistema de responsabilidad objetiva, no tiene importancia el dolo o la culpa porque la legislación establece diversos criterios en que se responde civilmente, por ejemplo: el riesgo creado..., la protección al consumidor..., la responsabilidad objetiva del Estado, etc.»¹⁶⁹.

En el Derecho anglosajón es posible encontrar la responsabilidad objetiva o «*strict liability*», comprendida como una excepción del «*fault*» o culpa. Este carácter excepcional queda denotado cuando WERRO comenta que los tribunales en esa tradición, han impulsado la idea de que esta forma de responsabilidad debe limitarse a aquellos casos que taxativamente establezca la legislación¹⁷⁰. Normalmente, esta posibilidad incluirá lesiones causadas por actividades irrazonablemente peligrosas¹⁷¹.

57. La responsabilidad objetiva se extiende supuestos tales como los de responsabilidad sin culpa por los hechos de otros o responsabilidad vicaria, y a la responsabilidad por las cosas. Pueden servir como ejemplo de esta responsabilidad vicaria la responsabilidad objetiva del patrono por las acciones de sus empleados¹⁷², o la responsabilidad de los directores ejecutivos de las empresas por las actividades empresariales¹⁷³.

¹⁶⁷ ROUILLER, NICOLAS. Op. Cit., p. 426.

¹⁶⁸ CHURCH, JOHN M.; CORBETT, WILLIAM R.; RICHARD, THOMAS E.; WHITE, JOHN V. *Tort Law, the American and Louisiana Perspectives*. Lake Mary, Vandeplass Publishing, 2008, p. 7.

¹⁶⁹ Vid. Sentencia No. 2411 del 3 de diciembre de 2012.

¹⁷⁰ WERRO, FRANZ. Op. Cit., pp. 932-933.

¹⁷¹ CHURCH, JOHN M.; CORBETT, WILLIAM R.; RICHARD, THOMAS E.; WHITE, JOHN V. Op. Cit., p. 479.

¹⁷² Artículo 1834.5 del *Code Civil* francés. Vid. REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo II... Op. Cit., p. 286.

¹⁷³ Sección 31 del BGB alemán. Vid. Código Civil en la versión publicada el 2 de enero de 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738); WAGNER, GERHARD. «Vicarious Liability», en HARTKAMP,

Capítulo 1

La responsabilidad vicaria también ha sido tratada por el Derecho Ambiental internacional. El Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar y su Protocolo no sólo incluye en sistema de responsabilidad subjetiva para el transportista, sino que el modelo también incluye la posibilidad de la responsabilidad vicaria por los hechos de los empleados o agentes si estos actuaron en el desempeño de sus funciones.

En Centroamérica, esta forma de responsabilidad objetiva se encuentra regulada en los Artículos 1663 y 1664 del Código Civil de Guatemala, y en el Artículo 1048 del Código Civil de Costa Rica. Sin embargo, vale aclarar que en el caso costarricense, el legislador establece en este Artículo dos sistemas diferenciados: uno de responsabilidad seudo-objetiva, donde se incluye una presunción *juris tantum* de la culpabilidad, y otro de responsabilidad objetiva para las actividades riesgosas¹⁷⁴.

La lógica utilizada por los legisladores para incluir criterios de responsabilidad objetiva será siempre vinculada con la obtención de beneficios económicos, es decir, con el principio «*ubi emolumentum, ibi onus*», por medio del cual, el simple hecho de obtener un provecho económico de una acción que provoca daños a terceros, es causa suficiente para que haya responsabilidad del patrono. Además es posible encontrar la responsabilidad vicaria objetiva en la Sección 4 de la *Torts Act* de Belice. En ella no sólo se remueve cualquier posibilidad de excluir o limitar la responsabilidad del empleador, sino que además se extiende esta forma de responsabilidad a la Corona.

En el Código Civil de Guatemala, de acuerdo al Artículo 1665¹⁷⁵, en Honduras, según el Artículo 2237 de su Código Civil¹⁷⁶, y en Panamá de acuerdo al Artículo

ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUT; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 912-913.

¹⁷⁴ PÉREZ VARGAS, VÍCTOR. *Derecho Privado*. 4ª ed. San José, Litografía e Imprenta Lil, 2013, pp. 563-572.

¹⁷⁵ Originalmente, este Artículo establecía que dicha responsabilidad era subsidiaria, sin embargo, esto fue modificado por el Artículo 155 constitucional, de tal forma que ahora la responsabilidad es solidaria, y tiene un plazo de prescripción de veinte años. A lo anterior hay que agregar que la Corte de lo Constitucional en Sentencia del 6 de diciembre de 2004 ha dicho que esa solidaridad es pasiva, otorgándole al reclamante «...una facultad de elección que le permite dirigirse indistintamente contra cualquiera de los obligados, o bien, si así lo considera conveniente, contra todos ellos simultáneamente; empero, se entiende que si se dirige contra uno solo de los coobligados, éste deberá satisfacer la obligación íntegramente, sin perjuicio del derecho que a este último le asiste, de repetir contra aquellos también obligados solidariamente, todo lo que hubiese tenido que satisfacer, por subrogar al pretensor (como consecuencia del cumplimiento) en la posición de acreedor de la obligación demandada». Vid. Sentencia de la Corte de lo Constitucional 890-2004, del 6 de diciembre de 2004.

¹⁷⁶ Vid. Decreto No. 76-1906 del 13 de enero, Código Civil, publicado el 19 de enero de 1906.

1645 también de su Código Civil¹⁷⁷, la responsabilidad vicaria se extiende también al Estado el que puede ser responsable por los daños o perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos. Este es un ejemplo de la culpa «*in vigilando*». No obstante, sólo en el caso guatemalteco es posible hablar de una verdadera responsabilidad objetiva.

58. Un segundo ejemplo de responsabilidad objetiva, es aquella por la que responden los dueños de animales, cuando estos causan algún daño. Esta se encuentra consignada en el Artículo 1669 del Código Civil guatemalteco. Esta forma de responsabilidad es definitivamente objetiva porque alcanza al propietario, aún cuando el animal se hubiera escapado o extraviado sin culpa del dueño, siendo la única excepción la provocación o culpa de la víctima. De manera similar ha sido consignada esta forma de responsabilidad en los Códigos Civiles de Honduras y Panamá¹⁷⁸. En ambos casos, la responsabilidad también es objetiva, pero se agrega el caso fortuito a la excepción de la responsabilidad de la víctima.

59. La responsabilidad objetiva por los hechos de las cosas podría ser el tercer ejemplo¹⁷⁹. Ahí se establece la responsabilidad objetiva en el caso del cabeza de familia por los daños que causen las cosas que caigan o sean arrojadas de desde la casa en que este habita¹⁸⁰. En Centroamérica dicha responsabilidad se ha consignado de esta misma manera, o a partir de los daños causado por obras ruinosas.

Nuevamente es el Código Civil guatemalteco el que incluye un modelo de responsabilidad objetiva en su Artículo 1671, por medio del cual es el propietario quien debe asumirla, quedando la posibilidad de solidarizar al constructor en el caso de que el origen del daño sea un defecto en la construcción. También es objetiva la responsabilidad descrita en el Artículo 1652 del Código Civil de Panamá, asignándose la responsabilidad al cabeza de familia que habite un edificio o parte de éste. . El Artículo 935 del Código Civil salvadoreño establece que si un edificio cae por su

¹⁷⁷ Vid. Ley No. 2 de 22 de agosto de 1916, Código Civil, publicada en la Gaceta Oficial No. 2,404 de 22 de agosto de 1996.

¹⁷⁸ Honduras, Artículo 2239; Panamá, Artículo 1647.

¹⁷⁹ Está ha sido incluida en el Artículo 1244 del *Code Civil* francés, así como en el Artículo 1910 del Código civil español. Vid. WERRO, FRANZ. Op. Cit., pp. 925-927; Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations NOR: JUSC1522466R; Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último, publicado en Gaceta de 25 de Julio de 1889.

¹⁸⁰ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo II... Op. Cit., p. 286.

mala condición causando daño a los vecinos, estos deberán ser indemnizados, cabiendo únicamente la excepción del caso fortuito.

60. También se encuentra ampliamente reconocido por otra parte de la doctrina, que los numerales 2º y 4º del Artículo 1908 de Código Civil español¹⁸¹ que hacen referencia a los daños causados por humos excesivos y por materias infectantes, acogen igualmente formas de responsabilidad objetiva; situación que, para algunos otros autores (menos, tal vez) también alcanza a los numerales 1º y 3º, que se refieren a la explosión de máquinas, a la inflamación de sustancias explosivas y a la caída de árboles¹⁸². Esta responsabilidad también se regula en los Códigos Civiles centroamericanos: de manera idéntica en los Artículos 2241 de Honduras y 1650 de Panamá, y con algunas variaciones en el Artículo 1672 de Guatemala.

Según la doctrina, la responsabilidad por los hechos de las cosas se suscribe al principio «*res ipsa loquitur*», ya que el daño causado a los fundos vecinos se ha dado por falta de cuidado del propietario. El principio *res ipsa loquitur* corresponde a una técnica denominada prueba de presunciones, que sirve para reducir la incertidumbre que genera la obligación de probar el nexo causal al ser en ocasiones un verdadero obstáculo para la satisfacción de la víctima. Esta prueba de presunciones puede ser identificada bajo distintos nombres en diferentes ordenamientos jurídicos, tal como prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis der Kausalität* en Alemania, o la teoría de la causalidad virtual o *causalité virtuelle* en Francia¹⁸³.

Un sector de la doctrina sostiene que la aplicación de dicho principio supone una forma de responsabilidad basada en la negligencia y que, a diferencia de la responsabilidad basada en la culpa, aquí basta con que se demuestre la peligrosidad para que el Juez de por hecho la existencia de la culpa, siendo por lo tanto una responsabilidad objetiva¹⁸⁴.

¹⁸¹ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último, publicado en Gaceta de 25 de Julio de 1889.

¹⁸² MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, LUIS. «La protección civil del medio ambiente», en AA. VV. *Primeras conferencias sobre el medio ambiente*. Castellón, Comité Economic i Social de la Comunitat Valenciana, 1998, p. 10.

¹⁸³ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. «Capítulo V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 859.

¹⁸⁴ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *De la responsabilidad civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1986, pp. 5.

61. Sin embargo, no está de más comentar que hay quienes señalan que la responsabilidad que se origina de la negligencia en realidad no es objetiva, porque el efecto es apenas la inversión de la carga de la prueba, debiendo el demandado demostrar que su comportamiento no fue ni negligente ni culpable¹⁸⁵. De aceptarse lo anterior, entonces no se podría hablar de una verdadera responsabilidad objetiva, sino que de una pseudo-objetivación. Aunque visto desde la perspectiva puramente económica el efecto es similar, pues tanto la negligencia como la responsabilidad objetiva inducen a los actores riesgosos a asumir aquellas precauciones cuyo costo se justifica¹⁸⁶.

Independientemente de esto, si se atiende a la redacción de dichos artículos es evidente que el legislador no establece una presunción *juris tantum*, sino que asigna la responsabilidad directamente al causante de dichas lesiones. Esto se puede evidenciar incluso en instrumentos de Derecho Ambiental Internacional. El Protocolo más reciente del Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, que fue adoptado en Londres, en 2002, y entro en vigor en abril de 2014, impone la inversión de la carga de la prueba obligando al transportista a demostrar que el daño no es imputable a su culpa o negligencia, o a la de sus empleados o agentes.

2.2.3. La Objetivación de la Responsabilidad Extracontractual por Daño Ambiental

62. Es indiscutible que, entre ambos modelos analizados, la teoría del riesgo ofrece soluciones más deseables para el daño ambiental, sobretodo porque permite cumplir a cabalidad el paradigma del principio de «*quien contamina paga*»¹⁸⁷. Vale señalar que un régimen de responsabilidad que dificulte la deducción de la

¹⁸⁵ KODILINYE, GILBERT. Op. Cit., p. 99.

¹⁸⁶ GEISTFELD, MARK A. «Faul lines in the positive economic analysis of tort law». En ARLEN JENNIFER (Editor). *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 157.

¹⁸⁷ Al respecto, MARTÍN MATEOS señala que «*la objetivación de la responsabilidad tiene un campo extraordinariamente propicio en las relaciones reguladas por el Derecho ambiental en cuanto que efectivamente buena parte de los daños causados al perturbarse los elementos ambientales, tienen carácter ocasional y son productos de fallos en los dispositivos técnicos de control*». Vid. MARTÍN MATEO, RAMÓN. Op. Cit., p. 167.

responsabilidad al causante exigiendo se demuestre culpa o negligencia, tendrá como efecto -casi con seguridad- que el costo de restauración de intereses privados de naturaleza ambiental le corresponderá al Estado, o aún peor, que la restauración no se lleve a cabo¹⁸⁸. Mientras que, aplicar la responsabilidad objetiva por daño basada en la consideración legal de una actividad como peligrosa para el ambiente, permite que en el momento que se verifique la lesión, se le impute automáticamente la responsabilidad civil a quien lo causó¹⁸⁹.

Desde la perspectiva del proceso, igualmente se puede argumentar a favor de un régimen de responsabilidad objetiva, pues también ahí pone a las víctimas del daño en una situación procesal ventajosa, al desobligarlas de comprobar en juicio la existencia de dolo, culpa o negligencia por parte de los agentes causantes del daño. Ya existen precedentes de esto que datan desde 1941 con el laudo arbitral dictado en caso de la fundición *Trail Smelter*¹⁹⁰.

La responsabilidad objetiva no sólo elimina la dificultad que conlleva demostrar en juicio el nexo psicológico, problemática que será discutida al final de este Capítulo; sino que tiene una incidencia económica que inevitablemente se traduce en prevención. El saber de antemano que existe el riesgo de indemnizar por actividades contaminantes es inminente, y que una condena de este tipo incrementa los costos, indefectiblemente obligará a los agentes económicos repensar la incorporación de dichas actividades contaminantes en sus procesos productivos¹⁹¹.

No obstante, es importante entender cuales son los límites reales que la objetivación de la responsabilidad tiene con relación a la víctima, pues como señala FAURE no siempre esta ventaja queda claramente evidenciada cuando de daño al ambiente se habla. El autor defiende esta opinión al señalar que en algunos ordenamientos jurídicos la violación de una norma administrativa ambiental constituye culpa, teniendo la víctima la carga de siempre demostrar el nexo causal en caso de querer reclamar indemnización. Es decir, en esos ordenamientos jurídicos

¹⁸⁸ VIGURI PEREA, AGUSTÍN. Op. Cit., p. 111.

¹⁸⁹ Ejemplos de lo anterior se encuentran en el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños causado por actividades peligrosas para el medio ambiente, conocida como la Convención de Lugano. Vid. CONSEJO DE EUROPA, Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano 1993.

¹⁹⁰ GARCÍA CASTREJÓN, JEMINA. Op. Cit., p. 482.

¹⁹¹ AZAGRA MALO, ALBERT. Op. Cit., p. 7.

objetivar la responsabilidad en realidad no supone una ventaja significativa para la víctima¹⁹².

63. Su marcada cualidad económica es otro argumento a su favor¹⁹³. Uno de los principales obstáculos para la utilización del Derecho Privado en la solución del problema ambiental es el alto costo del proceso judicial en comparación con el valor de la lesión, realidad que persiste incluso en el supuesto de la defensa de intereses difusos como el ambiente. Lo anterior es con mayor razón cierto si además, la responsabilidad por daño ambiental ha sido objetivada. El que su aplicación indefectiblemente causa el inicio de un juicio ante cualquier supuesto de daño, a pesar de las indudables ventajas que tiene la objetivación, justifica la afirmación anterior.

Esto es así porque la responsabilidad objetiva permite que en todos los casos la víctima reciba algún tipo de compensación, a diferencia de lo que sucede, como comenta FAURE con la figura de la negligencia. Esta última permite que no haya necesidad de compensar a la víctima en tanto el potencial causante cumpla con el estándar de cuidado previamente establecido¹⁹⁴. Mientras éste cumpla, se vuelve innecesario iniciar alguna acción judicial.

64. De ahí que, al asumir una posición y considerar que la responsabilidad civil objetiva es la mejor solución para abordar el problema del daño ambiental, no puede pasarse por alto alguna referencia al costo de los procesos judiciales. Ya en 1972, ADLER hacía una magistral exposición sobre las razones que hacían eficiente el uso del Derecho Privado, enfocando su trabajo en las *Class Actions* ambientales¹⁹⁵.

¹⁹² FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...*, Op.Cit., pp. 29-30.

¹⁹³ Parte de los académicos estadounidenses dedicados al estudio de los daños apoyan una concepción económica de estos. Esta concepción explica el derecho de daños en el mercado, concibiendo las reglas de la responsabilidad extracontractual como «precios», los daños como «costos» y «externalidades», y asumen el derecho de daños como una institución que aborda una falla omnipresente del mercado. Desde esta perspectiva, el rol de las reglas de la responsabilidad extracontractual es el de corregir las externalidades al obligar a los causantes del daño a internalizar esos costos y ajustar su comportamiento acorde a esto. La responsabilidad objetiva, desde este abordaje, permite incorporar los costos de los accidentes en las reglas de la responsabilidad extracontractual acercándolas aún más a los precios de mercado, y obligando a los posibles causantes de daños a funcionar de manera más eficiente, y a ejercitar un cuidado también eficiente. *Vid.* KEATING, GREGORY C. «Strict Liability Wrongs». En OBERDIEK, JOHN (Editor). *Philosophical foundations of the law of torts*. Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 292-293.

¹⁹⁴ FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* Op.Cit., pp. 22-23.

¹⁹⁵ ADLER, VIVIAN O. «The viability of Class Actions in Environmental Litigation», en *Ecology Law Quarter*, Vol. 2, Núm. 3, 1972, pp. 533-570.

Capítulo 1

Al incorporar los costos de los accidentes en las reglas de responsabilidad hace que estas se acerquen más a los precios de mercado¹⁹⁶, en tanto permite que quienes desarrollan actividades riesgosas se generen beneficios patrimoniales a partir de ellas, siempre y cuando se asegure la reparación de los daños, conformando así un comprensivo sistema de previsión social¹⁹⁷. Lo anterior no deja de ser visto con relativo recelo por parte de algún sector de la doctrina. Hay quienes suponen que la conciencia previa de la obligación de indemnizar encarece la producción de bienes y servicios, al incidir en los costos precautorios que los actores económicos deben asumir¹⁹⁸.

Un ejemplo de lo anterior es la solución de carácter intermedio que se ha propuesto en el Código Civil alemán en el supuesto de la responsabilidad vicaria. Ahí, la regla general es la de la responsabilidad subjetiva, pero se reconoce la responsabilidad objetiva de la empresa por los riesgos típicos de ésta, por ser estos los únicos que los empresarios pueden controlar y administrar. Esta categoría incluye todos los supuestos de responsabilidad por daño ambiental. Esta opción se basa en la capacidad que tienen las empresas de internalizar los daños en los costes de producción, evitando así la producción de externalidades económicas¹⁹⁹. Un modelo similar se encuentra disponible en la Convención sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992.

65. A pesar de los argumentos favorables antes expuestos, parte de la doctrina considera que adoptar la responsabilidad objetiva disminuye la diligencia normalmente empleada en la ejecución de actividades riesgosas, pues de antemano es sabido que medie culpa o no, existirá indefectiblemente la obligación de reparar²⁰⁰. De ahí que el segmento doctrinal dominante haya sido cauteloso en este respecto hasta ahora y haya optado por aconsejar que coexistan ambos regímenes: uno para las actividades ilícitas basado en la culpa, y otro, objetivado, aplicado a las actividades peligrosas y riesgosas²⁰¹. Se debe tomar en consideración que para que el modelo

¹⁹⁶ KEATING, GREGORY C. Op. Cit., p. 293.

¹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit., pp. 108-112.

¹⁹⁸ AZAGRA MALO, ALBERT. Op. Cit, p.7.

¹⁹⁹ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. «El criterio de imputación (IV. Los criterios de imputación objetivos)», en PEÑA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 137-139.

²⁰⁰ MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, LUIS. Op. Cit., p. 3.

²⁰¹ Un ejemplo de lo anterior es la Ley alemana de responsabilidad civil por daños al ambiente de 10 de diciembre de 1990. Esta ley es una de las primeras experiencias de codificación de un régimen especial.

funcione, los ordenamientos jurídicos deben definir exhaustivamente cuales actividades se considerarían riesgosas y peligrosas, además de exigir obligatoriamente la adquisición de seguros para cubrir sus efectos.

66. Estas ventajas ya han sido consideradas por el Derecho Ambiental internacional, por lo que la responsabilidad objetiva ha quedado incorporada en muchos de sus instrumentos. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1969²⁰². Esta instrumento también contiene un sistema basado en la responsabilidad objetiva para los propietarios de los buques, cabiéndole algunas excepciones. El Convenio de 1969 ofrece un concepto de daño por contaminación en su artículo 1.6. Hay que aclarar que este no es un concepto de daño ecológico puro, sino que es uno de daño resarcible²⁰³, o un daño indirecto causado por medio del ambiente, como se le ha venido denominando a lo largo de este trabajo. Sobre éste concepto se sustenta un modelo de responsabilidad objetiva. El instrumento de 1969 fue reemplazada en 1992 por una segunda Convención de la que ya se había hecho referencia.

En ella se incorporó la responsabilidad objetiva de manera limitada, aplicándola sobretodo en la reparación de los daños indirectos causados por el ambiente. Una solución similar fue incorporada en la Convención de Lugano antes referida, así como en el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Responsabilidad Ambiental. *Vid.* POVEDA GÓMEZ, PEDRO Y VÁSQUEZ COBOS, CARLOS. «La reparación de los daños ambientales. Estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental», en *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 193, 2001, pp. 69-70.

²⁰² La Convención de Responsabilidad Civil original de 1969 tiene como antecedente directo el accidente del Buque Superpetrolero *Torrey Canyon* que encalló cerca de la costa del Reino Unido en 1967, cuya contaminación se extendió no sólo a sus costas, sino que a las de Francia. Fue adoptada con el auspicio de la Organización Marítima Internacional, pensada como una solución que permitiría tener una base jurídica adecuada que pudiera servir para resolver el fondo de los asuntos relacionados con la responsabilidad y la compensación por los daños causados a terceros como consecuencia de los accidentes de buques petroleros.

Todos los países de la región, menos Panamá, forman parte de esta Convención. Panamá ratificó el convenio el 7 de enero de 1976, entrando en vigor el 6 de abril del mismo año. Sin embargo la denunció el 11 de mayo de 1999. Guatemala se adhirió al convenio el 20 de octubre de 1982, entrando en vigor el 1 de enero de 1983; Belice, se adhirió el 2 de abril de 1991, entrando en vigor el 1 de julio del mismo año; Nicaragua se adhirió el 4 de junio de 1996, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1996; Costa Rica se adhirió el 8 de diciembre de 1997, entrando en vigor el 8 de marzo de 1998; Honduras se adhirió el 2 de diciembre de 1998, entrando en vigencia el 2 de marzo de 1999; El Salvador se adhirió el 2 de enero de 2002, entrando en vigor el 2 de abril de 2002. *Vid.* OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de aguas de mar por hidrocarburos, Bruselas, 1969. Disponible en: <http://www.imo.org>; ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. Op. Cit., . Disponible en: <http://www.imo.org>

²⁰³ RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op.Cit., p. 105.

Capítulo 1

La responsabilidad objetiva también ha sido considerada en el Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños resultantes de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación de 1996. No obstante, este instrumento contempla excepciones al régimen de responsabilidad objetiva, contenidas en el Artículo 4.5. siendo estas que el daño sea resultado de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; de un fenómeno natural excepcional, inevitable, imprevisible e irresistible: del cumplimiento de una disposición obligatoria emanada de autoridad pública; y, de la conducta ilícita intencional de un tercero.

Otro ejemplo de lo anterior lo ofrece la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear de 1973 que ya fue relacionada. Este instrumento contiene un modelo de responsabilidad objetiva limitada, y canalizada siempre por medio del operador de instalaciones nucleares. Es una forma de responsabilidad limitada a la inversa, donde se establece un mínimo, pero no tiene un techo máximo establecido. La limitación también es temporal, pues el derecho de acción en contra del operador prescribe diez años después del accidente nuclear.

Un ejemplo más es el Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar y su Protocolo. Este instrumento limita la responsabilidad tanto respecto de las lesiones corporales y respecto a la pérdida o daños sufridos por el equipaje, haciendo extensiva la limitación a empleados o agentes. Adicionalmente, incluye la opción de que el transportista y el pasajero acuerden expresamente límites más elevados a la responsabilidad que los establecido en el instrumento. El beneficio a la limitación de la responsabilidad se perderá si los daños fueron consecuencia de un acto o de una omisión dolosa por parte del transportista, de su empleado o agente.

67. Los legisladores centroamericanos no necesariamente han seguido estos lineamientos, y han ido incorporando la responsabilidad civil extracontractual objetivándola o seudo-objetivándola. La objetivación se ha llevado a cabo en El Salvador, Honduras, Costa Rica y Panamá; mientras que la seudo-objetivación, en Nicaragua.

En El Salvador, esta se ha acogido en el Artículo 100 de la Ley del Medio Ambiente de 1998, la que establece que *«el Estado, entes descentralizados y toda persona natural o jurídica que por acción u omisión deteriore el medio ambiente, está obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados»*. Con esto, señala la Sala de lo

Constitucional salvadoreña, «...se aparta de las concepciones tradicionales, en cuanto a la Teoría de la Responsabilidad, ya que se abandonan los moldes clásico de la responsabilidad subjetiva, de tal manera que el que ocasiona un riesgo mediante un daño ambiental, responde por el daño, aunque no le sea imputable a dolo o culpa...»²⁰⁴. Dicho deber de reparación se ve complementado por el deber de restaurar el ecosistema siempre que sea posible, y en su defecto –cuando el daño sea irreversible-, realizar acciones compensatorias.

En Honduras, el legislador también ha objetivado la responsabilidad por daño ambiental en el Artículo 106 de la Ley General del Ambiente de 1993. Ahí establece que «quien contamine el ambiente y cometa acciones en contra de los sistemas ecológicos sin observar las disposiciones de esta Ley y de las leyes sectoriales, asumirá los costos de la recuperación ambiental a que dé lugar su acción u omisión, sin perjuicio de la responsabilidad penal o de otro tipo en que incurra».

Lo mismo sucede en Costa Rica. Aquí las características del régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicado a la materia ambiental, vienen determinadas por el Artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente de 1995. Esta señala que, «sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les pueda resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión».

68. De lo anterior se colige la razón por la que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que «en el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno de responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del transgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente»²⁰⁵.

²⁰⁴ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 5-93 AC del 2 de julio de 1998.

²⁰⁵ Vid. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1669 del 18 de febrero de 2000.

Capítulo 1

Este criterio ha sido secundado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que *«la responsabilidad derivada de daños causados a la naturaleza..., universalmente siempre se ha considerado como una responsabilidad de carácter objetiva. Este principio general de derecho ha sido admitido ampliamente en la últimas reformas a la Constitución donde se introdujo el derecho a un ambiente sano y ecológico equilibrado, y el legislador lo ha asumido aún antes de esas reformas, reiterándolo ampliamente después, para encontrarse en todo el sector ambiental del ordenamiento jurídico... Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad»*²⁰⁶.

Esta visión abarca hasta las acciones civiles resarcitorias por la vía penal. El Tribunal Superior de Casación ha estimado con relación a esta forma de responsabilidad que *«su fundamento no es subjetivo, sino más bien objetivo en la medida que el interés central no es sancionar o castigar, sino reparar. Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad... que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado a un tercero»*²⁰⁷.

69. En Panamá, los Artículos 108 y 109 de la Ley General del Ambiente de 1998 establecen el régimen de responsabilidad objetiva en supuestos de daño ambiental, a la salud humana, a los procesos ecológicos esenciales o a la calidad de vida de la población. Esta responsabilidad objetiva es definida en el Artículo 2 del mismo instrumento, entendiéndose por ella la *«obligación del que cause daño o contamine, directa o indirectamente, a las personas, al medio natural, o a las cosas, de resarcir el daño y perjuicios causados»*.

A diferencia de lo anterior, en Nicaragua el legislador se ha decantado por la pseudo-objetivación que supone la presunción de la culpa. La Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1996 establece en el Artículo 152 el deber de reparación como efecto de la responsabilidad por daño ambiental, además de establecer en los Artículos 153 y 154, la solidaridad de los coparticipantes en la causación del daño. También incluye una causal eximente de la responsabilidad en el

²⁰⁶ Vid. Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 398 del 6 de junio de 2001.

²⁰⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Casación Penal 493 del 20 de mayo de 2004.

artículo 155, siendo esta demostrar que el causante ha adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo. VERNETTI es de la opinión que de el articulado antes referido se puede deducir que la teoría aplicable es la de la culpa, pues la eximente señalada sería una especie de prueba de la diligencia, *ergo*, de falta de culpa²⁰⁸.

2.2.4. La Responsabilidad del Estado

70. Uno de los temas que indefectiblemente debe ser abordado en un trabajo de esta naturaleza y sobre esta temática, es la responsabilidad del Estado al no prevenir o mitigar la causación del daño ambiental. La interrogante de fondo es si se puede deducir o no responsabilidad al Estado a partir de la existencia de un deber general de protección para con los ciudadano, o si esa responsabilidad puede ser exclusivamente deducida en el caso de que exista una regulación estatutaria que así lo permita.

El análisis comparativo del Derecho ofrece algunas luces al respecto. Un ejemplo es el caso alemán con relación a la responsabilidad del Estado con relación a las catástrofes. Dicha responsabilidad tiene un origen estatutario, ya que la ley establece un estándar de diligencia debida para la autoridad competente de prevenir catástrofes y de gestionar adecuadamente las consecuencias de estas, en caso de que alguna aconteciera. Aunque, vale decir, que no existe una regulación especial a este respecto en las normas civiles (BGB) sino que lo que existe es una cláusula general de responsabilidad en caso de que el Estado no actúe con la necesaria diligencia y cuidado en la efectiva protección de los ciudadanos²⁰⁹. En Inglaterra, se podría deducir responsabilidad civil en aquellos casos en lo que el riesgo fue creado por la autoridad misma, o cuando ésta provee un servicio de manera negligente²¹⁰.

²⁰⁸ VERNETTI, ANA M. «El “daño al ambiente”. Simetrías y asimetrías en algunas legislaciones comparadas en material de factor de atribución y prescripción de la acción». *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*. Noviembre de 2014. No. 14.

²⁰⁹ WAGNER, GERHARD. «Catastrophic Damages - Liability and Insurance», en BASEDOW, JÜRGEN; KISCHEL, UWE; SIEBER, ULRICH (Editores). *German National Reports on the 18th International Congress of Comparative Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 52-55.

²¹⁰ HOWARTH, DAVID. «The general conditions of unlawfulness», en HARTKAMP, ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUDE; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 861.

Capítulo 1

La Ley 26/2007 sobre Responsabilidad Medioambiental española establece en su Artículo 14 una serie de supuestos que eximen a los operadores de la responsabilidad por daños al ambiente²¹¹. Cuando estos supuestos están vinculados directamente con la autoridad administrativa, el Artículo 15 del mismo instrumento le permite recuperar los costes de las medidas preventivas, de mitigación o de reparación que le correspondan, reclamando contra las Administraciones públicas correspondientes. SORO MATEO aclara que la intención del legislador en este caso no ha sido la de deducir responsabilidad a estas Administraciones por hechos ajenos²¹². Más bien, la intención es deducirles responsabilidad por la omisión a sus deberes, es decir, responsabilidad *in vigilando*. La autora incluso debate si más que las Administraciones públicas, el responsable es en realidad el legislador.

71. La lógica bajo la que se puede deducir responsabilidad al Estado, normalmente está conectada con el principio de responsabilidad vicaria, por medio del cual, un empleador deberá responder por el daño causado por su empleado, en el caso de que dicho daño esté lo suficientemente conectada con la actividad para la que del individuo ha sido contratado. Está claro que el examen requerido pasa por determinar si la conducta lesiva del empleado está tan cercanamente conectada con los actos que el empleador le indicó o autorizó realizar, de tal forma que la conducta lesiva pueda ser justa y razonablemente tenida como hecha por el empleado actuando en el curso ordinario de su empleo²¹³.

KODILINYE comenta que la teoría moderna de la responsabilidad vicaria no se basa en la culpa, sino que en consideraciones políticas y sociales²¹⁴. Esto es por que parecería injusto y legalmente injustificable que una persona que no ha cometido ninguna falta sea responsable de la conducta lesiva de otra. Pero en realidad, se puede argumentar que una persona que emplea a otras para avanzar sus propios intereses,

²¹¹ Uno de esos supuestos es que las lesiones se causen como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente; otro supuesto es que aunque el daño haya sido cuasado por el operador, el diseño del proyecto haya sido elaborado por la Administración; un tercer supuesto es que el hecho que causa la lesión al ambiente haya sido objeto de una autorización administrativa expresa; y, el cuarto, cuando la lesión hubiere sido causada por una actividad que en el momento de su realización no era considerada como perjudicial en función del estado de la ciencia y la técnica de ese momento. *Vid.* Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, publicado en el Boletín Oficial de España No. 255, el 24 de octubre de 2007.

²¹² SORO MATEO, BLANCA. «Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la ley de responsabilidad ambiental», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 35, 2009, p. 220.

²¹³ PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. *Op. Cit.*, p. 303.

²¹⁴ KODILINYE, GILBERT. *Op. Cit.*, p. 334.

sobre todo si son económicos, debe tenerse como responsable por cualquier lesión causada por las acciones de dichos empleados, y que la víctima inocente del daño causado por el empleado debe poder demandar a alguien que sea financieramente responsable. Esta justificación económica de la capacidad financiera para la responsabilidad vicaria es posible sea la razón principal por la que los legisladores utilicen este principio en el caso del Estado.

72. En Guatemala, El Salvador, Honduras y Belice la responsabilidad estatal también tiene un origen estatutario, siendo incorporada taxativamente, con la diferencia que en los primeros dos casos, esta es constitucional, y en el caso hondureño aparece en el Código Civil. En Nicaragua, Costa Rica y Panamá no se consigna taxativamente, debiéndose aplicar el régimen general de responsabilidad vicaria *in vigilando*. En algunos ordenamientos jurídicos, esta responsabilidad se entenderá como solidaria, y en otros como subsidiaria.

(1) En el primer grupo, se encuentran Guatemala, Honduras, Costa Rica y Panamá. En Guatemala, el Artículo 155 establece la solidaridad por parte del Estado o de las instituciones estatales en las que directamente sirva el dignatarios, funcionario o empleado que cause el daño, la que después será regulada por el Código civil, por medio de un régimen objetivado. En Honduras, la responsabilidad vicaria del Estado queda establecida en el Artículo 2237 del Código Civil, pero es el Artículo 2238 el que evidencia la solidaridad al señalar que «*el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho*». En Costa Rica, esta solidaridad se señala en el Artículo 1048 del Código Civil. En Panamá, en el Artículo 1645.

(2) En el segundo grupo se encuentra solamente El Salvador. En este ordenamiento jurídico, el Artículo 245 la responsabilidad del Estado es subsidiaria a la de los funcionarios u empleados públicos que causaran daños materiales y morales en consecuencia de la violación de Derechos constitucionales. Esta responsabilidad será posteriormente desarrollada en el Código Civil, haciendo posible deducirla no sólo al Estado sino que a las municipalidades por la culpa *in vigilando*, tal como se señaló en el segundo apartado de éste acápite.

Con relación a la asignación de la responsabilidad, la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador ha manifestado que para que

el Estado responda, es necesario que concurren ciertos presupuestos a saber: (a) actividad estatal, (b) relación de causalidad adecuada, y (c) existencia de un daño o perjuicio indemnizable²¹⁵. La jurisprudencia costarricense también ha señalado que el Estado y sus entidades responderán por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, estableciendo los mismos tres requisitos, con una única diferencia: que la lesión o daño se describe como antijurídico, cierto, efectivo, real, evaluable, individualizable²¹⁶.

2.2.5. Las Excepciones o Defensas Aplicables a la Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental

73. Los modelos de responsabilidad normalmente requieren cierto grado de flexibilidad, en tanto deben atender a las circunstancias propias de los hechos que generan las lesiones. De ahí que incluyan eximentes o atenuantes, dependiendo de si la responsabilidad es subjetiva o no. Las posibilidades de exonerarse de ésta son el caso fortuito, la fuerza mayor y la negligencia contributiva. Pero además, la parte demandada, también podría alegar la prescripción de la acción en su defensa.

El caso fortuito es aplicable tanto en los supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, y hace referencia a hechos estadísticamente imprevisibles²¹⁷. La fuerza mayor también aplica tanto para la responsabilidad objetiva como la subjetiva, y se refiere a hechos inevitables. Su relevancia radica en servir para determinar si la acción lesiva en realidad puede ser imputada al supuesto causante, por haberla este llevado a cabo voluntariamente, pues no tiene sentido deducirla de quién no ha podido libremente influir en el riesgo²¹⁸.

El Artículo 34-D del Código Civil panameño es el único de la región que establece taxativamente la diferencia entra una y otra figura, señalando que el caso

²¹⁵ *Vid.* Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 3-OJ-CE-08 del 27 de febrero de 2009.

²¹⁶ *Vid.* Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 025-F-99 de 22 de enero de 1999, 589-F-99 de 1 de octubre de 1999, y Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 252-F-01 de 28 de marzo de 2001.

²¹⁷ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. *Op.Cit.*, p. 895.

²¹⁸ FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* *Op.Cit.*, p. 53.

fortuito proviene de acontecimientos naturales imprevisibles, mientras que la fuerza mayor es producida por hechos irresistibles del hombre. Sin embargo, a pesar que la doctrina desde hace mucho ha establecido claramente las diferencias entre estas dos figuras, todavía es posible encontrar ordenamientos jurídicos donde se siguen utilizando indistintamente como si fueran sinónimos. Ese es el caso del Artículo 43 del Código Civil salvadoreño²¹⁹. Lo mismo se podría decir del Artículo 2512 del Código Civil nicaragüense cuando se refiere a la responsabilidad vicaria, y la exime si se demuestra que no era posible impedir el hecho que origina la responsabilidad ni con el cuidado y vigilancia común ordinaria.

74. Para completar lo anterior, vale decir que los legisladores de la región no recurren realmente a la excepción del caso fortuito, sino que se decantan por la fuerza mayor²²⁰ y por la negligencia contributiva o responsabilidad de la víctima, aunque también de manera limitada²²¹. Esta eximente, llamada en el Derecho anglosajón «*contributory negligence*», implica que es a la víctima realmente a quien se le puede atribuir un comportamiento culposo o negligente, que en parte o en todo es la causa del daño sufrido por él mismo.

²¹⁹ Vale señalar que la jurisprudencia salvadoreña, aunque reconoce las diferencias que la doctrina ha argumentado con relación a estas dos eximentes, sigue manteniendo como válida la posición del legislador al incorporarlas como equivalentes, afirmando como justificación que sus efectos prácticos son los mismos, y que ambas figuras son manifestaciones de una categoría general denominada «*Justa Causa*». Ha determinado además sus condiciones básicas, siendo estas que el hecho sea ajeno a la voluntad de la parte que lo alega, que sea imprevisto e insuperable y que la consecuencia de su producción sea la imposibilidad permanente de ejecutar una obligación. *Vid.* Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro 14-2MC-14-A de 26 de noviembre de 2014, Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección del Centro de San Vicente C-05-PC-2015-CPCM de 16 de febrero de 2015, y Sentencia de la Cámara de la Segunda Sección de Occidente de Sonsonate INC-15-CPCM-2015 de 9 de junio de 1015.

²²⁰ El Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José ha dicho en Sentencia No. 00418-2003 de 15 de mayo de 2003 que si bien es cierto existe una tendencia doctrinaria a equiparar la fuerza mayor con el caso fortuito a partir de sus efectos, la jurisprudencia civil costarricense desde 1942 ha hecho distinciones entre ambos supuestos, argumentando que tal diferenciación fue incorporada por el legislador, quien pretendió instaurar una responsabilidad objetiva en los supuestos de caso fortuito, producto del desarrollo normal de la actividad y del riesgo creado, y no en los de fuerza mayor, ya que en ésta operarían fuerzas extrañas ajenas a dicho riesgo. La diferencia de la fuerza mayor con el caso fortuito se basa en su evitabilidad, pues el segundo se basa en la imprevisibilidad. Así la diferencia entre la responsabilidad objetiva basada en el caso fortuito y la responsabilidad subjetiva fundada en la culpa, es precisamente la previsibilidad, puesto que en el primero de ellos se afirma que el hecho dañoso era imprevisible, lo que no ocurre cuando se afirma la existencia de culpa. También pueden diferenciarse a partir de sus efectos, en tanto la fuerza mayor libera de responsabilidad en todos los casos, precisamente por su origen externo.

²²¹ REGLERO señalaba que una de las características de la responsabilidad sin culpa, por ejemplo, es precisamente el número y alcance reducidos de los medios de defensa. *Vid.* REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo II... Op. Cit., p. 309.

Capítulo 1

La aplicación de esta eximente de ninguna manera está conectada a la existencia de alguna obligación debida por la víctima al causante de la lesión. Basta con demostrar que quien sufrió la lesión no aplicó un cuidado razonable, contribuyendo de esta manera con la propia lesión²²². La compensación deberá reducirse proporcionalmente, e incluso llegar a negarse, dependiendo de el peso de la contribución que la acción culposa o negligente de la víctima represente, con relación al efecto sufrido por ella misma.

Entre los comportamientos que pueden ser considerados en esta categoría se incluye la falta de cuidado, renunciar a la implementación de medidas preventivas, abstenerse a reaccionar, reaccionar débilmente, reaccionar excesivamente, negarse a mitigar los efectos del daño, consentir el daño (*volenti non fit injuria*), o asumir riesgos innecesarios²²³. En los supuestos de responsabilidad objetiva, puede suponer una reducción en los montos compensables. Sirve decir que la aplicación de la fuerza mayor en los supuestos de responsabilidad objetiva en la región es sumamente limitada, en coherencia con la posición de la doctrina²²⁴. Se utiliza, por ejemplo, para la responsabilidad objetiva que deviene de la caída de árboles, como lo señalan los Artículos 1672 del Código Civil guatemalteco, 2241 del hondureño y 1650 panameño.

75. Similar es la recurrencia con la que se incorporación de la figura de la negligencia contributiva, salvo el caso del Artículo 1645 del Código Civil de Guatemala, en el que aparece como una eximente general para la responsabilidad aquiliana²²⁵. En los demás ordenamientos jurídicos se utiliza a la par de la fuerza mayor como eximente de la responsabilidad por los daños causado por un animal. De acuerdo al Artículo 2239 del Código Civil hondureño, al Artículo 2513 del nicaragüense, y al Artículo 1647 del panameño; y, en el supuesto de la responsabilidad que deviene a quien se beneficia de explotar maquinaria motiva por las lesiones que esta cause, tal como lo señala el Artículo 1048 del Código civil costarricense.

No obstante, aparecerá incorporada como excepción de manera independiente en el Artículo 1650 del Código Civil guatemalteco en el supuesto de la responsabilidad que deviene del uso de maquinaria, aparatos o sustancias peligrosas.

²²² PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. Op. Cit., pp. 264-265.

²²³ ROUILLER, NICOLAS. Op. Cit., pp. 433-437.

²²⁴ VAN DAM, CEES. Op. Cit., p. 168.

²²⁵ Artículos 1645 y 1650.

Vale comentar que los legisladores centroamericanos se han apartado en este sentido de otros modelos, como el francés donde la responsabilidad contributiva de la víctima es utilizada como eximente de la responsabilidad del empleador, así como de la posición generalmente aceptada de la doctrina.

76. Por su parte, el estado de necesidad o «*necessity*» como eximente a la responsabilidad, supone que al defenderse la víctima de ataques injustificados, ha dañado otros intereses protegidos con el fin de proteger un interés superior. Para poder utilizar esta defensa como excepción a la responsabilidad, el daño causado por la víctima debe ser proporcional a la amenaza sufrida por éste. Sin embargo, la verdadera dificultad en la aplicación de esta excepción radica en determinar una jerarquía válida para los intereses jurídicamente tutelados. El Artículo 1658 del Código Civil guatemalteco refleja la idea del estado de necesidad, al transformar el daño o perjuicio causado a un tercero de un hecho ilícito a uno lícito, cuando quien la causa deba protegerse a si mismo o a un tercero de peligro inminente. Sin embargo, el legislador guatemalteco consideró que el estado de necesidad no era razón suficiente para eximir al causante de su responsabilidad civil.

77. La prescripción, o «*statute of limitation*», es probablemente la más radical de las defensas, pues su efecto es paralizante²²⁶, en el sentido de que tras haber transcurrido un período de tiempo predeterminado por la ley desde que la acción dañosa ha ocurrido, o desde que sus efectos han sido sufridos, ya no es posible iniciar una acción judicial con el fin de obtener compensación.

La posibilidad de que el plazo de prescripción pueda empezar a correr desde que los efectos sean sufridos es particularmente importante para el daño ambiental, ya que es posible que en algunos supuestos, los efectos resulten diferidos en el tiempo, incluso mucho después de que finalizara el plazo que podría corresponder si este se calculara desde el evento de la acción dañosa. De igual forma es importante reconocer el efecto continuado del daño. De no existir esta posibilidad, se estará favoreciendo a los causantes de los daños al ambiente, permitiéndoles, como señala PEÑA CHACÓN, a caer en la insolvencia, ausentarse e incluso desaparecer²²⁷.

Soluciones de este tipo ya están disponibles en el Derecho Ambiental Internacional. un ejemplo de lo anterior es la Convención Internacional sobre

²²⁶ ROUILLER, NICOLAS. Op. Cit., p. 432.

²²⁷ PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño ambiental y prescripción», Op. Cit.

Capítulo 1

Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992, la cual establece que el período de prescripción del derecho de acción se limita a tres años desde la ocurrencia del daño, no pudiendo extenderse a más de seis años desde el incidente que lo causa. En el caso de daño continuado, el plazo se contabiliza desde la fecha de la primera incidencia.

Un ejemplo de lo anterior es observable en la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo costarricense²²⁸ donde, considerando que si bien es cierto los daños nucleares tienen efectos continuados, no se pueden reconocer como tales, pues eso atentaría contra la seguridad jurídica que sirve de base lógica para el instituto de la prescripción, y podría prologar las acciones de reclamación casi perpetuamente. Se evidencia entonces que el Tribunal, ya sea porque prefiera aferrarse a las formas o al tecnicismo, o tal vez intentando crear cierto equilibrio entre las partes, decide desatender el reclamo de la víctima para favorecer claramente a pesar de reconocer claramente las características del daño.

El Código Civil guatemalteco ofrece esta oportunidad de acuerdo a su Artículo 1673, iniciando el plazo de la prescripción para las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, que será de un año. La Constitución guatemalteca establece en el Artículo 155 la responsabilidad vicaria del Estado por los hechos de sus funcionarios y empleados, siempre y cuando no se hubiera consumado la prescripción, estableciendo como un término de veinte años²²⁹. El Código Civil panameño en su Artículo 1706 establece un plazo de prescripción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia en el término de un año, contado a partir de que lo supo el agraviado, lo que puede ser interpretado, como desde el momento que fueron conocidos los efectos.

Los legisladores hondureño y nicaragüense no fueron tan específicos como el guatemalteco y el panameño, y se limitaron a decir en el Artículo 2297 del Código Civil hondureño y en el 924 del nicaragüense que el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que la acción pudo ejercitarse, pudiendo dársele la misma interpretación. El Artículo 2254 del Código Civil salvadoreño y el 868 del costarricense establecen regímenes generales de prescripción. En el caso salvadoreño

²²⁸ *Vid.* Sentencia de la Sección I del Tribunal Contencioso Administrativo 83-2006-I, del 5 de septiembre de 2016.

²²⁹ *Vid.* Decreto del 31 de mayo de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala, publicado en el Diario Oficial Tomo 226, No. 41, del 3 de junio de 1985.

el régimen general de prescripción es de diez años para las acciones ejecutivas y de veinte años para las acciones ordinarias, y en Costa Rica es de diez años.

Por ello, en la doctrina es posible encontrar voces que reclaman la imprescriptibilidad del daño ambiental, por considerar que el interés lesionado es de naturaleza colectiva y normalmente público, que además le otorga contenido al derecho humano al ambiente sano y equilibrado, y que podría incluso llegar a constituir delito de lesa humanidad²³⁰.

2.3. La Reparación del Daño Ambiental y sus Dificultades

78. No se puede desconocer que la obligación de reparar el ambiente se ha plasmado prioritariamente en las normas de carácter administrativo. Dos modalidades diferentes son identificables en la región:

(1) Determinar la obligación de reparación por medio de entes jurisdiccionales civiles. La primera de estas modalidades está disponible en el Artículo 100 de la Ley del Medio Ambiente de El Salvador de 1998, en los Artículos 152 al 158 de la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de Nicaragua de 1996, los Artículos 116 a 119 de la Ley General del Ambiente de Panamá de 1998 y la Sección 40 de la Ley de Protección al Ambiente de Belice, revisada en el año 2000.

(2) Establecer la obligación de reparar por medio de entidades administrativas, a pesar que esta segunda modalidad ha sido analizada por la doctrina especializada, la que considera que determinar la indemnización en sede administrativa supone una extralimitación del ejercicio de potestades tradicionalmente administrativas²³¹, siendo más adecuado que ésta sea impuesta por la vía jurisdiccional. Esta está disponible en el Artículo 37 de la Ley de Protección del Medio Ambiente Guatemala de 1986 y en la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica de 1995²³².

En el caso de Honduras, se observa una confusión de figuras que son propias del Derecho administrativo sancionador con la posibilidad de reparación del daño

²³⁰ PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño ambiental y prescripción», Op. Cit.

²³¹ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»...Op. Cit., pp. 838-839.

²³² En Costa Rica, por medio de la Ley Orgánica del Ambiente se ha creado un Tribunal Ambiental Administrativo, pero este es un órgano desconcentrado del Ministerio de Ambiente y Energía. Sus fallos agotan la vía administrativa.

ambiental. Por ejemplo, el Artículo 113 del Reglamento de la Ley General del Ambiente hondureña de 1993, establece que la indemnización por daños y perjuicios, así como la reposición o restitución de las cosas u objetos afectados son formas de sanción por violación a la normativa ambiental vigente. Si bien es cierto en el Artículo 120 del mismo reglamento, señala que el cauce normal para decretar la indemnización por daños causados al ambiente y a los recursos naturales, son los tribunales competentes, salvo que se disponga de manera diferente por la ley. Posteriormente, en el Artículo 121 indica que la restitución o reparación se aplicará a manera de sanción, por la vía administrativa.

79. Lo anterior demuestra que el Derecho Civil se ha ido instituyendo como un posible cauce para asegurar la reparación del ambiente, eso sí, indirecto y *a posteriori*. Sin embargo, su utilización no está exenta de problemas cuando se pretende afrontar conflictos de naturaleza colectiva, como los que involucran al ambiente. Estos problemas son muy particulares al Derecho Privado por responder éste a una perspectiva más bien individual²³³.

Uno de esos inconvenientes es la reparación equivalente de aplicación indistinta que es propia del Derecho Civil²³⁴, que -sin duda alguna- es incompatible con el concepto de la adecuada reparación del ambiente²³⁵. No obstante, lo anterior no debería ser óbice para la utilización de las soluciones ofrecidas por el Derecho Privado, aún y cuando no sean las más oportunas, sobre todo si se tiene en mente el efecto disuasivo esperado: evitar a toda costa las consecuencias de las lesiones que sufren los bienes y servicios ambientales, y que afectan a toda la sociedad.

Se duda de la idoneidad de estas soluciones porque el escenario más satisfactorio de frente al problema ambiental sería poder revertir cualquier daño y regresar el ambiente al estado original que se encontraba previo a la causación de la lesión. Sin embargo, en algunos casos el daño no es reversible ni tampoco recuperable, o en el caso de serlo, probablemente la recuperación sea económicamente

²³³ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 131-342.

²³⁴ PELTZ-STEELE es de la opinión que la compensación equivalente es una de las características centrales de la justicia civil de las sociedades modernas, que ha venido a sustituir a la Ley del Talión. *Vid.* PELTZ-STEELE, RICHARD J. Op. Cit., p. 104.

²³⁵ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit., p. 308.

inviabile²³⁶. En este evento, al no poder restaurar el ambiente a su estado original, la segunda mejor opción sería recuperarlo a tal punto que permita que sucedan los procesos naturales de reversión de daños.

La última opción, y solamente en caso de que tampoco sea posible una recuperación parcial del entorno, debería ser la compensación monetaria equivalente de los daños. Las primeras dos opciones planteadas se acercan a lo que la tradición civilista denomina la reparación específica o *in natura*, mientras que la última se refiere a la reparación equivalente²³⁷. La reparación monetaria equivalente antes referida, se determina *ex post* por la autoridad jurisdiccional que conoce la causa. El cálculo de ésta debe incluir consideraciones tales que garanticen la completa sustitución de la pérdida actualmente sufrida permitiendo que la víctima regrese a la posición patrimonial en la que se encontraba de no haber acontecido la lesión. Lo anterior supone la aplicación del principio *restitutio in integrum*²³⁸.

Se debe reconocer que esta opción se adecua a una pérdida patrimonial privada más que un verdadero daño ambiental²³⁹. Es decir, este mecanismo en realidad no está diseñado para reparar el daño puramente ecológico, que conlleva un perjuicio colectivo²⁴⁰, ni cumple con expectativas mucho más exigentes como la de la reparación completa a la que se refieren BORREGO GÓMEZ y RIERA, para quienes la colectividad no debería siquiera percibir que el daño ha sido causado y reparado²⁴¹. Este problema ha sido abordado en otras latitudes utilizando normas administrativas, creando un régimen especial de responsabilidad para asegurar la compensación del daño puramente ecológico.

²³⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS. «Capítulo I. Concepto de daño moral». En GÓMEZ POMAR, FERNANDO; MARÍN GARCÍA, IGNACIO (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2015, pp. 27-82.

²³⁷ Es obligatorio en este punto señalar que la reparación equivalente, por medio de la cual el causante del daño adquiere la calidad de deudor del perjudicado, y cuya deuda deberá ser saldada por medio de un valor líquido a manera de indemnización de la víctima de dicha lesión, y que puede ser destinada por ésta para el fin que mejor le parezca conveniente, no es la opción más adecuada desde la perspectiva del Derecho ambiental, pues no hay certeza que dichos dineros sean utilizados para la recomposición del ambiente.

²³⁸ ENNEKING, LIESBETH. Op. Cit., p. 544.

²³⁹ WILDE, MARK. Op. Cit., p. 273.

²⁴⁰ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «Responsabilidad civil por daños al medio ambiente», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*. Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 325-326.

²⁴¹ BORREGO GÓMEZ, ARMONÍA y RIERA, PERE. «Implicaciones económicas de la nueva legislación en responsabilidad ambiental», en *Economía Industrial*, Núm. 371, 2009, p. 122.

Capítulo 1

80. En Estados Unidos, por ejemplo, posterior al accidente del *Exxon Valdez* en 1989, se promulgó la *Oil Pollution Act* (OPA) en 1990²⁴², y en ella se estableció que la compensación por daño ambiental puramente ecológico debe incluir el daño a los recursos naturales así como el costo de los servicios públicos utilizados para la recuperación del sitio. En este caso específico, el daño a los recursos naturales fue entendido como la lesión, destrucción, pérdida, y pérdida del uso de los recursos bióticos y abióticos. OPA, además, especifica cuáles son los criterios que se debe aplicar para calcular la compensación, siendo estos: (a) el costo de restaurar, rehabilitar, reemplazar o adquirir el equivalente de los recursos naturales dañados; (b) la disminución del valor de dichos recursos en tanto se logra su restauración; y, (c) los costos razonables para valorar los daños.

En Europa, a manera de ejemplo también, la Directiva de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental²⁴³ establece que el causante de la actividad dañosa está obligado a tomar todos los pasos necesarios para limitar o prevenir daños futuros, y a asumir todas las medidas de remediación. La Directiva hace una diferencia entre la remediación primaria, que permite que los recursos y/o servicios ambientales dañados regresen a su situación de línea base; la restauración complementaria, que incluye medidas de remediación adicionales que compensen el hecho de que la remediación primaria no logre restaurar completamente los recursos y/o servicios naturales dañados; y, la remediación compensatoria, que permite compensar por las pérdidas ocurridas entre el momento del daño y el momento en que la remediación primaria logre su máximo efecto²⁴⁴.

42. Los legisladores centroamericanos también han querido buscar alternativas a la imposibilidad de regresar el ambiente al estado natural en el que se encontraba ante de que se causara la lesión. En El Salvador, el Artículo 85 de la Ley del Medio Ambiente aclara que quien cause daño al ambiente, a procesos ecológicos esenciales o a la calidad de vida de la población deberá en primer término, restaurar el medio ambiente o el ecosistema afectado. Sin embargo, en el Artículo 5 de dicha Ley, la

²⁴² *Vid.* Oil Pollution Act, 33 U.S.C. §2701 et seq. (1990).

²⁴³ *Vid.* Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, publicada en el Diario Oficial n° L 143 de 30 de abril de 2004, pp. 56-75.

²⁴⁴ GAUTIER, PHILIPPE. «Environmental damage and the United Nations Claims Commission: New directions for future international environmental cases?». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 181-182.

alternativa adoptada ha sido la de compensar a la sociedad en su conjunto, así como indemnizar a los particulares por perjuicios conexos, cuando corresponda. Similar fórmula utiliza el Artículo 156 de la Ley General del Medio Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua.

En Honduras, el Reglamento de la Ley General del Ambiente²⁴⁵ menciona la posibilidad de la reposición, la restitución y la indemnización. Las dos primeras, de acuerdo al Artículo 121, suponen la posibilidad de revertir los daños y regresar el ambiente o los recursos naturales a su ser y estado original, mientras que los dineros obtenido por medio de la indemnización se aplicarán exclusivamente a la restauración del ambiente y los recursos naturales dañados. En la Ley 32 de 2006²⁴⁶ que reforma el Código Judicial panameño, el Artículo 1421-B adopta un patrón similar.

Para el *Common Law*, el propósito principal del Derecho de daños, o *Law of Torts*, también es compensar a aquellas personas que han sido afectadas por la conducta dañosa de otros²⁴⁷. Es así que en el modelo beliceño, la Ley de Protección al Ambiente establece en su numeral 35 que cuando una persona sea declarada penalmente responsable por una ofensa ambiental, la Corte también podrá ordenar al condenado a tomar acciones para remediar o evitar daños ambientales que resulten o puedan resultar de las acciones u omisiones que han causado la ofensa, así como a compensar a la autoridad ambiental, en todo o en parte, por el costo de las acciones remediales o preventivas que esta hubiera asumido por las acciones u omisiones que han causado la ofensa. Adicionalmente, de acuerdo al numeral 37, el condenado deberá satisfacer o compensar por la pérdida o daño sufrido a la propiedad de la persona que hubiera resultado agraviada.

81. La realidad es que no se puede negar la relevancia que tienen los regímenes especiales de responsabilidad prescritos por las normas administrativas. De no existir estas soluciones, y estar limitados a las remedios ofrecidas por el Derecho Privado para reparar el daño ambiental directo, rápidamente aflorarían los obstáculos. El más obvio de todos sería el hecho de que, muchos de los bienes y servicios ambientales que pueden resultar lesionados, carecen de valor de mercado. Esto hace

²⁴⁵ Acuerdo No. 109-1993 del 20 de diciembre, Reglamento de la Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #27,267 del 5 de febrero de 1994.

²⁴⁶ *Vid.* Ley No. 32 de 1 de agosto de 2006, que establece disposiciones sobre resolución de conflictos internacionales en materia de Derecho Privado y dicta otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial No. 25603 de 4 de agosto de 2006.

²⁴⁷ KODILINYE, GILBERT. *Op.Cit.*, p. 1.

que aparezca la necesidad de recurrir a las ciencias económicas para que ayuden a establecer las metodologías más adecuadas para valorar dichos bienes y servicios²⁴⁸. Sin esa valoración, no es posible cumplir el requisito de la determinación de la cuantía, normalmente exigida en las acciones para deducir responsabilidad civil.

Siendo este el panorama, vale decir al respecto que, no hay un mecanismo consignado en los ordenamientos jurídicos centroamericanos para valorar daños ambientales, a pesar que la doctrina ha venido sugiriendo la necesidad de que las normas administrativas se encarguen de establecer métodos de valoración ambiental²⁴⁹. De ahí que, sea la misma doctrina la que ofrezca soluciones teóricas para remontar este vacío. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el trabajo de CASTELLANO JIMÉNEZ, quien indica cuáles son las fases que se deben recorrer para poder evaluar económicamente al ambiente de manera adecuada, siendo estas la identificación, la cuantificación y la monetización²⁵⁰.

No se puede desconocer que valorar económicamente el daño al ambiente es de tal complejidad, que existe la posibilidad de que aún utilizando procesos de valoración de los daños a bienes y servicios ambientales como el recién descrito, no se pueda evitar la generación de altos niveles de incertidumbre, por el simple hecho de contarse con escasa información. Lo mismo sucede cuando se trata de calcular las pérdidas patrimoniales en función de la depreciación económica de los bienes y servicios ambientales, o del costo de su reparación, parece ser cuesta arriba²⁵¹. Peor aún, si lo que se pretende valorar son lesiones físicas, o la pérdida de la vida²⁵².

En función de esto, CABANILLAS SÁNCHEZ comenta que esta dificultad hace que los valores económicos de bienes y servicios ambientales normalmente se estimen por mecanismos de aproximación, y que los jueces se vean obligados a recurrir a

²⁴⁸ Tanto la doctrina como la jurisprudencia han llegado a la misma conclusión. *Vid.* Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 16-4C-12-A de 18 de enero de 2103; Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 675 de 21 de septiembre de 2007; BENGOCHEA MORANCHO, AURELIA. «Valoración económica de las zonas verdes: una aplicación para la ciudad de Castellón», en VIGURI PEREA, AGUSTÍN (Director). *III Conferencias sobre el medio ambiente. Municipio y urbanismo*, Castellón, Comité Economic i Social de la Comunitat Valenciana, p. 55.

²⁴⁹ POVEDA GÓMEZ, PEDRO Y VÁSQUEZ COBOS, CARLOS. *Op. Cit.*, p. 66.

²⁵⁰ La identificación del daño supone para este autor, poder establecer cuatro elementos: el agente, el medio de difusión, el receptor y los servicios ambientales afectados. *Vid.* CASTELLANO JIMÉNEZ, ESTEBAN. «Valoración de los daños a los recursos naturales». En LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2008. pp. 383-388.

²⁵¹ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, SILVIA. *Iniciación al Derecho Ambiental*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1999, p. 151.

²⁵² PELTZ-STEELE, RICHARD J. *Op. Cit.*, p. 104.

criterios tales como los rendimientos dejados de obtener, o los gastos que ha significado la recuperación de una persona cuya salud se ha visto mermada²⁵³.

82. Un modelo que puede servir de referencia es el de la Directiva Europea sobre Responsabilidad Medioambiental ya mencionada. En ésta, los daños se evalúan preferentemente a partir de las medidas de remediación a aplicar, con el objetivo de lograr niveles eficientes de cuidado por parte de los causantes de lesiones ambientales. Para tal fin, en sus anexos se ha incluido una lista de directrices para escoger las medidas remediales más apropiadas. De esta forma se logra que la compensación cumpla con los fines buscados, sin exigir de los responsables medidas de restauración desproporcionadas o exorbitantes²⁵⁴.

Pese a estas posibles soluciones, el inconveniente de la inadecuación del instituto de la responsabilidad civil persiste, pues utilizar estas metodologías para la valoración de bienes y servicios ambientales deja entrever que para dicho mecanismo sólo es relevante el daño patrimonial o personal causado por la lesión al ambiente, siendo una posible excepción que la normativa vigente reconozca la existencia de un derecho subjetivo al medio ambiente adecuado²⁵⁵.

Es decir, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no se reconoce este derecho subjetivo, o al menos la existencia de un interés legítimo, la lesión ambiental deberá afectar a la persona o al patrimonio de un individuo para ser resarcible, y en ese supuesto, será resarcible tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como es resarcible el daño material y el daño moral. Esto es lo que la doctrina denomina resarcimiento del daño patrimonial puro²⁵⁶. Su valoración depende de tantas variables

²⁵³ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. «El daño ambiental»...Op. Cit., p. 20.

²⁵⁴ BRANS, EDWARD. «Fundamentals of Liability for Environmental Harm under the ELD». En BERGKAMP, LUCAS; GOLDSMITH, BARBARA J. (Editores). *The EU Environmental Liability Directive, A Commentary*. Croydon, Oxford University Press, 2013, p. 43.

²⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»...Op. Cit., p. 774.

²⁵⁶ RUDA GONZÁLEZ hace un análisis comparativo de los ordenamientos europeos. De acuerdo al autor, en el ordenamiento jurídico español, la existencia de la cláusula general para la responsabilidad civil es la que claramente permite que esta forma de resarcimiento se lleve a cabo. Es decir, son resarcibles por la amplitud de dicha cláusula, pero no porque el legislador haya querido decididamente permitir el resarcimiento de esta forma de daños. Diferente es el caso del Derecho holandés y del Derecho noruego, donde expresamente se prevé que el daño patrimonial puro sea resarcible. Este reconocimiento no sólo asegura el resarcimiento basado en la cuasalidad que se desprende de la lesión al ambiente, sino que evita que resarzan daños demasiado remotos. *Vid.* RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op. Cit., pp. 202-204.

y matices, como por ejemplo, si los bienes dañados son de uso personal o de uso comercial²⁵⁷.

Hay que considerar que el lucro cesante y el daño moral tampoco son ajenos a complejidades. Para poder reclamar el primero en el supuesto de una lesión ambiental que causa un daño individual indirecto, es necesario demostrar la causalidad cierta entre la actividad dañosa y la frustración de la ganancia. Para el segundo, se debe probar la causalidad entre la actividad dañosa y el detrimento al bienestar psíquico y espiritual del individuo, requiriéndose además utilizar algún sistema lógico de valoración para dicho bienestar, porque estos valores tampoco pueden ser obtenidos del mercado²⁵⁸. Sin embargo, el ejercicio de calcularlos es innegablemente hipotético²⁵⁹.

A esto habrá que agregar la animadversión detectada en el *Common Law* hacia el resarcimiento de los daños patrimoniales puros, o daños patrimoniales indirectos causados por las lesiones ambientales. Lo anterior es así porque se aplica la regla conocida como *Robins Dry Dock rule*, conforme a la que sólo se puede reclamar el lucro cesante si se ha sufrido al mismo tiempo un daño directo a su propiedad privada²⁶⁰.

83. En los ordenamientos jurídicos donde sí se reconoce a las personas el interés legítimo o, mejor aún, el derecho subjetivo a un ambiente adecuado, también hay complicaciones, pues, como ya se comentó, el propósito de fondo -de acuerdo a los iusambientalistas- es restituir el medio dañado a su estado original. Esto implicará incluir costos para la reparación del ambiente que normalmente no se toman en consideración cuando se está lidiando con otras formas de daño. Costos tales como la limpieza, la restauración y la recuperación de las zonas afectadas.

Las complicaciones surgen porque no siempre es técnicamente posible recuperar las zonas afectadas, implicando que deberá recurrirse a las compensaciones alternativas, o a medidas complementarias, a las que tendrá que asignárseles también un valor económico. Si tampoco es posible aplicar estas medidas alternas, o no posible determinar su valor económico, pues deberá indemnizarse monetariamente el

²⁵⁷ PELTZ-STEELE, RICHARD J. Op. Cit., p. 106.

²⁵⁸ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»...Op. Cit., pp. 780-782.

²⁵⁹ PELTZ-STEELE, RICHARD J. Op. Cit., p. 107.

²⁶⁰ RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op. Cit., p. 208.

valor del daño, lo que también exige poder calcularlo eficazmente, a pesar de las dificultades ya antes señaladas²⁶¹.

Ante este panorama, CASTELLANO JIMÉNEZ sugiere instituir en los ordenamientos jurídicos un procedimiento que establezca los criterios a aplicar en cada caso concreto, de tal forma que se pueda determinar las formas de reparación más adecuadas, así como los tipos de alternativas aceptables²⁶². Estas soluciones alternativas no deberían poder ser establecidas unilateralmente por la administración pública o por la sede judicial, sino que deberían tener en cuenta las preferencias de la población afectada, obligando a la participación comunitaria para la toma de dicha decisión.

84. Por último, es ineludible abordar la posibilidad de la insolvencia²⁶³. Frente a todas las consideraciones que ya se ha enumerado en este apartado, es obvio que la reparación de cualquier daño al ambiente, sea este directo, o indirecto patrimonial, seguramente será muy oneroso, quedando fuera de las posibilidades financieras de muchos causantes. La insolvencia tiene un efecto contrario al de la disuasión en tanto, establece el límite real de la responsabilidad del causante de la lesión, que no es otro más que su propio patrimonio. Lo anterior implica que, si el patrimonio del potencial causante es menor que el valor del daño, éste no encontrará necesidad alguna de cumplir con la diligencia que le corresponde. Esto es particularmente cierto en el caso particular de las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada²⁶⁴.

Para hacer frente a esta posibilidad, la doctrina ha propuesto la utilización de seguros ambientales, o garantías financieras de algún tipo, y asegurar así el debido resarcimiento. Esta solución ya ha sido incorporada en algunos instrumentos de Derecho Ambiental internacional. Un ejemplo es la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1973, que obliga al operador a mantener una póliza de seguro o algún otro instrumento de garantía hasta por el monto del límite de su responsabilidad. RUDA GONZÁLEZ denomina a este modelo de responsabilidad, «*Modelo por Instalaciones*»²⁶⁵. A su parecer, está destinado exclusivamente a deducir responsabilidad a empresas, que a la vez son sujetos que de

²⁶¹ VIGURI PEREA, AGUSTÍN. Op. Cit., p. 105.

²⁶² CASTELLANO JIMÉNEZ, ESTEBAN. Op. Cit., pp. 389-390.

²⁶³ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»...Op. Cit., pp. 791-792

²⁶⁴ FAURE, MICHAEL (Editor). *Deterrence...* Op. Cit., p. 35.

²⁶⁵ RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op. Cit., p. 264.

normal cuentan con solvencia financiera, lo que significa que podrá hacer frente a la responsabilidad, independientemente, el efecto que normativa de esta índole pueda realmente tener en la toma de decisión empresarial.

Otro ejemplo extraído del Derecho Internacional Público es la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992, la cual obliga a adquirir pólizas de responsabilidad, permitiéndole a los propietarios de los buques a limitar su responsabilidad a una suma que está vinculada con el tonelaje de los buques. El seguro como requisito también es impuesto por el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques de carga de 2001.

En Guatemala, es posible encontrar disposiciones que establecen la obligación de utilizar fianzas o seguros en diferentes instrumentos jurídicos tales como la Ley de Hidrocarburos,²⁶⁶ el Reglamento para la Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental²⁶⁷ y el Reglamento de Ley de Áreas Protegidas²⁶⁸. En Honduras dichos seguros y fianzas son planteados como solución ante la insolvencia en el Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental²⁶⁹. En Panamá, disposiciones de esa naturaleza están disponibles en la Ley General del Ambiente.

2.4. Otras Funciones de la Responsabilidad Aquiliana Relevantes para la Tutela del Ambiente

85. Un sector doctrinal considera que una función que se le puede atribuir a los sistemas de responsabilidad extracontractual sería la de determinar los derechos básicos que podemos hacer valer contra los otros, sobretodo cuando se confrontan dos o más intereses jurídicamente tutelados. A través de esos sistemas también es posible

²⁶⁶ Vid. Decreto No. 109-83 de 15 de septiembre de 1983, Ley de Hidrocarburos, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXII, No. 11 del 16 de septiembre de 1983.

²⁶⁷ Vid. Acuerdo Gubernativo No. 60-2015 de 25 de febrero, Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCCI-57, el 2 de marzo de 2015.

²⁶⁸ Vid. Acuerdo Gubernativo No. 759-90 del 22 de agosto de 1990, Reglamento de la Ley de Áreas Protegidas, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXXIX, No. 51 del 27 de agosto de 1990.

²⁶⁹ Vid. Acuerdo Ejecutivo No. 008-2015 de 15 de julio, Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #33,834, el 14 de septiembre de 2015.

determinar cuáles son los remedios disponibles en la ley para abordar las violaciones a dichos derechos, siendo ejemplos claros de este abordaje el tratamiento que se le da a las inmisiones o *nuisances*, o a la difamación²⁷⁰. Esta función demarcatoria, como la denomina LLAMAS POMBO, permite establecer las fronteras de la libertad individual para asegurar la debida protección de determinados bienes e intereses²⁷¹.

Además de esto, otra característica de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual, además de la prevención, es la disuasión. Es la indemnización la que hace que esta instituto tenga ese rasgo. Es disuasiva porque busca evitar que quien ha causado daños, continúe llevando a cabo las acciones dañosas, al tiempo que tiene un efecto ejemplarizante para otros potenciales transgresores²⁷². Este rasgo disuasivo comienza a percibirse a partir de la forma en la que están redactadas las cláusulas generales de los sistemas de responsabilidad civil de la región, planteando desde un inicio la amenaza de la reparación para quien cause el daño.

Para el análisis económico del Derecho, la disuasión puede ser vista desde una perspectiva *ex ante* o desde una perspectiva *ex post*. Señala FAURE que desde esa visión *ex ante* la responsabilidad civil puede ser entendida como un instrumento que guía el comportamiento de las personas que podrían estar involucradas en un accidente²⁷³. Pero desde la visión *ex post*, señala GILEAD, la disuasión puede ser entendida como la respuesta del Derecho de daños al problema de la distorsión al internalizar las externalidades causadas por las lesiones sufridas²⁷⁴.

Tal vez la manifestación más extrema de las posibilidades disuasivas de la responsabilidad aquiliana se encuentre en la amenaza de los *exemplary* o *punitve damages* del *Common Law*. Si bien es cierto es utilizada esporádicamente, esta figura supone el otorgamiento de una cantidad de dinero superior a la cantidad que normalmente le sería otorgada a la víctima en concepto de daños, en los casos en los

²⁷⁰ MCBRIDE, NICHOLAS J. «Tort law and human flourishing». En PITEL, STEPHEN GA; NEYERS, JASON W; CHAMBERLAIN, ERIKA (Editors). *Tort law: Challenging Orthodoxy*. Croydon, Hart, 2013, pp. 19-21.

²⁷¹ LLAMAS POMBO, EUGENIO. «La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)». En AA. VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II, Madrid, Thomson, 2003, p. 2208.

²⁷² BAEZ III, H. BEAU. *Tort law in the United States*. 2ª, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, p. 30.

²⁷³ FAURE, MICHAEL. «Tort liability in France: an introductory economic analysis», en DEFFAINS, BRUNO; KIRAT THIERRY (Editores). *Law and economics in civil law countries*. Abingdon, JAI, 2001, pp. 169-181.

²⁷⁴ GILEAD, ISRAEL. «Harm screening under negligence law», en NEYERS, JASON W.; CHAMBERLAIN, ERIKA; PITEL, STEPHEN G. A. (Editores). *Emerging Issues in Tort Law*, Padstow, Hart, 2007, p. 264.

que la actividad del demandado hubiera tenido como propósito obtener algún tipo de utilidad que fuera superior a los daños que deberían normalmente pagarse.

Esta excepción puede entenderse como una forma de penalización de una conducta intencional e indeseable. Vista así, la indemnización por daño no tiene solamente un fin compensatorio, sino que ejemplificativo para otros potenciales transgresores. Sin embargo, no es necesario incluir figuras denodadamente sancionadoras para entender la calidad disuasiva de la responsabilidad civil extracontractual, a prevenir que los posibles causantes de daños continúen llevando a cabo ciertos actos que podrían desencadenar lesiones en terceros.

En la actualidad es posible encontrar dos posiciones divergentes con relación a la función preventiva/disuasiva del Derecho Civil. Muchas voces en la doctrina sí consideran que ésta es una función propia de la justicia civil, particularmente dentro del Derecho de daños; no obstante, también es posible encontrar algunas voces disonantes en el caso del daño ambiental. Un ejemplo de éste segundo grupo es FACH GÓMEZ, quien considera que las normas del derecho civil que regulan la responsabilidad extracontractual, normalmente serán inefectivas para prevenir las lesiones al ambiente por una simple razón: se aplican *ex post*²⁷⁵. De hecho, es fácil coincidir con ella, porque para el daño sea indemnizable, indefectiblemente tiene que ser cierto, independientemente de que sea actual o futuro. Extremo que, además, deberá probarse en juicio²⁷⁶.

86. Habiendo dicho esto, es de particular interés la acción negatoria disponible en el ordenamiento jurídico español, que no es otra cosa más que una acción inhibitoria²⁷⁷ o de cesación que puede ser admitida a la par de una acción indemnizatoria por responsabilidad civil²⁷⁸, invocando el artículo 590 del Código Civil de ese país. En el Artículo 479 del Código Civil guatemalteco, 1680 nicaragüense, 405 costarricense y en el 569 panameño, se hayan regulaciones casi idénticas. En el

²⁷⁵ FACH GÓMEZ, KATJA. «Acciones preventivas en supuestos de contaminación transfronteriza y aplicabilidad del artículo 5.3 Convenio de Bruselas», en *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)*, Núm. 4, 1999, pp. 590.

²⁷⁶ VICENTE DOMINGO, ELENA. Op. Cit., pp. 330-331.

²⁷⁷ LLAMAS POMBO define a la acción inhibitoria como «...una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado». Vid. LLAMAS POMBO, EUGENIO. «La tutela inhibitoria... Op. Cit., p. 2217.

²⁷⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. «El daño ambiental»... Op. Cit., p. 20.

caso del Artículo 858 salvadoreño y 835 hondureño, la redacción varía un poco, pero el espíritu es el mismo: evitar la causación de un daño.

Esta es una figura muy amplia que cumple, de acuerdo a LLAMAS POMBO con una triple función: conminatoria, cautelar y reparatoria²⁷⁹. Su carácter taxativo puede utilizarse no sólo para solicitar la cesación de inmisiones, sino que en realidad para todo tipo de actividad riesgosa que cumpla con los supuestos ahí descritos, encontrando en esta disposición tal vez la única opción de una norma de vocación preventiva en el derecho civil de daños. Para su aplicación es necesario que se den los siguientes elementos: (1) un daño amenazante a un interés jurídicamente tutelado, sea este individual o difuso; (2) un comportamiento antijurídico por ser injusta la amenaza del daño; (3) una relación de causalidad entre la actividad o inactividad y el posible daño; y, (4) una posibilidad material de evitar la causación del daño.

El único inconveniente sería, desde la perspectiva de la adecuada tutela de los intereses ambientales, tal vez, el hecho de que la legitimación es sumamente restringida²⁸⁰. Independientemente de eso, esta posibilidad de la cesación del daño va en línea con una visión amplia del instituto de la responsabilidad civil que es compartida por una parte de la doctrina, quienes consideran que restringirla a la simple reparación atentaría contra principios esenciales del Derecho ambiental, tales como «*quien contamina paga*»²⁸¹.

87. En el *Common Law*, como ya se ha comentado, cuando el Tribunal determina la existencia de responsabilidad civil, tiene a su disposición una serie de remedios legales que puede aplicar, pudiendo estar estos configurados estatutariamente, o desprenderse de precedentes jurisprudenciales. Con los remedios del *Common Law* se busca, por un lado, la compensación por cualquier pérdida sufrida, pero también prevenir futuras infracciones a los derechos de propiedad, y rectificar el daño que ya ha ocurrido como resultado de dichas infracciones. Lo anterior se logrará por el reconocimiento de daños o «*damages*», por su puesto, pero también por la concesión de interdictos o «*injunctions*», o incluso existiendo la posibilidad el reconocimiento de daños en lugar de un interdicto.

²⁷⁹ LLAMAS POMBO, EUGENIO. «La tutela inhibitoria... Op. Cit., pp. 2221-2224.

²⁸⁰ FACH GÓMEZ, KATJA. Op. Cit., pp. 591-594.

²⁸¹ MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, LUIS. Op. Cit., pp. 2-3.

Capítulo 1

Los *injunctio*ns o interdictos son normalmente otorgados en supuestos de repetidas molestias a intereses vinculados al derecho de propiedad, conocidos como *nuisances*, aunque estos podrían perfectamente ser otorgados para restringir la continuación de cualquier clase de *tort*. Existe una variedad de interdictos que incluye unos prohibitorios, otros restrictivos de actos injustos, y, por último, unos de obligatorio cumplimiento.

Por medio de los interdictos prohibitorios se puede ordenar la cesación de acciones que no se desprenden de obligaciones contractuales y que afectan el disfrute de intereses dominicales, sin que sea necesario demostrar daño físico para su otorgamiento. Los interdictos restrictivos pueden ser otorgados cuando el demandando haya estado comportarse de forma tal que, de continuar con dicho comportamiento, lesionaría a los intereses del demandante. Los interdictos de obligatorio cumplimiento pueden ser usados para requerir la rectificación del daño físico que ya haya ocurrido²⁸².

2.5. *Algunos Problemas de Aplicación de la Responsabilidad Aquiliana para el Daño Ambiental*

88. La responsabilidad civil por daño ambiental presenta un gran inconveniente de inicio, pues –como se ha dicho ya- esta forma de daño tiene dos manifestaciones: el daño ambiental directo y el daño patrimonial indirecto, y este instituto permite casi exclusivamente el resarcimiento de las lesiones que afecten intereses patrimoniales privados. Es decir, para el daño ambiental directo el Derecho Administrativo sigue siendo la primera solución. Sin embargo, el análisis que se hará más adelante pretende precisamente encontrar espacios en el Derecho Privado que permitan abordar el daño ambiental directo desde una perspectiva diferente, abonando así a su integralidad.

2.5.1. La Relación de Causalidad

²⁸² WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 97-101.

89. No se puede negar que las características propias del daño ambiental hacen que se distorsione la posibilidad de aplicar el instituto de la responsabilidad civil²⁸³. Una de las razones que causa dicha situación es la dificultad -¿o por qué no decirlo?- la imposibilidad de poder demostrar, entre otras cosas, el nexo causal entre una actividad u omisión que puede ser dañosa para el ambiente y sus efectos. Lo anterior puede ser consecuencia del desarrollo científico y tecnológico, por una parte, pero también lo es por las características propias de los daños difusos²⁸⁴.

Debe entenderse que, desde la perspectiva más tradicional del Derecho de daños continental, para poder deducir responsabilidad civil, por fuerza debe lograr probarse la conexión en hecho-voluntad-efecto. Es decir, no es suficiente la presencia simultánea de los cambios ambientales y el considerable potencial contaminante de algunas actividades. Sino que es necesario indicar con precisión los distintos episodios de contaminación, y demostrar que se han producido deliberadamente o por negligencia, identificando también, en el caso de contaminación que proviene de más de una fuente, la contribución de cada uno de ellos a la determinación del hecho perjudicial²⁸⁵.

La única excepción a lo anterior lo podemos encontrar en aquellos Códigos Civiles que han objetivado la responsabilidad civil extracontractual para el caso específico de las actividades peligrosas y riesgosas²⁸⁶. Sin embargo, esta excepción sólo exime de la demostración de la voluntad, pues la relación hecho-efecto siempre tendrá que comprobarse²⁸⁷. Si a lo anterior se agrega otro elemento, que el daño ambiental puede ser transfronterizo, entonces probar la relación de causalidad se vuelve aún más complejo, pues no sólo supone que la lesión se manifieste a una gran

²⁸³ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»...Op. Cit., p. 775.

²⁸⁴ AMADO GOMES, CARLA. Op. Cit., p. 11.

²⁸⁵ ACQUARONE, GIOVANNI. *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*. Turín, Giappichelli Editore, 2003, pp. 22.

²⁸⁶ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»...Op. Cit., pp. 803-804.

²⁸⁷ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha referido a esto en Sentencia No. 354 de 14 de diciembre de 1990 señalando que «*aún en la responsabilidad civil objetiva debe existir el nexo causal entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente, y el daño ocasionado*». Vid. Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 354 del 14 de diciembre de 1990.

distancia y mucho después en el tiempo, sino que en jurisdicciones estatales diferentes²⁸⁸.

En el caso del *Common Law*, normalmente se utiliza la prueba del «*but for*» o ‘a excepción de’, para determinar si existe esta relación de causalidad. Dicha prueba trata de establecer si un daño hubiera podido acontecer o no, de no ser por la actividad negligente del demandado. Aunque esta prueba es indiscutiblemente útil en aquellos supuestos donde se puede apreciar una única violación al deber de cuidado, y un solo causante, no es necesariamente adecuada cuando las violaciones son múltiples y varios los causantes del daño²⁸⁹.

Posiblemente, a medida la doctrina en ambas tradiciones vaya discutiendo la posibilidad de dejar de considerar la causalidad como un requisito *sine qua non* de la responsabilidad civil extracontractual²⁹⁰, se le empiece a reconocer más bien como un método, entre muchos otros, que permite precisar la amplitud del daño compensable²⁹¹. De esta forma se reduciría las probabilidades de dejar sin la adecuada indemnización a daños de naturaleza compleja como resulta ser en la mayoría de los casos el daño ambiental.

90. Entre las diferentes soluciones que han ido apareciendo para limitar la exigencia de la causalidad esta la teoría de la causalidad adecuada, que fue formulada por el alemán VON KRIES al final del siglo XIX. Esta ha sido definida como el hecho o evento que normalmente calculado en una situación determinada produce una lesión específica, pero que en una situación diferente, sólo podría producir dicha lesión en el caso de aparecer circunstancias extraordinarias²⁹². Lo anteriormente señalado implica hacer consideraciones apriorísticas basadas en juicios probabilísticos que permita obtener certeza estadística²⁹³.

²⁸⁸ JUSTE RUÍZ, JOSÉ. «Contaminación transfronteriza y reparación de daños ambientales: las lecciones de Chernobil», en *Revista de la Asociación de Derecho Ambiental Español*, Núm. 2, 1996, pp. 84.

²⁸⁹ KODILINYE, GILBERT. Op. Cit., pp. 116-117.

²⁹⁰ Ya existe un precedente de la Corte de Justicia Europea que podría ser el inicio de una tendencia en este sentido. En esta sentencia se reconoce la posibilidad de que la autoridad ambiental-administrativa competente imponga la aplicación de medidas remediales, basándose en la presunción de la existencia de un nexo causal entre la contaminación causada y las actividades del operador u operadores involucrados en el supuesto de contaminación difusa. Sin embargo, dicha presunción debe ser suficientemente fundada por medio de evidencia plausible (Párrafos 57 y 58). *Vid.* Sentencia de la Corte de Justicia Europea No. C-378/08 de 9 de marzo de 2010.

²⁹¹ ROUILLER, NICOLAS. Op. Cit., p. 429.

²⁹² CHURCH, JOHN M.; CORBETT, WILLIAM R.; RICHARD, THOMAS E.; WHITE, JOHN V. Op. Cit., p. 212.

²⁹³ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. Op. Cit., p. 782.

Otra herramienta jurídica que permitiría reducir el problema es la de incorporar normativamente el principio «*res ipsa loquitur*», que se ha venido utilizando ya en el *Common Law*. Por medio de la aplicación de este principio, se presume *juris tantum* que las acciones dañosas son negligentes, y se invierte la carga de la prueba de tal forma que es el demandado quien debe probar la ausencia de culpa o negligencia en su comportamiento²⁹⁴. Vale decir que dicho principio ha sido incorporado ya en los ordenamientos jurídicos centroamericanos para lidiar con el problema de las inmisiones.

91. Tampoco se puede dejar a un lado el hecho de que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual ha sido diseñada pensando en un daño que es sufrido individualmente, y cuya reclamación también se hará individualmente. Por lo que, las características necesarias para que las reclamaciones de reparación de bienes colectivos se puedan resolver, no necesariamente coincidirán con las características de la forma en la que el instituto ha sido regulado. Esta problemática es tal que se extenderá al proceso.

En otras latitudes se han hecho algunos avances con relación a proponer soluciones que hagan del nexo causal un elemento de la responsabilidad civil y no su requisito *sine qua non*. La necesidad de seguir analizando estas posibilidades radica en la dificultad que históricamente ha habido para demostrar la relación de causalidad en supuestos de daño ambiental. Ya en algunos ordenamientos jurídicos se ha comenzado a abordar este tema, incorporando reglas expresas que buscan establecer criterios que permitan determinar cuándo es que se deberá entender como suficientemente probado dicho nexo. La incorporación de reglas de esta naturaleza permite que la demostración no quede al arbitrio de los jueces, sino que ésta pueda flexibilizarse, sobre todo en los supuestos de daños por contaminación difusa²⁹⁵.

Las teorías que se analizarán a continuación pueden ser aplicadas jurisprudencialmente, o incluso podrían servir de base para llenar de contenido reglas sobre causalidad como las antes comentadas, en caso de que los legisladores centroamericanos decidan buscar soluciones para esta problemática. La ventaja de estas teorías reside en su incursión en el ámbito de la causalidad jurídica, alejándose

²⁹⁴ VIGURI PEREA, AGUSTÍN. Op. Cit., p. 117.

²⁹⁵ RUDA GONZÁLEZ comenta que este el caso del Derecho sueco, donde se utiliza como criterio estimatorio de probabilidad preponderante de dicho nexo causal. Vid. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op. Cit., p. 320.

de la tradicional causalidad fáctica. Estas abren la posibilidad de que el instituto de la responsabilidad civil se transforme en uno de los cauces idóneos para la solución del problema ambiental, evitando que la demostración del nexo causal se erija como un verdadero obstáculo al acceso a la justicia.

92. Una de estas posibilidades teóricas es la aplicación de la relación de causalidad adecuada. Por medio de esta teoría sólo podrían considerarse causas relevantes, aquellas que muestren una tendencia general a provocar el daño²⁹⁶, y por lo tanto sean objetivamente previsibles desde la perspectiva subjetiva del juez²⁹⁷. Su aplicación se basa en la posibilidad o probabilidad real del daño. Vale decir que amparándose en esta teoría, sería posible utilizar instrumentos de gestión ambiental para poder eximir la culpa, al demostrar con ellos que el imputado ha cumplido a través del tiempo con los requisitos mínimos de la normativa ambiental vigente, haciendo poco probable que su actividad sea la causa del daño.

Esta noción ha sido incluida en algunos instrumentos de Derecho Ambiental internacional, tales como la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992, y el Convenio Constitutivo del Fondo Internacional para Indemnización, del mismo año. En el texto se haya establecido algunos criterios básicos que deben ser considerados para reconocer la existencia de dicho vínculo de causalidad en función de la indemnización por lucro cesante, siendo estos:

(1) La proximidad geográfica entre la actividad de la víctima y la contaminación;

(2) El grado en el que la víctima es dependiente económicamente del recurso afectado;

(3) La medida en la que la víctima tiene fuentes alternativas de abastecimiento o de oportunidades de negocio; y,

²⁹⁶ COLINA GAREA, RAFAEL. «La relación de causalidad», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 85.

²⁹⁷ PIZARRO, RAMÓN DANIEL. «Responsabilidad civil por daño ambiental», en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. *Tutela Jurídica del Ambiente*. Córdoba, 2008, pp. 279-280.

(4) La medida en la que el negocio de la víctima forme una parte integral de la actividad económica del área afectada por el derrame²⁹⁸.

Estos criterios pueden perfectamente ser utilizados por los legisladores centroamericanos como referencia para calcular el valor del lucro cesante como consecuencia del daño indirecto sufrido por todo tipo de lesiones ambientales.

93. En Centroamérica es posible encontrar esta teoría regulada en el Artículo 10 del Código Penal guatemalteco²⁹⁹, el que señala que «*los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren de consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta*». Es una ventaja que la doctrina ya esté integrada en el ordenamiento jurídico de este país, y que ya sea aplicada por los órganos jurisdiccionales, pues fácilmente podría trasladarse al ámbito de la responsabilidad civil por daño ambiental. Al fin de cuentas, PIZARRO ya opinaba que la doctrina de la causalidad para el instituto del Derecho civil se gestó como una forma de responsabilidad calcada de la penal³⁰⁰.

En los demás países centroamericanos donde se ha hecho uso de esta doctrina ha sido por vía jurisprudencial. Es así que en El Salvador se ha establecido como uno de los requisitos para que se deba responder por el daño causado³⁰¹. En Costa Rica, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense ha llegado incluso a afirmar que esta teoría es la que se considera más acorde con el régimen jurídico de este país, donde dicha adecuación es determinada probabilísticamente³⁰².

A su vez, el Tribunal Primero de lo Civil costarricense ha manifestado que la adecuación de la causalidad corresponde a un principio que exige que el resultado sea, de acuerdo con, «*consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de*

²⁹⁸ JACOBSON, MÅNS. «Uniform application of the international regime on liability and compensation for oil pollution damage». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 421-430.

²⁹⁹ *Vid.* Decreto No. 17-73 del 5 de julio de 1973, Código Penal, publicado en el Diario Oficial Tomo CXC VII, No. 1 del 15 de septiembre de 1973.

³⁰⁰ PIZARRO, RAMÓN DANIEL. *Op. Cit.*, p. 280.

³⁰¹ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera 467, del 4 de julio de 2008.

³⁰² *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 1327, del 12 de noviembre de 2015.

la causa o motivo»³⁰³. La causalidad adecuada también ha sido utilizada en la jurisprudencia panameña. La Sala de los Civil de la Corte Suprema de Justicia de este país, de manera similar a sus vecinos, ha señalado que esta doctrina postula la necesidad de que la consecuencia del daño se refiera con precisión a una causa que sea apta o idónea suficiente para producirla³⁰⁴.

Que esta doctrina tenga ya tan buena aceptación en algunos de los ordenamiento de la región, podría servir para que se comience a aplicar en los países restantes, donde aún no ha sido utilizada. No obstante, es menester aclarar que este abordaje solamente puede adecuarse a ciertos supuestos de daño ambiental, no cubriendo todos. Precisamente por eso es que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, han ido apareciendo otras soluciones posibles.

94. La teoría de la creación del riesgo debe diferenciarse de la teoría de la imputación objetiva, aunque ésta última también se base en el riesgo. Debe recordarse que dicha teoría tiene como objeto imputar al causante del daño sin tener que utilizar la culpabilidad como criterio. En cambio, la teoría de la creación del riesgo parte de la idea de que el comportamiento del causante de la lesión ha incrementado objetivamente el riesgo de su causación.

Tiene como propósito reducir el nivel de probabilidades exigidas para demostrar la causalidad material, permitiendo que esta se induzca a partir un vínculo posible o probable con otros hechos que si son conocidos³⁰⁵. Esta inferencia basada en la probabilidad requiere que la víctima produzca evidencia científica de que la actividad del causante es capaz de crear los efectos nocivos para la víctima, y posteriormente establecer que la exposición a dicha actividad ha sido la causa de la lesión. Un ejemplo de lo anterior podría ser la utilización de evidencia epidemiológica³⁰⁶.

En Costa Rica, esta teoría tiene base normativa en el los incisos 4 y 5 del Artículo 1048 del Código Civil. También ha sido reconocida jurisprudencialmente por el Tribunal Superior Primero de lo Civil. Este Tribunal, empero, ha señalado que la

³⁰³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Primero de lo Civil 981, del 14 de noviembre de 2014.

³⁰⁴ *Vid.* Sentencia de apelación contra la resolución del 27 de marzo de 1995 dictada por el Tribunal Marítimo, del 20 de mayo de 1997.

³⁰⁵ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. «Capítulo V... Op. Cit., p. 860.

³⁰⁶ LAPEZE, JAMES E. «Implications of amending Civil Code Article 2315 on Toxic Torts in Louisiana». En *Louisiana Law Review*, Vol. 60, No. 3, 2000, p. 835.

doctrina del riesgo creado sí se vincula con la responsabilidad objetiva, y que es especialmente útil en el mundo industrial actual, porque aunque se proceda con diligencia y previsión, sin mediar culpa, deberá siempre responderse por el daño causado, más aún si se esta frente a un caso de responsabilidad vicaria³⁰⁷.

La jurisprudencia panameña coincide con la costarricense al vincular esta doctrina con la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, ha reaccionado de manera opuesta con relación a su aplicabilidad en el contexto panameño. Si bien reconoce la tendencia actual de acoger doctrinas como ésta, manifiesta su negativa a que sea utilizada en Panamá, por considerar que su ordenamiento jurídico postula exclusivamente la responsabilidad subjetiva directa, considerando que no puede objetivarse de esta manera. Tampoco considera apropiada está formula en los supuestos de responsabilidad vicaria, pues entiende que incluso en esos casos debe aplicarse algún criterio de imputación dolosa o culposa. Termina señalando que de decantarse por la opción objetivadora, esta debe hacerse por la vía legal y no por la vía jurisprudencial³⁰⁸.

95. Otra teoría a analizar es la doctrina de la pérdida de oportunidad. Esta garantiza el resarcimiento cuando la causalidad es sólo posible o probable, ausente o incierta, sin tener que demostrar el vínculo etiológico requerido. Esta se opone a la teoría de la imputación subjetiva que permite se introduzca normativamente valoraciones, como la falta de culpabilidad, que permiten negar la responsabilidad aún y cuando se la demostrado la causalidad material³⁰⁹. Esta doctrina ha sido aplicada cuando se considera que la actividad del causante privó a la víctima de la oportunidad de acceder a un evento favorable para ésta, siempre que la víctima no pueda hacer nada para remediar la situación. Esta doctrina es comúnmente aplicada en los casos de mala praxis, donde probar el nexo de causalidad puede ser complicado³¹⁰.

En el año de 2007, en una apelación alegada en la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, la parte apelante argumento la compatibilidad de esta doctrina con el sistema de responsabilidad del ordenamiento jurídico salvadoreño. Si bien es cierto la Sala denegó la apelación, en ninguna parte de la motivación del

³⁰⁷ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior Primero de lo Civil 933 del 6 de diciembre de 1974.

³⁰⁸ *Vid.* Sentencia de apelación contra la sentencia del 29 de diciembre de 1997 dictada por el Tribunal Marítimo, del 21 de octubre de 1998.

³⁰⁹ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. «Capítulo V...», *Op. Cit.*, pp. 861-867.

³¹⁰ MORÈTEAU, OLIVIER. «France: French Tort Law in the light of European harmonization», en *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 6, No. 2, 2013, p. 798.

fallo contradijo estos argumentos, pudiendo considerarse como un primer paso para la aplicación de esta doctrina en el futuro³¹¹.

También en Costa Rica, la doctrina ha sido argumentada por una de las partes en un juicio celebrado en el año 2009. En esa ocasión, la Sala que conoció del caso, reconoció la existencia de la doctrina, aunque evitó establecer si era procedente de acuerdo al ordenamiento jurídico costarricense³¹². Fue hasta el año 2012 donde se reconoció ésta posibilidad por la vía jurisprudencial, y se estableció que el requisito para el resarcimiento es que se demuestre que la oportunidad perdida contaba con una probabilidad fundada de concreción, aunque no de certeza, diferenciándola así del lucro cesante³¹³.

En Panamá, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la pérdida de *chance* u oportunidad es un criterio de ponderación aceptado doctrinal y jurisprudencialmente en los supuestos de responsabilidad contractual³¹⁴. Igual que en los casos anteriores, también ha sido argumentada en supuestos de responsabilidad civil extracontractual. En esta ocasión, la Corte ha señalado que para que sea resarcible no basta con acreditar que se perdió la posibilidad de obtener un beneficio, exigiendo se pruebe la certeza del daño, contrario a la posición jurisprudencial costarricense³¹⁵. Esta doctrina ha sido utilizada en Panamá para resarcir daños morales³¹⁶.

Por su parte, la Corte de Apelaciones beliceña también ha reconocido la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad, y señalado que una de sus características es que ésta no puede ser matemáticamente calculada. Dicho Tribunal ha considerado adecuada la solución utilizada por la Corte Caribeña de Justicia, por medio de la cual se indemniza a través del pago de una «*lump sum*», o suma fija. Esta suma debería ser determinada considerando todas las circunstancias que rodean la acción que causó el daño, de tal forma que la compensación final sea justa y equitativa³¹⁷.

³¹¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 3-AP-2006 del 2 de mayo de 2007.

³¹² *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 371 del 16 de abril de 2009.

³¹³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo 99 del 4 de junio de 2012.

³¹⁴ *Vid.* Recurso de nulidad contra el laudo arbitral del 15 de octubre de 2010, del 11 de mayo de 2015.

³¹⁵ *Vid.* Recurso de casación del 8 de septiembre de 2015.

³¹⁶ *Vid.* Sentencia de lo contencioso administrativo de indemnización de daños y perjuicios, del 2 de febrero de 2009.

³¹⁷ *Vid.* Civil Appeal No. 35 of 2010, Perriot v. Belize Telecommunications Limited and others.

RUDA GONZÁLEZ comenta que la doctrina italiana reconoce el daño ambiental directo como una forma de coste de la inversión frustrada o de pérdida de oportunidad, pues la alteración del ambiente repercute en los beneficios económicos que las personas podrían obtener de los bienes y servicios ambientales³¹⁸. Es decir, la responsabilidad no se basa en la afectación patrimonial directa de la víctima, sino en la disminución de la utilidad que podría obtenerse. El autor reconoce el atractivo que esta noción representa ante la falta de valor de mercado de la mayoría de estos bienes y servicios, y la facilidad con la que permitiría convertir un daño colectivo en individual³¹⁹.

96. Otra teoría relevante es la de la responsabilidad sospechada, anónima o colectiva, también denominada causalidad alternativa. Esta es aplicable en los supuestos donde hay varios posibles causantes, por ejecutar todos la actividad de la cual procede la lesión, haciendo imposible poder determinar exactamente cuál de los sujetos es el verdadero causante. La teoría permite que se impute solidariamente a todos los miembros del grupo la totalidad del daño, la cuál posteriormente se distribuirá internamente entre ellos de acuerdo a las probabilidades de su responsabilidad³²⁰.

Esta teoría está a la vanguardia en el ámbito académico del Derecho de daños, donde ha sido propuesta como respuesta a la falta de certeza causal que deviene de estos supuestos³²¹. RUDA GONZÁLEZ comenta que si bien es cierto aplicar una doctrina de esta naturaleza sería imposible en el ámbito de la responsabilidad penal, no tiene la misma trascendencia en el ámbito de la responsabilidad civil, pues su aplicación tendría una función compensatoria y no punitiva, de tal forma que no se estaría violentando el principio de inocencia³²².

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia panameña ya ha reconocido y aplicado esta doctrina en casos de mala praxis, estimando responsables a todos los médicos que participaron en una cirugía, aún y cuando el Artículo 1024 del Código Civil ha exigido que la solidaridad sea expresa, y esta no haya sido expresada por los causantes. Este Tribunal ha utilizado como referencia la jurisprudencia

³¹⁸ RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op. Cit., pp. 89-90.

³¹⁹ *Ibidem.*, pp. 90-91.

³²⁰ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. Op. Cit., pp. 861-862.

³²¹ MORÈTEAU, OLIVIER. Op. Cit., p. 792.

³²² RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. Op. Cit., p. 42.

española para sustentar los argumentos que aplica en el relajamiento de las exigencias de dicho Artículo³²³.

La teoría de la proporcionalidad utiliza una lógica similar a la antes descrita, en tanto busca brindar una solución aceptable a la imposibilidad de poder determinar exactamente de quien es el verdadero causante en una colectividad de probables autores. La diferencia es que, en lugar de utilizar el criterio de solidaridad, aplica el de proporcionalidad de causación del daño, obligando a cada miembro del grupo a resarcir a la víctima en función de dicha proporción.

97. La teoría de la responsabilidad por cuota de mercado es aplicable cuando la lesión proviene del consumo de un producto, pero se desconoce la identidad del fabricante específico. Este abordaje, que proviene del *Common Law*, utiliza criterios aproximativos, es decir, indicios de causalidad. La víctima sólo tendrá que demostrar que el producto o la acción señalada es apta para causar el daño. Su aplicación implica determinar el nivel de participación que tienen en el mercado los posibles causantes, atribuyéndole la responsabilidad en función de ésta³²⁴. No lleva implícita la solidaridad, sino que la indemnización que puede percibir la víctima por cada uno de los condenados también es proporcional a esa cuota de mercado y no a la totalidad del valor de la lesión³²⁵.

MORÉTEAU hace referencia a un caso resuelto por la Corte de Casación francesa³²⁶ en 2009, en el cual se enjuició a dos compañías farmacéuticas que comerciaban la hormona *Dietilestilbestrol* cuando la madre de la víctima estaba embarazada, por los efectos a la salud de ésta³²⁷. En el juicio era imposible determinar cuál de las dos marcas había sido utilizada por la madre por falta de expedientes médicos. Ahí, la Corte estableció que cada empresa debía demostrar que su producto no había causado el daño, estableciendo así una presunción *juris tantum*³²⁸.

³²³ *Vid.* Sentencia de Casación en Proceso Ordinario de Mayor Cuantía, del 31 de julio de 2000.

³²⁴ VIGURI PEREA, AGUSTÍN. Op. Cit., p. 116.

³²⁵ REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. Op. Cit., p. 863.

³²⁶ *Vid.* Cass. Civ. 2ème, del 24 de Septiembre de 2009, P+B+I, F.-P. Et al. v. SA UCB Pharma et al.

³²⁷ MORÉTEAU, OLIVIER. Op. Cit., pp. 794-795.

³²⁸ La incorporación de presunciones de este tipo ha sido utilizada por el Derecho Ambiental internacional desde hace varias décadas. Un ejemplo de lo anterior es la presunción causal de imputabilidad contenida en la Convención de París sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear. Esta solución tiene la ventaja de reducir la imprevisibilidad al mínimo, protegiendo a las potenciales víctimas, a la vez de proteger a la industria nuclear de potenciales demandas devastadoras. *Vid.* MARTÍN MATEO, RAMÓN. Op. Cit., p. 167.

A raíz de lo anterior, el autor trata de entender si con ese fallo en realidad no se está frente a un supuesto de causalidad alternativa³²⁹. Sus dudas son válidas, pues en un juicio similar llevado a cabo en Estados Unidos de Norteamérica, el tribunal condenó a varios laboratorios que habían fabricado esa hormona en proporción a su cuota de mercado, sin darles la oportunidad de desvirtuar ninguna presunción³³⁰. Lo anterior sólo viene a demostrar el origen lógico común de ambas posiciones doctrinales³³¹.

2.5.2. La Tolerabilidad

98. Este es un criterio establecido por las normas administrativas utilizado para determinar su relevancia o magnitud del impacto de una actividad al ambiente³³². De acuerdo a él, sólo se puede considerar «*daño ambiental*» aquel que es significativo o anormal, es decir, que ha rebasado los límites de la tolerabilidad. Cualquier impacto que es tolerable no puede ser objeto de resarcimiento o reparación, pues es lícito, haciendo de la tolerabilidad una causa de justificación para la exoneración de la responsabilidad civil³³³.

Esta noción de tolerabilidad plantea algunos interrogantes, como por ejemplo, si en el caso de rebasarse los límites establecidos en las normas administrativas, ¿Constituye culpa automáticamente? ¿Es necesario demostrar el nexo causal del daño, o puede deducirse responsabilidad por la simple violación de la norma? ¿Tiene algunos efectos conexos tales como la inversión de la carga de la prueba? ¿Qué pasa

³²⁹ MORÈTEAU, OLIVIER. Op. Cit., pp. 794-796.

³³⁰ RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. *El daño ecológico...* p. 355.

³³¹ PIZARRO, RAMÓN DANIEL. Op. Cit., p. 281.

³³² ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»... Op. Cit., p. 775.

³³³ Esta idea de un límite de tolerabilidad o *threshold*, aparece en instrumentos aplicables en Europa, tales como la Directiva Europea sobre Responsabilidad Medioambiental de 2004 (Directiva 2004/35/CE), en la que se establece que la indemnización puede ser reclamada en aplicación de dicho instrumento, solamente cuando el daño ambiental actual o inminente sea significativo. Para determinar su significancia, la Directiva incluye los criterios determinantes en sus anexos, o refiere a la aplicación de otras Directivas existentes relacionadas con la conservación del ambiente. *Vid.* BRANS, EDWARD. Op. Cit., pp. 35-36.

si los límites de tolerancia son rebasados, pero el acusado demuestra que ha ejecutado todas las medidas idóneas para evitar el daño?³³⁴

99. Si bien es cierto, se entiende la lógica tras la idea de la tolerabilidad y de la necesidad de establecer un sistema de máximos (o de mínimos si se ve desde la perspectiva del deber de cuidado) que no limite el desarrollo civilizatorio de la sociedad humana; también es cierto que ese sistema se antoja un tanto arrogante. Al aplicarlo se asume que el legislador tiene la capacidad de prever todo tipo de eventos dañosos al ambiente y –además– de comprender todos los factores que los pueden condicionar. Agregado a esto, no se puede dejar de mencionar lo complicado que sería agotar el procedimiento administrativo para demostrar que se ha incumplido la norma y, después utilizar esa resolución para justificar la existencia de negligencia como elemento causante de responsabilidad.

En Costa Rica, sin embargo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha asumido una posición diferente a la antes comentada, recordando que en ese país rige la responsabilidad objetiva en materia ambiental, y señalando que, *«desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece para la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de sus posibles efectos se pueden incluir el causarle un mal a terceros»*³³⁵.

Esta posición ha sido reafirmada por el Tribunal Superior de Casación Penal, refiriéndose a la responsabilidad civil que deviene de la responsabilidad penal³³⁶. Y esta responsabilidad por los efectos antijurídicos de un hecho lícito alcanza incluso al Estado y a sus dependencias, como lo ha señalado la Sala de lo Constitucional de

³³⁴ La Directiva Europea de Responsabilidad Medioambiental incluye como una de las posibles excepciones a la responsabilidad que el operador demuestre que las medidas de seguridad apropiadas estaba siendo implementadas, o que el daño causado es efecto del cumplimiento de una orden o instrucción emanada de la autoridad pública. *Vid.* BRANS, EDWARD. Op. Cit., p. 44.

³³⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 398 del 6 de junio de 2001.

³³⁶ Ha dicho el Tribunal Superior de Casación Penal sobre la responsabilidad objetiva que *«el fundamento de ese tipo de responsabilidad es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas (por lo que no es requisito ser antijurídicas) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo –como entidades productoras de eventuales daños– el cual desde luego no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino más bien por aquel que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro»*. *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Casación Penal 493 del 20 de mayo de 2004.

Corte Suprema de Justicia costarricense³³⁷. Esta posición jurisprudencial va de la mano con el reconocimiento que hace dicho ordenamiento jurídico de la teoría del abuso del derecho en el Artículo 22 del Código Civil, y que será abordada posteriormente.

Este extremo concuerda con lo comentado por ÁLVAREZ LATA, cuando señala que en España el cumplimiento de la norma administrativa es irrelevante, tal como la ha establecido ya en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, y que no puede ser considerado una causa de exoneración de la responsabilidad³³⁸. En todo caso, que el demandado demuestre que ha cumplido con dicha regulación no es una demostración de diligencia debida, sino que de insuficiencia normativa para la prevención del daño.

Lo anterior, aunque no es mencionado expresamente en la sentencias referidas, se basa en la noción de antijuridicidad de los efectos de las conductas lícitas. De tal suerte que, conductas que son lícitas, pueden generar daños a terceros³³⁹, lesionando derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos, y por lo tanto convirtiéndose en antijurídicas. Esta cualidad será alcanzada cuando se violen las reglas de cuidado poniendo en riesgo bienes jurídicamente tutelables³⁴⁰. La antijuridicidad como un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual, implica no sólo una suerte de objetivación, sino que el reconocimiento de que las vidas de los demás pueden verse afectadas negativamente por las decisiones que alguna persona tome habilitada legalmente por normas que probablemente no han sido analizadas adecuadamente³⁴¹.

PIZARRO es de la opinión que es precisamente es en el resarcimiento del daño ambiental donde la antijuridicidad está más presente, pues la afectación al medio ambiente constituye una actividad contraria a Derecho, considerada, por lo tanto,

³³⁷ Ha señalado la Sala de lo Constitucional que *«en cuanto respecta a la posición del Estado, que es lo que por lo pronto interesa, el derecho fundamental al ambiente comienza por imponer límites a su actuación, límites que, en concreto, han de considerarse y fijarse según los casos; porque lógicamente el estado, obligado a garantizar, defender, y preservar ese derecho, no puede menos que omitir determinadas intervenciones suyas que incidan en el medio ambiente, aunque fuesen lícitas o estuviesen destinadas a perseguir finalidades legítimas... si es que como resultado de ellas aquel derecho padece o puede padecer en la integridad que la Constitución reconoce»*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3248 del 9 de abril de 2002.

³³⁸ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «Responsabilidad civil... Op. Cit., p. 327.

³³⁹ Comenta RIVERO SÁNCHEZ que la responsabilidad por hecho lícito se trata de un principio general del derecho, en virtud de la cual, una conducta autorizadas por la ley que cause alguna lesión, debe ir acompañada de un adecuado resarcimiento del daño causado. Vid. RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS. *Responsabilidad Civil*. Tomo III. 2ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2001, pp. 61.

³⁴⁰ LIMA REINING, GUILHERME HENRIQUE. Op. Cit., p. 87.

³⁴¹ HOWARTH, DAVID. Op. Cit., pp. 874-881.

objetivamente antijurídica³⁴². Es decir que los niveles de tolerabilidad establecidos en las normas administrativas no pueden ser considerados como autorizaciones a contaminar. Al contrario, el principio es el de la prohibición a contaminar, y que quien lesione al ambiente, asuma las consecuencias de dichas actividades, extendiéndose incluso a la posibilidad de configurar responsabilidad por actos lícitos.

Ello constituye un argumento más a favor de readecuar la normativa relativa a la responsabilidad civil extracontractual en los Códigos Civiles de Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá³⁴³. Pues en la revisión que se ha hecho de la forma en la que la figura de la responsabilidad por hecho lícito se ha incorporado en la normativa civil de la región, se deduce que en estos países, sus respectivos legisladores no la incluyeron, al contrario de los que sucede en El Salvador y Costa Rica, dónde se ha introducido esta forma de responsabilidad en los Artículos 2035 y 1043 de los respectivos Códigos Civiles.

100. La utilización de la figura del «*tort*» comparte de alguna forma estos problemas y no deja de tener limitaciones tales como: el tiempo que consume su judicialización, el costo de su judicialización y la complejidad técnica. Además la parte actora, tendría que poder demostrar que tiene un interés personal en el objeto de la acción. Las dificultades que implica deducir responsabilidad civil por daño ambiental en el *Common Law* son las mismas que antes se han establecido para el Derecho civil. La primera podría ser que el demandante enfrenta altos costes procedimentales o «*transaction costs*», sobretodo porque estos están asociados a factores tales como establecer la culpa y la causación, lo que resulta sumamente complejo.

Otro problema a resolver será, que el *tort* está vinculado a la protección de intereses privados. Por lo que una acción iniciada individualmente, no reflejará los costes reales del daño causado al ambiente. Por último, la noción de legitimación o «*standing*» en el *tort* es sumamente limitada y está vinculada a los intereses

³⁴² PIZARRO, RAMÓN DANIEL. Op. Cit., p. 279.

³⁴³ Si bien es cierto, el Título VI del Código Civil guatemalteco se denomina «*Obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio*», el legislador se decantó por un sistema de *numeros clausus*, dejando por fuera una norma general que rija situaciones atípicas. Por su parte, el legislador hondureño y el panameño sí incluyen conceptos generales de los cuasicontratos en el Código Civil, pero no establecen una regla general para la responsabilidad por hecho lícito. En el caso nicaragüense, aunque la redacción del Artículo 2507 es casi idéntica a la del Artículo 1043 del Código Civil de Costa Rica, si incluye la responsabilidad por hecho lícito, pero que afecte a quienes presumiblemente han consentido de ellos.

sustanciales que ostente el demandante (ya sean relacionados a la propiedad de la tierra, o por ser víctimas directas de la lesión), impidiendo por ejemplo, que organizaciones ambientalistas puedan accionar civilmente en representación del ambiente, por derecho propio.

A lo anterior habría que agregar que la necesidad de establecer «*fault*» o culpa en la mayoría de los juicios (sobre todo aquellos en los que la responsabilidad descansa en la negligencia), supone una carga sumamente pesada para el demandante. Pues no sólo tiene que probar la causación, sino que el hecho de que el demandado conocía los efectos dañinos de su actividad, así como que ha fracasado en sus intentos de mitigar dichos efectos, salvo algunas excepciones, como en los supuestos donde sea aplicable el principio *res ipsa loquitur*. Y en lo que a la causación se refiere, se dependerá del conocimiento científico disponible para poder aislar los elementos individuales que causaron el daño, y poderlos rastrear hasta sus respectivas fuentes.

Sin embargo, con relación a la contaminación, lograr lo anterior sigue siendo sumamente difícil. Sobre todo en el caso de los micro-contaminantes. Aunque vale decir que también es posible basar el reclamo en una presunción, apoyada por un análisis probabilístico de que el demandado causó, o al menos hizo una contribución material a la lesión causada, o que su actividad materialmente incrementó el riesgo del daño ocurrido. Esta posibilidad está limitada a aquellos supuestos en los que no haya duda sobre la fuente del agente causal, pues no podría caber una presunción de causación cuando hay varios posibles causantes³⁴⁴.

101. Frente a los problemas que supone demostrar la causación, para deducir responsabilidad por el *tort*, el Derecho estadounidense ha incorporado una solución que se aparta de la obligación de probar el vínculo causal, apostándole más bien a la regla del «*scope-of-risk*», basada en establecer un estándar para el riesgo. Si bien es cierto la previsibilidad tanto como la evitabilidad son características del *fault* anglosajón, esta solución no deja de tener detractores, en tanto implica poder agrupar las lesiones *ex post* con los riesgos *ex ante*, predeterminando cuáles de estos pueden en realidad ser lesivos o no³⁴⁵.

Este abordaje amerita la misma crítica que se hizo en los párrafos precedentes, cuando se comentó sobre la tolerabilidad, en tanto supone mucha arrogancia asumir

³⁴⁴ WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 9-58.

³⁴⁵ GILEAD, ISRAEL. Op. Cit., pp. 252-253.

que la capacidad predictiva de las personas puede abarcar todos las circunstancias en las que puede evolucionar el daño al ambiente, cuando ni siquiera hay necesidad de argumentar el hecho de que ni la ciencia ni la tecnología actual tienen la capacidad total de determinar el cien por ciento de sus efectos, ni tampoco de preverlo.

Un abordaje similar, siempre vinculado al riesgo ha sido utilizado por la Casa de los Lores con relación a situaciones como la exposición prolongada al carbón o al asbesto y sus efectos en la salud. Ahí se ha manifestado que, cuando no es posible probar el vínculo causal, lograr probar el aumento material del riesgo debería ser suficiente para poder deducir responsabilidad. Lo anterior, bajo el entendido que esto es una presunción *juris tantum*, quedado abierta la posibilidad para el demandado de demostrar que la lesión no fue causada por negligencia propia. No obstante, de acuerdo a los Lores, la posibilidad de relajar los principios que determinan la causación, debe limitarse a aquellas lesiones que estén dentro del alcance de lo previsible³⁴⁶.

102. En el derecho anglosajón es posible encontrar una figura equivalente a la de la tolerabilidad tratada en este apartado, denominada «*policy-based 'liability-watch' screening*». Esta metodología puede ser utilizada para eximir de responsabilidad a ciertos actores o a ciertas actividades de esta, y con relación a ciertos tipos específicos de daños³⁴⁷.

Dado lo anterior, la posibilidad de poder aplicar la «*strict liability*» o responsabilidad objetiva en cualquier régimen de responsabilidad ambiental se va convirtiendo en una necesidad como ha sido abordada por la jurisprudencia³⁴⁸. De cualquier manera, es necesario entender los diferentes alcances que esta figura tiene en el Derecho anglosajón, tal vez siendo el más relevante, aquel que soluciona el problema de los efectos no previsibles de los riesgos ambientales. A pesar de lo anterior, la doctrina anglosajona sigue aportando argumentos a favor y en contra de esta forma de responsabilidad, especialmente por la preocupación que causa el efecto

³⁴⁶ AMIRTHALINGAM señala como jurisprudencia relevante en este sentido el caso de *McGhee v National Coal Board [1973] 1WLR 1* y *Fairchild v Glenhaven Funeral Services [2002] 3 WLR 89*. Vid. AMIRTHALINGAM, KUMARALINGAM. «The changing face of the gist of negligence», en NEYERS, JASON W.; CHAMBERLAIN, ERIKA; PITEL, STEPHEN G. A. (Editores). *Emerging Issues in Tort Law*, Padstow, Hart, 2007, pp. 470-471.

³⁴⁷ GILEAD, ISRAEL. Op. Cit., p. 255.

³⁴⁸ Un ejemplo es el caso *Ryland's v. Fletcher* en el Reino Unido. Vid. WILDE, MARK. Op. Cit., p. 197.

disuasivo que esta puede tener que no necesariamente se limita a las conductas indeseables, sino que puede incidir en las conductas deseables también³⁴⁹.

Sin embargo, el resultado alcanzado en esa discusión que se ha planteado en el ámbito doctrinal debería ser el reconocimiento de lo imposible que es pretender lograr la prevención del daño ambiental al implementar solamente normas de carácter administrativo para el control de los riesgos ambientales. Tampoco es posible lograrlo, al implementar exclusivamente, normas de responsabilidad civil extracontractual, sean estas subjetivas u objetivas.

A pesar de lo anterior, la regulación administrativa ofrece una ventaja que FAURE denomina de «*economía de escala*», en tanto permite que el coste de la investigación que permita determinar el nivel de cuidado óptimo para el ambiente le corresponde al Estado³⁵⁰. La información que se genere será transmitida a los participantes del mercado, precisamente por medio de la regulación. No obstante, las normas de responsabilidad extracontractual continuarán siendo necesarias, especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la regulación administrativa no logra implementarse adecuadamente.

2.6. *Las posibilidades de la Responsabilidad Civil por Daños al Ambiente*

103. Los regímenes de responsabilidad civil extracontractual, vistos desde una perspectiva amplia, incluye ciertas categorías jurídicas que permiten obtener la adecuada reparación para las víctimas, aún n aquellos casos que normalmente no se consideran objeto cotidiano del Derecho de daños. En el caso específico de este estudio se hace referencia a las inmisiones y a la figura del abuso del Derecho.

2.6.1. El Caso de las Inmisiones

³⁴⁹ Esta posibilidad normalmente se denomina «*over-deterrence*» GILEAD, ISRAEL. Op. Cit., pp. 262-264.

³⁵⁰ FAURE, MICHAEL (Ed.). *Deterrence...* Op. Cit., pp. 42-45.

104. Las inmisiones o «*inmissio in alienum*» son una forma de penetración de sustancias molestas a la propiedad del otro, provocando una interferencia en el disfrute de su propietario o poseedor. Podrían calificarse como injerencias materiales e indirectas, porque sus efectos comienzan en el fundo del causante, y se propagan después al fundo del perjudicado³⁵¹. Dicha materialidad supone su apreciabilidad física o la posibilidad de medirlos por medio de aparatos científicos.

Como instituto del Derecho Civil, el régimen de las inmisiones establece una serie de límites al derecho de propiedad inmueble, basados en el principio «*sic utere tuo ut alienum non laedas*»³⁵², así como en el principio de la «*función social de la propiedad*» consignado en muchos textos Constitucionales³⁵³. A la vez, otorga una serie de derechos de vecindad a los propietarios de otros fundos, los cuales suelen ser amplios e incluyen supuestos que pueden ser utilizados como soluciones para el problema de las lesiones al ambiente.

105. En la región centroamericana es posible observar varios modelos de regulación de las inmisiones: uno que se limita a establecer los límites al uso de la propiedad inmueble, otro que vincula el uso de la propiedad inmueble con la responsabilidad civil extracontractual, así como un tercero que vincula el uso de la propiedad inmueble con la teoría del abuso del derecho.

(1) El primer grupo lo conforman El Salvador y Nicaragua. En El Salvador, el Artículo 858 , y en Nicaragua, el Artículo 1681, regulan los límites al uso de la

³⁵¹ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)»..., pp. 799-800.

³⁵² Máxima latina que se traduce al castellano como «usa tu propiedad, pero sin dañar la del otro».

³⁵³ La función social de la propiedad es reconocida taxativamente en los textos constitucionales de El Salvador (Artículo 103), Honduras (Artículo 103), Nicaragua (Artículo 5) y Panamá (Artículo 48). En Guatemala, la función social de la propiedad está reconocida por el Artículo 39 de la Constitución que establece que «*se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de los guatemaltecos*». En el caso costarricense, la Sala de lo Constitucional ha afirmado que dicho principio se encuentra reconocido en el Artículo 45 constitucional que señala que «*la propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social*». La Constitución Beliceña (*Belize Constitution*) contiene provisiones para la protección contra la privación de la propiedad en el numeral 17, en el que se reconoce la posibilidad de expropiación para un fin público siempre que se haga conforme a ley.

propiedad inmueble, pero no establecen un régimen especial de responsabilidad para el caso de éstas.

(2) En el segundo grupo se encuentran Honduras, Panamá y Guatemala. En Honduras el régimen especial de responsabilidad civil por causa de las inmisiones está establecido en los artículos 835 y 2241 del Código Civil. En Panamá, dicho régimen es establecido en los Artículos 569 y 1650 del Código Civil. En Guatemala, la regulación de las inmisiones está contenida en los Artículos 479, 1635 y 1672 del Código Civil. Sin duda, existen entre estos regímenes coincidencias y diferencias. Coinciden en incluir un régimen de responsabilidad civil extracontractual que contiene una naturaleza obligacional. Esta posibilidad hace que el régimen de inmisiones sea a la vez preventivo y reparador³⁵⁴. Se diferencian en que en el caso guatemalteco, el modelo se complementa con la prohibición del abuso de derecho.

(3) En el tercer grupo se ubica Costa Rica. En ese país, el régimen está establecido en los artículos 405, y se complementa con los artículos 21 y 22 de dicho Código. Estos dos últimos artículos referidos contienen la figura de la prohibición del abuso del derecho, la que protege intereses supraindividuales frente a los efectos lesivos ocasionados por el ejercicio de derechos subjetivos³⁵⁵. De acuerdo al Tribunal Segundo de lo Civil de la Sección I costarricense, las molestias causadas por la inmisiones también pueden generar daño moral resarcible³⁵⁶.

106. En el *Common Law*, el equivalente de las inmisiones se encuentra en las «*nuisances*» que ya fue comentada en acápite anteriores. Estas presuponen una injerencia o penetración material a la propiedad de otro. Igual como sucede en el caso de las inmisiones, esta figura tampoco requiere que se demuestre el daño o negligencia de quien la produjo, sino que basta con que se acredite la existencia de la molestia. Sin embargo, su utilización siempre estará determinada por la vecindad inmediata, y el tratar de remediar la depreciación del valor económico de la propiedad³⁵⁷. Es decir, las *nuisances* están vinculadas necesariamente al derecho de propiedad.

³⁵⁴ PALAO MORENO, GUILLERMO. *La responsabilidad civil por daños al medioambiente*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 95-96.

³⁵⁵ JORDÁ CAPITÁN, EVA. Op. Cit., p. 268.

³⁵⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Segundo de lo Civil de la Sección I 51 de 30 de enero de 2009.

³⁵⁷ WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 30-31.

Capítulo 1

En Belice existe la Ley sobre Molestias³⁵⁸. Tal vez uno de los aspectos más interesantes de este instrumento es la inclusión de la Acción Popular, pues establece en su numeral 5.1 que cualquier persona que haya sido agraviada por una *nuisance* o molestia puede presentar una queja, siempre y cuando dicha molestia afecte también la conveniencia o seguridad del público, o sea perjudicial para la salud general.

107. Una de las ventajas que ofrece este instituto en cualquiera de sus manifestaciones radica en la noción de vecindad, que en el caso de las inmisiones es lata, pues las fincas involucradas no necesitan ser continuas³⁵⁹. Lo anterior permite suponer que la distancia entre la que se produce y el lugar donde se sufren los efectos, puede ser relativamente amplia, incluso llegando a ser transfronteriza³⁶⁰. La figura de las inmisiones también ofrece algunas soluciones interesantes para el daño ambiental.

La primera de esas soluciones es la cesación ya comentada, que le otorga un cariz preventivo a las acciones por responsabilidad civil basadas en esta figura. Por medio de ella el propietario del fundo vecino, actuando como titular de una suerte de servidumbre, puede exigir que cese o se abstenga de realizar la actividad que causa la inmisión, a la vez que solicite indemnización por los daños ya sufridos³⁶¹. De ahí que se pueda afirmar que en dicha acción de cesación o negatoria pueda lograrse cierta efectividad preventiva.

La otra solución ofrecida por la figura de las inmisiones para el daño ambiental reside en la posibilidad de utilizar el instituto de los interdictos o pretensiones posesorias. El requisito necesario para poder ejercerlas es el de ostentar la cualidad de poseedor. JORDÁ CAPITÁN, en referencia a este extremo se cuestiona si dicha cualidad de poseedor debe ser entendida exclusivamente con relación al bien, o se puede interpretar con relación al derecho³⁶². Dicha pregunta resulta relevante, pues podría caber la posibilidad de que este tipo de pretensiones se aplicara para la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado, o a alguno de sus elementos. La respuesta a esta interrogante dependerá de la forma en la que dichas acciones hayan quedado configuradas en los diferentes ordenamientos jurídicos.

³⁵⁸ *Vid.* Chapter 118, Nuisances Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belizelaw.org>

³⁵⁹ MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, LUIS. *Op. Cit.*, p. 9.

³⁶⁰ GOMIS CATALÁ, LUCÍA. *Responsabilidad por daños ambientales*. Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 161.

³⁶¹ PALAO MORENO, GUILLERMO. *La responsabilidad civil...* *Op. Cit.*, pp. 95-96.

³⁶² JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Op. Cit.*, pp. 219-255.

108. En Guatemala, el Artículo 249 del Código Procesal Civil y Mercantil³⁶³ ofrece un sistema de *numeros clausus* para los interdictos, en el que se incluye el interdicto de despojo y el de obra nueva o peligrosa. El interdicto de despojo regulado por el Artículo 255, si puede aplicarse cuando el reclamante ha sido desposeído de un bien inmueble o de un derecho, siempre y cuando este sea de naturaleza real. El interdicto de obra nueva, de acuerdo al Artículo 263, produce acción popular y se aplica en relación a un bien o a un derecho. La acción de cesación queda contenida en el Artículo 264 permitiendo al Jueza acordar la suspensión inmediata de la obra en espera de las resultas del juicio. De manera similar se regula la cesación de las obras peligrosas en el Artículo 267.

En El Salvador, los procesos posesorios son regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil³⁶⁴ a partir del Artículo 471, como procesos especiales de naturaleza abreviada. En él se prevé la posibilidad de suspender obras nuevas siempre que estas pretendan conservar o recuperar la posesión de bienes inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos.

En el caso de Honduras, el artículo 601 del Código Procesal Civil³⁶⁵ ofrece por medio de un sistema de *numeros apertus*, la posibilidad de poder ejercer en un procedimiento abreviado, tanto la acción de cesación, las acciones posesorias, así como las de obra nueva y obra ruinosas. En el caso de las pretensiones posesorias, y ante el cuestionamiento antes planteado, el legislador hondureño lo ha resuelto refiriéndose tanto a la posesión de una cosa o de un derecho, como claramente se ve en el numeral 2 del artículo antes citado. A su vez, el artículo 604 del mismo código señala también en su numeral 2 que las acciones dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo para temerlo.

En Nicaragua, el nuevo Código Procesal Civil³⁶⁶ establece las pretensiones posesorias dentro del ámbito del proceso sumario. Estas pretensiones posesorias, de acuerdo al Artículo 511, se puede referir tanto a la posesión de un bien o de un derecho, cuando el poseedor ha sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute,

³⁶³ Vid. Decreto No. 107-63 del 14 de septiembre, Código Procesal Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial, Tomo CLXIX-45-401 del 19 de diciembre de 1963.

³⁶⁴ Vid. Decreto Legislativo No. 712 de 18 de septiembre de 2008, Código Procesal Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial No. 224, del 27 de noviembre de 2008.

³⁶⁵ Vid. Decreto No. 211-2006 del 20 de febrero de 2007, Código Procesal Civil, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #31,313 el 26 de mayo de 2007.

³⁶⁶ Vid. Ley No. 902 de 5 de agosto de 2015, Código Procesal Civil, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 191, Año CXIX del 9 de octubre de 2015.

igual que sucede en el caso hondureño. También se incluye ahí las que pretenden suspender una obra nueva o derribar una obra ruinosas. El Artículo 515 permite que se ordene la suspensión urgente de una obra nueva, la que será ratificada o alzada posteriormente en la sentencia definitiva. El artículo 514.2 señala que las acciones dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo para temerlo.

En el caso costarricense, el nuevo Código Procesal Civil³⁶⁷ establece en su Artículo 106 que los interdictos posesorios sólo procederán respectivo de la posesión actual y momentánea de bienes inmuebles o, en el caso del amparo de posesión, también cuando se esté siendo víctima de actos que afecten el uso y disfrute de bienes públicos. El Artículo 107 regula el juicio sumario de suspensión de obra nueva, por medio de la cual se podrá suspender su ejecución en caso de que amenace los derechos del propietario, poseedor o persona que transite por la vía pública. El Artículo 108 regula el juicio sumario de derribo de edificios, construcciones, árboles o inmuebles, cuando constituyan amenaza para los derechos del poseedor o transeúnte o pueda perjudicar bienes públicos.

El Código Judicial panameño³⁶⁸ regula entre los interdictos posesorios los de perturbación de la posesión, restitución por despojo y de obras nuevas y obras ruinosas. Los primeros dos supuestos se refieren exclusivamente a la posesión de un bien. Igual que en los casos anteriores, en el caso de la denuncia de obra nueva regulada en los Artículos 1374 y 1375, cabrá la suspensión e incluso su demolición si temiera la causación de un mal grave. Sin embargo, el legislador panameño incluyó una excepción a esta prerrogativa judicial, permitiendo que el dueño de la obra impida la suspensión o demolición otorgando una fianza. La denuncia de obra ruinosas regulada en el Artículo 1376 también ofrece la posibilidad de que se decrete medidas urgentes de precaución tales como reparación o demolición.

109. Las inmisiones también van a estar moduladas por el criterio de la tolerabilidad determinado en normas administrativas, de manera muy semejante a lo que sucede con el daño ambiental³⁶⁹. Por lo tanto, es lógico suponer que si hay una

³⁶⁷ *Vid.* Ley No. 9342 de 3 de febrero de 2016, Código Procesal Civil, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N. 68 del 8 de abril de 2016.

³⁶⁸ *Vid.* Ley No. 29 de 25 de octubre de 1984, por la cual se adopta el Código Judicial, publicada en la Gaceta Oficial No. 20199 de 6 de diciembre de 1984.

³⁶⁹ Ejemplo de lo anterior son: en El Salvador, Decreto No. 41 de 31 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 101 del 1 de junio de 2000, Reglamento especial en materia de sustancias, residuos y desechos peligrosos; en Honduras, Acuerdo Ejecutivo No. 1566-2010 de 1 de octubre de 2010,

lesión causada al ambiente, y esta proviene de una inmisión regulada por la norma administrativa y autorizada por la administración pública no debería ser resarcible, sin embargo, cabe aquí comentar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia No. 46 de Madrid de 5 de julio de 2010.

En ella se deja a un lado el concepto de licitud de las contaminaciones «tolerables», y señala que en el caso de las inmisiones, «...se presume culposa toda acción u omisión generadora del daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, el cumplimiento y normativa reglamentaria...», y somete la calificación del daño a un análisis cualitativo de la nocividad de las inmisiones, y no la cuantificación de los niveles de contaminación establecida en la norma administrativa. Con la posición adoptada por este Magistrado se demuestra la falibilidad de dicho criterio. También demuestra una ventaja adicional en el caso de las inmisiones, pues el régimen de aplicación es el de la responsabilidad objetiva, a pesar de la ya establecida inversión de la carga de la prueba.

Contrario resulta el caso en el *Common Law*, como se deduce en la sentencia de apelación de la Casa de los Lores, en el caso de *Cambridge Water v. Eastern Counties Leather*³⁷⁰, donde se establece que la previsibilidad si es un ingrediente esencial de la *nuisance*. Si bien es cierto que previsibilidad y tolerabilidad no son sinónimos, es posible asumir que los niveles de tolerabilidad establecidos en la norma, devienen de la conciencia de que una actividad es contaminante, así como de la comprensión de los efectos de dicha contaminación.

También es necesario tomar en cuenta ciertas restricciones en su aplicabilidad, como sucede en el supuesto de la contaminación histórica, o en las molestias que tienen origen en acciones autorizadas estatutariamente, e incluso en el supuesto de que el demandante ejerza actividades excepcionalmente delicadas y susceptibles a

publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32,448 de 21 de febrero de 2011, Reglamento para el control de emisiones generadas por fuentes fijas; en Nicaragua, la Norma Técnica Obligatoria Nicaragüense de Calidad del Aire del Noviembre de 2002, publicada en La Gaceta No. 211 de 6 de noviembre de 2002; en Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 36551-S-MINAET-MTSS del 27 de abril del 2011, publicado en La Gaceta No. 140 del 20 de julio del 2011, Reglamento sobre emisión de contaminantes atmosféricos provenientes de calderas y hornos de tipo indirecto; en Panamá, el Decreto Ejecutivo No. 5 del 4 de febrero de 2009, publicado en la Gaceta Oficial No. 26291-A de 28 de mayo de 2009, Decreto ejecutivo por el cual se dictan normas ambientales de emisiones de fuentes fijas.

³⁷⁰ *Vid.* Cambridge Water v. Eastern Countries Leather plc [1994] 2 AC 264

ocurrencias meramente cotidianas. También existe un plazo para prescripción de la acción después de 20 años continuos de actividad molesta³⁷¹.

110. Desde una perspectiva procesal, la acción de cesación presenta ventajas y desventajas que deben ser mencionadas. La principal ventaja sería que no es necesario demostrar el daño, y por lo tanto, tampoco el nexo causal; basta con probar la existencia de la inmisión. La principal desventaja reside en la legitimación activa, pues esta está reservada al propietario del inmueble vecino o, según algunas interpretaciones doctrinales más amplias, a quienes detenten algún otro tipo de título real con respecto al inmueble, como el usufructo, o a quienes no detentan un derecho real, pero si gozan del inmueble de forma estable y continuada, como en el arrendamiento³⁷².

2.6.2. La Figura del Abuso del Derecho

111. La figura de la prohibición del abuso del Derecho aparece consignada en la mayor parte de los Códigos Civiles de la región, y puede ser estimada como una solución más para el problema ambiental. Sobre todo en aquellos casos que quedasen excluidos de los supuestos regulados por las normas que se refieren a las inmisiones y la responsabilidad civil aquiliana.

Para JORDÁ CAPITÁN, esta figura se configura como una ruptura con el principio romano del «*qui iure suo utitur neminem laedit*», que suponía que los actos que se realizan en el ejercicio de un derecho no dañan a nadie³⁷³. La doctrina brasileña incluso ha llegado a calificarla como una manifestación más de la responsabilidad objetiva, sometiéndose a su criterio finalista, totalmente independiente de la culpa, y que perfectamente puede ser utilizada como fundamento legal para una acción inhibitoria³⁷⁴.

Es tal la importancia que tiene esta figura que ha sido recogida por algunos instrumentos de Derecho Internacional ambiental. Un ejemplo de esto es la

³⁷¹ WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 34-41.

³⁷² ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (II)»...Op. Cit., pp. 866-872.

³⁷³ JORDÁ CAPITÁN, EVA. Op. Cit., pp. 268-269.

³⁷⁴ LIMA REINING, GUILHERME HENRIQUE. Op. Cit., pp. 64-66.

Convención de los Derechos del Mar (UNCLOS III) de 1982³⁷⁵, al incluir una disposición de esta naturaleza, obliga a los Estados parte a cumplir las obligaciones contraídas de buena fe, mientras ejercen sus derechos, competencias y libertades reconocidos.

En el Código Civil guatemalteco, la figura del abuso del derecho está contenida en el artículo 1653 relacionado ya en el acápite sobre la forma en que se regula la responsabilidad aquiliana en dicho país. En dicho artículo, la legitimidad del derecho está delimitado por la mala fe y el exceso, extremos que deberán probarse en juicio. Para la Cámara de los Civil de la Corte Suprema de Justicia poder establecer si ha habido mala fe o exceso es posible cuando «...lo usa con otra finalidad que no sea la protección de aquellos intereses amparados por ese derecho»³⁷⁶.

En el caso costarricense, del que ya se había hecho referencia en el apartado sobre las inmisiones, la figura se encuentra regulado en el artículo 22 del Código Civil. Sin embargo, el legislador escogió una redacción poco afortunada. Dice el artículo 22 que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daños a terceros o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Pareciera que el legislador hubiera querido limitar su aplicación a la responsabilidad contractual exclusivamente.

³⁷⁵ Esta Convención data de la propuesta hecha por Malta en 1967 a la Asamblea General de las Naciones Unidas para que los recursos del suelo submarino fueran declarados patrimonio común de la humanidad, causando que la Asamblea General estableciera una Comisión *ad hoc* para explorar los usos pacíficos del suelo oceánico y submarino más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales, así como para emitir sus consideraciones sobre la propuesta hecha por Malta. Sin embargo, dadas las presiones e intereses de varios países, la Asamblea General tuvo que ampliar el mandato de la Comisión, dando como resultado la UNCLOS III. El texto de la Convención fue adoptado en *Montego Bay* en diciembre de 1982, entrando finalmente en vigor el 16 de noviembre de 1994. Belice, Costa Rica, Honduras y Panamá lo suscribieron el 10 de diciembre de 1982. Guatemala lo suscribió el 8 de julio de 1983. El Salvador lo suscribió el 5 de diciembre de 1984. Nicaragua, 4 días después, el 9 de diciembre. El primero en ratificarlo fue Belice, el 13 de agosto de 1983. Costa Rica lo ratificó el 21 de septiembre de 1992. Honduras lo ratificó el 5 de octubre de 1993. Panamá lo ratificó el 1 de julio de 1996. Guatemala lo ratificó el 11 de febrero de 1997. Nicaragua lo ratificó el 3 de mayo de 2000. El Salvador aún no lo ha ratificado. *Vid.* ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Mar, Bahía Montego, 1982. Disponible en: <http://www.un.org>; BOYLE, ALAN; CHINKIN, CHRISTINE. «UNCLOS III and the process of International law-making». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 377;

³⁷⁶ *Vid.* Sentencia de la Cámara de lo Civil 141-2000, del 26 de febrero de 2001.

112. En el Derecho Privado hondureño no se encuentra configurada esta prohibición. En la legislación nicaragüense tampoco está taxativamente establecida. Sin embargo, señala ESCOBAR FORNOS, que sí es posible identificar su aplicación práctica en el Código Civil, en el caso de la renuncia de los socios en la sociedad de duración limitada, en las obligaciones del mandatario tras su renuncia o en la obligación de convivencia de los cónyuges³⁷⁷.

Esta posición coincide con VON BAR, cuando explica que en los ordenamientos jurídicos que no tienen provisiones especiales con relación al abuso del derecho, pero que operan bajo una cláusula general de responsabilidad por culpa, perfectamente pueden operar sin la primera, pues es suficiente contar con el concepto de culpa³⁷⁸. Y ello, a pesar de que la cláusula del abuso del derecho, sirve para disolver la percepción de absolutez del derecho, que podría ser entendida como una forma de impunidad para el titular de este.

La Corte Suprema de Justicia Nicaragüense también se ha referido a la doctrina del abuso del derecho, señalando que «*el principio nemo damnum facit qui suo jure utitur*³⁷⁹ *no puede tomarse de una manera absoluta porque ello daría lugar a muchos abusos, cuando se ha obrado con temeridad o mala fe, prosiguiendo solamente el daño ajeno. Es por eso que la jurisprudencia ha venido a atenuar el rigor del principio sentado, que no se incurre en responsabilidad cuando se ha usado del derecho con prudencia y buena fe...*»³⁸⁰. Con relación al tipo de responsabilidad que se puede deducir aplicando la teoría del abuso del derecho en Nicaragua, comenta siempre ESCOBAR FORNOS que debe ser la responsabilidad subjetiva, pues sin dolo o culpa no habrá abuso³⁸¹.

En Panamá no se ha regulado tampoco esta figura en las normas civiles, pero si ha sido abordado por la jurisprudencia³⁸². Esta sostiene que dicha figura surge de la necesidad de afirmar la existencia de los derechos subjetivos, y del cuidado que se precisa para evitar los excesos que pueden aflorar en su ejercicio de tal forma que no se tornen injustos. Para considerar como abusivo el ejercicio de un derecho, señala la

³⁷⁷ ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Managua, Imprenta UCA, 1989, p. 252.

³⁷⁸ VON BAR, CHRISTIAN. Op. Cit., pp. 56-57.

³⁷⁹ Máxima latina que se traduce como nadie causará daño usando su derecho.

³⁸⁰ *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de junio de 1948.

³⁸¹ ESCOBAR FORNOS, IVÁN. Op. Cit., p. 256.

³⁸² *Vid.* Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Expediente 484-2007, del 24 de julio de 2008.

sentencia, implica que se actúe de forma contraria a los fines económicos y sociales del Derecho, que se pueden equiparar con los intereses mismos del Estado.

CAPÍTULO 2. LA TUTELA ADECUADA DE LOS INTERESES AMBIENTALES Y DE GRUPO EN CENTROAMERICA

113. Definitivamente, uno de los retos más importantes para toda sociedad humana, es la continua búsqueda de mejores niveles de calidad de vida para sus miembros. La asunción del reto supone, entre otras cosas, preocuparse por el disfrute y conservación de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona humana. Esta preocupación se materializa de diferentes formas, transitando desde una visión amplísima como es la de la dignidad humana, hasta una más específica y reciente, como puede ser la de la defensa de los consumidores y usuarios. Todas las manifestaciones de dicha preocupación tienen vínculos con la protección de la seguridad personal, la salud y los legítimos intereses económicos de los individuos.

En el Capítulo 1 de este trabajo se planteó la posibilidad de utilizar el Derecho Privado como un medio para resolver los conflictos jurídicos que devienen de las lesiones causadas al ambiente, y que pueden originar daños directos al entorno, así como indirectos a la persona y patrimonio de los individuos. Con el análisis realizado se buscó entender las ventajas y desventajas de los institutos de esta disciplina jurídica, enfocándose particularmente en la responsabilidad aquiliana, ofreciendo posibles alternativas que terminan de afianzar el carácter utilitario de estos instrumentos. Sin embargo, a pesar de las ventajas identificadas, es necesario recordar que la elección de ese cauce, ya sea como medio alternativo o medio subsidiario al Derecho Administrativo, será -al final- una decisión político-jurídica del legislador, quien es quien tiene la opción de crear posibilidades normativas con ese fin en los instrumentos de Derecho Privado³⁸³.

En ese primer abordaje al problema quedó evidenciado que las lesiones al ambiente podían tener efectos nocivos para intereses jurídicos individuales y difusos, sin llegar a profundizar en el contenido de estas categorías. Establecer con mayor precisión ese contenido, así como sus características y los tipos de bienes con los que están vinculados es importante, para poder dimensionar el impacto real de las soluciones sustantivas planteadas por el Derecho de daños, atendiendo

³⁸³ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo I. Conceptos Generales y elementos de delimitación». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 113.

específicamente a aquellas que se desprenden del instituto de la responsabilidad extracontractual.

No obstante, lo anterior también obliga a entender cuáles son las formas procesales que asume el Derecho para aplicar estos remedios, y poder así determinar cuáles son las más adecuadas para los intereses jurídicos en juego. Indiscutiblemente, su idoneidad estará determinada por la posibilidad de acoplamiento que dichas soluciones puedan tener con las características propias del Derecho Privado, bajo el entendido que éste que no es imperativo ni perceptivo, sino que obedece a la autonomía de la voluntad.

114. En capítulos posteriores, el trabajo se enfocará en un cauce procesal, visto como una posible solución al problema ambiental: las acciones de grupo. Para poder comprender la magnitud y establecer la pertinencia de dicha solución adjetiva, es necesario referirse primero a la tutela judicial efectiva de los intereses ambientales como garantía constitucional. De ahí que este Capítulo se dedique a analizar si los diferentes ordenamientos jurídicos de la región reconocen esa garantía, pues ésta es la que -en todo caso- obliga al Estado a crear y desarrollar soluciones procesales para enfrentar conflictos jurídicos complejos como los aquí planteados.

Estas soluciones deberán ir de la mano con la visión proteccionista que debe tener la actividad jurisdiccional para con los intereses ambientales. Eso supone establecer en qué categoría de intereses jurídicamente protegidos se puede colocar al ambiente. Todo lo anterior permitirá entender que el proceso debe cumplir con nuevas tareas, para las que además se exige nuevos tipos de tutela, cabiendo perfectamente las opciones que poco a poco se van proponiendo con este trabajo³⁸⁴.

1. La Configuración Legal del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en los Ordenamientos Jurídicos Centroamericanos

115. La tutela judicial efectiva es un macro-derecho de naturaleza procesal, cuyo objetivo es garantizar la protección de otros derechos por medio de una intervención heterocompositiva, además de evitar la indefensión de los particulares quienes recurren ante un juez a demandar justicia. Es decir, a la vez de ser un derecho

³⁸⁴ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 20.

Capítulo 2

para el administrado, es también un deber para los Poderes Públicos³⁸⁵. Esta nace como consecuencia de la prohibición de la autodefensa y de la monopolización de la administración de justicia por parte del Estado³⁸⁶.

GONZÁLEZ CLAVIJO señala que el reconocimiento de este derecho se condice con el respeto a la dignidad humana, y que es inherente a la noción de Estado de Derecho, en la cual nunca se deniega la justicia a los individuos, se depuran las malas prácticas de la Administración de Justicia y se asegura que todos los derechos e intereses legítimos pueden ser defendidos ante un órgano jurisdiccional³⁸⁷. Esto significa que no hay sectores que puedan tener inmunidad frente al control judicial estatal³⁸⁸. A través de esta forma de control judicial oportuno el Estado busca alcanzar el paradigma de la justicia pronta y eficaz³⁸⁹. Se trata pues de un derecho complejo y multifacético³⁹⁰.

116. Usualmente este derecho se encuentra configurado en las normas constitucionales, aunque es posible encontrar casos en los que no está necesaria y taxativamente referido en dichos textos. En Centroamérica, por ejemplo, las Constituciones de Nicaragua³⁹¹ y Panamá³⁹² sí se refieren específicamente al derecho de tutela. Las Constituciones de El Salvador³⁹³ y Belice³⁹⁴ se refieren también a éste,

³⁸⁵ ULATE CHACÓN, ENRIQUE. «Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional». *Revista de Ciencias Jurídicas*. Septiembre-Diciembre 2007. No. 114. p. 149.

³⁸⁶ ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Derechos básicos de los justiciables. La acción procesal», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2008, pp. 102.

³⁸⁷ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Principios generales en el nuevo código procesal civil*, Tegucigalpa, 2008, pp. 26-27.

³⁸⁸ GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2, La defensa del usuario y el administrado*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, pp. 535-536.

³⁸⁹ Señala PARRA que la justicia pronta y eficaz, es un postulado que dimana de la idea del Estado Social de Derecho, implicando que los procesos jurisdiccionales deben tener una duración razonable, y que deben estar informados por ciertos principios que regirán el proceso para adecuarlos a la idea fundamental del respeto a la dignidad humana. *Vid.* PARRA A., MARÍA VICTORIA. «Implementación del sistema acusatorio en Colombia principios que rigen la prueba», en *Opinión Jurídica*, Vol. 2, No. 4, 2003, p. 27.

³⁹⁰ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Principios generales en el nuevo código procesal civil*, Tegucigalpa, 2008, p. 27.

³⁹¹ *Vid.* Texto de la Constitución Política de la República de Nicaragua con sus reformas incorporadas del 10 de febrero de 2014, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32 de 18 de febrero de 2014.

³⁹² *Vid.* Decreto Ejecutivo No. 672 de 11 de noviembre de 2004, por el cual el Órgano Ejecutivo ordena la publicación del Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, Reformado por los actos reformativos de 1978, el acto constitucional de 1983, los actos legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y el Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004, publicado en la Gaceta Oficial No 25,176 de 15 de noviembre de 2004.

³⁹³ *Vid.* Decreto No. 38 del 15 de diciembre de 1983, Constitución de la República de El Salvador, publicada en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281 del 16 de diciembre de 1983.

pero utilizando otra nomenclatura tal como «protección legal» o «*protección jurisdiccional*». En cambio, los constituyentes de Guatemala³⁹⁵, Honduras³⁹⁶ y Costa Rica³⁹⁷ más bien se decantaron por incluir algunos derechos específicos que, al ser relacionados e integrados, conforman este macro-derecho.

Su relevancia queda aclarada cuando MONTERO AROCA opina que impedir la tutela de un derecho subjetivo o interés legítimo supondría la negación del derecho o interés³⁹⁸. Esta afirmación es particularmente significativa en el caso que nos ocupa, puesto que el Derecho Privado normalmente se enfoca en tutelar derechos individuales, pero no necesariamente sucede lo mismo con los intereses supraindividuales como el ambiente. En consecuencia, se vuelve necesario entender si los ordenamientos jurídicos centroamericanos han integrado mecanismos de tutela para este tipo de intereses, y de ser así, de qué manera se ha llevado a cabo dicha integración. Pero tal vez, lo más importante en realidad sea poder aclarar si la falta de tutela de intereses supraindividuales pudiera suponer algún riesgo para intereses de naturaleza individual.

1.1. Antecedentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

117. Antes de analizar la forma en la que la tutela judicial efectiva es tratada en los ordenamientos jurídicos de la región, es pertinente analizar sus antecedentes en instrumentos de Derecho Internacional público tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁹⁹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰⁰, la

³⁹⁴ *Vid.* Chapter 4, The Constitution of Belize. Disponible en: <http://www.belize-law.org>

³⁹⁵ El Artículo 3 comprende los derechos de audiencia, defensa y al debido proceso; El Artículo 28 contiene el derecho de petición; y, el Artículo 29 el derecho al libre acceso a los tribunales.

³⁹⁶ El Artículo 1 establece la obligación del Estado de garantizar la justicia, el Artículo 80 regula los derechos de petición y a obtener una respuesta pronta y cumplida a dicha petición, el Artículo 82 reconoce el derecho de defensa y acceso a la justicia, y el Artículo 90 el derecho a un juez competente. *Vid.* Decreto No. 131-1982 del 01 de enero, Constitución de la República de Honduras, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #23,612 el 20 de enero de 1982.

³⁹⁷ El Artículo 27, que se refiere al derecho de petición, el Artículo 39 se refiere al derecho de defensa, y el Artículo 41 que se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a acceder a la justicia y que ésta se administre cumplida y prontamente. *Vid.* Decreto No. 131-1982 del 01 de enero, Constitución de la República de Honduras, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #23,612 el 20 de enero de 1982.

³⁹⁸ MONTERO AROCA, JUAN. *El proceso civil: los procesos ordinarios de declaración y ejecución*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 217.

³⁹⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de su resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948. *Vid.* ONU,

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁰¹, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰².

El Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*». Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su Artículo 14 varias garantías judiciales que deben ser acatadas por los Estados Parte, tales como la el acceso a los tribunales, a la igualdad de las partes, la garantía de un juez natural, la prohibición del doble juzgamiento, y los derechos de audiencia, a la publicidad de la sentencia, a la presunción de la inocencia, de defensa, a la justicia pronta, a la contradicción, y a la impugnación.

118. Los instrumentos regionales también se refieren a los diferentes elementos que conforman la tutela judicial efectiva. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que si bien es cierto es *Soft Law*, incluye en su Artículo XVIII el derecho de justicia, el cual permite el acceso de las personas a los tribunales para hacer valer sus otros derechos, utilizando procedimientos sencillos y breves. Este derecho se complementa con el de petición contenido en el Artículo XXIV, y con el derecho a un proceso regular contenido en el Artículo XXVI, que incluye no sólo la presunción de inocencia, sino que el derecho a que el juez que conoce del proceso haya sido previamente establecido, y actúe con imparcialidad. La

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, 1948. Disponible en: <http://www.un.org>

⁴⁰⁰ Costa Rica lo ratificó el 29 de noviembre de 1968, Panamá el 8 de marzo de 1977, El Salvador el 30 de noviembre de 1979 y Honduras el 25 de agosto de 1997. Nicaragua se adhirió el 12 de marzo de 1980, Guatemala el 5 de mayo de 1992 y Belice el 10 de junio de 1996. *Vid.* ONU, Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966. Disponible en: <http://www.un.org>

⁴⁰¹ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia en 1948. *Vid.* OEA, Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948. Disponible en <http://www.oas.org>

⁴⁰² Costa Rica la ratificó el 2 de marzo de 1970, Honduras la ratificó el 5 de septiembre de 1977, Guatemala el 27 de abril de 1978, Panamá el 8 de mayo de ese mismo año, El Salvador el 20 de junio de ese mismo año y Nicaragua el 25 de septiembre de 1979. Belice aún no la ha ratificado ni se ha adherido a ella. *Vid.* OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, San José, 1969. Disponible en <http://www.oas.org>

petición que se haga a las autoridades competentes puede responder a un interés general o a un interés particular, la cual deber ser resuelta prontamente.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce en su Artículo 8, una serie de garantías judiciales tales como los derechos de audiencia, a un juez independiente e imparcial, a la defensa, a la presunción de inocencia, a la igualdad de armas, a la asistencia judicial, a recurrir de las resoluciones judiciales, a no ser coaccionado y a la publicidad del proceso, así como la prohibición del doble juzgamiento. Además, en el Artículo 25 reconoce la protección judicial por medio del acceso a los recursos judiciales, lo que además deben ser sencillos y rápidos.

La existencia de estos instrumentos permite que cualquier vacío que pueda identificarse en los sistemas legales centroamericanos con relación al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, salvo el beliceño, quedaría resuelto por medio del control de convencionalidad, en tanto estos instrumentos internacionales son preeminentes frente a las leyes internas de estos Estados, incluyendo su Constitución. Esta preeminencia es particularmente cierta con relación a los instrumentos que conforman el «*corpus iuris interamericano*»⁴⁰³.

1.2. El Abordaje del Contenido de la Tutela Judicial Efectiva en las Normas y Jurisprudencia de la Región

119. La tutela judicial efectiva supone -en principio- la sujeción del solicitante y de los órganos jurisdiccionales a la ley, que en el caso de la tutela judicial del Derecho Privado, implicara la sumisión a la ley procesal civil. Está compuesta por cuatro grandes elementos, a saber: el libre acceso a los tribunales, la obtención de una resolución debidamente fundada y motivada por el órgano jurisdiccional, el derecho de las partes a recurrir las resoluciones judiciales, y el derecho a la ejecución de la sentencia. Pero además de estos elementos esenciales, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido y agregado a esta categoría jurídica, una serie de

⁴⁰³ Esta obligación internacional queda establecida en los Artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *Vid.* HITTERS, JUAN CARLOS. «Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)» en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 13, No. 1, 2015, pp. 124-128.

garantías de naturaleza procesal, que se han ido amalgamando dentro del concepto del «*Debido Proceso*».

1.2.1. El Libre Acceso a los Tribunales

120. El libre acceso a los tribunales se refiere a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales con el propósito específico que estos se pronuncien sobre la pretensión que formule la parte actora. Está determinado por el principio «*pro actione*», obligando a que se remuevan obstáculos formalistas innecesarios, e indicando que las leyes deben ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable para la iniciación del proceso. Este principio tiene una función seminal para la tutela judicial efectiva al permitir que cualquier facultad, derecho subjetivo o interés legítimo sea justiciable, convirtiéndose en la ara sobre el que se asienta este macro-derecho⁴⁰⁴.

En los ordenamientos jurídicos centroamericanos el libre acceso a los tribunales ha sido integrado de tres formas:

(1) Por medio de las normas constitucionales con un desarrollo posterior por la vía jurisprudencial, modelo utilizado en Guatemala, donde el Artículo 29 de la Constitución establece taxativamente este derecho, el que ha sido desarrollado posteriormente por la jurisprudencia. De acuerdo a la Corte Constitucional de dicho país, el acceso debe ser irrestricto⁴⁰⁵ y en condiciones de igualdad para que los peticionarios puedan interponer sus pretensiones en tiempo y forma⁴⁰⁶, con el objeto de solicitar de estos la reivindicación o tutela de derechos e intereses legítimos⁴⁰⁷. La Constitución beliceña también se refiere al derecho de acceso a los tribunales en la Sección 20 de la Constitución.

(2) Por las normas constitucionales con un desarrollo posterior por las normas procesales. En Honduras, Costa Rica y Panamá, se ha utilizado el segundo modelo, encontrándose inserta la figura en el texto constitucional, teniendo un desarrollo posterior en las normas procesales. Para el caso, en Honduras ha sido configurado en

⁴⁰⁴ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. Op. Cit., pp. 9-29.

⁴⁰⁵ Sentencia de la Corte Constitucional 4829-2011, del 12 de febrero de 2013.

⁴⁰⁶ Sentencia de la Corte Constitucional 3369-2009, del 10 de diciembre de 2009.

⁴⁰⁷ Sentencia de la Corte Constitucional 1143-2012, del 31 de enero de 2013.

el Artículo 82 de la norma constitucional, el cual establece que los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes. A esto el Artículo 1 del Código Procesal Civil ha agregado una prohibición al establecimiento de cualquier obstáculo de carácter social, político, económico, cultural o de otra índole, que impida o dificulte el acceso de cualesquiera persona a la justicia; y asigna al órgano jurisdiccional la obligación de asegurar dicho acceso.

En Costa Rica el Artículo 41 constitucional se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a acceder a la justicia, y que ésta se administre cumplida y prontamente. Igual que en Honduras, éste derecho será recogido posteriormente por el Código Procesal Civil en su Artículo 4. En Panamá, la Constitución de la República reconocía un deber general de tutela por parte del Estado. Es el Código Judicial el que lo establece en el Artículo 231, señalando que su propósito es que las personas intenten pretender la tutela de los derechos reconocidos por las leyes.

(3) Exclusivamente por la vía jurisprudencial, el cual ha sido utilizado en El Salvador y Nicaragua. La Corte Suprema de Justicia salvadoreña reconoce la posibilidad que tiene cualquier persona de acceder a los tribunales -entidades que se reconocen como los órganos estatales competentes para otorgar dicha tutela- a plantear las pretensiones procesales que considere necesarias para defender sus derechos o reclamar el restablecimiento de alguna vulneración a categorías fundamentales, con el objetivo de conseguir resoluciones motivadas y fundadas en Derecho que den eficacia a la esfera jurídica de la persona humana⁴⁰⁸.

Los aspectos esenciales del derecho al acceso a la jurisdicción han sido recogidos en la Sentencia 384-97 del 9 de febrero de 1999, en la que se incluyen: (a) el libre acceso al órgano judicial por las vías legalmente establecidas; (b) obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; (c) que en el proceso se conceda a las partes la posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que puedan defender sus derechos; y, (d) que el fallo pronunciado efectivamente se cumpla.

En el caso de Nicaragua, aunque bien es cierto si se incluye taxativamente el derecho a la tutela judicial efectiva en el texto constitucional, el constituyente obvió señalar que el acceso a la justicia es una de sus elementos. Sin embargo, la sala de lo

⁴⁰⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 384-97, del 9 de febrero de 1999, y Sentencia de la Sala de lo Constitucional 83-2006, del 25 de junio de 2009.

constitucional se ha referido a ello, y ha dicho que consiste en dar al afectado la posibilidad de una debida defensa por medio de una resolución, la que debe contener como garantías mínimas un juicio, seguido ante los Tribunales o Autoridades previamente establecidas, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho⁴⁰⁹.

1.2.2. La Obtención de una Resolución Debidamente Fundada y Motivada por el Órgano Jurisdiccional

121. La obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de emitir una resolución ha sido configurado en las normas constitucionales de todos los Estados centroamericanos. El Artículo 15 de la Constitución salvadoreña la impone al juez la obligación de decidir sobre las cuestiones debatidas en el proceso, prohibiéndole dejar de hacerlo, aplazar dicha decisión, dilatarla o negarla. El artículo 34 de la Constitución nicaragüense señala que toda persona tiene derecho que se le dicte sentencia motivada, razonada y fundada en Derecho dentro de los términos legales, en cada una de las instancias del recurso, proceso o procedimiento y que se ejecuten sin excepción, conforme a Derecho.

En las demás constituciones centroamericanas esta obligación se vinculará con el derecho de petición. El Artículo 41 de la Constitución panameña, el Artículo 28 de la Constitución guatemalteca y el Artículo 80 de la Constitución hondureña regulan conjuntamente los derechos de petición y a obtener una repuesta. Las constituciones hondureña y panameña indican que la resolución debe emitirse en el plazo legal, que en el caso panameño es de treinta días.

La guatemalteca exige que la resolución sea dictada conforme a ley y establece un plazo legal pero solamente para las resoluciones administrativas. En el Artículo 27 de la Constitución costarricense también se refiere al derecho de petición, el cual puede ser ejercido individual o colectivamente, y conlleva la obligación de la autoridad pública a responder prontamente. La Sección 20 de la Constitución beliceña establece el deber que tienen las autoridades judiciales de resolver lo referente a las violaciones de los derechos de los individuos.

⁴⁰⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 59, del 7 de mayo de 2004.

122. Sin embargo para que la tutela judicial sea verdaderamente efectiva, no basta con que los órganos jurisdiccionales estén obligados a emitir resoluciones en los procesos que son incoados. Para esto se requiere que en las resoluciones que estos emitan concurren ciertos presupuestos o requisitos procesales⁴¹⁰. Es imperativo entonces, que los tribunales a los que se accede, se caractericen por la independencia e imparcialidad de sus jueces. Para poder emitir estas resoluciones, el órgano jurisdiccional debe tener a su disposición todos los elementos de juicio, así como la posibilidad de haberlos analizado con conciencia crítica. Sólo es posible obtener esos elementos de juicio en la medida que el derecho de defensa sea garantizado a las partes en el contradictorio.

123. Es por eso que para emitir estas resoluciones, los requisitos que se le impone normalmente al órgano jurisdiccional son:

(1) «*Congruencia*», implicando que lo resuelto debe coincidir con las pretensiones alegadas por las partes en el juicio⁴¹¹;

(2) «*Exhaustividad*», que supone que el órgano jurisdiccional se debe pronunciar sobre todos los extremos que han sido objeto de debate⁴¹²; y,

(3) Que la resolución sea dictada de acuerdo al sistema de fuentes establecido en el ordenamiento jurídico, y no según el leal saber y entender del juez⁴¹³.

Reconocer este derecho condicionado de esta manera tiene como propósito que los interesados puedan entender cuál es el proceso crítico que ha seguido el tribunal que ha de decidir sobre sus pretensiones, para tomar la decisión que les afecta o beneficia.

La Corte Suprema de Justicia salvadoreña se ha referido a la característica de la «*congruencia*», y ha manifestado en la Sentencia 449-2005 del 8 de febrero de 2008, que por su medio se busca que las resoluciones judiciales guarden una identidad jurídica entre lo resuelto por el juez y las peticiones planteadas por las partes en el proceso. Es decir, su función es delimitar el contenido de las resoluciones que deben proferirse, apegándose al sentido y alcance de las solicitudes formuladas por los involucrados en el proceso.

⁴¹⁰ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 218.

⁴¹¹ AA.VV. *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*. Barcelona, 2008, pp. 129-131.

⁴¹² MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 218.

⁴¹³ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. Op. Cit, p. 32.

Capítulo 2

A lo anterior se puede agregar, tal como lo ha establecido el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, que esta congruencia constituye uno de los pilares de la garantía del debido proceso⁴¹⁴. De manera similar ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia hondureña, la que ha señalado en Sentencia CA-188-10, del 20 de marzo de 2012, que las sentencias deben ser congruentes no sólo con la demanda, sino que con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se decidan todos los puntos litigiosos que son objeto del debate.

Esta última afirmación conecta con la idea de la «*exhaustividad*». El mecanismo que usualmente está a la disposición de los órganos jurisdiccionales para demostrar que han sido exhaustivos en su análisis de la prueba aportada, es la motivación. El Artículo 3 del Código Procesal Civil hondureño señala que las partes procesales tienen derecho a que el órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial, dicte una resolución de fondo justa y motivada. Para AGÜERO et al., la obligación impuesta al órgano jurisdiccional no supone conceder lo pretendido por el solicitante⁴¹⁵. Empero, el deber de motivación obliga al juzgador a asegurarse que el ciudadano entienda y comprenda el razonamiento de su decisión⁴¹⁶. A similares conclusiones ha llegado la jurisprudencia constitucional guatemalteca⁴¹⁷.

124. La Corte Suprema de Justicia salvadoreña ha reflexionado sobre la utilidad de este mecanismo. Según la sentencia 20-2000, del 23 de febrero de 2000, la motivación pretende lograr que el juez exponga las razones que llevan a resolver objetivamente, en determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables de dicho razonamiento. Sin embargo, aunque para la Corte Suprema de Justicia hondureña, de acuerdo a la Sentencia CA-188-10 arriba referida, motivar fundadamente las decisiones judiciales también supone la justificación de la parte dispositiva, el juez lo que debe demostrar es que su decisión se ajusta a la ley. Es así

⁴¹⁴ Vid. Sentencia del Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial 95AMP2-034, del 29 de junio de 1995.

⁴¹⁵ AGÜERO, ALEXIS; MEZA, MARÍA DEL SOL. «Título Preliminar. Principios», en CARRERAS MARAÑA, JUAN MIGUEL (Coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, Tegucigalpa, Corte Suprema de Justicia, 2008, pp. 9-13.

⁴¹⁶ FEDERACIÓN DE ORGANIZACIONES PRIVADAS DE DESARROLLO DE HONDURAS. *Una aproximación introductoria al nuevo Código Procesal Civil de Honduras*. Tegucigalpa, 2006, pp.10.

⁴¹⁷ Vid. Sentencia de la Corte Constitucional 2507-2011, del 11 de abril de 2011.

como el Supremo vincula la motivación de las resoluciones con los principios del Estado democrático de Derecho y de la legitimidad de la función jurisdiccional⁴¹⁸.

Esta opinión de la jurisprudencia hondureña relaciona a la motivación con el tercero de los requisitos propuestos, al permitir que el órgano jurisdiccional demuestre a los justiciables que la resolución emitida ha sido dictada de acuerdo al sistema de fuentes establecido en el ordenamiento jurídico. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha dicho al respecto que el peticionario de tutela debe tener asegurada la obtención de una resolución que debe estar fundamentada en Derecho⁴¹⁹. Dicho apego a la norma implica que lo resuelto esté dentro de los parámetros y supuestos instituidos en la Ley, según las circunstancias establecidas y demostradas por las partes⁴²⁰. En algunos casos y dependiendo de la naturaleza de la pretensión, no dictar una resolución en estos términos, podría suponer incluso una violación al derecho de defensa⁴²¹.

125. Puede agregarse a lo anterior, tal como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia salvadoreña en Sentencia 348-2004, del 2 de octubre de 2009, que este principio es una respuesta al derecho de petición, y que va de la mano con el principio de la intervención oportuna del Estado, entendido como la eficacia de la justicia por medio de la respuesta en tiempo del órgano jurisdiccional para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones. La Sala de lo Constitucional costarricense también ha señalado en Sentencia No. 4229-98, del 17 de julio de 1998 que, ante una petición de esta naturaleza corresponde una respuesta formal, excluyendo de esa posibilidad al silencio negativo. Esta respuesta debe ser en tiempo y debe ser comunicada al peticionario, pues tiene derecho a exigir, no que se dé una respuesta, sino que se le dé, a él, una respuesta.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nicaragüense ha señalado en Sentencia No. 107, del 12 de junio de 2001, que la garantía mínima de que se dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso, no tiene un significado puramente temporal, sino que supone que ésta sea motivada y congruente, porque de no ser así, la resolución de vuelve arbitraria deviniendo en indefensión.

⁴¹⁸ *Vid.* Sentencia CL-390-11, del 8 de octubre de 2013.

⁴¹⁹ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 4023-2008, del 19 de marzo de 2009.

⁴²⁰ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1969-2004, del 9 de diciembre de 2004.

⁴²¹ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 2505-2010, del 3 de febrero de 2011.

1.2.3. El derecho de las partes a recurrir las resoluciones judiciales

126. El tercer elemento es el derecho de las partes a recurrir las resoluciones judiciales, derecho que supone la posibilidad de continuar debatiendo sobre el fondo y la forma del asunto en tanto el proceso lo permita. Debe entenderse, por un lado, que el alcance de este derecho se restringe a la configuración legal de los recursos, pues es prerrogativa del legislador establecerlos o no; y por otro, que las causas de admisión de los recursos deben interpretarse de la forma más favorable para el recurrente⁴²². Este derecho a recurrir no es ilimitado, en algún momento deberá ponerse fin al debate entre las partes, por lo que, cuando las sentencias se vuelven firmes, estas ya no pueden ser recurridas.

El reconocimiento de este derecho en la región centroamericana ha seguido dos caminos: su inclusión en los textos constitucionales, y su desarrollo por la vía jurisprudencial. La primera de estas posibilidades se refleja en la Constitución nicaragüense cuando en su Artículo 34.9 reconoce el derecho de las personas a recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito o falta. También es posible encontrar referencia a este derecho en la Sección 20 de la Constitución beliceña. La Constitución hondureña, por su parte, reconoce en su Artículo 183 el derecho que tiene toda persona agraviada a interponer el recurso de amparo para que la Corte Suprema de Justicia, para que esta declare en casos concretos que una resolución judicial no obliga al recurrente, ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos constitucionalmente.

127. El desarrollo por la vía jurisprudencial del derecho de las partes a recurrir las resoluciones judiciales ha sido patentizado en Guatemala, Costa Rica, Honduras, Panamá y El Salvador. En Guatemala y Costa Rica se ha reconocido que el derecho de las personas a recurrir las resoluciones judiciales es una de las garantías incluidas en el «*Debido Proceso*»⁴²³.

⁴²² AA.VV. *Constitución y justicia constitucional...* Op. Cit., pp. 129-131.

⁴²³ *Vid.* Guatemala, Sentencia de la Corte Constitucional 3152-2008, del 7 de noviembre de 2008; y, Costa Rica Sentencia de la Sala Constitucional 15-90, del 5 de enero de 1990.

En el caso de Guatemala esto es así porque la posibilidad de impugnar permitida por la ley dan contenido al derecho de defensa, junto con la posibilidad de hacer valer otros medios de defensa disponibles⁴²⁴. En el caso de que las peticiones presentadas no sean resueltas, o siendo resueltas, no se apeguen a derecho, o se haya inobservado el derecho de defensa y el debido proceso, el mecanismo que tiene a su disposición los peticionarios para forzar al Estado a cumplir con el deber de garantizar la tutela judicial efectiva es el amparo⁴²⁵.

En Honduras, La Corte Suprema de Justicia a señalado que el reconocimiento del derecho a recurrir un fallo ante un Tribunal Superior se desprende de las obligaciones internacionales adquiridas por Honduras, específicamente al acatamiento de lo dispuesto al respecto en el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, evidenciando así la operatividad del control de convencionalidad comentado al principio de este capítulo⁴²⁶.

En el caso salvadoreño, la Corte Suprema de Justicia lo ha vinculado con el derecho a la protección jurisdiccional, que como se ha comentado ya es equivalente a la Tutela Judicial Efectiva, siendo fundamental para la seguridad jurídica⁴²⁷. Además, ha señalado en Sentencia No. 15C2015, del 16 de marzo de 2015, que la eficacia del derecho a recurrir se manifiesta en la obtención de un pronunciamiento debidamente fundamentado sobre el fondo de la pretensión impugnativa, requiriendo del juez una interpretación teleológica de las formas procesales de tal manera que estas no obstaculicen el examen del fondo que es pretendido por el recurrente⁴²⁸.

Esta protección constitucional también se materializa por la vía del proceso de amparo. De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, éste ha sido incorporado en la Constitución precisamente para brindar una tutela reforzada, eficaz y dinámica de los derechos de rango constitucional de las personas, cuando fallan los mecanismos ordinarios de protección⁴²⁹.

1.2.4. El derecho a la ejecución de la sentencia

⁴²⁴ *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional 1969-2004, del 9 de diciembre de 2004.

⁴²⁵ *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional 528-2009, del 19 de mayo de 2009.

⁴²⁶ *Vid.* Sentencia CP-187-11, del 15 de abril de 2013.

⁴²⁷ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 5-2012AC, del 9 de julio de 2014.

⁴²⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Penal 15C2015, del 16 de marzo de 2015.

⁴²⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 631-2000, del 23 de abril de 2002.

128. El derecho a la ejecución de la sentencia es el cuarto elemento. Con él se pretende que cuando la parte condenada a reponer el derecho que le ha sido vejado a la parte ganadora por la resolución judicial no cumple voluntariamente con la condena, ésta pueda ser obligada a hacerlo. La sentencia debe –además– ser cumplida de acuerdo a los términos en que fue dictada, aún y cuando la ejecución no sea voluntaria⁴³⁰. De ahí que, los instrumentos procesales disponibles para asegurar el cumplimiento de la sentencia, tales como las medidas cautelares, también deben ser entendidas como manifestaciones específicas de la tutela judicial efectiva⁴³¹. Con esto a concordado la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña, la que además ha señalado que las medidas que se adopten como parte de dicha tutela cautelar deben ser proporcionales, adecuadas, y deben perseguir un objetivo legítimo⁴³².

Igual que con los demás elementos que conforman la tutela judicial efectiva, el derecho a la ejecución de la sentencia se encontrará incorporado en los ordenamientos jurídicos centroamericanos por las mismas dos vías, salvo algunas excepciones. En algunos casos esta incorporación será normativa, y otros casos, cuando los legisladores han obviado incorporarlo taxativamente, este elemento aparecerá reconocido y desarrollado en la jurisprudencia.

129. El Artículo 34 de la Constitución nicaragüense señala que las personas tienen derecho no sólo a que se dicte sentencia motivada, razonada y fundada en Derecho dentro de los términos legales, sino que esta se ejecute sin excepción, también conforme a la ley. Este derecho será posteriormente desarrollado por el Código Procesal Civil nicaragüense, cuando en el Artículo 8 vincula la tutela judicial efectiva con la obtención y efectivo cumplimiento de una sentencia que, sea emitida por juzgados o tribunales, en la que concurren todos los presupuestos procesales, que sea razonada, motivada y fundamentada, y en la que se resuelvan las pretensiones debatidas en juicio.

La Constitución guatemalteca le asigna en su Artículo 203 la función de ejecutar al organismo judicial, pero no hace referencia ninguna a la ejecución como un derecho. La Constitución salvadoreña, por su parte, también hace esta asignación en el Artículo 172, sin embargo, a diferencia del caso guatemalteco, la jurisprudencia

⁴³⁰ AA.VV. *Constitución y justicia constitucional...* Op. Cit., pp. 129-131.

⁴³¹ *Ibidem.*, p. 243.

⁴³² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 737-2001, del 4 de junio de 2002.

salvadoreña si la ha abordado como un derecho. Esta concuerda con la posición aquí argumentada de ver en el derecho a la ejecución de las sentencia judiciales, un elemento de la protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva⁴³³. Este derecho ha sido tratado en la Sentencia 130-2007, del 13 de enero de 2010⁴³⁴. En ella se indica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional no se agota con la decisión definitiva del proceso, sino que se extiende a la actividad de hacer ejecutar lo juzgado.

El Artículo 304 de la Constitución hondureña le asigna esta función a los órganos jurisdiccionales, y de acuerdo a la jurisprudencia esta función es forzosa y exclusiva⁴³⁵. La jurisprudencia también señala que la ejecución de la sentencia está delimitada por el respeto a la cosa juzgada, de tal forma que en la ejecución del fallo se hagan declaraciones que lo modifiquen o alteren⁴³⁶. Pero igual que sucede en el caso guatemalteco tampoco hay ninguna referencia a este elemento como un derecho.

La jurisprudencia costarricense lo ha vinculado más bien con el principio del debido proceso, entendiéndolo como uno de los mecanismos procesales que se desprenden de dicho principio, y necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, la que implica no sólo conocer y resolver las causas que le son sometidas, sino que también ejecutar lo juzgado⁴³⁷. Similar ha sido el abordaje de la jurisprudencia panameña, la que también lo ha vinculado con este principio, imponiéndosele por esta vía dos condiciones: que dicha resolución se encuentre debidamente ejecutoriada, y que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos⁴³⁸.

1.2.5. El Debido Proceso

130. El Artículo 24 de la Constitución española establece una serie de derechos que acompañan a la tutela judicial efectiva, incluyendo el de tener un juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público

⁴³³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 40-2009, del 12 de noviembre de 2010.

⁴³⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 130-2007, del 13 de enero de 2010.

⁴³⁵ *Vid.* Sentencia SJCSJ-RI0162, del 7 de agosto de 2007.

⁴³⁶ *Vid.* Sentencia 286-99 del 5 de octubre de 1999.

⁴³⁷ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 01759 del 23 de febrero de 2000.

⁴³⁸ *Vid.* Resolución DPR-425-98, del 15 de abril de 1999.

sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional Español, en Sentencia del 116/1986, de 8 de octubre⁴³⁹, al respecto ha dicho que la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva es posible, sólo en la medida que se respeten íntegramente los cauces legales que recién se ha señalado.

Es decir, los cuatro elementos que se ha dicho aquí forman parte de la tutela judicial efectiva, no pueden por sí mismos llenar de contenido a esta categoría jurídica. Es necesario entonces, echar mano de un conjunto de principios, garantías procesales, o derechos, que informan la totalidad del proceso y que conforman la noción del debido proceso⁴⁴⁰. De estos principios se derivarán todas las institucionales procesales, en tanto constituyen imperativos inestimables y sirven como herramientas de interpretación legal⁴⁴¹.

131. El artículo 34 de la Constitución nicaragüense coincide plenamente con esta interpretación, y señala que las personas tienen derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, y establece las garantías mínimas que los conforman: la presunción de inocencia, la justicia pronta, el juez legal, el derecho a la defensa, la motivación razonamiento y fundamentación de las sentencias, el derecho a recurrir, la prohibición del doble juzgamiento, el principio de legalidad en el proceso. Los juzgados y tribunales tienen la obligación legal de observarlo en todas sus actuaciones, y de brindar las garantías necesarias a las partes para que puedan defender sus derechos⁴⁴².

En Belice, el debido proceso también se ha equiparado con la protección legal o tutela judicial efectiva⁴⁴³, la cual está regulada en la Sección 6 de la Constitución. Interesante es señalar la visión integral con la que a jurisprudencia beliceña aborda este derecho, tal como se desprende de la Sentencia de Apelación Civil No. 29 de 2008 dictada por la Corte de Apelaciones donde se ha citado a *Lord Brown*, quien

⁴³⁹ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1986, del 8 de octubre.

⁴⁴⁰ Vale señalar que si bien es cierto la doctrina reconoce que el debido proceso es un elemento que forma parte de la tutela judicial efectiva, posición que se mantiene en este trabajo, esta posición no es asumida plena e incuestionadamente. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la jurisprudencia panameña, la que considera que la tutela judicial efectiva forma parte del debido proceso y no a la inversa, tal como consta en la Resolución DPR-425-98, del 15 de abril de 1999 de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁴¹ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Op. Cit.*, p. 18.

⁴⁴² Artículo 6 del Código Procesal Civil Nicaragüense.

⁴⁴³ *Vid.* Civil Appeal No. 29 of 2008, RBTT Trust Limited v. Cedric Flowers.

previamente, en una sentencia del 2005, había afirmado que el derecho al debido proceso no es una parte o un elemento del sistema jurídico, sino que es el sistema legal mismo.

La Carta Magna Panameña reconoce al debido proceso como una garantía constitucional en su Artículo 32, y establece que «*nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, política o disciplinaria*». El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de este país se ha referido a la violación de este derecho y sostiene que sólo puede ocurrir cuando se desconoce o no se permite que se lleve a cabo trámites que son esenciales para el proceso, lo que conlleva indefensión⁴⁴⁴, o, cuando se cometen errores *in procedendo* graves⁴⁴⁵.

132. La Constitución guatemalteca no se refiere a taxativamente a este derecho, sin embargo, bajo el techo del derecho de defensa enumera varias de estas garantías, dejándolo así establecido en el Artículo 12. Las garantías han sido complementadas con otros elementos propuestos por la Ley del Organismo Judicial de ese país⁴⁴⁶, tales como la inviolabilidad de la defensa, la prohibición de ser juzgado por tribunales especiales, el derecho de audiencia, el derecho a un juez competente, el derecho a un proceso legal, la observancia de formalidades y garantías. Hay que agregar que la Corte Constitucional guatemalteca ha hecho una contribución importante al decir que por debido proceso formal o procesal debe considerarse al conjunto de condiciones que son necesarias para asegurar el derecho de defensa⁴⁴⁷, además de obtener una decisión judicial dictada conforme a derecho que determine la viabilidad o inviabilidad de la pretensión deducida⁴⁴⁸.

En Honduras, tampoco es la Constitución, sino que son las leyes procesales las que introducen este principio. El Código Procesal Civil en su Artículo 3, señala que las partes tienen derecho a que el proceso se desarrolle por los trámites previstos legalmente, a que se respeten los derechos procesales establecidos en la Constitución de la República y en las leyes ordinarias en condiciones de igualdad y sin dilaciones,

⁴⁴⁴ *Vid.* Sentencia sobre Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, del 13 de septiembre de 1996.

⁴⁴⁵ *Vid.* Sentencia sobre Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, del 19 de enero de 1995.

⁴⁴⁶ *Vid.* Decreto 2-89 del 28 de marzo de 1989, Ley del Organismo Judicial, publicado en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 1990.

⁴⁴⁷ *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional 4245-2011, del 31 de enero de 2012.

⁴⁴⁸ *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional 1143-2012, del 31 de enero de 2013.

y a que se dicte por órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial, una resolución de fondo justa y motivada. Esta referencia a los derechos procesales constitucionales pareciera significar que el legislador equipara el debido proceso con la tutela judicial efectiva.

El análisis jurisprudencial ha considerado además que el acceso a los tribunales, a la justicia gratuita, al juez predeterminado por la ley, a la defensa, a la imparcialidad del juez, a la igualdad de armas procesales, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a un proceso público sin dilaciones indebidas, el derecho a obtener una respuesta motivada de sus pretensiones, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, etc. forman parte de este constructo⁴⁴⁹.

133. Ahora, en los ordenamientos jurídicos donde el debido proceso no ha sido tratado normativamente, la jurisprudencia se ha encargado de ahondar en el concepto. Para el caso, la Corte Suprema de Justicia salvadoreña no sólo reconoce en éste uno de los elementos de la protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva⁴⁵⁰, sino que lo define como el conjunto de garantías mínimas aplicables en resguardo de la seguridad jurídica, la legalidad y la defensa de las partes, así como la facultad de intervención de los sujetos legitimados para proteger sus intereses, incluyendo el derecho a ser oído, a la valoración de los alegatos y las pruebas que presenten, y el derecho a obtener una decisión justa emanada del órgano jurisdiccional competente⁴⁵¹.

La Sala de lo Constitucional de Costa Rica lo ha vinculado con el derecho de defensa señalándolo como el elemento esencial del debido proceso⁴⁵², llegando incluso a manifestar que en realidad, el derecho de defensa comprende en sí mismo al debido proceso⁴⁵³. También lo ha vinculado con el derecho al acceso a la justicia y que ésta se administre cumplida y prontamente, y lo ha definido como un conjunto de

⁴⁴⁹ Vid. Sentencia SJCSJ-AP1150, del 14 de mayo de 2008.

⁴⁵⁰ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 40-2009, del 12 de noviembre de 2010.

⁴⁵¹ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 345-2013, del 7 de agosto de 2013.

⁴⁵² Vid. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 01739, del 1 de julio de 1992.

⁴⁵³ Por su parte, el debido proceso ha sido sintetizado por la Sala de lo Constitucional como: «a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada». Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 15, del 5 de enero de 1990.

mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado⁴⁵⁴. Esta Sala no se ha limitado a manifestar esta visión instrumentalista del debido proceso, sino que también le ha otorgado un cariz finalista, al señalar que éste envuelve el desarrollo progresivo de todos los derechos fundamentales de carácter procesal⁴⁵⁵.

Las similitudes y diferencias señaladas en la forma en la que los ordenamientos jurídicos centroamericanos abordan este tema, exige que se ahonde en algunas de las categorías que la doctrina reconoce como elementos que confirman el debido proceso. De tal forma que pueda ser posible entender a mayor detalle cómo es que estos han sido adoptados y desarrollados en cada uno de los Estados centroamericanos.

1.2.5.1. El Derecho a Someterse a un Juez Legal o Natural

134. Al primer elemento al que se hará referencia es al de someterse a un juez legal, suponiendo que los procesos no podrán ser conocidos por un juez cualquiera, mucho menos uno que haya sido nombrado *ad hoc* o *ex post*, tal como lo indica la Constitución costarricense. La Constitución salvadoreña, además, exige que dicho juez haya sido establecido previamente. La Constitución guatemalteca no sólo requiere esto mismo, sino que prohíbe que hayan juicios conducidos por tribunales especiales o secretos, de forma similar a la Constitución nicaragüense, la que manda que nadie sea sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción. Igual es el caso con la Sección 6 de la Constitución beliceña, para la que el tribunal tiene que ser establecido por la ley, pero además debe ser independiente e imparcial.

Precisamente para evitar lo anterior, las leyes procesales deberán regular lo relativo a la competencia judicial, así como contener normas que permitan la recusación de los jueces cuando no sean idóneos, y la imparcialidad de sus actos sea cuestionada⁴⁵⁶. Justamente esta es la fórmula escogida por los constituyentes hondureño, nicaragüense y panameño, quienes establecen que nadie puede ser

⁴⁵⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 15, del 5 de enero de 1990.

⁴⁵⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1562, del 30 de marzo de 1993.

⁴⁵⁶ PORTA CALDERA, MIGUEL. *Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva*. Noticias Jurídicas, 2000.

juzgado sino por juez o tribunal competente⁴⁵⁷. Lo anterior será complementado por la jurisprudencia de tal forma que la competencia determinará la legitimidad del juez, de acuerdo a la Corte Suprema hondureña⁴⁵⁸. Por su parte, la Sala de lo Constitucional nicaragüense ha considerado que ésta es una garantía que está contenida dentro del derecho de audiencia que será tratado a continuación⁴⁵⁹.

1.2.5.2. El Derecho de Audiencia

135. De acuerdo a GONZÁLEZ CLAVIJO, la audiencia bilateral impuesta por el debido proceso ha sido históricamente una aspiración política, que puede además ser justificada técnicamente⁴⁶⁰. Este derecho supone la posibilidad real que tienen las partes litigantes de ser oídas en el desarrollo del juicio, y de conocer los hechos y derechos sobre los que al final se fundamentará la resolución judicial.

La Sala de lo Constitucional salvadoreña ha dicho que el derecho de audiencia se concibió originalmente para garantizar la libertad como concreción del individualismo, y se caracteriza por ser tener contenido procesal, instituido como protección efectiva de todos los demás derechos de los gobernados, consagrados o no en la misma Constitución, al estar indiscutiblemente relacionado con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles⁴⁶¹.

Esta misma Sala ha equiparado anteriormente el derecho de audiencia con el derecho al debido proceso, sin embargo, en épocas más recientes, más bien ha reconocido la autonomía entre estos dos derechos, de tal forma que el debido proceso pasó a ser una categoría omnicomprendiva, mientras que al de audiencia le ha otorgado un contenido más específico. De tal forma que para esta Sala, el derecho de audiencia no sólo se traduce en la exigencia de que se le conceda la posibilidad real a todos los intervinientes de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia, adaptándose a la naturaleza de sus pretensiones, sino que

⁴⁵⁷ Honduras, Artículo 90; Nicaragua, Artículo 34; Panamá, Artículo 32.

⁴⁵⁸ *Vid.* Sentencia AP-469-08, del 19 de agosto de 2009.

⁴⁵⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 59, del 7 de mayo de 2004.

⁴⁶⁰ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Op. Cit.*, pp. 18-46.

⁴⁶¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 6-S-1995, del 10 de diciembre de 1997.

además, se cumplan todas las formalidades esenciales que aseguren la efectividad de este derecho⁴⁶².

La jurisprudencia salvadoreña también ha vinculado el derecho de audiencia con el de defensa, señalando que el primero se violenta cuando no se ha tenido la oportunidad real de defenderse, privándose a un particular de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades procesales y procedimentales esenciales⁴⁶³. De manera similar lo ha hecho la Sala de lo Constitucional costarricense, estableciendo que el derecho de audiencia no sólo que supone el derecho a ser oído, sino que a tener la oportunidad para presentar argumentos y producir pruebas que de acuerdo al interesado sean pertinentes⁴⁶⁴.

136. Si bien es cierto la Constitución nicaragüense no hace mención taxativa del principio de audiencia, la Sala de lo Constitucional sí se ha referido a él de forma parecida, dándole una significativa amplitud, y ha dicho que consiste, entre otras cosas, en dar al afectado con la resolución la posibilidad de una debida defensa, a través de la garantía mínima de un juicio seguido ante los tribunales o autoridades previamente establecidas, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho⁴⁶⁵. Además, esta Sala le ha otorgado un carácter finalista, ya que ha dejado en claro que, garantías constitucionales tales como el derecho a la defensa, al juez legal, a la prueba y presunción de inocencia, se estimaran cumplidas sólo cuando se posibilite el principio de audiencia al interesado⁴⁶⁶.

En el caso guatemalteco, la integración del derecho de audiencia al concepto del debido proceso ha sido logrado por el legislador en la Ley del Organismo Judicial, pero ha sido la jurisprudencia la que la ha vinculado con otro derecho, el de contradicción. Ha señalado la Corte que el derecho de audiencia consiste precisamente en permitir a las partes contendientes ventilar la contradicción en el juicio⁴⁶⁷.

En las Constituciones beliceña, hondureña y salvadoreña que sí incluyen el derecho de audiencia, este se ha abordado desde una perspectiva penal, señalando que

⁴⁶² *Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional 84-2006, del 20 de enero de 2009.

⁴⁶³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 9-R-96, del 24 de septiembre de 1997.

⁴⁶⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 15 del 5, del enero de 1990.

⁴⁶⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 59, del 7 de mayo de 2004.

⁴⁶⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 138, del 22 de noviembre de 2004.

⁴⁶⁷ *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional 3152-2008, del 7 de noviembre de 2008.

a nadie se le puede imponer penas sin haber sido oídos y vencidos en juicio. La Constitución beliceña que también hace referencia a este derecho desde esta misma perspectiva, señala que si alguna persona es imputada con la comisión de un delito, el caso ha de prestarse a una audiencia justa, dentro de un período razonable de tiempo, por un tribunal establecido legalmente, independiente e imparcial. Esta audiencia, empero, no es obligatoriamente oral, pues de acuerdo al *Privy Council*, en el contexto del «*Common Law*», el concepto de justicia no está determinado por la oralidad, ni la exige⁴⁶⁸.

1.2.5.3. El Derecho de Defensa

137. A los derechos anteriores también se puede agregar el de defensa, el cual implica que las partes tienen la posibilidad de defender sus derechos al participar de todas las etapas del proceso, exponiendo libremente sus argumentos⁴⁶⁹, y como lo señala la jurisprudencia panameña, trayendo al proceso los elementos demostrativos o probatorios que confirmen sus pretensiones⁴⁷⁰. Ha dicho la Sala Constitucional salvadoreña que este derecho permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro del proceso⁴⁷¹. El Artículo 12 de la Constitución guatemalteca, así como el 82 de la Constitución hondureña, declaran que este derecho es inviolable.

En Guatemala, se ha diferenciado por la vía jurisprudencial entre un derecho de defensa formal, que implica un simple acceso a los órganos jurisdiccionales y la posibilidad de hacer valer los medios de defensa y de impugnación permitidos por la ley, y la defensa integral, refiriéndose a la real, efectiva y verdadera obtención de justicia⁴⁷².

También es importante señalar que en Honduras, la jurisprudencia vincula indefectiblemente este derecho con el debido proceso, sin embargo de manera inversa a como se plantea en este trabajo, pues para la Corte Suprema de Justicia, la instrumentalización del debido proceso es lo que garantiza el derecho de defensa⁴⁷³.

⁴⁶⁸ *Vid.* Privy Council Appeal No. 9 of 2003, *Meerabux v. The Attorney General of Belize*.

⁴⁶⁹ PORTA CALDERA, MIGUEL. *Op. Cit.*

⁴⁷⁰ *Vid.* Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia 1001-10, del 29 de marzo de 2011.

⁴⁷¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 549-98, del 21 de enero de 1999.

⁴⁷² *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1969-2004, del 9 de diciembre de 2004.

⁴⁷³ *Vid.* Sentencias CP-185-09 del 27, del abril de 2011.

En Costa Rica, si bien es cierto el derecho de defensa es planteado en la Constitución desde la perspectiva del Derecho Penal, tal como lo refleja el Artículo 39.

Sin embargo, una visión más amplia de este derecho ha sido establecida por la Sala de lo Constitucional, la que no sólo ha considerado que el antedicho derecho es el elemento esencial del debido proceso⁴⁷⁴, sino que igual que en Honduras, ha llegado a manifestar que el derecho de defensa comprende en sí mismo al debido proceso⁴⁷⁵. Lo anterior hace suponer que el concepto de debido proceso que utilizan estos Tribunales Supremos es uno formal y no uno integral como el que se pretende lograr aquí.

La Constitución beliceña también se refiere al Derecho de defensa desde la perspectiva penal en su Sección 6, y exige que a toda persona que sea imputada con la comisión de un delito se le otorgue tiempo y facilidades suficientes para la preparación de su defensa. Por su parte, la Constitución nicaragüense, cuando se refiere en el Artículo 34 a la defensa como uno de las garantías que conforma al debido proceso, señala que para que esta se lleve a cabo de manera adecuada, la intervención de la parte procesal debe posibilitarse desde el inicio del proceso, y supone además disponer del tiempo y de los medios adecuados para dicha defensa.

1.2.5.4. El Derecho a ser Asistido por un Letrado

138. El derecho a la asistencia de un letrado tiene como finalidad asegurar una mínima igualdad entre las partes, por medio de el servicio que el Abogado pone a disposición del litigante⁴⁷⁶. La jurisprudencia costarricense ha abordado este derecho de manera general, incluyendo no sólo la asistencia de abogados, sino que de técnicos

⁴⁷⁴ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 01739, del 1 de julio de 1992.

⁴⁷⁵ Por su parte, el debido proceso ha sido sintetizado por la Sala de lo Constitucional como: «a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada». Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 15, del 5 de enero de 1990.

⁴⁷⁶ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. Op. Cit., p. 31.

y de otro personal calificado⁴⁷⁷. La única excepción a este derecho de asistencia en Costa Rica está contenido en el Artículo 20 del Código Procesal Civil, eximiendo a los profesionales del Derecho de dicha asistencia. Las Constituciones guatemalteca y panameña también ofrecen una visión amplia, pues la asistencia de un Abogado es un derecho que abarca no sólo a las diligencias judiciales sino que a las policiales.

En otras partes de la región el reconocimiento de este derecho importa obligaciones para el Estado que normalmente están conectadas con la capacidad legal o la situación económica del litigante. En el caso de la Constitución nicaragüense –por ejemplo- se reconoce el derecho que tienen las personas a que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. Utilizando una fórmula similar, la Constitución hondureña ordena al Estado nombrar defensores para los pobres, y para que velen por los menores e incapaces.

La Constitución salvadoreña garantiza al detenido la asistencia de defensor, pero además, asigna esta responsabilidad al Procurador General de la República, en el caso de los menores e incapaces, y de las personas de escasos recursos económicos. Para estos últimos menciona específicamente la representación judicial en la defensa de su libertad individual y sus derechos laborales.

La forma en la que la Sección 6 de la Constitución beliceña aborda este tema es diferente a la de los demás Estados centroamericanos, pues aquí a los individuos se les permite defenderse a si mismo en persona, o en su defecto, la defensa puede ser llevada por el practicante legal de su elección, correspondiéndole a el mismo sufragar el costo. Aunque vale decir que, el *Privy Council Appeal* No. 9 de la Corte de Apelaciones de Belice, del 23 de marzo de 2005, si reconoce el derecho a tener asesoría de un letrado durante todo el proceso.

1.2.5.5. El Derecho a ser Notificado

139. El derecho a ser notificado supone la existencia de prácticas procesales que pongan el máximo cuidado en la forma en la que la noticia del proceso llega a los justiciables⁴⁷⁸. FEULLADE reconoce en este derecho tres funciones: de información, en

⁴⁷⁷ Sentencia de la Sala de lo Constitucional 15 del 5 de enero de 1990.

⁴⁷⁸ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. Op. Cit., p. 45.

tanto asegura la obtención de conocimiento por parte del destinatario; de advertencia, pues permite que el notificado adquiera conciencia del significado jurídicos y posibles consecuencias del acto notificado; y, de prueba, pues permite dejar constancia de la comunicación que se llevó a cabo⁴⁷⁹. De acuerdo a ARMENTA DEU, su relevancia deviene de la forma en que incide en el derecho de defensa⁴⁸⁰.

Las Constituciones hondureña, salvadoreña, nicaragüense y beliceña se refieren a éste señalando que las personas tiene derecho a que se les notifique o informe de los cargos en su contra. En Honduras y Panamá, el deber de notificación incluye informarle al detenido de sus derechos. En Honduras además, se incluye el deber de informar a alguno de sus parientes. En El Salvador y Panamá se exige que el medio utilizado sea inmediato y comprensible para el detenido. En el caso beliceño, dicho derecho incluye información sobre el lugar, fecha y hora del juicio, de tal forma que tengan oportunidad razonable para poder apersonarse frente al tribunal. Sin embargo, la versión nicaragüense es la más amplia, pues no sólo implica que el detenido sea informado sin demora, sino que de manera detallada, y le da a él el derecho de informar a sus familiares.

Es obvio que en todos los casos anteriores, el derecho a ser notificado es visto desde una perspectiva puramente penal. El único caso diferente es el de la Constitución guatemalteca, la que aborda el derecho de la notificación desde tres perspectivas diferentes: penal, administrativa y política⁴⁸¹. En las tres, la característica esencial de este derecho es la rapidez de la comunicación, independientemente del medio que se utilice. Es más, la jurisprudencia guatemalteca ha vinculado la notificación con el derecho de defensa contenido en el Artículo 12 constitucional⁴⁸².

140. Este vínculo también ha sido la posición asumida por la jurisprudencia hondureña, panameña, costarricense y salvadoreña. La Corte Suprema de Justicia en Honduras, ha señalado que este mecanismo de comunicación no es un simple formalismo procesal, sino que le ha asignado una función tutelar con relación al debido proceso, particularmente con el derecho de defensa⁴⁸³. Igual lo ha hecho la

⁴⁷⁹ FEUILLADE, MILTON C. *Cooperación jurisdiccional internacional*. Buenos Aires, Ábaco, 2011, p. 178.

⁴⁸⁰ ARMENTA DEU, TERESA. *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid. Marcial Pons. 2013, p. 82.

⁴⁸¹ El Artículo 137 de la Constitución guatemalteca se refiere al derecho de petición en materia política, refiriéndose en el al deber de notificación que tienen las autoridades gubernamentales al respecto.

⁴⁸² *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 37-2010, del 1 de julio de 2010.

⁴⁸³ *Vid.* Sentencia No. SJCSJ-CP1586, del 1 de septiembre de 2011.

Corte Suprema panameña, cuando citando a BREWER-CARÍAS señala que el derecho a ser notificado se deriva del principio de la debida defensa⁴⁸⁴.

En Costa Rica, además de que la Sala de lo Constitucional haya manifestado que es uno de los elementos que constituyen el derecho de defensa⁴⁸⁵, la comprensión de la notificación como elemento del debido proceso ha sido desarrollado por la Sala en la Sentencia 15-90, del 5 de enero de 1990, y no en el texto constitucional.

La jurisprudencia salvadoreña, además, vincula el derecho a la notificación con el pleno ejercicio del derecho audiencia. La Sala de lo Constitucional ha manifestado en la Sentencia No. 238-2014, de 12 de septiembre de 2014 que «...*la notificación como acto de comunicación condiciona la eficacia del proceso, pues asegura un conocimiento real y exacto del acto o resolución que la motiva, permitiendo que el notificado pueda disponer lo conveniente para la defensa de sus derechos o intereses... incide negativamente en los derechos de defensa y audiencia de aquel*».

1.2.5.6. El Principio de Igualdad

141. El principio de igualdad refleja la necesidad de equilibrar las actuaciones de las partes, haciendo correlativas las posibilidades de intervención procesal⁴⁸⁶. La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha dicho que el derecho de igualdad no constituye solamente una norma abstracta, sino que supone la verdadera sujeción a éste de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, como una garantía de legalidad y de imperativo de justicia, de tal forma que el derecho de igualdad se debe entender no sólo como un criterio informador del sistema constitucional, sino que de la totalidad del ordenamiento jurídico del Estado⁴⁸⁷.

De acuerdo a GONZÁLEZ CLAVIJO la igualdad, junto con la audiencia bilateral y la publicidad han sido aspiraciones políticas históricas de cómo debería llevarse

⁴⁸⁴ Vid. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 145-10, del 2 de julio de 2014.

⁴⁸⁵ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 5469, del 4 de octubre de 1995.

⁴⁸⁶ MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso como instrumento de la función jurisdiccional», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, p. 120.

⁴⁸⁷ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 23-2003AC, del 18 de diciembre de 2009.

proceso⁴⁸⁸. Una de las tantas manifestaciones de este principio es el derecho a la igualdad de armas, el cual supone para las partes poder acceder al proceso en las mismas condiciones y con las mismas garantías, incluyendo la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba disponibles y pertinentes para su defensa de acuerdo a la ley.

142. La Constitución beliceña hace referencia a este principio señalando en su Sección 6 que todas las personas son iguales ante la ley, y que tienen derecho sin discriminación alguna a la misma protección por parte de esta. En El Salvador, Honduras y Costa Rica, el desarrollo de este principio ha correspondido a las normas procesales⁴⁸⁹. De acuerdo a la normativa hondureña, la falta de igualdad también sería constitutiva de discriminación.

Sin embargo, las Salas de lo Constitucional de Honduras, Costa Rica y El Salvador, así como el Pleno de la Corte Suprema de Justicia panameña, han adoptado una posición contraria y han señalado que si bien es cierto la igualdad, entendida como un valor abstracto, se constituye en un ideal que permite colocar a los individuos en un plano de identidad jurídica, y de ahí tolerar el acceso a prerrogativas y obligaciones semejantes⁴⁹⁰, e implica que los poderes públicos den a todas las personas un trato equivalente, también posibilita a estos poderes a dar, de forma deliberada y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos, bajo criterios justificables y razonables a la luz de la Constitución⁴⁹¹.

Es decir, la igualdad ante la Ley significa solo igual trato en condiciones iguales, pues resultaría contrario a ese principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes⁴⁹². En otras palabras, no toda desigualdad supone discriminación, sólo aquella que no se basa en razón justificada⁴⁹³. A este nuevo concepto de igualdad se le denomina igualdad jurídica, en sustitución del antiguo concepto de igualdad ante la ley⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. Op. Cit., p. 18.

⁴⁸⁹ El Salvador, Artículo 5 del Código Procesal Civil y Mercantil; Honduras, Artículo 5 del Código Procesal Civil; Costa Rica, Artículo 2, Código Procesal Civil.

⁴⁹⁰ *Vid.* Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1230-04, del 29 de diciembre de 2009.

⁴⁹¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 23-2003AC, del 18 de diciembre de 2009.

⁴⁹² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1785, del 5 de diciembre de 1990.

⁴⁹³ *Vid.* Sentencia No. SJCSJ-RI0162, del 7 de agosto de 2007.

⁴⁹⁴ *Vid.* Sentencia No. SJCSJ-RI0152, del 29 de septiembre de 2009.

Capítulo 2

Las Constituciones centroamericanas reconocen de manera genérica el principio de igualdad. La jurisprudencia se ha encargado de desarrollarla desde la perspectiva procesal. Ejemplo de lo anterior se encuentra en el caso guatemalteco, en el que la jurisprudencia ha señalado que el ente encargado debe impartir justicia tomando en cuenta los argumentos y pruebas de cada una de las partes⁴⁹⁵. La jurisdicción salvadoreña también ha vinculado este principio con los actos de comunicación procesal, en tanto ha considerado que, por ejemplo, el emplazamiento tiene por objeto situar en un plano de igualdad jurídica a las partes para que éstas puedan ser oídas en sus respectivas pretensiones, defensa y excepciones⁴⁹⁶.

1.2.5.7. El Derecho a la Publicidad

143. GONZÁLEZ CLAVIJO también ha señalado que la publicidad ha sido históricamente una aspiración política del proceso, técnicamente justificable⁴⁹⁷. Esta justificación comienza comprendiendo cuales son los dos ámbitos diferenciados de este derecho. Por un lado supone la publicidad para las partes, necesario para garantizar la contradicción: por otro lado supone libre acceso de la prensa y del público general a las audiencias. Empero, la publicidad puede restringirse de manera motivada, en nombre de la moral y el orden público, pero nunca para las partes, porque de lo contrario se violentarían otros principios como el de contradicción⁴⁹⁸.

La Sala de lo Constitucional costarricense ha señalado que la publicidad es un principio de la oralidad, ya que el proceso oral es abierto a fin de permitir que las partes y la opinión pública ejerzan control de la actividad jurisdiccional. También permite que las partes estén debidamente informadas de lo que es objeto de debate en el proceso, así como de lo que los jueces resuelven⁴⁹⁹. En cambio, la Sección 6 de la Constitución de Belice establece que exceptuando el acuerdo de las partes al respecto, todas las actuaciones de los tribunales, incluyendo el anuncio de las decisiones de estos deben ser públicas.

⁴⁹⁵ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1969-2004, del 9 de diciembre de 2004.

⁴⁹⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 57-98, del 4 de mayo de 1999.

⁴⁹⁷ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Op. Cit.*, p. 18.

⁴⁹⁸ PORTA CALDERA, MIGUEL. *Op. Cit.*

⁴⁹⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 17695, del 23 de diciembre de 2011.

A pesar de esto, el *Privy Council Appeal* No. 9 de la Corte de Apelaciones de Belice, del 23 de marzo de 2005, aclara que la publicidad no es una regla básica para la justicia procedimental en el *Common Law*, aunque reconoce que la ventaja de la publicidad de los procesos jurisdiccionales es la protección que esta ofrece a las personas, obligando a que los procesos sean transparentes, y a la auto-disciplina de quienes los conducen.

144. Las Constituciones guatemalteca y nicaragüense también hace mención de la publicidad como característica del proceso. La Sala de lo Penal salvadoreña ha manifestado que este principio, por medio del cual los actos del juicio son públicos, no sólo tiene rango constitucional, sino que significa que cualquier persona que tiene un interés jurídico en un proceso puede asistir a las audiencias, concluyendo que la publicidad de la audiencia de sentencia es un requisito de validez⁵⁰⁰.

En el caso de Nicaragua, la regulación de la publicidad se amplía en el Artículo 11 del Código Procesal Civil. Aquí se incluye limitaciones a este principio que pueden ser dispuestas por la ley o por el órgano jurisdiccional que esté conociendo del caso, pero esta no se extiende al acceso a los expedientes ni a las actuaciones orales del proceso. Estas mismas limitaciones se encuentran reguladas en los Códigos Procesales Civiles hondureño y costarricense. Al respecto, la Sala de lo Constitucional nicaragüense ha señalado que estas limitaciones a la publicidad deben ser la excepción, pues la contradicción, la publicidad, la oralidad, y la información a las partes intervinientes en el proceso deben ser la norma general⁵⁰¹.

La Corte Suprema de Justicia hondureña se ha manifestado con relación a los efectos de la violación de este principio, y ha indicado que no constituye una simple infracción a una norma procesal, sino que se refiere a la vulneración de una norma de tal incidencia, que su violación afecte sustancialmente al proceso⁵⁰²; además, se crea desigualdad y se atenta contra la tutela judicial efectiva⁵⁰³.

1.2.5.8. El Derecho a la Justicia Pronta y Oportuna

⁵⁰⁰ *Vid.* Sentencia de la Sala Penal 41-2001, del 2 de julio de 2002.

⁵⁰¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 160, del 29 de noviembre de 2002.

⁵⁰² *Vid.* Sentencia No. SJCSJ-CP1578, del 29 de septiembre de 2011.

⁵⁰³ *Vid.* Sentencia No. SJCSJ-RI0151, del 18 de mayo de 2010.

Capítulo 2

145. El derecho a la justicia pronta y oportuna se refiere a la razonabilidad del tiempo en el que se obtiene una resolución, y no al riguroso cumplimiento de los plazos procesales. Es decir, impone a los tribunales el deber de obrar con la diligencia debida y la celeridad acostumbrada en litigios de la misma naturaleza⁵⁰⁴. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la Constitución guatemalteca la que obliga a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia a prestar juramento protestando administrar «*pronta y cumplida justicia*». La Constitución salvadoreña, aunque no reconoce taxativamente la existencia de este derecho, también le asigna a la Corte Suprema de Justicia la obligación de vigilar se administre pronta y cumplida justicia en su Artículo 182.

El Artículo 41 de la Constitución costarricense establece taxativamente este derecho de la siguiente manera: «*debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*». Esto además ha sido secundado por la Sala de lo Constitucional que ha señalado que la respuesta formal que le corresponde a cualquier peticionario debe ser hecha en tiempo⁵⁰⁵.

Sin embargo, si bien es cierto que la justicia pronta y cumplida, como ha señalado esta Sala, es el síntoma de un sistema de justicia sano y transparente⁵⁰⁶, determinar qué significa pronto y cumplido puede ser problemático, haciendo necesario comprobar si los órganos judiciales que han sido requeridos han tenido atrasos o no, y de haber retrasos, comprobar si a pesar de estos, se ha estado actuando con la requerida diligencia. Sin embargo, dicho análisis deberá realizarse caso por caso⁵⁰⁷. Además, sólo es posible llegar a una conclusión con relación a la delación injustificada cuando el proceso jurisdiccional haya concluido en virtud de sentencia con autoridad de cosa juzgada⁵⁰⁸.

146. La Constitución panameña establece en su Artículo 198 las características del sistema de administración de justicia, siendo estas la gratuidad, la rapidez y la continuidad. No sólo exige que sea expedita, sino que no admite interrupción de esta,

⁵⁰⁴ GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. Op. Cit., p. 32.

⁵⁰⁵ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 4229, del 17 de julio de 1998.

⁵⁰⁶ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 01759, del 23 de febrero de 2000.

⁵⁰⁷ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 13766, del 11 de octubre de 2011.

⁵⁰⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 12644, del 21 de septiembre de 2011.

si siquiera por situaciones extraprocesales como las vacaciones de los funcionarios del órgano judicial.

La Constitución hondureña es más pragmática en este sentido, y ha determinado utilizar una forma objetiva para asegurar la justicia pronta y oportuna, y ha optado en su Artículo 80 a limitar ese derecho a un plazo legal. Este abordaje también ha sido utilizado por la Constitución guatemalteca⁵⁰⁹ y la Sala Constitucional nicaragüense⁵¹⁰. Sin embargo, la Constitución nicaragüense, cuando en el Artículo 34 exige que los asuntos sean juzgados por un juez competente, se decanta más bien por exigir que el juzgamiento sea hecho sin dilación alguna.

1.2.5.9. El Principio de Contradicción

147. El principio de la contradicción nace del reconocimiento de que la tutela judicial de una persona, afectará a otra, quien también tiene derecho a defenderse⁵¹¹. Lo antes dicho, alude a la construcción dialéctica del proceso, y sirve para garantizar la imparcialidad judicial⁵¹². La jurisprudencia guatemalteca ha señalado que por medio de este principio se permite a los contendientes disponer de iguales oportunidades para alegar y probar en juicio⁵¹³, de tal forma que si no se observa esta garantía a lo largo del proceso, las actuaciones judiciales no son válidas⁵¹⁴.

Ahora bien, la Sección 6 de la Constitución beliceña establece desde la perspectiva penal, el derecho que tienen los individuos a que se le otorguen las facilidades para examinar, ya sea en persona o por su representante legal, a los testigos llamados por la parte acusadora ante el Tribunal, y a que se permita la asistencia a juicio de testigos que declaren a su favor, así como el examen de estos. Sin embargo la jurisprudencia ha ampliado este derecho de tal forma que se reconoce

⁵⁰⁹ El Artículo 28 de la Constitución guatemalteca, al referirse al derecho de petición, señala plazos legales para la resolución de peticiones administrativas, por ejemplo. *Vid.* Decreto del 31 de mayo de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala, publicado en el Diario Oficial Tomo 226, No. 41, del 3 de junio de 1985.

⁵¹⁰ *Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional 107, del 12 de junio de 2001.

⁵¹¹ ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. 12a. Ed. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters. 2013, p.132.

⁵¹² GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Op. Cit.*, p. 48.

⁵¹³ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 3152-2008, del 7 de noviembre de 2008.

⁵¹⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones de lo Penal 296-2011, del 21 de septiembre de 2011.

que todas las evidencias presentadas en juicio deben ser sometidas al contradictorio⁵¹⁵. A pesar de esto, todavía es posible encontrar en la jurisprudencia panameña una posición un tanto desafortunada, donde, a pesar de que reconoce la bilateralidad, se establece que el derecho a la contradicción le corresponde exclusivamente al demandado como contraposición al derecho de acción que es ejercido por el demandante⁵¹⁶.

148. El principio de contradicción ha sido tratado por el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño y el Código Procesal Civil hondureño. La normativa señala excepciones para este principio, como cuando una de las partes voluntariamente se coloca en situación de rebeldía, o cuando la audiencia sea contraria a la propia finalidad del acto, posición que ha sido ratificado por la Sala de lo Constitucional salvadoreña⁵¹⁷. Los Códigos Procesales Civiles nicaragüense y costarricense, así como el Código Judicial panameño, a diferencia de los anteriores, hacen mención del principio de contradicción, pero no se detienen a explicar su contenido.

La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha vinculado este principio con los derechos de igualdad⁵¹⁸, defensa y de audiencia. Ha dicho que el derecho de defensa procesal, se basa en el derecho de contradicción que es posible ejercer respecto de la pretensión planteada, y que es componente esencial del derecho de audiencia o derecho a ser oído⁵¹⁹. La Sala también ha planteado la identificación con el derecho de defensa al que también denomina de bilateralidad de la audiencia, y esta identificación la ha extendido al principio del debido proceso⁵²⁰. Es precisamente esa unicidad que a veces se reconoce entre audiencia y contradicción que hace relevante este principio con el tema concreto de este trabajo.

1.2.5.10. El Derecho a un Proceso Legal

159. El Artículo 32 de la Constitución panameña establece que nadie podrá ser juzgado si no es conforme a los trámites legales. Esta idea de someterse a un proceso

⁵¹⁵ *Vid.* Privy Council Appeal No. 9 of 2003, *Meerabux v. The Attorney General of Belize*.

⁵¹⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de lo Civil 208-2003, del 20 de abril de 2007.

⁵¹⁷ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 69-2004, del 15 de noviembre de 2004.

⁵¹⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 361-2005, del 18 de septiembre de 2006.

⁵¹⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 763-2008, del 15 de mayo de 2009.

⁵²⁰ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 15-90, del 5 de enero de 1990.

legal en el que se cumple con las normas estatales, desarrollándose de acuerdo a la Constitución y a las leyes, pretende eximir a las partes de arbitrariedades y discrecionalidades, sobre todo del órgano judicial. La jurisprudencia panameña ha dotado de contenido a esta categoría, señalando que implica el acatamiento de las formalidades esenciales que rigen la actividad jurisdiccional. Entre estas formalidades están el asegurar la comunicación de la demanda al actor pasivo conforme a lo establecido en la Ley, la incorporación de los medios probatorios lícitos de acuerdo a las garantías normativas, y la utilización de los medios de impugnación legalmente autorizados⁵²¹.

Este derecho a un proceso legal es contemplado por el Artículo 1 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño. La Sala de lo Constitucional de ese país también ha considerado que este principio garantiza la seguridad jurídica, de tal forma que el juez no pueda crear procedimientos, o modificar la estructura del juicio, apartándose de la forma en la que está prevista en la ley⁵²². También ha expresado que este principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que incluye también a la Constitución⁵²³.

La Ley del Organismo Judicial guatemalteco incluye en esta categoría no sólo el derecho a un proceso legal, sino que incluye la observancia de formalidades y garantías. Por su parte, el Código Procesal Civil hondureño se refiere a esto como «*legalidad procesal*» en su Artículo 7, estableciendo la imperatividad de dichas formalidades. Además, la jurisprudencia hondureña vincula la legalidad procesal con los principios de igualdad y contradicción, planteándola como el instrumento necesario para que estos puedan garantizarse⁵²⁴. En Nicaragua, las formalidades procesales han sido tratadas también jurisprudencialmente, y la Sala de lo Constitucional –como ya se comentó– las ha considerado como garantías mínimas del derecho de audiencia⁵²⁵.

⁵²¹ *Vid.* Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 16-15, del 18 de marzo de 2015.

⁵²² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 281-CAS-2006, del 29 de mayo de 2007.

⁵²³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 453-99, del 4 de abril de 2000.

⁵²⁴ *Vid.* Sentencia CP-132-11, del 27 de junio de 2013.

⁵²⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 59, del 7 de mayo de 2004.

Capítulo 2

1.3. El Alcance de la Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Privado Centroamericano

160. La tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Derecho Privado contiene muchos de los principios establecidos en los apartados anteriores, pero matizados, pues como quedó evidenciado en el análisis recién hecho, los principios referidos se inspiran principalmente en el orden penal. Para comprender esos matices es necesario retomar una de las ideas ya mencionadas, a saber, que la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración jurídica.

Eso puede traducirse a la existencia de un conjunto de normas que sometan tanto a los tribunales como a los justiciables para que la garantía pueda cumplirse. En el caso del Derecho Privado, las normas que configuran el derecho de la tutela judicial efectiva son las procesales civiles⁵²⁶. La normativa procesal indicará su contenido y alcance, y se complementará con la interpretación jurisprudencial. Por lo tanto, es importante –en primer término– reconocer que las normas procesales civiles han tenido un desarrollo desigual en la región.

161. Es necesario recordar que en esta región confluyen dos tradiciones jurídicas: el *Common Law* y el *Civil Law*. En el caso de Belice, su legislación pertenece a la primera de estas tradiciones. Ahí, la Corte Suprema cuenta con reglas de procedimiento civil⁵²⁷ las que se basan en cinco principios esenciales: la igualdad de las partes, el ahorro, la proporcionalidad, la prontitud y la economía procesal, tal como lo establece la Regla 1.1. de ese instrumento normativo. Estas normas datan de 2005, y se basan en las *Woolf Reforms* inglesas de 1999⁵²⁸.

En los países de la región que pertenecen a la tradición del *Civil Law*, podría hablarse de una evolución en dos tiempos. En El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, las leyes procedimentales de fines del siglo XIX o de principios del siglo XX que habían sido formuladas replicando la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁵²⁶ ORTELLS RAMOS, MANUEL. Op. Cit., pp. 86-87.

⁵²⁷ Vid. Supreme Court (Civil Procedure) Rules, 2005. Disponible en: <http://www.belizelaw.org>

⁵²⁸ En Abril de 1999 entró en vigencia un conjunto amplio de reformas para su aplicación en las cortes inglesas y galesas, diseñadas para corregir muchos problemas que habían sido identificados reviamente por Lord Woolf. La problemática identificada incluía el cosot, el retraso y la complejidad propia del modelo utilizad en ese momento, que se caracterizaba por ser excesivamente adversarial. Vid. GORIELY, TAMARA; MOORHEAD, RICHARD LEWIS; ABRAMS, PAMELA. *More civil justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour*. Londres, The Law Society, 2002, pp. xi.

Española⁵²⁹, no sufrieron ninguna reforma sustancial sino hasta ya entrado el siglo XXI. Las más recientes son la nicaragüense y costarricense que datan del año 2015.

En estos cuatro países, las reformas buscaron principalmente transformar un proceso escrito, desconcentrado y formalista en exceso, en uno basado en principios tales como la oralidad, la publicidad, la concentración, y libre valoración de la prueba, entre otros, acercándolos a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más modernas. Vale señalar que la mayoría también utilizan como antecedente, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española.

En la otra parte de la región que pertenecen a esta tradición, si había habido reformas importantes a mediados del siglo XX. En Guatemala, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Mercantil actual está vigente desde 1964. Este, si bien es cierto probablemente estuvo a la vanguardia en la región en la época de su promulgación, cinco décadas después, es un instrumento anquilosado, que no corresponde con la realidad guatemalteca. En la actualidad hay un proyecto de reforma que data de 2015, sin embargo, dicho proyecto de ley no ha sido enviado aún al Congreso de la República para su conocimiento y aprobación⁵³⁰.

162. Además del desarrollo desigual que ha tenido el Derecho Procesal Civil en Centroamérica, también es importante considerar que en el Derecho Privado la tutela judicial no es imperativa, pues está limitada por el principio de la autonomía de la voluntad. Es decir, la protección dependerá de quienes se sienten afectados en sus intereses, quienes deberán instar voluntariamente a los tribunales a ejercerla. Esta construcción obedece al principio dispositivo, que de acuerdo a ORTELLS RAMOS, no es otra cosa más que la continuación en el plano procesal de las libertades de ejercicio y disposición propias del Derecho Privado⁵³¹. Sin embargo, una vez que los particulares solicitan la tutela jurisdiccional frente al Estado amparados por el derecho de acción del cuál disponen, éste quedará obligado jurídicamente, siempre que concurren los presupuestos necesarios configurados en la ley, pues la discrecionalidad de la impartición de justicia termina una vez que ha sido rogada⁵³².

⁵²⁹ *Vid.* Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el Boletín Oficial de España No. 7, el 8 de enero de 2000.

⁵³⁰ CÁMARA CIVIL. *II Borrador del Anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Mercantil*. Guatemala, 2015, pp. 1-3. Disponible en: <http://www.congreso.gob.gt>

⁵³¹ ORTELLS RAMOS, MANUEL (Director). *Op. Cit.*, p. 49.

⁵³² MONTERO AROCA, JUAN. *Op. Cit.*, p. 209.

Capítulo 2

Para terminar de establecer el alcance que tiene la tutela judicial efectiva en el Derecho Privado, señalar que dentro de esta disciplina normalmente se reconoce que la protección se manifiesta de cuatro maneras. La primera es la tutela de condena a determinada prestación, la que sólo aplica cuando previamente existe un derecho de prestación por parte del actor que no está siendo satisfecho, y supone que la resolución dictada por el tribunal tendrá condición de título ejecutivo.

La segunda es la tutela meramente declarativa, la que consiste, v.g. en una declaración emitida por el tribunal sobre la preexistencia de derechos o situaciones jurídicas, con eficacia de cosa juzgada, garantizando así la seguridad jurídica. Permite no sólo la constitución de derechos y otras situaciones jurídicas nuevas, sino que la modificación o extinción de estos, cambiando las relaciones jurídicas existentes.

La tercera es la tutela jurisdiccional ejecutiva, la cual permite que el tribunal use las potestades que el Estado le ha delegado, para que los términos de la sentencia previamente emitida o de cualquier otro título ejecutivo, se lleven a cabo. Y la última es la tutela jurisdiccional cautelar, la que permite pretender de los tribunales la adopción de medidas que aseguren el proceso.

2. La Tutela Judicial Efectiva del Ambiente en la Región Centroamericana

163. En épocas recientes, la doctrina ha venido identificando intereses jurídicos que van más allá de los tradicionales intereses individuales del Derecho decimonónico. Estas nuevas categorías han ido apareciendo porque aunque la tutela de los derechos e intereses individuales permite evitar las lesiones causadas a la propiedad privada por las acciones directas de otros sobre los bienes objeto de ésta, las mismas reglas no son suficientes para evitar daños que provienen de la industrialización, tales como la contaminación, que no respetan los límites de los derechos de propiedad⁵³³.

Estos nuevos intereses jurídicos reciben la denominación amplia y general de intereses de grupo o intereses supraindividuales, y han logrado ya trascender normativamente en algunos de los ordenamientos jurídicos de la región, tal como se

⁵³³ WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 7-8.

demostrará a continuación. El derecho al ambiente sano y equilibrado entra en esta categoría. Sin embargo, antes de proceder a establecer cómo es que los ordenamientos jurídicos de la región los han adoptado, son necesarias algunas líneas con relación al vínculo entre el derecho de la tutela judicial efectiva y estos intereses.

Esa necesidad parte de la reflexión hecha por BUJOSA VADELL, cuando afirma que no prestarles la atención que merecen, (y para los fines de esta tesis, no contextualizarlos adecuadamente en la realidad centroamericana), podría poner en precario el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de dichos intereses legítimos, pero además podría tener como efecto la inadecuada protección de los intereses individuales que puedan indirectamente verse afectados por cualquier vulneración a los intereses supraindividuales⁵³⁴.

Ante este panorama, es menester identificar las diferentes especies de intereses supraindividuales, para posteriormente analizar cómo es la integración de estas categorías ha ocurrido en las legislaciones centroamericanas.

2.1. El Reconocimiento del Interés Individual Jurídicamente Protegido como Presupuesto Legitimador en Centroamérica

164. Para comprender el contenido de esta categoría jurídica es necesario comenzar por establecer el concepto de «*interés*». Este podría definirse como una relación que conecta a un sujeto con un bien que posee valor cultural o económico, y que podría ser útil para resolver una necesidad de dicho sujeto. Es función del Derecho priorizar unos intereses sobre otros en tanto esos satisfagan de manera más adecuada una necesidad generalmente reconocida, y al ser incorporado este juicio de valor en el ordenamiento jurídico, dicho interés quedará bajo la protección de éste⁵³⁵. Las características de los intereses jurídicamente protegidos tradicionalmente admitidas es que estos son de naturaleza individual, y que sus titulares están plenamente determinados, implicando que son estos titulares los únicos llamados a defenderlos⁵³⁶.

⁵³⁴ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 21.

⁵³⁵ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 26-29.

⁵³⁶ MONTÓN GARCÍA, LIDÓN. *Acciones colectivas y acciones de cesación*. Madrid, Instituto Nacional del Consumo. 2004, p. 11.

Igual de tradicional es la idea de que el presupuesto legitimador que permite el acceso a la protección judicial es la existencia de derechos subjetivos a favor de un individuo determinado. El reconocimiento de derechos subjetivos implica la existencia en el ordenamiento jurídico de una protección amplia y plena a ciertos intereses jurídicos, que además supone la existencia de una facultad que tiene el sujeto de actuar para conseguir que dicho interés sea satisfecho, y que lo faculta para eliminar los perjuicios que atenten contra ese interés, imponiendo su voluntad a otros sujetos que están obligados a complacerla.

Todos los ordenamientos jurídicos de la región hacen referencia a estos derechos como presupuestos del acceso a la justicia ya sea en los textos constitucionales o en los Códigos de Derecho Procesal civil. Estos derechos subjetivos son una especie que pertenece a esa amplia categoría de los intereses jurídicamente protegidos.

165. No obstante, en la actualidad, existe otro presupuesto legitimador que permite a un individuo acceder a la tutela judicial, y que está casi tan ampliamente incorporado en los ordenamientos jurídicos, siendo este el «*interés legítimo*». Por interés legítimo se entiende aquel que ha sido considerado relevante por la norma, la cual le brinda una protección adecuada, incorporándolo así al ámbito jurídico⁵³⁷. El interés legítimo admite la posibilidad que tiene el sujeto de obtener un beneficio o de imponer a otros la obligación jurídica de no amenazar o lesionar dicho interés.

A lo anterior, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha agregado que la repercusión de la tutela de estos intereses debe ser directa e inmediata sobre la situación jurídica del actor, y el interés debe además ser personal, actual y cierto, y debe existir al momento de establecer la demanda, ya sea porque se ha producido un daño o un menoscabo, o porque estos son previsibles en el futuro. A completado esta descripción señalando que estos intereses no son exclusivamente patrimoniales sino que perfectamente pueden ser morales⁵³⁸.

Aunque es evidente que hay una diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo, pues el primero ofrece un margen más amplio para el pretensor⁵³⁹, y el

⁵³⁷ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2014, p. 25.

⁵³⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 17, del 13 de febrero de 1998.

⁵³⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Civil para Recurso de Hecho, del 9 de marzo de 2000.

segundo ofrece una tutela más amplia y plena⁵⁴⁰. No obstante, esta distinción está hoy en día casi totalmente superada pues el derecho de acción puede existir incluso aunque su titular no lo sea de un derecho subjetivo⁵⁴¹.

El interés legítimo como presupuesto determinante para el acceso a la justicia aparecerá en los ordenamientos jurídicos centroamericanos, a veces en los textos constitucionales y a veces en las normas procesales, con una única excepción: en Guatemala, donde el libre acceso a los tribunales y el ejercicio de las pretensiones procesales necesariamente dependen de la existencia de un derecho⁵⁴². En los demás ordenamientos jurídicos el interés legítimo permitirá acceder a la justicia en calidad de demandante o demandado⁵⁴³, y en algunos casos, será requisito suficiente para que un tercero pueda apersonarse en juicio (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá), solicitar se decrete medidas cautelares (Honduras, Costa Rica), o impugnar una resolución judicial (Panamá).

2.2. *El Reconocimiento de los Intereses Generales en los Ordenamientos Jurídicos de la Región*

166. A diferencia de los intereses legítimos que tienden a ser individuales y suponen una relación directa o un vínculo con el objeto o los actos del proceso, hay bienes con lo que el sujeto mantiene una relación que no es tan directa. Este otro grupo de intereses jurídicamente tutelables se denominan «*intereses generales*».

⁵⁴⁰ La Corte Suprema de Justicia salvadoreña al respecto ha señalado que «tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo constituyen situaciones jurídicas subjetivas, caracterizándose en esencia la primera de ellas en la reunión de dos elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida y b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en exclusividad». Vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo 58-R-95 y 123-M-96, ambas del 18 de diciembre de 1997.

⁵⁴¹ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 208.

⁵⁴² Esta exclusión del interés legítimo como presupuesto legitimador queda establecido en el Artículo 29 de la Constitución, y en el Artículo 51 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco. Sin embargo es válido decir que el Artículo 619 del mismo código procesal, si reconoce en la existencia de un interés directo, un presupuesto legitimador de la casación.

⁵⁴³ El interés legítimo como presupuesto legitimador no sólo ha sido abordado por la norma, sino que también por la jurisprudencia. Ejemplos de lo anterior los encontramos en un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que ha señalado que «la legitimación activa, a su vez, se refiere a esa suficiencia procesal del sujeto demandante, la cual representa su capacidad para deducir una pretensión y la titularidad de una relación jurídica o un interés tutelable por el ordenamiento». Vid. Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 17 del 13 de febrero de 1998.

Según MONTÓN GARCÍA, estos son indivisibles e inapropiables⁵⁴⁴. Aquí el sujeto es toda la comunidad, vista como una abstracción⁵⁴⁵.

Es decir, el interés general le corresponde a los ciudadanos por el simple hecho de serlo, y precisamente porque la relación no es tan directa con el objeto, su función o motivación real es la de la mera legalidad. Explica ARMENTA DEU que el elemento que legitima a este tipo de interés es el reconocimiento de la acción popular, a la que se hará referencia más adelante, como instrumento de actuación frente a la administración⁵⁴⁶. Sin embargo se analizará si en realidad este instrumento es realmente el idóneo para todas las especies de intereses generales.

2.2.1. El Interés Público y la Acción Popular

167. Dentro de esta categoría amplia de intereses generales se encuentra el «*interés público*»⁵⁴⁷. Éste tipo de interés se refiere a ciertos bienes que se caracterizan por ser inapropiables, y que –por su puesto– se consideran de relevancia general⁵⁴⁸. Su determinación le corresponde al legislador, quien guiado por criterios económicos, establece normativamente cuáles intereses deben pertenecer a esta categoría⁵⁴⁹. El reconocimiento del interés público en los textos constitucionales en la región se ha dado de dos maneras: estableciendo una relación de supremacía entre el interés público y el interés privado, como sucede en Guatemala, El Salvador y Panamá; o reconociendo en el interés público un límite para el ejercicio de los derechos y libertades individuales, como sucede en todos los demás.

En este último grupo también es posible señalar algunas diferencias, pues en el caso de Belice, por ejemplo, la Constitución establece algunas categorías específicas que son considerados intereses públicos, a saber, la justicia, la moral pública, el

⁵⁴⁴ MONTÓN GARCÍA, LIDÓN. Op. Cit., p. 11.

⁵⁴⁵ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 38.

⁵⁴⁶ ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., pp. 33-34.

⁵⁴⁷ En el caso de la legislación panameña, se identifica el concepto de «*interés social*», que está definido como «...*aquel que por su importancia tiene al bienestar de la colectividad, declarado así por mandato de la ley*». Vid. Ley No. 24 del 7 de junio de 1995, por la cual se establece la legislación de vida silvestre en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial No. 22,801 del 9 de junio de 1995.

⁵⁴⁸ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 49.

⁵⁴⁹ OGUS, ANTHONY. «Regulation: the Public and the Private Interest». En DEFFAINS, BRUNO; KIRAT, THIERRY (Editores). *Law and economics in civil law countries*. Abingdon, JAI, 2001, pp. 141-145.

bienestar de los menores de edad, la protección de las vidas privadas de las personas, la defensa, la seguridad pública, el orden público, la administración del gobierno central o de organismos públicos, etc., mientras que en las demás el interés público normalmente quedará como una categoría, cuyo contenido está sujeto a la interpretación jurisprudencial o doctrinal.

168. Como se ha señalado al principio de esta sección, el instrumento que se ha ideado para garantizar la tutela judicial efectiva de los intereses generales, y entre estos al interés público, es la Acción Popular. Esta puede entenderse como una posibilidad jurisdiccional *uti cives* de excepción que tiene por finalidad anular actos que son lesivos al patrimonio público, siendo su uso adecuado, por ejemplo, evitar lesiones que emanan de la Administración Pública.

Esta forma de tutela es objetiva, y depende exclusivamente de que esté configurada en el ordenamiento jurídico. Por medio de ella, cualquier ciudadano está legitimado para solicitar la tutela jurisdiccional en defensa de la legalidad, sin necesidad de estar vinculado subjetivamente con el derecho o el interés lesionado. A pesar de la amplitud que ofrece esta figura, es de coincidir con VALLE FIGUEIREDO, cuando afirma que la eficacia de este instrumento está directamente ligado al arraigo del concepto de ciudadanía que haya en el público en general⁵⁵⁰.

Tanto constituyentes como legisladores han querido beneficiarse de las posibilidades que ofrece las características de este instituto, de tal manera que es posible identificar usos variados en los diferentes ordenamientos jurídicos de la región. Al parecer, los beneficios que una forma de legitimación como esta puede suponer incluso ha convencido a quienes se habían negado a utilizarla, como sucedió en Costa Rica. La jurisprudencia de este país ha tenido una relación tortuosa con la Acción Popular, reconociendo su existencia, sobre todo para la tutela de interés ambientales⁵⁵¹, negándola posteriormente⁵⁵², y volviéndola a reconocer⁵⁵³.

⁵⁵⁰ VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA. «Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 239.

⁵⁵¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3705, del 30 de julio de 1993.

⁵⁵² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2380, del 1 de abril de 1998.

⁵⁵³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo 4399-2010, del 14 de diciembre de 2010.

Capítulo 2

169. En el ámbito del Derecho constitucional salvadoreño, nicaragüense y panameño, esta herramienta ha sido incorporada para la interposición de recursos de inconstitucionalidad de las leyes. La Corte Suprema de Justicia panameña ha comentado que la utilización de la Acción Popular para el control judicial de las normas de inferior jerarquía a la Constitución permite que cualquier persona, sin distinción y sin mayores requisitos o formalidades, pueda acceder a ésta⁵⁵⁴. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia nicaragüense ha manifestado que su aplicación es adecuada, porque el recurso de inconstitucionalidad no resuelve conflictos individuales sino que problemas jurídicos generales⁵⁵⁵. En estos casos, su utilización permite que el efecto de las sentencias sea *erga omnes*.

Sin embargo, esta forma de acogida no se ha extendido en toda la región. Aún es posible encontrar posiciones totalmente contrarias. Ese es el caso de la Corte Suprema de Justicia hondureña, la que al hacer referencia específica a la Acción Popular, ha negado la posibilidad de considerarla como presupuesto de legitimación para la interposición de recursos de inconstitucionalidad⁵⁵⁶. En Costa Rica, la Sala de lo Constitucional también ha dicho que la Acción Popular no está permitida en su medio, porque de admitirse conducirían a negar el carácter incidental que tiene la acción en ese sistema de justicia constitucional⁵⁵⁷.

En El Salvador, el remedio de la Acción Popular también es reconocido para el recurso de amparo. La Sala de lo Constitucional Salvadoreña ha definido la Acción Popular como aquella que ampara los derechos propios del pueblo, admitiendo que cualquier persona solicite tutela jurídica en nombre de la sociedad, y para la que no es necesaria legitimación material alguna, bastando simplemente la existencia de un interés colectivo. Ha reconocido además que permitir una legitimación activa tan amplia como la que ofrece este tipo de acción es un tema de conveniencia⁵⁵⁸.

170. La Acción Popular también ha obtenido carta de naturalización en la legislación sanitaria y ambiental. En Guatemala, por ejemplo, la Constitución Política señala en su artículo 95 que «*la salud de los habitantes de la Nación es un bien*

⁵⁵⁴ *Vid.* Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 169-05, del 15 de marzo de 2006.

⁵⁵⁵ *Vid.* Sentencia de la Corte Plena 113, del 21 de julio de 1992.

⁵⁵⁶ *Vid.* Sentencia SJCSJ-RI0168, del 8 de diciembre de 2009.

⁵⁵⁷ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 05264, del 18 de abril de 2007.

⁵⁵⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 83-2006, del 25 de junio de 2009.

público. Todas las personas o instituciones están obligados a velar por su conservación y restablecimiento». Su implementación queda establecida en el Código de Salud⁵⁵⁹, sin embargo el legislador escogió no denominarla Acción Popular, sino que «*Acción Pública*». Éste se refiere a esta acción como la posibilidad que tienen los ciudadanos para denunciar ante las autoridades sanitarias, actos que puedan suponer infracciones contra la salud.

En las normas ambientales, la figura de la Acción Popular ha sido incorporada en la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente guatemalteca ya antes citada. El Artículo 30 de esta Ley establece que esta se concede para denunciar ante la autoridad todo hecho, acto u omisión que genere contaminación y deterioro o pérdida de recursos naturales o que afecte los niveles de calidad de vida.

De manera muy similar, en Honduras se reconoce la posibilidad de una «*Acción Pública*» en el Artículo 90 de la Ley General del Ambiente. Por medio de ésta se permite denunciar y demandar ante la autoridad judicial y administrativa todo acto u omisión que contravenga las normas ambientales. El ámbito de aplicación de esta figura se especifica aún más en el Reglamento General de la Ley del Ambiente, cuando en su Artículo 10 señala que se reconoce esta acción «...*para obtener que se sancione a quienes contaminen o degraden el ambiente y dañen los recursos naturales*»⁵⁶⁰.

En Panamá, la denominación utilizada es la de la «*Acción Pública Ambiental*», de acuerdo a la Ley panameña No. 24, del 7 de junio de 1995⁵⁶¹. Ésta está definida como el derecho que legitima a toda persona a accionar procesalmente, aunque no exista una lesión individual o directa, ya sea para pedir la suspensión, prevención o reparación de un acto llevado a cabo por personas públicas o privadas, cuando causen o puedan causar un daño o poner en peligro el ambiente.

La Ley del Medio Ambiente de El Salvador, también establece en su Artículo 101 la posibilidad de utilizar este remedio tanto por las personas naturales, ya sea de manera individual o colectiva, cuando se consideren afectadas, pudiendo intervenir

⁵⁵⁹ *Vid.* Decreto No. 90-97 del 2 de octubre de 1997, Código de Salud, publicado en el Diario Oficial No. CCLVII-71-2337 del 7 de noviembre de 1997.

⁵⁶⁰ *Vid.* Acuerdo No. 109-1993 del 20 de diciembre, Reglamento de la Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #27,267 del 5 de febrero de 1994.

⁵⁶¹ *Vid.* Ley No. 24 del 7 de junio de 1995, por la cual se establece la legislación de vida silvestre en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial No. 22,801 de 9 de junio de 1995.

conforme al Derecho Común o ser representados por la Procuraduría General de la República. Sin embargo no la nomina taxativamente.

Por su parte, la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de Nicaragua sí ofrece la oportunidad de la Acción Popular cuando en su Artículo 147 señala que toda persona natural o jurídica podrá interponer denuncia ante la autoridad competente por infracciones a la ley para iniciar un proceso administrativo.

En Costa Rica, el reconocimiento de la Acción Popular para la tutela de los intereses ambientales tiene un origen constitucional. El Artículo 50 Constitucional que establece que *«toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación de daño causado»*.

A partir de ahí es que el Tribunal Contencioso Administrativo de la Sección IV en Costa Rica ha señalado que conforme a dicha norma constitucional, toda persona se encuentra legitimada para denunciar el daño ambiental y reclamar su reparación, contando la tutela del ambiente con una amplia legitimación procesal, al tratarse de intereses difusos o de acción popular⁵⁶². Además, la Sala Constitucional, ha dicho que, en el caso del ambiente, los sujetos están legitimados para accionar, además de considerarlo un *«derecho reaccional»*, apoderando a cualquier sujeto a reaccionar frente a la violación originada en actos u omisiones legítimos⁵⁶³.

171. Por último, en el Derecho Privado de la región, la Acción Popular aparece como remedio para ciertos conflictos que se dan en las relaciones de vecindad, particularmente vinculadas a las obras nuevas y obras ruinosas, contraponiéndose a quienes consideran que en realidad no cabe un remedio de esta naturaleza en el proceso civil⁵⁶⁴.

En el caso de Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil de 1963 la regula en su Artículo 263 para el supuesto de obra nueva, pudiendo ser ejercida judicial o administrativamente. Los Artículos 949 del Código Civil salvadoreño de 1860, 927 del Código Civil hondureño de 1906, 625 del Código Civil panameño de 1916, y 1826 Código Civil nicaragüense de 1904 regulan la utilización de la Acción

⁵⁶² *Vid.* Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo 4399-2010 del 14 de diciembre de 2010.

⁵⁶³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3705 del 30 de julio de 1993.

⁵⁶⁴ BUJOSA VADELL, LORENZO. *Op. Cit.*, p. 342.

Popular para ambos supuestos. Este Artículo 1826 equipara además la obra nueva con la tala de bosques y cortes de madera entre otras acciones.

El Artículo 311 del Código Civil costarricense de 1887 aunque taxativamente no establece la posibilidad de recurrir a este instrumento, si establece que cuando la obra nueva o ruinoso pueda perjudicar a alguna cosa pública, o sea amenaza para los transeúntes, cualquiera que tenga interés puede constituirse demandante como si se tratara de defender su propiedad o posesión. Si bien es cierto la redacción del artículo pareciera sugerir que el presupuesto legitimador es la existencia de un interés legítimo individual, la referencia hecha por el legislador a la posible lesión de un bien público aclara cualquier duda con relación a la aplicabilidad de dicha herramienta.

La anterior conclusión puede ser sostenida utilizando como base los argumentos esgrimidos por la Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente en El Salvador, cuando manifiesta que las finalidades de la Acción Popular son: (1) dejar libres o despejados los bienes de uso público para el uso y goce de los mismos; (2) preservar la seguridad de las personas que transitan por ellos; y (3) destruir o enmendar las construcciones y labores hechas por particulares que pudieran comprometer la seguridad de los que ahí transitan. Por lo que es posible deducir que la finalidad de esta acción no es la de proteger intereses individuales, y en consecuencia no es requisito para poder ejercerla ostentar algún título de propiedad, ni ser representante Estatal⁵⁶⁵.

2.2.2. La Evolución del Reconocimiento de los Intereses Supraindividuales en Centro América

172. Como ha quedado constatado en los dos apartados anteriores, el Derecho, a lo largo de su evolución, influenciado mayormente por las posturas que provienen del Derecho Romano y que se consolidan en el Derecho decimonónico, ha contemplado ya sea la tutela de intereses individuales, cuya principal característica es la plena determinación de sus titulares, o del interés público, que se distingue por tutelar simplemente el cumplimiento de la legalidad.

⁵⁶⁵ *Vid.* Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección del Centro de San Vicente C-47-DC-2013-CPCM de 13 de noviembre de 2013.

Capítulo 2

Sin embargo, es ampliamente aceptado en la actualidad la existencia de categorías intermedias, subjetivas, en contraposición a la objetividad requeridas por las Acciones Populares, pero muchos más amplias que los restrictivos intereses individuales legítimos, en las que no siempre es posible dividir la titularidad de dichos intereses, y en algunos casos tampoco es posible determinar certeramente quienes son los cotitulares de estos. GODT los ha denominado «*intereses societales*», rompiendo así la dicotomía tradicional de lo público y lo privado⁵⁶⁶.

El reconocimiento de estos intereses supraindividuales, señala ALMAGRO NOSETE, supone la imposición del valor de la solidaridad⁵⁶⁷. Esta idea ha sido compartida por la Corte Suprema de Justicia panameña, la que ha caracterizado a los intereses o derechos supraindividuales como derechos fundamentales de tercera generación, determinados por dicha solidaridad, y que se encuentran revestidos de indivisibilidad e inapropiabilidad, pudiendo ser su tutela reclamada por cualquiera de los miembros del grupo al que le pertenecen⁵⁶⁸.

173. En la región centroamericana, el reconocimiento de estos intereses o derechos supraindividuales ha sido efectuado de tres formas: por la vía constitucional, por la vía estatutaria y por la vía jurisprudencial. El primero de esos caminos ha sido seguido por los constituyentes de Guatemala, Nicaragua, Costa Rica y Panamá. La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 28 la posibilidad de dirigir peticiones a la autoridad de forma individual o colectiva, abriendo la puerta a que el ordenamiento jurídico de ese país reconozca la existencia de intereses supraindividuales. Lo anterior ha sido confirmado jurisprudencialmente por la Corte de Constitucionalidad que ha señalado que es posible constituirse como parte activa en amparo, cuando se actúa en representación de una colectividad, en procura de la protección de derechos solidarios o difusos⁵⁶⁹.

La Constitución Nicaragüense en su Artículo 52, y la Constitución costarricense en su Artículo 27, contienen una regulación similar a la guatemalteca, donde se garantiza la libertad de petición ante cualquier funcionario público o entidad oficial de forma individual o colectiva. A la par de esto, el párrafo final del Artículo 46 de la Constitución de Costa Rica señala que «*los consumidores y usuarios tienen*

⁵⁶⁶ GODT, CHRISTINE. «Enforcement of environmental law by individuals and interest groups: Reconceptualizing standing». En *Journal of Consumer Policy*. Vol. 23, Núm. 1, 2000, p. 81.

⁵⁶⁷ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. Op. Cit., p. 525.

⁵⁶⁸ Vid. Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, del 12 de marzo de 1993.

⁵⁶⁹ Vid. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 3729-2009, del 30 de septiembre de 2010.

derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias». La tutela de los intereses aquí descritos como «*de los consumidores y usuarios*», claramente abarca categorías ampliamente reconocidas como intereses supraindividuales.

En Panamá, el Artículo 110 de la Constitución que describe las obligaciones estatales en materia de salud, reconoce la existencia de deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental. Desde la perspectiva jurisprudencial, ha señalado la Corte Suprema de Justicia panameña que en los procesos de plena jurisdicción pueden accionar quienes tengan un interés directo por haber sido afectados sus derechos, como cuando existe un derecho colectivo o difuso⁵⁷⁰.

La Corte ha establecido que el interés «*transindividual o supraindividual*» responde a una nueva categoría, y que debe ser reconocido y tutelado eficazmente. Ha señalado cuales derechos constitucionales se ubican dentro de esta categoría, estando entre ellos el derecho a la promoción, protección, conservación y restitución de la salud; el derecho a un ambiente sano; y, el derecho de protección, renovación y permanencia de los recursos naturales⁵⁷¹.

174. La segunda ruta, la estatutaria, ha sido seguida por Belice y Honduras. En Belice, por ejemplo, son las Reglas de la Suprema Corte de 2005, las que reconocen la existencia de los derechos de clase en la Sección 21.4.2, numeral c, admitiendo la posibilidad del nombramiento de representantes para comparecer en juicio en estos supuestos. En Honduras, el reconocimiento también ha sido estatutario, y los intereses supraindividuales han sido regulados por el Código Procesal Civil de 2007.

Por último, el tercer abordaje ha sido el adoptado por El Salvador. La Sala de lo Constitucional salvadoreña ha profundizado en este concepto, y ha señalado que estos intereses reflejan una posición o aspiración común respecto a un mismo bien, sin

⁵⁷⁰ *Vid.* Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de marzo de 1993.

⁵⁷¹ *Vid.* Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 188-07, del 17 de noviembre de 2010.

embargo este bien debe importar un disfrute supraindividual que por su propia naturaleza es diferente del contenido básico del derecho individual⁵⁷².

2.2.2.1. La Clasificación de los Intereses Supraindividuales en los Ordenamientos Jurídicos

175. La doctrina clasifica a los intereses supraindividuales o grupales en tres categorías: intereses plurales o intereses individuales homogéneos, intereses colectivos propiamente dichos e intereses difusos. Los Códigos Procesales Civiles de Honduras y Nicaragua han seguido esta clasificación, e incluyen -de manera casi idéntica- secciones completas donde se regulan las pretensiones en materia de intereses y derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos (Artículos 566 al 582 en Honduras, y Artículos 483 al 497 en Nicaragua).

Estos dos Códigos definen a los intereses individuales homogéneos como conjuntos de derechos subjetivos individuales que comparten un mismo origen, de los que son titulares los miembros de un grupo, categoría o clase, sin existir una relación común a todos ellos. Es decir, son intereses que corresponden a un grupo de sujetos que se mantiene en idéntica posición con respecto a un bien que todos disfrutan simultáneamente, y no de manera exclusiva; disfrute que se verá afectado unitariamente por un acto que perjudica a todos por igual y de manera coincidente. La afectación de los intereses de cada uno de estos sujetos se lleva a cabo en la misma medida y de forma genérica. Esto posibilita que estos sujetos, en calidad de titulares de dicho interés, y en función de que éste forme parte de su patrimonio individual, puedan solicitar la tutela por parte de los entes jurisdiccionales.

Técnicamente, este tipo de intereses no debería agruparse en la misma categoría que los intereses colectivos propiamente dichos, ni que los difusos que se explican a continuación, pues estas dos categorías si incluyen -objetivamente hablando- verdaderos intereses de grupo; no obstante han terminado concurriendo a ésta, por consideraciones que son primordialmente de índole social y económica. Por lo tanto se puede concluir que en realidad son intereses individuales, que se ejercitan

⁵⁷² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 348-99, del 4 de abril de 2001.

colectivamente ⁵⁷³, o como los denomina ARMENTA DEU, «*intereses pluriindividuales*»⁵⁷⁴.

La tutela de los intereses individuales homogéneos no presenta mayor obstáculo en tanto son esencialmente, pues eso, «*individuales*». Sin embargo, el origen común de la lesión facilita que se le de preponderancia a lo colectivo, y tenga sentido procurar por la vía jurisdiccional un tratamiento común, que además podrá hacer viable y rentable la litigación. Es posible incluso llegarse a afirmar que estos intereses individuales homogéneos son una suerte de acumulación procesal. Señala PLANCHADELL GARGALLO que, en el caso de que una pretensión de estas características sea interpuesta y acogida por los tribunales, los demás cointerésados se beneficiarían de los efectos materiales de su acción y de la resolución jurisdiccional con la ventaja de que, si la pretensión es desestimada, los cointerésados no experimentarían ningún cambio en su situación jurídica, material y procesal⁵⁷⁵.

176. Los intereses colectivos propiamente dichos son obviamente intereses grupales, cuyos titulares son perfectamente determinados o fácilmente determinables. La doctrina ha identificado vínculos subjetivos y objetivos entre los miembros de la colectividad. Para el caso, BUJOSA VADELL opina que, en el caso de estos intereses no es necesaria la referencia a un bien de común disfrute pues el nexo que los vincula es subjetivo: «*la conciencia de grupo entre estas personas, que las lleva a una unión más o menos estrecha*»⁵⁷⁶.

Otra parte de la doctrina, que por cierto es más dominante, es de la opinión que los titulares de los intereses colectivos sí disfrutan idéntica y simultáneamente de un bien inapropiable, indivisible e indisponible; pero al contrario de lo que sucede con los intereses individuales homogéneos, estos sujetos disfrutan de ese bien también de manera simultánea y solidaria. Por lo tanto, estos bienes no pueden coincidir con bienes individuales.

Esta reconoce además la existencia de un vínculo objetivo de naturaleza jurídica entre los miembros del grupo, y es precisamente éste el que los hace participantes de la colectividad de la que nacen los intereses en estudio, pudiendo detentarlos solamente en tanto pertenezcan a dicho grupo. Lo anterior supone que

⁵⁷³ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 77-78.

⁵⁷⁴ ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 32.

⁵⁷⁵ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., pp. 26-27.

⁵⁷⁶ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 74.

normalmente existirá una entidad con personalidad jurídica que tendrá atribuida legalmente la *«representación institucional»* para la defensa de dichos intereses⁵⁷⁷.

Esta subcategoría de interés supraindividuales ha tenido una recepción más amplia en los instrumentos de Derecho Procesal Civil de la región que los intereses individuales homogéneos. Es así que, el Código Procesal Civil y Mercantil de 2008 de El Salvador, reconoce la existencia de derechos e intereses colectivos en su Artículo 256. La Sala de lo Constitucional de este país, siguiendo las corrientes doctrinales predominantes, ha establecido que estos intereses le corresponden a un conjunto de sujetos que es identificable, abarcable, de contornos relativamente nítidos, y organizado⁵⁷⁸.

También ha señalado que las colectividades con las que se relacionan estos intereses deben tener carácter permanente y estar vinculadas a las consecución de los fines que las caracterizan⁵⁷⁹. Sin embargo, tal vez la afirmación más importante que ha hecho esta Corte con relación a este tipo de intereses es que es tan relevante su tutela, que los poderes públicos pueden incluso limitar el principio de libertad individual para protegerlos⁵⁸⁰. Asimismo, ha dicho esta Sala que la afectación de tales intereses habilita el ejercicio de todas las acciones de protección y resarcimiento necesarias para la preservación de los derechos individuales, incluyéndose las acciones mercantiles o civiles a que diere lugar el perjuicio que se hubiera ocasionado⁵⁸¹.

En los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, estas ideas se repiten, estando definidos los intereses o derechos colectivos como *«...aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase, cuando los individuos que lo compongan estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, ligados por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos»*. De forma similar, en la Ley General del Ambiente de Panamá, se define al interés colectivo como un *«interés no individual que corresponde a una o varias colectividades o grupos de personas organizadas e identificadas, en función de un mismo objetivo y cualidad»*.

⁵⁷⁷ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 254.

⁵⁷⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 32-2012, del 15 de febrero de 2012.

⁵⁷⁹ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 934-2007, del 4 de marzo de 2011.

⁵⁸⁰ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 24-B-87, del 29 de mayo de 1990.

⁵⁸¹ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 29-G-91, del 24 de febrero de 1998.

177. Con respecto a la tercer categoría, tal vez comenzar con el concepto ofrecido por MARTÍN MATEO, quien le imprime un carácter tremendamente subjetivo a ésta, al ser de la opinión que los intereses difusos son «...*reivindicaciones colectivas intensamente sentidas por los componentes sociales del universo occidental*»⁵⁸². Se caracterizan porque, al contrario de los intereses colectivos, sus titulares son una pluralidad de sujetos anónimos, indeterminados, o de difícil determinación. No existe entre ellos ningún vínculo jurídico. Su vinculación está más bien basada en hechos puramente contingentes, eventuales o accidentales. La afectación de la cual se desprenden, de acuerdo a LLAMAS POMBO, no lesiona derechos subjetivos individuales, sino determinados bienes comunes⁵⁸³.

LARROSA AMANTE señalaba que la indeterminación de los intereses difusos no sólo es subjetiva, sino que también objetiva, en tanto el alcance de la pretensiones que los sujetos que integran el grupo pudieran plantear, tampoco son de fácil determinación; y aún más, la indeterminación también es formal, pues las características antes descritas influyen en la «*accionabilidad*» y «*justiciabilidad*», que también son difusas e imprecisas⁵⁸⁴.

El Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, reconoce la existencia de derechos e intereses difusos en su Artículo 448. La Sala de lo Constitucional de esta país ha señalado que los intereses difusos se refieren a grupos o colectividades que se encuentran en «...*un estado fluido de contornos poco nítidos...*»⁵⁸⁵; que su existencia obedece a una necesidad y a la desprotección o afectación común que surge de la falta de medios para satisfacerla. Carecen de titulares, basándose en una relación o vínculo flexible con el objeto de interés⁵⁸⁶.

A esto ha agregado que dicha necesidad puede ser de naturaleza categorial, territorial o incluso estatutaria, teniendo como efecto que no sea posible establecer una titularidad exclusiva o excluyente, concluyendo que los intereses difusos en realidad no tienen titular, sino que los individuos participan de ellos. En consecuencia, dice la Corte, en el caso de los intereses difusos, la titularidad no es importante; lo importante es la relación o vínculo que debe ser flexible entre el individuo y el bien o

⁵⁸² MARTÍN MATEO, RAMÓN. Op. Cit., p. 182.

⁵⁸³ LLAMAS POMBO, EUGENIO. «Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil». *Diario La Ley* (7141). 2009, pp. 3.

⁵⁸⁴ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., p. 32.

⁵⁸⁵ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 32-2012, del 15 de febrero de 2012.

⁵⁸⁶ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 513-2012, del 19 de junio de 2013.

valor objeto de interés que será determinada por su pertenencia a una colectividad o comunidad en general⁵⁸⁷.

178. La posición de la Corte salvadoreña es muy similar a la de la Ley panameña No. 24, del 7 de junio de 1995, la que define el interés difuso en su Artículo 3 como «...*aquel que se encuentra diseminado en una colectividad, corresponde a cada uno de sus miembros y no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas*». La Corte Suprema de Justicia panameña también ha establecido como características estos intereses la titularidad indeterminada del bien jurídico sobre el que recaen, el cuál es además indivisible, así como la ausencia de relación jurídica entre sus titulares⁵⁸⁸.

Siguiendo los patrones antes señalados, los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 (Artículo 506) y Nicaragua de 2015 (Artículo 485), definen a los intereses o derechos difusos como «...*aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase, cuando los individuos que lo compongan estén indeterminados o sean de difícil determinación, ligados por circunstancias de hecho o vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos*».

179. Por su parte, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca también ha aportado jurisdiccionalmente una noción de los intereses difusos que se separa un poco de las anteriores, caracterizándolos como intereses que no cuentan con un sujeto determinado a quien asista el derecho que se busca proteger o que resulte individualmente afectado por la obligación que se impone⁵⁸⁹.

El nuevo Código Procesal Civil costarricense de 2015 también incluye esta categoría de intereses supraindividuales, reconociendo condición de parte en el proceso a quienes hacen valer intereses difusos en interés de la colectividad. La Sala de lo Constitucional costarricense los ha definido como «...*aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto,*

⁵⁸⁷ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 934-2007, del 4 de marzo de 2011.

⁵⁸⁸ Vid. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de marzo de 1993.

⁵⁸⁹ Vid. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 2266-2003, del 2 de agosto de 2004.

etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos»⁵⁹⁰.

Aunque esta definición es similar a la que se encuentra en otros Estados de la región, esta Sala se ha ido apartando de la doctrina más aceptada, pues ha afirmado que dentro de la categoría de intereses difusos se puede colocar a aquellos que se imputan a un grupo indeterminado de sujetos, pero que sí determinable⁵⁹¹.

180. Vale señalar que la incorporación de estos conceptos no es exclusivo al área centroamericana, sino que ha ido aconteciendo en otros países del continente, aunque su aplicabilidad aún no esté tan clara. GIDI, con relación al caso brasileño, comenta, hubiera sido más adecuado si el legislador hubiese condicionado la tutela de los intereses supraindividuales a la existencia de una cuestión común de hecho o de derecho entre un grupo de personas, porque para el autor es injustificable que el legislador brasileño haya impuesto las tres especies arriba enumeradas, pues si bien pueden ser apreciadas como construcciones doctrinales, hubiera sido mejor y más práctico si aparecieran en la ley como un elenco ejemplificativo en un sistema de *numeros apertus*⁵⁹².

2.2.2.2. La Tutela Judicial Efectiva de los Intereses Supraindividuales

181. La Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha dicho que admitir que la tutela judicial efectiva deba limitarse exclusivamente para interés directos y de afectación a los derechos subjetivos individuales, podría constituir una limitación demasiado estricta a la protección jurisdiccional. Sin embargo, también ha sido enfática en señalar que la posibilidad de aceptar la legitimación activa amplia sobre intereses difusos y colectivos, que pueda trascender efectos *inter partes*, dependerá de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar⁵⁹³.

Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES citado por PLANCHADELL GARGALLO, en realidad no debería de influir la naturaleza del bien, sino que el criterio preponderante

⁵⁹⁰ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 13436 del 5 de octubre de 2011.

⁵⁹¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 13436 del 3 de septiembre de 2008.

⁵⁹² GIDI, ANTONIO. *A class action...* Op. Cit., p. 69.

⁵⁹³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 934-2007, del 4 de marzo de 2011.

es que haya una comunidad de sujetos quienes disfrutan conjunta y simultáneamente de un bien, sin exclusividad, situación que se ve afectada por un acto que es igualmente perjudicial para todos⁵⁹⁴. Es la afectación la que les posibilita a instar la tutela de estos intereses ante los tribunales, y el resultado de la acción que inicien tendrá efectos sobre los demás cointerésados.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador, ha establecido la importancia de su tutela, señalando la relevancia que tiene la obligación del Estado de vigilar y tutelar los intereses colectivos, de tal forma que incluso, los poderes públicos pueden limitar el principio de libertad para protegerlos⁵⁹⁵. La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha señalado, en estas mismas líneas, que en los procesos de plena jurisdicción pueden accionar quienes tengan un interés directo por haber sido afectados sus derechos, como cuando existe un derecho colectivo o difuso⁵⁹⁶.

Esta posición jurisprudencial parece suscribirse a la opinión de BUJOSA VADELL, quien estima que el papel de la tutela judicial de los intereses supraindividuales es supletoria y limitada, pues su función con relación a estos es más bien promocional, y considera que en este caso, la satisfacción del interés supraindividual le corresponde a la Administración⁵⁹⁷. Esta posición también ha sido compartida por la Sala de lo Constitucional costarricense⁵⁹⁸. Podría decirse que en general, los ordenamientos jurídicos de la región coinciden con este enfoque, siendo evidencia de lo anterior normas administrativas de protección al consumidor o ambientales, que buscan amparar intereses de esta naturaleza.

182. Esa visión incluso llega a las normas constitucionales, como sucede en Guatemala donde la Corte Suprema de Justicia ha reconocido legitimación activa al Procurador de los Derechos Humanos para interponer amparos a efecto de proteger intereses difusos⁵⁹⁹, y la Corte de Constitucionalidad ha señalado, que es posible constituirse como parte activa en amparo cuando se actúa en representación de una colectividad, en procura de la protección de derechos solidarios o difusos⁶⁰⁰; o en Costa Rica donde esta forma de legitimación también ha quedado integrada en el

⁵⁹⁴ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., p. 25.

⁵⁹⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 24-B-87, del 29 de mayo de 1990.

⁵⁹⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de marzo de 1993.

⁵⁹⁷ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 55.

⁵⁹⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3705, del 30 de julio de 1993.

⁵⁹⁹ *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 70-2007, del 2 de mayo de 2008.

⁶⁰⁰ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 3729-2009, del 30 de septiembre de 2010.

sistema de justicia constitucional por medio del Artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989⁶⁰¹.

Incluso a nivel jurisprudencial, y haciendo referencia a la legitimación activa que es el elemento vinculado con la protección judicial de los intereses supraindividuales que mayor interés ha despertado en la jurisprudencia centroamericana, la Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador ha dicho que la afectación de los intereses supraindividuales habilita el ejercicio de todas aquellas acciones de protección y resarcimiento necesarias para la preservación de los derechos de los particulares, incluyéndose acciones de Derecho privado a que diera lugar el perjuicio sufrido⁶⁰².

Lo anterior da pie a esperar que los legisladores centroamericanos asumieran el reto y ampliaran aún más esta visión, y se aseguraran de crear instrumentos en el Derecho Procesal civil que ampararan estos intereses. Hasta ahora puede decirse que los Estados que mejor han comprometido con la tarea planteada han sido Honduras y Nicaragua, pues solamente sus Código Procesales Civiles ofrecen una regulación completa para las tres diferentes categorías reconocidas por la doctrina. En los otros ordenamientos jurídicos de la región, como quedó evidenciado en el aparatado anterior, la inclusión de estas figuras jurídicas ha comenzado hacerse, aunque a distintas velocidades y con diferentes amplitudes.

2.2.3. La necesidad de diferenciar entre el interés público y el interés difuso

183. Al repasar las líneas anteriores, queda la sensación de que en más de alguna ocasión, el legislador o los órganos jurisdiccionales centroamericanos llegan a asimilar el interés público con los intereses difusos, y a prescribir la Acción Popular para la tutela de estos últimos⁶⁰³. Caso específico es la Sentencia No. 4399-2010 del

⁶⁰¹ *Vid.* Ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 198 del 19 de octubre de 1989.

⁶⁰² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 29-G-91, del 24 de febrero de 1998.

⁶⁰³ Esta asimilación también se puede identificar en otros ordenamientos jurídicos. Tal es el caso de Portugal. La doctrina especializada en ese país ha incluso llegado a afirmar que la Acción Popular es una forma de Acción de Clase, pues su objeto es tutelar intereses difusos tales como la salud pública, el ambiente, la calidad de vida, el consumo de bienes y servicios, etc. Es más, se llega a afirmar que la Ley de Acción Popular de dicho país extiende su tutela a los derechos e intereses individuales homogéneos. *Vid.* PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO; JÚDICE, JOSÉ MIGUEL. «Class actions & arbitration in

14 de diciembre de 2010 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Sección IV en Costa Rica, antes relacionada, en la que se señala que conforme al Artículo 50 constitucional que reconoce a los ciudadanos el derecho a un ambiente sano y equilibrado, toda persona se encuentra legitimada para denunciar el daño ambiental y reclamar su reparación, contando la tutela del ambiente con una amplia legitimación procesal, al tratarse de intereses difusos o de acción popular⁶⁰⁴.

Sin embargo, esta asimilación no es adecuada, pues como ya se estableció en apartados anteriores, el interés público refiere una relación bastante distante entre la ciudadanía y el objeto, mientras que en el caso de los intereses difusos esa relación con el objeto no es distante, teniendo los miembros del grupo un interés real e inmediato en él. GALVÃO opinaba que la incorporación de la Acción Popular en un ordenamiento jurídico supone un primer paso para el reconocimiento de los intereses supraindividuales⁶⁰⁵. Definitivamente es un primer paso, porque ya se había manifestado que estos intereses difusos junto con el interés público se pueden agrupar como intereses generales, pero no puede asimilarse tanto estos dos conceptos al punto de intercambiar uno con otro.

Esta confusión ya ha sido abordada por la doctrina, particularmente por PELLEGRINI GRINOVER. La autora muy certeramente los diferencia señalando que los intereses difusos no son intereses públicos, sino que intereses privados de dimensión colectiva⁶⁰⁶. Lo anterior no impide reconocer que de todos los intereses supraindividuales, es el interés difuso el que está más próximo al interés público. Esa proximidad se evidencia, como ya se dijo, en que el interés difuso y el interés público son ambos intereses generales. Empero, persiste una diferencia básica: la gestión del interés público corresponde exclusivamente a la autoridad, mientras que la gestión del interés difuso puede corresponder a la autoridad y a los sujetos privados⁶⁰⁷.

184. Una opinión que sigue reconociendo la diferencia, basada sobre todo en la posibilidad de que el actor que solicite la tutela de estos intereses puede pertenecer

the European Union-Portugal», en AA. VV. *Estudios en Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. II, Coimbra, Edições Almedina, 2012, pp. 190-192.

⁶⁰⁴ Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo 4399-2010 del 14 de diciembre de 2010.

⁶⁰⁵ GALVÃO, ILMAR. «A ação civil pública e o Ministério Público», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 199.

⁶⁰⁶ PELLEGRINI GRINOVER, ADA. «Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña número 7347 de 24 de julio de 1985)», en *Revista de derecho procesal*, No. 3, 1998, p. 708.

⁶⁰⁷ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 65-93.

al ámbito del Derecho privado es MONTI RUGGERI RÉ. Sin embargo, el autor establece una serie de características que son propias de los intereses supraindividuales, que pudieran servir para explicar porque la confusión puede darse con facilidad.

Entre estas características están que los intereses supraindividuales no son susceptibles de apropiación individual, no son transmisibles *inter vivos* ni *mortis causa*, son irrenunciables e intransigibles, y que su defensa judicial sólo es posible por medio de la sustitución procesal. Por esta razón, el objeto litigioso es indisponible para el actor de la demanda, quien no podrá, entre otras cosas, celebrar acuerdos, renunciar, ni asumir *onus* probatorio que no esté fijado por la ley⁶⁰⁸.

Otro criterio que podría servir para diferenciar los intereses difusos del interés público es el lugar que ocupa la Acción Popular en el proceso civil. Autores, como BUJOSA VADELL, consideran que la Acción Popular definitivamente no cabe en este tipo de proceso⁶⁰⁹. Es hasta cierto punto comprensible una posición tan radical como ésta, si se tiene en mente únicamente la finalidad primordialmente compensatoria de la tutela civil, la que obviamente es muy distante del mero interés en la legalidad, que ya se había señalado es el propósito de una herramienta como la Acción Popular.

Sin embargo, esta no es la única finalidad que puede buscarse en la tutela civil. Las acciones de cesación o negación tienen un papel importante para la defensa de intereses jurídicamente tutelables, entre ellos el público. De ahí que el legislador recurra a la Acción Popular en algunos procesos interdictales, sin embargo es una Acción Popular de otra naturaleza. ARMENTA DEU la denomina Acción Popular Civil y la diferencia de la Acción Popular Pública.

La civil, de acuerdo a la autora, debe entenderse más bien como una acción colectiva de cesación o de resarcimiento, en la que estará legitimado cualquiera de los directamente afectados, así como persona jurídicas cuyo objeto sea la defensa de los intereses supraindividuales que se pretende proteger⁶¹⁰. Sin embargo, en países como Portugal, el alcance de la Acción Popular Civil también puede ser remedial, siendo utilizada para proveer compensación a las partes agraviadas⁶¹¹.

⁶⁰⁸ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. *Processo Civil Coletivo e sua Efetividade*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 45.

⁶⁰⁹ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 342.

⁶¹⁰ ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 47.

⁶¹¹ PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO; JÚDICE, JOSÉ MIGUEL. Op. Cit., pp. 192-193.

En este debate, es posible encontrar posiciones intermedias como sucede en la doctrina brasileña que señala que la utilización de la Acción Popular no excluye la de la Acción Civil Pública, pudiendo ser ambas aforadas simultáneamente. Sin embargo, reconoce que cada una atiende a una finalidad diferente, pues la primera se vincula al bien común, mientras que la segunda a un mero interés patrimonial⁶¹².

185. De ahí que haya la necesidad de utilizar un criterio mucho más poderoso para consolidar la diferencia entre estas dos categorías, y éste definitivamente debe ser el reconocimiento normativo de los intereses supraindividuales. Lo anterior sin demeritar ciertas bondades de la Acción Popular Civil. Sobre todo lo que se refiere a laxitud de los requisitos para la legitimación de los pretenses. Esto haría de este remedio una solución bastante interesante para la protección de los intereses difusos cuando su reconocimiento no se haya logrado de manera taxativa en los ordenamientos jurídicos⁶¹³.

La diferencia radica en lo ya comentado. La gestión del interés difuso corresponde no sólo a la autoridad, sino que también a los sujetos privados. Además admite formas de tutela que van más allá de la Acción Popular, y que incluyen acciones resarcitorias, las que al final son de interés para el desarrollo de este estudio.

2.3. La Tutela de los Intereses Ambientales en Centroamérica

186. Con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, se consolida la noción del ambiente como un bien jurídico digno de tutela judicial, idea que a partir de entonces se irá insertando en los diferentes ordenamientos jurídicos. El Derecho Internacional ha seguido el ejemplo configurando este derecho en algunos de sus instrumentos. Un ejemplo de lo anterior es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que en su Artículo 4.1 establece que «*deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las*

⁶¹² LAURIA TUCCI, ROGÉRIO. «Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 371-372.

⁶¹³ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 286.

*instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados»*⁶¹⁴.

En el ámbito regional, el Protocolo de San Salvador de 1988 sobre Derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 establece en su artículo 11 el derecho a un ambiente sano señalando que «1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente»⁶¹⁵.

Aunque, este reconocimiento ha dado lugar a un proceso retardado y accidentado, del que no necesariamente ha resultado una delimitación clara del contenido de los derechos subjetivos o intereses legítimos que de él se desprenden. No queda duda que por la propia naturaleza de este bien, los derechos que se constituyen con relación a él son de incidencia supraindividual, al involucrar una multiplicidad de relaciones jurídicas equivalentes, y generar pretensiones jurídicas semejantes⁶¹⁶.

Además, no hay inconveniente alguno en reconocer que el ambiente es uno de los objetos característicos de los intereses difusos⁶¹⁷. Pero no deja de ser cierto que es posible encontrar posiciones que reconocen la protección ambiental como un derecho a la personalidad o individuales, otras que la asumen como un interés legítimo derivado del deber del respeto a la persona, y otras más que la reconocen como una garantía vinculada al derecho a la salud⁶¹⁸.

187. En Guatemala la tutela de los intereses ambientales ha sido incorporado a su ordenamiento jurídico de dos maneras complementarias. Por un lado, la Constitución Política de 1985 se refiere al ambiente en la sección séptima sobre «salud, seguridad y asistencia social» del Capítulo II sobre «Derechos Sociales». En

⁶¹⁴ El Convenio fue suscrito en la ciudad de Ginebra, el 7 de junio de 1989, entrando en vigor el 5 de agosto de 1999. Ha sido ratificada por Guatemala el 5 de junio de 1996, Honduras el 28 de marzo de 1995, Nicaragua el 25 de agosto de 2010 y Costa Rica el 2 de abril de 1993. No ha sido ratificada por Belice, El Salvador o Panamá. *Vid.* OIT, Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Disponible en: <http://www.ilo.org>

⁶¹⁵ El Protocolo fue adoptado en la ciudad de San Salvador, El Salvador el 17 de noviembre de 1988, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999. Guatemala lo ratificó el 0 de mayo de 2000, El Salvador el 4 de mayo de 1995, Nicaragua el 15 de diciembre de 2009, Costa Rica el 29 de agosto de 1999 y Panamá el 28 de octubre de 1997. Belice y Honduras no lo han suscrito ni ratificado. *Vid.* OEA, Organización de los Estados Americanos, Protocolo de San Salvador sobre Derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1988. Disponible en: <https://www.oas.org>

⁶¹⁶ CAFFERATTA, NESTOR A. *Introducción al Derecho Ambiental*. México, D. F. , SEMARNAT-INE-PNUMA, 2004, pp. 78-79.

⁶¹⁷ PELLEGRINI GRINOVER, ADA, «Acciones colectivas...» *Op. Cit.*, p. 707.

⁶¹⁸ DE LA BARRA GILI, FRANCISCO. *Op. Cit.*, p. 381.

el Artículo 97 constitucional se establece la obligación para el Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional de prevenir la contaminación ambiental y mantener el equilibrio ecológico. De su ubicación en el texto constitucional se deduce que la protección del ambiente es entendida como una garantía vinculada al derecho a la salud.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca también ha manifestado que el ambiente es un interés común, por lo que su defensa legal es un derecho legitimado, sobre todo porque los derechos colectivos gozan de un amplio aspecto de legitimación para requerir su conservación y reclamar los daños que le fueran ocasionados⁶¹⁹. Esta afirmación definitivamente permite una protección tan amplia que admite que esta sea hecha por el Derecho privado. Por otro lado, la misma Corte de Constitucionalidad ha reconocido la existencia del derecho subjetivo a un ambiente sano, adecuado y equilibrado, y ha afirmado que como interés colectivo que es el ambiente, éste tiene primacía sobre el interés individual, por ser prioridad para la vida y la salud de la sociedad⁶²⁰.

188. En El Salvador también es posible observar esta dicotomía. La Constitución de El Salvador de 1983, en su Artículo 117, le asigna al Estado el deber de proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente para no para garantizar el derecho a la salud como sucede en Guatemala sino que el derecho al desarrollo sostenible. Además declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales.

El contenido de este artículo obedece a una reforma sufrida por la Constitución en el año 2000⁶²¹, por lo que es perfectamente posible entender como aquí la protección del ambiente se considera una garantía a un derecho humano de tercera generación como es el desarrollo sostenible. Y ello, ya que dicha reforma se llevó a cabo después de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente Humano y Desarrollo de 1992, donde el contenido de ese derecho queda establecido. Sin duda, este reconocimiento marca un avance significativo.

⁶¹⁹ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1397-2011, del 16 de agosto de 2011.

⁶²⁰ *Vid.* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1491-2007, del 1 de abril de 2008.

⁶²¹ *Vid.* Decreto Legislativo No. 871 de 13 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 79, de 28 de abril de 2000.

A la vez, la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, por vía jurisprudencial, también reconoce el derecho al medio ambiente. En Sentencia No. 927-2013, de 12 de febrero de 2014, ha afirmado que la existencia del derecho subjetivo parte de la constitucionalización del ambiente⁶²². Incluso, en la Sentencia 513-2012, del 15 de diciembre de 2014, ha desglosado las facultades que lo conforman, siendo estas el derecho al goce del ambiente, el derecho a que tal medio se preserve y el derecho a ser protegido frente a amenazas o lesiones a los derechos anteriores⁶²³.

La misma Corte ha señalado que éste no es un derecho absoluto, al considera que existe el potencial para que su ejercicio entre en colisión con el ejercicio de otros derechos o con la promoción de intereses y bienes que también reciben protección del orden jurídico⁶²⁴. En este sentido es evidente que en este ordenamiento jurídico no se le de necesariamente prioridad a los intereses de la colectividad. La Corte Suprema de Justicia también ha determinado que es un interés difuso⁶²⁵.

189. En Nicaragua también se ha reconocido el derecho subjetivo a un ambiente sano en el Artículo 60 constitucional. Este mismo Artículo establece la garantía de la protección al ambiente, pero a diferencia de los dos ordenamientos jurídicos anteriores ésta está vinculada exclusivamente con este derecho. Similar es el caso de Costa Rica, donde el Artículo 50 de la Constitución Política de ese país reconoce el derecho que tiene toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que también se configura como una garantía individual, que ha sido elevado a rango de derecho fundamental⁶²⁶. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia además ha señalado en Sentencia No. 3705-93 del 30 de julio de 1993, que es un interés típicamente difuso.

La Constitución panameña contiene un capítulo completo dedicado a establecer el régimen ecológico del Estado. En su Artículo 118, establece el deber al Estado de garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación. Al mismo tiempo, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha señalado que la protección y conservación del ambiente y de los recursos

⁶²² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 927-2013, del 12 de febrero de 2014.

⁶²³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 513-2012, del 15 de diciembre de 2014.

⁶²⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 21-2009, del 30 de abril de 2014.

⁶²⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 230-2013, del 4 de septiembre de 2013.

⁶²⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6477, del 24 de abril de 2009.

naturales constituyen un derecho difuso, estando legitimados sus titulares a accionar en procesos de plena jurisdicción⁶²⁷.

En Honduras, también es posible afirmar que la protección del ambiente es entendida como una garantía vinculada al derecho a la salud, pues en el Artículo 145 constitucional se establece la obligación del Estado de conservar un ambiente adecuado para proteger la salud de las personas. Por su parte, la Ley General del Ambiente de 1993, cuando se refiere a las alteraciones que éste puede sufrir, señala taxativamente que lo que resultará afectado son «*las condiciones de vida del hombre y el desarrollo de la sociedad*».

Estos derechos subjetivos, si bien no son exclusivamente ambientales, sí son decididamente colectivos e igualmente vinculados con el derecho constitucional de la salud. Será la Ley del Ministerio Público de 1993⁶²⁸, cuando lista en su artículo 1.f, diversos intereses colectivos, la que se referirá a intereses ambientales, pues incluye no sólo al ambiente, sino que al ecosistema, el patrimonio arqueológico y cultural. A diferencia de los ordenamientos jurídicos a los que se ha hecho referencia previa, en Honduras no se ha reconocido aún el derecho subjetivo a un ambiente sano y equilibrado.

Por último, la Constitución beliceña reconoce que el pueblo de Belice requiere políticas públicas que protejan el ambiente, siendo esa una de las consideraciones para el otorgamiento de la Constitución misma.

3. El Acceso a la Justicia Ambiental

190. Al principio de este Capítulo se ha dejado en evidencia como la tutela judicial efectiva se ha ido flexibilizando y ha comenzado a proteger nuevas posiciones subjetivas que en el derecho clásico no se estimaban prevalentes. La progresiva transformación de ese instituto obedece a los cambios internos de la sociedad actual que, como consecuencia de los constantes procesos de reinterpretación que ella misma hace de sus necesidades y sus circunstancias, exige una definición mucho más amplia de conceptos tales como el «*bienestar social*» y la «*calidad de vida*». En esa

⁶²⁷ Vid. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de marzo de 1993.

⁶²⁸ Vid. Decreto Legislativo No. 228-93 de 28 de mayo de 1993, Ley del Ministerio Público, publicado en el Diario Oficial La Gaceta # De 6 de enero de 1994.

reinterpretación se van modificando los ordenamientos jurídicos, y por ende también se van transformando muchos de sus principios informadores.

Ese es el caso de la tutela judicial efectiva. Es ampliamente aceptado que en la realidad jurídica presente, la simple tutela de los derechos e intereses individuales legítimos ya no alcanza para llenar esa categoría jurídica de contenido. El aceptarlo ha tenido como efecto que poco a poco se le vaya abriendo espacio a una forma de tutela que también abarque derechos e intereses que pertenecen al grupo, a la colectividad. Esta apertura hace que la tutela se convierta en una verdadera obligación para el Estado en la medida que éstos intereses se van objetivando en el Derecho positivo⁶²⁹.

En el Capítulo anterior también se dejó claramente establecido que entre esos derechos e intereses de grupo se encuentran decididamente los ambientales. El reconocimiento del ambiente como bien protegido supone que el Estado debe garantizar que concurren todos los elementos que conforman la tutela, siendo particularmente importante el acceso a la justicia ambiental⁶³⁰.

Sin embargo, es necesario reconocer que la protección que los ordenamientos jurídicos otorgan a esos intereses ambientales de grupo es eminentemente político, tal como lo hizo WILDE en su momento⁶³¹. Es decir, por más que se discorra en análisis académico-jurídicos sobre la importancia de su tutela y el contenido de ésta, la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal. De ahí que le corresponda exclusivamente al legislador, como parte del engranaje político estatal, proveer de la amplitud necesaria al Derecho sustantivo para que los intereses ambientales se legitimen, e insertar modelos procesales que permitan su adecuada tutela.

191. Así pues, en la mayoría de los casos el legislador se ha decantado por proteger al ambiente por medio de normas administrativas. Estas normas son primordialmente técnicas, pensadas para el control de la contaminación. Tienen un carácter decididamente preventivo, tratando de reflejar los principios con los que

⁶²⁹ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 20-76.

⁶³⁰ MÉNDEZ comenta que el proceso para lograr el acceso a la justicia en la tutela de intereses y derechos colectivos no es reciente, que inició en los siglos XVIII y XIX, cuando comenzó a dejar de ser una simple posibilidad de defensa de los derechos individuales, para convertirse después en ese deber estatal que adquiere la forma de un servicio público. *Vid.* MÉNDEZ, JUAN E. «El acceso a la justicia, un enfoque desde los Derechos Humanos», en THOMPSON, JOSÉ (Coord.) *Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 17.

⁶³¹ WILDE, MARK. Op. Cit., p. 3.

desde su origen se ha ido estructurando el Derecho Ambiental⁶³². Lo anterior, ha conducido a la marginalización de la posibilidad de tutelar el ambiente por medio del Derecho Privado. Vale decir que también ha contribuido a dicha marginalización el hecho que la finalidad intrínseca de esta rama del Derecho choca con la lógica eminentemente preventiva del Derecho ambiental, por ser ésta fundamental aunque no exclusivamente compensatoria⁶³³.

En España, la solución que se ha dado a la responsabilidad por daños directos al ambiente y por daños patrimoniales indirectos es emitir normas administrativas para la primera categoría, y relegar la segunda las soluciones que ofrecen los mecanismos tradicionales del Derecho privado. De ahí que el Artículo 5 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental vigente en España ⁶³⁴, exprese taxativamente que ésta no ampara el ejercicio de lesiones causadas a las personas, a la

⁶³² La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano establece en su Principio 6 que «debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio ambiente no puede neutralizarlas, para que nos se causen daños graves e irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación». También señalaba en su Principio 7 que «los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilidades legítimas del mar». Veinte años después, en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, estos principios fueron retomados, estableciéndose en el Principio 14 que «los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana». Este principio se complementa con el Principio Precautorio (Principio 15). Este principio será posteriormente incorporado en los ordenamientos jurídicos centroamericanos de tres maneras diferentes, a saber: como una obligación estatal, como una justificación teleológica de las leyes ambientales, o como un principio del Derecho ambiental. La prevención como obligación estatal está contenida en el Artículo 7 de la Ley General del Ambiente hondureña y en la Sección 4 de la Ley Ambiental de Belice (*Environmental Protection Act*). La prevención como fin de la norma ambiental aparece en el Artículo 12 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en Guatemala, el Artículo 3 de la Ley General del Medio Ambiente y Recursos Naturales nicaragüense y el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica. La Prevención como principio general del Derecho ambiental queda consignado en el Artículo 2 de la Ley del Medio Ambiente salvadoreña La Ley General del Ambiente de la República de Panamá enlista al principio de prevención entre aquellos que definen la política nacional del ambiente. *Vid.* ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972; ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; Decreto No. 104-1993 del 8 de junio, Op. Cit.; Chapter 328, Environmental Protection Act, Op. Cit.; Decreto No. 68-86 de 28 de noviembre, Op. Cit.; Ley No. 217 de 27 de marzo de 1996, Op. Cit.; Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1995, Op. Cit.; Decreto Legislativo No. 233 de 2 de marzo de 1998, Op. Cit.; Ley No. 41 de 1 de junio de 1998, Op. Cit.

⁶³³ BUJOSA VADELL, LORENZO. *La protección...*, pp. 131.

⁶³⁴ Esta ley sirvió para trasponer la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

propiedad privada, así como a ningún tipo de pérdida económica, u otro tipo de daño patrimonial, aunque estos sean consecuencia de daños al ambiente.

Coincidiendo con el legislador español, este trabajo busca reivindicar la noción de que el Derecho Privado es la ruta adecuada para deducir responsabilidad por los daños indirectos patrimoniales. Además, busca demostrar que el Derecho Privado puede ofrecer soluciones válidas y eficientes, tanto cuando éste afecte intereses individuales, como cuando éste tiene efectos transfronterizos. Por lo tanto, un primer paso en ese esfuerzo de redención es entender cuáles son los principales obstáculos que el Derecho Privado enfrenta para garantizar pleno acceso a la justicia ambiental, y cuáles son las posibles soluciones que han ido apareciendo en los diferentes ámbitos.

192. Los principales problemas que presenta la tutela que ofrece el Derecho Privado siguen siendo sus postulados esencialmente individualistas. Se le dificulta ofrecer soluciones adecuadas para los problemas ambientales, por ser estos de naturaleza esencialmente colectiva. No se trata de menospreciar la finalidad compensatoria antes mencionada, sino de reconocer que ésta no soluciona necesariamente el conflicto de marras de la manera más adecuada.

Ya en el Capítulo 1 se hacía referencia a algunas posiciones doctrinales que admiten el carácter preventivo o disuasivo del Derecho Privado. De hecho, prevenir la lesión sería la solución ideal, pero según la forma en la que comúnmente se estructuran los procesos civiles, debe aceptarse que la obtención de una sentencia suele ser dilatada, y no hay garantía alguna de que su contenido sea ejecutado voluntariamente. Lo anterior vuelve dicha sentencia inútil desde la perspectiva de la prevención primaria, porque no cumpliría con la función de evitar la lesión.

La heterogeneidad propia de los derechos e intereses de grupo también representa un reto para las normas procesales, porque en esencia, igual que las normas sustantivas del Derecho Privado, éstas también son individualistas. Esta característica dificulta en algunas ocasiones establecer la legitimación de los justiciables, pudiendo causar inseguridad jurídica.

Dicho esto, la problemática procesal se extiende incluso cuando se esté actuando en defensa de derechos individuales homogéneos, pues como señala BUJOSA VADELL, normalmente los sujetos afectados van a estar en un plano desigual en

relación con quienes les han causado lesiones⁶³⁵. Todo lo anterior es particularmente cierto en el área centroamericana donde además, ha quedado evidenciado en el Capítulo anterior, que no todos los Códigos Procesales Civiles cuentan con normativamente expresamente diseñada para la tutela de intereses de grupo.

También es válido señalar el obstáculo que representa para el acceso a la justicia el costo que involucra cualquier acción judicial. Es tan determinante este factor, que perfectamente puede ser un disuasivo para cualquier afectado cuando el valor de la lesión no es significativa, por mucho que posea un derecho subjetivo y que su deseo de reparación sea fuerte. Con mucha más razón lo será, cuando un individuo quiera iniciar un proceso judicial para la defensa de los intereses del grupo, como es el caso del ambiente. Al ser éste un interés de naturaleza difusa, el interés personal del actor es nada más una fracción del interés que podría intentar proteger por esa vía⁶³⁶.

No son menos significativos los problemas que pueda suponer la etapa probatoria del proceso. Por un lado, probar la causación de la lesión normalmente requiere conocimiento técnico-científico sumamente especializado, volviéndolo excesivamente oneroso; y, por otro, la sumisión del Derecho Privado a la responsabilidad subjetiva, evita que se suavicen las exigencias de la actividad probatoria⁶³⁷.

Por último, es necesario referirse a la característica transfronteriza del problema ambiental. La tutela adecuada de los derechos intereses ambientales requiere la creación, regulación e institucionalización de mecanismos de cooperación judicial. Es un error asumir que por su propia cuenta, un Estado puede resolver jurisdiccionalmente todos los conflictos jurídicos que devienen de las lesiones ambientales, sobre todo si concurren a ellos elementos foráneos. Unos elementos que podrán aparecer por diversas causas. Ya sea porque la acción que genera la lesión se llevó a cabo en el territorio de otro Estado, porque el causante se encuentra fuera de la jurisdicción que lo procesa, porque los medios probatorios que permitirían dictar sentencia estén fuera del territorio nacional, etc.

⁶³⁵ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 120-124.

⁶³⁶ DE SALLES, CARLOS ALBERTO. Op. Cit., p. 121.

⁶³⁷ PÉREZ FUENTES, GISELA MARÍA. Op. Cit., p. 37.

CAPÍTULO 3. LAS ACCIONES DE GRUPO PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES AMBIENTALES EN CENTROAMÉRICA

193. En términos generales, el proceso puede entenderse como un conjunto de actos que conforman el método configurado en la ley, para la impartición adecuada de la justicia. Es decir, es el instrumento legal que regula la función jurisdiccional⁶³⁸. Este tiene como principal función, aplicar el Derecho sustantivo de la forma más precisa posible⁶³⁹. El proceso adquirirá su propia forma, dependiendo de la tradición a la que pertenezca y a la disciplina en la que se subsuma. El efecto de lo anterior es que la aplicación de los principios propios de la tutela judicial efectiva variará si el proceso pertenece al *Civil Law* o al *Common Law*, así como entre el proceso civil y las demás clases de procesos⁶⁴⁰.

Comenta MONTERO AROCA que la inclusión del proceso civil en un ordenamiento jurídico es consecuencia de la presencia de un Estado constitucional donde se protege la libertad económica⁶⁴¹. Su existencia parte tanto del reconocimiento de derechos subjetivos e intereses legítimos de naturaleza privada, como de la acción volitiva de la persona que insta jurisdiccionalmente su protección. En dicho proceso, la acción se constituye como un derecho subjetivo público para la defensa de esos derechos e intereses⁶⁴².

194. Una de las tantas aplicaciones que tiene el proceso civil es la de posibilitar se deduzca la responsabilidad por daño, haciendo uso de las acciones judiciales ordinarias. No obstante, el diseño tradicional de las acciones ordinarias sólo permite que sean útiles para lograr el resarcimiento del daño ambiental indirecto individual, por ser puramente patrimonial la naturaleza del daño⁶⁴³. Sin embargo, en la tradición del *Civil Law*, para poder deducir responsabilidad civil por daño ambiental

⁶³⁸ MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso ...Op. Cit., p. 117.

⁶³⁹ VANDENSANDE, ELS. «Some initial steps towards a European debate on procedural rulemaking», en CADDIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, p. 51.

⁶⁴⁰ Un ejemplo de lo anterior es que, en materia civil, el principio de audiencia se entiende realizado cuando a las partes se les dé la oportunidad efectiva de ser oídas, independientemente que hagan uso de ésta o no, a diferencia de lo que acontece en materia penal. *Vid.* MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso... Op. Cit. p. 117.

⁶⁴¹ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 141.

⁶⁴² ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Derechos básicos ...Op. Cit., p. 106.

⁶⁴³ Es necesario señalar que el proceso civil es uno de los tantos instrumentos que tienen disponibles los particulares en el Derecho privado para proteger sus derechos subjetivos e intereses legítimos, pues partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, estos pueden acudir a otros sistemas tanto auto compositivos como hétérocompositivos. *Vid.* MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit. p. 143.

directo es necesario que el legislador diseñe instrumentos procesales que permitan resolver pretensiones de resarcimiento grupal que se acomoden a la realidad actual de un mundo globalizado, donde los intereses colectivos han adquirido mayor relevancia.

¿Por qué afirmar que es tarea exclusiva del legislador en el *Civil Law*? Pues por las características propias de la tutela jurisdiccional en esta tradición. En ella, la ley se alza como el más claro límite de dicha tutela. Las normas deben fijar no sólo la protección de intereses jurídicos y derechos subjetivos, sino que su amplitud, en tanto no es posible que el juez determine su tutela discrecionalmente⁶⁴⁴.

Lo anterior es una verdadera desventaja frente a la flexibilidad ofrecida por el *Common Law*, cuya principal preocupación es la solución de los conflictos jurídicos traídos al ámbito jurisdiccional, y no necesariamente el reconocimiento de derechos subjetivos. En esta tradición, la función legislativa tiene un rol subsidiario al de la jurisprudencia, permitiendo que los jueces sean lo que preferentemente creen el Derecho, y sus decisiones se conviertan en precedentes de aplicación casi obligatoria⁶⁴⁵.

195. Por lo tanto, en el *Civil Law* definitivamente puede producirse una verdadera obstrucción al acceso a la justicia si un ordenamiento jurídico no cuenta con los instrumentos procesales necesarios para garantizar que las personas acudan a la tutela judicial cuando se les vulnera sus derechos subjetivos o intereses legítimos, sean estos individuales o colectivos. Lo anterior es particularmente cierto en aquellos casos en los que una colectividad posee un derecho en el plano teórico cuya tutela no se puede llevar a cabo adecuadamente desde el plano individual⁶⁴⁶, porque el legislador no ha creado aún los instrumentos idóneos y prácticos para poder efectivamente hacerlos valer en juicio⁶⁴⁷.

Es decir, la creación de instrumentos que permitan la tutela jurisdiccional de los derechos supraindividuales es un elemento indispensable para garantizar el acceso

⁶⁴⁴ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 76.

⁶⁴⁵ En el *Common Law* sí existe la función legislativa, sin embargo, se le da prioridad a la jurisprudencia, siendo el Juez el protagonista. La doctrina del *Stare Decisis* será el componente principal de este modelo, haciendo que los precedentes anteriores sean obligatorios. Esta doctrina se complementa con el concepto de *Equity*, que permite a los jueces aplicar su discrecionalidad al considerar que los precedentes existentes no se ajustan a las circunstancias concretas del caso que están conociendo. Vid. PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. Op. Cit., pp. 12-20.

⁶⁴⁶ CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. *Las acciones colectivas y su eficacia territorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*. Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 17-18.

⁶⁴⁷ GIDI, ANTONIO. *A class action...* Op. Cit., p. 29.

real a la justicia dentro de un Estado Social de Derecho⁶⁴⁸. En ese contexto, la inclusión de acciones de grupo en los Códigos Procesales significaría una prestación jurisdiccional muchísimo más adecuada y eficaz para combatir la violación y asegurar la reparación de estos derechos e intereses⁶⁴⁹.

Esta posibilidad se condice con la existencia misma de dicho Estado social, en el que las normas de Derecho Privado no se encuentran necesariamente en oposición con el Derecho Público, y se han abierto a intereses generales y colectivos⁶⁵⁰. Sin embargo, diseñar una herramienta de esa naturaleza tiene sus bemoles, pues debe asegurar una característica que es propia de las acciones individuales: debe garantizar el principio de audiencia de cada uno de los miembros del grupo⁶⁵¹.

196. Si se hace el análisis exclusivamente desde la perspectiva ambiental, también se puede entender la importancia de contar una solución procesal que sea idónea para la protección los intereses de éste tipo cuando estos son dañados, y que además sea eficiente desde una perspectiva económica. Tampoco deberá perjudicar la protección que en el ámbito procesal se ha venido dando a los derechos individuales. Al contrario, cualquier solución de esta índole debe ampliar la tutela de estos intereses cuando también se vean lesionados por daños al ambiente.

Idealmente, dicha solución debe permitir que la protección de estos últimos pueda hacerse paralelamente por medio de acciones individuales y colectivas. Estas últimas son necesarias para evitar que las víctimas eviten acudir a la justicia por considerar que el costo del proceso judicial es demasiado alto en comparación con el valor económico de la lesión sufrida.

197. A pesar de lo anterior, ya se ha comentado en los Capítulos previos que solamente en dos de los ordenamientos jurídicos centroamericanos que pertenecen a la tradición del *Civil Law* (Honduras y Nicaragua), los legisladores han incluido instrumentos procesales para la tutela de las pretensiones de grupo en sus Códigos Procesales Civiles. Belice lo ha hecho en sus normas procesales generales. En algunos otros países es posible encontrar procedimientos jurisdiccionales para pretensiones de

⁶⁴⁸ Todas las Constituciones Centroamericanas establecen un modelo de Estado Social de Derecho. La Constitución nicaragüense es la única de la Región que taxativamente establece que dicho Estado está constituido como uno Democrático y Social del Derecho (Artículo 6). Las demás incluyen en su catálogo derechos sociales (Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Panamá), o reconoce el principio de la justicia social (Belice).

⁶⁴⁹ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., p. 78.

⁶⁵⁰ LLAMAS POMBO, EUGENIO. «Requisitos... Op. Cit., p. 6.

⁶⁵¹ BOOM, WILLEM H. «Mass Torts: Debates and Pathways», en BOOM, WILLEM H., WAGNER, GERHARD (Editors). *Mass torts in Europe: Cases and Reflections*. Berlín, De Gruyter, 2014, p. 3.

grupo en leyes que regulan la materia de consumo, la materia de competencia y la materia ambiental.

De ahí que es necesario entender las características de estos procesos, así como es pertinente determinar si estas herramientas permiten la adecuada tutela de los intereses ambientales, a la vez que permiten proteger tanto el derecho subjetivo del actor, como su interés legítimo de defender los intereses y derechos de otros miembros del grupo⁶⁵². Como corolario de lo anterior, también es de indudable importancia proponer una solución que pueda ser posteriormente incorporada en aquellos ordenamientos jurídicos que aún carecen de ella, siguiendo el ejemplo de otras regiones del planeta, particularmente la Unión Europea⁶⁵³.

1. Las Referencias Obligadas

198. Centroamérica, a lo largo de su vida independiente ha estado sometida a diversas influencias en el ámbito jurídico. Estas influencias, han informado la configuración de una serie de categorías jurídicas en sus ordenamientos jurídicos. En lo que a las acciones de grupo se refiere, la situación no es distinta. Si bien es cierto dichas acciones aún no han sido integradas en todos los ordenamientos jurídicos de la región, las que sí existen, han tomado elementos de varios de los modelos descritos a continuación.

1.1. La Representative Suit inglesa

199. En el Derecho anglosajón, desde la edad media emergen algunas posibilidades para la compensación colectiva. En el siglo XVII aparece la equidad con el *Bill of Peace* de la mano de las *Chancery Courts*. Este sistema jurídico incluiría

⁶⁵² OJEDA MESTRE, RAMÓN. «La legitimación activa para el juicio de amparo en materia ambiental». *Gaceta Ecológica*. 2001. No. 60. pp. 52.

⁶⁵³ En Junio de 2013 la Comisión Europea emitió una recomendación sobre cuales son los principios comunes que debería contener la legislación sobre acciones de grupo negativas e indemnizatorias de sus miembros. Según la misma, en 2017 la Comisión evaluará si es necesario adoptar alguna otra acción legislativa para asegurar los principios propuestos en dicha recomendación. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *COM (2013) 0401 final, Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones*. Estrasburgo, 2013.

todo un cuerpo normativo y procedimental que vendría a completar, y en algunas ocasiones incluso a invalidar al Derecho común y al Derecho estatutario, con el fin de proteger los derechos individuales⁶⁵⁴.

A partir de entonces, será posible que individuos inicien acciones representativas siempre que quien lo haga tenga un interés propio en la acción, que este interés sea común con los de sus representados, que la posibilidad de accionar de manera individual fuera de hecho o de derecho imposible, y que se garantice que la representación es adecuada. En dichos casos, la colectividad quedaría vinculada por el resultado de la acción⁶⁵⁵, salvo que optara por desvincularse de la demanda. Es decir, este modelo es un sistema *opt-out*. Los miembros del grupo representado que optaran por desvincularse de la demanda, podrían litigar por separado o en el mismo proceso, o podrían salir del todo de éste.

200. La finalidad de esta acción puede ser interdictal, así como declarativa, aunque la jurisprudencia ha admitido ya la posibilidad de utilizarlas para obtener reparación. Sin embargo, estas últimas son muy poco comunes. En los pocos casos donde se ha logrado una indemnización, ha sido porque el valor global de la indemnización era conocido y la repartición entre los miembros del grupo era fácilmente determinable, o porque al ser los miembros del grupo aceptaron que el valor de sus indemnizaciones fuera determinado en un proceso posterior a la sentencia y depositado en un fondo especial⁶⁵⁶.

En la actualidad también existe la posibilidad en Inglaterra de optar las «*Group Litigation Order Actions*». Estas se han convertido en el principal medio para gestionar las acciones indemnizatorias que involucran números grandes de personas afectadas. A diferencia de las acciones representativas, este modelo es un sistema de *opt-in*, mediante el cual los miembros del grupo deben activamente decidir demandar. Como resultado, el efecto de la cosa juzgada es vinculante para todos los miembros del grupo. Para la liquidación de la indemnización, empero, cada miembro del grupo debe demostrar que ha sufrido daño personal⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. Op. Cit., p. 20.

⁶⁵⁵ CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., pp. 18-19.

⁶⁵⁶ ANDREWS, NEIL H. «Tort Litigation Affecting 'Business': The english perspective», en STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative Studies on business tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 43-44.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, pp. 44-46.

1.2. La Class Action estadounidense

201. La *Representative Suit* inglesa es el antecedente de la *Class Action* estadounidense⁶⁵⁸. Esta fue llevada a los Estados Unidos por JOSEPH STORY a principios del siglo XIX⁶⁵⁹. Si bien es cierto, el modelo inglés también es la base del modelo beliceño, no ha tenido mayor impacto en el resto de la región. En cambio, la *Class Action* es la primera referencia que se utiliza al analizar la posibilidad de incluir acciones de grupo en los instrumentos procesales del ámbito del *Civil Law*.

La *Class Action* es un instrumento procesal muy flexible que permite que una o más partes que actúan como representantes del grupo, puedan demandar en nombre de la colectividad de personas que se mantienen ausentes, siempre que se encuentren en posiciones similares con el demandante⁶⁶⁰. Dicho representante actúa como parte en el juicio, mientras que los ausentes se consideran reclamantes putativos, cuyo status se regularizará una vez que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada⁶⁶¹. Esta representación es posible incluso si las demás personas que se encuentran en la misma posición desconocen la existencia de dicha demanda, siempre y cuando se logre la certificación de clase por parte del juez que conoce de la demanda.

202. Se trata de una forma de tratamiento procesal de lesiones en masa que igual que su antecedente británico, también se deriva de la equidad⁶⁶². Es utilizada cuando la clase o grupo de perjudicados ausentes es tan numerosa que unirlos en alguna forma de litisconsorcio para accionar en defensa de sus intereses sería impracticable, o cuando, interponer pretensiones judiciales de forma separada podrá resultar en pronunciamientos contradictorios por parte de la autoridad judicial. No se puede afirmar que su naturaleza sea exclusivamente compensatoria. De hecho, ha sido empleada incluso cuando no hay una expectativa razonable de compensación

⁶⁵⁸ FIEDLER, LILLY. *Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 48-49.

⁶⁵⁹ DODSON, SCOTT. «An Opt-In Option for Class Action», en *Michigan Law Review*. Vol. 115, No. 2, 2016, p. 175.

⁶⁶⁰ BONE, ROBERT G. «Class action», en SANCHIRICO, CHRIS WILLIAMS (Editor) *Procedural law and economics*. Stockport, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 67.

⁶⁶¹ TANG, ZHENG SOPHIA. *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*. 2ª ed. Croydon, Hart, 2015, p. 266.

⁶⁶² CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., pp. 18-21.

individual para las víctimas. Pareciera que, en realidad, su propósito es el de imponer los principios subyacentes del Derecho material de ese país⁶⁶³.

La tutela se consigue por medio de una sentencia de condena a reparar, con efecto de cosa juzgada *ultra partes*, y que se extiende a todos los individuos vinculados a la misma clase, aunque no hayan comparecido en juicio. Para eso el juez debe certificar al grupo o clase. Sin la certificación de clase, la acción podrá seguir su curso, pero los efectos de la sentencia serán *inter partes*, limitándose a quienes se hayan personado en el proceso⁶⁶⁴.

203. La vida normativa de la Class Action norteamericana comenzó en la Regla Federal de Equidad 48, que se basó en la propuesta inicial de STORY. Actualmente se encuentra regulada en las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses que datan de 1938 y que fueron modificadas en 1966⁶⁶⁵, y más recientemente en 2016.⁶⁶⁶ Los requisitos para poder entablar una *Class Action* de acuerdo a esta normativa son:

(1) Numerosidad (*Numerosity*), pues sólo pueden ser utilizadas cuando la acumulación es impracticable en una acción ordinaria, por el elevado número de los miembros de la clase;

(2) Cuestiones Comunes (*Commonality*), cuando existan cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros de la clase⁶⁶⁷, estando todos en condición semejante⁶⁶⁸;

⁶⁶³ MEURKENS, RENÉE CHARLOTTE. *Punitive damages. The civil remedy in American Law, lessons and caveats for Continental Europe*. Denver, Kluwer, 2014, p. 35.

⁶⁶⁴ ARMENTA DEU comenta que la idea que subyace a la certificación de clase es la de encontrar una fórmula que equilibre lo cuestionable que puede resultar el hecho de que la resolución de un proceso colectivo afecte a los particulares que no han intervenido en él, y la necesidad de proteger intereses de grupo. Dicha certificación vendría a justificar modelos de legitimación exclusivos y excluyentes. *Vid.* ARMENTA DEU, TERESA. *Op. Cit.*, pp. 74-75.

⁶⁶⁵ DODSON, SCOTT. *Op. Cit.*, pp. 175-176.

⁶⁶⁶ *Vid.* Federal Rules of Civil Procedure, Fed. R. Civ. P. (1938)

⁶⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia Estadounidense, en el caso *Dukes vs. Walmart* profundizó en este concepto y señaló que un criterio para determinar la cuestión común de la clase era que hubiera un conflicto común que fuera decisivo para que aparecieran las reclamaciones individuales. *Vid.* *Walmart Stores, Inc. V. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011).

⁶⁶⁸ Comenta GIDI que la importancia de la cuestión común es que permite que las partes puedan ser tratadas como una única persona, perdiendo cada una su individualidad. *Vid.* GIDI, ANTONIO. «Las Acciones Colectivas en Estados Unidos», en SARMIENTO SOSA, CARLOS (Compilador). *Estudios iberoamericanos del derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez*. Bogotá, Legis, 2005, p. 242.

(3) Tipicidad (*Typicality*), cuando las peticiones o excepciones individuales de las partes representantes del grupo sean típicas de las pretensiones o excepciones del mismo grupo; y,

(4) Representación adecuada (*Adequacy of Representation*), no necesariamente implicando que el representante del grupo está investido formalmente de dicha representación, sino que el requisito para la legitimación de las partes representantes es que éstas protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase⁶⁶⁹.

En el análisis hecho por GIDI, el autor establece que los dos primeros requisitos antes mencionados son de naturaleza objetiva y se refieren a la situación controvertida entre las partes. Pero además considera que son determinantes, pues por medio de ellos se establecen los hechos que autorizan el juzgamiento colectivo de la controversia. En cambio, para él, los dos últimos requisitos son de naturaleza subjetiva, y se refieren a los atributos que se estiman deseables con respecto al representante del grupo. Estos atributos deben asegurar que el procedimiento que se haya de llevar a cabo sea justo para él, así como para los demás miembros ausentes de la clase. Por lo tanto, el análisis de los dos primeros requisitos se lleva a cabo fuera del proceso, mientras que el de los dos últimos, dentro de éste⁶⁷⁰.

204. BUJOSA VADELL comenta sobre la relevancia que tiene el rol de los miembros ausentes de la clase en este tipo procesal, y con ello, la adecuación de su representación y el control judicial⁶⁷¹. El autor coincide con GIDI en que los dos requisitos que éste estimaba subjetivos, normalmente son utilizados para determinar dicha adecuación. Estos dos criterios deberían ser entendidos como mecanismos que buscan el aseguramiento de una protección efectiva por parte del representante con ellos se examina la cualificación del apoderado legal para llevar adelante el proceso y la ausencia de la contraposición de intereses, garantizando así que el representante no tenga inclinaciones antagónicas a las del grupo.

⁶⁶⁹ STÜRNER opina que la adecuada representación está determinada por criterios tales como que los abogados contratados por el representante de la clase tengan suficiente experiencia en ese tipo de procedimientos, que los representantes y sus abogados cuente con medios económicos suficientes para cubrir los costos de la litigación, que el representante no tenga ningún tipo de relación que pudiera ser considerada como conflicto de interés con ningún otro miembro del grupo o con el oponente. *Vid.* STÜRNER, ROLF. «The role of judges and lawyers in collective actions in the United States and Europe». *Zeitschrift für Zivilprozess International*. Vol. 17, 2012, p. 266.

⁶⁷⁰ GIDI, ANTONIO. *A class action...* Op. Cit., pp. 67-68.

⁶⁷¹ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 199.

También es posible que, en determinados casos, se exija notificación de la pendencia del proceso a los miembros ausentes, permitiéndoseles así autoexcluirse del grupo, y evitar de esta manera los efectos de la sentencia. Todo lo anterior depende del control que realice el juez del proceso, así como en el caso de las transacciones para poner fin a este, o en el caso de que la parte actora quiera desistir⁶⁷².

Entre las ventajas de este modelo se puede señalar los diferentes mecanismos de control judicial con los que cuenta. Estos incluyen el conceder o negar la acción emprendida certificando el cumplimiento de los antedichos requisitos, determinar si es adecuada la pericia técnica de la defensa letrada, o la idoneidad de los métodos de publicidad, así como la debida notificación a las partes, y sobre las sumas obtenidas a título de indemnización⁶⁷³. Otras ventajas significativas son la eficiencia y economía procesal, la protección de los demandados frente a reclamaciones inconsistentes, la protección de los intereses de los ausentes, el acceso a la justicia de los pequeños demandantes, el fortalecimiento de las leyes y el freno a las actuaciones ilícitas⁶⁷⁴.

205. Las formas de acción de clase que se desprenden de la Regla 23 (b) de las *Federal Rules of Civil Procedure* son varias. En primer lugar, están las acciones de contenidas en la Regla 23 (b)(1), denominadas «*mandatory classes*» cuyo propósito es evitar por medio de un proceso único las dificultades que podrían generarse para los miembros del grupo en el caso de múltiples acciones individuales ante un mismo conflicto. Dentro de esta categoría se encuentran la «*Incompatible Standards Class Action*» y la «*Prejudice Class Action*».

La primera se utiliza para evitar que la contraparte en estos conflictos sea sometida a estándares de conducta incompatibles. El propósito de la segunda es tratar de evitar o hacer cesar perjuicios que resulten de una pluralidad de acciones. En ambos tipos de acciones de clase se sigue un modelo en el que no cabe la opción «*opt-out*», quedando los miembros de la clase vinculados a la sentencia una vez que han sido notificados del proceso⁶⁷⁵.

Las acciones contenidas en la Regla 23 (b)(2) son acciones de clase, que pueden ser inhibitorias o declaratorias. Aplican cuando el demandado no actuó o dejó de ejercer el deber legal que le corresponde frente al grupo. Éstas se denominan

⁶⁷² BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 199-289.

⁶⁷³ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit., pp. 169-170.

⁶⁷⁴ LLAMAS POMBO, EUGENIO. «Requisitos... Op. Cit., p. 7.

⁶⁷⁵ GIDI, ANTONIO. «Las Acciones Colectivas... Op. Cit., pp. 252-253.

«*Injunctive Class Actions*» y «*Declaratory Class Actions*». Sirven para proteger intereses de grupo de los que no hay titularidad por parte de sus miembros, precisamente como en el caso del ambiente. Aquí tampoco cabe la opción del *opt-out*.

206. La Regla 23 (b)(3) para colectividades que tienen intereses comunes, fue creada para abordar una solución intermedia entre la eficiencia ofrecida por litigación por acumulación, y las preocupaciones que pueden nacer de la representación de demandantes sin afiliación alguna⁶⁷⁶. Esta categoría contiene a las «*Damages Class Action*», cuya finalidad es enteramente indemnizatoria.

En palabras de GAMBARO, éstas permanecen confinadas a los casos donde ha habido un daño de masas en el sentido más estricto. Pueden ser utilizadas cuando una masa de personas ha sufrido una lesión de un derecho individual tutelado, dejando por fuera el supuesto de lesiones a intereses difusos⁶⁷⁷. Esta es la acción que debería utilizarse en el supuesto de lesión a intereses individuales homogéneos. En este tipo de acciones de clase sí cabe la opción «*opt-out*»⁶⁷⁸, haciendo necesario garantizar a los miembros de la clase la mejor forma de notificación posible.

Existen dos tipos de acciones de clase reparatorias; la «*Large Claim Class Action*», y la «*Small Class Action*»:

(1) El primer tipo es utilizado por demandantes que han sufrido daños lo suficientemente significativos de manera individual, como para contratar los servicios de un abogado y demandar por su cuenta. En estos casos, la ventaja de demandar en grupo se vincula con la noción de economías de escala, evitando duplicar los costos de litigar.

(2) El segundo tipo consiste en grupos de demandantes cuyas lesiones no son realmente significativas, volviéndose demasiado oneroso contratar servicios legales para demandar individualmente. La ventaja de este modelo radica en la posibilidad de

⁶⁷⁶ DODSON, SCOTT. Op. Cit., p. 178.

⁶⁷⁷ GAMBARO, ANTONIO. «Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi», en AA.VV. *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*. Milán, Giuffrè, 1994, p. 62.

⁶⁷⁸ Este sistema utilizado para la configuración del grupo requiere que se asegure la debida notificación a todos los posibles interesados en el proceso. Los interesados deben manifestar expresamente su voluntad de ser excluidos del grupo, y ser considerados como terceros. De no hacerlo, se verán afectados por el resultado final, salvo que se aplique la modalidad «*secundum eventum litis*», quedando, en este último supuesto, abierta la opción de que pueda ejercitar la tutela individual de su derecho subjetivo o interés protegido. BONE opina que es un sistema complejo de preclusión, que permite asegurar la adjudicación de los reclamos de varios demandantes en un solo procedimiento judicial, al vincularlos a todos al resultado. Vid. BONE, ROBERT G. Op. Cit., p. 67.

reducir la asimetría entre los costos de litigar y la significancia del daño sufrido, al diluir dichos costos entre todos los miembros del grupo⁶⁷⁹.

No obstante, la versatilidad de esta figura, su utilización en materia ambiental también tiene detractores. GAMBARO, por ejemplo, señala las acciones de clase no resuelven automáticamente los problemas de protección de los intereses ambientales difusos, sino que más bien la complica, al existir esa multiplicidad de opciones que no son complementarias entre sí, y que no pueden ser utilizadas simultáneamente⁶⁸⁰. Podría decirse que su análisis no es muy acertado en tanto en el ámbito del *Civil Law* también coexisten las acciones de naturaleza indemnizatoria, con aquellas de naturaleza negativa o de cesación.

1.3. La Acción Civil Pública o Acción de Clase Brasileña

207. Si bien es cierto, en Brasil existe normativamente la tutela colectiva desde el año 1985 con la promulgación de la Ley de la Acción Civil Pública⁶⁸¹, ésta no se vio completada sino hasta la promulgación en 1990 del Código de Defensa del Consumidor de 1990⁶⁸², formando entre ambas un sistema autónomo e integrado de regulación⁶⁸³. A este nuevo modelo se le ha dado la denominación de «*Acción de Clase Brasileña*» al ser utilizado en defensa de los derechos supraindividuales contenida precisamente en dicho Código⁶⁸⁴.

Este instrumento procesal es la respuesta concreta que el legislador brasileño ha dado a la garantía ciudadana de acceso a la justicia incluida en el Artículo 5 de la Constitución Federal de Brasil de 1988⁶⁸⁵, consignada en su numeral XXXV, el que establece que la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial ninguna lesión o amenaza a algún derecho, sea este individual o sea este supraindividual. Esta respuesta dada por el legislador al reto establecido en la Constitución es amplia. Esto

⁶⁷⁹ BONE, ROBERT G. Op. Cit., pp. 68-71.

⁶⁸⁰ GAMBARO, ANTONIO. Op. Cit., p. 47.

⁶⁸¹ Vid. Lei da Ação Civil Pública/LACP (Lei 7.347/1985).

⁶⁸² Vid. Código de Defesa do Consumidor/CDC (Lei 8.798/1990).

⁶⁸³ MONTI RUGGERI RÉ, ALÍSIO IUNES. Op. Cit., p. 52.

⁶⁸⁴ PELLEGRINI GRINOVER, ADA. «Direitos Individuais Homogêneos: os Requisitos da Prevalência e Superiodidade e Dano Moral Colectivo». En AA. VV. *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos condumidores*. Coimbra, Almedina, 2012, p.11.

⁶⁸⁵ Vid. Constituição da República Federativa do Brasil, del 5 de octubre de 1988.

concuera, además, con lo que MONTI RUGGERI RÉ ha denominado el «Principio de la no taxatividad o de la atipicidad de la acción colectiva»⁶⁸⁶. Este principio permite que pueda intentarse todo tipo de acciones que estén disponibles normativamente para la adecuada y efectiva tutela de estos derechos, y pueda además utilizarse todos los instrumentos procesales necesarios y eficaces.

208. Este instrumento brasileño también encuentra su precedente en la *Class Action* estadounidense, específicamente en la *Damages Class Action* antes referida. Sin embargo, es posible señalar tres diferencias principales con relación a aquella. Por un lado, la Acción Civil Pública no incluye la certificación judicial como mecanismos de control de verificación de la responsabilidad adecuada, ni de los presupuestos procesales. Además, en el modelo brasileño se ha legitimado a entidades públicas y privadas para demandar colectivamente. Tampoco existe en éste la opción del *opt-out*, haciendo que la extensión subjetiva de la cosa juzgada sea de *secundum eventum litis, in utilibus*⁶⁸⁷. Así se logra beneficiar a los titulares de derechos individuales, quienes podrán promover sus acciones personales en caso de que la demanda colectiva sea tenida como improcedente.

Uno de los aportes fundamentales del Código de Defensa del Consumidor de 1990, mencionado al principio de este apartado, es que clasificó los derechos supraindividuales en tres categorías: derechos difusos, derechos colectivos (en sentido estricto) y derechos individuales homogéneos. GIDI comenta en relación a la última de dichas categorías que la homogeneidad de los derechos individuales es un concepto relacional, pues se basa en el origen común de los derechos, permitiendo se les considera homogéneamente en el ámbito procesal⁶⁸⁸. Esta categoría tiene su base en la

⁶⁸⁶ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., pp. 116-125.

⁶⁸⁷ La cosa juzgada *secundum eventum litis* se refiere la extensión de ésta, de tal forma que, si la sentencia es favorable a las pretensiones deducidas, ésta expande sus efectos a todos los miembros del grupo. En cambio, si la sentencia es desfavorable debe producir efectos sólo entre las partes del proceso, permitiendo a los demás miembros del grupo volver a demandar de forma individual basados en los mismos hechos. *Vid.* AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, MAITE. «La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor», en *Revista Ius et Praxis*. Año 16, No. 1, 2010, pp. 102-103.

⁶⁸⁸ GIDI, ANTONIO. «Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. p. 35.

«*spurious class action*» que se encontraba regulada en el Regla 23 de las *Federal Rules of Procedure* estadounidenses de 1939⁶⁸⁹.

Vale comentar que la doctrina brasileña ha llegado a confundir la Acción Civil Pública y la Acción Popular por tutelar ambas intereses de la misma naturaleza⁶⁹⁰. No obstante, se diferencian en que el objeto inmediato de la primera es el de tutelar estos intereses deduciendo responsabilidad por daños patrimoniales y morales, y no sólo buscando que se declaren o anulen actos o negocios jurídicos dañinos. De ahí que la Acción Civil Pública pueda tener un objeto que puede ser declarativo, constitutivo o condenatorio. Además, este último efecto puede ser con fines inhibitorios, reintegradores o resarcitorios⁶⁹¹.

1.4. El Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica

209. La necesidad en el *Civil Law* de abrir el Derecho privado al reconocimiento de las pretensiones de grupo ha tenido como efecto que en el ámbito iberoamericano se haya propuesto un Código Procesal Civil Modelo⁶⁹². En él se presenta una opción de acción colectiva basada en la Acción Civil Pública brasileña, con algunas modificaciones en temas de legitimación y representatividad⁶⁹³. Siguiendo el modelo brasileño, el Código Modelo Iberoamericano ha venido a regular la acción colectiva, tratando de reconciliar la necesidad de tutela de los derechos de grupo, con las garantías constitucionales del debido proceso, particularmente los principios de

⁶⁸⁹ DODSON las describe como aquellas acciones de clase donde los miembros del grupo tienen diversos derechos, vinculados por cuestiones comunes o *commonality*. Su creación tenía como objetivo el facilitar una acumulación permisiva entre los miembros del grupo que compartían intereses comunes, pero sin previa organización, sin obligarles a depender de otorgar su consentimiento *ex ante*. Su utilización dependería más bien de un consentimiento *post hoc*, en la forma de un mecanismo *opt-in*. *Vid.* DODSON, SCOTT. *Op. Cit.*, p. 176.

⁶⁹⁰ FIDELIS DOS SANTOS, por ejemplo, opina que en realidad la Acción Civil Pública y la Acción Popular propiamente dicha son especies del género Acción Popular. *Vid.* FIDELIS DOS SANTOS, ERNANE. «Ação popular e ações de interesse coletivo». En MARINONI, LUIS GUILHERME (Coordinador). *Estudios de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2005, p. 658.

⁶⁹¹ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. *Op. Cit.*, p. 55.

⁶⁹² INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo, 1988.

⁶⁹³ PELLEGRINI GRINOVER, ADA. «Hacia un sistema iberoamericano de tutela de intereses transindividuales». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004, p. Xxxvi.

contradicción y de defensa, asegurando que el causante de cualquier lesión o amenaza a algún derecho subjetivo o interés legítimo no tenga la posibilidad de evadir el control jurisdiccional⁶⁹⁴.

Son varias las similitudes de la solución de ésta propuesta con la Acción Civil Pública brasileña. La más significativa de todas es que igual que aquella, el modelo iberoamericano reconoce la existencia de derechos supraindividuales, admitiendo la tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Es precisamente el reconocimiento de la homogeneidad de derechos individuales el aporte más relevante de dicho instrumento⁶⁹⁵. Este modelo utiliza tres criterios básicos para definir y distinguir unos de otros:

(1) el primero es subjetivo, y depende la titularidad del derecho material;

(2) el segundo criterio es objetivo, y está determinado por la divisibilidad del derecho material;

(3) el último, utiliza como juicio diferenciador el origen del derecho material.

De estos tres criterios, el subjetivo es determinante a la hora de diferenciar estas tres categorías, de tal forma que, los derechos difusos pertenecen a un grupo de personas indeterminadas o indeterminables, los colectivos pertenecen a una colectividad determinada o determinable, y los individuales homogéneos a un grupo de personas perfectamente individualizadas, y por lo tanto, también determinadas y determinables⁶⁹⁶.

En este modelo se les concede legitimación para la defensa de los derechos supraindividuales en general tanto al Ministerio Público, como a las personas jurídicas de derecho interno, a las entidades públicas que estén destinadas a la defensa de los derechos supraindividuales, y a las asociaciones legalmente constituidas que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los derechos individuales. Además, se legitima al ciudadano, pero en este caso, específicamente para la defensa de los intereses o derechos difusos, y específicamente también a los miembros del grupo,

⁶⁹⁴GIDI, ANTONIO. «Cosa juzgada colectiva». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. p. 265.

⁶⁹⁵ Si bien es cierto la figura es una ficción jurídica, el preverla legalmente permite la posibilidad de la defensa colectiva de estos derechos. *Vid.* GIDI, ANTONIO. «Derechos difusos...Op. Cit.», p. 29-35.

⁶⁹⁶ GIDI, ANTONIO. «Derechos difusos...Op. Cit.», pp. 29-35.

categoría o clase en la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales homogéneos.

Una diferencia importante entre los modelos brasileño e iberoamericano tiene que ver con la adecuación del representante. El iberoamericano se acerca más al estadounidense en el sentido de que es el juez quien debe evaluar si el demandante tiene las condiciones necesarias para representar a las partes ausentes⁶⁹⁷. En el modelo iberoamericano también se le concede cierta flexibilidad al juez para que pueda actuar *ultra petita* e interpretar ampliamente la solicitud del representante del grupo, pudiendo incluso llegar a alterar el objeto del proceso. El único límite que se le establece al juez en este sentido es el deber de preservar el contradictorio.

Con relación a la carga de la prueba, el modelo iberoamericano se aleja de los sistemas tradicionales, estableciendo que ésta le incumbe a la parte que tiene el conocimiento técnico necesario, o a la que tenga mayor acceso a la información. También permite la técnica de prueba estadística o por muestreo, rebasando así obstáculos que tradicionalmente han impedido un adecuado acceso a la justicia en aquellos casos en los que, siendo posible demostrar una generalidad del daño con relación a los miembros de un mismo grupo, es difícil probar el nexo causal⁶⁹⁸.

Igual que en el modelo brasileño y estadounidense, la cosa juzgada se formará *pro et contra*, independientemente del resultado de la sentencia. Además, en los modelos brasileño e iberoamericano, la preclusión causada también tiene una extensión *secundum eventum litis in utilibus*⁶⁹⁹.

210. Uno de los elementos más interesantes del modelo en discusión tiene que ver con la liquidación de la sentencia sobre todo cuando concierne a intereses difusos. En éste, la liquidación se realiza en atención a las características y peculiaridades del tipo de derechos al que se refiera, sean estos ambientales, sanitarios, etc. Además, dicha sentencia siempre será genérica. Es decir, los legitimados no obtendrán sentencias con *quantums* definidos.

⁶⁹⁷PELLEGRINI GRINOVER, ADA. «Hacia un sistema... Op. Cit., p. Xxxvi

⁶⁹⁸GIDI, ANTONIO. «Notas críticas al anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 407-409.

⁶⁹⁹GIDI, ANTONIO. «Cosa juzgada... Op. Cit., pp. 265-266.

En el caso de los derechos individuales homogéneos, estas sentencias establecerán la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber a indemnizar. Lo anterior es así porque es posible que en el transcurso del juicio no se haya demostrado el daño sufrido por cada una de las partes ausentes, e incluso ni siquiera se sepa aún quienes son estos. Lo que sí contendrá la sentencia es la calificación de quienes sí tienen derecho a alguna sentencia.

Determinar quiénes son los detentores del derecho a la indemnización será objeto de posterior prueba. En este sistema, los derechos de naturaleza individual tienen primacía sobre los derechos colectivos. En el caso de los derechos difusos, la sentencia buscará integrar un fondo creado a este efecto. Dicho fondo no tiene como finalidad la reparación de los daños individualmente sufridos, sino que sus fines pueden tener diversas índoles, pudiendo ser estas preventivas o de mitigación⁷⁰⁰.

En ambos supuestos anteriores, el modelo iberoamericano establece la apertura a prueba de hecho nuevo. Ésta permitirá, en el caso de los intereses individuales homogéneos, que las víctimas prueben el nexo de causalidad con el daño personal sufrido, así como el monto de la indemnización. En el caso de los derechos difusos permitirá la obtención del monto que se incorporará al fondo ya mencionado⁷⁰¹.

1.5. El Marco Horizontal Europeo de Recurso Colectivo

⁷⁰⁰ La idea de crear fondos de compensación proviene del Derecho Internacional ambiental. el ejemplo más claro de esta modalidad lo constituye el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos. Se adoptó el 18 de diciembre de 1971, entrando en vigor el 16 de octubre de 1978. Este instrumento dejó de estar vigente el 24 de mayo de 2002. Fue reemplazado en 1992, entrando en vigor el 30 de mayo de 1996. Este Fondo viene a complementar el que ya se había establecido en 1971. A partir de 2005 el sistema se amplió existiendo en la actualidad un fondo suplementario por medio de la adopción de un Protocolo adicional. Panamá es el único país de la región que forma parte de este Convenio. Se adhirió a él el 18 de marzo de 1999, entrando en vigor el 16 de junio del mismo año. *Vid.* JACOBSON, MÅNS. Op. Cit., pp. 421-422; ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. Op. Cit.; OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de aguas de mar por hidrocarburos, Bruselas, 1971; OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, Londres, 1992.

⁷⁰¹ RODRIGUES WAMBIER, LUIZ. «Consideración sobre la liquidación de sentencia colectiva en la propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 227-235.

211. Siendo que los daños en masa son muy comunes en el ámbito europeo, la Comisión Europea publicó en el 2013 su política sobre el recursos colectivo. Vale decir que con este documento, la Comisión no pretende establecer un modelo único para estas acciones en masa, sino que ofrecer un conjunto básico de principios para las acciones de grupo cesatorias y compensatorias para sus Estados miembro, pero que no son vinculantes. Es probable que la reticencia de la Comisión para proponer un modelo armonizado tiene que ver con un interés de parte de los Estados Europeos de ofrecer soluciones innovadoras para la litigación en masa, que les permita atraer a los grandes casos a su jurisdicción⁷⁰².

Con relación a la conformación de los grupos, esta política recomienda la no adopción del modelo *opt-out*, claramente estableciendo su preferencia por el modelo *opt-in*, que además es predominante en aquellos Estados Miembro donde existen instrumentos para la litigación en masa. Lo anterior supone que las personas afectadas que no se unieron a tiempo al grupo no pueden beneficiarse de la compensación, así como tampoco quedan vinculadas al juicio si la sentencia no les es favorable⁷⁰³.

2. Las Características de las Acciones de Grupo en Centroamérica, y su idoneidad para la Tutela Adecuada tanto de los Intereses Ambientales como de los Intereses Individuales Homogéneos

212. Como se ha venido insistiendo, las acciones de grupo que han de proponerse para proteger intereses difusos tales como los ambientales, deben proveer una opción alternativa al tratamiento procesal de las posiciones normalmente reconocidas en el ordenamiento, especialmente cuando, como bien señala GAMBARO, lo que se pretende proteger es el equilibrio ambiental o ecológico⁷⁰⁴. Por lo tanto, las características de las acciones de grupo para deducir responsabilidad por daño ambiental directo no serán necesariamente las mismas que las que tendrán las acciones por medio de las cuales se pretenda deducir de manera colectiva

⁷⁰² STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). Tort and Insurance Law Vol. 34. Berlín, De Gruyter, 2014, p. 198.

⁷⁰³ WAGNER, GERHARD. «Mass tort resolution». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). Tort and Insurance Law Vol. 34. Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 265-266.

⁷⁰⁴ GAMBARO, ANTONIO. Op. Cit., pp. 47-48.

responsabilidad por daño individual indirectamente causado por las lesiones al ambiente.

PEÑA CHACÓN defiende una posición funcionalista con relación al rol que el Derecho procesal debe jugar en protección del ambiente, y señala que las normas procesales y la jurisprudencia deben reforzar la correcta y efectiva aplicación de los principios propios del Derecho ambiental, como ser los de prevención, precaución, quien contamina paga y reparación en la fuente, cuando se dirima la responsabilidad por daño ambiental directo⁷⁰⁵. De coincidir con esa posición, cualquier solución que se proponga debe contener ciertas características que no sólo son necesarias, sino que idóneas, para asegurar la correcta aplicación de dichos principios.

213. Sin embargo, en la formulación de las acciones de grupo, no se puede olvidar que estas también deben permitir la tutela los intereses de cada individuo cuando éstos ocupan una posición similar a la de muchos otros, a pesar que de manera individual comúnmente sean ya protegidas en los procesos ordinarios⁷⁰⁶. De ahí que su diseño debe también adecuarse a las necesidades de quienes sufren daños en su persona y a su patrimonio como efecto indirecto de las lesiones ambientales. De lo contrario, podría cuestionarse si los instrumentos de esta naturaleza, en realidad son idóneos y suficientes para los supuestos de daño patrimonial individual.

Al admitir la tutela por medio de las acciones de grupo de intereses no sólo difusos y colectivos, sino que también individuales homogéneos, el legislador puede resolver el problema previamente planteado, siempre y cuando las características de dichas acciones sean adecuadas para ambos propósitos. Es por eso que a continuación se analiza los principales elementos de las acciones de grupo disponibles en la región centroamericana.

2.1. Capacidad de las Partes en el Proceso

⁷⁰⁵ PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño, responsabilidad y reparación ambiental en la jurisprudencia costarricense», en *Revista Judicial, Costa Rica*, Núm. 111, 2014.

⁷⁰⁶ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 62-63.

214. Tradicionalmente, la capacidad ha sido articulada sobre la noción de individuo, y no desde la perspectiva del grupo⁷⁰⁷. Su configuración ha supuesto el reconocimiento jurídico de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. No obstante, desde la perspectiva procesal, la capacidad se considera más bien como un presupuesto de las partes para que una pretensión pueda ser estimada por tribunal competente. Ésta tiene dos manifestaciones: capacidad para ser parte y capacidad procesal.

La primera de estas manifestaciones está vinculada a la personalidad jurídica del demandante o del demandado, y se refiere precisamente a su aptitud para poder ser parte en el proceso y rogar justicia a partir de los derechos y obligaciones que le son reconocidas por el ordenamiento jurídico. La segunda está vinculada a la habilitación del demandante o demandado para realizar válidamente actos jurídicos en el marco del proceso. Vale aclarar que no todas las personas naturales que tienen capacidad para ser parte tienen capacidad procesal. En los casos en los que falte la capacidad procesal, ésta se deberá integrar por medio de la representación legal. Sin embargo, en el caso de las personas jurídicas, la situación es diferente, pues la capacidad procesal la tienen desde su constitución⁷⁰⁸.

215. El Artículo 83 de la Ley 45 de 2007 panameña reconoce la capacidad que tienen los consumidores de manera individual o colectiva para iniciar los procesos dispuestos en la legislación para su protección⁷⁰⁹. De manera similar, el Artículo 101 de la Ley Medio Ambiental de El Salvador de 1998 reconoce la capacidad que tienen las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido perjuicios derivados del daño al ambiente para ejercitar la Acción Civil correspondiente. A la vez, reconoce la capacidad que tienen el Estado, los Municipios, el Ministerio Público y las Instituciones Oficiales Autónomas están obligadas a actuar cuando exista un daño directo al ambiente.

En cambio, el Código Procesal Civil hondureño de 2007 en su artículo 568, como el nicaragüense de 2015 en su artículo 487, establecen que podrán ser parte del

⁷⁰⁷ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., p. 37.

⁷⁰⁸ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 233.

⁷⁰⁹ *Vid.* Ley No. 45 del 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición, publicada en la Gaceta Oficial No. 25914 de 7 de noviembre de 2007.

proceso los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso⁷¹⁰, cuando dichos grupos se constituyan con la mayoría de los afectados. Lo anterior supone que los miembros del grupo deben estar determinados o ser de fácil determinación, como lo señala el legislador hondureño. Esto parecería limitar la capacidad de los grupos de consumidores y usuarios a ser parte en los procesos donde se debatan pretensiones colectivas o individuales homogéneas.

Ambos Códigos procesales también reconocen la capacidad a las entidades habilitadas conforme a la normativa internacional, para la interposición de la pretensión de cesación, exclusivamente en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Se debe señalar que ninguno de los dos instrumentos normativos establece cómo se determinará la habilitación de dichas entidades⁷¹¹.

216. Al hacer énfasis ambos legisladores que la capacidad de estas entidades es exclusiva para las pretensiones de cesación, permite interpretar que la capacidad reconocida previamente a los grupos de consumidores y usuarios abarca tanto a pretensiones de cesación como a pretensiones reparatorias. Sin embargo, no queda claro cuál fue su intención al obviar hacer mención de los intereses individuales homogéneos cuando establecen la capacidad de las entidades habilitadas por el Derecho internacional. Pudiera ser que hayan querido limitarla, como también puede ser que, al hacer referencia a los intereses colectivos, dieran por hecho que se estaba incluyendo a los individuales homogéneos. Se necesitará de una interpretación jurisprudencial para entender el alcance de dicho reconocimiento, interpretación que aún no está disponible.

Para finalizar, es importante entender si al Ministerio Público también se le puede atribuir esta capacidad. El Artículo 66.1 del Código Procesal Civil hondureño,

⁷¹⁰ TORO PEÑA define a los consumidores o usuarios como «*las personas físicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*». Vid. TORO PEÑA, JUAN ANTONIO. *Código Procesal Civil Brevemente Comentado*. Tomo I, Tegucigalpa, OIM Editorial, pp. 73-74.

⁷¹¹ Ambos instrumentos normativos a los que se hace referencia están basados en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en la que se incluyó este tipo de entidades a partir de la trasposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998. En dicha directiva si se establece un procedimiento específico: la creación de una lista de entidades habilitadas que se publicaría en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Vid. MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 229; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, publicado en el Diario Oficial nº L 166 de 11 de junio de 1998, pp. 51-55.

establece que cuando sea previsto por la Ley, el Ministerio Público actuará como parte en el proceso civil en defensa del interés general. Dicha regulación no fue incluida en el texto nicaragüense.

Si bien es cierto podría entenderse que el propósito tras una disposición como ésta es otorgarle la capacidad de intervenir en defensa del interés general, es necesario volver a traer a colación el análisis hecho en el Capítulo 2 sobre las diferencias del interés público y los intereses difusos. Ahí se estableció que el interés difuso es una especie del interés general. Pudiera inferirse que, con esta disposición, éste legislador si le está atribuyendo la capacidad de ser parte al Ministerio Público en el caso de las pretensiones difusas, cosa que en definitiva no hace el legislador nicaragüense.

El caso beliceño es particular. De ahí que sea necesario iniciar por la definición de persona, establecida en el Capítulo 1 de las Leyes de Belice⁷¹². De acuerdo a ese instrumento, se entiende por persona a toda persona natural o jurídica, e incluye cualquier organismo público, así como cualquier cuerpo de personas, corporativo o no. a esto habrá que agregar que la Sección 23 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005 establecen las incapacidades, que se reducen a los menores de 18 años y a los dementes, quienes deberán actuar por medio de representante. Más allá de eso, no hay provisiones específicas con relación a la capacidad de las partes.

2.2. Legitimación de las Partes

217. La legitimación como concepto, es común para el *Common Law* y para el *Civil Law*. Puede ser definida como una relación jurídica en la que un sujeto o una pluralidad de sujetos, cuyos derechos o intereses legítimos se encuentran en conflicto, están vinculados al proceso jurisdiccional donde se busca resolver dicho conflicto. Este vínculo les permite adquirir el derecho a accionar⁷¹³. De acuerdo a la jurisprudencia salvadoreña, la vinculación del sujeto con el derecho o interés que busca tutelar, debe ser atribuida volitivamente. Esta vinculación puede ser simple o compleja. Será simple cuando se establece una relación directa entre el sujeto y el

⁷¹² Chapter 1. Interpretation Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belizelaw.org>

⁷¹³ MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. «Bases para una tutela procesal del medio ambiente». *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*. 2004. No. 3. p. 224.

derecho o interés, pudiendo incluso establecerse objetivamente. Será compleja cuando el vínculo no se corresponda directamente con el derecho que se pretende tutelar⁷¹⁴.

Este instituto permite entender quién debe interponer la pretensión en un proceso determinado, y contra quién debe interponerse. Para identificar la posición que deben asumir las partes en las acciones ordinarias, debe iniciarse por determinar quién es el titular del interés legítimo que se defiende. Esta persona ha de ostentar una posición activa. Posteriormente deberá identificarse quién es el titular del deber y obligación que se exige. Éste ocupará la posición pasiva.

Además, quien esté legitimado para actuar en el proceso debe tener capacidad para hacerlo como sujeto de derechos y obligaciones⁷¹⁵, correspondiéndole al órgano jurisdiccional determinar si concurren o no los presupuestos de la legitimación⁷¹⁶. Lo anterior permite entender que el concepto de legitimación, particularmente en el caso de la legitimación activa, tradicionalmente se ha construido desde una perspectiva individual, y no desde una grupal⁷¹⁷.

218. CAFFERATTA propone tres categorías para la legitimación activa de los intereses de grupo: (1) la legitimación privada o particular, (2) la legitimación pública o estatal y (3) la legitimación colectiva y grupal o difusa⁷¹⁸. Sin embargo, para estas dos últimas, los elementos que determinan la legitimación no son los mismos que de común se utilizarían en una demanda ordinaria, pues ésta tendría que proceder a partir de una representación. Pero, además, las cuestiones que definen la legitimación variarán entre los supuestos de daños a intereses difusos y los daños individuales homogéneos. Esto hace que, al ser la justicia civil rogada como consecuencia de la vigencia del principio dispositivo, sea fundamental entender quiénes pueden solicitar la tutela de los intereses de grupo en juicio⁷¹⁹.

Lo anterior también varía dependiendo de la posición procesal que se ocupe. A los activamente legitimados les corresponderá postular sus pretensiones con el propósito de obtener un pronunciamiento estimatorio, por medio del cual se aplique a su favor la consecuencia jurídica prevista por la ley. En cambio, la legitimación pasiva

⁷¹⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 345-2013, del 7 de agosto de 2013.

⁷¹⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 2001, p. 143

⁷¹⁶ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «Las partes en el proceso civil», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 179.

⁷¹⁷ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. *Op. Cit.*, p. 37.

⁷¹⁸ CAFFERATTA, NESTOR A. *Op. Cit.*, p. 80.

⁷¹⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, *Op. Cit.*, p. 143

corresponde a los sujetos contra quien va dirigida la pretensión de la parte actora. Ésta les posibilita a comparecer o no en el proceso. Si comparecen, les corresponderá también postular sus pretensiones con una finalidad defensiva, y con el propósito de obtener un pronunciamiento desestimatorio.

En el supuesto de daño, puede estar pasivamente legitimado un sujeto de manera individual, o puede perfectamente caber la posibilidad de que dicha legitimación corresponda a una pluralidad de sujetos en su condición de cocausantes del daño⁷²⁰. Puede suceder que los sujetos que conforman dicha pluralidad sean determinados o determinables, como puede suceder que sean indeterminados o de difícil determinación⁷²¹.

219. Uno de los principales problemas que deviene de la naturaleza difusa del daño ambiental es precisamente éste, el de la legitimación tanto pasiva como activa. Por un lado, es difícil deslindar responsabilidades. Por el otro, los modelos procesales tradicionales no incorporan formas de legitimación adecuadas para poder entablar las acciones judiciales necesarias para poder deducirla. Ambos escenarios podrían dejar sin reparación los daños causados al ambiente.

En la doctrina es posible visualizar dos posiciones divergentes:

(1) Una, que ha considerado que la amplitud de la legitimación no necesariamente abona a la tutela adecuada de los intereses difusos, y que se decanta más bien porque la legitimación le sea otorgada normativamente a entidades públicas y privadas, de las que se pueda presumir una adecuada representatividad, a partir de sus objetivos institucionales⁷²²; y,

(2) Otra, que tiene una visión más amplia, y que considera que la mejor solución es un esfuerzo combinado de instituciones gubernamentales, del ciudadano individualmente considerado, y de grupos de particulares⁷²³.

⁷²⁰ En función a esto, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Sección IV en Costa Rica ha señalado que cuando el daño es causado por una pluralidad, está perfectamente puede incluir a particulares y a el Estado y sus instituciones. Estos últimos por acción u omisión. *Vid.* Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de la Sección IV 4399 del 14 de diciembre de 2010.

⁷²¹ A este efecto, MONTERO AROCA indica que no es posible exigir al demandante que identifique al demandado totalmente, porque la imposibilidad de lograrlo podría conducir a la denegación de justicia, de ahí que el autor afirme que lo importante es que el demandado esté suficientemente identificado para no confundirlo con otras personas. *Vid.* MONTERO AROCA, JUAN. *Op. Cit.*, p. 225.

⁷²² MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. *Op. Cit.*, pp. 173-174.

⁷²³ SCARTEZZINI, ANA MARÍA. «Ação Civil Pública», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 7.

220. Costa Rica está a la vanguardia regional pues desde el texto constitucional se van sentando las bases de las características idóneas que debe tener la legitimación para la tutela de los intereses ambientales, en tanto el Artículo 50 de dicho texto establece ya que *«toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho»*.

Sin embargo, es necesario entender cómo esa garantía constitucional puede aplicarse en el supuesto de intereses difusos. Al respecto, es pertinente traer de nuevo a colación lo manifestado por la Sala de lo Constitucional costarricense, cuando, en lo que se refiere a la protección del ambiente, ha dicho que el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar se transforma en un derecho de reacción, que empodera a su titular para resistirse frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos⁷²⁴.

También ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense que no es posible limitar el ejercicio de éste derecho de sujetos con características específicas, refiriéndose a la expresión *«toda persona»* utilizado en el texto constitucional. De ahí que, deba favorecerse una tutela suficientemente amplia, con el objetivo de hacer operativa la norma y no limitar sus alcances⁷²⁵. Esta legitimación en el caso costarricense está pensada para la Acción Popular o los procesos interdictales. No obstante, este debería ser el paradigma a seguir al diseñar el modelo de legitimación idóneo para las acciones de grupo en defensa del ambiente.

221. Al analizar las soluciones antes descritas, es evidente que el tema de la legitimación es esencial para garantizar el acceso adecuado a la justicia. Lo anterior ha implicado que los juristas y legisladores tengan que repensar como permitir formas alternas de legitimación que no atenten contra la noción más tradicional del debido proceso. Estas soluciones han debido incluir principios procesales como el contradictorio y el de defensa, a la vez que han debido asegurar poder someter al

⁷²⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3705 del 30 de junio de 1993.

⁷²⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675 del 21 de septiembre de 2007.

Capítulo 3

control jurisdiccional cualquier tipo de lesión que las normas procesales individualistas no lograban abarcar⁷²⁶.

En el ámbito europeo es donde se ha abordado esta problemática más decididamente y de manera específica para el problema ambiental, por medio de la adopción en 1998 del Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, conocido normalmente como Convenio de Aarhus⁷²⁷. Este Convenio entró en vigor en el año 2001, es de naturaleza mixta, pues asigna competencias tanto a los Estados Parte como a la Unión Europea, y ha llegado a ser considerado el instrumento jurídico internacional más elaborado con efectos vinculantes sobre la materia⁷²⁸.

Su contenido se desprende de algunos principios del Derecho Internacional ambiental contenidos en las Declaraciones de Estocolmo de 1972 sobre Medio Ambiente Humano, y de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente Humano y Desarrollo. Particularmente importante es el Principio 10 de este último instrumento, que se refiere a la participación ciudadana en las cuestiones de trascendencia ambiental. FITZMAURICE no sólo reconoce en ese Principio 10 la atribución de un derecho procesal a un ambiente sano, sino que considera que es una herramienta mucho más efectiva y flexible para alcanzar la justicia ambiental de lo que pueden ser los derechos de naturaleza sustantiva⁷²⁹.

Ese principio, así como el Convenio de Aarhus, permite otorgar al individuo acceso a la información pública ambiental, así como participar de los procesos de toma de decisión concernientes a las cuestiones ambientales, y acceder a la justicia ambiental. Este último componente prevé la posibilidad de que, de acuerdo a la legislación de los Estados Parte, los particulares -incluidas las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos- puedan hacer uso adecuado de las instancias jurisdiccionales de dos maneras específicas: para reivindicar sus derechos en materia

⁷²⁶ GIDI, ANTONIO. «Cosa juzgada...Op. Cit., p. 265.

⁷²⁷ Vid. CE, Comunidad Europea, Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Aarhus, 1998. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

⁷²⁸ AGUILAR, GRETHEL; IZA, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*. UICN, San José, 2005, p. 473.

⁷²⁹ FITZMAURICE, MALGOSIA. «The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Human Right to a Clean Environment: The English Perspective». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, p. 56.

de acceso a la información ambiental, y para la solución de conflictos causados por la infracción de normas ambientales por acciones u omisiones de las autoridades estatales u otros particulares. Sin embargo, este último elemento es el que menos se ha desarrollado en el proceso de implementación de dicho instrumento⁷³⁰.

222. En el año 2003 se emitió la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia⁷³¹. Es precisamente con esta modificación donde se amplía la legitimación a las asociaciones, organizaciones o grupos que estuvieran reconocidas por el Derecho o la práctica nacional de cada Estado parte. Con ellas se les otorga la condición de «*público interesado*», pero únicamente para recurrir contra el fondo o el procedimiento de decisiones ambientales administrativas.

También existió una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente⁷³². Esta fue presentada por la Comisión con el fin de incorporar ese último elemento o «*tercer pilar*» del Convenio de Aarhus. Dicha Propuesta de Directiva establecía una serie de requisitos para garantizar el acceso a los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en materia ambiental para las personas físicas o jurídicas.

Buscaba, además, obligar a los Estados Parte a reconocer a entidades tales como asociaciones, grupos u organizaciones cuyo objeto establecido estatutariamente sea la protección del ambiente. También se proponía legitimarlas para iniciar este tipo de procedimientos en el Estado que las reconoce o en cualquier otro Estado miembro, sin la necesidad de demostrar un interés suficiente ni invocar la vulneración

⁷³⁰ FITZMAURICE, MALGOSIA. Op. Cit., pp. 56-57.

⁷³¹ Vid. Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo, publicada en el Diario Oficial nº L 156 de 25 de junio de 2003, pp.17-25.

⁷³² COMISIÓN EUROPEA, COM (2003) 624, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente*, Bruselas, 2003. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

de un derecho. Lamentablemente esta propuesta fue retirada por la Comisión en mayo de 2014⁷³³.

223. Lo anterior evidencia que la legitimación amplia de grupos que invoquen solamente un interés general causa aún resquemores entre los legisladores de diferentes ámbitos geográficos, especialmente si ésta se plantea en función de intereses ambientales individuales homogéneos. Sin embargo, en el caso de los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, los legisladores han asumido una posición vanguardista y -¿por qué no?- valiente. Han incluido en estos textos tanto la categoría de intereses o derechos difusos, donde se puede ubicar los supuestos de daño directo al ambiente, así como la de intereses o derechos individuales homogéneos. Esta última podría utilizarse para solucionar conflictos que devienen de daños individuales causados indirectamente como consecuencia de lesiones al ambiente.

En el caso específico de los intereses difusos ambientales, el Código Procesal hondureño limita la legitimación a la Procuraduría General de la República. Sin embargo, también legitima de manera general a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas. Lo anterior significa que si la lesión al ambiente se puede vincular como una violación a los intereses de consumidores y usuarios, estas perfectamente podrían iniciar la acción correspondiente. En el caso de los intereses individuales homogéneos, el Artículo 567 señala que por medio de las pretensiones de grupo pueden ejercerse acciones tendientes a la reparación de los daños y perjuicios individualmente sufridos, creando un fondo especial con este fin.

El Código nicaragüense sólo reconoce una legitimación amplia y extraordinaria en función de los intereses de consumidores y usuarios, y de los intereses de pueblos originarios y afrodescendientes que abarca lo referente a la propiedad comunal y tierras tradicionales. Si bien es cierto, el legislador nicaragüense omitió indicar si dentro de estas categorías se incluye intereses de índole ambiental, el Artículo 377 de dicho Código señala que la autoridad judicial puede eximir de prestación de caución de la parte solicitante cuando la pretensión planteada implique la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de protección del ambiente, saldando así cualquier omisión previa.

⁷³³ UNIÓN EUROPEA, Diario Oficial de la Unión Europea, n° C153, del 21 de mayo de 2014.

2.2.1. La Configuración del Grupo

224. Desde la perspectiva de la legitimación, la ventaja de que las acciones de grupo se encuentren reguladas en los ordenamientos jurídicos pasa por permitir que la legitimación procesal de los perjudicados pueda ser ejercida por medio de representantes, sin necesidad de que estos emitan mandato expreso para este fin⁷³⁴. Al nacer la legitimación activa de los grupos a partir de esta forma de representación, es imperativo determinar cómo se configuran los grupos que ha de representarse.

Doctrinalmente se identifican dos sistemas. En el primero, denominado «*opt-in*», el miembro en cuestión debe manifestar expresamente su voluntad de integrar el grupo, de lo contrario los efectos de la sentencia no lo alcanzarán. Este sistema requiere se asegure la debida notificación a todos los posibles interesados. En el segundo, o de «*opt-out*», éste debe manifestar expresamente su voluntad de ser excluidos del grupo, y ser considerado como tercero. De no hacerlo, se verá afectado por el resultado final, salvo que se aplique la modalidad «*secundum eventum litis*», quedando, en este último supuesto, abierta la opción de que pueda ejercitar la tutela individual de su derecho subjetivo o interés protegido. Esta modalidad es conocida en el Derecho estadounidense como «*litigation options*»⁷³⁵.

De los dos, el segundo sistema parece asegurar más eficientemente el derecho al acceso a la justicia, sobre todo en sociedades donde impera la fragilidad de la institucionalidad pública. Esta afirmación parte del hecho de que el primero dependerá de la eficacia con que se identifique y notifique a los particulares afectados, pudiendo resultar sumamente difícil en países donde las carencias de todo tipo están al orden del día. También se puede decir que es mucho más inclusivo que el modelo *opt-in*⁷³⁶. CLOPTON la ha descrito como una herramienta procesal que fomenta valores jurídicos sustantivos tales como la disuasión, la compensación, la justicia y la eficiencia⁷³⁷.

⁷³⁴ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo I...Op. Cit., p. 241.

⁷³⁵ CLOPTON, ZACHARY. «Trasnational Class Actions in the shadow of preclusion». En *Indiana Law Journal*. Vol. 90, Núm. 4, 2015, p. 1393.

⁷³⁶ DODSON, SCOTT. Op. Cit., p. 184.

⁷³⁷ CLOPTON, ZACHARY. Op. Cit., p. 1392.

Además, es particularmente útil en aquellas realidades donde las víctimas, a pesar de tener poderosos intereses individuales en la acción, no tengan necesariamente los medios adecuados para hacerle frente⁷³⁸. También, habrá que agregar que la modalidad «*secundum eventum litis*» ayuda a que la poca habilidad que tienen los representados de monitorear y controlar la conducta de los representantes⁷³⁹, no tenga consecuencias jurídicas nefastas para sus intereses. Lo anterior no quiere decir que la modalidad «*secundum eventum litis*» no haya recibido críticas por parte de la doctrina. Sus detractores consideran que esta opción crea un desbalance entre demandantes y demandados que es innegablemente injusto, al darle la opción asimétrica a los demandantes de relitigar cada vez que lo consideren necesario, creando una suerte de sobrecompensación y de sobredisuación⁷⁴⁰.

Sin embargo, no falta quien opine que el primer sistema previene abusos por parte de quien ejerce la representación, protegiendo los intereses de los miembros ausentes del grupo⁷⁴¹. No obstante, la opción *secundum eventum litis* en un modelo *opt-out*, tiene un efecto similar. Lo que sí es cierto es que con el modelo del *opt-in* se sigue priorizando la tutela de los intereses individuales⁷⁴², restándole eficacia a las acciones de grupo⁷⁴³. Esto se evidencia en la diferencia drástica en el tamaño de los grupos cuando se utiliza este modelo⁷⁴⁴. De hecho, es difícil encontrar la diferencia

⁷³⁸ La Comisión Europea, en su comunicación 401/2 del 6 de noviembre de 2013, establecía que la posibilidad de optar por modelos *opt-out*, debe estar basado en razones ampliamente justificadas para una adecuada administración de justicia. Vid. COMISIÓN EUROPEA. *Com (2013) 401/2, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress"*. 2013, p.11.

⁷³⁹ RUSSELL, TIANA LEIA. «Exporting Class Actions to the European Union». En *Boston University Law Journal*. Vol. 28, Núm. 1, 2010, p. 148.

⁷⁴⁰ CLOPTON, ZACHARY. Op. Cit., pp. 1393-1394.

⁷⁴¹ Tal vez es relevante comentar que, desde la perspectiva europea en general, muchas de las soluciones que son propias del modelo de la *Class Action* estadounidense resultan inadecuadas e incluso peligrosas, incluyendo, aunque no solamente, la posibilidad del *opt-out*. Habiendo dicho esto, es necesario señalar que en ese contexto van apareciendo muchas soluciones que se adscriben a este modelo *opt-out*, tal como sucede con el modelo holandés de argelos colectivos, la acción de grupo para consumidores belga, los procedimientos representativos británicos, etc. Dicho recelo se debe, en parte, a la percepción de que la posibilidad de que los tribunales resuelvan indemnizaciones exorbitantes a favor de los demandantes, puede suponer una presión innecesaria en la economía; pero en parte también a la posibilidad de que se violenten los derechos constitucionales de los representados ausentes. Vid. FIEDLER, LILLY. Op. Cit., pp. 237-238; JANSSEN, ANDRÉ. «Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? », en CASPER, MATTHIAS; JANSSEN ANDRÉ; POHLMANN, PETRA; SCHULZE, REINER. *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?* Munich, Sellier, 2009, pp. 3-16.

⁷⁴² ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 31.

⁷⁴³ GIDI, ANTONIO. «Las Acciones Colectivas... Op. Cit., p. 259.

⁷⁴⁴ DODSON, SCOTT. Op. Cit., p. 185.

entre un sistema *opt-in* y un tradicional litisconsorcio⁷⁴⁵. Ese es precisamente el caso de las acciones representativas que están reguladas en la Sección 21 de las Reglas de la Suprema Corte de Belice.

225. En Honduras y Nicaragua, el modelo utilizado para la configuración del grupo sufre de las mismas patologías que adolece la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en la que se basa. De hecho, la redacción de los Artículos 572 del Código Procesal Civil hondureño y del Artículo 489 del Código Procesal Civil nicaragüense es casi idéntica a la del Artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicha redacción es tan confusa que es posible hallar juristas que tienen opiniones encontradas con relación al sistema de intervención de los miembros del grupo escogido por el legislador español. STÜRNER opina que el modelo sigue el sistema *opt-in*⁷⁴⁶, mientras que CARBALLO PIÑEIRO opina que el sistema utilizado es de *opt-out*⁷⁴⁷. La autora llega a esta conclusión tras observar que aunque el modelo no regula adecuadamente la desvinculación de los miembros, tampoco regula el derecho a incluirse.

Puede entenderse la posición de esta autora si se analiza el proceso de comunicación de la demanda, pues ésta no se refiere a una notificación personalizada si no que se hace a través de medios de comunicación. Es precisamente la forma en que se comunica de la demanda a las partes ausentes lo que hace fácilmente cuestionable que se trate de un verdadero modelo *opt-in*, ya que la notificación individual es la característica que denotan sus defensores por considerar que éste asegura que no se violenten derechos individuales de las partes ausentes en el proceso⁷⁴⁸.

A pesar de las dudas unciales ya expresadas en otros trabajos, puede concluirse, entonces, que, tanto en Honduras como Nicaragua, igual que en España, se ha incluido un sistema de *opt-out*, donde los miembros del grupo que no quieren verse

⁷⁴⁵ Es significativo señalar que incluso en el contexto europeo donde predomina el modelo *opt-in*, y donde –obviamente– la fragilidad institucional no es un problema, van apareciendo propuestas basadas en el sistema *opt-out* como el *Wet Collectieve Afhandeling Massaschade* o WCAM holandés.

⁷⁴⁶ STÜRNER, ROLF. Op. Cit., p. 279.

⁷⁴⁷ CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., pp. 149-150.

⁷⁴⁸ Vale comentar que la notificación personalizada a la que se hace referencia no implica una verdadera citación. GIDI ha dicho que utilizar mecanismos como el correo podría ser suficiente, por ejemplo. Lo importante es que el método utilizado en realidad permita que los miembros del grupo que puedan ser identificados sean informados, y que como consecuencia tengan una verdadera oportunidad de participar en el proceso. *Vid.* GIDI, ANTONIO. «Las Acciones Colectivas... Op. Cit., pp. 256-257.

alcanzados por los efectos de la demanda y quieran hacer valer sus derechos e intereses individuales, pueden optar por desvincularse después del llamamiento. De no hacerlo, quedan vinculados al resultado del juicio.

226. La opción de desvincularse al proceso presenta dos variantes dependiendo de si el grupo es determinado o determinable, o si el grupo es indeterminado o de difícil determinación. Para el primer supuesto, los miembros del grupo podrán intervenir en el proceso en cualquier momento desde el llamamiento para desvincularse. Una vez desvinculados, podrán realizar todos aquellos actos procesales que no hubieran precluido.

Mientras que, en el otro, el proceso se suspenderá tras el llamamiento por un período máximo de dos meses para que los miembros del grupo puedan acudir a éste. Cuando el proceso se reanude se admitirá el personamiento individual de todos los miembros que hubieran acudido al llamamiento y se hubieran desvinculado. Los que no lo hubieran hecho, no podrán personarse individualmente en momentos posteriores, quedando vinculados al resultado del juicio.

227. En el caso de la Ley panameña 45 de 2007, de acuerdo al Artículo 129, la configuración del grupo se llevará a cabo después de la presentación de la demanda. El juez, de manera similar que en los modelos hondureños y nicaragüense, realizará el llamamiento por medio de la publicación de un edicto por cinco días en un diario de circulación nacional. Aquí también se utiliza un sistema de *opt-out*, teniendo el miembro de la clase que desea excluirse hasta antes de que se fije la fecha de la audiencia preliminar.

Aquellos miembros del grupo que decidan desvincularse podrán intervenir en el proceso adhiriéndose a la demanda, y con ello estarán obligados a cubrir los honorarios profesionales correspondientes, salvo que quien haya propuesto la demanda haya sido la Autoridad administrativa. Tal vez el elemento más significativo de este modelo, es la potestad otorgada por el legislador a la Autoridad administrativa en el Artículo 193, para que ésta asesore al Juez con relación a la delimitación del grupo o la categoría.

En el caso salvadoreño, si bien es cierto la Ley del Medio Ambiente de 1998, incluye un modelo de Acción Civil que está disponible para quienes hayan sufrido daños derivados de lesiones al ambiente, nada dice de que estas puedan ser utilizadas

para tutelar pretensiones individuales homogéneas. La legitimación admitida es a título individual. Cuando el Artículo 101 señala que las personas naturales o jurídicas de manera individual o colectiva pueden intervenir en el proceso, se refiere a acciones por daño ambiental directo

En Belice, la Sección 21 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005 establece un sistema *opt-in* que permite al Tribunal nombrar como representantes del grupo a uno de sus miembros, o a una entidad que tenga suficiente interés en el procedimiento. Dicha representación puede ser en función de todos los miembros del grupo o de un número reducido de ellos. La solicitud de dicho nombramiento puede ser hecha por cualquiera de las partes, por el individuo que desea convertirse en representante, o por cualquier persona que pueda llegar a convertirse en parte del litigio. Puede ser hecha en cualquier momento, incluso antes de que el procedimiento haya iniciado, y debe señalarse cada persona que será representada, o la descripción suficiente para poder identificarlas posteriormente en el caso de que no estén aún del todo determinadas.

2.2.2. La Representación del Grupo

228. Las acciones de grupo suponen la consolidación de la evolución que ha sufrido el Estado de Derecho, pues con su integración en las normas procesales no sólo se reconoce la existencia de derechos e intereses grupales, sino que se crea los mecanismos adecuados para garantizar su tutela efectiva. Sin embargo, garantizar el acceso a los tribunales de estos grupos no deja de ser complejo.

En algunos casos, como el beliceño, la representación de grupos se acerca mucho a una forma de litisconsorcio pensada para grandes colectivos, que no incluye la posibilidad de representación de miembros no identificables ni ausentes del grupo. De hecho, puede nombrarse un representante tanto para la parte actora como para la parte demandada. Tanto así, que el nombramiento del representante es posterior a la fijación de las partes de la demanda.

La dificultad de aplicación de las acciones de grupo para deducir responsabilidad civil por daño ambiental directo antes señalado es perfectamente

entendible si se parte de los problemas que existen en la actualidad para poder identificar con absoluta certeza a los causantes y víctimas de las lesiones al ambiente⁷⁴⁹. Las misma identificación del daño se dificulta muchas veces por sus propias características difusas, complicando la determinación de los sujetos que en realidad se encuentran legitimados para accionar judicialmente, o quienes debería alcanzar la indemnización, si ese fuera el resultado de la acción incoada⁷⁵⁰. No obstante, en los modelos disponibles en Centroamérica, exceptuando el caso de Belice, normalmente habrá cabida para la representación de grupos indefinidos o indefinibles.

229. En este sentido, el rol de los particulares para la defensa de los intereses ambientales en supuestos de daño directo es excepcional, limitándose normalmente su legitimación al ejercicio de acciones negatorias. Para DE LA BARRA GILI, la legitimación de los particulares para ejercer acciones reparatorias por daño ambiental directo, sólo será posible en los casos en los que los textos constitucionales garanticen a los ciudadanos el derecho subjetivo a gozar de un ambiente sano como requisito *sine qua non* para poder gozar plenamente de la salud⁷⁵¹. De ahí que la doctrina tienda a privilegiar la legitimación colectiva por sobre la individual para las acciones de grupo⁷⁵².

El efecto de lo anterior es que cuando de acciones de grupo se trate, normalmente se estará frente a una legitimación extraordinaria. Esta legitimación excepcional supone una ampliación de la legitimación ordinaria⁷⁵³. Su reconocimiento permite que se legitime un sujeto que se encuentra en una relación conexa con quien estaría ordinariamente legitimado, haciendo que su satisfacción dependa de la satisfacción de la posición que se hace valer en el proceso⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ GOMIS CATALÁ, LUCÍA. Op. Cit., p. 24.

⁷⁵⁰ PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño ambiental y prescripción», en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, Núm. 19, 2009.

⁷⁵¹ DE LA BARRA GILI, FRANCISCO. Op. Cit., pp. 385-386.

⁷⁵² BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 196.

⁷⁵³ La Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador ha señalado en la Sentencia 152-2009, del 29 de diciembre de 2012 que «...el desarrollo legislativo de la noción de intereses colectivos, se trata de una concepción de intereses supraindividuales, sean éstos en su versión colectivos o difusos, que siempre ha tenido como objetivo y fundamento ampliar la legitimación para la defensa de los derechos e intereses que trascienden del ámbito individual». Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 152-2009, del 29 de diciembre de 2012.

⁷⁵⁴ MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. Op. Cit., p. 230.

Esta forma de legitimación permite que quienes no ostenten la titularidad de un derecho subjetivo soliciten en juicio su tutela por atribución expresa de la ley. Este punto tal vez sea el más significativo cuando se trata de la representación en las acciones de grupo, pues implica que los representados no tendrán que hacer delegación expresa de su derecho a accionar. Además, implica que el representante no necesita tener un interés propio en el conflicto, aunque pueda también tenerlo. Ahora bien, en los supuestos en los que el actor se representa a si mismo a la vez que representa a los demás miembros de dicho grupo, dicha representación es posible porque éste comparte derechos semejantes u homogéneos con los otros miembros, independientemente de que exista o no un mandato para poder hacerlo⁷⁵⁵.

230. De acuerdo a MONTERO AROCA, las normas procesales que regulan esta forma de legitimación van ganando terreno en una realidad socioeconómica donde la eficacia de la tutela jurisdiccional depende de una legitimación colectiva⁷⁵⁶. A lo anterior se le puede agregar lo comentado por FRANCIARIO, quien reconoce en la legitimación colectiva una suerte de control social amplio para la defensa de los intereses supraindividuales⁷⁵⁷.

La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha explicado que la posibilidad de aceptar una legitimación activa amplia sobre intereses difusos y colectivos, que sea capaz de trascender a los efectos inter partes, depende de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar. Además reconoce que la legitimación activa corresponde a quienes acceden a los tribunales de justicia en calidad de demandantes, ya sea porque son titulares de un derecho o de un interés que amerita tutela jurisdiccional, o porque lo hacen en representación de estos⁷⁵⁸. Es decir que, en el caso de existir acciones de grupo para la tutela del ambiente, al ser este un bien de interés difuso y general, la acción que realice quien se considera directamente afectado, tendrá automáticamente repercusiones para todos los demás, pues todos somos interesados.

Uno de los principales problemas que deviene de la naturaleza difusa del daño ambiental es el de la legitimación, tanto pasiva como activa. Es decir, por un lado, es difícil deslindar responsabilidades, por el otro, los modelos procesales tradicionales

⁷⁵⁵ OJEDA MESTRE, RAMÓN. Op. Cit., p. 52.

⁷⁵⁶ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 248.

⁷⁵⁷ FRANCIARIO, LUCIO. *Danni ambientali e tutela civile*. Napoles, Jovene Editore, 1990, p. 221.

⁷⁵⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 32-2012, del 15 de febrero de 2012.

no incorporan formas de legitimación adecuadas para poder entablar las acciones judiciales necesarias para poder deducirla. Ambos escenarios podrían dejar sin reparación los daños causados al ambiente.

Es posible visualizar dos posiciones divergentes en la doctrina: una, que ha considerado que la amplitud de la legitimación no necesariamente abona a la tutela adecuada de los intereses difusos, y que se decanta más bien porque la legitimación le sea otorgada normativamente a entidades públicas y privadas, de las que se pueda presumir una adecuada representatividad, a partir de sus objetivos institucionales⁷⁵⁹. Otra, que tiene una visión más amplia, y que considera que la mejor solución es un esfuerzo combinado de instituciones gubernamentales, del ciudadano individualmente considerado, y de grupos de particulares⁷⁶⁰.

231. Costa Rica está a la vanguardia regional pues desde el texto constitucional se van sentando las bases de las características idóneas que debe tener la legitimación para la tutela de los intereses ambientales, en tanto el Artículo 50 de dicho texto establece ya que *«toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho»*.

Sin embargo, es necesario entender cómo esa garantía constitucional puede aplicarse únicamente en el supuesto de intereses difusos. Al respecto, la Sala de lo Constitucional costarricense, ha manifestado que, la protección del ambiente, por ser un interés típicamente difuso, legitima al sujeto para accionar. Esto permite que se transforme en un derecho reaccional, y se incorpore al elenco de los derechos de la persona humana. Esto permite que su titular pueda reaccionar frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos⁷⁶¹.

También ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense que no es posible limitar el ejercicio de éste derecho a sujetos con características específicas, refiriéndose a la expresión *«toda persona»* utilizado en el texto constitucional. De ahí que, deba favorecerse una tutela suficientemente amplia,

⁷⁵⁹ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., pp. 173-174.

⁷⁶⁰ SCARTEZZINI, ANA MARÍA. Op. Cit., pp. 7.

⁷⁶¹ Vid. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3705 del 30 de junio de 1993.

con el objetivo de hacer operativa la norma y no limitar sus alcances⁷⁶². Podría entenderse con lo anterior que la amplitud de la legitimación lograda en Costa Rica se debe a que ahí se ha optado por no diferenciar entre interés público e interés difuso, y por eso lo que en realidad se plantea para la tutela de los intereses difusos es una Acción Popular.

232. No obstante, la legitimación puede ser realmente problemática para las acciones de grupo en el ámbito del Derecho privado, particularmente en lo que se refiere a las acciones para deducir responsabilidad por daño ambiental directo. La anterior afirmación parte del hecho de que los instrumentos jurídicos que provienen de esta disciplina en realidad tienen poca aplicación frente a esta modalidad de daño.

Esto es así porque dichos instrumentos cuentan con reglas muy estrictas sobre legitimación, al estar diseñados para proteger intereses individuales, ya sean estos personales o patrimoniales⁷⁶³. De ahí que, la solución que normalmente aparece en los ordenamientos jurídicos para el daño ambiental directo, es por la vía del Derecho administrativo, atribuyéndole la legitimación al Estado indefectiblemente.

Sin embargo, es interesante señalar que en el ordenamiento jurídico donde la normativa es mucho más restrictiva, como es el caso de Belice, ha sido la jurisprudencia que ha logrado flexibilizar su aplicación. Ello ha permitido que los criterios que normalmente se utilizan para establecer la legitimación en procedimientos administrativos, pueda combinarse con los criterios establecidos para procedimientos civiles, y ampliar la legitimación en supuestos de daño⁷⁶⁴.

En lo que a la legitimación en los supuestos de daños ambientales indirectos por lesiones al ambiente se refiere, el Derecho privado tradicionalmente ha resuelto eficientemente lo relativo a la reparación de estos, cuando el perjuicio ha sido sufrido en la esfera personal, patrimonial o, incluso, extra patrimonial de un individuo. Lo anterior no debería ser diferente en el caso de la legitimación activa en las pretensiones individuales homogéneas.

⁷⁶² *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675 del 21 de septiembre de 2007.

⁷⁶³ EGEA FERNÁNDEZ, JOAN. «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», en ESTEVE PARDO, JOSÉ (Coordinador). *Derecho del medio ambiente y administración local*, Madrid, Civitas, 2006, p. 396.

⁷⁶⁴ *Vid.* Claims No. 171 and 172 of 2007, Aurelio Cal and others v. The Attorney General of Belize and others. Claim No. 366 of 2008, The Maya Leaders Alliance and others v. The Attorney General of Belize and others.

2.2.3. Modalidades en el Ejercicio de la Legitimación Activa para la defensa de intereses individuales homogéneos en Centroamérica

233. La legitimación activa para los intereses de grupo supone que la acción será iniciada por quien se encuentra en una posición jurídico-subjetiva equivalente a la de quien ejercita dichos intereses de grupo⁷⁶⁵. Comenta ARMENTA DEU que la complejidad propia de la figura de la legitimación, exige diferenciar entre la defensa de los intereses colectivos y difusos y la de los derechos individuales homogéneos⁷⁶⁶. Específicamente en lo que a la defensa de los intereses difusos se refiere, para la autora, la legitimación debe corresponder a las entidades públicas y a las asociaciones representativas; mientras que, para los derechos individuales homogéneos, la legitimación amerita ser más amplia, incluyendo además a los miembros del grupo. Las opciones propuestas serán utilizadas como base para analizar cómo está ésta regulada en el ámbito centroamericano.

Desde la perspectiva de la legitimación, hay un segundo problema que se debe abordar, y es el de identificar cuáles son los sujetos que pueden de manera adecuada representar jurisdiccionalmente esos intereses grupales, y garantizar así el principio de contradicción. Estos sujetos pueden ser miembros del grupo o de entidades que, normalmente deberán contar con personalidad jurídica propia, y diferente de la de los miembros del grupo. Su función como representante será básicamente instar eficazmente a los tribunales para que brinden una protección adecuada a los intereses del grupo.

Esta «representación adecuada» no necesariamente tiene un origen volitivo por parte de los miembros del grupo, sino que perfectamente puede ser objetivamente predeterminada en la Ley. Esto implica que habrá individuos que se verán afectados por una decisión judicial, independientemente de que hayan intervenido en el proceso o no, lo hayan decidido así o no. Se vuelve entonces relevante el control de dicha representación, que podrá ser judicial o administrativo, y que deberá basarse en criterios previamente establecidos en los ordenamientos jurídicos⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 264.

⁷⁶⁶ ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 14.

⁷⁶⁷ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 190-191.

234. En Honduras y Nicaragua, la adecuada representatividad del legitimado respecto al grupo, categoría o clase es un requisito para la admisión a trámite de una demanda en la que se interponga una pretensión de grupo, de acuerdo al Artículo 571 del Código Procesal Civil hondureño de 2007 y al Artículo 488 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015. En Honduras y Nicaragua, el juez tiene la posibilidad de analizar la concurrencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier momento antes de dictar sentencia.

En el caso nicaragüense, en su análisis, el juez deberá considerar la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; los antecedentes de la protección judicial y extrajudicial de los intereses de los miembros del grupo; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia de intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda; y, el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona natural respecto del grupo. Vale señalar que el legislador hondureño estableció similares elementos para el control que el juez realiza con relación a la admisión de la demanda, pero no los específica para controlar la adecuación de la representatividad.

En el caso panameño, el juez también tiene la potestad de controlar la adecuación de la representatividad de acuerdo al Artículo 129 de la Ley 45 de 2007. Sin embargo, a diferencia de los modelos antes comentados, el plazo que tiene el juez para realizarlo es mucho más limitado. Éste comienza una vez se haya llevado a cabo la convocatoria a los miembros de la clase. A partir de entonces, el Juez cuenta con seis días para calificar la demanda y determinar que la clase se encuentra debidamente conformada.

En el caso beliceño, de acuerdo a la Sección 21.1.2 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005, el control también es individual, y de hecho, es mucho más celoso que en los otros modelos, porque aquí es el Juez el que nombra al representante. La solicitud para que éste realice dicho nombramiento puede ser hecha por cualquiera de los miembros del grupo, por la persona que desea ser nombrada como representante, o por tercero que pudiera llegar a ser parte dentro del proceso.

235. GIDI considera que una adecuada representación es el corolario de la garantía constitucional del debido proceso, pues asegura la oportunidad de ser oído en

juicio para todos los miembros del grupo, a pesar de estar ausentes⁷⁶⁸. PLANCHADELL GARGALLO, agrega a lo anterior el deber de información en las diferentes etapas procesales, completando suficientemente así la protección de este derecho⁷⁶⁹. Sin embargo, la verdadera importancia de esta característica se vincula a la extensión que se contemple para la Cosa Juzgada, tomando en consideración que todos los modelos antes descritos pueden vincular a sus miembros salvo que estos expresamente se excluyan del grupo.

2.2.3.1. La Legitimación Pública

236. Aunque algunos autores, como WILDE, cuestionen si es apropiado o no que la autoridad desconozca sus propios poderes regulatorios y prefieran recurrir a las acciones indemnizatorias⁷⁷⁰, lo cierto es que en el Derecho anglosajón es posible encontrar un antecedente para esta modalidad de legitimación, denominada «*Relator Action*». Ésta permite una combinación de iniciativa privada y control público. En ella, el equivalente al Ministerio Público (*Attorney General*, por ejemplo) tiene la atribución de intervenir en procesos civiles en los que se busca la tutela de intereses públicos.

Esta figura además permite que, ante la inactividad de dicho órgano, los particulares pueden solicitar autorización para ejercitar su pretensión de forma subsidiaria. BUJOSA VADELL opina que este es un ejemplo de un órgano estatal ejerciendo una forma de control discrecional sobre la iniciativa particular⁷⁷¹. Y si se sigue a MONTERO AROCA, esta forma de control administrativo podría considerarse un obstáculo al acceso a la justicia⁷⁷².

ALMAGRO NOSETE aclara muy acertadamente que en realidad dicho órgano carece de legitimación como se entiende esta figura en el Derecho privado, que lo que detenta es un poder de intervención *ope legis* que proviene del ejercicio de una función pública⁷⁷³. El Artículo 66 del Código Procesal Civil hondureño de 2007

⁷⁶⁸ GIDI, ANTONIO. Op. Cit., p. 100.

⁷⁶⁹ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., p. 25.

⁷⁷⁰ WILDE, MARK. Op. Cit., p. 255.

⁷⁷¹ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 246.

⁷⁷² MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 217.

⁷⁷³ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. Op. Cit., pp. 532-533.

coincide con esta posición, pues establece los supuestos de intervención de este organismo, siendo uno de estos, ser parte en el proceso civil en defensa del interés general, cuando así esté provisto por la ley. Es decir, podrá intervenir cuando los derechos subjetivos o intereses legítimos que estén en conflicto carezcan de un titular individual.

237. Este abordaje aunque parece ser adecuado si se entiende que los derechos difusos tienen un acentuado grado de relevancia social⁷⁷⁴, no deja de ser controvertido, pues también hay voces disonantes en la doctrina que consideran inapropiado que esta institución busque la tutela de dichos intereses, pues de alguna forma implica negar la diferencia entre éstos y los derechos públicos⁷⁷⁵.

La doctrina también ha manifestado su desacuerdo señalando que la vocación del Ministerio Público es la persecución penal del delito, que éste forma parte de la estructura gubernativa o que carece de las capacidades técnico-infraestructurales para algunos supuestos específicos, como podría ser el caso del daño ambiental⁷⁷⁶. Sin embargo, la realidad es que, si el análisis se hace no desde la institución misma, sus características o limitantes, sino que desde lo que verdaderamente importa. Es decir, considerando los intereses que deben tutelarse, la balanza definitivamente está a favor de que una institución estatal como el Ministerio Público esté legitimada como portadora de dichos intereses difusos.

238. El Código Procesal Civil hondureño de 2007 parece apegarse a esta lógica, y en su Artículo 570 le atribuye legitimación al Ministerio Público para la interposición de las pretensiones de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios. Además, señala que si esta entidad no interpusiera la pretensión o no interviniera en el proceso como parte, siempre tendrá participación en el proceso, pudiendo ser llamado por el órgano jurisdiccional para defender la legalidad vigente.

Sin embargo, no se entiende porqué deberían de actuar en representación de un grupo, cuando lo que se pretende tutelar son intereses individuales homogéneos, a menos que sea para casos como los contemplados en el Artículo 570 del Código Procesal Civil hondureño, donde se incluye la posibilidad de que el Ministerio Público

⁷⁷⁴ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., p. 199.

⁷⁷⁵ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 242.

⁷⁷⁶ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. *Ação Civil Pública*. 8ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 107.

asuma voluntariamente la titularidad de la acción en el caso de inexistencia del requisito de representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona natural, entidad o asociación legitimada.

La Ley 45 de 2007 panameña reconoce la legitimación de la autoridad administrativa en el ejercicio de acciones de grupo en materia de consumo, puntualmente en supuestos de daño o perjuicio derivado de un bien, producto o servicio. La forma en la que está reglamentado este proceso de naturaleza colectiva, no aclara si el legislador ha querido atribuir la legitimación a esta entidad estatal exclusivamente para la defensa de los intereses propiamente colectivos, o si su incorporación se debe a una visión más amplia que incluye a los intereses individuales homogéneos. Dicha incógnita tampoco ha sido resuelta aun jurisprudencialmente.

En el caso beliceño, la Sección 21 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005 señala que pueden ser representantes del grupo, cualquier personas o cualquier entidad con interés suficiente en el litigio. A su vez, el Capítulo 1 de las Leyes de Belice, denominado «*Interpretation Act*», define como persona a cualquier persona natural o jurídica, incluyendo a organismos públicos o grupos de personas, corporativas o no. Por lo que, la legitimación pública también ha sido considerada, siempre que dicha entidad tenga un interés suficiente en el litigio. Así las cosas, dependerá del desarrollo jurisprudencial establecer que se entiende por «*suficiente*».

2.2.3.2. *La Legitimación de las Asociaciones Representativas*

239. Hoy en día, la legitimación para hacer valer acciones judiciales en defensa de los intereses grupales normalmente es asignada a asociaciones «*representativas*» del grupo, como es el caso en España de las asociaciones de consumidores y usuarios. Estas entidades, a las que BUJOSA VADELL denomina «*grupos intermedios*»⁷⁷⁷, actúan en nombre propio pero en interés ajeno⁷⁷⁸. La relevancia que tienen estas asociaciones para las acciones de grupo radica en su naturaleza que es cuasi pública al ser creadas en función del interés general. Para

⁷⁷⁷ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., p. 149.

⁷⁷⁸ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «Las partes... Op. Cit., p. 180.

KOCH, esto significa que cumplen con una función pública, lo que les concede el derecho de acción por efecto de la misma ley⁷⁷⁹.

Las acciones iniciadas por asociaciones representativas han sido incorporadas ya en otros ordenamientos jurídicos. En Alemania las *Verbandsklage* son conocidas desde finales del siglo XIX, por ejemplo. Sin embargo, habían quedado al margen de los sistemas procesales de los ordenamientos jurídicos en los demás países del Derecho continental. Su importancia comenzó a ser percibida a medida se iniciaban los procesos de armonización jurídica a los que se ha visto sometida la Unión Europea. A este efecto, es en España y Grecia donde comenzó a emitirse normas que regulen esta forma de representatividad⁷⁸⁰. Y siendo que los ordenamientos centroamericanos se alimentan constantemente del desarrollo jurídico español, estas normas han comenzado a llegar hasta estos.

240. La doctrina ha diferenciado las características que deben tener estas asociaciones en función del tipo de acción que inician, de tal forma que, para las acciones de cesación, sólo necesitan pasar por un examen general con relación a la adecuación de su representación que incluye demostrar que cuentan con suficientes recursos humanos y financieros, membresía adecuada, y el deber estatutario de defender intereses públicos o colectivos. El interés que las mueve a accionar no tiene que ser necesariamente propio, sino que debe estar vinculado a los de su membresía. En cambio, en las acciones reparatorias, las asociaciones pueden buscar indemnización por daño colectivo tanto como para daños individuales de sus miembros⁷⁸¹.

A diferencia de lo anterior, la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha afirmado que la legitimación para la tutela de un interés supraindividual se sustenta en la afirmación de un interés legítimo propio por quien insta la tutela jurisdiccional, pudiendo tratarse perfectamente de una organización social⁷⁸². De ahí que, estas asociaciones representativas deben gozar del reconocimiento del Estado, contando con personalidad jurídica⁷⁸³.

⁷⁷⁹ KOCH, HERALD. «Mass Damage in Europe: Aggregation of claims, effective enforcement and adequate representation», en BOOM, WILLEM H., WAGNER, GERHARD (Editores). *Mass torts in Europe: Cases and Reflections*. Berlín, De Gruyter, 2014, p. 166.

⁷⁸⁰ FIEDLER, LILLY. *Class Actions...* Op. Cit., p. 51.

⁷⁸¹ STÜRNER, ROLF. Op. Cit., pp. 273-277.

⁷⁸² *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 310-2003, del 3 de febrero de 2004.

⁷⁸³ MEJÍA, HENRY ALEXANDER. Op. Cit.

Capítulo 3

Esta asignación restrictiva de la representatividad que establece la jurisprudencia salvadoreña es equiparada por ARMENTA DEU con la *Adequacy of Representation* de las *Class Actions* anglosajonas⁷⁸⁴. Dicho esto, la realidad es que dicho término es realmente ambiguo⁷⁸⁵. Y si bien es cierto, es posible encontrar una forma de legitimidad representacional o *associational, representational o derivative standing* en el sistema estadounidense, esta no está disponible para las *Class Actions*, pues a las asociaciones se les autoriza solamente iniciar una acción individual en nombre de sus afiliados y en defensa de los intereses de estos. Esto se da de esta manera porque no hay provisiones expresas autorizando que este tipo de organización inicie una acción colectiva, tal como sucede en Francia o España para la defensa de los consumidores.

241. Sin embargo, no está de más revisar los requisitos exigidos por las leyes de los Estados Unidos para la representatividad de las asociaciones, siendo estos:

- (1) Que sus afiliados también puedan proponer una acción en nombre propio;
- (2) Que los intereses que la acción procura proteger estén conectados con los objetivos de la asociación; y,
- (3) Que la presencia de los afiliados en el proceso sea dispensable⁷⁸⁶.

Estas se pueden contrastar con los del Derecho español. Ahí los criterios que debe utilizar el órgano jurisdiccional para realizar el control correspondiente son la jurisdicción del interés deducido en juicio y la jurisdicción de la función representativa de la asociación o grupo. Por lo tanto, como requisito mínimo, la protección o promoción de esos intereses debe estar establecida estatutariamente como uno de los fines propios de la organización. Los requisitos anteriormente señalados deben entenderse como un mínimo que se vincula directamente con la capacidad de las asociaciones para ser parte de este tipo de procesos.

242. Tal como lo establece la jurisprudencia salvadoreña, resulta mucho más fácil reconocer esta capacidad a las organizaciones que cuentan con personalidad jurídica, y que reúnen a los miembros del grupo y representan los intereses de éstas. Sin embargo, no se puede desconocer que hay una multiplicidad de asociaciones que,

⁷⁸⁴ ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 74.

⁷⁸⁵ TANG, ZHENG SOPHIA. Op. Cit., p. 269.

⁷⁸⁶ GIDI, ANTONIO. *A class action...* Op. Cit., pp. 126-127.

además, tendrán propósitos variados. Aunque no sea necesario que la asociación actúe exclusivamente en nombre de sus afiliados, es claro que no tendrá el mismo nivel de representatividad de los intereses del grupo una organización que agrupe exclusivamente a los perjudicados, que otra que tenga una membresía mucho más amplia, y que pretende dicha representatividad exclusivamente a partir de la inclusión estatutaria de la protección de los intereses de grupo⁷⁸⁷.

Además, la Ley 45 de 2007 panameña, también legitima a las asociaciones de consumidores organizados para iniciar los procesos en defensa de los consumidores o para intervenir como coadyuvantes en dichos procesos. En el caso beliceño, el único requisito para una entidad representativa, de acuerdo a la Sección 21 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005, es que tenga suficiente interés en el litigio.

En El Salvador, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los intereses legítimos pueden ser ejercidos por asociaciones representativas porque ostentan «*un plus de reconocimiento social en la protección de ciertos intereses o situaciones*». Por lo que, se admite la posibilidad de que exista la necesidad de participar en un proceso judicial para resolver un conflicto jurídico por parte de una persona jurídica, cuando esta acredite un interés «*razonable y suficiente*» en el caso de intereses supraindividuales⁷⁸⁸.

Ésta forma de legitimación tiene una trascendencia particular, porque sirve como una suerte de mecanismo regulatorio para proteger intereses generales y desalentar practicas inadecuadas, al convertir a los representantes en una suerte de fiscales privados, sin tener que esperar la acción de las entidades administrativas⁷⁸⁹. Esta legitimación institucional permite la posibilidad de la defensa de dichos intereses por medio de acciones de cesación, aun cuando los titulares desconozcan de la acción incoada, o no estén de acuerdo con ella⁷⁹⁰. Por lo tanto, se configura como una forma de representación objetiva, que no depende de la voluntad de los representados.

243. El Artículo 570 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, y el Artículo 70 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, señalan que, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en

⁷⁸⁷ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 151-190.

⁷⁸⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 345-2013, del 7 de agosto de 2013.

⁷⁸⁹ TANG, ZHENG SOPHIA. Op. Cit., p. 268.

⁷⁹⁰ MONTÓN GARCÍA, LIDÓN. Op. Cit., pp. 13-14.

Capítulo 3

juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación. Vale señalar que no basta con éste requisito, sino que además su representatividad debe ser adecuada.

Los criterios para determinar si ésta es adecuada están determinados en los Artículos 571 del Código Procesal Civil hondureño y 488 del nicaragüense. En ambos casos, los legisladores proponen que el juez que conozca del caso debe analizar en cualquier momento antes de dictar sentencia, la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; su antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses de los miembros del grupo. También deben analizar su conducta en otros procesos colectivos de los que hubiera participado.

Otro aspecto a analizar sería la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda, y en el caso de las asociaciones representativas, el tiempo que lleve de haber sido constituida. Además, señalan que el juez debe analizar la representatividad de las asociaciones que actúen en calidad de representantes, valga la redundancia. Este último criterio parece ser un contrasentido del legislador, o posiblemente un error de redacción pues el criterio para determinar la representatividad no puede ser que la asociación sea ya representativa.

La Ley 45 de 2007 panameña establece los criterios que deberán ser analizados por el Juez en el Artículo 125. Esta Ley, igual que la hondureña y la nicaragüense también conceden al Juez la facultad del Juez de determinar si estas entidades realmente deben ostentar dicha legitimación. La diferencia más significativa, no obstante, es que, en el caso panameño, el análisis judicial debe acontecer en el momento de la admisión de la acción.

Los requisitos estipulados para que ésta pueda proceder incluyen que la agrupación esté conformada por individuos realmente perjudicados, que los estatutos de la agrupación prevean expresamente éste tipo de defensa dentro de sus finalidades, que la agrupación esté ligada territorialmente al lugar donde se produjo la lesión, y que la entidad refleje seriedad y responsabilidad en su trayectoria. Además, faculta a la Autoridad administrativa para que asesore al Juez sobre la adecuada representatividad de estas agrupaciones, de acuerdo al Artículo 193.

En el caso de Belice, la Sección 2.1.2.b de las Reglas de la Suprema Corte de 2005 solamente establece como requisito para las entidades que pueden ser

nombradas como representantes, que éstas tengan interés suficiente en el procedimiento.

244. Es importante recalcar que en los casos de Honduras, Nicaragua y Panamá, la normativa se está refiriendo exclusivamente a la tutela de los intereses de consumidores y usuarios, y no de cualquier particular ni para cualquier supuesto de daño. Lo anterior dificulta su aplicación en el caso de daño patrimoniales sufridos indirectamente por lesiones al ambiente. Sin embargo, esto no es óbice para que el esquema aquí planteado se aplique analógicamente para dichos menesteres o pueda servir de base para otro que se diseñe con ese fin⁷⁹¹.

De hecho, así lo ha entendido el legislador nicaragüense cuando en el Artículo 148 de la Ley General del Medio Ambiente y Recursos Naturales de 1996, señala que las acciones civiles que se inicien como consecuencia de la infracción a las leyes administrativas ambientales, deberán resolverse utilizando las normas procesales civiles. Al ser la tutela del ambiente un interés difuso, tendrá entonces que utilizarse el procedimiento contenido en el Código Procesal Civil de 2015. Por su parte, la Ley del Medio Ambiente de El Salvador de 1998, señala en su Artículo 101, que estas acciones podrán ser ejercidas por personas naturales o jurídicas que haya sufrido perjuicios, y reconoce la posibilidad de que las personas naturales intervengan, ya sea de manera individual o colectiva⁷⁹².

A lo anterior habrá que adicionar que el Código Judicial de Panamá (en el Artículo 1421-I del Capítulo que se refiere a los procesos especiales de resolución de conflictos internacionales en materia de Derecho privado), también legitima a los afectados, los colectivos de afectados o las organizaciones no gubernamentales constituidas para la defensa de derechos colectivo cuando se lesionen derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común y tengan como titulares a los miembros de un grupo, categoría o clase.

Sin embargo, el hecho de que la legitimación que se le ha reconocido a estas asociaciones representativas sea exclusiva para la protección de los intereses de los consumidores, no quiere decir que no se pueda aprender de ello para configurar la

⁷⁹¹ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo I... Op. Cit., p. 245.

⁷⁹² Vale señalar que MEJÍA ha comentado que no precisa el Artículo 101 de la Ley del Medio Ambiente si al reconocer la legitimación activa a las personas jurídicas que hayan sufrido perjuicios, se limita a aquellas que hubieran sido afectadas directa e inmediatamente por el daño ocasionado, o si esa afectación podría ser más bien a sus asociados. *Vid.* MEJÍA, HENRY ALEXANDER. Op. Cit.

adecuada legitimación en supuestos de daño ambiental, tanto desde la perspectiva de los intereses difusos, como de la de los intereses individuales homogéneos. El otorgarle legitimación a organizaciones ambientalistas, facilitará el iniciar demandas por daños contra particulares, rompiendo la dicotomía individuo-Estado. Pero ello también permitirá ir creando una base jurisprudencial para la tutela de los intereses ambientales, sean estos difusos o individuales homogéneos, si a las sentencias dictadas en las acciones iniciadas por estas organizaciones se les otorga efecto *erga omnes*⁷⁹³.

2.2.3.3. *La Legitimación de las Entidades que Carecen de Personalidad Jurídica y de los Individuos*

245. Algunos ordenamientos jurídicos reconocen en ciertos casos la capacidad de ser parte a sujetos o entidades que carecen de personalidad jurídica de acuerdo al Derecho Civil, siguiendo de cerca el modelo de la *Class Action*⁷⁹⁴. Esta posibilidad rompe definitivamente con la idea tradicional de que la personalidad jurídica es una condición de validez de los actos procesales. CAMARGO MANCUSO opina que la base lógica para esta forma de legitimación parte de la incoherencia que supondría un excesivo rigor formal en la constitución de los grupos u asociaciones que pretendan ser los portadores de los intereses difusos en juicio⁷⁹⁵. Sin embargo, GONZÁLEZ CANO señala que uno de los problemas de la legitimación otorgada a dichos grupos, es que su membrecía depende aparentemente de las circunstancias específicas de cada individuo ante el sufrimiento de la lesión, y otro problema es su transitoriedad⁷⁹⁶.

Actualmente, la doctrina del *Civil Law* considera perfectamente posible que cualquiera actúe en defensa de estos intereses comunes, supliendo así a las autoridades, cuando estas fallen en actuar para defenderlos. La legitimación de los particulares es importante desde la perspectiva de las características propias del ambiente, pues su efecto puede trascender generaciones y fronteras. Pero además tiene un significado destacable, desde la perspectiva de la tutela, pues se protege no sólo el

⁷⁹³ GODT, CHRISTINE. Op. Cit., p. 97.

⁷⁹⁴ BONE, ROBERT G. Op. Cit., p. 67.

⁷⁹⁵ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. Op. Cit., p. 144.

⁷⁹⁶ GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL. *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 115.

derecho a un ambiente adecuado, sino que el derecho a accionar en la defensa jurisdiccional de ese derecho⁷⁹⁷.

246. La Ley 45 de 2007 de Panamá reconoce esta posibilidad por medio de las entidades de gestión colectiva. Estas entidades son definidas en el Artículo 129 como un grupo de consumidores que nombran un representante colectivo. Los requisitos para que estas entidades puedan demandar son casi idénticos a los de la *Class Action* estadounidense. Podrán ejercer la acción en caso de que el grupo sea tan numeroso que la acumulación resulte impracticable, o podrán hacerlo en el caso de que existan cuestiones de hecho o de derecho comunes las del grupo. También podrán hacerlo si las pretensiones de los representantes sean típicas de las reclamaciones de la clase, o si al tratar las reclamaciones de manera separada pudiera correrse el riesgo de obtener sentencias incongruentes o divergentes, o de que las acciones sean ilusorias.

Por su parte, en el caso del Artículo 570 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, como en el Artículo 71 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, se señala la posibilidad de que los directamente perjudicados defiendan sus derechos, tanto de manera individual, como organizándose en grupos para dicho efecto, siempre que los afectados sean un grupo perfectamente determinado o fácilmente determinable. Estos grupos no deben confundirse con las asociaciones de consumidores y usuarios. En estos casos, la legitimación no alcanza a los intereses difusos.

247. Lo anterior tiene que vincularse con los Artículos 568 hondureño y 487 nicaragüense que establecen que los grupos de consumidores y usuarios podrán ser parte de los procesos por un hecho dañoso cuando sus miembros sean determinados o fácilmente determinables, exigiendo en ese supuesto que el grupo esté conformado por la mayoría de los afectados. El mecanismo para determinar si se cumple con este requisito de la mayoría se encuentra establecido en los Artículos 573 del Código hondureño y 490 del nicaragüense, que prevén la posibilidad de llevar a cabo diligencias preliminares o preparatorias para concretar a los integrantes del grupo cuando no estando determinados, sean de fácil determinación. Sin embargo, su utilización no es obligatoria.

⁷⁹⁷ OJEDA MESTRE, RAMÓN. Op. Cit., pp. 52-54.

Es una pena que se carezca de un mecanismo obligatorio de certificación del grupo similar al que existe en el modelo estadounidense, pues es precisamente éste el que determina la verdadera existencia de una pretensión colectiva, divorciada de las pretensiones individuales del representante. Además, sirve para reconocer jurídicamente a esa entidad que carece de personalidad jurídica⁷⁹⁸. Sin embargo, CARBALLO PIÑEIRO comenta que en los modelos *opt-out* como resultan ser el hondureño, el nicaragüense y el panameño, en realidad no es necesario que haya tal certificación, pues entonces dejaría de cumplir con su función⁷⁹⁹.

248. Hay que agregar que además de los casos anteriores, el Código Procesal Civil nicaragüense también reconoce en su artículo 72, la legitimación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas para la defensa de sus derechos en intereses, y los de sus miembros. Y ello, especialmente para materias como propiedad comunal, manejo de tierras tradicionales, demarcación y titulación de tierras, etc.

La decisión de los legisladores hondureño y nicaragüense de limitar la legitimación otorgada a las agrupaciones sin personalidad jurídica para la defensa de los intereses individuales homogéneos, e impedirselas en los supuestos de intereses difusos no termina de convencer. Se puede perfectamente utilizar los mismos argumentos previamente esgrimidos para sostener la legitimación de las asociaciones representativas para la defensa de los intereses difusos en entornos donde la institucionalidad pública es débil y corre el riesgo de ser fácilmente manipulada por los poderes fácticos. La falta de personalidad jurídica de un colectivo, no debería ser impedimento para la defensa de estos intereses, sobre todo si constituir formalmente dichas asociaciones puede ser fácilmente obstaculizado por estos mismos poderes.

En el caso beliceño, la Sección 21 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005 permiten que la representación sea llevada a cabo por personas o por entidades. Dentro de la categoría personas, de acuerdo al Capítulo 1 de las Leyes de Belice, se incluye a grupos de individuos, sean estos corporativos o no, es decir, que tengan personalidad jurídica o no.

A la par, hay que considerar que las acciones de grupo no suprimen las acciones individuales. De hecho, REGLERO CAMPOS es de la opinión que su

⁷⁹⁸ GIDI, ANTONIO. «Las Acciones Colectivas... Op. Cit., pp. 254-255.

⁷⁹⁹ CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., p. 59.

legitimación debería ser obligatoria⁸⁰⁰.. De otra forma se estaría violentando el derecho a la tutela judicial. Señala el autor que dado el caso, lo importante es determinar la forma en la que las acciones de grupo se coordinan con las individuales. En el caso de los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, los mecanismos utilizados para dicha coordinación son los de la acumulación procesal y el de la intervención posterior al llamamiento.

249. Con relación a la legitimación de los individuos, hay que recordar la figura del llamamiento descrito en los Artículos 129 panameño, 571 hondureño y 489 nicaragüense, pues éste no sólo sirve para conformar al grupo por medio del esquema de *opt-out*, sino que también para permitir la intervención de los perjudicados que decidan actuar de manera individual. Falta establecer si de acuerdo a las regulaciones de estos dos Códigos los individuos pueden representar los intereses de grupo.

Desgraciadamente la redacción del Artículo 570 del Código Procesal Civil hondureño y del Artículo 71 nicaragüense es confusa, pues al inicio parecería excluir esta posibilidad. Sin embargo, en el caso hondureño, el numeral 7 del Artículo en mención hace referencia a la posibilidad de abandono de la acción por parte de la persona natural, pudiendo inferirse que el legislador hondureño si ha admitido esta posibilidad.

Lo mismo se deduce de la lectura del Artículo 571 hondureño cuando establece los criterios que debe analizar el juez para determinar la adecuada representatividad, incluye la representatividad de la persona natural con respecto al grupo. En este caso, el legislador nicaragüense incluye la misma redacción en el Artículo 488. Para completar, cuando los Artículos 574 hondureño y 491 nicaragüense se refieren a la acumulación de pretensiones, ambos establecen la posibilidad que las acciones de grupo puedan ser promovidas por consumidores o usuarios determinados. Con lo anterior se ofrecen argumentos normativos suficientes para asumir que en ambos casos es posible que la representación del grupo recaiga en personas individuales.

Diferente es el caso de Belice, donde la Sección 21 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005 establece taxativamente la posibilidad de la representación individual, otorgada a los miembros del grupo, quienes de manera individual o

⁸⁰⁰ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo I... Op. Cit., p. 251.

conjunta, pueden representar a algunas de los demás, o a todos, siempre que compartan los mismos o similares intereses.

Como se ha podido constatar, en ninguna de estas jurisdicciones es posible iniciar acciones donde el representante del grupo sea el procurador legal, como sucede en el modelo estadounidense.

2.3. Las Pretensiones Ejercitables en Defensa de Intereses Ambientales

250. El Artículo 1 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, establece que toda persona tiene derecho a petitionar ante los juzgados y tribunales la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos. Complementariamente, el Artículo 8 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, establece que ese derecho se concretará con la obtención de una sentencia en la que se resuelvan las pretensiones planteadas, siempre que concurren todos los presupuestos procesales establecidos en la norma. Estas pretensiones no pueden dejar de ser resueltas por las autoridades judiciales en ningún caso, de acuerdo al Artículo 25. Dichas pretensiones, indica el Artículo 13, deben ser alegadas por las partes en los momentos procesales establecidos por la Ley.

A pesar de lo anterior, el Artículo 15 nicaragüense reconoce que el poder de disposición sobre las pretensiones le corresponde a las partes. Este principio dispositivo, también está contenido en el Código hondureño, específicamente en el Artículo 10. De ahí que, tanto, la tutela de los derechos de los particulares se caracteriza por ser rogada. Es decir, alguien debe comparecer en juicio y pedir que se aplique la Ley en un caso concreto (*nemo iudex sine actore*)⁸⁰¹.

251. Precisamente ahí es donde radica la relevancia de las pretensiones. Estas, también denominadas *res in iudicio deducta*, no son otra cosa más que la petición hecha por un particular al órgano jurisdiccional. Petición por medio de la cual se fija el objeto del proceso. La doctrina se refiere a ella como la «*afirmación de la acción*», entendiéndola como el presupuesto necesario para poder iniciar el proceso⁸⁰². La cual, se caracteriza como una declaración de la voluntad anterior al proceso, ejercida frente

⁸⁰¹ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 103.

⁸⁰² ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Derechos básicos... Op. Cit., p.106.

a otra persona, y dirigida al órgano jurisdiccional. Ésta debe fundarse en derecho, sin ser un derecho por sí misma.

De hecho, MONTERO AROCA establece que la pretensión no es un acto procesal ni un derecho, sino que un hecho, siendo su naturaleza de petición⁸⁰³. Sin embargo ROBLES GARZÓN le otorga una doble naturaleza: la entiende como acto de solicitar, y a la vez, como objeto de ese acto. Para él la función de la pretensión, señalando que a partir de ella es posible conjugar las normas de jurisdicción, de competencia, de procedimiento, así como los institutos procesales que serán aplicados en el proceso específico⁸⁰⁴.

252. De la pretensión se pueden diferenciar tanto elementos subjetivos como objetivos. Los subjetivos son las partes del proceso, y los objetivos son lo que se pide (*petitum*) y el motivo de pedir o fundamento (*causa petendi*). La *causa petendi* se refiere a los hechos con trascendencia jurídica sobre los que se basa la demanda. El hecho de que la acción sea iniciada por un ente objetivamente representativo supone que los miembros del grupo que no intervienen directamente en el proceso, ya sea porque no quieren, o porque no se enteran, tampoco tendrán la oportunidad de determinar el objeto del mismo.

En el caso de las acciones para el resarcimiento por daño ambiental directo e indirecto, la pretensión debe cumplir con los siguientes requisitos: debe dirigirse en contra de quien produjo la lesión, fijando su culpabilidad e imputabilidad; debe fijar el nexo causal entre la acción u omisión ilícita y el efecto dañoso; igual debe fijar la extensión de la reparación determinada por el daño emergente y el lucro cesante⁸⁰⁵. Sin embargo, sería idóneo, para la tutela de estos intereses, que se objetivara la responsabilidad, y se prescindiera del requisito de fijar la culpabilidad.

253. De frente a los daños ambientales directos, como a los indirectos por medio del ambiente, es necesario que exista un proceso en el que sea posible plantear pretensiones que sirvan para detener o prevenir las acciones dañosas, como para reparar el daño causado. De ahí que, la posibilidad de ejercer pretensiones de cesación y de indemnización debería ser considerado en cualquier modelo de acciones de grupo que se pretenda usar para la tutela del ambiente. El hecho de que existan modelos de

⁸⁰³ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., pp. 104- 105.

⁸⁰⁴ ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Derechos básicos... Op. Cit., pp. 106-107.

⁸⁰⁵ DíEZ-PICAZO, LUIS. *Derecho de daños...* Op. Cit., p. 49.

acciones de grupo en algunos ordenamientos centroamericanos, vuelve relevante poder determinar si estos cumplen con dichos requerimientos.

Señala el Artículo 398 del Código Procesal Civil hondureño de 2007 que en el caso de que la ley no tenga señalada una tramitación especial, esta deberá ser resuelta por medio del proceso declarativo. Estos procesos declarativos buscan tutelar el derecho de las personas, proclamándolos. Se desprenden de la función jurisdiccional de juzgar, que se define como la acción desarrollada por los jueces cuando declaran el deber ser del caso concreto planteado ante ellos⁸⁰⁶.

Dentro de las pretensiones declarativas se agrupan las meramente declarativas, las constitutivas y la declarativas de condena. Las de mera declaración implican una solicitud al órgano jurisdiccional para que se manifieste sobre la existencia o inexistencia de un derecho, relación o situación jurídica. Esta pretensión es positiva cuando se refiere a la existencia de derechos de crédito o derechos reales, y negativa cuando se peticiones de nulidad.

Las constitutivas suponen la petición al órgano jurisdiccional para que este cree, modifique o extinga una relación o situación jurídica con fuerza de cosa juzgada. Con las declarativas de condena se busca que el órgano jurisdiccional declare la existencia de una prestación debida por el demandado y le imponga cumplirla. Dicha pretensión se basa en derechos obligacionales o derechos reales⁸⁰⁷, las que pueden tener por objeto prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

254. Los Artículos 567 del Código Procesal Civil hondureño y Artículo 486 del nicaragüense, señalan que por medio del proceso ordinario podrán ser tanto de cesación y de reparación de daños individualmente sufridos. Además, estas pretensiones podrán responder a intereses o derechos colectivos, intereses o derechos difusos y a intereses o derechos individuales homogéneos, como lo establece el Artículo 566 hondureño y 485 nicaragüense.

El hecho de que el legislador haya escogido esa fórmula: «*intereses o derechos*», implica que ha considerado que los intereses son dignos de tutela judicial sin necesidad de que exista un derecho preexistente que deba ser satisfecho,

⁸⁰⁶ MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso... Op. Cit., p. 116.

⁸⁰⁷ MONTERO AROCA, JUAN. *El proceso...* Op. Cit., pp. 549-551.

imponiendo a otros sujetos la obligación de no obrar ni amenazar estos intereses⁸⁰⁸. En el Artículo 40 de la Ley Ambiental beliceña, también se admite las pretensiones de cesación y la de reparación para la acción civil por daño ambiental.

En estos modelos, las pretensiones de grupo son perfectamente acumulables. De acuerdo a los Artículos 574 hondureño y 491 nicaragüense, no podrán aplicarse aquellas disposiciones legales que impiden la acumulación en los supuestos de pretensiones de grupo. Más bien, esta podrá ser declarada incluso de oficio.

Explicaba ADLER que en el mundo real existen costos de transacción que complican la utilización de las soluciones jurisdiccionales para la litigación en masa⁸⁰⁹. Estos son los costos de conferencia que ocurren cuando un grupo grande de personas tiene que llegar a un acuerdo. Además está el fenómeno que denominó del «*freeloader*» o del aprovechador. Aquí se incluyen los costos de los bienes comunes que resultan cuando cada miembro del grupo se percata que su esfuerzo o gasto puede no ser necesario para lograr los beneficios que han de recibir todos los miembros del grupo.

Ella era de la opinión que estos costos podían eliminarse si se revertían los derechos y obligaciones de las partes, y se obligaba al contaminador a negociar con los miembros del grupo. Desde su perspectiva, la *Class Action* para indemnización de daños puede tener esta finalidad utilitaria, pues permite que se demande colectivamente en supuestos en los que el costo de la demanda individual rebasaría el valor de la reparación a obtenerse. Además, habría que considerar el costo de la representación legal. Una acción de grupo en definitiva podría reducir los altos costos de los servicios de representación legal, al ser necesario sólo un representante para todos los intereses del grupo.

De acuerdo a esta autora, el hecho que pueda encausarse por la vía jurisdiccional este tipo de acciones permite se de algo parecido a una negociación entre el causante del daño y la colectividad perjudicada. Y, es parecido, porque la resolución judicial incidirá en el análisis coste-beneficio que la parte contaminante deberá hacer en función de sus actividades futuras, permitiéndole evaluar los efectos de su actividad lesiva, y tomar decisiones económicas en el futuro inmediato. Las decisiones a tomar incluyen posibilidades como seguir emitiendo los mismos niveles

⁸⁰⁸ BUJOSA VADELL, LORENZO. Op. Cit., pp. 30-31.

⁸⁰⁹ ADLER, VIVIAN O. Op. Cit., pp. 533-570.

de contaminación internalizando el coste de ésta, invertir en acciones preventivas para mitigar los efectos de la contaminación o dejar de contaminar del todo.

Sin embargo, aclara que este mismo efecto de negociación económica no se obtiene de las *Class Actions* de cesación, porque en ese supuesto la resolución judicial más bien sustituye las decisiones económicas de los actores en el mercado. Para ella, las acciones de cesación socavan la eficiencia económica, aunque responden a la insistencia de la sociedad a incorporar factores que no son monetizables ni transables en la ecuación, y que como sociedad considera mucho más importantes que criterios puramente económicos. De ahí que la justificación económica de las acciones de grupo se limite a las del orden indemnizatorio y no a las de cesación⁸¹⁰.

2.4. Medidas Cautelares

255. Las medidas cautelares aparecen en el ámbito jurídico como consecuencia de la extensión del período de tiempo que resulta necesario para la sustentación de un proceso, haciendo que sea necesario introducir algún mecanismo que permita la efectividad que se busca de una sentencia⁸¹¹. Su aplicación debe estar taxativamente autorizada por la ley⁸¹². Son esencialmente provisionales, pues carecen de finalidad en sí mismas, dependen de la existencia de un proceso que esté en curso, y se extinguen al finalizar éste.

La utilización de estas medidas dependerá de que concurran los presupuestos del peligro por la mora procesal (*periculum in mora*), la apariencia de buen derecho

⁸¹⁰ Con lo anterior no se pretende restar relevancia a las acciones de cesación. Su significancia sigue siendo evidente. Incluso se ha comenzado a argumentar si estas acciones de cesación deberán abarcar solamente a aquellas actividades que pueden causar daño patrimonial, o si debería ser aplicable a la cesación de actividades dañinas al ambiente en general, independientemente de que después se puedan traducir en daño individual o no, tomando en cuenta que el progresivo deterioro ambiental tarde o temprano impactará a las personas a nivel individual, ya sea afectando su salud, o deteriorando en más de alguna forma a su patrimonio. Lo anterior significaría la inclusión del principio de prevención al paradigma de la responsabilidad civil, haciendo que sea la responsabilidad se base en la amenaza de la producción del daño y no en el hecho de ésta ya haya acontecido, modificando la situación donde la prevención es apenas un efecto accesorio. *Vid.* RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. *Op. Cit.*, pp. 202-204.

⁸¹¹ FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA. «Las medidas cautelares», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, p. 493.

⁸¹² ARCILA SALAZAR, BEATRIZ. «Las medidas cautelares en el proceso ambiental». *Opinión Jurídica*. Vol. 12, No. 23, Enero-Junio de 2013, p. 36.

(*fumus boni iuris*) y la caución⁸¹³. Estos requisitos pueden matizarse, en supuestos ambientales, como lo ha hecho el legislador salvadoreño. El Artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente de 1998, adiciona presupuestos complementarios, tales como el que se esté ante la amenaza o inminencia de un daño ambiental, sea que afecte la salud humana o no; que se esté ante la presencia de un daño al ambiente que pueda generar peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población; y, que se esté en la necesidad de prevenir un daño a las personas o bienes de los afectados.

256. Tanto en el Artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente salvadoreña de 1998, los Artículos 157 y 158 de la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales nicaragüense de 1996, al Artículo 338 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 y el Artículo 352 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, las medidas cautelares pueden ser solicitadas como actos previos o en cualquier estado del proceso. Sin embargo, en Honduras y Nicaragua, estas caducarán de pleno derecho si no se presenta la demanda en los diez días subsiguientes.

Por la forma en la que están configuradas en las leyes ambientales de El Salvador y Nicaragua, se puede deducir que tienen como propósito suspender las actividades dañosas. Lo mismo se puede decir del caso beliceño, en donde la Ley de Protección Ambiental beliceña revisada en 2000, permite que las medidas cautelares sean dictadas ordenado suspender cualquier acción que el Tribunal considere pudiera constituir una ofensa ambiental, o dirigirse a eso; u, ordenado realizar actos que tiendan a prevenir la comisión de ofensas ambientales.

De hecho, en el caso nicaragüense, pueden ser solicitadas incluso en los casos de urgencia cuando lo que se busque sea detener o evitar un daño irreversible. La posibilidad de decretar medidas urgentes sin audiencia de la parte contraria también está considerada en los Códigos Procesales Civiles de hondureño y nicaragüense.

En la Ley ambiental de Nicaragua de 1996, el Juez también tiene la posibilidad de disponer de ellas de oficio cuando las estime necesarias para garantizar la tutela ambiental. Sería idóneo que, para las acciones civiles en defensa de los intereses de grupo contenida en el Código Procesal Civil de Honduras de 2007, los Jueces también

⁸¹³ El *periculum in mora* se constituye a partir del riesgo a obtener una sentencia carente de efectividad, el *fumus boni iuris* exige que el solicitante acredite provisionalmente la existencia de un derecho y la caución garantiza posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pueda causar al demandado. *Vid.* FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA. Op. Cit., pp. 494-496.

contarán con la posibilidad de decretar de oficio medidas cautelares si las consideran pertinentes, sobre todo en los supuestos de tutela de intereses difusos.

Interesante es señalar que en todos estos instrumentos normativos se utiliza un sistema amplio de *numeros apertus* para establecer las medidas cautelares disponibles. La Ley del Medio Ambiente salvadoreña de 1998, solamente exige que el criterio determinante para su aplicación, que estas tiendan a proteger al ambiente y a la calidad de vida de las personas. Similar es la postura del legislador nicaragüense cuando en la Ley de Medio Ambiente y Recursos Naturales de 1996, establece que el criterio que debe ser la tutela efectiva del interés general en la protección del ambiente. En los Códigos Procesales de Honduras de 2007, y de Nicaragua de 2015, por ser las normas de aplicación general y no exclusivas para la materia ambiental, el legislador establece como criterio para poder hacer uso de la potestad cautelar general, que las medidas a adoptar tiendan a asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida.

257. MARTÍN FERNÁNDEZ sugiere que estas medidas deben tener tres objetivos en mente: el control, la contención o la eliminación de los factores que originaron el daño⁸¹⁴. Pero, además, el modelo debe permitir que estas medidas puedan integrarse posteriormente a la reparación. Es decir, la reparación deberá tener a la vez, el objetivo de resarcir, así como el propósito de proteger. El legislador salvadoreño también ha establecido que estas medidas deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretenden garantizar, debiendo de estar sujetas a revisión judicial periódica.

A la par de los presupuestos que deben concurrir, es necesario poder establecer cuál es el régimen de tutela cautelar idóneo para el daño ambiental. Para esto es necesario primero entender que, si bien el objetivo inmediato de una acción de responsabilidad civil es el resarcimiento, está se encuadra en un propósito ulterior: la protección del ambiente. A partir de entonces es que se podrá establecer qué tipo de medidas son idóneas de acuerdo a los efectos que se persiguen, teniendo además en cuenta que estas son mutables. Es decir, estas podrán modificarse atendiendo a los cambios en las circunstancias del caso. En este sentido, los legisladores del proceso

⁸¹⁴ MARTÍN FERNÁNDEZ, JACOBO. «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (Arts. 17 a 23)», en LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, p. 297.

civil hondureño y nicaragüense establecen como requisito que hayan sobrevenido hechos nuevos o de nuevo conocimiento

258. Las medidas cautelares pueden ser de dos tipos:

(1) Conservatorias, cuando son utilizadas para mantener de laguna forma el *status quo*, y por ende conservar las personas o las cosas en el estado en el que se encuentran al inicio del proceso, garantizando así la efectividad de la sentencia;

(2) Innovativas, cuando alteran el *status quo*, en tanto intentan hacer prevalecer el derecho que se pretende tutelar⁸¹⁵.

Es por eso que el carácter conservativo o asegurativo de las medidas cautelares, como las propuestas en las leyes ambientales salvadoreña y nicaragüense, son importantes para la tutela de intereses ambientales, sobre todo si estas se conceden para evitar lesiones adicionales a los bienes y servicios ambientales, aún y cuando no se haya culminado el juicio que determine si efectivamente ha existido daño o no⁸¹⁶.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha referido específicamente a las medidas innovativas. En este sentido, ha dispuesto que ante la inminencia de daños ambientales estas podrían ser una solución a adoptar, ordenando por medio de ellas el cese de la conducta dañosa con el propósito de prevenir nuevos daños y dejar que el ecosistema comience a auto repararse⁸¹⁷. La misma Sala Primera, ha señalado que dicha prerrogativa se vincula con el principio precautorio y en *in dubio pro natura*, y que no se limita a acciones anticipadas para proteger y conservar el ambiente, sino que también la salud de las personas cuando esté en riesgo de ser afectada⁸¹⁸.

Esta intervención, ha dicho por su parta la Sala Constitucional de ese país, debe ser proporcional al nivel de protección y a la magnitud del daño potencial o eventual⁸¹⁹. A lo anterior, el Tribunal Agrario ha añadido que la aplicación de medidas cautelares, incluso de oficio, es una obligación del Estado, y por lo tanto de los Administradores de Justicia. Además explica la forma en la que el principio

⁸¹⁵ ARCILA SALAZAR, BEATRIZ. Op. Cit., pp. 35-37.

⁸¹⁶ ULATE CHACÓN, ENRIQUE. Op. Cit., p. 146.

⁸¹⁷ Vid. Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675 del 21 de septiembre de 2007.

⁸¹⁸ Vid. Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 90-F-S1 del 3 de febrero de 2011.

⁸¹⁹ Vid. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 17747 del 11 de septiembre de 2006.

precautorio o *in dubio pro natura* modifica la aplicación de los presupuestos propios de las medidas cautelares: el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, pues aún en caso de duda de que se esté produciendo daño al ambiente, deben dictarse medidas ambientales para evitarlo⁸²⁰.

259. Con relación al requisito de la caución, las leyes ambientales analizadas no establecen si habrá un régimen especial para la caución que debe prestar el solicitante. Los que sí hacen referencia a este asunto son los Códigos Procesales Civiles hondureño de 2007, y nicaragüense de 2015. El primero en su Artículo 575, el segundo en el Artículo 492. Los primeros dos establecen que en los procedimientos en los que se interponga la pretensión de cesación en defensa de los intereses de grupo, el Juez podrá dispensar la caución. Dicha decisión deberá hacerse atendiendo las circunstancias propias de cada caso, así como la entidad económica y la repercusión social que el caso pueda tener en los diferentes intereses afectados. En el caso salvadoreño, el Código Procesal Civil y Mercantil de 2008, señala que no podrá exigirse caución o fianza.

El análisis económico planteado por los legisladores de Honduras y Nicaragua en realidad no debe limitarse a determinar si procede o no prestar caución. Este análisis debe hacerse para determinar la factibilidad técnica y razonabilidad económica de las medidas que han de dictarse⁸²¹. De ahí que el Artículo 357 del Código Procesal Civil hondureño y 342 del nicaragüense se señale que el tribunal debe ordenar las medidas cautelares que resulten menos onerosas para el demandado cuidando que sean adecuadas para garantizar la pretensión del solicitante.

2.5. La Carga de la Prueba

260. Es indiscutible la preponderancia que el principio dispositivo tiene en el proceso civil, y que hace que la justicia sea rogada. Éste afecta incluso la forma en la que ha de aportarse la prueba referida tanto a los hechos afirmados por las partes, así como el *thema probandi*, o los hechos controvertidos. Si bien es cierto también

⁸²⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal Agrario 106 del 13 de febrero de 2008.

⁸²¹ BATTESINI, EUGÊNIO. «Tort Law and Economic Development: Strict Liability in Legal Practice», *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*. Vol. 1, Núm 1, 2015, pp. 6-14.

afectará la distribución de la carga de la prueba, esta se verá mayormente incidida por el modelo de valoración judicial de la prueba que se integre al proceso.

La doctrina normalmente reconoce la existencia de tres posibles sistemas para la valoración judicial de la prueba: la libre apreciación del juez, la valoración legal y la libre convicción del juez. El primero supone que el juez la valorará conforme a su prudente arbitrio, y el segundo implica que la norma dispone cómo es que se valorarán los medios probatorios. Los Artículos 13 del Código Procesal Civil hondureño de 2007 y 251 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 se adhieren al primero de estos sistemas, sin embargo, es importante recalcar que dicha valoración es libre pero no arbitraria.

261. Ambos Códigos señalan que el juez debe atender siempre las reglas de la sana crítica, del conocimiento, del criterio humano y el razonamiento lógico. Esto es así por que la valoración de la prueba está también sometida a los principios de oralidad, concentración e inmediación judicial, permitiendo que el Juez asista personalmente a la práctica de los medios probatorios. Lo anterior no significa que la valoración tasada de la prueba esté proscrita en estos modelos, quiere decir nada más que está es excepcional. La sana crítica es también el criterio utilizado por el legislador salvadoreño en el Artículo 102-A de la Ley del Medio Ambiente de 1998.

La libre apreciación sólo es posible si el proceso garantiza que la prueba sea incorporada debida e inclusivamente en el juicio. A pesar que algunos autores opinen lo contrario, es ahí donde asegurar la adecuada distribución de la carga de la prueba se vuelve relevante. Los autores que no coinciden con esta posición consideran que la importancia del instituto de la carga de la prueba es casi nula desde que se acepta la libre apreciación judicial, sin embargo hoy día, ese tipo de posiciones han quedado refutadas⁸²². Es tal la importancia de la distribución señalada, que la doctrina se enfoca significativamente en sus características.

MONTERO AROCA es un perfecto ejemplo de lo anterior, al señalar que la carga de la prueba es un imperativo del interés propio⁸²³, pues son las partes quienes deciden llevar a cabo o no la actividad probatoria de acuerdo a su conveniencia. A pesar de esto, la distribución de dicha carga no está a su disposición, sino que debe obedecer a

⁸²² ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. 2ª ed. Montevideo, B de F, 2002, p. 81.

⁸²³ MONTERO AROCA, JUAN. *Op. Cit.*, p. 631.

una configuración legal por ser las reglas probatorias de *ius cogens*⁸²⁴. Estas normas distributivas de la carga de la prueba permiten imputar a una parte la incertidumbre de un hecho, la cual redundará en provecho de la otra⁸²⁵. Además, están informadas por dos principios básicos a saber, el principio de aportación de parte y el principio de adquisición procesal.

262. Tradicionalmente se ha aplicado un sistema probatorio en el que rige el principio «*actor incumbit probatio*», donde, por un lado, le corresponde al actor y al reconviniente probar los hechos sobre los que se funda el derecho reclamado; y por el otro, al demandado y reconvenido les incumbe probar los hechos impositivos, extintivos, destructivos o excluyentes. Esta distribución responde, según ROSENBERG, a las exigencias de la conveniencia y de la justicia conmutativa⁸²⁶. Este es el caso de algunas normas administrativas ambientales, como la Ley del Medio Ambiente de El Salvador, la que en su Artículo 102-B establece que la carga de la prueba le corresponde al demandado, aunque permite que el Juez ordene estudios técnicos que considere pertinentes para fundamentar su resolución.

Es posible encontrar la incorporación de sistemas mucho más novedosos en algunos ordenamientos jurídicos de la región. Uno de estos sistemas es la «*la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*», la que reconoce al actor como la parte débil del conflicto, y por lo tanto se le releva de la obligación de probar, a la vez que le traslada al demandado la obligación de demostrar su ausencia de culpabilidad en un caso concreto. Podría decirse que con ella se procura una suerte de inversión eventual de la carga de la prueba.

La verdadera utilidad de esta figura radica en resolver la necesidad de adecuar las reglas de la carga de la prueba a lo que es asequible en la realidad de cada caso concreto⁸²⁷. Ésta necesidad ya ha sido tratada por algunos autores, como Díez-PICAZO. Este autor señala que en este tipo de procesos ya no es posible asumir posiciones que implique exigir al tribunal o a las partes, absoluto cuidado con la prueba, así como

⁸²⁴ SANCHIS CRESPO, CAROLINA; CHAVELI DONET, EDUARD A. *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 46.

⁸²⁵ ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. 2ª ed. Montevideo, B de F, 2002, p. 84.

⁸²⁶ Cita el autor a WACH, quien al respecto sostiene que esto es así, porque «...la distribución adecuada y prudente de la carga de la prueba es una de las instituciones más necesarias o por lo menos más deseables del orden jurídico». Vid. ROSENBERG, LEO. Op. Cit., p. 114.

⁸²⁷ MONTERO AROCA, JUAN y CHACÓN CORADO, MAURO. *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*. Vol. 2. Guatemala, Magna Terra Editores, 1999, p. 39.

tampoco puede pretenderse la demostración de cada una de las relaciones causales, ni la culpabilidad para cada uno de los daños concretos⁸²⁸.

263. La característica más significativa de la utilización de la doctrina de las cargas dinámicas, es que ésta ha sido adoptada para resolver algunos problemas probatorios del Derecho privado a los que se ha hecho referencia en el primer Capítulo, como son las dificultades de demostrar el nexo causal en el Derecho de daños⁸²⁹. Además, se ve complementada con una posición jurisprudencial que continuamente se bien repitiendo en litigios por daños, en la que se le exige a la parte demandada demostrar que su accionar es siempre diligente.

Esta posibilidad que ha ido apareciendo en estos ordenamientos jurídicos que pertenecen al *Civil Law* también es posible en el *Common Law*, bajo el principio *res ipsa loquitur* o de la evidencia circunstancial. Sin embargo, en el caso anglosajón, se limita a aquellos supuestos en los que no hay duda de que el demandado es responsable del daño, y lo único que queda pendiente de demostrar en juicio es si su accionar es culpable o no. Es decir, el nexo causal debe ser indefectiblemente probado por el demandante⁸³⁰.

264. WILDE comenta algunas de las soluciones que se le han dado a este problema en el contexto europeo, las que podrían servir para completar este análisis. Algunas de las más llamativas son la obligación que existe para el demandante en el sistema sueco de demostrar que las acciones del demandado han sido la causa prevalente de la lesión; o en el sistema finés de demostrar la probabilidad mayor al 50% de existencia de un nexo causal; o los modelos alemán y austriaco que incluyen un sistema de presunciones *juris tantum* aplicable siempre y cuando las facilidades del demandado estén intrínsecamente adecuadas a causar ese tipo de daño, trasladando la carga inicial de la prueba al demandado⁸³¹.

⁸²⁸ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit., pp. 168-169.

⁸²⁹ Y es precisamente la prueba de este vínculo la que mayores problemas suscita para configurar un modelo ideal de acción para tutelar los intereses ambientales, pues demostrarlo es ya difícil en acciones individuales, y se vuelve verdaderamente imposible en el caso de acciones de grupo. GAMBARO ejemplifica lo anterior por medio de los daños a la salud causados por un agente patógeno. Explica el autor que el primer problema que se enfrentaría es el hecho de que el daño a la salud variaría de individuo a individuo, además variaría en el tiempo y modo de exposición al patógeno, imposibilitando poder demostrar en una acción de grupo la existencia de un nexo de causalidad tras la exposición, o la asunción de que dicha sustancia patógena es en realidad la causa de la enfermedad que los actores dicen sufrir. *Vid.* GAMBARO, ANTONIO. Op. Cit., p. 54.

⁸³⁰ WILDE, MARK. Op. Cit., pp. 77-78.

⁸³¹ *Ibidem.*, pp. 235-238.

Además de la posibilidad de las cargas dinámicas, la total inversión de la carga de la prueba también ha sido vista desde la doctrina como una posibilidad para la evento de que, al carecer de leyes que establezcan la responsabilidad objetiva, se produzca un resultado injusto al aplicar criterios subjetivos de responsabilidad⁸³². En Centroamérica, la inversión de la carga de la prueba ha adquirido carta de naturaleza ya en algunas leyes administrativas. Un ejemplo es la Ley de Biodiversidad de Costa Rica⁸³³, la que establece en su Artículo 109 que la carga de la prueba de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.

No obstante, a pesar de que la literatura especializada reconoce la ventaja que esta modalidad podría representar cuando el legislador no opta por incluir sistemas de responsabilidad objetiva, también es cuidadosa en recetar esta solución. Su aplicación desde esta perspectiva ha llegado a ser considerada incluso como peligrosa por algunos autores. Estos han recomendado utilizarla con gran cuidado, entendiendo que su empleo nunca puede equivaler a que el Juez se sienta en libertad de extraer las consecuencias que le parezcan oportunas en la sentencia a causa de la falta de prueba, favoreciendo arbitrariamente a quien él supone es la parte débil. El análisis anterior es relevante recordando que ya se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, que la doctrina del riesgo es idónea para el régimen de la responsabilidad civil por daños ambientales.

265. El Derecho Ambiental le ha dado la bienvenida a las cargas probatorias dinámicas, al condecirse con el principio precautorio⁸³⁴, pues permiten que, ante la

⁸³² Ese resultado injusto, de acuerdo al autor, podría incluso llegar al extremo de la denegación de justicia. *Vid.* RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS. *Op. Cit.*, p. 57.

⁸³³ *Vid.* Ley No. 7788 del 30 de abril de 1998, Ley de Biodiversidad, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 101 del 27 de mayo de 1998.

⁸³⁴ El principio precautorio que queda contenido en la máxima *in dubio pro natura* obedece a la reconfiguración que ha ido sufriendo el Derecho de daños, tal como se dicutió en el Capítulo I, al permitir que el interprete de éste se enfoque cada vez más en la conducta del causante, y cada vez más en el daño mismo. Entre los efectos más visibles de este cambio se puede señalar, primero, el permitir que el número de posibles víctimas objeto de tutela jurídica se amplíe. Este fenómeno se posibilita no sólo por medio de la flexibilización de los medios de prueba, sino que por la matización del instituto de la antijuricidad, la desanturización o el abandono del instituto de la culpa, la relativización del nexo causal, y su subsecuente sustitución por la idea de la causación puramente jurídica. También permite hacer que la reparación se vuelva elemento predominante, y que el cálculo de ésta no necesariamente corresponda al valor monetario de la lesión, sino que se calcule en base a la proporcionalidad del beneficio obtenido, e incluso, en algunos supuestos, llega a desproveerla de su característica tradicionalmente patrimonial, transformándola en prestaciones específicas de dar, hacer o no hacer. *Vid.* ALBUQUERQUE JÚNIOR, ROBERTO PAULINO. *Op. Cit.*, p. 92.

falta de pruebas contundentes por la parte actora, el demandado no resulte indemne si tampoco logra demostrar la inocuidad de su actividad. Esto implica que la obligación de probar siempre le corresponderá a quien es señalado como supuesto contaminador, resolviendo la problemática que implicaría para el demandante probar la causalidad de dicha contaminación⁸³⁵. El modelo reduce la carga de la prueba del nexo causal al demandante en el sentido de que deja de ser necesario demostrar certeza científica. También aquí esta modalidad sigue la línea del principio precautorio, pues éste tiende a suavizar las exigencias, permitiendo la utilización de presunciones o de prueba indiciaria⁸³⁶.

Habiendo señalado las principales ventajas de las cargas dinámicas, hay que señalar que la doctrina también ha detectado un potencial riesgo al utilizarlas. Éste radica en la posibilidad de que el Juez cambie arbitrariamente dicha carga en la decisión final, después de que toda la evidencia se haya producido. En esta etapa procesal sería imposible para las partes en conflicto presentar evidencia nueva para cumplir con la asignación. También se teme que si al finalizar el juicio no se ha podido probar ni refutar algún hecho, el juez pueda utilizar el poder discrecional que se le pueda haber otorgado para determinar cual de las partes saldrá victoriosa⁸³⁷.

266. Entendida la complejidad de esta doctrina de la carga dinámica de la prueba, vale decir que los modelos hondureño y nicaragüense se adscriben a ella. De acuerdo al Artículo 577 del Código Procesal Civil de Honduras de 2007, y al Artículo 494 del de Nicaragua de 2015, la carga le incumbe a la parte que posea los conocimientos técnicos y científicos necesarios. No obstante, el juez perfectamente puede suplir cualquier deficiencia y dictar resolución por medio de la cual se requiera pericias de entidades públicas, e incluso ordenar su práctica con cargo al Fondo creado al efecto. También tiene libertad de ordenar la distribución de una carga distinta a la prevista legalmente cuando en la fase de alegatos surgieran modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento.

⁸³⁵ MARTÍNEZ, PAULINA. «Principio precautorio y principio preventivo en el Derecho ambiental», en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. *Tutela jurídica del medio ambiente*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2008, p. 363.

⁸³⁶ RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por deterioro del medio ambiente*. Girona, Universidad de Girona, 2005, pp. 363-373.

⁸³⁷ U. S. CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM. *Following each other's lead. Law Reform in Latin America*. Washington, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2014, p.18.

Esta facultad del juez de practicar pruebas de oficio también está contenida en la Ley 45 de 2007 panameña. La única condición que se le impone, de acuerdo al Artículo 128, es que cite a las partes para que la fiscalicen en el contradictorio. Similarmente, la Ley del Medio Ambiente de El Salvador permite, de acuerdo a su artículo 102-A, que el Juez pueda recabar de oficio las pruebas que considere pertinentes.

Además, los Artículos de los Códigos Procesales Civiles hondureño y nicaragüense arriba relacionados, admiten la utilización de todos los medios de prueba, incluida la documental estadística, o por muestreo. Esta disposición abona en definitiva a la posibilidad de relajar los criterios que se utilizan para demostrar el nexo causal, aunque pareciera una contradicción con la lógica del modelo de valoración seleccionado⁸³⁸.

Podría pensarse, que con la formar en la que se ha regulado la distribución de la carga de la prueba, los legisladores hondureño y nicaragüense han concebido un sistema de valoración diferenciado donde se privilegia el accionar en nombre de la colectividad. No obstante, hay autores como sucede con GAMBARO, quien no considera que haya verdadera justificación para esta especie de premio que el ordenamiento parece reconocer a quien actúa por la vía supraindividual⁸³⁹. Lo que si es un hecho es que, aceptar estos métodos significara una transformación indefectible del instituto de la responsabilidad civil, la que tradicionalmente admite el resarcimiento solamente después de que el daño efectivamente sea comprobado.

267. Un problema adicional que amerita ser analizado es el efecto que puede tener suavizar los requisitos para determinar la certeza del nexo causal en los supuestos donde haya una pluralidad de responsables, sobre todo porque eses es un escenario común en materia ambiental. En estos casos, la dificultad no radica en la indeterminación del causante, pues está claro que todos han participado, sino que radica en la indeterminación la porción de su participación.

⁸³⁸ El comentario anterior se basa en el análisis hecho por GIDI quien apunta que el análisis de probabilidades choca de frente con la ideología subyacente en el sistema de la libre apreciación de la prueba por parte del Juez, el cual exige que este sea convencido de lo alegado por el actor, siendo previsible que al Juez no le baste un simple análisis comparativo de probabilidades. *Vid.* GIDI, ANTONIO. *A class action...* Op. Cit., p. 70.

⁸³⁹ GAMBARO, ANTONIO. Op. Cit., p. 58.

Los legisladores hondureño y nicaragüense no ofrecen una respuesta contundente a la duda planteada. Hay que recurrir a la doctrina para encontrar una solución satisfactoria. COLINA GAREA, propone la solidaridad, cuando no hay sido posible precisar la medida en que cada uno de los autores ha contribuido independientemente⁸⁴⁰. En los caso planteados sería necesario que dicha solución quedara establecida normativamente por los requisitos previamente establecidos para la solidaridad de las obligaciones. Esto haría coincidir esta solución con la forma en la que el problema ha sido abordado en otros países⁸⁴¹.

El modelo beliceño es con certeza el más particular de todos los disponibles en la región, porque las partes tienen la obligación de presentar cualquier documentación que sea relevante para el litigio. La Sección 28 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005, definen esa relevancia a partir de tres criterios:

- (1) que la parte en control del documento se vaya a apoyar en él;
- (2) que pueda afectar adversamente a dicha parte; o,
- (3) que apoye los argumentos de la parte contraria.

Este modelo, sin duda, permite a las partes descubrir la existencia de conductas culpables, haciéndolo sumamente eficaz para la litigación por daños⁸⁴².

2.6. La Sentencia

268. Las sentencias son especies de resoluciones judiciales que incluyen tanto a las que deciden el asunto principal después de haberse agotados los trámites del proceso, como a aquellas otras que sin llenar este requisito sean designadas como tales por la ley. Sin embargo, las que son de interés para este apartado son únicamente las primeras. Es así que la sentencia que pone fin al conflicto jurídico puede ser considerada el elemento preponderante de la tutela judicial civil de los intereses

⁸⁴⁰ COLINA GAREA, RAFAEL. Op. Cit., pp. 85-100.

⁸⁴¹ En el caso español, por ejemplo, se ha recurrido a la técnica de la «*solidaridad impropia*», siempre y cuando no se determine la individualización de las causas, y que cualquiera de ellas sea apta para producir el daño. Vid. ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «Responsabilidad civil...» Op. Cit., p. 328.

⁸⁴² MAGNUS, ULRICH. «Why is US Tort Law so Different?», en *Journal of European Tort Law*, Vol. 1, Núm. 1, 2010, p. 117.

individuales homogéneos, con la que se logrará reparar los bienes lesionados⁸⁴³. Su contenido será consecuencia directa de la libre apreciación de la prueba hecha por el órgano jurisdiccional, basados, como afirma ROSENBERG, en principios generales fundados en la experiencia⁸⁴⁴.

Estas se pueden definir como los actos procesales por medio de los que el órgano jurisdiccional estima o desestima las pretensiones de los demandantes. Los cuales, pondrán final al proceso y crearán cosa juzgada, siempre y cuando se pronuncien sobre el fondo del asunto⁸⁴⁵. Estos, además, deben cumplir con una serie de requisitos:

(1) La sentencia deberá satisfacer los intereses privados que fueron fijados por medio de las pretensiones al inicio del proceso. De ahí que el primer requisito con el que la sentencia debe cumplir es el de la congruencia. Esta congruencia deberá extenderse a los hechos alegados por el demandado como fundamentación a su resistencia⁸⁴⁶. Pero además, en la sentencia que se dicta, el Juez deberá atender situaciones tales como las características de los sujetos que solicitan la tutela, el tipo de tutela que se solicita y la *causa petendi*⁸⁴⁷.

(2) La sentencia debe ser motivada. La característica más importante de dicha motivación es permitir a la parte agravada conocer el porqué de la decisión judicial, para que ésta, si lo considera necesario, pueda recurrirla, a la vez que también permite al tribunal superior controlar la viabilidad fáctica y jurídica de dicha decisión⁸⁴⁸. El «*por qué*» que debe ser respondido con la motivación se refiere a los razonamientos fácticos y jurídicos utilizados por el juez, los que deben ajustarse a las reglas de la lógica y la razón.

(3) La sentencia debe caracterizarse por la exhaustividad. Esta se refiere a la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre todos los puntos que han sido debatidos en el proceso. LÓPEZ GIL señala que el fundamento de dicha exigencia se encuentra en la *raison d'être* de la función jurisdiccional⁸⁴⁹.

⁸⁴³ PELLEGRINI GRINOVER, ADA. «Acciones colectivas...Op. Cit.. p. 710.

⁸⁴⁴ ROSENBERG, LEO. *La carga...* Op. Cit., p. 213.

⁸⁴⁵ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «Terminación del proceso: la sentencia», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, p. 332.

⁸⁴⁶ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 149.

⁸⁴⁷ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «Terminación del proceso...Op. Cit., p. 336.

⁸⁴⁸ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 941.

⁸⁴⁹ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «Terminación del proceso... Op. Cit., pp. 335- 338.

269. Los Códigos Procesales Civiles hondureño de 2007 y nicaragüense de 2015, el primero en el Artículo 578 y el segundo en el Artículo 495, clasifican las sentencias para las acciones de grupo, vinculándolas con las pretensiones de la parte actora. De tal suerte que ambos reconocen la existencia de sentencias estimatorias de condena y sentencias meramente declarativas, a diferencia de la Ley 45 de 2007 de Panamá, que sólo reconoce la existencia de sentencias estimatorias para las Acciones de Clase.

En las sentencias estimatorias de condena de los modelos de Honduras y Nicaragua, el juez podrá ordenar a la parte demandada cumplir con una prestación de dar, de hacer o de no hacer. En el caso de las prestaciones de dar, el juez podrá condenar a dar una cosa específica o una genérica, o podrá ser más bien de naturaleza pecuniaria. En este caso la condena deberá determinar individualmente los miembros del grupo que han de resultar beneficiados.

De no ser posible la determinación precisa, la sentencia deberá establecer los requisitos para que los miembros del grupo puedan exigir el beneficio que les corresponda, de acuerdo al Artículo 581 hondureño y 498 nicaragüense⁸⁵⁰. Las sentencias estimatorias de una pretensión de cesación son sentencias de condena a no hacer. En el caso hondureño, estas pueden ser publicadas total o parcialmente de acuerdo al juez con cargo al demandado, e irán acompañadas de una multa por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial.

También es posible que el juez emita una sentencia estimatoria de hacer, que condene a la reparación del daño causado *in situ*, de acuerdo al Artículo 582 hondureño. El legislador resuelve la característica difusa del actor, disponiendo que la indemnización se ingrese a un fideicomiso, y que los recursos sean utilizados para la reparación *in situ*, en caso de ser posible, o para implementar medidas de mitigación, e incluso para prevenir que las lesiones se repitan.

El legislador parece haber tenido en mente las características propias del daño ambiental, pues incluye previsiones que pueden fácilmente vincularse con la característica difusa del daño. además deja abierta la posibilidad a incluir en la reparación elementos que se consideran idóneos para la justicia ambiental tales como

⁸⁵⁰ Hay que recalcar que la estimación del valor de la compensación en el caso de una acción por daños será determinada por las reglas incluidas en el modelo de derecho de daños imperante en el país. Por lo que, para entender el juego específico de cada país, habrá que referirse al Capítulo primero. *Vid.* BOOM, WILLEM H. Op. Cit., p. 5.

limpieza, restauración y recuperación de las zonas afectadas. Consideraciones similares hace el legislador nicaragüense en el Artículo 499⁸⁵¹.

270. El modelo de la acción civil por daño ambiental salvadoreño puede servir de referencia para diseñar un tipo adecuado para las acciones de grupo por daño individual indirecto. En el Artículo 103 de la Ley del Medio Ambiente de El Salvador de 1998, el legislador señala que cuando las sentencias sean condenatorias, el Tribunal debe ordenar la restauración, restitución o reparación del daño causado. La restauración a la que se refiere, de acuerdo al Artículo 100, implica la totalidad de los ecosistemas dañados, pudiendo utilizarse la compensación cuando el daño sea irreversible. En caso de que el Estado absorba el costo de las medidas ordenadas en la sentencia, señala el Artículo 103-A, éste repetirá en contra del culpable, quien deberá cubrir el total erogado por él, más un 10% adicional sobre dicho monto.

Sin duda, el legislador salvadoreño ha querido plasmar una visión eminentemente reparadora. A esa conclusión se puede llegar cuando el Artículo 103 al que se ha hecho referencia establece que, la sentencia definitiva deberá resolverse sobre «*la responsabilidad civil reclamada y lo que sea su consecuencia*», incluyendo lo referente a la restauración de los ecosistemas dañados o a las acciones de compensación, dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

271. En las sentencias meramente declarativas, establecidas en los Códigos Procesales hondureño y nicaragüense, el juez determina si una actividad o conducta se declara ilícita o no conforme a la ley. La importancia de que el legislador haya incluido la posibilidad de que el juez emita sentencias puramente declarativas para las acciones de grupo se condice con la opinión de CAMARGO MANCUSO, quien considera que en estas acciones, la naturaleza de la sentencia debe ser principalmente

⁸⁵¹ Lo anterior va de la mano con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia costarricense cuando ha señalado que frente al daño ambiental directo es posible adoptar como soluciones la indemnización y la compensación. En el caso específico de la indemnización, ésta deberá servir para solventar los gastos en que se incurra para llevar adelante mecanismos que permitan recuperar o restablecer in natura, los elementos ambientales que hubieran sufrido daños reversibles. En consecuencia, las sentencias deben tender a conseguir prioritariamente la regeneración del daño ambiental, favoreciendo la reparación in natura.

De no ser esto posible, de acuerdo a la corte costarricense, la segunda opción debe ser aplicar medidas alternativas también *in natura*, que beneficien al ambiente como un todo, y que sean equivalentes a los bienes y servicios lesionados. Recomendándose para este acometido, la constitución de un fondo público. Por su parte, la compensación, deberá utilizarse en aquellos casos en los que los elementos ambientales hayan sido afectados de manera irreversible, debiendo cubrir en este caso, el «*daño moral o colectivo social*», en tanto dichos bienes ya no podrán ser disfrutados por la comunidad, menoscabando así un interés general tutelable. *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675 del 21 de septiembre de 2007.

conminatoria, ya que su propósito es tutelar un interés supraindividual y no precisamente obtener una condena pecuniaria⁸⁵². Esta nueva perspectiva hace que el pivote rote del enfoque tradicional que se basa en el interés de la víctima a uno nuevo, que se enfoca en la necesidad de sancionar y prevenir las conductas inadecuadas del causante del daño⁸⁵³.

Esta declaración surtirá efectos *ultra partes*. Estas pueden ser el único pronunciamiento que el juez dicte para poner fin a la controversia, o pueden ser dictadas simultáneamente a la condena. Esto permitirá no sólo resolver la necesidad inmediata de las víctimas, que se refiere a la restauración de su patrimonio, sino que puede ser utilizada eficazmente para el empoderamiento de los particulares en la construcción de políticas públicas, supliendo las deficiencias que manifiesten las autoridades gubernativas en la forma en que se aborda el problema ambiental.

272. No obstante, la implementación de las acciones de grupo puede ser fuente de problemas directamente vinculados con la sentencia, en tanto ésta puede afectar principios procesales tales como el dispositivo y el de audiencia, si en el diseño del instrumento el legislador no ha considerado mecanismos que permitan a todos los sujetos que son parte del grupo conocer del proceso y decidir si quieren formar parte de éste o no⁸⁵⁴.

Esto es así, porque una vez dictada la sentencia, la relación jurídico material a la que se refiere continúa existiendo en el tiempo, y por lo tanto, la misma continuara produciendo toda clase de hechos, actos y negocios jurídicos⁸⁵⁵. Esta pervivencia se concreta cuando se entiende que la sentencia condenatoria firme es un título ejecutivo. En el caso de las acciones de grupo, su importancia se acentúa aún más, en tanto la sentencia puede afectar a sujetos que no han participado del juicio y no han tenido conocimiento del proceso.

273. Los efectos de la sentencia de las acciones de grupo están directamente vinculados al sistema de representación que opere en el modelo. En un sistema de *opt-in*, como el beliceño, la sentencia vincula únicamente a los sujetos que expresamente manifestaron su voluntad de participar del proceso. En un sistema de *opt-out*, la sentencia vincula a todos los miembros del grupo, salvo a aquellos que hubieran

⁸⁵² CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. Op. Cit., p. 253.

⁸⁵³ KOCH, HERALD. Op. Cit., p. 160.

⁸⁵⁴ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., pp. 45-46.

⁸⁵⁵ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 1276.

manifestado expresamente su voluntad de ser excluidos del grupo. En el caso de los modelos hondureño, nicaragüense y panameño, ya quedó establecido que se utiliza un sistema de *opt-out*, para la tutela de los intereses individuales homogéneos. Además, el contenido de las sentencias de acuerdo a los Códigos Procesales Civiles hondureño y nicaragüense dependerá de si estas son de condena a una prestación dineraria, o si éstas son de cesación o declarativas.

(1) En las de condena dineraria, los legisladores diferencian entre:

(a) Las sentencias cuyos beneficiarios hayan sido determinados durante el proceso y sea porque son parte del grupo o porque hubieran intervenido o si hubiera mediado acumulación. En este supuesto, el juez está obligado a pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones individuales.

(b) Las que se dictan sin que hay sido posible completar la determinación individual. Aquí, la obligación del juez será establecer en la sentencia los datos y requisitos necesarios para que los consumidores y usuarios no incluidos puedan solicitar posteriormente la declaración de beneficiarios y la correspondiente ejecución.

(2) En lo referente a las sentencias declarativas o de cesación, vale señalar que el legislador hondureño se refiere exclusivamente en el Artículo 578 a las sentencias emitidas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, mientras que el legislador nicaragüense no hace esta excepción. Esta diferencia en la redacción que podría parecer poco importante, en realidad es muy significativa, porque el efecto de dichas sentencias no se limitará a quien han sido parte del proceso.

Lo anterior tiene repercusiones totalmente diferentes en el caso hondureño y en el caso nicaragüense, pues en el segundo supuesto se estaría frente a un verdadero efecto *erga omnes*, cosa que no puede decirse sucede en Honduras. En Nicaragua no se tiene que esperar a que la acción sea promovida por una asociación para que surta este efecto, sino que podría ser el mismo si a acción hubiera sido iniciada por un una entidad sin personalidad jurídica, un grupo de consumidores o un representante individual⁸⁵⁶.

274. En el modelo panameño, los efectos de la sentencia también alcanzan a todos los miembros que pertenezcan a la clase, aunque no hayan intervenido en el

⁸⁵⁶ REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo I... Op. Cit., p. 253.

proceso. En el caso beliceño, de acuerdo a las Reglas de la Suprema Corte de 2005, en supuestos de daños, los jueces pueden dictar sentencias de diferentes características:

(1) El «*default judgment*», o sentencia por incomparecencia, puede ser dictada cuando el demandado no ha hecho acuse de recibo del emplazamiento, estableciendo por ese medio su intención de defenderse en juicio, o cuando, no ha presentado su defensa;

(2) El «*judgment on admissions*», o sentencia por admisión puede ser dictada cuando una de las partes admite parcial o totalmente a las pretensiones de la otra;

(3) El «*summary judgment*», o sentencias sumarias, son dictadas sin necesidad de abrir el juicio, cuando bien el demandante o bien el demandado carecen de prospectos reales de imponer su pretensión; y,

(4) El «*trial judgment*», o sentencia que se dicta al finalizar el juicio.

2.7. Eficacia de la Cosa Juzgada

275. La eficacia de la cosa juzgada refleja el carácter finalista de la potestad jurisdiccional, la cual no admite ser controlada por otras instancias, haciendo irrevocable la aplicación de la ley que hacen los órganos jurisdiccionales. Resulta de la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales a los casos concretos que son sometidos a su conocimiento por medio de la interposición de pretensiones. Su propósito sin duda, es dotar de seguridad jurídica al sistema jurisdiccional⁸⁵⁷. A pesar de esto, su pretensión no es que lo resuelto ostente presunción de verdad⁸⁵⁸.

Este efecto puede denominarse «*preclusivo*», pues evita la rejudicialización de las acciones por las mismas partes involucradas. Es, precisamente, la situación jurídica que resulta del contenido de una sentencia judicial, la que impide que éste pueda ser posteriormente recurrido. Además, esto genera precedentes que

⁸⁵⁷ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «La cosa juzgada», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, p. 399.

⁸⁵⁸ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., pp. 107-109.

determinarán la autoridad de los criterios que habrán de aplicarse en la resolución de disputas en las que se debatan las mismas cuestiones jurídicas⁸⁵⁹.

276. Tradicionalmente, esta figura se ha regulado desde una perspectiva puramente individual⁸⁶⁰, y se clasifica en formal y material:

(1) La cosa juzgada formal impide que las partes o los órganos jurisdiccionales puedan desconocer lo que se ha resuelto anteriormente garantizando así la seguridad jurídica. Su requisito es que la sentencia haya alcanzado la firmeza⁸⁶¹. Por lo tanto, el tribunal queda vinculado a su propia decisión, quedando impedido para dictar resoluciones contrarias a lo largo del resto del proceso. Tampoco podrán las partes pedir decisión judicial posterior que niegue esos efectos⁸⁶².

(2) La cosa juzgada material impide que posteriormente se pueda seguir un nuevo proceso sobre la misma pretensión, o que se dicte una nueva resolución sobre el fondo de dicha pretensión en un proceso ulterior. Para poder alcanzarla, la sentencia ya debe gozar de la cosa juzgada formal⁸⁶³. Se entiende pues, que el objetivo de esta figura es garantizar la seguridad jurídica, de tal forma que el litigio no se prolongue en el tiempo, evitando a la vez resoluciones contradictorias⁸⁶⁴.

277. La cosa juzgada normalmente alcanzará a las pretensiones de la demanda, de ahí que sus límites han de referirse precisamente a estas, y a sus elementos identificadores⁸⁶⁵. Objetivamente, los límites de la cosa juzgada van a determinarse a partir del objeto del proceso (*petitum y causa petendi*); subjetivamente, ésta se limita a las partes que han participado del proceso en el que se produjo la sentencia. Sin embargo, hay algunas excepciones que deben considerarse:

(1) Los supuestos de legitimación extraordinaria, pudiendo extenderse a terceros ajenos al proceso, pero que son titulares de los derechos en que se fundamenta la legitimación de las partes;

⁸⁵⁹ BOOM, WILLEM H. Op. Cit., pp. 3-4.

⁸⁶⁰ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit., p. 37.

⁸⁶¹ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «La cosa juzgada»... Op. Cit., p. 399.

⁸⁶² MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 1206.

⁸⁶³ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «La cosa juzgada»... Op. Cit., p. 400.

⁸⁶⁴ ARMENTA DEU, TERESA. Op. Cit., p. 61.

⁸⁶⁵ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 1217.

(2) Los supuestos donde la sentencia tenga efecto *erga omnes*, siendo que de ordinario su eficacia es *ultra partes*⁸⁶⁶. Esta segunda modalidad se acerca a hacer de la cosa juzgada una presunción legal de la verdad⁸⁶⁷.

Los legisladores hondureño y nicaragüense han optado por la modalidad *erga omnes* para los derechos difusos, a diferencia del legislador panameño cuya posición contenida en el Artículo 129 de la Ley 45 de 2007, podría calificarse como intermedia, pues la sentencia sólo afectará a los miembros de la clase, aunque no hubieran intervenido en el proceso. La extensión *erga omnes* es, en definitiva, la extensión idónea de la cosa juzgada para las sentencias dictadas en procesos seguidos por causa de conflictos ambientales e intereses difusos. Cuando se está frente a un conflicto en el que se involucra la tutela de los intereses supraindividuales, es necesaria que sus efectos trascienda a las partes que participan del litigio⁸⁶⁸, evitando así que exista la posibilidad de excluir a ciertos sujetos⁸⁶⁹.

Este tipo de efecto puede ser considerada inconstitucional⁸⁷⁰. De hecho, uno de los principios procesales que pueden verse violentados por la extensión que se le otorgue a la eficacia de la cosa juzgada es el de contradicción. Para evitar dicha infracción, debe existir dos mecanismos en la regulación de este tipo de procesos: uno que asegure la comunicación, tanto individual como general, a todos los afectados de tal forma que estos puedan tener la oportunidad real de ejercer el derecho de manifestarse con relación a su inclusión o exclusión del proceso; y otro, que permita la participación de los afectados que tardíamente han conocido de la existencia del proceso⁸⁷¹.

278. El efecto de la sentencia en supuestos de intereses individuales homogéneos debe ser *ultra partes*, abarcando a todos los miembros del grupo, salvo que, ésta sea *secundum eventum litis*⁸⁷². Esta posibilidad ha sido bien recibida por la doctrina brasileña que la ha denominado «Principio de máximo beneficio de la tutela jurisdiccional colectiva», pues permite que el individuo pueda, si así lo quiere, utilizar la sentencia colectiva a su favor, sin que esto le obstruya la posibilidad de poder

⁸⁶⁶ LÓPEZ GIL, MILAGROS. «La cosa juzgada»... Op. Cit., pp. 402-403.

⁸⁶⁷ MONTERO AROCA, JUAN y CHACÓN CORADO, MAURO. *Manual de...* Op. Cit., p. 369.

⁸⁶⁸ CAFFERATTA, NESTOR A. Op. Cit., p. 109.

⁸⁶⁹ PELLEGRINI GRINOVER, ADA, «Acciones colectivas... Op. Cit., p. 707.

⁸⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Op. Cit., p. 170.

⁸⁷¹ PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. Op. Cit, pp. 48-50.

⁸⁷² MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. Op. Cit., p. 240.

iniciar acciones individuales posteriormente. La importancia de este modelo es evidente cuando se entiende la relación de conexidad que hay entre los derechos difusos y los derechos individuales de los miembros del grupo. Permite que las lesiones causadas por el daño al ambiente tengan suficiente oportunidad de ser adecuadamente reparadas.

La doctrina brasileña presupone que como consecuencia, habrá una mayor actividad probatoria por parte de los pasivamente legitimados, y un mayor empeño de los activamente legitimados que actúan en condición de substitutos procesales⁸⁷³. Este es el modelo que ha sido adoptado por los legisladores hondureño y nicaragüense cuando el juicio de trate de intereses o derechos individuales homogéneos.

Para GIDI, los límites subjetivos de la cosa juzgada colectiva son de los elementos más importantes en la legislación procesal también colectiva, pues al mismo tiempo que deben servir para poner fin a las controversias colectivas, deben de ser tales que reconozca adecuadamente los intereses de las personas ausentes que están en juego y que debe ser adecuadamente protegidos⁸⁷⁴.

La modalidad *secundum eventum litis* de la cosa juzgada parece preservar de mejor manera el debido proceso de dos formas específicas, pues al salvar la posibilidad del contradictorio en las posibles acciones individuales posteriores, y garantizar la seguridad jurídica por medio de la imposibilidad de iniciar nuevamente otra acción colectiva en el caso de que la sentencia haya sido favorable para los colegitimados⁸⁷⁵. Por otro lado, ésta variación también puede ser ventajosa para el demandado en supuestos de daños a intereses difusos si éste es absuelto, pues evita que las partes ausentes no puedan iniciar nuevas acciones sobre el mismo objeto⁸⁷⁶.

2.8. Ejecución de la Sentencia

279. En las acciones de grupo, cuando el conflicto se ha resuelto por medio de una sentencia condenatoria, puede señalarse dos fases perfectamente diferenciadas:

⁸⁷³ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., p. 121.

⁸⁷⁴ GIDI, ANTONIO. *A class action...* Op. Cit., p. 282.

⁸⁷⁵ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., p. 227.

⁸⁷⁶ PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO; JÚDICE, JOSÉ MIGUEL. Op. Cit., pp. 195-197.

una que va desde la presentación de la demanda hasta la emisión de la sentencia; y, la segunda, que inicia posteriormente después y que incluye la distribución de los beneficios⁸⁷⁷. Vista así, la ejecución de la sentencia supone cumplir lo que el órgano jurisdiccional ha resuelto con relación a la distribución de dichos beneficios en la sentencia estimatoria. Debe ser ejecutada en los términos en la que ha sido dictada por el Juez. Podría decirse que es el instrumento necesario para la realización del derecho tutelado.

La situación ideal con relación a la ejecución de la sentencia, es que ésta sea llevada a cabo voluntariamente por la parte condenada, sin embargo, esto no siempre sucede. De ahí que sea necesario recurrir a la ejecución forzosa. Esta es una manifestación de la potestad coercitiva del órgano jurisdiccional, aunque sea iniciada a instancia de parte. Sin embargo, es pertinente aclarar que no siempre habrá un proceso de ejecución forzosa después de un proceso de declaración, pues su existencia depende de la renuencia de la parte condenada a cumplir con las obligaciones impuestas por el Juez⁸⁷⁸. Puede decirse entonces, que la ejecución forzosa hace referencia a la capacidad que ostentan los órganos jurisdiccionales de hacer efectiva la sentencia cuando la parte condenada no la cumple voluntariamente, utilizando como instrumento el proceso de ejecución⁸⁷⁹.

280. Con relación a la forma en la que sentencia debe ser ejecutada, el Código Procesal Civil hondureño de 2007 incluye en el artículo 743, el principio de la «*Completa Satisfacción del Ejecutante*». Este principio también está disponible en el Artículo 598 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015. La intención de ambos legisladores ha sido que, cuando el Juez emita la sentencia ejecutoria, ésta sea dictada asegurando la satisfacción total del ejecutante, no sólo porque es su derecho, sino porque la ejecución forzosa tendrá que llevarse a cabo cumpliendo específicamente con los términos en ella establecidos. La satisfacción total incluye al daño emergente y al lucro cesante.

Lo anterior supone que la sentencia ejecutoria debe determinar, a solicitud de parte, la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios, o su equivalente si la

⁸⁷⁷ BOOM, WILLEM H. Op. Cit., p. 7.

⁸⁷⁸ ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Los procesos de ejecución: actividad ejecutiva», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 503-504.

⁸⁷⁹ MONTERO AROCA, JUAN. *El proceso civil...* Op. Cit., p. 1252.

condena es a cumplir una obligación no dineraria. El procedimiento general para fijar la cantidad debida en concepto de liquidación de daños y perjuicios, así como de los frutos o rentas, está dispuesto en los Artículos 884 y 885 del Código hondureño y 745 y 746 del nicaragüense, en los Artículos 551 al 553 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, así como en el Libro Segundo del Código Judicial panameño.

281. La ejecución de las sentencias puede ser provisional o definitiva. Las sentencias de condena definitivas pero no firmes pueden ser ejecutadas provisionalmente, quedando condicionada su ejecución a que la sentencia no sea revocada en el supuesto de ser recurrida⁸⁸⁰. En las acciones de grupo, la ejecución de las sentencias es particularmente conflictiva porque algunos principios que son normales en las acciones ordinarias individuales dejan de tener vigencia. La ejecución de la sentencia ya no estará determinada por la rapidez con la que cada afectado recurrió individualmente a la justicia, sino que todos estarán vinculados al demandante, y recibirán los beneficios de la ejecución simultáneamente, a pesar de las diferencias inherentes a las situaciones individualizadas, al verdadero valor de los daños individualmente sufridos, o a la actividad asumida por cada una de las partes.

Para solucionar estos impases, la Corte Suprema de Justicia Estadunidense en algunos casos recurre a permitir se mantenga una acción de clase siempre que se haga referencia a los problemas propios de cada individuo. En estos casos, cada miembro del grupo debe continuar su acción individual para obtener una sentencia final, de tal forma que el tribunal emita sentencias con compensaciones individualmente calculadas. También puede suceder que el tribunal decida subdividir al grupo en subgrupos. El objetivo también es hacer la ejecución de la sentencia de la sentencia más justa, haciendo una repartición equitativa entre los miembros de dicho subgrupo. Estos estarán sometidos siempre al mismo requisito de la cuestión común.

Una posibilidad, especialmente utilizada en casos donde la clase es sumamente grande, es la de asignar una reparación basada en una suma global cuyo cálculo se estima a partir de las ganancias obtenidas por el causante del daño. Otra posibilidad aplicable cuando no existe una forma económica de identificar los miembros de la clase o de distribuir los daños, es el mecanismo denominado «*fluid recovery*», que

⁸⁸⁰ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 1309.

consiste en lograr la compensación por medio de la disminución de precios de los bienes y servicios comercializados por el causante por un período adecuado de tiempo⁸⁸¹.

282. Los legisladores hondureño y nicaragüense han optado por un modelo diferenciado en los casos en los que los miembros del grupo estén plenamente determinados o sean de fácil determinación, y para los grupos cuya membresía sea indeterminada o de difícil determinación. En el primero de los casos, de acuerdo al Artículo 578 hondureño y 495 nicaragüense, la sentencia estimatoria deberá determinar individualmente los miembros del grupo que han de entenderse beneficiados por la condena y deberá pronunciarse sobre sus pretensiones.

En el segundo caso, la sentencia establecerá los requisitos necesarios que permitan a los miembros del grupo exigir el pago e instar a la ejecución. Será tarea del juez competente para la ejecución, de acuerdo al Artículo 581 hondureño y 498 nicaragüense, resolver si los solicitantes cumplen con los requisitos establecido en la sentencia y por lo tanto ser considerados beneficiarios. El auto que dicte en este caso el juez de ejecución es el que servirá de base para que puedan instar a la condena.

El legislador panameño ofrece un procedimiento similar en el Artículo 129 de la Ley 45 de 2007. Ahí se permite que los miembros de la clase que no hubieran comparecido al proceso cuando fue definida la clase, puedan formular sus reclamaciones en la fase de ejecución y solicitar ser reconocidos como beneficiarios. Las personas que hubieran resultado beneficiadas por la sentencia pueden acudir después de un plazo de seis meses a solicitar la liquidación de la sentencia. Vencido el plazo prescribirá el derecho a solicitar su reconocimiento como beneficiarios. Transcurridos los seis meses, el Tribunal dará traslado a la parte condenada, respetando siempre su derecho de audiencia y contradicción. En ese momento procesal, éste podrá invocar las excepciones que reconoce dicha Ley. El Tribunal podrá nombrar un curador para que se encargue de la distribución de los pagos.

2.9. El Rol del Juez en las Acciones de Grupo

⁸⁸¹ STÜRNER, ROLF. Op. Cit., pp. 262-265.

283. El proceso civil normalmente está regido por el principio *iura novit curia*, es decir, es el juez el que conoce el derecho⁸⁸². Los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, que se basan en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, se inclinan, igual que ésta, por un juez garantista y neutral. En estos, al juez le corresponde la dirección forma del proceso, lo que supone controlar la regularidad formal de los actos procesales, así como impulsar el procedimiento para que éste pase de una fase a otra⁸⁸³.

A cargo del Juez estará el control de oficio de los presupuestos procesales, así como los obstáculos procesales que impidan dictar sentencias sobre el fondo del asunto. Este además deberá estar presente en todas las actividades, de acuerdo al principio de inmediación⁸⁸⁴. Es posible encontrar en las normas procesales atribuciones probatorias a los órganos jurisdiccionales, aunque de manera excepcional, y usualmente regladas, tal como se estableció en el apartado referido a la Carga de la Prueba. Estos instrumentos admiten la posibilidad de que el Juez ordene estudios técnicos de considerarlos pertinentes para poder fundamentar de mejor manera su resolución.

Sin embargo, en las acciones de grupo, el juez tiene que jugar un papel que fácilmente puede rebasar la neutralidad comúnmente esperada en los procesos ordinarios. STÜRNER comenta que en el caso de las *Class Actions* estadounidenses, los jueces han tenido que asumir roles que van más allá de la simple gestión del caso, empezando por asegurar que el resultado del proceso sean justo u aceptable para las partes ausentes. Sin embargo, no se limita a eso. El juez, por ejemplo, debe definir la clase, certificar la representatividad de las partes, controlar la presentación de los medios de prueba, etc.⁸⁸⁵.

La doctrina brasileña ha denominado este nuevo rol que debe asumir el juez en las acciones de grupo como «*principio de máxima efectividad del proceso colectivo*». Bajo este paradigma, el juez debe tener poderes amplio de instrucción y debe, además, poder actuar independientemente de la iniciativa de las partes, para poder buscar de

⁸⁸² MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso... Op. Cit., p. 123.

⁸⁸³ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 153.

⁸⁸⁴ MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso... Op. Cit., p. 129.

⁸⁸⁵ STÜRNER, ROLF. Op. Cit., p. 268.

manera más adecuada la verdad procesal⁸⁸⁶. Eso es particularmente necesario en lo que se refiere a la imposición de medidas cautelares⁸⁸⁷.

284. En las Acciones de grupo reguladas en los Códigos Procesales Civiles de Honduras y Nicaragua puede visualizarse esta amplitud. Al juez le corresponde, por ejemplo, asegurarse el desarrollo de la acción, especialmente cuando esta peligre porque la entidad actora no sea representativa del grupo, porque desista infundadamente de la demanda, o abandone la acción. Igual que en el modelo estadounidense al Juez le corresponderá certificar la adecuada representatividad del legitimado con respecto al grupo. En el modelo panameño, el Juez se encargará de determinar la adecuada conformación de la clase.

En los modelos hondureño y nicaragüense, también corresponderá al Juez determinar a quién le corresponde la carga de la prueba, así como suplir cualquier deficiencia con relación a la aportación de éstas, incluso pudiéndolas ordenar de oficio en ciertos casos. Esta posibilidad de recabar pruebas de oficio también existe en el modelo salvadoreño, mientras que en el modelo panameño su rol es más bien el de fijar límites a las exigencias que las partes puedan hacerse unas a las otras para suministrar información.

Asimismo, en el caso de Honduras y Nicaragua, al Juez le corresponde estipular el destino de la indemnización y ordenar la creación de fideicomisos para sufragar la reparación de daños causados a bienes específicos. En estos modelos, además, le corresponde determinar la necesidad de publicar las sentencias. En el caso panameño, también es atribución del Juez aprobar las transacciones, quien deberá velar porque los derechos concedidos queden adecuadamente protegidos.

3. Modelo propuesto para las acciones de grupo para la tutela de intereses individuales homogéneos lesionados por daños al ambiente.

285. Habiendo establecido que si bien es cierto en el área se reconoce de manera general la existencia de intereses supraindividuales, no necesariamente implica que haya un reconocimiento igualmente generalizado de los intereses

⁸⁸⁶ MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. Op. Cit., p. 123.

⁸⁸⁷ PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño, responsabilidad... Op. Cit.

individuales homogéneos. Además, en aquellos ordenamientos donde dicha categoría ha sido reconocida, su aplicación procesal se limita a los intereses de los consumidores. De ahí que, el paso previo a la construcción de un modelo específico para los daños a los que se hace referencia en este trabajo, pasa precisamente por reconocerlos, desvinculados de los intereses difusos y públicos, y sin limitarlos a categorías específicas.

Agregado a esto, y en función de varias de las características observadas en los modelos disponibles en el área, el modelo idóneo debería de conformarse de la siguiente manera:

(1) Debe ser lo suficientemente flexible como para permitir el ejercicio de pretensiones compensatorias como injunctivas o de cesación.

(2) Debe admitir formas amplias de representación y legitimación, para asegurar que los intereses individuales de los particulares no queden desprotegidos.

(3) Dadas las características de fragilidad jurídica e institucional de la región, el modelo idóneo es el *opt-out*, asegurando que ninguna persona afectada quede desprotegida por situaciones tan elementales como ignorancia o desconocimiento. Sobre todo si se toma en consideración que, en función de los modelos *opt-in*, que en estos contextos es sumamente fácil para entidades de gran poderío económico, utilizar mecanismos lícitos o no, para obstaculizar la conformación de un grupo.

(4) Ante la evidencia de que una acción dañosa ha acontecido, y tomando en consideración que probar la causación es tan complejo en litigios ambientales, es necesario asegurar que el daño no quede sin compensación, por lo que el modelo de distribución de la prueba debe permitir que ésta sea reversada, poniendo la carga sobre el posible causante. Sería aún más eficiente si se incluye regulación tendiente a hacer obligatorio el revelar información crítica, sea esta favorable o no para la parte que la tiene bajo su control o tenga acceso a ella.

(5) La ejecución de la sentencia debe tender a asegurar la total satisfacción de las víctimas, asegurando que todos los costes del proceso queden a cargo de la parte culpable.

(6) El efecto preclusivo de la sentencia no debe limitar la posibilidad de los miembros ausentes del grupo a relitigar si consideran que la sentencia obtenida no resuelve de manera satisfactoria los daños sufridos.

Los elementos aquí planteados ayudarán a construir un instrumento procesal que puede llegar a ser muy eficiente, adaptándose adecuadamente a los requerimientos del Derecho Ambiental, y a sus principios, a la vez que servirá para garantizar a los particulares la adecuada protección de su patrimonio y su persona.

SEGUNDA PARTE.
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ACCIONES DE GRUPO POR DAÑO
AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO EN CENTROÁMERICA DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

INTRODUCTION TO THE SECOND PART⁸⁸⁸

286. WINTER has described the environmental problem as one of global nature⁸⁸⁹. The author furthers this conclusion by stating that the entirety of the injury is based on three clearly perceptible effects: (1) the ubiquitous replication of certain harms, (2) the long-range dispersion of others, and (3) the harm caused to the biosphere's own mechanisms, due to its indivisibility. In addition, transboundary tort is not only a possibility of legal significance. Today it is an actual reality, and its judicialization is even more likely given the ability of scientists to track the route of pollutants⁸⁹⁰.

This fact imposes very particular challenges on the legal solutions that may be used to resolve conflicts arising from the causation of transboundary torts. Especially if it is understood that sovereignty and State autonomy are the criteria normally used to delimit the rules that regulate the way in which the environmental problem is addressed. However, this is as a collective concern that needs to transcend these limits, finding its ideal vehicle in International Law⁸⁹¹.

287. As it was already pointed out, the understanding of the international dimension of environmental tort was achieved in one very representative instance, the Trail Smelter case of 1941. This precedent laid the foundations for a series of international treaties based on the Civil Law's principle of «*sic utere tuo ut alienum non laedas*», seeking to establish the basis for a system of international liability for environmental tort.

This international commitment implies that States will not allow harmful activities to the environment to be carried out on their territory, especially if the effects of those activities could reach other States. It also entails taking all necessary measures to reduce the risk in the event that dangerous activities are authorized in

⁸⁸⁸ This Introduction was drafted in English in order to comply with the requirements needed to attain the International Mention complementing the Doctorate Title, as provided by Article 15.1.b) of the Royal Decree 99/2011 of February 28th, on the regulation of doctoral education (BOE nº 35, of February 10th 2011).

⁸⁸⁹ WINTER, GERD. «Dangerous Chemicals: A global problem on its way to global governance». En FÜHR, MARTIN; WAHLS, RAINER; WILMOWSKY, PETER. *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Reh binder*. Göttingen, Erich Schmidt Verlag, 2007, p. 819.

⁸⁹⁰ PERCIVAL, ROBERT V. «Liability for environmental harm and emerging global environmental law», en *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25, No. 1, 2010, p.

⁸⁹¹ BRUNNÉE, JUTTA. *Op. Cit.*, p. 35.

their territories, and to ensure reparation if harm happens. Many international «*hard law*» and «*soft law*» instruments of great value, which have tackled very different topics, have appeared in the last decades, due to Public International Law's stance on the environmental problem. Their content ranges from international environmental liability and the principles that inform it, to the transposition of administrative rules used to regulate liability for direct environmental damage, as it has happened in Europe⁸⁹².

This form of cooperation fostered by Public International Law is based on the due diligence of the States for the prevention of environmental tort, as well as for the reparation of any harm that should occur⁸⁹³. That means that States must ensure that their legislation and institutional framework is adequate enough in order to establish acceptable environmental standards, and to deduct liability for the injuries caused⁸⁹⁴. Nonetheless, to breach the duty of care imposed by Public International Law, either because one State causes injury in the territory of another by not prohibiting dangerous activities, or worse, that such injuries are caused as a result of an international transgression, generates international environmental liability.

However, claims arising from such a breach of duty may proceed only from the injured State, and not from its nationals⁸⁹⁵. Meaning that this is a form of supranational protection of the environment, which must be understood as a reflection the willingness of States to seek solutions for the environmental problem. In addition, the volitional nature of these instruments makes its application exceptional⁸⁹⁶. In fact, the current reality is that there is no international environmental jurisdiction, international arbitration⁸⁹⁷ being the best solution for solving this type of conflicts⁸⁹⁸.

⁸⁹² GARCÍA CASTREJÓN, JEMINA. Op. Cit., pp. 467-480.

⁸⁹³ CAMPINS ERITJA, MAR. «Daños transfronterizos (Art. 8)». En LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2008, p. 223.

⁸⁹⁴ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)», ...Op. Cit., pp. 800-802.

⁸⁹⁵ ORTIZ AHLF, LORETTA. Op. Cit., pp. 153-155.

⁸⁹⁶ PANETTA, ROCCO. Op. Cit., p. 21.

⁸⁹⁷ There are several international instruments on environmental matters in which arbitration is established as the system to be used for the settlement of disputes. Some of these treaties are: the Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals adopted in Bonn in 1979, the Convention for the Protection of the Ozone Layer adopted in Vienna in 1985, the Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their disposal in Basel in 1989, the United Nations Framework Convention on Climate Change adopted in New York in 1992, the Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses adopted in New York 1997, the Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and

288. Such a configuration means that difficulties that are to be considered as real obstacles as to access international justice persist, at least from the perspective of the individuals, especially because States do not want to be held liable for legal disputes that not correspond directly to them. This will require using other solutions in regard of transboundary tort. And there is where Private International Law appears.

Nevertheless, this option may be much more complex than the previous one, because of the difficulties involved in trying to ensure that the available normative diversity, satisfactorily solves three specific problems that are the *raison d'être* of Private International Law: conflict of jurisdictions, conflict of laws, and the recognition and enforcement of foreign judgments. Therefore, it is of a fundamental importance for the legal systems of the region to have efficient regulations in this regard. This is where harmonization becomes important once again, as the national rules of Private International Law should also be subjected to it.

289. In fact, the adequacy of its applicability will depend on the existence of appropriate normative sources of Private International Law. DREYZIN DE KLOR points out four possible sources:

(1) National sources, which are made up by the domestic rules of each State, produced by the legislative organs to which the Constitution has assigned such a task.

(2) Conventional sources, which include all international treaties (bilateral or multilateral) on the subject. The mechanisms for the reception of International Law available in each legal system will determine how these international instruments will become part of them.

(3) Institutional sources. In the specific case of Central America, the institutional sources are those that would derive from the sub-regional integration process managed by the Central American Integration System (SICA, in Spanish). However, instruments of this nature do not yet exist, although the region's Integration Law has been evolving for decades now.

Pesticides in International Trade adopted at Rotterdam in 1998 and the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, adopted in Stockholm in 2001.

⁸⁹⁸ LONDOÑO TORO, BEATRIZ. Op. Cit., p. 138.

(4) Transnational sources, which encompass the uses and customs of Private International Law and *Lex Mercatoria*, which, unlike the other three categories, constitute a kind of non-coercible Soft Law⁸⁹⁹.

The second and third categories described above are the most advantageous, since they allow achieving the unification of criteria. However, total harmonization or unification is far from happening, at least in Central America. Hence, an integrated source system should always be used. The four categories of proposed sources can be arranged in a hierarchical order, which would change from State to State depending on the relationship between Domestic Law and International Law in each legal system.

The adequate interaction between all these sources is vital for the correct application of Private International Law, so that their application doesn't yield in divergent results for identical cases⁹⁰⁰. In fact, the most appropriate model, following MAEKELT, is that the available conventional sources should serve as a model for national lawmakers, in order to satisfactorily adapt them to the internal sources, thus avoiding disparities, gaps or contradictions⁹⁰¹, and achieving true harmonization.

The above-mentioned relationship between Domestic Law and International Law can be of two types: dualistic or monistic. Dualism implies that each of these sources maintains its autonomy, because they regulate relations of diverse nature within the same legal order; whereas, monism means that all these sources are integrated to form a unitary legal order. Within monism it is possible to find two divergent positions: one that advocates for the subordination of all sources to one fundamental norm, and another, which is based more on the coordination of this system of sources.

290. Each one of these models owns characteristics that are worth considering:

(1) The effect of maintaining autonomy between internal and external sources in a dualistic model causes rules of international origin not to be directly binding in the domestic legal order. In order to acquire this obligatoriness, a process of

⁸⁹⁹ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El derecho internacional privado actual*. Tomo 1. Buenos Aires, Zavalía, 2015, pp. 40-41.

⁹⁰⁰ MAEKELT, TATIANA B. «La codificación interamericana desde la perspectiva de la codificación estatal del Derecho Internacional Privado», en FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MASTRÁNGELO, FABIO. *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América*. Córdoba, Alveroni, 2005, p. 34.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 51.

normative transposition that incorporates the rules contained in the international source into a legal instrument of domestic law will be required, converting them into law. While the effect of monism will be that international norms will become effective within national legal systems⁹⁰². However, it should be clarified that the effect will tend to vary depending on whether one is facing a monistic model of subordination or one of coordination.

(a) In the first model, the effectiveness of international standards will not only be immediate, but direct and automatic.

(b) In the second model, to carry out its incorporation, a mechanism of reception of the international norm into Domestic Law, such as the publication in the official journal, is required.

(2) The second effect to be taken into consideration has to do with the hierarchical order of the rules once they are transposed or incorporated into the domestic legal systems. The transposition in a dual system will imply that this instrument becomes a rule of the State, and therefore is submitted to the hierarchy of the domestic norms. Whereas, in the monist models, it will be necessary to establish whether the international norm is above the domestic norm, or vice versa. However, this is not a conclusion that can be quickly reached, because there are different kinds of hierarchies:

(a) The superiority of international norms may be recognized but their ratification may be conditioned by some reservations put in place for their application⁹⁰³, thus modulating their effect.

(b) In addition, it is possible to recognize the superiority of international norms, not allowing their modification by the internal rules of that State.

⁹⁰² HERNÁNDEZ ALCERRO, JORGE RAMÓN. «Los tratados en la Constitución», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución de la República de Honduras de 1982*. Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1988, pp. 35-36.

⁹⁰³ The possibility of inserting reservations is contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969. According to Article 2 of the Convention, a reservation is understood as any unilateral declaration made by a State when signing, ratifying, accepting or approving a treaty or acceding into it, in order to exclude or modify the effects of certain provisions contained in the instrument, provided that the very possibility of the reservation is not prohibited by the text of the treaty. *Vid.* ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969. Disponible en: <http://www.un.org>

(c) It is also possible that the hierarchical superiority of international norms may be recognized in such a way that allows them even to modify or repeal constitutional rules⁹⁰⁴.

291. It is not possible to identify any legal system in Central America, that submits to a dual system. While they all adopt a monist model, only Panama assumes the total subordination of its Domestic Law to International Law. Article 4 of the Panamanian Constitution establishes the principle of unity of the Constitution with Public International law, by stating that in the Panamanian State will comply with the obligations that it has assumed through international treaties. The plenary of the Panamanian Supreme Court has also said that the effect of the aforesaid regulation is that, although the international treaties adopted by Panama do not have constitutional hierarchy, domestic legislation must conform to them⁹⁰⁵. This monistic stance has been incorporated into the Panamanian Code of Private International Law in force since 2014⁹⁰⁶.

The Guatemalan, Salvadoran, Honduran and Costa Rican cases belong to those whom HERNÁNDEZ ALCERRO considers a moderately monistic model, since they recognize the supremacy of International Law over the domestic one, but not as a result on an automatic incorporation. This will only happen through certain adaptation mechanisms, namely:

(1) The approval by the legislative organ, prior to ratification, recognized by Guatemala (Articles 172), Honduras (Article 16), Nicaragua (Article 138) Costa Rica (Article 7) and Belize. Perhaps, the most significant difference between the models of this group is that the Costa Rican Constitution also requires for the promulgation to take place. In Belize, the Incorporation Doctrine has been adopted, which requires that for a treaty to be enforced by a domestic court, it must be previously approved by Parliament⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ *Vid.* Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Demanda de Inconstitucionalidad, del 2 de agosto de 1994.

⁹⁰⁵ *Ídem.*

⁹⁰⁶ *Vid.* Ley No. 7 del 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial No. 27530 del 8 de mayo de 2014.

⁹⁰⁷ Claims No. 171 and 172 of 2007, Aurelio Cal and others v. The Attorney general of Belize and others.

(2) Direct ratification by the legislative organ⁹⁰⁸. El Salvador (Articles 131 and 168) belongs to the second group. The International Treaty becomes domestic law once the text of the treaty has been approved by the legislative organ,.

292. The treatment accorded by the Domestic Law of the Central American States coincides with the enshrinement of the principle of «*International Monism*» made in the 1979 Inter-American Convention on General Rules of Private International Law⁹⁰⁹, although so far this instrument is binding only in Guatemala⁹¹⁰.

In case there is any conflict between the treaty and secondary laws, according to Articles 18 of the Honduran Constitution⁹¹¹, 7 of the Costa Rican Constitution and 144 of the Salvadorian Constitution, the former will prevail. In the Costa Rican case there is a prerequisite in place: the promulgation of the rule, unless the treaty designates a specific date. In the Guatemalan and Nicaraguan cases, the Constitution does not address the possibility of these conflicts, and jurisprudence has not addressed them either. In the Guatemalan, it has been the legal experts that have taken over. LARIOS OCHAITA is of the opinion that while it is true the Domestic Laws cannot

⁹⁰⁸ HERNÁNDEZ ALCERRO, JORGE RAMÓN. Op. Cit., pp. 37-42.

⁹⁰⁹ This Convention was adopted in Montevideo, Uruguay, on May 8th, 1979 within the framework of the Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP II), which entered into force on June 10th 1981. All Central American countries signed the convention, except Belize and Nicaragua. However, only Guatemala ratified it in 1987. Although its name may be misleading, this regional instrument does not contain rules related to the choice of forum, but are limited exclusively to solving the problem of the applicable law. The instrument regulates a series of general institutions such as validly created legal situations, international public order, previous or incidental issues, adaptation, unknown institutions, rules of application required and the qualification of the domicile. However, the text of the Convention left out issues that have been addressed in other international areas, such as qualification, international *renvoi* and rules of immediate implementation. Unlike the aforesaid CIDIP Conventions, SANTOS BELANDRO's opinion is that it is a *communis opinio* to consider this Convention to be universally applicable, the only previous requirement being, that the country in which litigation is taking place is a contracting party, regardless of whether the cases proceed from countries that do not participate of the Convention, or that do not fit with the other Conventions of the CIDIP. *Vid.* SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el Derecho regional*. Vol. I. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 15; OEA, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>

⁹¹⁰ SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. Op. Cit., p. 17.

⁹¹¹ The Constitutional Chamber of the Honduran Supreme Court of Justice has referred to the hierarchy between the Bustamante Code and the domestic rules in the Judgment. No. RI-511-13 of March 23, 2014. In one of the considerations made by the Chamber, it has indicated that in Honduras the principle of specialty of treaties applies over domestic laws. It has been argued that «... *these are of a supplementary nature in respect of treaties, even if the domestic law is subsequent to the treaty, the predominance of the treaty shall prevail, since the treaty represents a special law with respect to the other, despite being prior, is of a general nature*». *Vid.* Sentencia. No. RI-511-13, del 23 de marzo de 2014.

modify the treaties, they do have the capacity of regulating the provisions included in the treaties⁹¹².

In case of conflicts between the Treaty and the Constitution, these texts assume different positions. Article 17 of the Honduran Constitution provides for a procedure to adapt the constitutional text to the text of the treaty, without which ratification cannot proceed. While Article 204 of the Guatemalan Constitution and Article 182 of the Nicaraguan Constitution point out that the constitutional rules prevail over any law or treaty. The Belizean Constitution does not establish it exhaustively, although Article 2 indicates that the constitutional norm is the supreme law of Belize.

For its part, Article 145 of the Salvadoran Constitution states that no treaty that contradicts the constitutional text can be ratified, unless according reservations are made. Hence, the constitutionality control of the text of the treaties corresponds to the Domestic Courts, which are entitled to decide their inapplicability in accordance with Article 149 of the Constitution.

In the case of the conventional sources of Private International Law available in all the countries of the region, hierarchically they will always be above the domestic sources. Perhaps that is why the willingness of the Central American States to be bound by this type of instrument has been scant. The ones that have received the most number of ratifications are those referring to merely operative instruments, such as the Inter-American Convention on Letters Rogatory⁹¹³. Added to this, it is worth repeating what has already been said by MAEKELT, in the sense that, beyond the interaction between International Law and Domestic Law, it is ideal that the former serves as a model for national legislators, in order to adapting domestic norms to the same logic, and to avoid disparities, gaps or contradictions⁹¹⁴.

293. Nevertheless, the existence of international instruments shows the importance of the processes of harmonization and unification of Private International Law at the global level. However, the involvement of the Central American States in such efforts remains timid, despite the evident need to make these initiatives

⁹¹² LARIOS OCHAITA, CARLOS. *Derecho internacional privado*. 6ª ed. Guatemala, F&G Editores, 2001, p. 54.

⁹¹³ *Vid.* OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. Disponible en <http://www.oas.org>

⁹¹⁴ MAEKELT, TATIANA B. *Op. Cit.*, p. 51.

successful, in the face of the regional integration process. It is unthinkable to assume that the evident commercial interdependence that exists in the region, which produces a considerable increase of private legal relations with foreign elements, is not accompanied by a systematic and concomitant development of the needed solutions.

FERNÁNDEZ ROZAS rightly points out that in Latin America the terms integration, cooperation and consultation are used interchangeably⁹¹⁵. This may be the root of the existing stagnation in relation to any harmonization effort in the area of private international law in Central America, despite the importance that economic interdependence seems to have in this small geographic space.

It seems that decision-makers have settled, either because of ignorance or because of a generalized tendency to protect sovereignty, believing that the integrationist efforts in Central America, whose content is essentially economic, and based on the adoption of harmonized instruments of Public Law, constitute in themselves a genuine integration. They do not seem to recognize that there are other areas that must necessarily be addressed because they are unavoidable for true integration, particularly the modernization and harmonization of Private Law and Private International Law, as it has happened in Europe. Taking into consideration the aforementioned author, when referring to the current state of international relations in the region, one should speak of a Central American «cooperation» and not of Central American «*integration*»⁹¹⁶.

There are no notable attempts from the Central American sub-region; the only efforts in this regard come from the continental scope. In this sense, it is important to note that Mexican and South American academics have demonstrated over time a strong interest in the subject of Private International Law, but only with few exceptions this interest has transcended to their Central American counterparts. In addition, it is indisputable that the American continent has hosted the adoption of several regional instruments on this subject since the nineteenth century⁹¹⁷. However,

⁹¹⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Presentación del Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado de la OHADAC». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coordinador). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*. Madrid, Iprolex, 2015, pp. 280-282.

⁹¹⁶ Ídem.

⁹¹⁷ MAEKELT, TATIANA B. Op. Cit., p. 28.

this has not always been translated into the proper insertion of norms of this nature in the legal systems of Central America⁹¹⁸.

This apparent gap means that from the perspective of the interests addressed in this study, valuable opportunities are missed, because if there was a suitable system of harmonized Private International Law rules available, and this were combined with a comprehensive systems of environmental norms, where environmental torts were considered as sources of non-contractual obligations for those causing the pollution, the effect will not only be reparatory, but truly preventive. Understanding such a synergy, Private International Law becomes a cornerstone for the adequate legal protection of the environment⁹¹⁹.

294. In spite of this, the processes of unification of the rules of Private International Law in Central America offer some solutions that need to be revised. In this regard, special mention must be made to the Bustamante Code, the Hague Conference on Private International Law, and the Inter-American Specialized Conferences on Private International Law.

The Bustamante Code, a product of the sixth Pan American Conference held in Havana in 1928, can be seen as an example of an integral codification of Private International Law. MAEKELT considers that its formulation and adoption was a political effort on the part of the Latin American States in order to create a suitable legal basis that would allow the economic integration that has been attempted since the beginning of the 20th century⁹²⁰. Using the description of REISS, it has become a kind of *lex communis* in the region, which has been ratified by a considerable number of American States⁹²¹.

One might emphasize that the most significant accomplishment of this instrument goes beyond the harmonization of Private International Law, because it achieves the total codification of the subject, as it was understood at the time of its

⁹¹⁸ It is valid to point out that these Latin American efforts do not cease. In fact, the last of these initiatives is the Private International Law Model of the Organization for the Harmonization of Law (OHADAC).

⁹¹⁹ ÁLVAREZ ARMAS, EDUARDO. «La aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental europeo, su interacción con la norma de conflicto europea en materia de daños al medioambiente: apuntes preliminares», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo 13, 2013, pp. 384-385.

⁹²⁰ MAEKELT, TATIAN B. Op. Cit., p. 29.

⁹²¹ REISS, JOACHIM W. *Comparación de las normas básicas del Derecho Privado Alemán y Latinoamericano considerando especialmente el Código Bustamante de Guatemala*. Frankfurt, 1983, p. 11.

creation. In addition, its adoption allowed the integration of Private International Law rules in the Domestic legal systems, which until that point were almost or totally nonexistent. It made it possible for the Central American lawyers to have a practical access to this discipline, making them somehow pioneers, even when they were not necessarily aware of it⁹²².

Of all the countries of the region, the Bustamante Code is in force without any reservation in Guatemala, Honduras, Nicaragua and Panama. For Costa Rica and El Salvador, there is a general reservation that rejects the application of the Code when it contradicts their domestic legislation⁹²³. FERNÁNDEZ ARROYO considers that the main reason for the partial acceptance of his text was the profound modification made by the Code to the principles of International Private Law generally accepted at that time⁹²⁴. The existence of these general reservations has led to the conclusion that this instrument is ineffective. But, as it has been already pointed out, in the face of the scarcity of the Private International Law domestic rules in these, the formulation of such a reservation has had little effect.

What such a reservation has actually achieved is to complicate the application of the Code's rules. To that end, SOMMERVILLE has made an interesting contribution, summarizing very clearly how these rules should be applied for specific cases. The author points out that if the Code rules are to be applied between countries that have not made any reservations to the treaty, they fully applied to both of them. When the rules are to be applied between a country that has made reservations and

⁹²² FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Comentarios al texto articulado», en FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coord.). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*. Madrid, Iprolex, 2015, pp. 347-348.

⁹²³ The Civil Chamber of the Salvadoran Supreme Court of Justice has stated in Judgment No. 1292-2000 of September 19, 2000 that it is aware that the Bustamante Code is not a law of the Republic, as a result of the Fifth Reserve approved by The Legislative Assembly of El Salvador, when ratifying the aforesaid Convention. Nevertheless, it considers it a body of juridical doctrine of great jurisprudential value that lacks sufficient efficacy to prevail over the terms expressed in the Domestic Law in all that this body of doctrine contradicts or modifies them. The Chamber recognizes that this instrument can be a support for Salvadoran jurisprudence and considers it as the guiding doctrine for the settlement of disputes in matters of Private International Law, provided that it does not contravene national law. DREYZIN DE KLOR comments that the inclusion of a reservation of this nature, denotes the territorial nature of Costa Rican law. This view, contrary to the integrative spirit of the instrument, has transpired into the practical field, since it has already been used to reject the application of this Convention in disputes that have been resolved in Costa Rican courts. *Vid.* Sentencia de la Sala Civil 1292-2000 de 19 de septiembre de 2000; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *Derecho Internacional Privado de Costa Rica*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2014, p. 14; y, OBANDO PERALTA, JUAN JOSÉ. *Private international law in Costa Rica*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013, p. 22.

⁹²⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*. México, Miguel Angel Porrúa, 2003, p. 44.

another that has not, the one that did not make a reservation will have to apply the instrument fully, since its obligation derives from the contractual bond, while the one that did make the reservation, will apply the convention with the reservation made. And finally, among States that did make general reservations, the Code does not rule between them, unless there are gaps in their legal systems regarding the necessary national conflict rules⁹²⁵.

295. In addition to the American experience with the Bustamante Code, there are several international treaties adopted with the purpose of determining the applicable solutions to possible conflicts rising between legal systems. From this perspective, it may be the Hague Conference on Private International Law the one that has most influenced the development of this discipline. The codification produced by this Conference is considered by the legal experts as a true *corpus iuris* of conventional universal Private International Law, which links States of diverse legal traditions, establishing longstanding supranational legal principles⁹²⁶.

Following a different direction from the one pursued in the American continent, this international codification process opted for a more pragmatical model, designing and adopting separate thematic conventions. Subsequently, adopting a statute institutionalized the work of these Conferences. In Central America, only Panama and Costa Rica signed it in 2002 and 2011, respectively. None of these States has yet ratified it.

Valuable instruments covering topics relevant to this study from the perspective of international judicial cooperation, such as the Convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial documents and Extrajudicial documents in civil and commercial matters and the Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters have been adopted in the framework of these Conferences.

The common feature shared by these two conventions is that both suppress the requirement of legalization for documentation related to their specific subject matter.

⁹²⁵ SOMMERVILLE SENN, HERNAN. *Uniformidad del Derecho Internacional Privado Convencional Americano*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 13.

⁹²⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA. «El Derecho Procesal Civil Internacional y la Asistencia Judicial Internacional en las Convenciones de la CIDIP», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, pp. 259-261.

The two instruments are of significant importance to judicial proceedings, seeking to have the effect of facilitating plurilocalised civil proceedings, especially since they allow the evidence obtained in another State Party to be expeditiously incorporated into the process. However, they have not been received in the region with the expected interest.

Also included in this brief account is the Convention of October 5, 1969, eliminating the requirement of legalization of foreign public documents. The solution of the apostille contained in this instrument, is a kind of abbreviated legalization, obviating the formal requirements traditionally required by means of a standard, predefined and uniform formula. It is complemented by the use of a stamp, which gives legal security and efficiency to the documents processed using this scheme⁹²⁷.

From the Hague Conferences, this Convention is the instrument most widely ratified by the Central American States⁹²⁸. In fact, all the countries of the region have acceded to it. Its wide acceptance comes from the simplification of the procedure for the legalization of foreign public documents achieved, thus facilitating their free circulation.

296. Besides the Bustamante Code and the Hague Conference, there are the Inter-American Conferences on Private International Law (CIDIP, in Spanish), which were held in 1975. They appeared as a consequence of the little practical results achieved by the Bustamante Code⁹²⁹, and the growing interest in reforming it. The aim of these conferences was to gradually revitalize the continental codification process⁹³⁰, creating conventional sources adapted to the most recent developments in Private

⁹²⁷ FUGARDO ESTIVILL, JOSEP MARÍA. «Legalización y apostillado de documentos públicos», en FUGARDO ESTIVILL, JOSEP MARÍA. (Coordinador). *Extranjería: Función notarial y derecho documental (II). Autenticidad, legalización y apostillado*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 151-152.

⁹²⁸ The authorities designated by each country to manage the apostille are: in El Salvador, the Ministry of Foreign Affairs; in Belize, The Registrar General; in Honduras, the Secretary of State in the Office of Foreign Affairs; in Nicaragua, the Directorate General for Consular Affairs of the Ministry of Foreign Affairs; in Costa Rica, the Department of Authentications of the Ministry of Foreign Affairs and Worship of Costa Rica; in Panama, the Secretary of the Supreme Court for documents authorized by competent authorities or judicial officials, the Directorate of Administrative Services of the Ministry of the Interior and Justice for notarized documents and private documents whose signatures have been authenticated by a notary, and the Department Consular and Legalization of the Ministry of Foreign Affairs for documents issued by government institutions.

⁹²⁹ MAEKELT, TATIANA B. Op. Cit., pp. 30-31.

⁹³⁰ JAEGER JUNIOR, AUGUSTO. «A reunião preparatória da CIDIP VII em Porto Alegre, Brasil, 2 a 4 de Dezembro de 2006», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, p. 292.

International Law⁹³¹, at the same time, informing the national legal systems⁹³². In spite of being a codification effort that took place within the Organization of American States, the reality is that these cannot be considered as an institutional source of Private International Law.

The influence of the Hague Conference can be observed in the Inter-American Conferences, specially because of the fractionated system they use to address the topics of interest of the members of the organization. The latter have produced to date a commendable number of instruments: twenty-one conventions, two additional protocols, two uniform instruments, one model law and one model regulation. In spite of the significant contribution that this initiative represents to the development and updating of Private International Law in the American Continent, it must be established that, when reviewing the conventions' current status of ratifications, it is perceptible that in Central America in particular, have not been deeply involved in this process.

297. JAEGER JUNIOR considers that the generalized lack of interest observed regarding the status of ratifications of most of these instruments may be due to the fact that, despite their considerable value, they cover a highly extended geographical area containing substantially different realities, including countries with different legal traditions⁹³³, a situation that was not taken on account during the elaboration of the Bustamante Code⁹³⁴. Still, this is a coincidental element between CIDIP and the Hague Conference, which is also relevant from the Central American perspective, because in the region, these two traditions also coexist.

Perhaps the most significant difference between the Inter-American Conventions and the Hague Conferences is that CIDIPs tend to represent the continent's priorities in a more specific way, while the latter have a more universal vocation⁹³⁵. They also are based on an institutional frame, which is not available in the case of CIDIP. According to FERNÁNDEZ ARROYO, this fact has caused CIDIPs to

⁹³¹ SAMTLEBEN, JÜRGEN. *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*. Aachen, Shaker Verlag, 2010, pp. 470-473.

⁹³² FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP. Reflexiones de cara a la CIDIP VII», en FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MASTRÁNGELO, FABIO. *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América*. Córdoba, Alveroni, 2005, p. 54.

⁹³³ JAEGER JUNIOR, AUGUSTO. «A reunião preparatória... Op. Cit., p. 305.

⁹³⁴ MAEKELT, TATIANA B. Op. Cit., p. 22.

⁹³⁵ GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA. Op. Cit., p. 259.

be characterized by their discontinuity, intermittency and dispersion, having a big impact even in the subjects taking on account⁹³⁶.

298. Another element to take into consideration is that, although these Conventions fall under the title «*Private International Law*», the bulk of its content is closer to Procedural Law⁹³⁷. This, along with the fact that civil procedural reform has not occurred simultaneously and uniformly throughout the region, has also in some way affected the low number of ratifications receive from the Central American countries.

Private International Law's system of normative sources that has been described above will serve to solve the problems that arise in the three chapters that make up the second part of this study. Chapter 4 analyzes how this system of sources resolves the issue of international jurisdiction, taking into consideration that Class Actions are the procedural instruments to be used. In fact, these legal systems do not have specific instruments to solve the cases linked to environmental tort affecting individual homogeneous interests, therefore the Chapter includes a proposal of the bases of an efficient unified model.

In Chapter 5, emphasizes on the available sources that help determining the applicable law in cases linked to environmental tort. It also addresses the problems that arise from applying foreign law in plurilocalized conflicts. Besides that, it also proposes a system of bases that can serve as a reference for the construction of a unified model for the choice of the applicable law. This model is guided by two criteria: the interests of individuals who have suffered the effects of environmental tort, and, the environment.

Finally, Chapter 6 discusses the available models for the recognition and enforcement of foreign judgments. Here, again, the emphasis of the analysis will be on the collective nature of the procedural instruments that have been recommended throughout the study as the suitable ones to deal with the effects of environmental tort. Specially, on the incidence that elements, such as the configuration of the group and the notification of its absent members of the group, can have in the recognition and later execution of such judgments. A unified model will also be proposed in this

⁹³⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «¿Qué CIDIP para cuál América?», en KLEINHEISTERKAMP, JAN; LORENZO IDIARTE, GONZALO A. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 34.

⁹³⁷ SAMTLEBEN, JÜRGEN. *Rechtspraxis...Op. Cit.*, p. 471.

Chapter, in order to ensure greater effectiveness, not only in terms of recognition and enforcement of judgments, but also to guarantee adequate protection of the interests of the people affected by such torts.

CAPITULO 4. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO PARA LA TUTELA DEL AMBIENTE EN EL AMBITO CENTROAMERICANO

299. BASEDOW explica magistralmente el efecto positivo de la justicia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Este autor comenta que, en regiones donde conviven diferentes jurisdicciones con diferentes ordenamientos jurídicos, la justicia designa un Estado de un medio legal que, sin bien es cierto permitirá algunas divergencias, asegurará la aplicación del Derecho que es particularmente apropiado a esa única relación jurídica. Más aún, permite que cualquiera pueda predecir qué tribunales son los llamados a aplicar el Derecho en un caso determinado. En este sentido, la justicia se reduce a una cierta proximidad entre el caso y la ley aplicada, y a una cercanía legal con respecto a la ley aplicable, independientemente del tribunal al que se le asigne conocer de dicho caso⁹³⁸.

La certeza o incerteza legal a la que se refiere el autor, reside en la posibilidad que tienen las partes de conocer su posición frente al litigio. Ésta es medida por estándares tales como la predictibilidad, accesibilidad y consistencia⁹³⁹. Sin embargo, esa certeza se ve reducida al mínimo, cuando la única fuente del Derecho Internacional Privado es el ordenamiento jurídico interno de un Estado, porque existe la posibilidad de que su lógica no sólo contradiga a la del Estado vecino, sino que ésta esté diseñada para asegurar la aplicación de su Derecho sustantivo. En cambio, la certeza y la seguridad jurídica se amplían cuando las normas de Derecho Internacional Privado provienen de una fuente armonizada, pues al descontextualizar las normas de cualquier apego nacionalista o soberano, éstas se vuelven mucho más eficientes, y no están viciadas por el interés de imponer un derecho sustantivo por sobre otro.

300. El mejor ejemplo de cómo estos temas pueden (y deben) ser abordados es el de la Unión Europea. Ahí, se ha empezado a resolver los problemas antes

⁹³⁸ BASEDOW, JÜRGEN. «15 years of european private international law –achievements, conceptualization and Outlook-». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 180.

⁹³⁹ VAN SCHAGEN, ESTHER. *The development of European Private Law in a multilevel legal order*. Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 29-30.

planteados por medio de la armonización de la legislación ambiental⁹⁴⁰, y su posterior trasposición en los ordenamientos jurídicos nacionales por medio de Directivas que regulan la responsabilidad vinculada con el ambiente⁹⁴¹. Esta armonización también ha alcanzado al Derecho Internacional Privado por medio de normas comunes como son los reglamentos Bruselas I-bis⁹⁴², Roma II⁹⁴³, el Reglamento sobre Notificaciones y Traslado de documentos judiciales y extrajudiciales⁹⁴⁴, el Reglamento sobre obtención de pruebas⁹⁴⁵, y el Reglamento de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo⁹⁴⁶.

Si bien es cierto, estos procesos todavía son objeto de debate y estudio en el contexto europeo, en las otras regiones del mundo donde aún no se logran avances en este sentido, el efecto es el lógico: descoordinación e inseguridad jurídica⁹⁴⁷. Ambas situaciones son opuestas a la coordinación y seguridad que se esperaría en la actual realidad globalizada, y en especial, en una región que desde hace varias décadas a hecho denodados esfuerzos para su integración, como es el caso de Centroamérica.

301. Lo anterior es particularmente evidente en lo que respecta a la heterogénea normativa procesal centroamericana. Si bien es cierto éstas normas son creadas por los legisladores de cada uno de los ordenamientos del istmo, obedeciendo

⁹⁴⁰ La Directiva Europea sobre Responsabilidad Medioambiental de 2004 (Directiva 2004/35/CE) tiene como objetivo proveer un marco común para la prevención y remediación de ciertas formas de daño ambiental, así como complementar los regímenes de conservación ambiental ya existentes en otras Directivas de la Unión. *Vid.* BRANS, EDWARD. *Op. Cit.*, p. 31.

⁹⁴¹ La aplicación de la Directiva Europea sobre Responsabilidad Medioambiental de 2004 entre los Estados Miembros de la Unión Europea fue conseguida en 2010. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA. *La directiva sobre responsabilidad medioambiental, protección de los recursos naturales de Europa*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, p. 5.

⁹⁴² *Vid.* Reglamento del Consejo (CE) N° 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 sobre jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, publicado en el Diario Oficial n° L351 del 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32.

⁹⁴³ *Vid.* Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), publicado en el Diario Oficial n° L199 del 31 de julio de 2007, pp. 40-49.

⁹⁴⁴ *Vid.* Reglamento (CE) N° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y traslado en el extranjero en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, publicado en el Diario Oficial n° L324 del 10 de diciembre de 2007, pp. 79-120.

⁹⁴⁵ *Vid.* Reglamento (CE) N° 1206/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la Cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, publicado en el Diario Oficial n° L 174 de 27 de junio de 2001, pp. 1-24.

⁹⁴⁶ *Vid.* Reglamento (CE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial n° L189 del 27 de junio de 2014, pp. 59-92.

⁹⁴⁷ SÁNCHEZ MIGUEL, MARÍA CANDELAS. «La responsabilidad ambiental: elemento esencial de la protección del medio ambiente», en *Gaceta Sindical*, p. 131.

siempre al principio de la legalidad procesal⁹⁴⁸, no es menos cierto que la formulación de estos instrumentos varía sustantivamente.

Con esto no se insinúa que sea una situación anormal, al contrario. Es de esperar que los legisladores traten de imponer su propia línea de pensamiento al crear las normas adjetivas; por lo que, con seguridad, el modelo procesal configurado en cada ordenamiento jurídico estará determinado por aquellos valores que son relevantes para quienes lo han creado⁹⁴⁹. Pero, en el contexto centroamericano no se puede negar que, además de la ideología subyacente, algún impacto tendrá el que estos instrumentos procesales hayan sido promulgados en épocas diferentes, respondiendo a necesidades y presiones diversas⁹⁵⁰.

Agregado a lo anterior, también debe señalarse que no ha habido ningún esfuerzo por armonizar el Derecho Procesal Civil en la región. No obstante, hay que reconocer que esto debe ser entendido con algunas matizaciones, sobre todo si se considera la promulgación de los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015. Estos dos instrumentos son casi idénticos entre sí, y se basan de manera casi exacta en la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

302. Ahora bien, fuera de este caso particular, la falta de armonización ha de impactar necesariamente en la forma en la que se aborda los litigios transfronterizos de cualquier naturaleza, pero especialmente aquellos en los que se trate de tutelar intereses supraindividuales⁹⁵¹. Es por eso que, dada la naturaleza de este estudio, en

⁹⁴⁸ El principio de legalidad procesal ha sido reconocido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región, ya sea taxativamente en las normas, o por medio de la jurisprudencia. El reconocimiento normativo ha acontecido a veces desde el texto constitucional, como es el caso del Artículo 32 de la Constitución Panameña, o directamente en las normas procesales. Ese es el caso del Artículo 3 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, el Artículo 7 del Código Procesal Civil hondureño, y el Artículo 137 del Código Procesal Civil nicaragüense. El reconocimiento jurisprudencial de este principio se puede observar en Guatemala, en la Sentencia del Juzgado Unipersonal de Sentencia Penal de Jalapa 253-2013, del 27 de enero de 2014.

⁹⁴⁹ VANDENSANDE, ELS. Op. Cit., pp. 51-52.

⁹⁵⁰ El Código procesal Civil y Mercantil guatemalteco data de 1963. El Código Judicial panameño data de 1984. El Código Procesal Civil hondureño data de 2007. El Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño data de 2008. El Código Procesal Civil nicaragüense data de 2015. El Código Procesal Civil costarricense data de 2016.

⁹⁵¹ ZABALO ESCUDERO, haciendo referencia a los intereses del trabajador, reflexionaba sobre el rol tutelar que el corresponde a las soluciones brindadas por el Derecho Internacional Privado. Estas soluciones, de acuerdo a la autora, no pueden estar desconectadas de la política social de los Estados involucrados en un conflicto plurilocalizado, ni tampoco pueden ser contrarias a los derechos fundamentales reconocidos a los particulares. Esta noción cobra aún mayor significancia de frente a los conflictos con los que lidia este trabajo, pues como se verá en éste y en los capítulos subsiguientes, las características propias de las acciones de grupo, y la falta de reconocimiento de estos instrumentos procesales en algunas de las jurisdicciones de la región centroamericana, a pesar de estar en sintonía

esta segunda parte se hace referencia a los aspectos que normalmente forman parte de lo que la doctrina ha denominado el Proceso Civil Internacional, y que se resumen en la forma de principios jurídicos:

(1) El primero de estos principios es el de la jurisdicción razonable. Su aplicación supone que todo litigio seguido en función de un conflicto plurilocalizado debe ser sometido al conocimiento de un Juez que esté razonablemente conectado con éste, noción que será tratada precisamente en éste Capítulo.

(2) El siguiente principio es el del acceso a la justicia, el que fue ampliamente comentado en el Capítulo 2, al hacerse referencia a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, pero que se retomará en esta segunda parte.

(3) El tercer principio que ha sido considerado es el de la no discriminación del litigante. Este también puede vincularse tanto con la tutela judicial efectiva que fue abordada en el Capítulo 2. Sin embargo, sobre él también se harán consideraciones adicionales en éste y en el siguiente Capítulo.

(4) El cuarto principio que informa al proceso civil internacional, es la cooperación judicial. En este Capítulo se abordará circunstancialmente esta materia, enfocándose en la aplicación de medidas cautelares. Mientras que, en los siguientes dos Capítulos se abordarán temas relacionados con la notificación y la obtención de pruebas en el extranjero.

(5) El último principio es el de la circulación internacional de las sentencias, siendo el objeto del Capítulo final de este documento⁹⁵².

307. En función de lo anterior, con este Capítulo se pretende hacer tres cosas específicas:

(a) Un análisis de las fuentes del Derecho Internacional Privado disponibles en la región para la determinación de la competencia judicial internacional, con el propósito de facilitar a propios y a extraños su identificación en la utilización de acciones de grupo en los supuestos de daño ambiental transfronterizo. También busca

con la lógica subyacente de sus ordenamientos jurídicos, puede poner en precario tanto a los intereses y derechos individuales de índole patrimonial, como a los intereses y derechos de naturaleza ambiental. *Vid.* ZABALO ESCUDERO, ELENA. «Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector transporte: la continuidad en la jurisprudencia del TJUE». En ESPLUGUES MOTA, CARLOS; PALAO MORENO, GUILLERMO (Eds.). *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 573-575.

⁹⁵² ASSIS DE PAIVA, HELOÍSA; PALUMA, THIAGO. *Op. Cit.*, p. 71.

poder determinar si existe alguna forma de organización entre dichas fuentes, y de no haber, entender si dicha situación podría convertirse en un obstáculo real para la aplicación de las soluciones previamente identificadas para la litigación en masa con el objetivo de deducir responsabilidad extracontractual por daño ambiental plurilocalizado.

Esto último es particularmente relevante si se toma en consideración los efectos que la elección del foro tiene en su interacción con las características legales del daño⁹⁵³. Se concluirá el análisis, con propuestas de mejora que puedan hacer mucho más útil una herramienta de esta naturaleza para la tutela efectiva del ambiente.

(b) Determinar cuales son los problemas que pueden presentar las soluciones disponibles en el sistema de fuentes, frente a las características tan específicas de las soluciones procesales que se han planteado en este estudio.

(c) Establecer las características básicas que debe contener un modelo unificado para la región centroamericana, que sea funcional para las acciones de grupo para la tutela de intereses individuales homogéneos lesionados por daños al ambiente.

1. Aspectos Generales de la Configuración de la Competencia Judicial Internacional Civil en los Ordenamientos Jurídicos Centroamericanos

303. DELGADO BARRETO pone de manifiesto la relevancia que tiene en la actualidad la competencia judicial internacional como temática dentro del Derecho Internacional Privado⁹⁵⁴. Señala este autor que la problemática que impone el conflicto de competencias prevalece incluso sobre la del conflicto de leyes, debido al exponencial aumento de casos en las relaciones privadas internacionales. Esto se vuelve aún más significativo si se toma en consideración que las normas que la regulan, pueden ser decisivas en cuanto a los resultados finales del proceso. La posición de dicho autor es, indiscutiblemente, una mucho más práctica y realista que

⁹⁵³ KAWANO, MASANORI. Op. Cit., p. 14.

⁹⁵⁴ DELGADO BARRETO, CÉSAR. «Problemática del Derecho Internacional Privado Contemporáneo», en *Themis, Revista de Derecho*, Núm. 63, 2013, pp. 163.

la que tradicionalmente ha habido en el Derecho Internacional Privado, en el sentido de que, anteriormente, esta disciplina se enfocaba sobretodo en determinar la norma aplicable al fondo del litigio⁹⁵⁵.

Para entender las complejidades de esta cuestión es necesario comenzar diciendo que la competencia judicial internacional debe diferenciarse del concepto de «*jurisdicción internacional*». Si bien es cierto la jurisdicción es una manifestación del *imperium* del Estado, por medio del cual éste determina el Derecho aplicable a los conflictos que en él se presentan, será internacional cuando un Estado se afana en promover o tutelar sus intereses soberanos más allá de sus fronteras, adoptando leyes que le permitan resolver conflictos que no son, necesariamente, puramente domésticos⁹⁵⁶. Por lo tanto, es un concepto mucho más general, que abarca no sólo la competencia judicial internacional, sino que también a la jurisdicción arbitral⁹⁵⁷.

304. Mientras que, por competencia judicial internacional, se entiende la potestad que es atribuida normativamente, y de manera unilateral, a los órganos jurisdiccionales del Estado para conocer de los conflictos que contienen elementos de extranjería, constituyéndose como uno de los principales presupuestos del proceso judicial. Esto se traduce a que el litigio no puede iniciarse si este punto específico no ha sido determinado o resuelto previamente. Su naturaleza es adjudicativa, implicando que el Estado tiene la potestad de someter a las personas o a las cosas a un proceso en sus propios órganos de justicia, sea que el Estado mismo sea parte de dicho proceso o no⁹⁵⁸. Estas normas, si bien es cierto son generalmente establecidas por el Estado mismo, pueden ser limitadas convencionalmente⁹⁵⁹.

Las normas atributivas en las que los órganos jurisdiccionales basan su competencia internacional establecen los hechos, los puntos de conexión responsables de atribuir la competencia y las consecuencias jurídicas correspondientes⁹⁶⁰. De no

⁹⁵⁵ HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. *Derecho Internacional Privado al Alcance de Todos*. Mar del Plata. EUDEM, 2012, p. 18.

⁹⁵⁶ RYNGAERT, CEDRIC. *Jurisdiction in International Law*. 2ª ed. Oxford University Press. Oxford, 2015, p. 5.

⁹⁵⁷ HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., p. 19.

⁹⁵⁸ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., pp. 10-11.

⁹⁵⁹ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *El Caso del S.S. "Lotus"*. Colección de Sentencias. Serie A. No. 10, 1927, p. 19.

⁹⁶⁰ ASSIS DE PAIVA, HELOÍSA; PALUMA, THIAGO. «Regras de competencia judicial internacional e análise crítica do fórum shopping e fórum non conveniens». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 71.

existir la normativa que haga esta atribución, aún y cuando los conflictos que son sometidos al conocimiento de dichos órganos contenga elementos de extranjería, no podrán conocer de ellos, salvo que estos órganos jurisdiccionales resultasen competentes después de aplicar exclusivamente sus reglas internas sobre la materia. De lo contrario, cualquier Tribunal que no tenga atribuida la competencia, debe abstenerse de conocer dicho litigio⁹⁶¹.

También es cierto que existe la posibilidad de encontrar normas de carácter bi o plurilateral, diseñadas con el propósito de asignar la competencia judicial internacional, contenidas en fuentes convencionales. Estas indican directamente el Estado a cuyos jueces les está atribuida sobre determinados asuntos. Entre otros efectos, estas normas sirven para que los jueces nacionales puedan calificar el mérito de los jueces requirentes en supuestos de cooperación judicial internacional⁹⁶².

305. En función de lo anterior, es posible encontrar dos modalidades de atribución de la competencia judicial internacional en los ordenamientos jurídicos centroamericanos:

(1) La primera es de carácter ordinaria o preventiva, implicando que, si dicho conflicto ha sido sometido a un Juez extranjero que de acuerdo a su ley interna también tenga atribuida competencia, la sentencia que éste emita debe ser reconocida, siempre que no se alegue litispendencia internacional o cosa juzgada⁹⁶³. Dentro de esta categoría se observan dos subgrupos en la región:

(a) Una configuración sumamente general de esta forma de competencia judicial internacional ordinaria. Los modelos hondureño, nicaragüense y beliceño pertenecen a esta primera categoría, donde se ha optado por una configuración sumamente general. De hecho, ninguno de estos legisladores se refieren taxativamente a la atribución de la competencia judicial internacional. El hondureño y el nicaragüense han preferido señalar que la extensión y límites de la jurisdicción civil estará determinada por fuentes internas y convencionales. El hondureño lo ha hecho

⁹⁶¹ IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «La Competencia Judicial Internacional». En ESPLUGUES MOTA, CARLOS; IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 10ª ed. 2016, pp. 110-112.

⁹⁶² DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...Op. Cit.*, p. 117.

⁹⁶³ ROSABAL CAMARILLO, JANE. *Jurisprudencia sobre Derecho Internacional Privado Costarricense*. San José, Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 194-195.

en el Artículo 24 y el nicaragüense en el Artículo 27 de los respectivos Códigos Procesales Civiles.

La fuente interna que resuelve lo concerniente a la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales hondureños es la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1906⁹⁶⁴. Este instrumento establece en su Artículo 5 que los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción en los asuntos y dentro del territorio designados normativamente, siendo posible que en los asuntos que conocen dicten sentencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio⁹⁶⁵. En el caso nicaragüense, esa fuente interna es la Ley N°. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998⁹⁶⁶.

306. El caso de Belice es aún más particular. La Sección 2.4 de la Constitución de este país se refiere a la jurisdicción como aquella que se extiende por todo el territorio beliceño. Sin embargo, la Sección 95 constitucional, amplía ese concepto al señalar que la Corte Suprema tendrá jurisdicción original ilimitada para conocer y resolver cualquier procedimiento civil o criminal bajo cualquier ley, jurisdicción o poderes conferidos por la Constitución misma o cualquier otra ley. Ese reconocimiento de la jurisdicción internacional es posteriormente desarrollada por la Parte 7 de las Reglas de la Corte Suprema de 2005. Este instrumento regula los casos en los que la Corte puede abrir procesos que se consideren fuera de su jurisdicción normal dentro del territorio de Belice.

Este extremo ha sido abordado por la jurisprudencia de una forma muy interesante, haciendo referencia al Derecho británico. Señaló la Corte Suprema de Belice que la Ley de la Judicatura de la Suprema Corte⁹⁶⁷ equipara la jurisdicción, poderes y autoridad de dicho Tribunal a aquellos del Tribunal Superior de Justicia del Inglaterra. En el caso Inglés, esta jurisdicción también tiene una base territorial que se extiende no sólo a Inglaterra sino que a Gales, pero además a los buques de bandera Inglesa en Alta Mar. Pero además de esa delimitación territorial, esta jurisdicción

⁹⁶⁴ *Vid.* Decreto No. 76-1906 del 13 de enero, Ley de Organización y Atribución de Tribunales, publicado el 19 de enero de 1906.

⁹⁶⁵ Vale aclarar en este punto que el Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo, a pesar que existe un proyecto de Ley denominado así, ese no ha sido aprobado aún por el Congreso Nacional, estando aún vigente la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales que data desde 1906.

⁹⁶⁶ *Vid.* Ley N°. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua del 7 de julio de 1998, publicado en el Diario oficial La Gaceta No. 137 del 23 de julio de 1998.

⁹⁶⁷ *Vid.* Chapter 91, Supreme Court of Judicature Act, Revised Editio 2000, Disponible en: <http://www.belize-law.org>

puede ser ejercida en aquellos litigios entre nacionales ingleses fuera del territorio inglés, o incluso cuando sólo una de las partes involucradas sea de esta nacionalidad, o ninguna de las partes. Esta es una regla que existe desde el siglo XVII, y utilizada en un precedente denominado *Calvin's Case*⁹⁶⁸.

En épocas más recientes esa regla ha sido utilizada por la Corte de Apelaciones y la Casa de lo Lores del Reino Unido, en precedentes tales como *Phillips v. Eyre*⁹⁶⁹, donde se establece cuales son los requisitos para que una acción surgida fuera del territorio inglés pueda ser conocida por los jueces de esa jurisdicción. Estas reglas básicamente son dos:

(i) Que el conflicto sea de tal naturaleza que pueda ser objeto de un juicio de haber ocurrido en territorio inglés; y,

(ii) Que dicho conflicto no sea justificable o excusable de acuerdo a la ley del lugar donde surgió. Pero además, los Tribunales también considerarán otros factores para determinar si deben declinar o no su competencia si el evento surge fuera de la jurisdicción beliceña, tales como que el demandado haya estado físicamente dentro del territorio nacional, aunque sea de paso, al momento de presentarse la demanda.

Es decir, el Juez discrecionalmente puede determinar si Belice es el *forum conveniens*, de tal forma que se asegure que la justicia sea adecuadamente servida. Otros factores de significancia que pueden hacer que un Juez beliceño decline su competencia son el abuso del proceso y la opresión al demandado, cuando se busque litigar en Belice con el exclusivo propósito de endurecer las circunstancias en contra de éste. Además, casos que se refieran a inmuebles, sólo se reconocerán competentes los Tribunales si dichos bienes se encuentran dentro del territorio de Belice (*forum rei sitae*)⁹⁷⁰.

307. (b) La configuración de las situaciones específicas en las que los Tribunales de ese determinado Estado son competentes. Guatemala, El Salvador, Costa Rica y Panamá pertenecen esta segunda categoría. En Guatemala, la competencia judicial internacional ha quedado configurada en el artículo 34 de la Ley del Organismo Judicial de 1989, en El Salvador en el Artículo 22 del Código Procesal Civil y Mercantil de 2008, en Costa Rica en el Artículo 11 del Código Procesal Civil

⁹⁶⁸ *Vid.* *Calvin's Case* 7 Coke Report 1a, 77 ER 377.

⁹⁶⁹ *Vid.* *Phillips v. Eyre* (1870) LR 6 QB 1.

⁹⁷⁰ *Vid.* Action No. 516 of 2000, *Casanova v. Boles*, del 25 de junio de 2001.

de 2016, y en Panamá en el Artículo 13 del Código de Derecho Internacional Privado⁹⁷¹ de 2014⁹⁷².

Los legisladores de estos Estados configuraron una competencia general y ordinaria que será determinada por los tratados internacionales que sobre la materia estén vigentes en ese país, también utiliza un sistema de criterios de conexión que determinan otras circunstancias en las que los jueces y tribunales pueden conocer de conflictos con elementos de extranjería.

Esos criterios utilizados por unos y otros para atribuir la competencia internacional a sus jueces y tribunales a veces son coincidentes, pero en ocasiones varían. En el caso de los ordenamientos antes mencionados, estos concuerdan en que estos órganos jurisdiccionales deberán conocer cuando el lugar de celebración del acto o negocio propio y la sumisión expresa de las partes. A diferencia del panameño, quien en materia contractual ha decidido que el foro competente es aquel donde el contrato debe surtir efectos, salvo en el caso de los contratos solemnes suscritos en Panamá, donde será competente el Juez panameño, independientemente del lugar donde deban surtir sus efectos.

El legislador salvadoreño también tomó en consideración la sumisión tácita. Sin embargo, estos legisladores asumen posiciones divergentes cuando, por ejemplo el guatemalteco y el panameño prefieren utilizar como criterio que los bienes objeto del conflicto estén ubicados en territorio guatemalteco, pero el salvadoreño y el

⁹⁷¹ *Vid.* Ley No. 7 del 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial No. 27530 del 8 de mayo de 2014.

⁹⁷² El caso panameño es excepcional en muchos sentidos. No sólo es el único Estado de la región que cuenta con su propio instrumento normativo específico para el Derecho Internacional Privado, sino que existen Tribunales Marítimos para los que también existen normas de asignación de la Competencia Judicial Internacional. Dicha atribución está regulada en el Artículo 19 del Código de Procedimiento Marítimo. Los puntos de conexión utilizados por el legislador panameño en este caso específico son: (1) el secuestro de la nave dentro de la jurisdicción panameña, (2) el secuestro de bienes en el territorio panameño, (a) cuando la parte demandada se encuentre físicamente en la jurisdicción panameña y haya sido personalmente notificada, (b) cuando una de las naves involucradas de bandera panameña, y la ley sustantiva aplicable sea la panameña, y (c) la sumisión expresa o tácita de las partes en conflicto. Adicionalmente, esa misma Ley establece en su Artículo 166 que la finalidad del secuestro decretado por los tribunales Marítimos tendrá como finalidad adscribir a la competencia de dichos tribunales el conocimiento de las causas que surjan fuera del territorio nacional, como consecuencia de hechos o actos relacionados con la navegación cuando el demandado esté fuera de su jurisdicción. *Vid.* Texto Único de la Ley 8 de 30 de marzo de 1982, que crea los Tribunales Marítimos y dicta Normas de Procedimiento Marítimo, con las modificaciones, adiciones y suspensiones adoptadas por las Leyes 11 de 23 de mayo de 1986 y 12 de 23 de enero de 2009, publicada en la gaceta Oficial No. 26322 del 13 de julio de 2009.

costarricense prefieren utilizar el domicilio del demandado y el lugar del cumplimiento de la obligación.

El legislador panameño, además, establece criterios para determinar el foro competente en materia de daños siendo este el lugar de su ocurrencia, cabiendo pactos en contrario. Con relación a las acciones personales, lo será el del domicilio del demandado. También son competentes los foros panameños en aquellos casos en los que los bienes o activos del demandado se ubiquen en Panamá, e incluso cuando se considere que ha habido denegación de justicia para un nacional en una jurisdicción extranjera.

(2) La segunda modalidad es la competencia judicial internacional de carácter exclusivo o privativo. Esta no admite la posibilidad de que el conflicto en cuestión pueda ser conocido por ningún juez extranjero. De serlo, la sentencia que éste dicte no podrá ser reconocida ni ejecutada en el Estado donde se haya hecho la atribución exclusiva⁹⁷³. Esta modalidad está disponible tanto en El Salvador como en Costa Rica.

El Artículo 21 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008 y el Artículo 11 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 coinciden en dos de los criterios determinantes para fijar esa competencia exclusiva cuando los conflictos se funden en pretensiones reales o mixtas sobre bienes inmuebles ubicados en Costa Rica, o en pretensiones personales que afecten los órganos de las personas jurídicas inscritas en ese país. Sin embargo, ambos instrumentos contienen un tercer criterio discrepante. En el caso salvadoreño ese tercer criterio es que la pretensión se refiera a la validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro público salvadoreño; y en Costa Rica, cuando las partes sean costarricenses o extranjeros domiciliados en el país, cuando los efecto y ejecución deban darse también ahí.

308. Además de estas dos modalidades, algunos de los legisladores centroamericanos incluyen en la ley razones para considerar que los órganos jurisdiccionales propios son incompetentes internacionalmente. Tanto en El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, los jueces y tribunales no son competentes cuando, conforme al Derecho Internacional, los conflictos que se susciten se refieran a sujetos o bienes que gocen de inmunidad, o éste les atribuya jurisdicción exclusiva a

⁹⁷³ ROSABAL CAMARILLO, JANE. Op. Cit., pp. 194-195.

los tribunales de otro Estado⁹⁷⁴. No obstante, el legislador costarricense ha admitido como excepción a lo anterior que el demandado prorrogue tácita o expresamente dicha competencia, siempre que el órgano jurisdiccional no la hubiera declinado de oficio.

En los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 (Artículo 24) y de Nicaragua de 2015 (Artículo 27), también son causas de incompetencia internacional que el demandado no comparezca en juicio, a pesar de haber sido emplazado en debida forma, en aquellos casos en los que la competencia judicial internacional sólo puede fundarse en la sumisión tácita de las partes, o cuando haya convenio o cláusula arbitral válida. Adicionalmente, el legislador nicaragüense establece la incompetencia de sus juzgados y tribunales cuando se interponga demanda respecto de sujetos que gocen inmunidad mientras no sean privados de ella de conformidad con la Constitución Política de ese país, o de la ley de la materia.

En el caso salvadoreño, si bien es cierto el legislador no ha hecho referencia a los convenios o clausulas arbitrales como causas de incompetencia judicial internacional, si lo ha hecho la jurisprudencia. La Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador ha señalado que la sumisión al arbitraje permitida por el Artículo 23 constitucional tiene como efecto la falta del presupuesto necesario para que un tribunal ordinario pueda conocer del objeto procesal, ubicándolo como un tema vinculado a la competencia internacional⁹⁷⁵.

2. Bases y Principios para determinar los Foros de Competencia Judicial Internacional para Acciones por Daño Ambiental Transfronterizo

309. La posición de DELGADO BARRETO comentada al inicio del acápite anterior es relevante para este estudio, porque establece la importancia que tiene el entender desde la perspectiva del Derecho comparado, las diferencias entre los

⁹⁷⁴ *Vid.* Artículo 23 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, Artículo 27 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, y Artículo 11.3 del Código Procesal Civil de Costa Rica de 2016.

⁹⁷⁵ *Vid.* Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 138-CSM-11 del 7 de octubre de 2011.

sistemas de Derecho Internacional Privado aplicables en los países del área⁹⁷⁶. Sobre todo si se toma en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, en esta región del mundo conviven el *Common Law* y el *Civil Law*, y la aplicación de la *lex fori* puede, también a causa de esto, tener efectos significativamente diferentes⁹⁷⁷.

Con este propósito, se debe comenzar por señalar que el elemento más relevante de los conflictos de jurisdicción no es el determinar las normas *ad litem ordinandam* que el tribunal que conozca del conflicto habrá de aplicar, pues, en el supuesto de conocer de algún caso con elementos de extranjería, éste aplicará las propias, por ser una de sus prerrogativas estatales⁹⁷⁸. Lo verdaderamente relevante es entender cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que un tribunal pueda conocer de un juicio donde pretenda deducirse responsabilidad por daño ambiental. Su importancia radica en que, si la sentencia que habrá de dictarse debe ser ejecutada en otro Estado, el juez requerido para el reconocimiento controlará la competencia del juez que la dictó, y de considerarlo incompetente, no procederá a ejecutar la sentencia⁹⁷⁹.

310. La doctrina ha ido formulando una serie de principios que deben regir las normas que resuelven el conflicto de competencia, y que se comentan a continuación:

(1) Señala RYNGAERT que el primero de esos principios estipula que el Derecho nacional de cada Estado contratante determinará la competencia interna de sus tribunales, así como su organización, forma de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos que podrán interponerse contra sus decisiones⁹⁸⁰. Esa opinión ha sido compartida por la Sala de lo Constitucional salvadoreña, al señalar que son específicamente las normas de Derecho Internacional Privado las que

⁹⁷⁶ DELGADO BARRETO, CÉSAR. Op. Cit., p. 163.

⁹⁷⁷ HOOFT comenta la diferente relevancia que ha tenido para estas dos tradiciones resolver los conflictos de competencia judicial internacional. Tradicionalmente, era mucho más relevante resolver el conflicto de jurisdicciones para el Derecho anglosajón, mientras que al Derecho continental le era más importante resolver el conflicto de leyes. Sin embargo, la globalización ha hecho que se vayan acercando, de tal forma que ahora la relevancia se ha invertido, y el *Common Law* se interesa más de la ley de fondo, y el *Civil Law*, se ocupa de determinar cuál es el juez competente. Vid. HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., pp. 22-25.

⁹⁷⁸ CADIET, LOÏC. «Towards a new model of judicial cooperation in the European Union», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, p. 17.

⁹⁷⁹ HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., p. 19.

⁹⁸⁰ RYNGAERT, CEDRIC. *Jurisdiction in International Law*. 2ª ed. Oxford University Press. Oxford, 2015, p. 43.

realizaran el reparto de la potestad jurisdiccional en aquellas relaciones en las que interviene El Salvador con otros Estados⁹⁸¹.

Estas normas internas han sido pensadas para conflictos en los que no hay elementos de extranjería. La existencia de estas normas de carácter puramente territorial, que buscan asegurar el control jurisdiccional del Estado, está determinada por la voluntad del legislador, quien libremente puede decretar incluirlas o no en los diferentes ordenamientos⁹⁸². A este respecto, la literatura especializada insiste en que la voluntad del legislador debe estar siempre guiada por el principio de la efectividad y de la justicia internacional⁹⁸³. Es decir, los legisladores deben deslindarse de concepciones publicistas que puedan confundir el objetivo de las competencia judicial en materia privada con conflictos de soberanía⁹⁸⁴.

Dichas normas de competencia judicial internacional determinan qué asuntos conocen los jueces civiles de cada Estado, cuando en la relación jurídica litigiosa aparezca algún elemento de extranjería⁹⁸⁵. Lo anterior implica que, es perfectamente posible que simultáneamente los órganos jurisdiccionales de dos o más Estados se entiendan competentes del conflicto que les es presentado. Además, debe tomarse en cuenta, además, que no todos los legisladores utilizan los mismos criterios para determinar la competencia internacional de los tribunales, pues eso dependerá de los valores e intereses que esté intentando proteger⁹⁸⁶.

Sucedirá entonces que, de acuerdo a la jerarquía de las normas, las de competencia judicial internacional contenidas en los tratados internacionales que los Estados han ratificado son las que se deben aplicar preferentemente. Posteriormente, serán de aplicación las normas previstas en los ordenamientos jurídicos internos⁹⁸⁷.

⁹⁸¹ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 121-2007, del 2 de marzo de 2012.

⁹⁸² ESPLUGUES MOTA, CARLOS. «El Derecho Internacional Privado: características generales», en ESPLUGUES MOTA, CARLOS; IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 10ª ed. 2016, p. 95.

⁹⁸³ HOOFT comenta que el principio de efectividad alude a la posibilidad de hacer efectivos los derechos consagrados o reconocidos en la sentencia, fuera de las fronteras del Estado donde ésta es emitida. *Vid.* HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. *Op. Cit.*, p. 19.

⁹⁸⁴ ROJAS TAMAYO, DANIEL MIGUEL. «Las deficiencias del Derecho Internacional Privado colombiano: Principios inapropiados y sus consecuencias en la eficacia de sentencias extranjeras», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIV. Madrid, Iprolex, 2016, p. 869.

⁹⁸⁵ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «La jurisdicción de los tribunales civiles», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, p. 145.

⁹⁸⁶ IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «Competencia judicial internacional», en ESPLUGUES MOTA, CARLOS; IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 10ª ed. 2016, p. 114.

⁹⁸⁷ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «La jurisdicción...*Op. Cit.*, pp. 145-146.

Esto obliga a no desconocer la ventaja que representa la existencia de normas armonizadoras que resuelvan contradicciones como la expuesta en el párrafo anterior, pues de lo contrario, la solución de conflictos transfronterizos estará siempre a expensas de normas de factura unilateral. De ahí que sea preferible decantarse por normas bilaterales o multilaterales para determinar cuáles tribunales resultan ser competentes ante conflictos de naturaleza transfronteriza⁹⁸⁸.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito europeo, donde las soluciones para la distribución de competencias judiciales internacionales está integrada, en el continente americano –y más específicamente en la región centroamericana- este proceso de integración no ha avanzado lo suficiente⁹⁸⁹. Ya se comentaron los progresos que ha habido en la materia, los que a todas luces no son suficientes.

311. (2) El segundo principio señalado por la doctrina para las normas que resuelven el conflicto de competencia judicial es el de la proporcionalidad. Esta noción adquiere significancia cuando los órganos jurisdiccionales de dos o más Estados tienen puntos de conexión con el conflicto en cuestión. La decisión de cuál órgano jurisdiccional debe ejercer su competencia debería estar determinado por el análisis de todos esos contactos y los intereses que el Estado tenga con relación a dicho conflicto.

RYNGAERT sugiere que dicha proporcionalidad incluso puede ser vista no sólo desde la óptica puramente jurídica, sino que también debe atenderse la perspectiva de las Relaciones Internacionales de estos Estados, en el sentido de que el análisis debería servir para calcular si la posible invasión de la soberanía de otro Estado en realidad le proporciona alguna ventaja política internacional al Estado cuyo órgano jurisdiccional pretende ejercer su competencia⁹⁹⁰.

(3) Un tercer principio es el de evitar el abuso del Derecho. Este principio sugiere que los Estados no deberían ejercer su jurisdicción si esto atenta de manera desproporcionada contra los intereses regulatorios de otro Estado, permitiendo que una de las partes en litigio evada el cumplimiento de una norma imperativa.

⁹⁸⁸ ESPLUGUES MOTA, CARLOS. Op. Cit., p. 95.

⁹⁸⁹ DELGADO BARRETO, CÉSAR. Op. Cit., p. 164.

⁹⁹⁰ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., p. 43.

(4) Un cuarto principio que debe ser tomado en consideración es la equidad. Lo anterior quiere decir que la decisión de ejercer jurisdicción por parte de un Estado debe ser sustantivamente justa⁹⁹¹.

312. Habiendo establecido lo anterior, el análisis debe partir explicando cuales es la relación jerárquica entre las diferentes fuentes normativas de Derecho Internacional privado disponibles en la región centroamericana. En esta región conviven fuentes convencionales y nacionales. No obstante, es la existencia de fuentes internacionales la que representa una indiscutible ventaja para la seguridad jurídica de las partes involucradas, pues de esta manera se resuelve el problema de la ejecutabilidad de la sentencia dictada, pero además se asegura el acceso a la justicia internacional⁹⁹². Esa seguridad se basa en que las normas que determinan los foros de competencia judicial internacional de origen convencional tienen precedencia sobre las nacionales, no estando normalmente a disposición de las partes modificar la jerarquía de las normas⁹⁹³.

El reconocimiento de la preeminencia de las fuentes convencionales para determinar los foros de competencia judicial internacional ha quedado establecido tanto en el Artículo 21 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, el Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño de 2006, el Artículo 27 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, el Artículo 11 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, y el Artículo 1 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. En Belice, las Reglas de la Suprema Corte de 2005, en su Sección 7.9, reconocen la posibilidad de notificar al demandado de un litigio con elementos de extranjería, ya sea acatando las reglas de la Convención de La Haya o cualquier otra Convención en Materia de Derecho Procesal Civil.

313. Es claro que el propósito tras la incorporación de normas para determinar los foros de competencia en instrumentos internacionales no es tanto el de armonizar las formas en las que los Jueces y Tribunales abordarán la cuestión de su jurisdicción, sino la de distribuir los juicios dentro de la red de Tribunales de los Estados Parte. Sin embargo, como se ha venido señalando, los Estados son aún un tanto reacios a

⁹⁹¹ Ídem.

⁹⁹² HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., p. 26.

⁹⁹³ Se utiliza a propósito el termino «normalmente», pues en el caso específico del Código de Bustamante, varios Estados suscriptores incluyeron una reserva general al tratado que modifica la jerarquía normal de las normas.

ratificar tratados de esta índole, pues parecen preferir que temas como la jurisdicción y la competencia, sigan estando bajo el control de su soberanía⁹⁹⁴. Este celo con relación a la potestad jurisdiccional puede ser comprensible, pero definitivamente no lo es en relación a la competencia de dichos tribunales. Además, las normas convencionales pueden jugar diferentes roles en función a la competencia:

(1) En el primero de los casos, las normas convencionales permiten que los órganos de justicia de un Estado determinado ejerzan su competencia, estableciendo de manera excepcional limitaciones o prohibiciones. Dicha permisividad normalmente se basa en la existencia de un interés legítimo de dicho Estado sobre un conflicto específico que se determina a partir de la existencia de factores de conexión que pueden ser personales o territoriales.

(2) En el segundo de los casos, las normas convencionales pueden prohibir que los órganos de justicia de un Estado puedan ejercer su competencia, estableciendo las correspondientes excepciones. Ese abordaje permisivo es el que se ha consolidado en la actualidad⁹⁹⁵.

En Centro América, pareciera que esa actitud reacia antes mencionada, se limita a los tratados con vocación universal como los de La Haya, pues es evidente que los Estados de la región no se han opuesto a participar de los esfuerzos uniformadores. El mejor sustento de esta afirmación es el hecho de que todos los países de la región, exceptuando a Belice, han suscrito y ratificado la Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928⁹⁹⁶, conocido como el Código de Bustamante. De hecho, este instrumento es la única fuente convencional disponible para resolver conflictos de competencia judicial internacional en la región, y que, en el caso de países como Honduras, es casi el origen único de normas de Derecho Internacional privado⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ MAILHÉ, FRANÇOIS. «International competence as a cooperation tool», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 342-348.

⁹⁹⁵ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., p. 30.

⁹⁹⁶ Todos los Estados exceptuando Belice firmaron la Convención el 20 de febrero de 1928. Las fechas de ratificación son las siguientes: Panamá, 26 de septiembre de 1928; Guatemala, 9 de septiembre de 1929; Nicaragua, 17 de diciembre de 1929; Costa Rica, 4 de febrero de 1930; Honduras, 4 de abril de 1930; y, El Salvador, 25 de septiembre de 1931. Vid. OEA, Organización de Estados Americanos, Convención de Derecho Internacional Privado, La Habana, 1928. Disponible en <http://www.oas.org>

⁹⁹⁷ Esta afirmación se refiere exclusivamente a los foros competentes para conocer de la causa principal. En lo que concierne a las medidas cautelares, hay otras fuentes que serán tratadas más adelante en este Capítulo.

314. Habiendo establecido la jerarquía de las fuentes en la región centroamericana, es necesario referirse a los criterios utilizados para determinar la competencia judicial internacional. De acuerdo a la doctrina, para que un órgano jurisdiccional pueda conocer de una pretensión determinada, deberá cumplir con dos requisitos básicos: que se le atribuya la jurisdicción, entendiéndose como tal que se le ha otorgado a ese órgano jurisdiccional la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, y, que una norma le atribuya el conocimiento de esa pretensión en concreto. Tal como se estableció en el Capítulo 2, en Centroamérica la delegación de esa función queda encargada a los órganos jurisdiccionales por tres vías: (1) la constitucional con un posterior desarrollo jurisdiccional, (2) la constitucional con un posterior desarrollo en las normas procesales y, (3) la puramente jurisprudencial.

2.1. Las normas disponibles en la fuentes centroamericanas para determinar el foro internacional competente

315. La atribución de conocer de determinados asuntos a estos órganos, como ya se sabe, se denomina competencia, que no es otra cosa más que las materias sobre las que el órgano jurisdiccional ejerce su potestad en casos concretos⁹⁹⁸. En el entendido de que la competencia judicial internacional es un presupuesto del proceso judicial, al aplicar sus reglas se determina que el foro que se pretende conozca de un determinado conflicto no resulta competente, éste no podrá conocer del asunto. *Contrario sensu*, si al aplicar la reglas se determina que los tribunales de un Estado determinado si son competentes, deberán aplicarse las reglas internas de competencia para establecer el tribunal que concretamente deberá hacerse cargo, y de esa individualización dependerá el Derecho que se utilizará para resolver el conflicto de fondo⁹⁹⁹.

El análisis de las normas disponibles para determinar el foro competente, parte de las diferencias entre las dos tradiciones jurídicas que conviven en la región. En la tradición del *Civil Law*, se puede normalmente distinguir a partir de su contenido, entre tres tipos de reglas para asignar competencia jurisdiccional:

⁹⁹⁸ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 381.

⁹⁹⁹ ESPLUGUES MOTA, CARLOS. Op. Cit., pp. 95-96.

Capítulo 4

(1) Reglas exorbitantes, establecidas con el objetivo único de asegurar la competencia de los Tribunales de un Estado, cuando normalmente no les debería corresponder;

(2) Reglas generales, que permiten crear un sistema de distribución de la competencia más o menos equitativo, generalmente basadas en el principio *actor sequitur forum rei* o en principios tales como el *forum rei sitae*; y,

(3) Reglas especiales que son prescritas para establecer la competencia jurisdiccional en situaciones particulares¹⁰⁰⁰.

Si bien es cierto, en el *Common Law*, es posible encontrar algunas similitudes con el esquema anterior, no se puede negar que haya variaciones:

(a) La primera similitud es la prevalencia del principio *actor sequitur forum rei* como base de la competencia general de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, su aplicación no es tan estricta como en el caso del *Civil Law*, pudiendo ser mucho más amplia y flexible que el domicilio o la residencia habitual del demandado, y referirse incluso a su simple presencia, como quedó demostrado en la sentencia *Pennoyer v. Neff*¹⁰⁰¹ de 1877 en Estados Unidos, la que se basó en la teoría del poder territorial¹⁰⁰².

(b) Otra similitud es la posibilidad de establecer foros especiales o específicos para ciertos tipos de acciones que permitan demandar fuera del domicilio del autor, por medio de puntos de conexión que se consideran más adecuados para el tipo específico de reclamo¹⁰⁰³.

(c) Una tercera similitud es la posibilidad de que las partes escojan el foro al que desean someterse, respetando así el principio de la autonomía de la voluntad. Nuevamente aquí, es posible ver que el *Common Law* tiene un abordaje mucho más flexible que el *Civil Law*, en el sentido de que el efecto de esos acuerdos de sumisión no necesariamente es absoluto ni exclusivo como sucede en el Derecho continental.

¹⁰⁰⁰ BRAND, RONALD A. «Jurisdictional common ground: in search of a global convention», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 15.

¹⁰⁰¹ *Vid.* *Pennoyer v. Neff* 95 US 714 (1877).

¹⁰⁰² BRAND, RONALD A. *Op. Cit.*, pp. 18-19.

¹⁰⁰³ *Ibidem.*, p. 20.

(d) La última similitud se encuentra en las reglas de competencia para la contrademanda o reconvencción, que queda sujeta al foro de la demanda para facilitar así la eficiencia procesal¹⁰⁰⁴.

316. Siguiendo este orden de ideas, las normas que determina la competencia judicial internacional se pueden clasificar en tres categorías a partir de la posibilidad que tienen las partes litigantes para decidir sobre el foro en el que prefieren sea resuelto su litigio:

(1) Las normas que determinan la competencia internacional exclusiva de los órganos jurisdiccionales de un Estado son imperativas, que se aplican independientemente de consideraciones personales o territoriales conectadas con el litigio, o de que las partes hayan pactado someterse a algún Tribunal en específico. Normalmente se elaboran tomando en consideración la materia específica¹⁰⁰⁵. Lo anterior quiere decir que son normas de orden público¹⁰⁰⁶. Estas, a pesar de ser unilaterales, no son necesariamente exorbitantes, pues admiten límites. No obstante deben ser la excepción y no la regla. Al ser unilaterales, su efecto es en realidad se observa en casos como la denegación de la litispendencia, o el reconocimiento de sentencias¹⁰⁰⁷.

En el ámbito centroamericano es posible encontrar normas que determinan competencia judicial internacional exclusiva de origen convencional y nacional. Estas normalmente siguen los siguientes principios: *forum rei sitae*¹⁰⁰⁸, *forum delicti commissi*¹⁰⁰⁹ y *actor sequitur forum rei*¹⁰¹⁰. También se reservan la competencia en supuestos donde ha habido sumisión de las partes¹⁰¹¹, cuando el objeto del litigio se

¹⁰⁰⁴ *Ibidem.*, pp. 20-21.

¹⁰⁰⁵ IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «La competencia judicial internacional»...*Op. Cit.*, pp. 126-127.

¹⁰⁰⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala de Negocios Generales sobre Comisión Rogatoria, del 14 de septiembre de 1995.

¹⁰⁰⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana». En LLANOS MANCILLA, HUGO; PICAND ALBÓNICO, EDUARDO (Coordinadores). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*. Tomo II, Santiago, Librotecnia, 2008, p. 148.

¹⁰⁰⁸ Artículo 325 del Código de Bustamante de 1928, Artículo 34 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1989, Artículo 21 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, y Artículo 11.2 del Código Procesal Civil costarricense de 2016.

¹⁰⁰⁹ Artículo 34 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1989.

¹⁰¹⁰ Artículo 11.2 del Código Procesal Civil costarricense de 2016.

¹⁰¹¹ Artículo 34 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco, Artículo 11.2 del Código Procesal Civil costarricense de 2016.

refiera a la personalidad jurídica de personas jurídicas domiciliadas en el foro, o cuando se refiera a inscripciones registrales hechas en el foro¹⁰¹².

Casos excepcionales son el Artículo 36 del Código Procesal Civil hondureño de 2006, y el Artículo 38 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015. Los legisladores incluyeron foros de competencia judicial exclusiva interna, pero obviaron señalar si su efecto imperativo es extensivo a litigios plurilocalizados. El Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014 no incluye normas que determinen la competencia judicial internacional exclusiva de sus órganos jurisdiccionales.

317. (2) Las normas de competencia judicial internacional cuasi-exclusiva, que permiten la posibilidad de que haya foros de naturaleza subjetiva, por ser de carácter dispositivo. Estos se derivan de alguna forma de sumisión, ya sea expresa o tácita¹⁰¹³, y equivalen a lo que en el Derecho interno se denomina «*prórroga de la competencia*»¹⁰¹⁴. El Código de Bustamante de 1928 establece la voluntad de las partes como principal criterio para determinar el foro competente en los supuestos de Derecho Privado. De acuerdo a los Artículo 321 y 322, ésta puede ser manifestada de forma expresa o de forma tácita, siempre y cuando, una de las partes en litigio sea nacional o tenga su domicilio en uno de los Estados contratantes al que el juez pertenezca. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha señalado que las normas que regulan la sumisión permitiendo la prórroga de competencia a un tribunal extranjero sólo están disponible en el Derecho Privado, y por lo tanto no se pueden considerar de orden público¹⁰¹⁵.

La sumisión, de acuerdo al Código de Bustamante de 1928, sólo puede hacerse a un juez de jurisdicción ordinaria, siempre que conozca de el mismo tipo de negocios y en el mismo grado. Son excepciones a esta regla que la sumisión se oponga al orden público del Derecho local, que, por ejemplo, existan normas imperativas en el supuesto de acciones reales o mixtas sobre inmuebles lo prohíba la ley de su situación¹⁰¹⁶.

¹⁰¹² Ambas posibilidades están consignadas en el Artículo 21 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008.

¹⁰¹³ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «La jurisdicción...Op. Cit., pp. 147-148.

¹⁰¹⁴ SOMMERVILLE SENN, HERNÁN. Op. Cit., p. 126.

¹⁰¹⁵ Sentencia de la Sala de Negocios Generales sobre Comisión Rogatoria de 14 de septiembre de 1995.

¹⁰¹⁶ SOMMERVILLE SENN, HERNÁN. Op. Cit., p. 126.

En esta línea, la sumisión de las partes para asignar competencia judicial internacional a sus órganos jurisdiccionales ha sido incluida tanto en los Artículos 32 y 34 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteca de 1989, Artículo 22 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, y Artículo 17 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. No obstante, la única norma en el contexto centroamericano que sigue el mecanismo establecido por el Código de Bustamante es el Artículo 11.1 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, el cual admite la sumisión de las partes restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes, pero exige que para que esta pueda ser aplicada, una de las partes en litigio sea costarricense, y que el litigio de alguna forma esté conectado con el territorio de esa nación¹⁰¹⁷.

De acuerdo al Código de Bustamante de 1928, por sumisión tácita del actor, se entiende aquella hecha cuando acude a juez determinado a interponer su demanda; y se entiende sumisión tácita del demandado, con el hecho de que practique cualquier gestión después de personado en el juicio, siempre que dicha gestión no sea para proponer la declinatoria. Se debe reconocer que la posibilidad de la sumisión tácita otorga el control del proceso al demandado, haciendo muy poco probable que éste acceda a someterse a un foro que considere lesivo para sus intereses.

Debe entenderse que en el contexto de esta Convención, seguir el procedimiento en rebeldía, no supone, bajo ningún contexto, forma alguna de sumisión tácita. Además, incluso en los casos de sumisión al fuero, deberá respetarse la subordinación judicial, no pudiendo presentar recursos a juez o tribunal que no sea al que las leyes locales subordinen al juez de primera instancia. BOUTIN ha denominado a este principio «*Continencia Jurídica*»¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁷ La posibilidad de que las partes se sometan voluntariamente a un foro específico también ha sido considerada por los legisladores centroamericanos, tanto en sus normas internas de competencia, como en aquellas para determinar la competencia judicial internacional de sus foros. Con relación a la asignación interna de competencias, la sumisión a foro determinado queda establecida en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008 en su Artículo 26, en el Código Procesal Civil hondureño de 2007 en su Artículo 38, en el Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 en su Artículo 40, en el Código Procesal Civil costarricense de 2016 en su Artículo 3.5, y en el Libro I del Código Judicial panameño en su Artículo 243. Todos estos instrumentos señalan la disponibilidad de las normas que regulan la competencia de los órganos jurisdiccionales por razón de territorio. No obstante, es posible hallar instrumentos, como el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco o el *District Courts (Procedure) Act* beliceña donde esa opción no se contempla.

¹⁰¹⁸ BOUTIN. I. GILBERTO. *Código de Bustamante y Normas Internas de Derecho Internacional Privado*. 2ª ed. Panamá, 1991, p. 82.

Por su parte, la sumisión expresa se traduce en acuerdos de escogencia del foro, e incluso a acuerdos de escogencia de Tribunales específicos. El Código de Bustamante de 1928 reconoce como sumisión expresa la que se hace por medio de renuncia clara y terminante al fuero propio, y haciendo designación precisa del juez al que desean someterse. Desde una perspectiva más amplia, estos acuerdos se pueden establecer después de que la disputa ha surgido, pero antes de que inicie el proceso de la demanda. Si bien es cierto, en el caso de la responsabilidad aquiliana, la posibilidad de la sumisión expresa parece ser una construcción puramente académica, no es del todo improbable que las partes, una vez acontecido el daño, puedan ponerse de acuerdo con relación al foro en el que se desarrollará el litigio.

Las normas que regulan la existencia de foros concurrentes obedecen a una lógica jerárquica en la que la sumisión predomina por sobre los foros de naturaleza objetiva. No obstante, entre ambas formas de sumisión también es posible establecer un orden jerárquico. Así lo demuestra el Reglamento Bruselas I-bis, donde la sumisión pasiva permite obviar cualquier forma de sumisión expresa previamente establecida. En este reglamento, además, la sumisión pasiva establece que el apersonamiento del demandado es lo que confirma la competencia por la vía de la sumisión pasiva¹⁰¹⁹. Lo anterior se traduce en mucho control sobre el proceso por parte de esta persona.

STADLER ha comentado que, no obstante debe tomarse en consideración el problema que la sumisión expresa puede suponer en los supuestos de acciones de grupo bajo sistemas *opt-out*, en tanto no se puede generalmente argumentar que las partes que no se percatan de que el procedimiento está en curso hayan podido de alguna forma acordar ni expresar dicha sumisión, salvo que esta situación se vea adecuadamente matizada por un proceso de notificación personalizada a las partes ausentes de la demanda¹⁰²⁰. De hecho, DODSON señala que es una noción demasiado rebuscada, el pensar que la notificación más el derecho a desvincularse del proceso pueda equipararse a la sumisión¹⁰²¹. Sin embargo, la problemática se ve reducida

¹⁰¹⁹ BOSTERS comenta con referencia a la figura del apersonamiento que si bien es cierto el Reglamento no define su alcance, la doctrina si lo hecho, y supone que se refiere a la presencia legal del demandado en el proceso, convirtiéndolo en parte del mismo. Cómo y cuándo esto sucede, estará definido por las reglas procesales de cada Estado parte. *Vid.* BOSTERS, M. W. F. *Collective redress and private international law in the European Union*. Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 82-83.

¹⁰²⁰ STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe»...*Op. Cit.*, p. 214.

¹⁰²¹ DODSON, SCOTT. *Op. Cit.*, pp. 196-197.

cuando estas acciones de grupo son iniciadas por medio de un representante, posibilidad que ya fue abordada en el Capítulo 3.

Además, la posibilidad de que exista un acuerdo expreso previo entre las partes es aún menos factible, tomando en cuenta tanto la imprevisibilidad de muchos tipos de daño ambiental, como el hecho de que sólo podría acontecer sino hasta que el hecho dañoso haya acontecido. Estos tipos de acuerdos seguramente podrían existir solamente en supuestos de actividades riesgosas o peligrosas, donde de antemano se conoce la posibilidad de la existencia del daño, que es lo que parece establecer el Artículo 13 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. Lo anterior permite asumir que serán los foros objetivos la opción que seguramente deberá ser aplicada en los supuestos de daño ambiental transfronterizo.

318. (3) Las normas de competencia internacional judicial concurrentes, permitiendo que las partes puedan decidir acudir a cualquiera de los órganos jurisdiccionales competentes con los que se tienen puntos de conexión. Este es el caso de competencia internacional ordinaria o privativa¹⁰²².

Vale señalar que la doctrina tiende a preferir la utilización de estos foros por encima de los anteriores, y a señalar que los foros exclusivos deben ser la excepción. La ventaja que se asigna a la utilización de foros de esta naturaleza es que la escogencia se basa en algún tipo de conexión o proximidad entre el litigio y el foro, y no a consideraciones de otra índole. Eso sí, la condición que normalmente se exige es que en ellos, se garantice los derechos fundamentales de las partes en litigio, sobre todo, aquellos vinculados con la tutela judicial efectiva y el debido proceso¹⁰²³.

Estas normas concurrentes contienen foros o fueros generales y especiales de naturaleza objetiva. Un ejemplo de un fuero general es el domicilio; un ejemplo de fuero especial normalmente se vincula a la materia del litigio¹⁰²⁴. La determinación de dichos foros, debería estar regida por el principio de la máxima seguridad, de tal forma que estén disponibles para el actor el mayor número de fueros posibles, sin que

¹⁰²² RYNGAERT ha calificado la posibilidad de esta concurrencia como posiblemente dañina, pues puede ser un foco de tensión entre los Estados, en tanto estos consideren que sus órganos jurisdiccionales son igualmente competentes. De ahí que este autor se decante por las normas exclusivas de origen convencional. *Vid.* RYNGAERT, CEDRIC. *Op. Cit.*, p. 145.

¹⁰²³ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «Aspectos esenciales...» *Op. Cit.*, p. 120.

¹⁰²⁴ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «La jurisdicción...» *Op. Cit.*, p. 147.

esto resulte en detrimento injusto de los intereses del demandado¹⁰²⁵. Los foros generales pueden ser de naturaleza personal o territorial:

(a) Los foros basados en la personalidad (*active personality jurisdiction*) se desprenden de la noción del Estado como una colectividad de personas sometidas a una autoridad común, independientemente de donde éstas se ubiquen físicamente. Su utilización se ha justificado por medio de la Teoría de la Lealtad o del Vasallaje (*Allegiance Theory*), al considerársele una forma equivalente a la protección diplomática que los Estados ofrecen a sus nacionales en el extranjero¹⁰²⁶.

Los foros basados en el principio de la personalidad, utilizando criterios tales como la nacionalidad¹⁰²⁷, el domicilio o la residencia del demandado, permiten que estos individuos no se coloquen en una situación de desventaja, por tener que someterse a leyes que no les son propias ni conocidas¹⁰²⁸. A lo anterior podría agregarse la obvia eficacia procesal del caso, al no tener que depender de la cooperación judicial internacional para poder dar inicio al juicio, para cerciorarse de su normal desarrollo, o para asegurar la ejecución de la sentencia la mayoría de las veces¹⁰²⁹.

Dentro de los posibles foros basados en la personalidad, la determinación del foro basado en el domicilio es común en los ordenamientos centroamericanos, así como en el Código de Bustamante de 1928. Éste ha quedado establecido en los Artículos 323, 324¹⁰³⁰, 327, 328, 329 y 330 de dicha Convención, el Artículo 33 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteca de 1998¹⁰³¹, el Artículo 22 del Código

¹⁰²⁵ HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., p. 44.

¹⁰²⁶ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., p. 107.

¹⁰²⁷ Este fue el abordaje utilizado por el Tratado de Lima, el cual fue ratificado por Costa Rica, y al que se adhirió Guatemala. FERNÁNDEZ ARROYO comenta que la poca receptividad que hubo hacia este instrumento se basa en la utilización del principio de nacionalidad como rasgo distintivo, principio que PEREZNIETO CASTRO describe como europeísta, y que en la actualidad se considera exorbitante. *Vid.* SILVA ALONSO, RAMÓN. *Derecho Internacional Privado*. 9ª ed. Asunción, Intercontinental Editora, 2009, p. 94; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. *Derecho internacional privado...* Op. Cit., pp. 37-38; PEREZNIETO CASTRO, LEONEL. «Notas sobre el Derecho Internacional Privado en América Latina», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLVIII, No. 144, 2015, p. 1064.

¹⁰²⁸ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., p. 55.

¹⁰²⁹ ASSIS DE PAIVA, HELOÍSA; PALUMA, THIAGO. Op. Cit., p. 72.

¹⁰³⁰ En el Artículo 324 del Código de Bustamante el domicilio o residencia del demandado son utilizados como foros subsidiarios al *forum rei sitae*.

¹⁰³¹ Esta Convención también fue suscrita en el marco de la CIDIP II, celebrada en Montevideo, Uruguay en mayo de 1979. Está en vigor desde junio de 1980. Todos los países de la región, a excepción de Belice y Nicaragua la suscribieron, pero sólo Guatemala la ha ratificado. El criterio principal utilizado es el del lugar de residencia habitual o del centro principal de sus negocios. Subsidiariamente, se utiliza el de la simple residencia, y a falta de éste, el del lugar donde se encuentra la persona. *Vid.* OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre el

Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, el Artículo 11.1 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, y en el Artículo 13 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. El Artículo 41 del Código Civil de Nicaragua de 2015 hace referencia tanto al domicilio, como al simple paso por el territorio nicaragüense.

Al constituirse el domicilio como el fuero legal general basado en la personalidad que usualmente se utiliza para fijar la competencia interna de los Tribunales en el contexto centroamericano, se está reconociendo sus significativas ventajas. Además de ser una deferencia para con el demandado, el hecho de que el foro utilizado en cualquier conflicto con elementos de extranjería obedezca al principio *actor sequitur forum rei*, ya sea el del domicilio o la residencia del causante, reporta ventajas innegables.

(i) Entre estas está el permitir el acceso a la justicia, al no limitar esta posibilidad como podría hacerlo el uso de foros exorbitantes como el de la nacionalidad¹⁰³². Esto es particularmente importante si se entiende como el resultado del proceso puede afectar a la situación jurídica de esta persona¹⁰³³.

(ii) Una segunda ventaja es la posibilidad inmediata de poder embargar su patrimonio para hacer frente a sus responsabilidades en caso se reúse a pagar la compensación ordenada por el Juez. Perseguir a una persona que no tiene vínculos claros con el foro de enjuiciamiento, a pesar que este tenga competencia internacional ordinariamente será inefectivo¹⁰³⁴.

(iii) Una tercera ventaja es la economía procesal, si se considera el costo de las notificaciones internacionales y de los procedimientos para el reconocimiento y ejecución de la sentencia¹⁰³⁵.

319. (b) Por su parte, los foros basados en el principio de territorialidad parten de la noción de que la competencia debe otorgarse a los órganos jurisdiccionales asentados en el territorio donde han sido cometidas las acciones dañosas. Aunque su

domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>

¹⁰³² POCAR, FAUSTO. «Access to justice and european rules on jurisdiction». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 744.

¹⁰³³ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...Op. Cit.*, p. 106.

¹⁰³⁴ RYNGAERT, CEDRIC. *Op. Cit.*, p. 32.

¹⁰³⁵ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...Op. Cit.*, p. 106.

aparición es posterior a los foros basados en la personalidad, hoy día van adquiriendo similar relevancia, particularmente dentro del *Common Law*. Los foros basados en el principio de territorialidad tienen como ventajas prácticas, la accesibilidad a los medios de prueba¹⁰³⁶. Otra posible ventaja es su mayor previsibilidad¹⁰³⁷, pues depende de criterios puramente objetivos, y no de circunstancias fácilmente modificables como el domicilio o características particulares de los litigantes¹⁰³⁸.

Indiscutiblemente, el principal criterio para la elección del foro supone la existencia de algún punto de conexión entre el litigio y el Estado que pretende ejercer jurisdicción. Sin estos puntos de contacto, el órgano jurisdiccional del Estado en cuestión no debería intentar ejercer su competencia, y evitar así meterse en asuntos que no son de su incumbencia, tal como lo viene sugiriendo la doctrina desde el siglo XIII. Extralimitarse podría ser la causa de conflictos internacionales incluso, en la medida que otro Estado considere que al ejercer dicho órgano jurisdiccional su competencia, se está atentando contra su propia soberanía y atentando contra el Principio de la No Intervención, propio del Derecho Internacional Público¹⁰³⁹. Los foros de naturaleza territorial parecen apegarse de mejor manera al principio de la no-intervención.

En el contexto centroamericano también es común recurrir a este tipo de soluciones, tal como se puede observar en el Artículo 34 de Ley del Organismo Judicial guatemalteca de 1998, el Artículo 22 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, Artículo 11.1 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, el Artículo 13 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014 y la Sección 7.3 de las Reglas de la Suprema Corte de Belice. Entre las posibilidades identificadas están el *forum rei sitae*, el *forum delicti commissi*, el *forum loci celebrationis* y el *forum loci executionis*. El Código de Bustamante de 1928 también se apega a esta modalidad y recurre al *forum rei sitae* para las acciones reales, y al *forum loci executionis* para las acciones personales.

¹⁰³⁶ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., pp. 49-64.

¹⁰³⁷ La previsibilidad normativa puede ser entendida como estabilidad normativa. Debe permitir a las partes del litigio poder determinar cual debe ser su comportamiento y así prevenir conflictos. Para alcanzar esta característica, es necesario que las normas sean claras, confiables y ser consecuencia de un desarrollo jurídico estable. *Vid.* VAN SCHAGEN, ESTHER. Op. Cit., pp. 30-31.

¹⁰³⁸ ASSIS DE PAIVA, HELOÍSA; PALUMA, THIAGO. Op. Cit., p. 72.

¹⁰³⁹ RYNGAERT, CEDRIC. *Jurisdiction in International Law*. 2ª ed. Oxford University Press. Oxford, 2015, pp. 38-43.

320. (c) Por último, en la clasificación de los foros disponibles, están los foros especiales. Estos pueden ser de carácter neutro, de vinculación procesal, de materia, o incluso de protección a la parte más débil de la relación jurídica¹⁰⁴⁰. Estos últimos son de particular interés para el contenido de este trabajo, pues pueden ofrecer soluciones idóneas para los problemas aquí planteados, por lo que serán abordados en el siguiente apartado.

Para terminar, es importante apuntar que es evidente que, con algunas significativas excepciones, los legisladores centroamericanos han desatendido la importancia que tiene crear cuerpos normativos modernos y eficientes que ayuden a resolver los conflictos de competencia en un mundo globalizado, en el que las relaciones jurídicas plurilocalizadas van siendo cosa cotidiana. Prefieren seguir insistiendo en una innecesaria preeminencia a la reivindicación estatal de la competencia judicial internacional¹⁰⁴¹.

La resistencia de los legisladores centroamericanos a dedicarle el mismo esfuerzo a este objetivo que le han dedicado los legisladores de otras latitudes, tiene como efecto inmediato que muchos de estos procesos concluyan con sentencias claudicantes, por ser válidas en un Estado, pero nulas en otro. Es imperativo entonces, que los legisladores centroamericanos se desembaracen de esos nacionalismos anquilosados, y doten a sus ordenamientos jurídicos de reglas eficientes, diseñadas en función de criterios de conexión razonables¹⁰⁴².

2.2. Foros para el Daño Ambiental Transfronterizo

321. La posibilidad de establecer foros especiales o específicos tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law* no deja de ser problemático desde la perspectiva del Derecho de daños. En la primera de estas tradiciones el enfoque se hace en función de la relación Tribunal y el demandado, de tal forma que debe demostrarse no sólo que éste tiene atribuida competencia, sino que ejercerla se condice con el

¹⁰⁴⁰ IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «La Competencia judicial internacional»...Op. Cit., pp. 135-136.

¹⁰⁴¹ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., p. 2.

¹⁰⁴² HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., pp. 23-24.

principio del debido proceso¹⁰⁴³. Mientras que en el Derecho continental, el enfoque se hace en la relación existente entre el órgano jurisdiccional y la causa¹⁰⁴⁴. No obstante, han sido varios los esfuerzos que ha habido para tratar de dar una respuesta adecuada a estos supuestos alrededor del mundo, y que servirán para analizar las soluciones disponibles en Centro América.

Al analizar las fuentes de la región es posible observar que no se ha intentado dar una salida específica a estos supuestos. El Código de Bustamante de 1928, por ejemplo, establece normas especiales para las acciones personales (Artículo 323). En estos casos, será indistintamente competente el foro del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio del demandado, y subsidiariamente el de su residencia¹⁰⁴⁵. El Artículo 41 del Código Civil nicaragüense asume una posición similar al Código de Bustamante, señalando que pueden ser demandados en esa jurisdicción los extranjeros, aunque se hallen ausentes, para que cumplan las obligaciones contraídas o que deban ser ahí ejecutadas.

El Artículo 22 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008 y el Artículo 11.1 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 también incluyen la opción de que puedan ser conocidos por sus Tribunales aquellos litigios cuyo objeto sean obligaciones que deban ser cumplidas en esa jurisdicción. No obstante, estas norma también ofrecen la posibilidad del *forum delicti commissi*, cuando la pretensión se funde en un hecho ocurrido o con efectos en sus territorios nacionales. La Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1989, sin crear foros especiales para la relaciones extracontractuales, coincide con los legisladores salvadoreños y costarricenses

¹⁰⁴³ Los alcances de este principio son discutidos en la sentencia *International Shoe Co. v. Washington*, de 1945, por medio de la cual la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica concluyó que el debido proceso requiere que, para poder someter a un individuo que no está presente en el foro a una acción personal, debe haber al menos puntos de contacto mínimos, de tal forma que el desarrollo de la acción no ofenda las nociones tradicionales del juego limpio y de la justicia sustancial. Podría decirse que esta es la forma en la que el *Common Law* contraataca la posibilidad de los fueros exorbitantes. *Vid.* NYGH, PETER. «Arthur's baby: The Hague negotiations for a world-wide judgments convention», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 166-167.

¹⁰⁴⁴ BRAND, RONALD A. Op. Cit., p. 23.

¹⁰⁴⁵ Los otros foros especiales contenidos en esta Convención han sido creados para abordar otras problemáticas diferentes al daño. Para las acciones reales (Artículos 324 y 325) se discriminó entre las acciones que se ejerciten sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles. En el primer caso, se somete al principio *forum rei sitae*, y subsidiariamente al foro del domicilio del demandado, y en su defecto al de su residencia. En el caso de los inmuebles, el único foro posible es aquel donde esté ubicados los bienes. El Artículo 327 establece un foro especial para los juicios sobre Derecho de sucesiones; los Artículos 328 y 329, para el concurso de acreedores y quiebras; y, los Artículos 330 y 331 para los actos de jurisdicción voluntaria.

permitiendo la aplicación del *forum delicti commissi*¹⁰⁴⁶. No obstante, el legislador guatemalteco también consideró el *forum rei sitae* para reconocer la jurisdicción de sus Tribunales y su competencia para emplazar a extranjeros o guatemaltecos que se encuentren fuera del país.

La utilización del *forum delicti commissi* como solución idónea para estos supuestos también ha sido considerada en otros ámbitos. Ejemplo de esto es el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1992. También forma parte de la propuesta contenida en la Ley Modelo de la OHADAC de 2007¹⁰⁴⁷. El Artículo 14 de dicho instrumento establece la competencia de los tribunales caribeños en función del Derecho patrimonial. El numeral segundo de dicho Artículo igualmente se somete en primer término a este principio.

322. Las soluciones territoriales también están presentes en el Artículo 13 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. Este señala que salvo pacto en contrario, los tribunales competentes son los del lugar del daño, sin especificar si se refiere al lugar de la causación del daño, o al lugar donde se sufre los efectos del daño. Aunque vale decir que este Artículo también reconoce la posibilidad

¹⁰⁴⁶ Este criterio ha sido compartido por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones Civil y Mercantil de Guatemala en Sentencia No. 230-2014, del 27 de agosto de 2014 al señalar que en las demandas sobre reparaciones de daños, es juez competente el del lugar donde estos se hubieran causado, y que por lo tanto, un tribunal guatemalteco sólo puede conocer de los daños y perjuicios ocasionados dentro del país, no de los que se causaron como consecuencia de actos realizados en el extranjero. *Vid.* Sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones Civil y Mercantil de Guatemala en Sentencia 230-2014, del 27 de agosto de 2014.

¹⁰⁴⁷ Este proyecto que nace en el 2007, propone una Ley Modelo de Derecho Internacional Privado elaborada en el marco la *Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe* (OHADAC). La región de influencia para la que este instrumento ha sido diseñado incluye a los Departamentos franceses de ultramar, las Antillas holandesas, los territorios autónomos de los Países Bajos en el Caribe, los territorios dependientes del Reino Unido, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, las Islas Vírgenes estadounidenses, Cuba, Haití, República Dominicana, los Estados miembro de la Organización de los Estados del Caribe Oriental (OECS, por sus siglas en inglés), y los demás Estados caribeños miembros del *Commonwealth*. También se ha pensado incluir a otros Estados ribereños como ser Colombia, México, Venezuela, Guyana Francesa, Guyana, Surinam y por su puesto, los siete Estados centroamericanos. Para su elaboración se ha echado mano de los instrumentos de armonización disponibles en el contexto europeo. No obstante, esta Ley Modelo es presentada como una opción de armonización blanda que ha tomado en cuenta las diferentes tradiciones jurídicas existentes en la región, y que además permite que los países que a ella pertenecen hagan las modificaciones que sean necesarias en sus normativas internas, parcial y paulatinamente, sin necesidad de causar resultados traumáticos. Tal vez siguiendo este otro camino se logre tener más éxito del ahora obtenido por medio de la adopción de Tratados Internacionales de armonización dura sobre la materia, que como se ha comentado ya, no han tenido la acogida esperada. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Presentación del Proyecto...Op. Cit., p. 285.

de que sus tribunales conozcan aquellos litigios cuando los bienes del demandado estén en territorio panameño.

En el caso de Belice, para las acciones *in personam* la competencia de los órganos jurisdiccionales es establecida por medio de la jurisprudencia inglesa. Normalmente, para que un tribunal pueda considerarse competente debe cumplirse con una de estas tres posibilidades: que sea posible notificar al demandado y asegurar su presencia en el proceso, que las partes se sometan voluntariamente a dicha jurisdicción, o que ese tribunal admita la notificación al demandado cuando éste se encuentra fuera de su jurisdicción territorial¹⁰⁴⁸.

323. Si bien es cierto, salvo la panameña, ninguna de las opciones antes descritas ha sido realmente pensada para el daño ambiental transfronterizo, es necesario evaluar su idoneidad desde la perspectiva del daño ambiental. Para lograr dicho propósito, se hará énfasis en el *forum delicti commissi*, pues las ventajas y desventajas de la utilización de foros basados en la personalidad o en la territorialidad ya fueron discutidas en el apartado anterior.

Con relación a estos otros foros, tal vez sólo habría que agregar en este sentido que el domicilio y la residencia del demandado ya habían sido consideradas en el Artículo 19 del Convenio de Lugano de 1993. En lo que al *forum rei sitae* corresponde, señalar que si bien es cierto, este principio tradicionalmente ha implicado que en las acciones reales solamente se pueda acudir al foro del lugar donde esté ubicado dicho bien, hay voces en la doctrina como BETLEM, quienes consideran que cuando el daño objeto del litigio afecta a bienes inmuebles, puede utilizarse tanto este principio como el *forum delicti commissi* para determinar la competencia judicial¹⁰⁴⁹. Siguiendo esa línea, en Belice, por ejemplo, cuando el valor del daño no exceda los Cinco Mil Dólares beliceños, podrá conocer tanto el juez de la residencia del demandado o el del lugar donde se ubica el bien objeto del conflicto (*forum rei sitae*).

¹⁰⁴⁸ DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. «Private International Law in the Common-Wealth Caribbean and British Overseas Territories». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coordinador). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*. Madrid, Iprolex, 2015, p. 43.

¹⁰⁴⁹ BETLEM, GERRIT. *Civil liability for Transfrontier Pollution*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993, p. 136.

336. El *forum delicti commissi* aparece ya en el año del 1670 en la *grande Ordonnance criminelle* francesa, pero alcanzó su mayor desarrollo en Alemania, bajo la influencia de algunos filósofos racionalistas, quienes consideraban que cuando un extranjero ingresa al territorio de un Estado, voluntariamente se estaba sometiendo a la jurisdicción de éste, por lo que ningún otro Estado debería estar autorizado a ejercer jurisdicción sobre actos que hubieran sido llevados a cabo en territorio extranjero.

No obstante, el problema de este abordaje es la dificultad ya analizada de poder determinar cuál es el lugar donde se causa el daño ambiental¹⁰⁵⁰. Es sabido que en el ámbito europeo, desde el caso *Handelskwekrij G. J. Bier v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*¹⁰⁵¹, el foro de predilección ha sido el del lugar donde el evento dañoso ha ocurrido o podría ocurrir. Este principio ha sido recogido en la actualidad en el Artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis. Esta adaptación del *forum delicti commissi* es mucho más amplia y útil que su versión tradicional, en el sentido de que, basándose en el principio de la ubicuidad, incluye tanto el lugar donde ha ocurrido el daño (*forum locus iniurae*)¹⁰⁵², como el lugar donde podría ocurrir, como el lugar donde éste se causó (*forum locus acti*), dejando la decisión final en manos del demandante (*optio fori*). Esta configuración es definitivamente apropiada para la amplia tipología del daño ambiental, pero también es idónea pensando en las acciones de grupo de cesación o negatorias.

Sin embargo, tal vez el elemento más interesante desde la perspectiva ambiental con relación a la regla contenida en el Artículo 7.2. del Reglamento Bruselas I-bis es el hecho de que esta incluye a los daños futuros. Comenta MANKOWSKI que, al incluir la noción de daños que están por ocurrir, la posibilidad del error no puede ser obviada. No obstante, no puede dársele más peso a esta

¹⁰⁵⁰ RYNGAERT, CEDRIC. Op. Cit., pp. 55-57.

¹⁰⁵¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Haya No. 21/76 de 30 de noviembre de 1976.

¹⁰⁵² Esta solución también ha sido considerada en otros instrumentos de Derecho Internacional Público. La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear limita la jurisdicción exclusivamente a los Tribunales de los Estados Parte en cuyos territorios hubiera ocurrido el incidente nuclear. La dupla formada por el la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992, y el Convenio Constitutivo del Fondo Internacional para Indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos del mismo año también permiten iniciar acciones en los Estados parte donde se hubiera aplicado medidas preventivas o de mitigación del daño. Si bien es cierto no se refieren taxativamente al *forum locus iniurae*, los criterios utilizados llevan a deducir que se refieren a esa posibilidad.

posibilidad, pues lo que se puede deducir de la norma es el interés preventivo del legislador europeo¹⁰⁵³.

324. VON HEIN considera que, si bien es cierto lo que se busca con el Artículo 7.2. del Reglamento Bruselas I-bis es dotar a la regla de competencia con un efecto útil, la apertura y flexibilidad con la que se interprete puede conducir al *forum shopping*, reduciendo el efecto original buscado, que es el de asegurar la previsibilidad para el demandado. Es obvio que con dicho comentario, VON HEIN asume que la posibilidad del *forum shopping* es inadecuada¹⁰⁵⁴.

En realidad, este es un modelo de jurisdicción por conveniencia, propia del sistema estadounidense¹⁰⁵⁵. Permite a la víctima decidir, normalmente en función de criterios tales como que la legislación que establece los estándares de comportamiento adecuado de algunos Estados de la región sea mucho más exigente que la de otros, que la jurisprudencia de dicho foro viene siendo más favorable para su litigio, o cuando litigar en una jurisdicción ofrece mejores oportunidades de resarcimiento, como podría ser el reconocimiento de indemnización punitiva, por ejemplo. Con esta definición ha coincidido la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia panameña¹⁰⁵⁶.

No obstante, los detractores de esta solución opinan que el *forum shopping* no se alinea con los objetivos de una administración de justicia sana, ni se adscribe necesariamente al principio de la jurisdicción razonable¹⁰⁵⁷, por lo que recomiendan evadir esta posibilidad, y decantarse por una solución que permita, ya sea la coordinación de las soluciones nacionales actualmente existentes, o ¿por qué no?, la armonización de una solución única¹⁰⁵⁸.

325. Este constructo normalmente ha sido vilipendiado por la doctrina del *Civil Law*. MOSCOSO RESTOVIC, por ejemplo, enfocándose específicamente en la

¹⁰⁵³ MANKOWSKI, PETER. «Section 2: Special jurisdiction», en MAGNUS, ULRICH; MANKOWSKI, PETER (Editores). *European Commentaries on Private International Law ECPIL*. Vol. I. Colonia, Otto Schmidt, 2016, p. 146-266.

¹⁰⁵⁴ VON HEIN, JAN. «Protecting victims of cross-border torts under article 7 No. 2 Brussels Ibis: towards a more differentiated and balanced approach», en BONOMI, ANDREA; ROMANO, GIAN PAOLO (Editores). *Yearbook of Private International Law, Volume XVI- 2014/2015*. Colonia, Otto Schmidt, 2016, p. 243.

¹⁰⁵⁵ BOUTIN, I. GILBERTO. *Código de Bustamante...* Op. Cit., p. 82.

¹⁰⁵⁶ Vid. Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 117-04 del 26 de noviembre de 2007.

¹⁰⁵⁷ ASSIS DE PAIVA, HELOÍSA; PALUMA, THIAGO. Op. Cit., p. 76.

¹⁰⁵⁸ HESS, BURKHARD. «European perspectives on collective litigation». En HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. (Editores). *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice*. Cambridge, Intersentia, 2014, p. 11.

responsabilidad civil por daño ambiental, incluso ha llegado a sugerir una conceptualización específica para la noción de lo que ella denomina el *forum shopping malus*, acercándola a la idea del abuso del Derecho de opción por parte del demandante, con el propósito de alterar la previsibilidad del título de jurisdicción, así como la aplicación uniforme, en el caso europeo, de la regulación comunitaria. Haciendo énfasis específicamente en la mencionada regulación comunitaria, de acuerdo a esta autora, el *forum shopping* debe interpretarse en función de los principios y valores de protección ambiental aceptados y vigentes en ese sistema, esperando con eso lograr se abarque incluso el daño por medio del ambiente como una manifestación más del daño ambiental.

No se puede estar de acuerdo con esta idea del abuso del Derecho cuando la posibilidad de buscar el tribunal que sea más favorable para las pretensiones del actor no afecta los derechos del demandado, menos aún si se está tratando el supuesto del daño ambiental y sus efectos en las personas y su patrimonio. En este caso específico, el daño causado siempre será excesivo frente a cualquier consideración de justicia procesal, de tal forma que es cuestionable el intentar presentarlo como la parte débil. La verdadera parte débil en estos supuestos es indiscutiblemente el ambiente, y en consecuencia, y por los efectos nocivos de este tipo de daños, extensivamente también lo es la sociedad en general.

De ahí que la opinión precedente de MOSCOSO RESTOVIC quede totalmente descontextualizada desde la perspectiva de los intereses grupales. Tanto así que, en el contexto actual de la litigación en masa en Europa, van apareciendo voces que claman por su utilización al ser conscientes de que en ese espacio geográfico hay una abierta competencia entre diversos instrumentos jurídicos diseñados con ese propósito¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁹ En el contexto europeo van apareciendo una serie de instrumentos de esta índole, si bien es cierto todavía se aferran al modelo *opt-in*, como las *Actions de Groupe* francesas, y las *Verbandsklage* alemanas. No obstante es importante rescatar, modelos más recientes, sobre todo porque van alejándose del más aceptado modelo del *opt-in*. La Ley sobre Arreglos Colectivos de los Países Bajos ha adoptado el esquema *opt-out*, acercándose mucho al modelo estadounidense de las *Class Actions*. No obstante, también es posible encontrar modelos con estas características en Dinamarca, España y Portugal. También van apareciendo modelos híbridos, como el belga, diseñado específicamente para la compensación de consumidores, donde el Tribunal puede libremente decidir entre ambos modelos, salvo que los miembros del grupo no estén domiciliados en Bélgica. Otro ejemplo híbrido lo ofrece la Ley del Caso Tipo para los Mercados de Capital (*KapMuG*) alemanas, que combinan con un caso de muestra, que será escogido por la Corte Suprema Regional, que servirá para establecer el precedente obligatorio para los demás litigios que pertenecen al grupo. En ese caso la normativa exige que sean estrictamente *opt-in*. En el Reino Unido es posible identificar tres modelos en la actualidad: el *Taste Case Litigation*, similar a la *KapMuG* alemana, los procedimientos representativos y las Ordenes de Litigación en Grupo (GLO, por sus siglas en inglés). Las primeras corresponden también a la

Estas posiciones coinciden con JUENGER, quien encuentra en el *forum shopping* la posibilidad que tiene el demandante de asegurarse las mejores garantías procedimentales¹⁰⁶⁰.

326. Desde esta perspectiva, y ante un entorno en el que aún hay varias jurisdicciones donde este tipo de instrumentos no están disponibles, hace que la utilidad del *forum shopping* sea innegable. En definitiva, este mecanismo podría permitir que las víctimas de daños difusos o colectivos puedan tener acceso a los tribunales donde dichos instrumentos sí pueden ser utilizados, al menos en tanto haya un esfuerzo de armonización sobre la materia¹⁰⁶¹. No obstante hay que entender que el efecto resultante quedaría limitado si faltara una verdadera armonización en las reglas y procedimientos para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en la región, que quitara del camino cualquiera de los actuales obstáculos, los que serán abordados en el Capítulo final.

Ahora bien, si el principal problema que se le achaca al *forum shopping* es darle la opción ilimitada a la víctima, entonces podría establecerse un criterio objetivo delimitante, y este precisamente podría ser que el foro que se elija deberá contar con un instrumento de litigación en masa que ofrezca una mayor protección al ambiente, a la vez que permite a todas las víctimas del daño recibir la compensación correspondiente. Además, visto desde la perspectiva de la economía procesal, no se le puede restar importancia a la posibilidad disuasiva de que, al verse sometido el causante del daño a una jurisdicción que a todas luces tiene una posición mucho más amplia frente a la tutela del ambiente y de los intereses de grupo, provoque como consecuencia, que éste prefiera utilizar mecanismos alternos para la solución de conflictos para evadir el juicio¹⁰⁶².

De ahí que VON HEIN sugiera que al utilizar la teoría de la ubicuidad para determinar el foro, ésta debe ir acompañada de criterios limitantes específicos. Estos criterios pueden ser, por ejemplo, ciertas características particulares del daño.

modalidad *opt-out*, la segundas siguen siendo *opt-in*. Para profundizar aún más en estos modelos, *Vid.* VAN RHEE, C. H.; HARSÁGI, V. *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Cambridge, Intersentia, 2014.

¹⁰⁶⁰ BALLARINO, TITO. «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», en AA. VV. *Recueil des Cours*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 374-375.

¹⁰⁶¹ STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe»...*Op. Cit.*, p. 200.

¹⁰⁶² KROPHOLLER, JAN; VON HEIN, JAN. «From approach to rule-orientation in American tort conflicts», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 320.

También considera que esta teoría puede jugar en contra de los intereses de la parte más débil, que no siempre será el demandado. Cosa que es absolutamente cierta si se piensa en el daño ambiental¹⁰⁶³.

327. También es importante señalar la problemática que acompañaría a la decisión de elegir como foro el lugar donde se realiza la acción que origina el daño, pues pasaría por tener que establecer el nexo causal. Pero, ¿qué sucede si el conjunto de acciones que desembocan en la causación del daño no se llevan a cabo necesariamente en el territorio del mismo Estado? ¿Tienen el mismo peso los actos preparatorios, las actividades causalmente indirectas y las actividades causalmente directas? MANKOWSKI establece tres posibles rutas para responder estas interrogantes.

(1) La primera es que cualquiera de estas actividades debe tener el mismo peso, y por lo tanto cualquiera de esos lugares podría ser considerado como aquel donde se generó la actividad dañosa. El problema de esta opción es que genera imprevisibilidad e incerteza.

(2) La segunda posibilidad es que sólo el último eslabón de la cadena causal pueda ser considerada, determinado así el posible foro.

(3) La última opción planteada por el autor, es la de referirse a la norma sustantiva del lugar donde la actividad dañosa pueda ubicarse, para que la calificación como «*actividad generadora del daño*», sea hecha por dicho ordenamiento jurídico. El autor antes mencionado se decanta por esta última solución¹⁰⁶⁴. De asumirse esta posición, implicaría someter dicha calificación a los estándares ambientales de cada Estado. Si estos estándares han sufrido algún proceso de armonización, no presentarían mayor problema, pero de lo contrario, se podría poner en juego la adecuada tutela de los intereses ambientales.

2.3. Otras soluciones propuestas por la Doctrina y algunos hallazgos obtenidos con el Método Comparativo

¹⁰⁶³ VON HEIN, JAN. Op. Cit., p. 243.

¹⁰⁶⁴ MANKOWSKI, PETER. Op. Cit., p. 283.

328. Si bien es cierto la opción ofrecida por el *forum delicti commissi* parece abordar casi todas las aristas necesarias para los supuestos de daño ambiental transfronterizo, debe considerarse otras posibilidades que son igualmente lógicas si se ve desde la perspectiva ambiental. En los Estados Unidos, por ejemplo, los Tribunales pueden ejercer jurisdicción utilizando como punto de conexión el lugar donde el demandado realiza negocios o transacciones. Esta posibilidad es efecto del *Alien Tort Claims Act* (ATCA) que data de 1798¹⁰⁶⁵, y permite que la competencia judicial se establezca en función de la materia, teniendo como límite nada más el respeto al debido proceso, siempre y cuando haya un vínculo entre la casa matriz y el territorio sobre el que el Tribunal que ha de conocer tiene atribuida jurisdicción¹⁰⁶⁶.

La lógica detrás de un criterio de conexión como este es que la competencia jurisdiccional debe ser atribuida siguiendo criterios constantes y sistemáticos que pueden fácilmente llegar a rebasar a las conexiones más tradicionales de índole personal o territorial. Para que se pueda atribuir competencia utilizando este raciocinio, no es necesario que el demandado mantenga un establecimiento o agencia dentro de los Estados Unidos. Eventos como que productos por él manufacturados sean comerciados en ese mercado sería causa suficiente¹⁰⁶⁷. No obstante, esta solución puede ser perfectamente coartada con la aplicación discrecional de la doctrina del *forum non conveniens*.

Este criterio tiene similitudes al encontrado en los Artículos 34.a de Ley del Organismo Judicial de Guatemala de 1989, 22.4 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, y el Artículo 11.1.3 del Código Procesal Civil de Costa Rica de 2016, donde se establece la competencia judicial internacional de esos jueces cuando se ejercita una acción que tenga relación con actos o negocios jurídicos realizados en esos países. Pero para que su aplicación tenga los mismos efectos, se requerirá que en estos países esté considerada la teoría del rompimiento del velo, que permita identificar el vínculo entre la casa matriz y las filiales.

329. El Reglamento Bruselas I-bis, además de las soluciones a las que se ha hecho referencia en apartados anteriores, también ofrece dentro de su artillería, foros

¹⁰⁶⁵ Vid. Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1350

¹⁰⁶⁶ RESQUEJO ISIDRO, MARTA. «Litigación civil internacional por abusos contra Derechos Humanos. El problema de la competencia judicial internacional», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo 10, 2010, p. 269.

¹⁰⁶⁷ NYGH, PETER. Op. Cit., pp. 164-165.

especiales de naturaleza procesal. El Artículo 8 de dicho reglamento contiene, por ejemplo, reglas atributivas de competencia para supuestos en los que haya pluralidad de demandados, en materia de obligaciones de garantía o cuando intervengan terceros en el litigio, cuando se trate de una reconvencción, o cuando hayan litigios en materia contractual que se acumule con otro de materia real.

Sin entrar a analizar cada uno de los supuestos recién enumerados, lo más rescatable de este Artículo es la de reconocer la posibilidad de que el criterio procesal es válido y suficiente para atribuir competencia a un órgano jurisdiccional por sobre otro. Por lo que, una opción posible desde la perspectiva del problema abordado en este estudio es que, un instrumento unificado utilice como criterio para la determinación del foro, la existencia de acciones de grupo en su norma procesal.

Agregado a esto, Bruselas I-bis, incluye en sus Artículos 10 al 23, una serie de foros especiales que tienen como objetivo proteger a la parte más débil de la relación jurídica, específicamente en materia de seguros, de contratos de consumo y de contratos individuales de trabajo. Igual que para el Artículo 8, lo más rescatable de estas últimas soluciones es el reconocer la posibilidad de considerar que la tutela de la parte más débil es un criterio válido para atribuir competencia a un órgano jurisdiccional, siendo idónea desde la perspectiva del *favor naturae*. Esto viene a abonar a la idea de que el fuero sea determinado por soluciones procesales diseñadas para asegurar la tutela de la parte más débil de la relación jurídica, ergo, las acciones de grupo.

3. La potestad de controlar la Competencia Judicial Internacional en el área centroamericana

330. Tal como se estableció al inicio de este Capítulo, los órganos jurisdiccionales tienen, en principio, la potestad de determinar si son competentes o no, basándose en los sistemas de normas atributivas previamente descritos. Así lo establece el Artículo 29 de la Ley de los Tribunales de Distrito de Belice de 2000¹⁰⁶⁸, el Artículo 121 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco de 1989, los

¹⁰⁶⁸ Vid. Chapter 97, District Courts (Procedure) Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belizelaw.org>

Capítulo 4

Artículos 31, 33 y 41 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, los Artículos 31, 33 y 42 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, Artículo 9 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, y el Artículo 713 del Libro Segundo del Código Judicial panameño.

No obstante, esta potestad judicial, no es absoluta, pues también tiene límites normativos. El Código de Bustamante, por ejemplo, establece ciertas excepciones a las reglas general de competencia en sus Artículos 333 a 339. Los Tribunales de los Estados Parte no podrán conocer de aquellas acciones personales en las que los demás Estados contratante o sus Jefes, diplomáticos extranjeros y comandantes de buques o aeronaves extranjeras sean la parte demandada, salvo que haya un pacto de sumisión expresa o reconvención. Similar situación se establece para las acciones reales si estas personas han actuado en el asunto como tales y en su carácter de orden público.

331. Los ordenamientos jurídicos centroamericanos son mucho más amplios en este sentido que el Código de Bustamante de 1928. Aunque existen en ellos notables variaciones con relación a las causas por las que los jueces pueden declararse incompetentes en supuestos de conflictos pluriconectados. Hay dos criterios que son comunes en casi todos estos ordenamientos:

(1) Que la causa sea en contra de sujetos.

(2) Que la causa se refiera a bienes que gocen de inmunidad¹⁰⁶⁹, coincidiendo con la fuente convencional, y que los asuntos que se sometan a su conocimiento se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado en virtud de un tratado internacional¹⁰⁷⁰.

También hay coincidencias en algunos de ellos con relación a no poder conocer de ciertos asuntos cuando la ley no les atribuya directamente la

¹⁰⁶⁹ Artículo 23 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, Artículo 27 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, Artículo 11.3 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 y Artículo 15 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. No dicen nada al respecto las leyes beliceñas y guatemaltecas.

¹⁰⁷⁰ Artículo 23 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, Artículo 27 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 y Artículo 11.3 del Código Procesal Civil costarricense de 2016. No dicen nada al respecto las leyes beliceñas, guatemaltecas o panameñas.

competencia¹⁰⁷¹, o cuando las reglas de competencia judicial internacional admitan la sumisión tácita y el demandado no comparezca en juicio a pesar de haber sido debidamente emplazado¹⁰⁷². Además habrá que agregar otras condiciones tales como que se reconozca la sumisión expresa y exista un acuerdo de someterse a un foro extranjero¹⁰⁷³, y que los hechos objeto del litigio no tengan conexión alguna con el ordenamiento de la jurisdicción¹⁰⁷⁴. Vale señalar que dentro de los ordenamientos que pertenecen al *Civil Law*, el guatemalteco es el único que no incluye ninguna norma que regule la incompetencia internacional de sus tribunales.

El abordaje de las leyes beliceñas difiere de los ya comentados. Como se había establecido en apartados anteriores, en el *Common Law*, la competencia judicial internacional está determinada por la relación entre el tribunal y el demandado. Más concretamente, por la posibilidad real que hubiese de notificar a éste del litigio que se ha iniciado. La Sección 7.7 de las Reglas de la Suprema Corte de Belice establece cuales son los casos en los que dicha notificación no puede ser hecha, siendo estos los siguientes:

(1) Que dicha notificación esté prohibida normativamente;

(2) Que el litigio no sea apropiado o conveniente para la jurisdicción de los tribunales beliceños; o,

(3) Que la pretensión en la que se base el demandante no sea adecuada¹⁰⁷⁵.

332. Al establecer estas causas de incompetencia, falta determinar cuales son los efectos de dicha declinatoria. La ley beliceña no dice nada con referencia a qué debe hacer el juez al que se le remiten las actuaciones, cuando el juez al que originalmente se le presentó el caso se declara incompetente. En cambio, en los demás ordenamientos jurídicos sí se establecen soluciones para este problema. Las soluciones prescritas por la doctrina pueden ser de tres tipos:

¹⁰⁷¹ Artículo 23 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, Artículo 11.3 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 y Artículo 15 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014.

¹⁰⁷² Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, y el Artículo 27 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015.

¹⁰⁷³ Artículo 24 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, y el Artículo 27 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015.

¹⁰⁷⁴ Artículo 11.3 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 y Artículo 15 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014.

¹⁰⁷⁵ Estas normas son una adaptación de la Regla establecida por la Casa de los Lores en el juicio *Seaconsar Far East Ltd vs. Bank Markazi* de 1994. *Vid.* KODILINYE, GILBERT; KODILINYE, VANESSA. *Commonwealth Caribbean Civil Procedure*. 4ª ed. Abingdon, Rutledge, 2017, p. 30.

Capítulo 4

(1) Que la decisión del juez de primera instancia que originalmente ha conocido sea definitiva y obligue a los órganos superiores. En este grupo está El Salvador (Artículo 47 del Código Procesal Civil y Mercantil de 2008).

(2) Que el tribunal que reciba el expediente pueda declarar sobre su incompetencia y remitir los autos para que sea resuelto por el órgano de segunda instancia. En este grupo están Honduras (Artículo 42 del Código Procesal Civil de 2007), Nicaragua (Artículos 42 y 43 del Código Procesal Civil de 2015) y Panamá (Artículos 713 al 715 del Libro Segundo del Código Judicial).

(3) que la declinatoria del juez de primera instancia pueda ser recurrida ante la segunda instancia. A este grupo pertenecen Guatemala (Artículo 117 de la Ley del Organismo Judicial de 1998), Belice (Sección 9.7 de las Reglas de la Suprema Corte de 2005) y Costa Rica (Artículos 9, 10 y 67.3 del Código Procesal Civil de 2016).

333. Habiendo entendido cómo es que los ordenamientos centroamericanos regulan lo referente a la competencia e incompetencia dentro de sus territorios, falta entender la forma en que esto funcionaría desde una perspectiva transfronteriza, o mejor dicho, hasta donde están obligados los órganos jurisdiccionales centroamericanos a reconocer la decisiones sobre competencia que lleven a cabo sus contrapartes en la región.

En el ámbito continental americano, fue adoptada el 24 de mayo de 1984, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras¹⁰⁷⁶. Si bien esta Convención no contiene normas uniformes para determinar los foros de competencia judicial internacional, sí contiene los criterios que deben ser utilizados para determinar si el juez era el idóneo para dictar la sentencia a la que se pretende otorgarle eficacia extraterritorial. Las ventajas que ofrece una solución armonizada de esta envergadura

¹⁰⁷⁶ Esta Convención, que aún no ha sido suscrita ni ratificada por ninguno de los Estados centroamericanos, contiene un conjunto de reglas, restringidas a la materias real y contractual, diseñadas para evitar conflictos de competencia en lo relativo a la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales. El mecanismo utilizado fue el de insertar un sistema de competencias indirectas. La intención detrás de este modelo era la de alguna forma restar la discrecionalidad que se le había otorgado al Juez requerido para el reconocimiento de sentencias en la Convención sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Este instrumento fue adoptado en el marco de la CIDIP III. En la actualidad solamente México y Uruguay han ratificado la Convención. *Vid.* FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «Aspectos esenciales...» *Op. Cit.*, p. 136; OEA, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, La Paz, 1984. Disponible en <http://www.oas.org>

es indiscutible. Lamentablemente, el Artículo 6 de este instrumento excluye la posibilidad de su aplicación en materia de daños y responsabilidad extracontractual.

334. Agregado a esto, hay que analizar si en la región es posible controlar la competencia judicial aplicando el principio del «*Forum Non Conveniens*». Este principio restrictivo de la competencia judicial internacional, propio del Derecho anglosajón, supone la posibilidad de declinar la competencia a favor de un tribunal extranjero, cuando se considera que el segundo es un foro más apropiado para el juzgamiento de la demanda, independientemente de que el conflicto esté más estrechamente vinculado con el primer ordenamiento jurídico. El órgano jurisdiccional podrá hacer la declinatoria, solamente si el tribunal extranjero al que pretende transferir la jurisdicción también es competente¹⁰⁷⁷. CADIET opina que esta figura podría bien entenderse como una forma de coordinación de bajo nivel entre los sistemas jurídicos de diferentes Estados¹⁰⁷⁸.

La aptitud del foro a favor del que se pretenda hacer la declinatoria deberá estimarse a partir de los intereses de todas las partes involucradas, incluyendo en dicho análisis la idea del interés público, teniendo siempre como objetivo supuesto la consecución de la justicia¹⁰⁷⁹. Frecuentemente, dicha calificación se basará en un examen de las normas procesales o sustantivas¹⁰⁸⁰. Pero, si se visualiza integralmente el proceso decisorio, es posible entender que los intereses que se busca proteger con esta figura, en realidad son los del demandado¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ STONE, PETER. *EU Private International Law*, 3ª ed. Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 55.

¹⁰⁷⁸ CADIET, LOÏC. Op. Cit., p. 24.

¹⁰⁷⁹ Los intereses privados que han sido tomados en consideración por la Corte Suprema de Justicia estadounidense son: el fácil acceso a la prueba, la disponibilidad de procedimientos obligatorios que aseguren la presencia de testigos reticentes, el costo de lograr la presencia de testigos en juicio, la facilidad de poder acceder al lugar de los hechos y la facilidad y el costo de procesar el caso en el foro de elección. Mientras que, algunos de los intereses públicos tomados en cuenta han sido: las dificultades administrativas que devienen de tribunales congestionados, y que el procedimiento sea accesible para los miembros del grupo en el caso de litigación en masa. Normalmente, se considerará que el lugar donde el evento acaeció o donde la lesión ha sido sufrida tendrá el interés predominante sobre cualquier otra consideración. Vid. SHERMAN, EDWARD F. «Access of transnational litigation to american courts: re-thinking the adequacy of alternative forum and interests in global efficiency». En HANDL, GÜNTHER; ZEKOLL, JOACHIM; ZUMBANSEN, PEER (Editores). *Beyond territoriality. Transnational legal authority in an age of globalization*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 247-252.

¹⁰⁸⁰ SHERMAN, EDWARD F. Op. Cit., p. 239.

¹⁰⁸¹ MARANGOS, HERMES. «International environmental mass litigation in the UK». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). *Tort and Insurance Law Vol. 34*. Berlín, De Gruyter, 2014, p. 100.

Capítulo 4

335. La doctrina ha descrito a este instituto como un caso de flexibilidad negativa de los poderes discrecionales¹⁰⁸² de los órganos de justicia¹⁰⁸³. Sin embargo, ha sido cuestionado por los juristas del *Civil Law*, al considerar que las decisiones arbitrarias por parte del Juez minan la certeza legal, causando inseguridad jurídica¹⁰⁸⁴, a pesar de que en algunas jurisdicciones de la región esta figura se encuentra disponible ya sea normativamente o jurisprudencialmente.

El primero es el caso panameño, en el que el Código de Procedimiento Marítimo¹⁰⁸⁵ la contempla, tal como ha sido confirmada por la Sala Primera de lo Civil¹⁰⁸⁶, aunque esta es de aplicación excepcional, y condicionada a la imposibilidad de obtener prueba por los medios contemplados en la misma Ley, diferenciándose así de la versión anglosajona. El segundo es el caso costarricense donde la Sala de lo Constitucional ha reconocido la aplicación de esta doctrina¹⁰⁸⁷.

Incluso en el ámbito caribeño del *Common Law*, se ha cuestionado su aplicabilidad dentro de los marcos constitucionales ahí existentes, particularmente por considerarse que podría violentar derechos tales como el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. De cualquier forma, hay que decirlo, esta figura sigue siendo regularmente utilizada en esta región¹⁰⁸⁸.

De hecho, en el ámbito centroamericano hay precedentes normativos creados específicamente para contrarrestar el uso que se le ha dado en Estados Unidos a esta figura con el fin de proteger a empresas transnacionales radicadas en ese país. Tal vez el ejemplo más representativo sea la Ley Especial para la Tramitación de Juicios Promovidos por las Personas afectadas por el uso de Pesticidas fabricados a base de

¹⁰⁸² En el modelo americano estos poderes no son en realidad discrecionales. El estatuto que regula el *forum non conveniens* señala que el Tribunal «debe» revisar los factores señalados en la norma para valorar la aplicabilidad del remedio. *Vid.* ROSENTHAL, BRENT M. «Toxic Torts and Mass Torts», en *SMU Law Review*, Vol. 63, Núm. 2, 2010, p. 851.

¹⁰⁸³ KRONKE, HERBERT. «Acceptable Transnational Anti-suit Injunctions», en GEIMER, REINHOLD; SCHÜTZE, ROLF. A. *Recht ohne Grenzen*. Munich, Sellier, 2012, p. 552.

¹⁰⁸⁴ STONE, PETER. *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁰⁸⁵ *Vid.* Texto Único de la Ley 8 de 30 de marzo de 1982, que crea los Tribunales Marítimos y dicta Normas de Procedimiento Marítimo, con las modificaciones, adiciones y suspensiones adoptadas por las Leyes 11 de 23 de mayo de 1986 y 12 de 23 de enero de 2009, publicada en la gaceta Oficial No. 26322 del 13 de julio de 2009.

¹⁰⁸⁶ *Vid.* Sentencia del Expediente No. 11-07 de la Sala Primera de lo Civil, del 26 de agosto de 2008.

¹⁰⁸⁷ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 18408 del 7 de noviembre de 2014, y Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 12458 del 13 de septiembre de 2011.

¹⁰⁸⁸ DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. *Op. Cit.*, p. 45.

DBCP nicaragüense de 2000¹⁰⁸⁹, con la que se buscaba evitar que estos daños quedaran sin la debida compensación tras las decisión judicial del *forum non conveniens* dictada en aquel país en el juicio *Delgado vs. Shell Oil Co*¹⁰⁹⁰, por la contaminación causada por DCBP (Nematocida Dibromocloropropano), incluyendo los daños físicos a los trabajadores de los campos bananeros en varios países latinoamericanos¹⁰⁹¹.

336. No obstante la negativa recepción en la literatura especializada del Derecho continental, persisten aquellos quienes, como MARANGOS son de la opinión que, si bien es cierto el poder que se le otorga al Juez es discrecional, éste no es del todo arbitrario, pues para su aplicación se deberá tomar en consideración, entre otras cosas, todos los factores de conexión, incluyendo la disponibilidad de testigos y documentos así como la *lex causae*¹⁰⁹².

Tampoco es muy diferente la figura del *forum non conveniens* a algunos constructos encontrados en las normas de la región centroamericana, donde el juez puede declinar la competencia a pesar de que exista sumisión por las partes al fuero. El mejor ejemplo de esto es el Artículo 11.1 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, cuando desconoce normativamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes al condicionar su sumisión al foro costarricense, a menos que una de ellas sea de esa nacionalidad, y que el litigio tenga más puntos de conexión con ese Estado.

337. Este constructo, que cuenta con un sinnúmero de defensores y detractores, ha sido propuesto ya en algunos de los juicios por daños ambientales más trascendentales como el *Amoco-Cadiz*, *Bophal* y *Lago Agrio*. En todos estos casos se pretendía lograr que los órganos jurisdiccionales estadounidenses declinaran su competencia. En el primer caso no se logró el acometido, en los otros dos sí. De ahí que se debe repensar la relevancia que esta figura puede tener en el supuesto de daño ambiental transfronterizo, utilizando para ese propósito la mucho más significativa

¹⁰⁸⁹ Vid. Ley No. 364, Ley Especial para la Tramitación de Juicios Promovidos por las Personas Afectadas por el Uso de Pesticidas Fabricados a Base de DBCP, del 5 de octubre de 2000. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 12 del 17 de enero de 2001.

¹⁰⁹⁰ Vid. *Delgado v. Shell Oil Co.*, 890 F. Supp. 1324 (SD Tex. 1995).

¹⁰⁹¹ El Artículo 7 de dicha Ley establece que las empresas extranjeras que no se sometan en el plazo determinado a la resolución condenatoria del Tribunal Nicaragüense, están aceptando someterse incondicionalmente a la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, a la vez que renuncian expresamente a la excepción del *forum non conveniens*.

¹⁰⁹² MARANGOS, HERMES. Op. Cit., p. 101.

perspectiva sugerida por SHERMAN¹⁰⁹³. Este autor ha propuesto que los Tribunales estadounidenses deberían tomar en consideración el hecho de que en ese ordenamiento jurídico se carezca de instrumentos procesales idóneos que permitan la litigación en masa para desestimar la solicitud de aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.

Siguiendo esta línea, en el Reino Unido, el *forum non conveniens* fue utilizado para trasladar el caso *Afrika and others v. Cape Plc*¹⁰⁹⁴, de Sud África a esta jurisdicción. Dicho envío se hizo bajo el argumento de que el primer foro no tenía disponible en su ley procesal las acciones de grupo, aún y cuando todos los demás puntos de conexión apuntaban a Sud África como el foro más apropiado¹⁰⁹⁵. A similar decisión se llegó en el caso *Lubbe and others vs. Cape Plc*¹⁰⁹⁶, agregando que en éste último¹⁰⁹⁷, también entraron en juego otras consideraciones como los estándares ambientales que regían en el foro¹⁰⁹⁸.

338. Queda aún por ver si las consideraciones procesales antes expuestas logran destrabar el tajante rechazo que la doctrina latinoamericana normalmente ha tenido con respecto a esta figura, por considerar, como se señaló anteriormente, que la imprevisibilidad que la caracteriza es atentatoria contra los principios constitucionales más generalmente reconocidos en estos ordenamientos jurídicos¹⁰⁹⁹. De lo contrario América Latina se quedará al margen de un proceso inevitable que inició en 1996 con la adopción del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en el marco de las Conferencias de La Haya¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹³ SHERMAN, EDWARD F. Op. Cit., pp. 240-241.

¹⁰⁹⁴ Vid. *Afrika and others v. Cape Plc* [2001] EWCA Civ 2027.

¹⁰⁹⁵ MARANGOS, HERMES. Op. Cit., p. 102.

¹⁰⁹⁶ Vid. *Lubbe and others v. Cape Plc* [1999] EWCA Civ 2107.

¹⁰⁹⁷ STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe»...Op. Cit., pp. 204-206.

¹⁰⁹⁸ RESQUEJO ISIDRO, MARTA. Op. Cit., p. 275.

¹⁰⁹⁹ GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE. «De quelques raisons de la difficulté d'une entente au niveau mondial sur les règles de compétence judiciaire internationale directe», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 64.

¹¹⁰⁰ Sólo dos países Latinoamericanos han ratificado esta Convención. Ecuador, el 5 de noviembre de 2002, entrando en vigor el 1 de septiembre de 2003, y Uruguay, que la ratificó el 17 de noviembre de 2009, entrando en vigor el 1 de marzo de 2010. Vid. CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Disponible en: <https://www.hcch.net>

En el Artículo 8 de este instrumentó se incluyó una forma matizada de la figura del *forum non conveniens*, con la que de manera excepcional, por medio de un mecanismo de remisión, la autoridad competente de un Estado puede solicitar a la autoridad de otro Estado que considera está en mejor situación para apreciar los intereses superiores del niño, que acepte la competencia del litigio y adopte las medidas de protección que estime necesarias. Obviamente, el órgano de este segundo Estado debe tener alguna vinculación con el caso¹¹⁰¹. Esta provisión se complementa con un mecanismo de reivindicación contenido en el Artículo 9 subsiguiente, el cual permite que los Estados contratantes puedan solicitar se les permita ejercer su competencia, en aquellos casos en los que consideren que están mejor posicionados para apreciar dicho interés.

Esta evolución frente a la posición tradicional que el Derecho continental ha tenido frente a la figura del *forum non conveniens* debe ser, no obstante, contextualizada. Este modelo originado en La Haya se diferencia del tradicional anglosajón en que opera en un ámbito multilateral y requiere la aquiescencia de los dos organismos jurisdiccionales involucrados, alejándolo de la figura original. Además, no es de aplicación arbitraria, sino que tiene un propósito claramente determinado: el interés superior del niño. Debe entenderse que al hacer referencia al interés superior, no se está puntualizando cuál decisión convendría más al menor, sino cual órgano es el que está mejor posicionado para adoptar esa decisión. De ahí que GONZÁLEZ BIELFUSS considere que más que un mecanismo para limitar la competencia judicial, debe ser entendido como un de cooperación judicial de comunicación directa¹¹⁰².

A todas luces, y desde la perspectiva de la existencia de un interés superior, una solución de estas características también sería idónea para la tutela de los intereses supraindividuales de naturaleza ambiental, utilizando como criterio para determinar la mejor posición para tomar esa decisión, el hecho de que la ley procesal del foro contenga instrumentos que permitan resolver pretensiones de grupo, asegurando así el derecho a la tutela judicial efectiva de los intereses supraindividuales, siempre y cuando dicho foro tenga algún punto de proximidad con el litigio.

¹¹⁰¹ Una provisión similar también ha sido incluida en el Artículo 15 del Reglamento Bruselas I-bis.

¹¹⁰² GONZÁLEZ BIELFUSS, CRISTINA. «Forum non conveniens a la europea: el mecanismo de transmisión del asunto al juez mejor situado». En BORRÁS, ALEGRÍA; GARRIGA, GEORGINA (Editores). *Adaptación de la legislación interna de la normativa de la Unión Europea en materia de Cooperación Civil. Homenaje al Profesor Doctor Ramón Viñas Farré*. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 129-131.

Estos dos criterios son lo suficientemente objetivos para no crear distorsiones en la interpretación que las autoridades judiciales involucradas tendrán que hacer previo a tomar la decisión de utilizar el mencionado mecanismo. Habiendo dicho esto, diseñar un instrumento unificado de esta naturaleza obviamente implicará revisar todas las normas procesales del área, para buscarle acomodo y facilitar su implementación.

339. Esta flexibilización frente a la figura del *forum non conveniens* también es aparente en el Reglamento Bruselas I-bis donde se ha incorporado cambios que hacen que la figura de la litispendencia se vaya acercando al modelo anglosajón. Estos cambios son visibles en los Artículos 33 y 34 del texto refundido, donde la decisión de suspender el procedimiento cuando éste esté siendo conocido por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado dependen exclusivamente de la voluntad judicial. Incluso, el legislador europeo llega a utilizar el término «*conveniente*», como criterio a ser evaluado por el Juez que debe decidir de dicha suspensión.

La utilidad de la figura ya ha sido evaluada en otros esfuerzos de armonización en la región. La solución, por ejemplo, fue incluida en la Ley Modelo de la OHADAC de 2007. El Artículo 18 de dicho instrumento abre la posibilidad de que un tribunal caribeño decline su competencia no sólo porque sea más práctico para otro órgano jurisdiccional acceder a medios probatorios, sino que incluso en aquellos supuestos en los que la ley aplicable en una jurisdicción diferente le confiere poderes que la ley del propio foro no le confiere y que sería necesario ejercer en el litigio concreto. La solución aquí propuesta es similar a ésta. La diferencia radica en que no se refiere a la ley aplicable, sino que a la ley que gobernará el proceso en el foro.

4. Restricciones a la Competencia Judicial Internacional en Centroamérica

340. Utilizar las normas de Derecho Internacional Privado, sean estas de origen nacional o de origen convencional, no garantiza que finalmente el Tribunal designado vaya a conocer de la disputa. Hay circunstancias que pueden suspender su competencia judicial internacional, y en algunos casos incluso cancelarla. A continuación se hace referencia a tres posibilidades: las *anti-suit injunctions* propias del Derecho anglosajón, la litispendencia internacional, y la preclusión o *Res Iudicata*.

4.1. Las Anti-Suit Injunctions

341. Esta forma de interdicto restringe la posibilidad de una de las partes de comenzar o de continuar un proceso en un tribunal extranjero en ciertas situaciones específicas. La herramienta es utilizada con frecuencia en el ámbito anglosajón cuando hay litigios paralelos sobre la misma disputa en dos o más tribunales diferentes. Esta figura que ha sido considerada por SIEDERMAN como una de las herramientas más valiosas para las partes involucradas en disputas transnacionales¹¹⁰³, se basa en los poderes discrecionales de los Tribunales del Derecho Anglosajón, y ha obtenido carta de naturalización en el *Common Law* desde el Siglo XVII. De hecho, ya han sido utilizadas en el ámbito caribeño¹¹⁰⁴.

KRONKE comenta sobre la dificultad que una figura de estas características, donde la naturales subyacente del *Common Law* juega un rol particular, puede no ser entendida o aceptada por los juristas del *Civil Law* a pesar de ser un remedio *in personam*, que no está dirigido a ninguna jurisdicción o tradición específica¹¹⁰⁵. Además, la reticencia por parte de los juristas del *Civil Law* no se limita a las acciones directas, sino que incluye las acciones indirectas, cuando la resolución del tribunal extranjero incluye medidas a ser ejecutadas¹¹⁰⁶. De hecho, la desconfianza manifiesta ha encontrado eco en la jurisprudencia. El Tribunal Europeo de Justicia ha señalado que los interdictos por medio de los cuales se le prohíbe a una de las partes de iniciar un litigio en una jurisdicción diferente no puede ser aplicada en la Unión Europea, por ser contrarias a las reglas sobre competencia vigentes sobre litigación paralela o concurrente¹¹⁰⁷.

Uno de los casos más significativos en este sentido ha sido el acontecido como consecuencia de la demanda presentada en contra de *Chevron* por daños ambientales

¹¹⁰³ SIEDERMAN, EMILY. «The Recognition Act, Anti-Suit Injunctions, the DJA, and much more fun: The Story of the Chevron Ecuador litigation and the resulting problems of aggressive multinational enforcement proceedings». En *Fordham Urban Law Journal*. Vol. 41, Núm. 1. 2013, p. 282.

¹¹⁰⁴ DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. Op. Cit., p. 46.

¹¹⁰⁵ KRONKE, HERBERT. Op. Cit., pp. 549-555.

¹¹⁰⁶ ELBALTI, BÉLIGH. «Armonización espontánea de los requisitos para el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y la necesidad de un convenio global sobre decisiones judiciales», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XI, Madrid, Iprolex, 2011, p. 255.

¹¹⁰⁷ *Vid.* Turner v. Govit, C-159/02 del 27 de abril de 2004.

causados en la década de los setenta en Ecuador. Dicha empresa presentó ante la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York en Estados Unidos una demanda civil en contra de un grupo de abogados y consultores estadounidenses, alegando la comisión de fraude, por haber estas personas asistido clandestinamente al Tribunal ecuatoriano en la redacción de la sentencia en contra de los intereses de la petrolera¹¹⁰⁸.

Dicha Corte emitió resolvió emitir un interdicto preliminar que manda frenar la resolución final del caso, a la vez que ordena a los acusados a no recibir beneficios que pudieran resultar de cualquier acto de procedimiento judicial seguido fuera de la República del Ecuador. También busca frenar el reconocimiento o ejecución de la sentencia dictada en contra de *Chevron*, así como cualquier otro fallo que se emita en lo sucesivo sobre el caso, ya sea por el Tribunal que originalmente está conociendo, o por cualquier otro en Ecuador, incluyendo ordenes de embargo preventivo de bienes fuera del territorio de dicho país¹¹⁰⁹.

342. Si bien es cierto, debe aclararse que parte de la doctrina especializada ha comentado que, además de violentar el Derecho Internacional, un fallo de esta naturaleza difícilmente sería reconocido en otras jurisdicciones. Otra parte de la doctrina ha tratado de buscar formas que permitan encontrar los caminos adecuados para el reconocimiento de una sentencia de esta naturaleza. KRONKE, por ejemplo, ha señalado que de ser utilizada como un remedio para el fraude procesal o a la litigación abusiva, el no reconocimiento de sentencias judiciales podría verse como una forma de compensación frente al daño causado, además de una medida que pueda regresar al *status quo ante*¹¹¹⁰.

No obstante, HARTLEY es de la opinión que el uso de esta solución debe someterse a límites, de tal forma que no se pueda aplicar sólo porque el Juez que conoce del interdicto considere que el otro tribunal no tiene atribuida competencia. Para él esto es opuesto a la cortesía internacional¹¹¹¹. Considera que debe ser utilizada

¹¹⁰⁸ *Vid.* *Chevron Corp. v. Donziger et al.* 11 Civ. 0691 (LAK).

¹¹⁰⁹ KRONKE, HERBERT. *Op. Cit.*, p. 550.

¹¹¹⁰ *Ibidem.*, pp. 550-552.

¹¹¹¹ La teoría de cortesía internacional o *international comity*, fue establecida por la Corte suprema de Justicia estadounidense en el juicio *Hilton v. Guyot* en 1895. La Corte señaló en esa ocasión que la cortesía, en el sentido jurídico, no implicaba absoluta obligación, pero tampoco debía entenderse como una mera liberalidad, sino que implica el reconocimiento que una nación hace en su territorio de los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación, teniendo en consideración tanto el deber y la conveniencia internacional, así como de los derechos de los ciudadanos de dichos Estados, o de otras

solamente si la acción contra la que se interpone en realidad fue iniciada de mala fe, y no hay ningún otro remedio que pueda ser efectivo para contrarrestar sus efectos. De lo contrario, se estaría faltando a la justicia¹¹¹². No obstante la mala fe es un extremo muy difícil de establecer¹¹¹³.

Puede concluirse entonces que, esta solución sólo es aceptable si efectivamente puede ser configurada en las fuentes con ciertos límites que eviten su uso de forma fraudulenta o para el beneficio autónomo de una de las partes, sobre todo si esto no se condice con el interés ambiental.

4.2. *Litispendencia y la Conexidad Internacional como remedios a la litigación en paralelo*

343. La litispendencia internacional es una excepción dilatoria que puede ser alegada cuando en dos Estados diferentes se siguen procesos en los que haya identidad con relación a las partes, el objeto y la causa. Su utilización no es otra cosa más que la aplicación del principio legal básico de «*primero en tiempo, primero en*

personas que estén sometidas a la protección de dichas leyes. *Vid.* Hilton v. Guyot (1895), 159 US 113, 163-164.

¹¹¹² HARTLEY, TREVOR C. «How to abuse the law and (maybe) come out on top: Bad-faith proceedings under the Brussels jurisdiction and judgments convention», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 81.

¹¹¹³ A manera de ejemplo, vale la pena rescatar la reflexión hecha por POPPA al analizar la interacción que hubo en el caso *Chevron vs. Ecuador*, cuando éste fue conocido por la Corte Permanente de Arbitraje. En el año de 2012, dicha Corte reconociendo que tenía jurisdicción sobre la disputa planteada por *Chevron* en contra del la República de Ecuador, ordenó a esta última tomar todas las medidas a su disposición para suspender el reconocimiento de la sentencia dictada el año anterior por una Corte de Apelaciones Ecuatoriana, por medio de la cual se había condenado a la empresa por el caso Lago Agrio. Posteriormente, el mismo año dictó una segunda orden, ya no decretando se aplicaran todas las medidas disponibles, sino que todas las medidas necesarias para evitar el reconocimiento de dicha sentencia. Es obvio que la resolución de la Corte Permanente de Arbitraje tutelaba los intereses de los inversionistas, y no los del ambiente, ni de las víctimas, ni del Ecuador al sustentarla de forma arbitraria en ciertos Artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969, sin reconocer que en la interpretación de los tratados también es necesario tomar en consideración, el contexto en el que esté fue adoptado, así como cualquier regla del Derecho internacional aplicable a la relación entre las partes, obviando ciertos principios del *Ius Cogens*, tales como el reconocimiento de Derechos fundamentales. *Vid.* POPPA, VALERIA. «The ‘cases’ between Chevron and Ecuador: A systemic perspective / Los ‘casos’ entre Chevron y Ecuador: una perspectiva sistémica», en TANZI, ATTILA; ASTERITI, ALESSANDRA; POLANCO LAZO, RODRIGO; TURRINI, PAOLO (Editores). *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*. Leiden, Brill Nijhoff, 2016, pp. 528-531.

derecho»¹¹¹⁴. Las normas que regulan la litispendencia internacional intentan prevenir el riesgo de que diferentes órganos jurisdiccionales pertenecientes a Estados diferentes emitan sentencias sobre el mismo caso, que puedan ser conflictivas entre sí o inconsistentes¹¹¹⁵. Con esto se intenta dotar al proceso de certeza jurídica, pues de lo contrario se atentaría contra el espíritu racional del Derecho. Vale señalar que la utilización de esta excepción sólo tiene lógica si la sentencia que va a ser dictada en el litigio que se sigue en el extranjero en realidad es susceptible de reconocimiento en el foro nacional¹¹¹⁶.

Por su parte, la conexidad se entiende cuando existen demandas pendientes ante diferentes órganos jurisdiccionales que están vinculadas entre sí por una relación tan estrecha, que sería oportuno juzgarlas simultáneamente, a fin de evitar sentencias contradictorias. Esta figura se encuentra contenida en el Artículo 30 del Reglamento Bruselas I-bis. Ambos mecanismos, litispendencia y conexidad, se consideran centrales para los sistemas multinacionales de normas de Derecho Internacional Privado, en lo que respecta a la coordinación de procedimientos paralelos. También es posible reconocer otros efectos indirectos en este tipo de remedios, tales como el ahorro de dinero, recursos, tiempo, tanto para los órganos jurisdiccionales como para las partes involucradas en el proceso¹¹¹⁷.

344. El Código de Bustamante de 1928 contempla la Litispendencia como una de las excepciones a la competencia judicial internacional en su Artículo 394. Podrá alegarse litispendencia cuando haya un pleito en algún otro de los Estados contratantes, siempre que la sentencia de uno vaya a producir efectos de Cosa Juzgada en el otro. No obstante, es significativo señalar que no hace referencia alguna a la conexidad, a pesar de que desde el contexto de las acciones por daño ambiental

¹¹¹⁴ Una excepción a este principio general ha sido incluida en el Reglamento Bruselas I-bis con relación a los acuerdos de elección del foro. Dicha provisión revierte esta regla de tal forma que, siempre será la prioridad otorgarle la competencia a los foros previamente determinados por acuerdos entre las partes. *Vid.* PERTEGÁS, MARTA. «Lis pendens, lessons from Brussels for a relaunched Hague Judgement Project». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 732.

¹¹¹⁵ MARONGIU BUONAIUTI, FABRIZIO. «Lis alibi pendens and related actions in the recast of Regulation Brussels I», en A.A.V.V. *Yearbook of Private International Law*. Vol. XV 2013/2014, Munich, Sellier, 2014, p. 91.

¹¹¹⁶ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...Op. Cit.*, p. 161.

¹¹¹⁷ SUDEROW, JULIA. «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 5, Núm. 1, 2013, p. 187.

transfronterizo es la solución idónea, en tanto obliga a agrupar en un solo litigio todas las pretensiones que existan sobre los mismos hechos, independientemente de que estén involucradas en el litigio las mismas partes.

En las fuentes internas centroamericanas, sólo es posible identificar dos reglas especialmente creadas en función de la litispendencia internacional, que además son de reciente factura. El Artículo 8.6 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 y el Artículo 18 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014 hacen referencia a los efectos de haber procesos ya trabados en el extranjero. No obstante, el abordaje hecho por ambos legisladores en este sentido es diametralmente opuesto. El costarricense ha establecido que la demanda presentada ante un tribunal extranjero no produce litispendencia salvo disposición expresa en contra. Mientras que para el panameño, que dicho proceso exista es uno de los requisitos previos para calificar la litispendencia.

Vale aclarar que esta posición del legislador panameño rompe con las líneas jurisprudenciales mantenidas por la Corte Suprema de Justicia, la cual había venido manteniendo que en esa jurisdicción no existía la litispendencia internacional, por lo que un litigio que estuviera siendo conocido por un Juez extranjero no podía excluir o impedir el ejercicio de la jurisdicción nacional, tal como lo ordenaba el Código Judicial¹¹¹⁸.

También vale señalar que éste Código panameño si incluye en su Artículo 19 la posibilidad de la acumulación procesal internacional, siendo la única fuente interna en la región con disposiciones de esta naturaleza. Esta acumulación internacional tendrá lugar cuando una acción iniciada en una jurisdicción extranjera predetermine o subordine con antelación a la pretensión incoada en el foro panameño. Se exceptúan de esa posibilidad la pretensiones de orden público.

En los demás países de la región es posible identificar normas generales para la litispendencia, las que normalmente coinciden en exigir que para que está excepción formal pueda ser alegada y ponga fin al proceso es necesario que recurran las mismas partes y pretensiones o causas de pedir. Tal vez la diferencia más significativa en la forma en la que estas normas han sido elaboradas es que tanto en la

¹¹¹⁸ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 193-09, del 3 de agosto de 2010.

Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1989 como en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, se han incluido excepciones a su aplicación.

El Artículo 61 de la Ley guatemalteca señala que es posible que posible que el tribunal pueda conocer de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, siempre que sea la ley la que le confiera esa facultad. El Artículo 302 salvadoreño, por su parte, indica que a pesar de existir la litispendencia, el caso entraña especial dificultad, el Juez podrá resolverlo dentro de los 5 días posteriores a la audiencia.

345. En el Derecho anglosajón, la litispendencia internacional es tratada con mucha más flexibilidad que en el Derecho continental. Dentro de la tradición del *Common Law* normalmente es posible se den litigaciones en paralelo hasta llegado el momento de dictar sentencia, donde en realidad lo que entraría a operar es la excepción de cosa juzgada¹¹¹⁹. No obstante, este principio que ha sido reconocido por la jurisprudencia caribeña, haciendo eco de la flexibilidad arriba señalada, ha sido aplicado acercándose más al principio de la conveniencia que al de la preclusión¹¹²⁰.

De ahí que, la solución que normalmente se utilice en los casos en los que haya litigios iniciados en otra jurisdicción que involucren a los mismos sujetos y los mismos hechos sea mas bien la del *forum non conveniens*. Estas dos figuras no son opuestas ni contradictorias, no obstante, como lo señala FURNISH, donde se aplica una no se aplica la otra. Simplemente no existen en el mismo ámbito jurídico. La litispendencia se activa en función de una precedencia cronológica cuando hay litigios paralelos, mientras que para aplicar el *forum non conveniens* no se requiere la existencia de otro litigio en proceso, solamente la consideración de que otro foro se adecua mejor¹¹²¹.

346. En el ámbito europeo se ha dado un paso adelante para utilizar fuentes convencionales para regular el efecto de la litispendencia internacional.

¹¹¹⁹ SILBERMAN, LINDA J.; LOWENFELD, ANDREAS F. «The Hague Judgments Convention- and perhaps beyond», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 132.

¹¹²⁰ DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. Op. Cit., p. 46.

¹¹²¹ FURNISH, DALE BECK. «El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomos 14-15, 2014-2015, p. 322.

Originalmente, desde el Convenio de Bruselas de 1968¹¹²², los Estados europeos regularon el efecto que este instituto tendría entre los Estados miembro, así como no permitir el reconocimiento de sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de terceros países cuando fueran paralelas a las europeas. Posteriormente esta normativa fue incluida en el Reglamento Bruselas I¹¹²³. Sin embargo, en el actual Reglamento Bruselas I-bis, se ha utilizado un abordaje mucho más amplio, incluyendo elementos discrecionales aplicables a procedimientos que estén pendientes en Tribunales fuera de la Unión Europea¹¹²⁴.

A pesar de esto, la falta de un sistema armonizado de reglas claras para determinar los posibles foros en el que puede resolverse un conflicto donde las víctimas son muchas, sin duda tendrá como consecuencia la posibilidad de que paralelamente puedan iniciarse acciones en diferentes jurisdicciones. Lo anterior no sería verdaderamente problemático a menos que uno de esos litigios se inicie haciendo uso de un instrumento diseñado para tutelar colectivamente las pretensiones de las víctimas, porque podría suponer que los miembros ausentes del grupo sean los mismos en ambos casos, y por lo tanto exista una suerte de traslape, aunque no necesariamente califique como una verdadera litispendencia en el sentido más tradicional¹¹²⁵.

De ahí que lo más recomendable es los casos de daño ambiental transfronterizo que vaya a ser abordado por medio de acciones de grupo, se crea un sistema armonizado al estilo del Reglamento Bruselas I-bis. Este sistema deberá incluir reglas que permitan determinar la existencia de litispendencia bajo cierta discrecionalidad, utilizando como juicio determinante, la existencia de elementos comunes entre las causas. Pero además, que permita la consolidación de las acciones, siempre y cuando esto resulte en una ventaja para las partes, y en particular para las

¹¹²² *Vid.* CEE, Comunidad Económica Europea, Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 1968. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

¹¹²³ *Vid.* Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judicial en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial n° L 21 de 16 de enero de 2001, pp. 1-23.

¹¹²⁴ PERTEGÁS, MARTA. *Op. Cit.*, p. 732.

¹¹²⁵ STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe»...*Op. Cit.*, pp. 222-223.

víctimas, de manera similar a como lo hace el *Judicial Panel on Multidistrict Litigation* (MDL)¹¹²⁶ en los Estados Unidos de Norteamérica¹¹²⁷.

4.3. La Cosa Juzgada

347. Tal como se mencionó en el acápite anterior, en el Derecho anglosajón se le da preferencia a la aplicación del principio de la *res judicata* por sobre el de la *lis pendens*. En el ámbito caribeño, los requisitos para alegar esta excepción ha sido establecida por la vía jurisprudencial en el caso *Gairy and other v. Attorney General of Grenada*¹¹²⁸ en 2001. En esa ocasión el *Privy Council* señaló que era necesario que el litigio girara entorno a las mismas causas y además las circunstancias deberían ser las mismas y no haber sido modificadas a través del tiempo.

Esta exigencia de que las circunstancias no deben haber cambiado tiene un precedente anterior que data de 1843. En el caso *Henderson v. Henderson*¹¹²⁹ se estableció que la doctrina de la *res judicata* existe para proteger a una de las partes en contra de litigios opresivos o vejatorios, siempre y cuando las circunstancias del caso no hubieran cambiado tanto como para impedir a las partes iniciar un nuevo reclamo.

348. En el Derecho continental, el concepto de cosa juzgada normalmente tiene dos acepciones perfectamente diferenciables:

(1) La cosa juzgada formal, que supone que la sentencia dictada está firme, y los plazos para recurrirla han precluido; y,

(2) La cosa juzgada material, que es una regla procedimental que busca evitar que se continúe litigando sobre las mismas causas, y se obtengan sentencias conflictivas. Trata de dotar al procedimiento de coherencia y sentido común, para

¹¹²⁶ Estos paneles permiten que litigios objetivamente relacionados que están siendo conocidos en diferentes distritos federales puedan ser transferidos a un solo Juez, en cualquier distrito federal, para que este conduzca el procedimiento preliminar. El Presidente de la Corte Suprema elegirá a los siete miembros de dicho panel, escogiéndolos de las cortes de distrito y de circuito. En ellos radica el poder de decisión con relación a si es pertinente consolidar estas acciones o no, si deben transferir o no una vez consolidadas, así como decidir a que corte transferirlas. *Vid.* GEORGE, TRACEY E.; WILLIAMS, MARGARET. «Venue shopping. The judges of the U. S. Judicial Panel on Multidistrict Litigation». En *Judicature*. Vol. 97, No. 4, 2014, p. 196.

¹¹²⁷ STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe»...Op. Cit., p. 225.

¹¹²⁸ *Vid.* *Gairy and other v. Attorney General of Grenada* [2001] UKPC 30; [2002] 1 AC 167, PC.

¹¹²⁹ *Vid.* *Henderson v. Henderson* (1843) 3 Hare 99 at 115.

garantizar la seguridad jurídica de las partes. La cosa juzgada material, también tiene dos manifestaciones fácilmente diferenciables:

(a) La cosa juzgada material positiva, que supone que cualquier órgano jurisdiccional que tenga que conocer posteriormente de un litigio de alguna forma vinculado con el anterior en el tiempo, debe acatar las decisiones alcanzadas en el primero;

(b) La cosa juzgada negativa, que precluye cualquier posibilidad de un nuevo litigio sobre entre las mismas partes, y sobre la misma cosa y causa¹¹³⁰. Esta segunda manifestación es la que en definitiva puede entenderse como una restricción a la competencia judicial internacional.

361. Para utilizar la excepción de la Cosa Juzgada, el Código de Bustamante de 1928 establece como límites que la sentencia en que se funde se haya dictado con la comparecencia de las partes o de sus representantes legítimos, siempre que no se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero. En las fuentes internas que corresponden al *Civil Law* es posible apreciar que solamente en uno de los ordenamientos no hay regulación específica sobre la cosa juzgada internacional, que es el caso de Guatemala.

De ahí en los demás ordenamientos se hace referencia a esta posibilidad. Todos exigen que estas sentencias sean firmes o ejecutoriadas, y que se refieran al mismo objeto, pretensiones o hechos, y que vinculen a las mismas partes, salvo en Panamá, donde el Artículo 178 del Código de Derecho Internacional Privado de 2014 exige nada más que sea exigida por tratados internacionales o que se base en la reciprocidad.

Estos ordenamientos también exigen que haya una calificación de la competencia del Juez que la ha dictado por parte del Juez frente a quien se alega la excepción. Y es precisamente en los requisitos de esa calificación donde es posible identificar diferentes aproximaciones. El Artículo 556 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, el Artículo 754 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, el Artículo 99.2 del Código Procesal Civil costarricense de 2016 y el Artículo 179 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014

¹¹³⁰ CASAD, ROBERT C. «Issue preclusion in the law of Spain: cosa juzgada positiva». En en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 597-598.

demandan que dicha calificación se haga conforme a sus respectivas normas de jurisdicción internacional. A diferencia del Artículo 627 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, para el que la calificación se tiene que hacer de acuerdo a las reglas de capacidad internacional del Estado de origen.

5. La competencia judicial internacional para la aplicación de medidas cautelares en juicios plurilocalizados en el ámbito centroamericano

349. Además de establecer las reglas para determinar la Competencia Judicial Internacional para conocer de la cuestión principal en acciones de grupo transfronterizas para supuestos de daños ambientales, también es necesario determinar cómo se resolverá lo referente a la aplicación de las medidas cautelares que sean ordenadas en dichos litigios. A este efecto, es necesario comenzar por señalar que las medidas cautelares son entendidas como aquellas providencias que serán implementadas antes de la sentencia definitiva en un juicio, a fin de evitar se frustre el derecho del actor y de asegurar que la decisión judicial futura se torne efectiva¹¹³¹.

Se incluye en esta categoría medidas de protección patrimonial y de protección personal. Estas últimas pueden ser adoptadas para evitar que sea amenazada la integridad física o psíquica de ciertos individuos que están vinculados con el proceso. La protección cautelar también forma parte de la tutela judicial efectiva.

La importancia de la tutela cautelar en los litigios plurilocalizados es evidente, pues contrarresta posibles conductas abusivas de los incumbidos¹¹³². Además, la posibilidad de aplicar medidas cautelares en un juicio de esta naturaleza permite -por un lado- la efectividad de la actividad jurisdiccional¹¹³³, colaborando con la práctica de diligencias procesales necesarias para la correcta tramitación de procedimientos extranjeros y para su posterior eficacia¹¹³⁴; y -por el otro lado- una mayor integración

¹¹³¹ VIEIRA BRIGADO, EVELINE; PEDERNEIRAS JAEGER, GUILHERME. «Protocolo de medidas cautelares do Mercosul». En PIMENTEL, LUIZ OTÁVIO; ESPLUGUES MOTA, CARLOS, BARRAL, WELBER (Organizadores). *Direito Internacional Privado. União Européia e Mercosul*. Florianópolis, Boiteux, 2007, p. 270.

¹¹³² HEREDIA CERVANTES, IVÁN; RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. «Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 28, 2013, p. 102.

¹¹³³ RODRIGUES DE ALMEIDA, BRUNO. Op. Cit., p. 299.

¹¹³⁴ HEREDIA CERVANTES, IVÁN; RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. Op. Cit., pp. 94-95.

jurisdiccional en el ámbito internacional¹¹³⁵, especialmente ante la imposibilidad de las autoridades domésticas de garantizar por ellas mismas la efectividad de sus resoluciones cuando de litigios plurilocalizados se trata¹¹³⁶. Estos dos efectos previsibles, más la exigencia de continuidad de las relaciones jurídicas¹¹³⁷, deberían ser suficientes para justificar la atención que un tópico como éste merece por parte de los legisladores centroamericanos.

350. Para regular la aplicación de estas medidas, está disponible en el ámbito centroamericano, la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979¹¹³⁸. Esta Convención establece un concepto amplio para definir las, y las denomina también, «medidas de seguridad»¹¹³⁹. Esta posición es contraria a la observada en las fuentes internas de la región, donde se puede apreciar una aproximación muy limitada por parte de los legisladores. Algunas de éstas fuentes sólo admiten la posibilidad de practicar medidas cautelares en litigios plurilocalizados, cuando están relacionadas a bienes o a actos que se realicen en el país donde se solicita la ejecución de dichas medidas. Ese es el caso de los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 (Artículo 353), y de Nicaragua de 2015 (Artículo 340).

¹¹³⁵ PASQUOT POLIDO, FABRÍCIO BERTINI. «Capítulo II. Da Cooperación Internacional – arts. 26 a 41», en STRECK, LENIO LUIZ; NUNES, DIERLE; CARNEIRO DA CUNHA, LEONARDO (Organizadores). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Sao Paulo, Saraiva, 2016, p. 84.

¹¹³⁶ HEREDIA CERVANTES, IVÁN; RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. Op. Cit., p. 95.

¹¹³⁷ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. «Reconocimiento y ejecución de sentencias». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 557-559.

¹¹³⁸ Esta Convención también fue adoptada en el Marco de la CIDIP II celebrada en Montevideo en 1979. Entró en vigor en junio de 1980. Su propósito es el de promover la cooperación entre los países, específicamente en lo relativo a la implementación de medidas extraterritoriales que aseguren los efectos de los procesos judiciales. La mecánica utilizada con este fin remite al texto de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975. El procedimiento está gobernado tanto por la ley del Estado requirente como por la del Estado requerido. La primera determinará lo relativo a su procedencia, mientras que la segunda lo referente a su trámite y ejecución. Todos los países de la región la firmaron, exceptuando Belice y Nicaragua. No obstante, sólo Guatemala la ratificó en 1988. *Vid.* VIEIRA BRIGADO, EVELINE; PEDERNEIRAS JAEGER, GUILHERME. Op. Cit., p. 271; OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>

¹¹³⁹ Este abordaje tan amplio coincide con el disponible en la Ley 29/2015 española, cuando señala que sólo serán susceptibles de reconocimiento y ejecución las medidas cautelares provisionales, cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria. *Vid.* IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «Artículo 41. Ámbito de aplicación», en MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017. pp. 471-473.

Ahora bien, en Belice, las Reglas de la Suprema Corte de 2005 abordan la temática desde la perspectiva opuesta. Es decir, la aproximación se hace desde la competencia de los jueces para solicitar a un Tribunal extranjero la aplicación de dichas medidas. Es así que regulan en su Sección 7 la posibilidad de ordenar medidas preventivas afuera de la jurisdicción beliceña, imponiéndole al demandado hacer o dejar de hacer actos específicos en dicha jurisdicción.

A falta de normas en Belice que regulen la posibilidad de ejecutar medidas cautelares ordenadas en el extranjero, y a falta de jurisprudencia que indique que es posible hacerlo fuera de aquellos casos donde si existe un tratado internacional sobre la materia, se puede asumir que la ejecución de medidas cautelares dictadas por órganos jurisdiccionales de los demás Estados centroamericanos no es una opción. No está demás señalar que lo anterior pone en precario la defensa de los intereses ambientales y particulares, obstaculizando el acceso a la justicia.

351. Agregado a esto, la doctrina ha atribuido ciertas características a las medidas cautelares, vinculadas con la competencia judicial, que vale la pena revisar: (1) El carácter jurisdiccional, pues al juez le corresponderá ponderar la necesidad de defensa de los bienes jurídicos que busca tutelarse; (2) La instrumentalidad, pues su propósito es preservar los bienes jurídicos vinculados al proceso; (3) La provisionalidad; y, (4) La urgencia.

Estas características han sido recogidas por algunos legisladores centroamericanos, tal como se evidencia en el Artículo 433 y 435 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, 102-C de la Ley del Medio Ambiente también de El Salvador, los Artículos 353 y 354 del Código Procesal Civil de Honduras de 2007, 340 y 341 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, 78 de Costa Rica de 2016, el Artículo 531 del Libro Segundo del Código Judicial panameño, y la Sección 17 de las Reglas de la Suprema Corte de Belice de 2005.

La urgencia también ha sido tratada por la jurisprudencia salvadoreña, y ha señalado que las medidas cautelares en materia ambiental tienen una importancia vital en virtud de la naturaleza misma del daño, y deben ser aplicadas en función de los principios preventivo y precautorio. Lo anterior supone que el Juez puede actuar de oficio, y puede aplicar todo tipo de medidas, sean estas atípicas o no, siempre que sea

para garantizar la protección y conservación de la naturaleza, el derecho a un ambiente sano, a la salud, y a la calidad de vida de los habitantes¹¹⁴⁰.

Esta cualidad supone que el órgano jurisdiccional debe actuar con la rapidez que amerita el peligro de la lesión que se pretende evitar, basándose en dos criterios: la irreversibilidad de la lesión que se procura evitar (*periculum in mora*), y la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*). Esta apariencia del buen derecho deviene de la posibilidad de que el derecho que se busca proteger sea en realidad tutelable por el ordenamiento jurídico en el que se opera. Ambos presupuestos han sido considerados por algunos legisladores de la región, dejándolos consignados en los Artículo 433 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, en el Artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente salvadoreña de 1998, y en los Artículos 351, 337 y 78 de los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007, de Nicaragua de 2015 y de Costa Rica de 2016.

352. En el Derecho anglosajón, el principio general aplicable es que el demandante no puede obtener una medida interlocutoria de esta naturaleza, salvo que pueda demostrar que alguno de sus derechos legales o en equidad ha sido invadido. Además, no se le otorgará a ningún demandante una medida interlocutoria de este tipo si la disputa no es justiciable en esa jurisdicción en particular. Esta posibilidad discrecional de los órganos jurisdiccionales sigue lineamientos que fueron establecidos jurisprudencialmente, y que incluye que la demanda no sea frívola ni superficial, que sea más conveniente que injusta, y que sirva para preservar el *status quo*¹¹⁴¹.

Ese criterio de la conveniencia, también ha sido tratado jurisprudencialmente por la Sala Primera de la Corte suprema de Justicia de Costa Rica, que en la Sentencia, ha denegado la aplicación de medidas cautelares contra una empresa, porque la persona contra la que se sigue el litigio principal no tiene control sobre ella, ni titularidad accionaria, señalando que de ejecutar dichas medidas cautelares, se

¹¹⁴⁰ *Vid.* Sentencia de la Cámara Tercera de los Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 38-MCAMB-15 del 23 de abril de 2014.

¹¹⁴¹ KODILINYE, GILBERT; KODILINYE VANESSA. *Commonwealth Caribbean Civil Procedure*. 3ª ed. Routledge-Cavendish, Oxon, 2009, pp. 97-102.

estaría afectando patrimonios de terceros o el giro empresarial de sociedades mercantiles que son ajenas al litigio principal¹¹⁴².

A partir de lo anterior, y a falta de un tratado internacional, la aplicación de medidas cautelares dictadas por un juez de una jurisdicción extranjera puede suponer que el Juez requerido sea muy exigente, pudiendo oponer muchas limitaciones para su cumplimiento. Un ejemplo de lo anterior se observa en el Artículo 33 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1989, cuando señala que la calificación de la competencia judicial de los tribunales guatemaltecos, al ser requeridos para aplicar medidas cautelares, se hará de acuerdo a la ley procesal guatemalteca.

353. Este predicamento podría solucionarse si los Estados de la región se deciden por ratificar la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979 antes referida, pues hasta ahora, sólo Guatemala lo ha hecho. La ventaja ofrecida por este instrumento es que, por medio de él, los Estados Parte se han comprometido a dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por tribunales de los demás Estados contratantes, sin necesariamente oponer algunas de las exigencias arriba señaladas.

En este sentido, el Artículo 2 de dicha Convención establece que las autoridades jurisdiccionales de los Estados requeridos son las encargadas de darle cumplimiento a dichas medidas. Estas autoridades jurisdiccionales también están autorizadas, de acuerdo al Artículo 10 a ordenar y ejecutar a solicitud fundada de parte, las medidas conservatorias y de urgencia que tengan carácter territorial, cuando sean necesarias para garantizar un litigio que esté pendiente, o eventual, siempre que el bien o derecho objeto de la medida se encuentren en territorio sometido a su jurisdicción. Lo anterior coincide con el Artículo 158 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, que le asigna facultad cautelar a sus jueces. Los Artículos 356 del Código Procesal Civil hondureño de 2007 y 344 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 también contienen una provisión similar, regulando la potestad cautelar general.

En el caso costarricense, como ya se señaló, el Artículo 98 del Código Procesal Civil de 2016 señala que, a falta de tratados internacionales se aplicará la legislación nacional en supuestos de cooperación judicial internacional. Eso implica

¹¹⁴² *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 33-E-S1-2016 de 5 de febrero de 2016.

que la facultad cautelar general descrita en el Artículo 78, también es aplicable en supuestos de esta naturaleza. Asimismo, se puede llegar a la misma conclusión al analizar la legislación panameña. El Artículo 13 del Código de Derecho Internacional Privado de 2014, le asigna competencia judicial a los tribunales panameños cuando los bienes o activos del demandado estén situados en la República de Panamá.

Lo anterior plantea un escenario adecuado, pues la posibilidad de que se ejecuten en el extranjero medidas dictadas por un órgano jurisdiccional es una ventaja para supuestos de daño ambiental. Adicionalmente, la opción de que el Juez del lugar donde el daño haya acontecido o esté aconteciendo pueda dictar medidas de esta naturaleza, independientemente de que sea competente para conocer del litigio o no, es idónea para la protección de los intereses ambientales.

354. Siguiendo con la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979, si el litigio está pendiente, una vez se haya decretado la medida, deberá informarse al órgano jurisdiccional que conoce de la causa principal. Si el proceso no ha iniciado, de acuerdo al Artículo 10, se establecerá un plazo perentorio para que el peticionario inicie la acción.

De acuerdo a esta Convención, el foro competente para la emisión de dichas medidas es el del lugar del proceso. Sin embargo, para su ejecución y garantía, el foro será el lugar donde se solicita su cumplimiento. Lo anterior incluye las modificaciones de las medidas cautelares, así como las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas, de acuerdo al Artículo 4. Esto coincide con la mayoría de las fuentes internas de la región, tal como puede ser observado en los Artículos 33 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteca de 1989, 154 y 449 del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño de 2008, 354 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, 373 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, 8.4 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, y en el Artículo 531.5 del Libro Segundo del Código Judicial panameño.

355. El mismo Artículo 4 de la Convención antes referida, contiene una cláusula de escape, que permite al Juez requerido levantar la medida solicitada, en caso de considerarla improcedente, o disminuir una medida constituida. Una cláusula de escape basada en la improcedencia de la medida, no debería suponer que el juez requerido quede habilitado para controlar las pruebas sobre las que se haya basado el

juez requirente para ordenar dichas medidas. Su calificación se habrá de basar nada más en si la aplicación de la medida en realidad está destinada a impedir la irreparabilidad de un daño¹¹⁴³. La lógica aquí utilizada parece haber sido a propósito de daños al ambiente, pues normalmente se detectan precisamente cuando ya es muy complejo -o incluso imposible- lograr su reparación.

Medidas de escape similares a ésta han sido incluidas en varios de los ordenamientos jurídicos de la región. Específicamente en los Artículos 455 y 456 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, 354 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, 386 y 387 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, y 81 y 82 del Código Procesal Civil costarricense de 2016¹¹⁴⁴.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense, también ha utilizado ya este tipo de argumentos, negándose a aplicar solicitudes de medidas cautelares, al determinar su improcedencia a partir de la falta de competencia del Juez extranjero que la emite. La Sala Primera también ha valorado en dicha sentencia si con el hecho de negarse a aplicar estas medidas cautelares para resguardar derechos de las partes y de terceros, y de evitar daños entre las partes mismas, se está obstaculizando la cooperación internacional. Su conclusión ha sido que no, siempre y cuando dichas consideraciones sean iguales para ambas partes y no se de preferencia a una por sobre la otra, siempre que dicha protección tampoco sea contraria al orden público¹¹⁴⁵.

El texto de esta Convención también aclara que darles cumplimiento a las medidas cautelares requeridas, no implica el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dicte en el mismo proceso. Sin embargo, en el caso de que dicho órgano reconozca dicha sentencia, éste podrá dictar las medidas cautelares que sean necesarias para poder darle cumplimiento. Lo anterior coincide con el Artículo 156 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008.

En el caso de que haya oposición por tercería, de acuerdo al Artículo 5 de la misma Convención, esta será sustanciada por el Juez que conoce de lo principal,

¹¹⁴³ VIEIRA BRIGADO, EVELINE; PEDERNEIRAS JAEGER, GUILHERME. Op. Cit., p. 274.

¹¹⁴⁴ El Código Judicial panameño no contiene una medida de esta naturaleza, pero el Artículo 531.7, señala que exceptuando los casos de pretensiones reales, el demandado podrá solicitar que se evite, revoque o levante la medida cautelar ordenada, siempre que, a juicio del Juez, ofrezca garantía suficiente.

¹¹⁴⁵ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense en su Sentencia 998-E-S1-2015 de 20 de agosto de 2015.

conforme a sus leyes. Ahora bien, si la tercería fuse excluyente de dominio o de derechos reales sobre un bien embargado, o la oposición se fundamenta en posesión o dominio de un bien embargado, esta se resolverá por el Juez y de acuerdo a las leyes de situación del bien. Esto se condice con el Artículo 155 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008. Esta opción es lo suficientemente amplia para proteger los intereses de aquellos, que sin estar vinculados con el proceso, podrían verse afectados por la ejecución de las medidas cautelares.

Después de realizar este breve análisis es posible considerar que la poca recepción que esta Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979 ha tenido en Centroamérica, y las diferencias que todavía persisten en las fuentes internas, nuevamente evidencian la necesidad de un sistema armonizado.

6. Problemas Relativos a la utilización de Acciones de Grupo para la Tutela Efectiva del Ambiente a partir de los sistemas de Competencia Judicial Internacional disponibles en el Área

356. La utilización de acciones de grupo en litigios plurilocalizados plantea algunos problemas operativos que son comunes con todo tipo de acciones transfronterizas, y que no devienen de sus características específicas. El ejemplo más claro de lo anterior es la necesidad que tendrá al menos una de las partes en litigio de traducir toda la documentación legal que deba utilizar durante el proceso. Sin embargo, en el caso centroamericano, este sería únicamente un tema de alguna significancia si alguna de las partes fuera beliceña, o si el foro determinado sea Belice. De lo contrario, el problema de la lengua no es muy relevante, pues en todos estos Estados, se habla español.

Una dificultad adicional, que tampoco es exclusiva de las acciones de grupo, pero que se ve incrementada por las características propias de ésta, es la notificación transfronteriza. Esta problemática será tratada en el Capítulo 6 de este trabajo, como

uno de los requisitos previos para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras¹¹⁴⁶.

Dicho esto, hay ciertas circunstancias que se vinculan exclusivamente con las acciones de grupo, y que vuelven complejo la determinación del foro competente. En este sentido, ya se ha comentado en este Capítulo sobre las ventajas que tiene usar el domicilio o la residencia habitual del demandado como criterio para determinar el foro. Tradicionalmente es una posición que se basa en la idea de garantizarle protección a la parte que se considera más débil. Sin embargo, en el caso de la litigación en masa, considerar que el demandado es la parte más débil del proceso puede ser un error.

357. En este sentido, BOSTERS enumera los criterios que razona como determinantes para hacer el análisis de manera más adecuada, señalando tres criterios a considerar¹¹⁴⁷: (1) la posición procesal de la parte, (2) la posición socio-económica de la parte, y (3) el desconocimiento que pueda haber por la parte de cualquier cláusula incorporada en un contrato para determinar la jurisdicción a la que se somete. En el caso de las acciones de grupo, el último de estos criterios no es necesariamente relevante, pero los primeros dos sí lo son.

No cabe duda que, desde la perspectiva procesal, normalmente el demandado definitivamente es la parte más débil, sin embargo cuando de acciones de grupo se trata, y desde una perspectiva socioeconómica, no es necesariamente así. El ejemplo que el autor antes citado utiliza para aclarar este punto es el del consumidor, quien, a pesar de ser el demandante, siempre es visto como la parte socioeconómica más débil. ¿Podría hacerse la misma consideración con la víctima de daño ambiental indirecto? La respuesta es sin duda positiva si, además de la tipología del daño ambiental, se toma en consideración quienes son lo que usualmente causan esta forma de daño. Estos comparten las mismas características socio-económicas de quienes atentan contra los derechos de los consumidores.

358. Agregado a esto, se ha estado insistiendo a lo largo de este Capítulo sobre las ventajas de utilizar como el foro más adecuado, el lugar donde se sufren o podrían sufrirse los efectos del daño. En este sentido, la principal ventaja es que éste es el lugar donde normalmente residirán la mayor parte de los miembros del grupo,

¹¹⁴⁶ BOSTERS, M. W. F. Op. Cit., p. 120.

¹¹⁴⁷ *Ibidem.*, p. 205.

facilitando el acceso por parte de ellos a la evidencia requerida. La lógica de la discusión desarrollada en los párrafos precedentes, puede seguirse aplicando aquí, en tanto este foro permite proteger los intereses de la víctima, quien se puede considerar en estos supuesto de daño ambiental indirecto, la parte realmente más débil.

De hecho, esta problemática ha sido considerada ya por la literatura especializada, y ha sido abordada no sólo como un problema de responsabilidad civil por daños causados por la contaminación ambiental, sino que incluso se le ha dado la connotación de violación a los Derechos Humanos, aunque se entienda que no estos no se ven afectados en el sentido más estricto. No obstante, el hecho de que las transnacionales se aprovechen del interés que tienen ciertos Estados a defender a ultranza la idea territorial de la soberanía, permite que muchas de estas actúen con mucha liberalidad frente al ambiente, afectando la calidad de vida de sus habitantes¹¹⁴⁸.

A pesar de la idoneidad que se le asigna a esta solución, hay que tomar en cuenta lo señalado por ESPINAR VICENTE y PAREDES PÉREZ, cuando comentan que las normas de conflicto relativas al foro no tienen libertad absoluta para reclamar una u otra solución como adecuada pues siempre estarán limitadas por los principios constitucionales del Estado donde se pretenda implementar. Estas limitaciones son del orden operativo, no pudiéndose aplicar por aptas que sean, si no son coherentes con la lógica constitucional¹¹⁴⁹.

359. También es importante señalar que si bien es cierto la determinación del foro es una cuestión independiente de la determinación de la ley aplicable, de distinta naturaleza incluso, necesitan estar en coordinación para asegurar la efectividad de las resoluciones que se alcancen. Además, habrá que entender que dependiendo de la tradición jurídica en la que se esté operando, la elección del foro incidirá directamente en la elección de la ley a ser utilizada en la solución del fondo del asunto¹¹⁵⁰.

La regla general que normalmente aplica para determinar la ley que se utilizará para resolver los conflictos jurídicos con elementos de extranjería es la de la ley

¹¹⁴⁸ RESQUEJO ISIDRO, MARTA. Op. Cit., pp. 261-262.

¹¹⁴⁹ ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA; PAREDES PÉREZ, JOSÉ IGNACIO. «El marco constitucional del Derecho Internacional privado español». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 332.

¹¹⁵⁰ HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. Op. Cit., pp. 21-22.

procesal del foro, siguiendo el principio *forum regit processum*¹¹⁵¹. Sin embargo, la amplitud de esa regla necesita someterse a ciertas interpretaciones cuando se refiere a ciertos elementos específicos del litigio. Este es el caso, por ejemplo, de la prueba. Algunos elementos de la actividad probatoria estarán gobernados por las leyes procesales, tales como la carga de la prueba, la admisión de la prueba y la libertad que se le otorga al Juez para su análisis¹¹⁵². Otros elementos estarán gobernados por la norma sustantiva como ser la existencia y origen del daño, la relación de causalidad, la culpabilidad del demandado, el valor y la forma adecuada de la reparación, por corresponder estas a una *ratio* material.

360. Algo similar puede suceder con las acciones de grupo debido a lo complejo de su naturaleza. Cuando la ley del foro admite la posibilidad de la utilización de estos mecanismos procesales, es imposible evitar hacer cavilaciones con relación al juego que habrá entre las normas *ad ordinandam* y las normas *ad decidandam*. Por ejemplo, ¿qué sucede si la *lex causae* no reconoce la existencia de intereses supraindividuales y la *lex fori* sí? ¿Y a la inversa? ¿Qué sucede si la ley que decidirá el fondo reconoce categorías de litigación en grupo que no están disponibles en la ley del foro? ¿Qué sucede si la ley que decidirá el fondo prescribe remedios que no son aplicables a la categorías reconocidas por la *lex fori*?¹¹⁵³

Esta complejidad ha sido discutida incluso en aquellas jurisdicciones donde las acciones de grupo son comunes, tal como la estadounidense. BORCHERS señala que son tantos los vacíos, que estos deben ser resueltos estatutariamente, a pesar que dicho ordenamiento jurídico normalmente evoluciona a partir de precedentes jurisprudenciales¹¹⁵⁴. En el caso de las acciones de grupo para deducir responsabilidad civil, las complejidades que podrían desarrollarse a partir del juego entre la *lex fori* y la *lex causae* son profundas, causando, indiscutiblemente, inseguridad jurídica.

¹¹⁵¹ A manera de ejemplo, así lo ha entendido la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia Panameña en Sentencia del 3 de agosto de 2010, en la que ha indicado que el principio *locus regit processum* es precisamente el que determina que la Ley procesal es territorial. *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 193-09 del 3 de agosto de 2010.

¹¹⁵² STRENGER, IRINEU. «Tratamiento da Prova Processual Internacional». En LLANOS MANCILLA, HUGO; PICAND ALBÓNICO, EDUARDO (Coordinadores). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*. Tomo II, Santiago, Librotecnia, 2008, p. 187.

¹¹⁵³ TZAKAS, DIMITRIOS-PANAGIOTIS L. «International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress», en BSEDOW, JÜRGEN; FRANCO, STÉPHANIE; IDOT, LAURENCE (Editors). *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*. Oxford, Hart, 2011, p. 172.

¹¹⁵⁴ BORCHERS, PATRICK J. «Jurisdiction to adjudicate revisited», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 7.

Algunas podrían ser resueltas por medio de la armonización de las normas de competencia judicial internacional, sobre todo si se incluyen fueros especiales de naturaleza procesal, donde el foro sea determinado por la inclusión de acciones de grupo en las normas de procedimiento.

Sin embargo, para erradicarlas del todo, sería necesario armonizar de manera similar todas las normas del Derecho de daños. Un esfuerzo de esta naturaleza ha sido hecho en el contexto europeo por medio del Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que será comentado en el siguiente Capítulo. Lo mismo podría decirse con relación a la necesidad de armonizar las normas procesales.

361. No obstante, el mayor problema de todos es que al considerarse competente un fuero donde no exista la posibilidad de iniciar una acción de grupo, se le deniegue a las víctimas el acceso a la justicia. La noción del foro de necesidad aparece como una posible solución frente a esto. Implica que el litigio se desarrollará en una jurisdicción diferente a la que de acuerdo a las normas de competencia le corresponde conocer del caso, siempre que medie un mínimo de contacto con ésta. Es decir, hay una ampliación de la competencia judicial internacional del juez que conocerá del litigio.

La pregunta obligada es: ¿podría ser el *forum necessitatis* una solución para aquellos supuestos en los que la *lex causae* sí reconozca la existencia de intereses de grupo, pero la *lex fori* que objetivamente correspondería aplicar no? Posiblemente sí. Sobre todo si se toma en consideración, como ya fue planteado en el Capítulo 2, que no configurar en los ordenamientos jurídicos mecanismos que permitan la litigación en masa para la tutela adecuada de los intereses de grupo, puede ser entendido como una forma de vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva, por ser esta una forma de obstrucción al acceso a la justicia o denegación de la misma.

La utilización del *forum necessitatis* podría incorporarse incluso normativamente, a manera de una cláusula de escape¹¹⁵⁵. Podría diseñarse de forma tal

¹¹⁵⁵ El *forum necessitatis* formaba parte de la propuesta original del Reglamento Bruselas I bis, pero no terminó siendo incorporado al instrumento final. Esta solución había sido considerada para ser utilizada únicamente en contra aquellos demandados que residieran fuera de los Estados Parte. No obstante, no tuvo la recepción política esperada por considerarse autárquica. Entendiendo las razones para una caracterización de esa naturaleza, no parece sostenerse cuando lo que está en juego es un interés supraindividual, pues se trata de asegurar la tutela de estos, y no de perjudicar a un individuo en particular, ni de cerrar las fronteras. *Vid.* MANKOWSKI, PETER. *Op. Cit.*, p. 153.

que sea un foro de protección subsidiario, utilizado sí y sólo sí, el foro al que objetivamente le correspondería conocer la causa no cuenta con un instrumento que permita la tutela de las pretensiones de grupo. La apreciación de la necesidad de transferir la competencia le correspondería al Tribunal al que se pretende trasladar la causa. Esta solución, obviamente, sólo sería necesaria mientras los diferentes ordenamientos terminan de integrar las acciones de grupo en su haber, o mientras aparezca en el contexto centroamericano un instrumento que las armonice¹¹⁵⁶.

Vale decir que una solución de esta naturaleza fue incorporada en el Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. No obstante, de los países centroamericanos solamente Nicaragua ha suscrito ese instrumento, y ninguno lo ha ratificado aún. También ha sido incluida como solución subsidiaria en el Artículo 15 de la Ley Modelo de la OHADAC de 2007 para diferentes supuestos. Llama la atención que la primera causal establecida para invocar la competencia a partir del *forum necessitatis* sea la imposibilidad *de jure* o *de facto* de realizar el juicio en el foro extranjero.

362. Al avanzar en el análisis es posible concluir que, el problema más complejo de todos los hasta ahora comentados en realidad es que tanto la ley de foro como la ley aplicable establezcan ambas reglas para determinar quienes pueden actuar en representación del grupo, así como los criterios para su legitimación. Este cruce entre la *lex fori* y la *lex causae* puede tener como efecto el *forum shopping*. TZAKAS ha considerado que esta situación puede ser mitigada al aplicar o al tomar en cuenta, al menos, la ley aplicable a la entidad que ejercerá la representación del grupo¹¹⁵⁷, y agregarlo como un criterio más, para delimitar el foro por necesidad.

Otro problema previsible es que la ley del foro puede reconocer ciertas categorías de entidades representativas, y la ley del fondo otras. ¿Serán estas categorías intercambiables o admitirán ser adaptadas? ¿Habrán posibilidad de correspondencia? ¿Podría una entidad constituida en el extranjero iniciar una acción con una ley procesal pensada exclusivamente para operar con entidades domésticas, reconocidas por las leyes nacionales? Nuevamente, pareciera que la única salida aceptable es la armonización de las normas utilizadas para determinar la competencia

¹¹⁵⁶ POCAR, FAUSTO. Op. Cit., pp. 746-747.

¹¹⁵⁷ TZAKAS, DIMITRIOS-PANAGIOTIS L. Op. Cit., p. 175.

judicial internacional, imponiendo requerimientos de idoneidad para el foro¹¹⁵⁸, o la armonización de las normas procesales que regulen la legitimación de estas entidades representativas.

Esto podría ser fácilmente solucionado si los países de la región que aún no cuentan con la regulación adecuada para los intereses supraindividuales y las acciones de grupo en sus Códigos Procesales decidieran retomar la propuesta contenida en el Código Modelo del Proceso Civil Iberoamericano tratado en el Capítulo 3, o usar como referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, como han hecho Honduras y Nicaragua.

363. Además, se ha dicho ya en los apartados anteriores, que es posible que el foro sea determinado por la sumisión expresa de las partes después de la ocurrencia del hecho, pero antes del inicio del proceso. En este sentido, si existe un acuerdo de esta naturaleza, y el foro elegido no es alguno de aquellos donde se ha regulado la posibilidad de las acciones en grupo, la litigación en masa no estaría disponible. Pero, además, hay un problema de fondo mucho más importante que es necesario analizar, y es el hecho de que, dicho acuerdo puede existir de manera individual entre el afectado y el demandado, o podría también existir entre quien ejerza la representación del grupo y el demandado.

En el caso de haber algún acuerdo de este tipo entre el causante y la víctima de manera individual, no podría ser vinculante para el grupo, pues la colectividad como tal, en definitiva no está vinculada por dicha obligación. Sin embargo, la situación puede variar por dos circunstancias:

(1) Cuando por alguna razón dicha colectividad también forma parte del acuerdo suscrito de manera individual entre uno de sus miembros y el causante del daño. de estos supuestos, hay ya alguna jurisprudencia en el ámbito europeo, que se ha manifestado con relación a dos posibles caminos:

(a) La primera posibilidad es que, quien ejerza la representación está obligado a sustituir en todos sus derechos y obligaciones a quien originalmente suscribió dicho acuerdo. En este caso, la jurisprudencia europea ha establecido que no es posible que la víctima transfiera los derechos y obligaciones de un acuerdo de esta naturaleza a su representante en una acción grupal.

¹¹⁵⁸ *Ibidem.*, pp. 175-177.

(b) La segunda tiene que ver con aquellas situaciones en las que el representante formó parte de un acuerdo tripartito. El ejemplo específico de cómo esto puede operar fue analizado en el caso *Gerling vs. Tesoro dello Stato*¹¹⁵⁹, de 1983. Siendo que el acuerdo nacía de un contrato de seguro, la Corte Europea estableció que el acuerdo de elección del foro finalizado entre la aseguradora y el tenedor de la póliza incluía también a los beneficiarios de ésta.

Sin embargo, tal y como comenta BOSTERS, esta situación se refiere a una relación contractual muy específica, y que posiblemente no pueda ser replicada en otros tipos de situaciones jurídicas, independientemente de que también contengan acuerdos de elección del foro¹¹⁶⁰. Dicho lo anterior, la única posibilidad que quedaría es que tanto los miembros del grupo como quien ejerza su representación tengan acuerdos de elección del foro con el causante del daño, y que estos además coincidan en el foro elegido.

(2) También puede variar en el supuesto de que quien ejerza la representación del grupo haya suscrito un acuerdo semejante con quien ha causado la lesión.

364. Resumiendo el análisis hecho a lo largo de este Capítulo, las partes pueden activamente decidir someterse a un foro donde este disponible la posibilidad de utilizar las acciones de grupo. Estos supondría que las partes activamente tendrían que decidir por medio de la sumisión tácita, acceder a los Tribunales hondureños y nicaragüenses, e inclusive a los panameños si el daño procediera de contratos de consumo, y a los salvadoreños, aprovechando el procedimiento especial contenido en la Ley del Medio Ambiente.

En el caso de la sumisión expresa, cuando quien inicie la acción sea una entidad pública o una asociación representativa, sería necesario que el acuerdo de escogencia del foro sea tripartito, entre esta entidad, el causante del daño y los miembros del grupo individualmente considerados. En los supuestos de representación por parte de un individuo o persona natural, tal y como está establecido en los Códigos Procesales hondureño y nicaragüense, aplica el mismo requisito del acuerdo tripartito, o al menos acuerdos individuales pero todos apuntando hacia el mismo foro. Ahora que, en los supuestos de legitimación de la entidades que carecen de personalidad jurídica, posibilidad que está disponible tanto en Honduras, como en

¹¹⁵⁹ *Vid.* Sentencia 201/22, de 14 de julio de 1983.

¹¹⁶⁰ BOSTERS, M. W. F. *Op. Cit.*, pp. 134-136.

Nicaragua y Panamá, se requeriría que todos los individuos que conforman el grupo estén vinculados por acuerdos de este tipo, y también que todos estos acuerdos coincidan en la elección del foro.

Por otro lado, la posibilidad de la sumisión tácita ya ha sido discutido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América en el caso *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*¹¹⁶¹. Dicho tribunal se ha referido específicamente a los modelos *opt-out*, que son los imperantes en Honduras y Nicaragua, señalando que cuando uno de los miembros del grupo no hace uso del derecho de abstraerse de la acción planteada una vez que ha sido debidamente notificado, debe entenderse como manifestación suficiente de su voluntad de someterse al foro¹¹⁶². No obstante no está tan claro si se puede hacer la misma asunción con relación a los modelos *opt-in*.

7. Modelo Propuesto para determinar el Foro en los Supuestos de Daño Ambiental Transfronterizo que afecte Derechos e Intereses Supraindividuales

365. A lo largo de este Capítulo se ha insistido una y otra vez en que cualquier solución que se proponga para elegir el foro competente para conocer a los supuestos de daño ambiental transfronterizo, cuando se ven afectados derechos e intereses supraindividuales debe tener como prioridad que en dicho foro haya disponible instrumentos procesales adecuados para deducir pretensiones de grupo. También se ha señalado que la solución idónea es crear una herramienta armonizada que vincule a todos los Estados de la región. Teniendo eso en cuenta, se propone el siguiente método:

(1) El modelo debe reconocer los pactos de sumisión establecidos por las partes.

(2) La sumisión tácita sólo puede ser observada en el caso de que el modelo de configuración del grupo sea de *opt-out*.

¹¹⁶¹ *Vid. Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797 (1985).

¹¹⁶² BORCHERS, PATRICK J. *Op. Cit.*, pp. 7-8.

Capítulo 4

(3) Permitir a la o las víctimas, o sus representantes, escoger discrecionalmente entre tres posibles foros:

(a) El lugar donde se sufre o se podrían sufrir los daños, obedeciendo al principio *forum locus iniuræ*. Reconoce a la parte actora como la débil en la relación jurídica, a la vez que permite se inicien acciones de cesación, apartándose de la idea tradicional de que el demandado es la parte débil del litigio. Al contrario, se asume su fortaleza económica.

(b) El lugar donde el demandado realiza sus negocios o transacciones, pensada en función de la mayor efectividad de la sentencia.

(c) El lugar donde se causó el daño, también pensada en función de la mayor efectividad de la sentencia.

(4) El modelo debe contener un sistema de doble control que asegure que el litigio que involucra derechos e intereses supraindividuales, sea resuelto utilizando los mecanismos procesales adecuados. De ahí que se incluya una cláusula de escape que obligue a las partes a escoger entre los foros vinculados al litigio, aquel en el que esté disponible un instrumento para deducir pretensiones de grupo. Esta cláusula de escape está pensada como una suerte de *forum necessitatis* con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia a todas las posibles víctimas, así como tutelar adecuadamente los intereses supraindividuales.

(5) Esta cláusula de escape se complementa con una opción que permita al Juez declinar su competencia si considera que el foro carece de los instrumentos procesales idóneos, creando un modelo de doble control. La declinatoria sólo será posible en aquellos casos en los que el Juez que conoce originalmente del litigio solicite al Juez del Estado que el considere en mejores condiciones de tutelar dichos intereses, siempre que éste esté vinculado al litigio, y el Juez requerido acepte la remisión.

(6) El Juez que conoce del litigio también puede declinar su competencia en cualquier momento del juicio si se demuestra que la acción fue iniciada de mala fe.

(7) A los elementos tradicionalmente utilizados para determinar la existencia de litispendencia se agregará como condición de naturaleza procesal que la acción que esté siendo conocida en una jurisdicción diferente haya sido iniciada previamente, y

esté disponible en ese foro un procedimiento que permita resolver las pretensiones de grupo.

(8) Podrá alegarse conexidad siempre que la acción que esté siendo conocida en una jurisdicción diferente sea sobre los mismos hechos, y haya sido iniciada previamente, y éste disponible en ese foro un procedimiento que permita resolver las pretensiones de grupo. En estos casos, el Juez deberá ordenar

(9) Podrá alegarse cosa juzgada siempre que la acción a la que se refiera esté debidamente ejecutoriada. La calificación de ésta deberá hacerse de acuerdo a la Ley del Estado de origen.

(19) El Juez que conoce de lo principal debe tener atribuida la competencia para emitir las medidas cautelares necesaria para el litigio que está conociendo. No obstante, los órganos jurisdiccionales deben tener atribuida una facultad cautelar territorial que les permita ordenar y ejecutar medidas cautelares a solicitud fundada de parte, cuando los bienes que se busca proteger estén ubicados en su jurisdicción.

(11) El Juez requerido debe ser el competente para modificar, suspender o levantar las medidas cautelares decretadas, utilizando como criterios la conveniencia y la improcedencia.

Como se puede observar, en la propuesta aquí planteada se busca combinar los requerimientos del Derecho Ambiental, con las soluciones disponibles en el sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado de la región, que mayor protección puedan ofrecer a los intereses personales y patrimoniales de las víctimas de las lesiones al ambiente. Para esto, se ha tomado en consideración algunas soluciones que han sido propuestas por la doctrina, o que han sido utilizadas ya por los legisladores para otros supuestos de daño. También se ha intentado combinar remedios que respondan tanto a la lógica del Derecho continental, como a la del Derecho anglosajón.

CAPÍTULO 5. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO EN CENTROAMÉRICA

366. Se ha venido comentado a lo largo de este trabajo sobre los avances que ha habido en otras regiones del mundo, particularmente en Europa, con relación a la uniformidad del Derecho Internacional Privado. También se ha establecido que Centroamérica tampoco ha estado ajena a procesos similares, siendo reflejo de ello sobretodo el Código de Bustamante y, en un menor grado, las CIDIP. Sin entrar a discutir la pertinencia o el anquilosamiento de las soluciones disponibles en el contexto regional latinoamericano, es necesario señalar la más general de sus características: esta armonización normalmente alcanza a las normas materiales y de conflicto, pero deja el contenido del derecho sustantivo bajo el control soberano de los Estados.

Este es un punto que no debe ser visto de menos, pues, precisamente, como se evidenció en los primeros Capítulos de este trabajo, es ahí donde persisten muchas diferencias entre estos siete ordenamientos jurídicos de la región. Esto obliga a analizar si dicha falta de armonización puede llegar a convertirse en un obstáculo para alcanzar la justicia en los supuestos de daño ambiental transfronterizo. En este Capítulo se intentará ofrecer una respuesta a dicha preocupación.

Para iniciar con este acometido, es pertinente citar a BASEDOW, quien comenta que es evidente que los legisladores de los diferentes Estados normalmente no equiparan la noción de justicia con la posibilidad de que, a disputas similares, se les de el mismo tratamiento, desde todas las aristas posibles, independientemente del vínculo que dichas disputas tengan con una u otra jurisdicción nacional. Precisamente, esto es mucho más notorio cuando la armonización no alcanza al Derecho sustantivo¹¹⁶³. Ante este vacío, el Derecho Internacional privado emerge como el mecanismo idóneo para garantizar el acceso a la justicia, al poder obligar a más de un Tribunal a utilizar un Derecho sustantivo que les es ajeno, cuando se vean constreñidos a aplicar normas de conflicto o sustantivas.

¹¹⁶³ BASEDOW, JÜRGEN. Op. Cit., p. 180.

367. A pesar de la falta de armonización ya señalada, la realidad centroamericana presenta una leve ventaja, si se toma en cuenta dos factores que la caracterizan, comenzando porque seis de los siete países de la región pertenecen a la tradición del Derecho continental. Como se ha demostrado en más de una ocasión en este trabajo, la regulación en estos ordenamientos no es idéntica, pero sus diferencias tampoco son tan significativas. Además, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial centroamericano en el ámbito *iusprivatista* es bastante limitado, haciendo que la posibilidad de una evolución desigual de los institutos jurídicos por esas vías, sea casi inexistente.

Habiendo dicho esto, tampoco se puede obviar las dificultades del contexto. El séptimo país, Belice, pertenece a la tradición del *Common Law*. Pero a diferencia de lo que ha venido sucediendo recientemente con el Derecho inglés, que de alguna forma se ha ido acercando al Derecho continental por fuerza de la integración a la Unión Europea, el Derecho beliceño sigue aferrándose a sus formas más tradicionales, y afianzado sus lazos con sus otros vecinos caribeños, a la vez que va rompiendo el cordón jurídico-umbilical con la Gran Bretaña.

Esta realidad quedó evidenciada con su desvinculación del control del *Privy Council*, basado en Londres, el cual ejercía como Corte de Apelaciones para los tribunales beliceños. En épocas recientes no sólo Belice, sino que Guyana y Barbados se desligaron totalmente de dicho control judicial, y se han sometido a la jurisdicción de la Corte Caribeña de Justicia, rompiendo así con la anterior uniformidad del *Common Law* en la zona. Esta desvinculación también es aparente si se toma en consideración el hecho de que Belice, al independizarse del Reino Unido, adoptó una Constitución escrita en la que se ha incorporado una declaración de derechos y garantías tutelables, así como la descripción de su modelo de gobierno, causando una suerte de nacionalización por la vía estatutaria de los principios que han sido tradicionalmente propios del *Common Law*, y que han operado por la vía de los precedentes¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁴ El proceso de independencia de Belice ha significado la conformación de su propio modelo de *Common Law*, que cada vez más se va desvinculando del control británico. Como se señaló en el texto, su principal rasgo es su sumisión a la Corte Caribeña de Justicia. Este Tribunal superior fue creado en el 2005, fungiendo además como órgano jurisdiccional del Mercado Común de la Comunidad Caribeña (CARICOM), del cual Belice es miembro. *Vid.* DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. *Op. Cit.*, pp. 31-32.

368. Independientemente de las ventajas o desventajas que puedan representar la configuración propia de los ordenamientos jurídicos centroamericanos aquí señalada, y de algunas opiniones doctrinales que consideran que la determinación del derecho aplicable ha ido perdiendo la relevancia de antaño dentro del Derecho Internacional Privado¹¹⁶⁵, hay problemas de fondo con relación a la aplicación del Derecho extranjero que necesitan ser abordados en un estudio de esta naturaleza, y de cuya correcta resolución depende el paradigma de la seguridad jurídica¹¹⁶⁶:

(1) De los criterios disponibles para determinar el Derecho aplicable en las normas de conflicto contenidas en la fuentes centroamericanas, ¿cuáles son los más adecuado para los supuestos de daño ambiental transfronterizo?

(2) Si resulta que la ley aplicable es «*Derecho extranjero*», ¿cuál es la amplitud de ese concepto en cada uno de los ordenamientos jurídicos de la región? ¿Se limita a las normas sustantivas, o incluye a todo el contenido del ordenamiento jurídico?

(3) ¿Cómo se resuelve en cada una de estas jurisdicciones lo referente a la naturaleza del Derecho extranjero? ¿Se entiende como cuestión de hecho o una cuestión de Derecho?

(4) ¿Cómo se alega y se prueba el Derecho extranjero en el proceso?

(5) ¿Qué corresponde hacer cuando el Derecho extranjero no es probado adecuadamente en juicio?

(6) ¿Cuál debe ser la amplitud de la excepción del orden público frente a la aplicación del Derecho extranjero?

(7) ¿Cómo incidirá todo lo anterior en la adecuada tutela de los Derechos Individuales de las víctimas?

¹¹⁶⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, p. 78.

¹¹⁶⁶ PALAO MORENO, GUILLERMO. «La falta de prueba del derecho extranjero: el sistema español en el contexto europeo y las nuevas iniciativas internacionales». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 302.

1. La Determinación del Derecho Aplicable para los Supuestos de Daño Ambiental Transfronterizo de acuerdo al Sistema de Fuentes disponible en Centroamérica

369. Al tratar de solucionar un litigio transfronterizo, inmediatamente se entiende que uno de los problemas que se deberá abordar es el conflicto de leyes causado por la existencia en ese caso concreto de elementos de extranjería. Ese conflicto de leyes impone la necesidad de determinar cuál es la ley que el Juez del foro deberá aplicar para resolver la cuestión de fondo en el litigio, a partir de la vigencia espacial de varias normas jurídicas que tienen vínculos con dicho proceso.

También es necesario recordar que a la par de estas reglas, hay un conjunto de principios que no pueden desatenderse, y que pueden controlar y limitar el efecto de las normas. Para determinar cuál es el Derecho aplicable al caso concreto, normalmente se recurre a dos soluciones metodológicas:

(1) Las normas conflictuales de reglamentación indirecta, que se basan en los trabajos de SAVIGNY. Por medio de ellas se busca determinar el Derecho aplicable a partir de los estrechos vínculos que este tenga con la relación jurídica objeto del litigio.

(2) Las normas sustantivas, batiffolianas, que no está determinada por la existencia de puntos de contacto entre el litigio y el foro. Ellas establecen directamente el Derecho sustantivo a aplicar en un caso concreto. Su uso es excepcional, de tal forma que si se configurasen en los sistemas de fuentes, deberían cumplir con dos objetivos específicos:

(a) ofrecer la solución más apta a los problemas jurídicos que pretenden solucionar; y,

(b) resolver estos tratando de obtener la mayor armonía y uniformidad posible¹¹⁶⁷.

Tomando lo anterior en consideración, las normas del Derecho Internacional Privado en el ámbito centroamericano, además pueden tener un origen estatutario o

¹¹⁶⁷ NAFZIGER, JAMES A. R. «Avoiding courtroom “conflicts” whenever possible», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 342.

convencional. Asimismo, los principios en los que estas se sustentan pueden encontrar su génesis en la doctrina establecida por los comentaristas y juristas, basada en la experiencia acumulada de lidiar con relaciones jurídicas de índole transfronterizo¹¹⁶⁸.

A continuación se utilizará ese sistema de fuentes para entender cuales son las posibilidades normativas disponibles en la región para determinar el Derecho aplicable a los supuestos de daño ambiental transfronterizo.

1.1. Normas Materiales o Sustantivas Internacionales

370. En materia de responsabilidad civil por daños al ambiente, la mayoría de las normas materiales o sustantivas proceden de fuentes convencionales. La inclusión de esta categoría normativa en tratados internacionales presenta una considerable ventaja frente a las normas sustantivas existentes en los ordenamientos internos, y aún más frente a las normas conflictuales incluidas en los sistemas de fuentes, pues eliminan del todo el conflicto de leyes en sus respectivas materias¹¹⁶⁹.

Los instrumentos internacionales más relevantes son el Convenio de París sobre responsabilidad de terceros en el sector de la energía nuclear de 1960¹¹⁷⁰, la Convención sobre limitaciones de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo de 1976. No obstante ninguno de los Estados centroamericanos es parte de las dos. También se debe considerar el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, cuya segunda versión fue adoptada en 1992. La

¹¹⁶⁸ DOLINGER, JACOB. *Private International Law in Brazil*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012, p. 81.

¹¹⁶⁹ SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 5.

¹¹⁷⁰ La Convención de París fue adoptada en 1960. Por medio de este instrumento internacional de normas sustantivas para aplicación en supuestos de daño nuclear, es posible exigir se deduzca responsabilidad objetiva en la que incurre el explotador, además de establecer una presunción causal de imputabilidad. Estas características hacen que sea una solución sumamente adecuada para proteger a las potenciales víctimas, pues reduce la imprevisibilidad al mínimo, a la vez que protege a la industria nuclear de demandas devastadoras. Esta Convención ha estado abierta para cualquier miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como para cualquier país que no es miembro de la organización, siempre que cuente con la aprobación de los demás Estados parte. Ésta ha sido modificada por tres Protocolos Adicionales suscritos en 1964, 1982 y 2004. El último aún no está vigente. Ninguno de los países centroamericanos es miembro de esta Convención. Esta decisión es entendible en tanto ninguno de los países de la región cuenta con instalaciones nucleares. *Vid.* OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, París, 1960. Disponible en: <http://www.oecd.org>

aplicación de este instrumento está limitada a Panamá, Belice y Nicaragua, por ser estos los únicos Estados de la región que la han ratificado. Hay que hacer hincapié en el hecho de que éste tratado sólo podría ser aplicado para esa forma específica de contaminación.

Siguiendo la jerarquía normativa de las fuentes centroamericanas, al no haber normas materiales para la determinación del Derecho aplicable, habrá que recurrir a las normas de conflicto de origen convencional, empezando por aquellas que son de carácter específico para el daño ambiental, y después con normas de conflicto generales.

1.2. Las Normas Convencionales de Conflicto

371. Las normas de conflicto de origen convencional pueden categorizarse en normas de conflicto específicas, y normas de conflicto generales:

(1) En el estado actual del sistema de fuentes centroamericanas, solamente una fuente convencional aplicable en el ámbito centroamericano contiene normas de conflicto específicas, y ésta es el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL)¹¹⁷¹. Este instrumento contiene normas de conflicto utilizadas para determinar la ley aplicable en los supuestos de violación a los requerimientos establecidos por la misma Convención.

El Artículo 4.1 establece como Derecho aplicable la Ley de la Administración del Buque. No obstante, en la sección 4.2 del mismo Artículo se establece una excepción para aquellos supuestos en los que la violación haya sido cometida dentro de la jurisdicción de una de las Partes del Tratado, aplicando en ese caso la Ley del lugar de la comisión de la violación. Todos los Estados de la región han ratificado esta convención a excepción de Costa Rica.

¹¹⁷¹ Esta Convención fue adoptada en 1973 en la sede de la Organización Marítima Internacional. El primer Protocolo fue adoptado en 1978 y el segundo en 1997. Interesante es resaltar que cuando el Protocolo de 1978 fue adoptado, aún no había entrado en vigor el Convenio original, de tal forma que este instrumento absorbió el texto original, entrando en vigor en 1983. El segundo Protocolo entró en vigencia en 2005. Todos los países de la región han ratificado la Convención y el Protocolo del 78, menos Costa Rica. Costa Rica y Nicaragua no han ratificado tampoco el Protocolo del 97. *Vid.* OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, Londres, 1973. Disponible en <http://www.imo.org>

(2) Ahora bien, con relación a las normas generales de conflicto para la responsabilidad civil extracontractual de origen convencional disponibles en Centroamérica, se identifican dos soluciones aplicables: los principios *lex loci delicti commissi* y *lex fori*. Estos serán analizados a continuación.

1.2.1. El principio *lex loci delicti* en el ámbito centroamericano

372. En función de este principio, la referencia obligada es el Código de Bustamante. De hecho, la tradición latinoamericana de elaboración de este tipo de normas comienza a consolidarse con este instrumento que está vigente en seis de los siete Estados de la región¹¹⁷². Esta Convención fue adoptada en 1928, existiendo incluso desde antes de esa fecha un verdadero interés por parte de los Estados latinoamericanos de unificar las normas conflictuales. Es posible que la idea subyacente detrás de uniformarlos sea lograr el efecto de la seguridad jurídica que se logra con la aplicación de normas formales y objetivas para determinar la ley aplicable¹¹⁷³.

El instrumento en cuestión señala en su Artículo 168 que las obligaciones que nazcan de actos u omisiones culposos o negligentes se regirán por el Derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine. Es decir, las obligaciones no contractuales se someterán al multilateral principio del *lex loci delicti commissi*, posición que concuerda con la que normalmente se asumen en lo que REISS denomina el Derecho Internacional de delitos¹¹⁷⁴.

La idoneidad de la solución ofrecida por el Código de Bustamante ha sido desde hace algún tiempo cuestionada por la doctrina. Un ejemplo de las dudas que genera es la posición asumida ya en 1963 por un Tribunal neoyorkino que afirmaba que el domicilio de ambas partes y la relación entre ellas son mucho más relevantes para la elección del Derecho a aplicar que el principio *lex loci delicti*¹¹⁷⁵. Es decir, de

¹¹⁷² Como ya se comentó en el Capítulo 5, ésta Convención está vigente sin ninguna reserva para Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, con algunas reservas para El Salvador, y con una reserva general, que le da un carácter supletorio para Costa Rica. Belice es el único Estado centroamericano que no se encuentra vinculado con este instrumento de Derecho Internacional.

¹¹⁷³ MAEKELT, TATIANA B. Op. Cit., p. 30.

¹¹⁷⁴ REISS, JOACHIM W. Op. Cit., p. 20.

¹¹⁷⁵ Babcock v. Jackson, 191 N. E. 2d 279 (N. Y. 1963).

acuerdo a este Tribunal, a lo que verdaderamente debe prestársele atención es al objeto particular del conflicto, y el análisis debe ser hecho caso por caso, y elemento por elemento¹¹⁷⁶. No obstante, lo anterior no significa necesariamente que el principio *lex loci delicti* deba desestimarse del todo.

373. De hecho, para determinar su ventaja por sobre a otras opciones, son dos las posiciones doctrinales que se asumen al respecto:

(1) Si el conflicto implica preocupaciones por la regulación de la conducta del Estado donde dicha conducta se había llevado a cabo, la territorialidad debe seguir siendo el principio determinante. Eso sí, siempre que, se entienda que la efectividad de regular conductas depende de la amplitud y contenido del concepto de Derecho extranjero que se use. Se puede señalar entonces que el criterio de territorialidad es útil para aquellos supuestos donde se trate de establecer la regulación adecuada de una u otra conducta¹¹⁷⁷.

(2) Si el objeto particular del conflicto se refiere a la compensación por una conducta probadamente dañosa, el Tribunal debe tomar en cuenta otros factores, especialmente los puntos de conexión personales del causante y de la víctima, buscando establecer la más adecuada distribución de las pérdidas o de los costos de reparación, no necesariamente lo es.

Aferrarse al principio *lex loci delicti* intenta priorizar el poder soberano del Estado en cuyo territorio se están llevando a cabo o no determinadas conductas, pero no siempre se traducirá a la protección más exhaustiva del ambiente. Sin embargo, tomando en consideración lo que ya se dijo en el Capítulo I en cuanto a que el Derecho ambiental siempre aboga porque las soluciones jurídicas que han de aplicarse para la reparación del daño deben responder al principio *favor naturae*, es necesario asegurar que los criterios que prevalezcan sean aquellos que, a la vez, aseguren el nivel máximo de protección al ambiente¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁶ SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law*... Op. Cit., pp. 124-125.

¹¹⁷⁷ SYMEONIDES, SYMEON C. «Territoriality and Personality in Tort Conflicts». En EINHORN, TALIA; SIEHR, KURT (Editores). *Intercontinental Cooperation through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*. La Haya, T. M. C. Asser Press, 2004, p. 406.

¹¹⁷⁸ VRELLIS, SPYRIDON. «The law applicable to the environmental damage. Some remarks on Rome II Regulation». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 871.

374. En función de eso, hay quienes insisten en señalar que debe asumirse posiciones mucho más amplias ante la rigidez de la solución brindada por el Código de Bustamante. OPERTTI BADÁN Y FRESNEDO AGUIRRE, por ejemplo, estiman que el aplicar la regla del *lex loci delicti* como única conexión no sólo puede ser insuficiente, sino que además inadecuada, por lo que su incorporación en las fuentes debería hacerse en combinación con otras posibilidades, y a partir de criterios claramente establecido por los legisladores¹¹⁷⁹. Esta es una opinión que, en definitiva, amerita valorarse varias de sus características con relación al daño ambiental:

(a) El lugar del acto y el lugar del resultado no necesariamente coincidirán como consecuencia de las características difusas de éste, extremo que ya fue abordado en el Capítulo 1. Al respecto, PALAO MORENO, ha comentado que si bien utilizar este principio como criterio para elegir la ley aplicable supone utilizar una opción que no es fortuita resultando en un criterio de conexión de fácil aplicación¹¹⁸⁰. También comenta el autor, que presenta desventajas tales como la rigidez que deviene de su naturaleza puramente territorial, y que están directemanete vincualdas a la desconexión entre el lugar de la acción y el lugar del efecto. Incluso, hace referencia el autor a los casos donde la contaminación se realiza fuera de la soberanía de cualquier Estado¹¹⁸¹.

(b) Se desvincula el lugar del efecto del lugar de la causa, lo que podría conllevar la exoneración a quien ha actuado con culpa o negligencia. A pesar de las obvias ventajas que la *lex loci delicti* podría presentar desde la perspectiva del control administrativo sobre el causante del daño, sobretodo desde la perspectiva de los criterios ambientales que deberían ser considerados, aplicar la ley del lugar de la causa, entendiéndola desvinculada del lugar del efecto puede resultar en una tutela menor para los intereses de las víctimas afectadas por el daño ambiental.

Complementando esto, autores, como BOUZA VIDAL Y VINAIXA MIQUEL, han llegado a cuestionar la supuesta idoneidad que ofrecen las ventajas administrativas, pues consideran que si bien es cierto que el cumplimiento de dicha normativa, así

¹¹⁷⁹ OPERTTI BADÁN, DIDIER; FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. «La responsabilidad extracontractual en el ámbito de la CIDIP: precisiones necesarias». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA (Coordinadores). *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado Americano actual*. México, Porrúa, 2010, p. 6.

¹¹⁸⁰ PALAO MORENO, GUILLERMO. *La responsabilidad civil...* Op. Cit., p. 104.

¹¹⁸¹ Ídem.

como la posesión de licencias ambientales debe estar regida por la ley del lugar del acto, la aplicación del principio *lex loci delicti*, también lo que podría conllevar la exoneración a quien ha actuado con culpa o negligencia, especialmente si se hace valer criterios como el de tolerancia y significancia. Oponiéndose a esto, son enfáticos al afirmar que una decisión de esta naturaleza debe ser prerrogativa del Estado cuyo entorno ha sido afectado¹¹⁸².

375. Tal vez por consideraciones como estas es que en otros modelos que han servido para uniformar criterios, se haya utilizado una solución más amplia, que permita a la víctima escoger la solución más favorable para ella entre el Derecho del lugar donde se haya llevado a cabo la acción originadora del daño y el del lugar donde se sufren los efectos de éste¹¹⁸³. Estas ideas se resumen en el principio *lex loci damni* o *lex loci iniuriae*.

Esa también es, más o menos, la línea que sigue el modelo contenido en el Reglamento Roma II de 2007. Este reglamento incluye dos procedimientos basados en el principio *lex loci iniuriae*. Es de traer a consideración que un principio equivalente al de la *lex loci damni* ha sido aplicado en casos de contaminación ambiental en Estados Unidos de Norte América. En 2004, una Corte Federal de Distrito razonó en el caso *Pakootas vs. Teck Cominco Metals*¹¹⁸⁴ que la Ley CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*)¹¹⁸⁵ podía aplicarse extra-territorialmente a situaciones en las que los efectos de la contaminación eran sufridos domésticamente¹¹⁸⁶.

376. Los procedimientos antes señalados, se resumen de la siguiente forma:

(1) Para las obligaciones extracontractuales que se deriven de un hecho dañoso, el Artículo 4 de este Reglamento establece que, salvo disposición en contrario, la Ley aplicable, será la del lugar donde se produce el daño, o *lex loci iniuriae* o *lex loci damni*, independientemente del lugar donde se haya producido el

¹¹⁸² BOUZA VIDAL, NÚRIA Y VINAIXA MIQUEL, MÓNICA. «La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos: propuesta de regulación europea y derecho internacional privado», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Núm. 3, 2003, pp. 101-102.

¹¹⁸³ REISS, JOACHIM W. Op. Cit., p. 21.

¹¹⁸⁴ Vid. *Pakootas v. Teck Cominco Metals Ltd.*, 452 F 3d 1066 (9th Cir. 2006).

¹¹⁸⁵ Vid. *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 42 U.S.C. §9601 et seq. (1980)

¹¹⁸⁶ NASH, JONATHAN REMY. «The curious legal landscape of the extra-territoriality of US environmental laws». En HANDL, GÜNTHER; ZEKOLL, JOACHIM; ZUMBANSEN, PEER (Editores). *Beyond territoriality. Transnational legal authority in an age of globalization*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 175.

hecho generador del daño, o las consecuencias indirectas de éste. Sin embargo, la ley del lugar de la residencia habitual de la víctima sería la de aplicación preferente, si éste coincide con el de la residencia del causante al momento que se produzca el daño.

De acuerdo a SCHACHERREITER, esta regla contenida en el Artículo 4 en realidad no es la más idónea para supuestos como el del daño ambiental cuando el efecto está desvinculado del lugar de la acción contaminante. Para él, ésta es más adecuada para los *Platzdelikten*, es decir, aquellos daños en los que tanto la acción que los genera como el efecto causado, acontecen en un solo Estado¹¹⁸⁷.

En otras palabras, el Artículo 4 del Reglamento Roma II forma parte de un sistema de asignación subsidiaria que funciona de la siguiente manera. El lugar preferente es el de la ley escogida por las partes o *lex voluntatis* establecida en el Artículo 14 del mismo reglamento. Hay que entender que es muy poco probable que se de un acuerdo de esta naturaleza sobre el Derecho aplicable antes de la ocurrencia del evento dañoso, pero de darse la posibilidad, esta solución permite que sean las partes las que determinen los puntos de conexión que consideran idóneos para sus circunstancias particulares¹¹⁸⁸.

Cosa diferente es que las partes se pongan de acuerdo con relación a la ley aplicable después de la ocurrencia del evento dañoso, pero antes de iniciarse el proceso¹¹⁸⁹. Este acuerdo también es posible de acuerdo al Artículo 14. El único límite que el Reglamento Roma II impone en ese caso es que la escogencia del Derecho no vaya en detrimento de los intereses de terceros. Esto implicará una análisis comparativo entre el Derecho escogido y la ley objetivamente aplicable¹¹⁹⁰, pero que es fundamental para evitar que las víctimas indirectas del daño ambiental queden sin la reparación correspondiente.

De acuerdo al sistema contenido en el Artículo 4 del Reglamento, después de la *lex voluntatis*, correspondería aplicar la ley del lugar de residencia habitual de las

¹¹⁸⁷ SCHACHERREITER, JUDITH. «Rom II im Überblick». En BEIG, DAPHNE; GRAF-SCHIMEK, CAROLINE; GRUBINGER, ANDREA; SCHACHERREITER, JUDITH. *Rom II-VO, Neues Kollisionsrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse*. Viena, Manz, 2008, p. 2.

¹¹⁸⁸ LIMA PINHEIRO, LUIS. «Concorrência entre sistemas jurídicos Na União Europeia e Direito Internacional Privado», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, p. 399.

¹¹⁸⁹ VRELLIS, SPYRIDON. *Op. Cit.*, p. 879.

¹¹⁹⁰ GARRIGA SUAU, GEORGINA. «La autonomía de la voluntad conflictual y los accidentes de circulación por carretera transfronterizos», en FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 471.

partes, y, por último, correspondería la aplicación del principio *lex loci damni*¹¹⁹¹. El Artículo 4 también contiene una cláusula de escape que permite que, a pesar de las reglas ya señaladas, si el caso concreto tienen más puntos de conexión con el ordenamiento de algún otro Estado, se aplicará aquella ley prioritariamente. Por la forma en la que está diseñado el Artículo 4 del Reglamento, los supuestos de daños indirectos por lesiones ambientales podría significar la aplicación paralela de varios ordenamientos jurídicos.

(2) El Reglamento Roma II de 2007 también contiene soluciones pensadas para las lesiones sufridas de forma indirecta por las personas y su patrimonio que se deriven del daño al ambiente, de acuerdo al Artículo 7¹¹⁹². No obstante, aquí el sistema de asignación subsidiaria funciona de una manera un poco diferente, pues tiende a tener un carácter subjetivo, y depende, casi enteramente, de la voluntad de la víctima. La ley que preferentemente habrá de aplicarse es la escogida por las partes, siguiendo el Artículo 14. Nuevamente, es posible que esta asunción sea de carácter puramente académico¹¹⁹³. De no utilizarse, y si así lo prefiere la víctima, puede aplicarse la ley del lugar donde ocurrió el evento dañoso o *lex loci delicti commissi*. Es hasta que estas opciones queden descartadas que en realidad cabe aplicar el principio *lex loci damni*.

Esta opción subsidiaria hace que quepa la posibilidad de que una acción por daños sufridos como consecuencia de lesiones al ambiente, sea sometida a un ordenamiento mucho más proteccionista, acercándose así al principio *favor naturae* en el que tanto se insiste. Eso sí, siempre que la víctima tenga cierta conciencia ambiental, y no piense exclusivamente en sus intereses propios. Se entiende pues, que a pesar de esta ventaja, es de esperarse que la víctima tienda a escoger la *lex loci delicti*, por que ésta se adecua más a sus necesidades o le ofrece más ventajas, sobre todo si es ese lugar es donde se ubica el patrimonio del causante del daño.

Es posible que el principal beneficio de la amplitud con la que la Comisión aborda el daño por medio del ambiente en el Artículo 7, es que fácilmente puede traducirse a la posibilidad de utilizar acciones populares e incluso acciones de grupo,

¹¹⁹¹ VRELLIS, SPYRIDON. Op. Cit., pp. 878-879.

¹¹⁹² La opción que se le da a la víctima del daño de escoger la ley del lugar donde se llevó a cabo el evento dañoso en el Artículo 7, se condice con la teoría de la ubicuidad que el legislador europeo utilizó en Bruselas I bis. Una solución muy similar a la del Artículo 7 del Reglamento Roma II fue incluida en el Artículo 55 de la Ley Modelo de la OHADAC para los supuestos ambientales. Ahí también se le otorga a la víctima la posibilidad de escoger entre la ley donde se manifestó el daño, o la del lugar donde se ha producido el hecho generados de éste.

¹¹⁹³ VRELLIS, SPYRIDON. Op. Cit., pp. 878-881.

sin necesariamente forzarlas. Todo dependerá de sí el Derecho al que remite en realidad considera que esos intereses son tutelables. También será esta ley la que determine si el régimen de responsabilidad es objetiva o subjetiva¹¹⁹⁴.

377. Habiendo analizando las bondades de esta tercera opción se puede empezar a llegar a ciertas conclusiones. En función de las acciones de grupo, el anteponer la ley del lugar del evento dañoso a la ley del lugar donde se sufren los efectos del daño reduce las complicaciones prácticas de aplicación en supuestos en los que hay muchas víctimas que están físicamente ubicadas en diferentes jurisdicciones.

Desde una perspectiva puramente práctica habrá que considerar de nuevo que la solución idónea para estos supuestos sea siempre la de aplicar la ley del lugar donde ocurrió el acto u omisión generadora del daño¹¹⁹⁵, en el entendido de que, el abordaje tan práctico, implica desatender intereses puramente ambientales. Agregado a eso, también hay que considerar que, tanto el principio *lex loci damni* como el *lex loci delicti* reportan similares problemas desde la perspectiva ambiental, en el sentido de que su aplicación no se traduce necesariamente a un estándar mayor de protección al ambiente.

Idóneo sería poder encontrar una solución unificada y de naturaleza multilateral. Es posible que detrás de una decisión de ese tipo lo que se logre es alentar a los Estados parte a asegurar que los estándares de su legislación sean los más exigentes para la adecuada protección de los bienes y servicios ambientales ubicados dentro de su jurisdicción. Y como señala VRELLIS, que también pueda obligar a los Estados a ser muy cuidadosos en la definición de lo que se entiende por daño directo al ambiente y daño por medio del ambiente o indirecto¹¹⁹⁶.

Por lo que, indiscutiblemente, un instrumento con normas sustantivas será siempre una solución apta. Pero ante la ausencia de una solución de esa naturaleza, la mejor opción será un instrumento uniforme que contenga normas de conflicto, construidas de tal forma que condicionen la elección de la ley aplicable a la existencia de esos estándares más exigentes.

378. Dadas las características propias del daño al ambiente, y siendo que la normativa disponible que la regula no necesariamente ha alcanzado el mismo nivel de

¹¹⁹⁴ *Ibidem.*, pp. 875-876.

¹¹⁹⁵ OPERTTI BADÁN, DIDIER; FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. *Op. Cit.*, p. 12.

¹¹⁹⁶ VRELLIS, SPYRIDON. *Op. Cit.*, pp. 871-874.

tutela en todos los países del área, la pregunta de fondo a formularse es: ¿cómo incluir como criterio de excepción para el principio *lex loci delicti*, la más adecuada (o la más estricta) protección del ambiente entre todos los ordenamientos jurídicos que puedan estar conectados con el caso particular? Así se conservarían las ventajas prácticas ya comentadas de éste principio, pero se estaría garantizando el acceso a otras opciones más adecuadas para los intereses ambientales.

Eso precisamente es lo que parece indicar el tratamiento que le da el Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 a las instituciones desconocidas, al ordenar que cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación, y no estén contemplados en la legislación del otro Estado, el Juez del primero puede negarse a aplicar ese Derecho, salvo que haya instituciones o procedimientos análogos.

No obstante, no se puede olvidar que hasta el momento, ésta Convención sólo está vigente en Guatemala. La negativa de los demás Estados centroamericanos a suscribir y ratificar esta Convención que contiene una regla de adaptación que otorgue tanta discrecionalidad como ésta, defendiendo a ultranza el criterio de territorialidad por considerar la idoneidad de conservar la posibilidad de establecer las conductas adecuadas a ejecutarse en un territorio, es, en definitiva, un error¹¹⁹⁷.

379. Cualquier propuesta que se haga pensada en función de la adecuada tutela del ambiente, sobretodo, si se reconoce que el ambiente es un interés supra-estatal, y el daño que éste sufra no disminuye, mucho menos termina, en una frontera. Por lo que, y en tanto se cree un instrumento armonizado para resolver el conflicto de leyes en materia de responsabilidad civil por daños al y por el ambiente, lo mejor sería que los Estados de la región centroamericana ratifiquen esta Convención Interamericana de Normas Generales.

Si bien es cierto, querer condicionar la ampliación de este principio a la existencia de mejores estándares ambientales en una determinada jurisdicción, tiende a ser bastante subjetiva, tampoco lo es más que la solución contenida en el Artículo 7 del Reglamento Roma II. De hecho, una solución similar fue discutida en el marco de

¹¹⁹⁷ Hay que reconocer que para los Estados centroamericanos también implicaría romper con una tradición jurídica de ha persistido por más de un siglo, en tanto el principio de la territorialidad es una de las herencias más perdurables del Código de Andrés Bello, el que ha servido de modelo para la mayoría de los Códigos Civiles de la región. *Vid.* SAMTLEBEN, JÜRGEN. *Op. Cit.*, pp. 447-449.

la reformulación del *Third Restatement* estadounidense. En dicha ocasión el Profesor SINGER opinaba que desde su perspectiva, el criterio a utilizar para determinar el mejor Derecho era el beneficio para el demandante¹¹⁹⁸.

Aferrándose a estas consideraciones, y tratando de dar más contundencia a los argumentos que habrán de esgrimirse para defender la solución propuesta, es necesario formularse la siguiente pregunta: ¿no es apenas lógico pensar que si se entiende justificable utilizar la adecuada tutela de los intereses de un individuo como criterio determinante, lo es aún más si se utiliza como base la apropiada defensa de un interés supraindividual? La respuesta puede no estar en una fuente convencional, sino que en una de las fuentes internas de la región.

En su Artículo 8, el Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014, señala que los principios fundamentales de la comunidad internacional debe ser tomados en cuenta por el Juez, y, de entre esos, taxativamente señala al interés superior del niño y al del consumidor, así como la protección de la parte más débil y la responsabilidad ambiental. Además, se debe tomar en cuenta que la protección del ambiente también forma parte de esos principios fundamentales internacionales, si se toma en consideración todo el cúmulo de instrumentos de «*Derecho duro*» y «*Derecho blando*» que han ido apareciendo desde 1972.

380. Adicionalmente, hay otros aspectos que es necesario saldar con relación a la idea de condicionar la aplicación del *lex loci delicti commissi* a la idoneidad de los estándares ambientales:

(1) Determinar la forma adecuada en la que debería integrarse una cláusula de excepción de esa naturaleza. Para esto, hay tres opciones discernibles:

(a) Diseñar una norma de conflicto específica para los supuestos de daño ambiental transfronterizo;

(b) Adoptar un abordaje multilateral, manteniendo una norma general de conflicto para la responsabilidad extracontractual, y agregando una cláusula de escape específico para los supuestos de daño ambiental transfronterizo;

(c) Adaptar una solución al estilo de la Convención Interamericana de Normas Generales de 1979, que le permita cierta discrecionalidad al Juez para decidir qué

¹¹⁹⁸ KROPHOLLER, JAN; VON HEIN, JAN. Op. Cit., p. 329.

ordenamiento jurídico conectado al caso concreto ofrece una mejor protección a los intereses ambientales, pero dotándola de criterios objetivos para la toma de decisión.

Esta tercera opción es menos común. De decidirse por ella, es posible pronosticar algunos problemas. Por un lado, como bien lo señalan KROPHOLLER y VON HEIN, los jueces seguramente tenderían a preferir el Derecho que les es familiar¹¹⁹⁹. También es cierto que tanta discrecionalidad actúa en contra de la deseada previsibilidad. E, incluso podría decirse que permitir tanta libertad a los jueces no se condice con los postulados del análisis económico del Derecho¹²⁰⁰.

Si bien es cierto la tercer opción planteada, se condice con la idea de la justicia material propuesta por JUENGER, implicando que los litigios deberían siempre someterse a aquellos ordenamientos que ofrezcan la mejor calidad de justicia¹²⁰¹. El resultado de una aproximación de esta naturaleza es que la idoneidad de un Derecho se mide en términos materiales y no espaciales, cambiando los esquemas tradicionales¹²⁰². Es obvio, pues, que de las tres opciones planteadas, son las dos primeras las que presentan menos retos. Asumir ese tercer abordaje supondría tener que establecer cuales son los posibles criterios objetivos a ser utilizados para el juez para calificar esa idoneidad. Estos pueden abarcar aspectos tales como:

(i) Una definición amplia e integral del concepto «ambiente»;

(ii) Una definición propia del Derecho privado tanto para el daño ambiental como para el daño por medio del ambiente;

(iii) Reglas claras con relación al abuso del Derecho;

(iv) Un sistema de responsabilidad aquiliana que admita la teoría del riesgo en función de actividades riesgosas y peligrosas, y donde la exigencia de la demostración del nexo causal se haya flexibilizado lo suficiente de tal forma que este pueda presumirse siempre a favor del ambiente.

(2) La segunda opción contenida en el Reglamento Roma II pasa por establecer los criterios que el juez debe utilizar para calificar dicha idoneidad.

¹¹⁹⁹ KROPHOLLER, JAN; VON HEIN, JAN. Op. Cit., p. 329.

¹²⁰⁰ Ídem.

¹²⁰¹ JUENGER, FRIEDRICH K. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*. México, Porrúa, 2006, pp. 188-189.

¹²⁰² SYMEONIDES, SYMEON C. *Codifying Choice of Law Around the World*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 246-247.

1.2.2. El principio *lex fori* en el ámbito centroamericano

381. Una última situación que debe ser abordada en este análisis de las fuentes convencionales es la responsabilidad extracontractual que deviene de la comisión de un delito ambiental. En estos casos, la doctrina se manifiesta a favor de la aplicación de la *lex fori*, pues se entiende existe una relevante conexión entre los aspectos penales y civiles, y de ahí que deba aplicarse la misma ley, siendo esta además la ley del foro en ambos casos¹²⁰³. Quienes defienden esta solución entienden como una ventaja la obligación que se le impone al Juez que conoce del litigio de promover y resguardar los intereses propios de su jurisdicción¹²⁰⁴. Nuevamente, un criterio de sobra soberanista.

La *lex fori* ha sido utilizada sobre todo en los tratados en materia de energía nuclear. Por ejemplo, la Convención de París de 1960 sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear incluye en su Artículo 11 una previsión que somete la compensación por cualquier daño causado por un accidente nuclear y que esté regulada por dicha Convención a la *lex fori*. No obstante, se debe señalar que ninguno de los Estado de la región son miembros de la OCDE, ni han suscrito ni ratificado este instrumento. De manera similar, la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear de 1973, que sólo ha sido ratificada por Guatemala, también somete a la ley del foro competente las acciones en contra las personas que proporcionan las garantías financieras que cubren la responsabilidad por este tipo de daño.

El Código de Bustamante de 1928 en su Artículo 167 señala que las obligaciones originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan. Al obviar ser específico con relación a los factores de conexión de carácter personal, y al apoyarse demasiado en el principio del orden público internacional, permite a los Estados Parte aplicar su propia normativa interna. Este

¹²⁰³ GARDEÑES SANTIAGO, MIGUEL. «La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho Internacional Privado», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Núm. 0, 2000, pp. 165-166.

¹²⁰⁴ PELLEGRINI RIPAMONTI, PEDRO. «Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en el sistema anglosajón», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Núm. 1, 1996, p. 187.

abordaje tiene un efecto similar al que se buscó en las Convenciones arriba señaladas, haciendo que, al final, la única opción viable sea la aplicación del derecho del foro¹²⁰⁵. Lo anterior implica que, de acuerdo a este principio, para ejercer una acción civil en el marco de un proceso penal es necesario que las normas de competencia en esta materia, confieran jurisdicción a los tribunales del foro para conocer de la acción civil, y que permitan también la acumulación de ambas acciones¹²⁰⁶.

No obstante, la ley del foro sólo es una solución adecuada si continene la posibilidad de litigar en masa, por lo que, de optarse por ella, debe existir una cláusula de escape que los redirija al foro más adecuado. Agregado a esto, es innegable que la ventaja de usar esta solución es que no habrá contradicción entr las lógicas subyacentes entre la ley sustantiva aplicable y la ley procesal del foro, porque se estaría aplicando la legislación del mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, más llá de esas ventajas prácticas, no hay en realidad ninguna garantía de que el sistema de responsabilidad civil extracontractual disponible, ofrezca las mejores opciones para el daño ambiental transfronterizo, así como tampoco hay seguridad de que ese ordenamiento jurídico ofrezca los mejores estándares ambientales.

1.3. Fuentes Internas de Normas de Conflicto

382. Ante las limitadas opciones consideradas por la mayoría de los legisladores centroamericanos, valdría retomar la propuesta hecha por OPERTTI BADÁN Y FRESNEDO DE AGUIRRE, quienes consideran que los criterios que determinen la ley aplicable para supuestos de responsabilidad extracontractual deben ser amplios. Sugieren estos autores que lo idóneo es que se pueda escoger entre la ley del lugar donde ocurrió el acto o la omisión generadora del daño, la ley del lugar donde se produjo el daño, o la ley del lugar donde las partes involucradas estén domiciliadas. Y en el caso de aquellos supuestos donde los efectos sean sufridos simultáneamente en

¹²⁰⁵ MAEKELT, TATIANA B. Op. Cit., p. 30.

¹²⁰⁶ GARDEÑES SANTIAGO, MIGUEL. Op. Cit., pp. 171-172 y SIQUEIROS, JOSÉ LUIS. «La ley aplicable y la jurisdicción competente en casos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.II, 2002, p. 190.

diferentes jurisdicciones, estos autores recomiendan se aplique la ley del lugar donde ocurrió el acto u omisión generadora del daño¹²⁰⁷.

Las fuentes internas centroamericana recogen esas tres mismas opciones además del ya muy tradicional principio del *lex rei sitae*. En este apartado se hará referencia a dicho principio, así como a la otra opción de la que aún no se ha hecho referencia: la ley determinada a partir del domicilio del causante.

1.3.1. El Principio *lex rei sitae* en las fuentes internas centroamericanas

383. Como se ha señalado ya, para el Derecho de daños, el criterio clásicamente utilizado por las normas de conflicto es el de la territorialidad¹²⁰⁸. Dicho principio normalmente se ha traducido a la utilización del el Derecho del lugar donde ha ocurrido el daño, o el Derecho de la situación de los bienes o *lex rei sitae*¹²⁰⁹. Este principio también ha sido considerado en el ámbito europeo al insertarlo como un foro exclusivo en el Artículo 24.1 del Reglamento Roma II, para regular lo referente a los derechos de propiedad, y no para el Derecho de daños.

En Centroamérica, en cambio, ha sido este segundo abordaje el que ha predominado. El principio *lex rei sitae* se encuentra considerado tanto en los Códigos Civiles de El Salvador de 1859 (Artículo 16), de Honduras de 1906 (Artículo 14), y de Costa Rica (Artículos 24 y 25), así como en la Ley del Organismo Judicial de Guatemala de 1989 (Artículo 27). Aunque igual que en Europa, normalmente se entiende que la aplicación de este principio se refiere a casos en que se debata sobre el ejercicio de derechos reales, podría flexibilizarse su interpretación y utilizarse en los casos de menoscabos a esta suerte de cosas, como sucede ya en el caso específico de las inmisiones.

¹²⁰⁷ OPERTTI BADÁN, DIDIER; FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. Op. Cit., p. 12.

¹²⁰⁸ Vale decir que la tendencia de favorecer a la territorialidad ha comenzado a cambiar en algunas jurisdicciones, cediéndole espacio al del estatuto personal del causante o de la víctima. Vid. SYMEONIDES, SYMEON C. «Territoriality...» Op. Cit., pp. 402.

¹²⁰⁹ VRELLIS, SPYRIDON. «The law applicable to he environmental damage. Some remarks on Rome II Regulation». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 870.

Incluso, en el ámbito europeo aún no está totalmente claro cual es la frontera entre la aplicación del *lex loci delicti* contenido en el Artículo 7, y el *lex rei sitae* contenido en el Artículo 24, ambos del Reglamento Roma II. Si bien el primero de estos principios normalmente debería ser utilizado para la protección contra el daño a la propiedad o para los interdictos, y el segundo con fines puramente reivindicatorios, es perfectamente posible que la interpretación que se hace del principio *lex rei sitae*, permita que se utilice de manera autónoma para la calificación de acciones relacionadas para hacer cesar interferencias con relación al dominio de ciertos bienes, sobre todo cuando esas amenazas son transfronterizas¹²¹⁰.

384. Esas líneas tan difusas son exactamente las mismas que se observan en el tratamiento utilizado en los Códigos Civiles para los daños propiamente dichos, las inmisiones. En realidad, lo que cambia es la perspectiva. El primer principio trata al fenómeno desde la actividad dañosa; y, la segunda, desde la perspectiva de las cosas afectadas por dichas actividades. De ahí que, igual que sucede en el Derecho Civil, la misma flexibilidad debería ser dispensada en función de la noción del *favor naturae*, sobre todo porque es fácil identificar la ubicación del inmueble con el lugar del resultado del daño, y por lo tanto con la actividad dañosa.

Este abordaje ha sido comentado ya por, FACH GÓMEZ quien refiere como en Alemania se ha aplicado el principio *lex rei sitae* para resolver disputas de esta naturaleza cuando han resultado afectados bienes inmuebles¹²¹¹. Los conflictos por ella referidos, fueron los causados por la contaminación sónica producida en el aeropuerto de Zurich. De hecho, la aplicación de este principio se ha utilizado en los casos de contaminación que devienen de las relaciones de vecindad.

El Artículo 15.d. del Reglamento Roma II señala que la *lex causae* se utilizará para determinar las medidas que puede adoptar el Tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño. Sin embargo, dicha posibilidad queda limitada a los poderes que la *lex fori* le haya atribuido. Es decir, dependerá de si la

¹²¹⁰ VON HEIN, JAN. Op. Cit., p. 253.

¹²¹¹ ROMY relata que ROSSBACH opta por la aplicación de la ley de lugar donde se ubica el inmueble contaminado en el derecho alemán, porque lo identifica con el lugar del resultado. La resolución del caso arriba citado se puede encontrar en la LG Waldshut-Tiengen 11.2.1982. Vid. FACH GÓMEZ, KATJA. «The law applicable...Op. Cit., p. 295 y ROMY, ISABELLE. *Les pollutions transfrontières des eaux: l'exemple du Rhin, moyens d'action des lésés*, Laussane, Payot, 1990, p. 131.

ley del foro contempla la posibilidad de las acciones colectivas de cesación para que ésta pueda ser aplicada¹²¹².

1.3.2. La ley del domicilio del causante del daño

385. El Código de Derecho Internacional Privado panameño, a diferencia de lo que se observa en la mayoría de las fuentes disponibles en la región, sean esta internas o convencionales, no ofrece una regla general para la responsabilidad extracontractual¹²¹³. Pero, sí proporciona normas de conflicto para supuestos específicos. Estas normas normalmente se basan en la *lex loci delicti comissi*, en la *lex loci damni* y en la ley del domicilio del causante¹²¹⁴.

Esta opción del domicilio del causante se condice con un modelo propio del sistema anglosajón denominado «*foreign direct liability*», por medio del cual se aplica la ley del domicilio de las multinacionales aún y cuando el daño ha sido causado por una de sus subsidiarias en el extranjero o está relacionado con las operaciones de ésta. Este principio fue utilizado en el precedente *Lubbe and others vs. Cape Plc*¹²¹⁵, ya anteriormente referenciado.

1.4. El Dépeçage en los Supuestos de Acciones de Grupo por Daño Ambiental Transfronterizo

386. Hay una realidad que no puede ser desatendida, y es que no todos los litigios por daño ambiental devienen de la comisión de un solo acto. Cuando las lesiones son efecto de múltiples causas, el Tribunal se verá forzado a analizar cada

¹²¹² JIMÉNEZ BLANCO, PILAR. «Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XI. Madrid, Iprolex, 2011, p. 125.

¹²¹³ No obstante, el Código de Procedimientos Marítimos de Panamá, en su Artículo 577 sí establece el principio *lex loci delicti comissi* como rector de la responsabilidad civil extracontractual en litigios internacionales.

¹²¹⁴ El Artículo 120 del Código de Derecho Internacional Privado panameño establece para los supuestos de responsabilidad extracontractual causada por cosas ajenas o derivadas de tecnología o productos químicos, de fabricación elaborada en el extranjero, basada en la ley del productos o fabricante, y en su defecto de la *lex loci damni*. También se utiliza la *lex loci damni* para definir la ley aplicable en supuestos de responsabilidad individual o profesional.

¹²¹⁵ MARANGOS, HERMES. Op. Cit., pp. 98-101.

una de estas por separado, pudiendo llegar a suceder que cada uno de ellas genere conflictos de leyes diferentes. Esta situación podría ser resuelta de dos formas:

(1) Aplicando la misma ley a todas las causas;

(2) Operando las normas de conflicto para cada uno de ellos, pudiendo resultar en la aplicación de una multiplicidad de ordenamientos en un mismo litigio.

El comprender de que un litigio está conformado por diversos aspectos que pueden ser gobernados por diferentes leyes, dependiendo de los interés que los estados involucrados puedan tener en ellos, es lo que normalmente se conoce como *dépeçage*¹²¹⁶. Su utilización de alguna forma recuerda la actividad del «*Praetor Peregrinus*», encargado de resolver disputas entre romanos y extranjeros. Este funcionario cuasi-judicial no escogía entre uno de los Derechos propios de las partes, sino que construía y aplicaba para cada litigio, una nueva norma sustantiva, que se derivaba de la combinación de las leyes propias de todas las partes involucradas¹²¹⁷.

387. En el *Civil Law*, la figura del *dépeçage* ha tenido mayor cabida en el ámbito contractual, no obstante en los Estados Unidos de Norte América esta figura se ha utilizado ampliamente en materia de daños. De hecho, hasta el siglo XIX, en esa jurisdicción se aplicaba únicamente el principio *lex loci delicti*. Posteriormente, los Tribunales estadounidenses comenzaron a utilizar una teoría denominada «*Centre of Gravity*» para determinar la ley aplicable. La aplicación de esta teoría implicó racionalizar los supuestos de hecho de una forma diferente con el propósito de alcanzar un óptimo resultado práctico, trasladando el control a la *lex fori*¹²¹⁸. El Juez que conoce del litigio, tendrá después que evaluar cuales son los puntos de contacto más significantes.

SYMEONIDES señala que en los ordenamientos jurídicos codificados, se puede distinguir tres tipos diferentes de *dépeçage*:

(1) El primer tipo es el *dépeçage* de orden legislativo o estatutario, que en el Derecho continental se conoce más bien como fragmentación, diferenciación o ramificación.

¹²¹⁶ SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law*... Op. Cit., p. 125.

¹²¹⁷ *Ibidem.*, p. 3.

¹²¹⁸ ONG, ALLAN VERMAN YAP. «Issues in the application of *Dépeçage* in Chinese Private International Law», en *Chinese Journal of International Law*. Vol. 8. Núm. 3, 2009, p. 641.

(2) El segundo tipo es el judicial, que normalmente resultará cuando el Juez deba resolver las cuestiones incidentales, aplicar normas imperativas, utilizar el concepto del orden público, e implementar las cláusulas de escape. En el caso específico de las cuestiones incidentales en el ámbito interamericano, es posible prever el *dépeçage* como resultado de la aplicación del Artículo 8 de la Convención de Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, cuando ésta señala que las cuestiones previas o incidentales no necesitan ser resueltas con la ley aplicable a la cuestión principal.

(3) El último es el *dépeçage* voluntario o subjetivo. No obstante reconoce que su utilización en este tipo de ordenamientos es excepcional, pues normalmente el *Civil Law* se muestra hostil a una solución de esta naturaleza, al asumir que su aplicación por la vía judicial podría resultar ser indisciplinada e inapropiada. No obstante, señala el autor, incluso en el Reglamento Roma II, donde siempre se está abogando por la pertinencia de soluciones integrales, es posible observar que inevitablemente el legislador europeo tuvo que recurrir a la fragmentación.

El autor comenta que uno de los tantos ejemplos es el Artículo 4 del Reglamento. Su redacción no se refiere al «daño», sino que a las «obligación generada por el daño». Esto podría implicar que en aquellos supuestos donde son varias las víctimas, y estas tienen su residencia habitual en diferentes jurisdicciones, terminaría aplicándose diferentes Derechos para gobernar estas obligaciones. Lo mismo sucede con el Artículo 14 del instrumento, pues nada en la construcción del Artículo impide que las partes elijan una elección parcial del Derecho aplicable, o, ¿por qué no? múltiples Derechos¹²¹⁹.

388. En el entendido de que sean varias las leyes aplicables para una misma relación jurídica, la Convención Interamericana de Normas Generales de 1979, siguiendo al Artículo 4 del Reglamento Roma II, manda que estas se apliquen armónicamente, en procura de las finalidades por ellas perseguidas, utilizando la equidad como criterio determinante, de acuerdo al Artículo 9. Desde la perspectiva de los teóricos estadounidenses, lo que el legislador continental quiso decir con la redacción del Artículo 9 es que una figura como el *dépeçage* no debería ser utilizado si hacerlo resulta en un cumulo de soluciones negativas, que producen un resultado

¹²¹⁹ SYMEONIDES, SYMEON C. *Codifying Choice of Law...* Op. Cit., pp. 224-235.

que no está contemplado en los ordenamientos de los Estados involucrados. Las soluciones que devengan del análisis de elemento por elemento deben ofrecer respuestas congruentes con los Derechos comprendidos por el litigio.

No obstante, el legislador continental al redactar el Artículo 9 de esa manera, ha abierto las puertas a aplicaciones aún más flexibles, como la alcanzada en los Estados Unidos en el caso *Babcock v. Jackson*¹²²⁰, al que se hizo referencia al principio de este Capítulo, y que también permiten desembarazarse de doctrinas demasiado territoriales como la *lex loci delicti*, de maneras aún más eficientes, sin necesidad de abandonarlas del todo¹²²¹. En esa ocasión, el Tribunal señaló que la diferenciación de los elementos que forman parte del litigio puede ser sometido a soluciones también diferenciadas, debiendo hacerse un análisis «*issue-by-issue*». En el caso de marras el Tribunal se refirió específicamente a diferenciar aquellas situaciones que se referían a la regulación de conductas de las puramente compensatorias¹²²². Las primeras deberían someterse a criterios territoriales, mientras que las segundas no necesariamente¹²²³.

Este precedente puede perfectamente ser la justificación para proponer un sistema normativo mucho más comprensivo, que permita combinar los elementos más sobresalientes, tanto desde la perspectiva de la tutela ambiental, como de los intereses de grupo, a la vez que asegure el adecuado acceso a la justicia para las víctimas. No obstante la propuesta que aquí se plantea se diferencia del abordaje de *Babcock v. Jackson* en que en él, los estándares ambientales, a pesar de ser normas reguladoras de conducta, no se someterán necesariamente a un criterio territorial, sino que al del mejor Derecho.

De hecho, esta combinación de normas jurídicas ya opera a cierto nivel, pues varios elementos que forman parte del litigio pueden estar gobernados por diferentes normas. Por ejemplo, en el caso de las acciones de grupo está claro que habrá situaciones relacionadas con la prueba que estarán gobernadas por la norma sustantiva, como ser la existencia y origen del daño, la relación de causalidad, la

¹²²⁰ *Babcock v. Jackson*, 191 N. E. 2d 279 (N. Y. 1963).

¹²²¹ SYMEONIDES, SYMEON C. *Codifying Choice of Law*...Op. Cit., p. 220.

¹²²² SYMEONIDES señala que las normas que regulan la conducta son aquellas que tienen un efecto profiláctico, teniendo como propósito prevenir la ocurrencia del daño, mientras que las compensatorias tienen como objetivo principal, prohibir, asignar o limitar la responsabilidad después de que ha acontecido el daño. *Vid.* SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law*...Op. Cit., p. 187.

¹²²³ *Ibidem.*, pp. 125-126.

culpabilidad del demandado, el valor y la forma adecuada de la reparación, por corresponder estas a una *ratio* material. La manera en la que éstas están reguladas en los diferentes ordenamientos centroamericanos para juicios donde no haya elementos de extranjería fue el objeto de estudio del Capítulo 1.

389. Sin embargo, hay otras situaciones más operativas, que estarán regulados por las leyes procesales, como ser la carga de la prueba, la admisión de la prueba y la libertad que se le otorga al Juez para su análisis¹²²⁴. En este caso, normalmente se aplicará el principio *lex fori regit processum*. Este principio supone que las reglas de la prueba son formuladas por el legislador basados en criterios puramente procesales, y que, por ese motivo, quedan sujetas a la norma procesal¹²²⁵.

Ahora bien, si se examinan los diferentes ordenamientos jurídicos para determinar si hay disposiciones relativas a cuál ley debe gobernar cuáles aspectos relacionados con la prueba, es evidente que no es una preocupación de los legisladores del área. El legislador panameño es el único que se ha interesado de regular algunos aspectos en el Código de Derecho Internacional Privado de 2014, tales como: (1) la ley que rige la forma en la que se practica la prueba, (2) la ley de la que depende la apreciación de la prueba por parte del juez, (3) la ley que rige los medios probatorios, (4) la ley que rige las presunciones, y (5) la ley que regula la prueba indiciaria.

Empero, al analizar el sistema convencional de fuentes de Derecho Internacional privado disponibles en Centroamérica, la situación es un poco más alentadora, pues el Código de Bustamante de 1928, sí señala cuál es la ley que gobernará diferentes elementos relacionados con la prueba. Por ejemplo, de acuerdo al Artículo 398 de este instrumento, la carga de la prueba es determinada por la ley que rige la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil. En este caso específico, eso significa que estará regido por la ley que rige el daño. Es obvio, a partir de lo anterior, que la distribución de la carga está determinada por la *lex fori*. Esto quiere decir que la posibilidad de apartarse del modelo tradicional y de utilizar una distribución distinta de la carga de la prueba, sólo podrá eventualmente suceder cuando las acciones de grupo sean iniciadas en Honduras o Nicaragua.

¹²²⁴ STRENGER, IRINEU. Op. Cit., p. 187.

¹²²⁵ FEUILLADE, MILTON C. Op. Cit., p. 61.

390. A diferencia del régimen de la carga de la prueba, el régimen de presunciones¹²²⁶ está sujeto a la *lex causae*¹²²⁷, según el Artículo 406 del Código de Bustamante. Ahí se establece que las presunciones derivadas de un hecho se sujetan a la ley del lugar en el que sea realiza el hecho del cual se originan¹²²⁸.

Pero el Código de Bustamante de 1928 no se detiene ahí. De acuerdo a este instrumento, la admisión y eficacia de la prueba de las obligaciones, estará regulada por la ley que rija la obligación misma (Artículo 172); los medios probatorios estarán gobernados por la ley del lugar en el que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar (Artículo 399); y, la práctica de la prueba (Artículo 400), la apreciación de la prueba por el juez (Artículo 401) y la prueba indiciaria (Artículo 407), están determinadas por la ley del foro.

391. La conclusión de lo anterior es que, en los supuestos de los litigios plurilocalizados habrá que atender tanto a la *lex fori* como a la *lex causae* para resolver los problemas que aparezcan vinculados con la obtención de la prueba. Pero, además, y sobre todo, si estos juicios plurilocalizados involucran a Panamá, o a alguno de los Estados que son parte del Código de Bustamante, exigirá que las partes litigantes estén familiarizadas con los diferentes ordenamientos jurídicos, sino que además con las características propias de las dos tradiciones jurídicas a los que estos ordenamientos pertenecen.

Algo similar sucede con los actos procesales de mero trámite gestionados por medio de la cooperación judicial internacional para ser utilizados en un litigio plurilocalizado. En algunos casos podrán estar regidos por la ley del fuero, en otros por la ley de la autoridad requirente, y en algunos casos incluso podrán ser regidos por la ley de algún otro Estado que de alguna forma esté conectada con el domicilio.

Es el mismo caso con algunos aspectos relacionados con la aplicación de medidas cautelares en juicios plurilocalizados. Por ejemplo, de acuerdo al Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, el solicitante de la medida cautelar está obligado a prestar una garantía, la que se registrá

¹²²⁶ Es necesario diferenciar el régimen de presunciones de los medios probatorios, pues estas no constituyen medios de prueba en sí, sino parte de la operación probatoria llevada a cabo por el Juez. Vid. FÁBREGA P., JORGE. *Estudios Procesales*, Tomo II, Panamá, Editorial Jurídica Panameña, 1988, p. 865.

¹²²⁷ FEUILLADE, MILTON C. Op. Cit., p. 61.

¹²²⁸ Esta misma disposición ha sido incorporada en el Artículo 176 del Código de Derecho Internacional Privado vigente en Panamá.

por la ley del cumplimiento de la medida, que no necesariamente es el del foro. Además, de acuerdo a esta misma Convención, la ley aplicable para la emisión de dichas medidas, son los del lugar del proceso o *lex fori*. Sin embargo, para su ejecución y garantía, la ley será la del lugar donde se solicita su cumplimiento o *lex deligentiae*. Lo anterior incluye las modificaciones de las medidas cautelares, así como las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas, de acuerdo al Artículo 4. Mientras que, de acuerdo al Artículo 5, las tercerías serán resueltas de acuerdo a la ley del Juez que conoce de lo principal.

2. La Aplicación del Derecho Extranjero en el Ámbito Centroamericano

392. Muchos de los problemas que persisten en los sistemas de responsabilidad civil extracontractual de las fuentes centroamericanas quedarán aún más evidenciados cuando los órganos jurisdiccionales de un Estado se vean compelidos a aplicar el Derecho sustantivo de otro Estado. Esto se verá exacerbado por un sistema de fuentes que no aclara ni el ámbito ni los límites de aplicación del Derecho rector, a diferencia de lo que sucede en el modelo español o en el Reglamento Roma II, por ejemplo.

Al contrario, las soluciones disponibles son sumamente liberales. Por ejemplo, el Artículo 9 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 reconoce que diversas leyes pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, y manda a que se apliquen armónicamente, teniendo el cuidado de realizar todas las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Y, en caso de conflicto, éste deberá resolverse atendiendo a la equidad.

Las fuentes doctrinales parecen no sentirse cómodas con tanta amplitud. De hecho, su posición normalmente tiende a ser la opuesta. REHBINDER comenta cuales son los elementos más evidentes para los que es necesario establecer el ámbito de aplicación del Derecho extranjero. Para el autor, son las diferencias entre los estándares de cuidado y seguridad, así como la relevancia que deberían tener las licencias ambientales para determinar la existencia o no de responsabilidad, siguiendo la idea de la tolerabilidad como factor eximente.

Definir el ámbito de aplicación es importante, previendo que seguramente relucirán ciertas diferencias conceptuales como las modalidades heterogéneas de responsabilidad por culpa disponibles en los diferentes ordenamientos, e incluso la posibilidad de aplicar o no la teoría del riesgo en situaciones específicas. Precisar el ámbito de aplicación de este Derecho también podría incluir regulaciones procesales que puedan estar contenidas en la norma sustantiva, tales como la inversión de la carga de la prueba, etc.¹²²⁹.

2.1. El Abordaje de las Fuentes Convencionales

393. La doctrina señala tres enfoques que pueden ser utilizados para la aplicación del Derecho extranjero a un caso concreto. El primero es el del método comparativo¹²³⁰, el segundo es el del acudir a él por medio de la utilización de normas de conflicto, y el último es el tratamiento del Derecho extranjero como un hecho o dato. Las dos últimas posibilidades vienen del Derecho Internacional Privado¹²³¹, y son precisamente los que serán analizados a continuación.

Normalmente en las fuentes convencionales se podrá encontrar soluciones que se basan en estos dos últimos enfoques: asumir el Derecho como una cuestión de hecho, o acudir a él por medio de reglas de conflicto, tiene que ver con el vínculo que cada una de estas fuentes tenga con el principio de la soberanía estatal. De tal suerte que, tratar el Derecho extranjero como una cuestión puramente fáctica se condice enteramente con este principio, el que –hay que decirlo– resulta completamente anacrónico en esta realidad globalizada, y que además confunde criterios publicistas con criterios *ius privatistas*. Calificar un conflicto de leyes como un conflicto de soberanías es una posición que para estos tiempos debería estar totalmente

¹²²⁹ REHBINDER, ECKARD. «Extra-territoriality of pollution control laws». En HANDL, GÜNTHER; ZEKOLL, JOACHIM; ZUMBANSEN, PEER (Editores). *Beyond territoriality. Transnational legal authority in an age of globalization*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 149-150.

¹²³⁰ De acuerdo a FERRANTE, la expresión «Derecho Comparado» es un tanto ambigua, pero puede entenderse de tres formas diferentes: como el estudio de un sistema jurídico extranjero sin hacer referencia a otro sistema jurídico, como una simple comparación entre dos sistemas jurídicos, o como la utilización del Derecho extranjero como fuente de soluciones viables para problemas concretos. *Vid.* FERRANTE, ALFREDO. «Entre Derecho comparado y Derecho extranjero. Una aproximación a la Comparación Jurídica», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, No. 2, p. 605.

¹²³¹ SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. *Op. Cit.*, p. 35.

superada¹²³². Además de esto, una aproximación tan territorialista presenta serias desventajas, pues su aplicabilidad depende de que las partes logren aportarlo como prueba en juicio¹²³³.

Por su parte, la utilización de normas de conflicto que obligan a acudir al Derecho extranjero, implica no sólo reconocer a este Derecho, su calidad de norma jurídica, sino que además, aceptar una eficacia extraterritorial si bien es cierto limitada, no menos eficaz. Esto es así porque dicho reconocimiento nada tiene que ver con someterse a su *imperium*. El efecto de éste enfoque es la aplicación del principio «*Jura Novit Curia*», haciendo que el Juez que conoce del litigio tenga no sólo la obligación de aplicar dicho Derecho, sino que conocerlo, incluso si eso conlleva investigarlo¹²³⁴.

Esta posición, igual que la anterior, también ha recibido críticas por parte de la doctrina. Algunos comentadores han considerado como un error darle el mismo tratamiento a la norma extranjera que a la norma interna, y se decantan más bien por un Derecho Internacional privado en el que predominen las normas sustantivas de origen convencional¹²³⁵.

394. De hecho, el problema planteado con el reconocimiento del Derecho extranjero como norma jurídica no es menor. Claramente la mayor dificultad radica en la extensión de la comprensión que el Juez pueda tener del Derecho del otro Estado, a pesar que éste pertenezca a la misma tradición jurídica, situación que se verá agravada en aquellos casos en los que el Derecho a aplicar pertenezca a una tradición diferente.

No obstante, no toda la literatura especializada asume una posición tan crítica frente a este abordaje. FENTIMAN comenta algunos argumentos favorecedores señalados por la doctrina, los que también merecen ser tomados en consideración. Señala el autor que independientemente de lo remoto que un ordenamiento jurídico pueda ser de otro, el razonamiento lógico que seguramente se utiliza en ellos no difiere significativamente. También, reconoce que hay una moneda de curso en el

¹²³² ROJAS TAMAYO, DANIEL MIGUEL. Op. Cit., p. 870.

¹²³³ SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. Op. Cit., pp. 35-36.

¹²³⁴ *Ibidem.*, p. 58.

¹²³⁵ CARVALHO DE VASCONCELOS, RAPHAEL. «Premissas fundamentais do Direito Internacional Privado». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 37.

Derecho y en el razonamiento jurídico, que se basa en un discurso conceptual común, que además es real, aunque no siempre aparente¹²³⁶.

Este intercambio de opiniones es importante, pues sirve para contextualizar la solución propuesta por el Código de Bustamante. El Artículo 408 del Código establece que los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás Estados Parte. Lo anterior no es óbice para que, de acuerdo al Código, las parte puedan justificar el texto, vigencia y sentido del Derecho extranjero cuando lo invoquen o cuando disientan de él, de acuerdo al Artículo 409. Para tal fin, el mismo Artículo establece el mecanismo a utilizar, siendo este una certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, la cual deberá presentarse debidamente legalizada. Es claro que con estos preceptos, el Convenio se decanta por ver al Derecho extranjero como lo que es, una norma jurídica, y no como una cuestión de hecho.

395. Además, de acuerdo al Código, el órgano jurisdiccional está autorizado a actuar de oficio en caso de que faltaren los medios de prueba adecuados, o habiéndolos, estos resultaren insuficientes. Esa actuación de oficio implicará solicitar por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable, de acuerdo al Artículo 410. Esto además aclara que el Convenio pretende que el Derecho extranjero, como Derecho que es, sea aplicado conforme a la lógica del ordenamiento jurídico al que pertenece y no a la que el Tribunal que lo esté aplicando lo quiera dar.

Para lo anterior, el Convenio establece una obligación a los Estados parte en el Artículo 411, por medio de la cual quedan obligados a suministrar a los demás Estados parte esta información, a la mayor brevedad posible. La información solicitada deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.

También prevé el Código de Bustamante la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales en aquellos casos en que esta se base en la aplicación inadecuada del Derecho extranjero. A tal efecto señala el Artículo 412 que donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente en los Estados Parte,

¹²³⁶ FENTIMAN, RICHARD. «Foreign Law and the *Forum Conveniens*», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 278-279.

podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional.

396. El Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado asume una posición similar a la del Código de Bustamante, aunque en su redacción omite utilizar la frase «*de oficio*». En ésta se establece la jerarquía de las normas para determinar el Derecho aplicable para situaciones en las que haya elementos de extranjería, señalando que prevalecerá dicha Convención y los demás Tratados Internacionales de la materia por sobre las reglas de conflicto de su derecho interno.

Pareciera que, igual que el Código de Bustamante, esta Convención resuelve que el Derecho extranjero sea tratado como norma jurídica y no como una cosa de hecho, aunque a diferencia de aquel, establece algunas excepciones. Es así que el Artículo 2, fija la obligación de los jueces y autoridades de los Estados parte de aplicar el Derecho extranjero, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

Es obvio que cuando el Artículo 2 utiliza la frase «*existencia y contenido*» está implicando que no se limita a la aplicación exclusiva de la norma, sino que a todo el bagaje doctrinario y jurisprudencial que la acompaña y, sobre todo, la lógica propia de la tradición a la que pertenece¹²³⁷. Esto coincide con el Convenio del Consejo de Europa acerca de la información sobre el Derecho extranjero¹²³⁸. Como se ha repetido una y otra vez a los largo de este trabajo, la primer dificultad que hay que valorar en este sentido dentro de la región, es que uno de los Estados pertenece a la tradición del *Common Law*, y no a la del Derecho continental o *Civil Law*, como sucede con los otros seis.

¹²³⁷ SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. Op. Cit., p. 52.

¹²³⁸ Este Convenio, también conocido como el Convenio de Londres, obliga a las partes contratantes a proporcionar la información correspondiente a su derecho privado sustantivo y adjetivo, así como a lo referente a su organización judicial. Esto implica que los Estados parte deberán nombrar un órgano especializado que se encargue de diligenciar y responder a las solicitudes recibidas al respecto. No obstante, la información, que deberá ser objetiva e imparcial, provendrá de los Tribunales y no de dicho organismo. Esta deberá ser integral de tal forma que no se limita exclusivamente a la normativa, sino que podrá acompañarse de doctrina especializada y jurisprudencia aplicable. De los Estados centroamericanos, Costa Rica ha sido el único en adherirse, el 15 de marzo de 1976. El Convenio entró en vigor para este país en junio del año siguiente. Vid. COE, Consejo de Europa. Convenio acerca de la información sobre derecho extranjero, Londres, 1968. Disponible en: <http://www.coe.int>

No obstante, hay posiciones disonantes como la DREYZIN DE KLOR, quien considera que la redacción del Artículo 2 de esta Convención, en realidad la acerca más al postulado de GOLDSCHMIDT de la «*Teoría del Uso Jurídico*», dándole al Derecho extranjero la calidad de un hecho notorio, del que cualquier persona puede informarse de manera fidedigna¹²³⁹. Esta autora parece coincidir con TELLECHEA BERGMAN, quien es de la opinión que no se le debería asignar mayor significancia a este Derecho de la que realmente tiene, en tanto el juez o tribunal de un Estado posee igual libertad de fallar que el del otro. De ahí que las pautas proporcionadas por el Derecho referido deben ser atendidas, pero no debe ser tenidas como una camisa de fuerza, pues el juez debe de poder realizar aún en esas circunstancias su función valorativa¹²⁴⁰.

Sin embargo, a diferencia de los que sucede en el Código de Bustamante, esta Convención Interamericana de Normas Generales no señala cuáles son los instrumentos probatorios a utilizar en estos supuestos, sino que esto será regulado posteriormente por la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero¹²⁴¹, y sobre la que se profundizará más adelante.

397. Habiendo establecido la posición de las fuentes con relación a la naturaleza que se le reconoce al Derecho extranjero aplicable, es necesario analizar cuales son los problemas que se podrían generar al emplearlo en acciones de grupo por daño ambiental transfronterizo, como resultado de utilizar algunos de los principios referidos en el apartado anterior, como criterio para determinar la ley aplicable. REHBINDER hace referencia al vínculo que tendrá el régimen de responsabilidad por daños que se aplique para resolver el fondo de la demanda, con las normas de Derecho Público que regulen estándares ambientales. En el caso de que

¹²³⁹ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional Privado...* Op. Cit., pp. 222-223.

¹²⁴⁰ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. «Aplicación e información del derecho extranjero a nivel interamericano y especialmente uruguayo». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, p. 279.

¹²⁴¹ La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero fue adoptada en Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979 en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), entrando en vigor el 14 de junio de 1980. Ha sido suscrita por todos los Estados de la región salvo Belice y Nicaragua, sin embargo, Guatemala es el único Estado de la región que la ha ratificado, estando vigente en ese país desde 1987. En ella se establecen los elementos que deberán contener las solicitudes sobre elementos probatorios o sobre su Derecho, cuando éste deba ser considerado en un proceso plurilocalizado. También establece cuales son las autoridades encargadas de su diligenciamiento. *Vid.* OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>

la acción deba someterse a la ley del lugar de la conducta dañosa, señala que el foro sí estará obligado a considerarlos, pues estas normas de Derecho Público también forman parte del Derecho extranjero aplicable.

No obstante, el autor no tiene absoluta certeza de que el foro también deba considerar como vinculante una licencia ambiental extendida en el país cuya legislación se está aplicando¹²⁴². Y probablemente no deba hacerlo, pues ya se dejó establecido en el Capítulo 1 que poseer una licencia ambiental no exime a nadie de responsabilizarse por los daños causados. Ahora, frente a una acción de cesación, la licencia ambiental si pudiera ser un obstáculo, pues todo dependerá de la eficacia civil de las autorizaciones administrativas según el Derecho del Estado de origen¹²⁴³. El principal problema sería que la emisión de estas licencias se considere una cuestión de orden público.

Ahora bien, si se opta por implementar la cesación a pesar de la existencia de la licencia, lo que se pone en juego en realidad es la efectividad de la sentencia, pues, seguramente, ésta no será reconocida en la jurisdicción donde fue emitida la licencia en caso de que sea necesario tramitar ahí su reconocimiento y ejecución. Este problema sin duda se vería resuelto si el procedimiento de evaluación del impacto ambiental, así como el trámite administrativo para el otorgamiento de licencias ambientales para actividades susceptibles a causar efectos transfronterizos también estuviera armonizado, como se ha propuesto en el Convenio de Espoo sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, adoptado en 1991¹²⁴⁴.

Promisoriamente, en el año 2002 los Ministros de Ambiente centroamericanos adoptaron el Acuerdo para el Fortalecimiento de los Sistemas de Evaluación del Impacto Ambiental en Centroamérica¹²⁴⁵, el cual atiende el tema del daño

¹²⁴² REHBINDER, ECKARD. Op. Cit., pp. 150-153.

¹²⁴³ JIMÉNEZ BLANCO, PILAR. Op. Cit., p. 138.

¹²⁴⁴ Vid. ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, Espoo, 1991. Disponible en: <https://www.unece.org>

¹²⁴⁵ SICA, Sistema de la Integración Centroamericana, Acuerdo para el Fortalecimiento de los Sistemas de Evaluación del Impacto Ambiental en Centroamérica, San José, 2002. Disponible en: <https://portals.iucn.org>

transfronterizo. En él se comprometen a la elaboración de un Convenio en la materia¹²⁴⁶.

398. En ese orden de ideas, la opinión de REHBINDER con relación a como sería el juego de estas normas es diferente para el caso de que la acción deba someterse a la ley del lugar de la ocurrencia de los efectos dañosos. Para el autor, en este supuesto si es cuestionable que se pretenda vincular al foro con una licencia ambiental dictada en un país diferente al de la ley que se está aplicando, y considera que, el no estar vinculado a dicha licencia podría causar que la protección otorgada por el Derecho aplicable se vea disminuida, resultando un efecto contrario y contraproducente al que normalmente se espera de la *lex loci damni*, o de la teoría de la ubicuidad.

Los estándares ambientales contenidos en normas administrativas, es la ofrecida en el Artículo 17 del Reglamento Roma II ofrece como solución que estas no sean asumidas como parte del Derecho extranjero que se está aplicando, sino que como hechos. De acuerdo a la opinión del autor que se ha venido relacionando, es que aún así, tendrían como efecto el establecimiento de un deber transfronterizo de protección por parte del causante del daño¹²⁴⁷. Desde esta perspectiva parece ser mucho más eficiente someter la acción a la ley del lugar de la conducta dañosa o *lex loci delicti*.

399. En el caso centroamericano, definitivamente esas consideraciones de alguna forma deben analizarse al tenor el Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Normas General de Derecho Internacional Privado. Éste indica que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto puede negarse a emplear el Derecho extranjero sólo cuando para su adecuada aplicación, la ley contenga instituciones o procedimientos esenciales que no estén contemplados en la legislación del Estado de dicho juez¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ Vid. AGUILAR, GRETHEL; IZA, ALEJANDRO; CEDEÑO, MARIANELA. *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica*. San José, UICN, 2006.

¹²⁴⁷ REHBINDER, ECKARD. Op. Cit., pp. 150-153.

¹²⁴⁸ SANTOS BALANDRO es de la opinión que esa previsión debe ser tratada con mucho cuidado, y concluye que dicha negativa sólo cabe cuando falte el paralelismo que impida insertarla dentro del ordenamiento jurídico del foro, por contradecir los principios y valores fundamentales de éste, y por lo tanto ser técnicamente inaplicable. Es decir, no basta con que una institución sea desconocida en un determinado ordenamiento jurídico, o que exista pero tenga una naturaleza jurídica diferente, pues problemas de este tipo pueden ser perfectamente resueltos con cierta flexibilidad judicial. Vid. SANTOS BALANDRO, RUBÉN B. Op. Cit., pp. 72-73.

La aplicación de ese Artículo 3 con relación a las normas administrativas que rigen las licencias ambientales podría llegar a significar que de considerar el Juez que no son adecuadas aquellas establecidas en la ley del Estado que se está aplicando, serían oponibles las del foro. Una decisión de esta envergadura sólo podría traer beneficios desde la perspectiva ambiental, al permitir en definitiva, que se aplique la ley más exigente y protectora de los intereses ambientales.

No obstante, y a pesar de que la solución ahí brindada es muy adecuada, hay que recordar que esta Convención en la actualidad está vigente únicamente para Guatemala. Además, ese Artículo 3, encuentra contraposición en la normativa interna de algunos ordenamientos, como es el caso del Artículo 5 del Código de Derecho Internacional privado panameño, el cual señala que la existencia de instituciones no reguladas en el ordenamiento jurídico interno no le impide al Juez pronunciarse sobre su naturaleza jurídica. Estas diferencias de criterio, que además no son las idóneas para el daño ambiental transfronterizo, hacen prever que la receptibilidad frente a esa Convención seguirá siendo limitada, y abonan aún más al argumento de crear soluciones armonizadas.

400. Resolviendo cual es la naturaleza que habrá de reconocérsele al Derecho extranjero, en particular si la conclusión es que debe reconocerse como norma jurídica y no como cuestión de hecho, es necesario establecer cuándo es que comienza la obligación del Juez que conoce del litigio. SANTOS BELANDRO opina que ésta nace una vez que se ha planteado la *litis* y no antes, y se limita exclusivamente al punto de litigio¹²⁴⁹. A pesar de tener claro la temporalidad de ésta obligación impuesta, sigue existiendo la posibilidad de se presenten dificultades para cumplirla a cabalidad, tales como qué es lo que se debe hacer cuando no es posible acceder al contenido de dicho Derecho. La doctrina ofrece diversas salidas, que se debaten entre la ilegalidad y la injusticia.

(1) La primera, es la de rechazar la demanda. El problema de esta posición es que causa inmediatamente denegación de justicia, salvo que el efecto sea el de absolver al demandado. De ahí que, si el acceso a la justicia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva en ese ordenamiento jurídico, esta no podría ser una solución viable¹²⁵⁰. Pero además, es una contradicción en sí misma. Busca una salida legal a

¹²⁴⁹ *Ibidem.* Op. Cit., pp. 37-38.

¹²⁵⁰ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. Op. Cit., p. 106.

partir de una solución injusta. Se basa en la idea de que el Juez tiene que desechar la acción porque su obligación es resolver utilizando el Derecho extranjero competente, y este no puede ser reemplazado por otro Derecho (ni siquiera el del foro), porque la única razón por la que esta sustitución puede ser admitida es que el Derecho extranjero sea contrario al orden público¹²⁵¹.

(2) La segunda posibilidad es la de aplicar la ley del foro, basándose en una presunción de equivalencia entre el Derecho Extranjero y este Derecho¹²⁵². Esta solución, si dudas práctica, es ilegítima, pues desatiende la voluntad del legislador al incardinar normas de conflicto en ese ordenamiento jurídico.

(3) Una tercera opción es la de aplicar una ley parecida a la que corresponde, ya sea porque provienen de la misma tradición o porque una se derive de la otra, cosa que también es contraria a la voluntad del legislador¹²⁵³. Esto significaría, por ejemplo, que en el caso de los Estados centroamericanos de Derecho continental, se podría utilizar el Código civil chileno de Andrés Bello, el Código civil español, o incluso el Código civil francés de Napoleón¹²⁵⁴.

(4) Una cuarta posibilidad es la de suspender el juicio hasta que se tenga acceso a la ley que corresponde. Posiblemente ésta sea la que menos problemas de legalidad presenta. Y aunque de inicio podría aparentar la posibilidad de un retraso injustificado de justicia desde la perspectiva de las víctimas, los temores son en la actualidad injustificados. Sobre todo, porque las posibilidades tecnológicas de hoy en día no dejan espacio para alegar ignorancia¹²⁵⁵.

(5) Una quinta opción es que si el punto de conexión utilizado para determinar la ley aplicable es la nacionalidad, y no es posible acceder a ese Derecho, entonces debería optarse por el del domicilio. De la misma manera, si el punto de conexión de referencia es el domicilio, y no hay acceso a esta ley, entonces debe optarse por acceder a la de la residencia, y así sucesivamente. El objetivo de esta propuesta es que

¹²⁵¹ DOLINGER, JACOB. *Private International Law in Brazil*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012, p. 132.

¹²⁵² *Ibidem.*, pp. 132-133.

¹²⁵³ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. *Op. Cit.*, p. 107.

¹²⁵⁴ DOLINGER, JACOB. *Op. Cit.*, p. 133.

¹²⁵⁵ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. *Op. Cit.*, p. 284.

siempre se intente aplicar el Derecho al que se tiene acceso, pero que a la vez esté más vinculado con el litigio desde una perspectiva personal¹²⁵⁶.

2.2. El Abordaje de las Fuentes Internas en Centroamérica

401. A primera impresión, pareciera que las fuentes internas centroamericanas han adoptado dos posiciones opuestas con relación a como debe ser asumido el Derecho extranjero. No obstante, si se analizan todas las aristas incluidas por los legisladores en estos diferentes ordenamientos, es posible concluir que la forma en la que estos se aproximan a la aplicación del Derecho extranjero es el mismo, pero utilizando dos abordajes diferentes.

(1) El primero de estos abordajes es obligar a los Jueces a aplicar de oficio la ley del otro Estado, tal como sucede con el Artículo 35 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco y el Artículo 167 del Código de Derecho Internacional Privado de Panamá, coincidiendo con las fuentes convencionales. No obstante, la doctrina guatemalteca por ejemplo, parece interpretar de forma diferente la voluntad del legislador. Señala ÁLVAREZ MACILLA que del artículo 35 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco se desprende que el legislador trata al Derecho extranjero como un hecho, separándose del tratamiento que le da el Código de Bustamante, y por lo tanto debe ser probado, aunque reflexiona sobre lo contradictorio del texto al exigir, por una parte, al tribunal aplicar este Derecho de oficio, pero por otra, a indagar sobre los hechos cuando la incorporación del derecho extranjero sea hecho a solicitud de parte¹²⁵⁷.

La interpretación hecha por el autor es absolutamente errada, pues dicho articulado comienza señalando que los Tribunales guatemaltecos aplicarán de oficio el Derecho extranjero, cuando proceda. La única forma de cumplir con este mandato es entendiendo que dicho legislador reconoce su naturaleza de norma jurídica. Lo que sí es cierto es que el antedicho Artículo 35 establece que quien invoque la aplicación de derecho extranjero deberá probar su existencia. Comenta MADRAZO MAZARIEGOS que

¹²⁵⁶ DOLINGER, JACOB. *Op. Cit.*, p. 133.

¹²⁵⁷ ÁLVAREZ MANCILLA, ERICK ALFONSO. *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Guatemala, Centro Editorial Vile, 2006, p. 271.

este es un caso en el que el Derecho mismo está sujeto a prueba¹²⁵⁸, tal y como sucede con la Convención Interamericana arriba relacionada. Sin embargo, esto no releva al Juez de su obligación.

(2) El segundo abordaje es exigir a las partes que sean ellos los que prueben la existencia de dicho Derecho, y en algunas ocasiones incluso autorizando al Juez que si la prueba aportada es insuficiente, pueda él, de oficio, investigarlo. Esta es la perspectiva asumida por el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño (Artículo 331), el Código Civil y el Código Procesal Civil hondureños (Artículos 2371 y 234, respectivamente), el Código civil nicaragüense (Artículo 7)¹²⁵⁹, Código civil costarricense (Artículo 30). La Sección 31.2 de las Reglas de la Suprema Corte en Belice, se condice con la obligación de las partes de alegar la existencia del Derecho extranjero, pero nada dice de la participación del Juez en la adquisición de su conocimiento.

Es posible que la confusión inicial se genere porque al no probarse adecuadamente la existencia y contenido de la ley extranjera, usualmente se recurre a la aplicación de la *lex fori*¹²⁶⁰. Esta solución tiene evidentes ventajas prácticas desde la perspectiva procesal y, además, no es tan nociva como la opción de rechazar la demanda. Sin embargo, la correcta interpretación de la voluntad del legislador (que hasta ahora no ha sido confirmado por la jurisprudencia de la región), queda establecida al profundizar más en el caso beliceño y costarricense.

402. En el *Common Law* caribeño, la relevancia de la utilización del Derecho extranjero debe hacerse en los alegatos, y posteriormente, éste Derecho deberá someterse a las normas procesales para el tratamiento de la evidencia¹²⁶¹. Como se señaló ya, las Reglas de la Suprema Corte beliceña establecen en su Sección 31.2 el procedimiento que ha de seguirse en el caso de que una de las partes tenga la intención de introducir evidencia sobre una cuestión que de acuerdo a ella deba ser

¹²⁵⁸ MADRAZO MAZARIEGOS, SERGIO y MADRAZO MAZARIEGOS, DANILO. *Compendio de Derecho Civil y Procesal*. Guatemala, Magna Terra Editores, 2003, p. 268.

¹²⁵⁹ Señala la Corte Suprema de Justicia nicaragüense que en ese país, las leyes extranjeras no se aplican sino a solicitud de parte, a cuyo cargo queda la prueba, exceptuándose el caso de que se hicieran obligatorias en virtud de Tratado o Ley especial. *Vid.* MONTIEL ARGÜELLO, ALEJANDRO. *La Corte Suprema y el Derecho Internacional*. Managua, Editorial Aurora, 1967, pp. 62-63.

¹²⁶⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «Un derecho comparado...Op. Cit., p. 78.

¹²⁶¹ ANDERSON, WINSTON. *Caribbean Private International Law*. London, Sweet & Maxwell, 2014, p. 65.

resuelta de acuerdo al Derecho extranjero. En ese caso, dicha parte debe primero notificar a la parte contraria de su intención.

Esta notificación debe hacerse con cuarenta y dos días de antelación a la audiencia donde dicha evidencia será introducida al juicio. Además, en la notificación debe especificarse cual es el punto sobre el que versará el alegato, y traer además anejados la prueba documental pertinente. De no alegarse el Derecho extranjero o, habiéndose alegado, no se llega a probar a la satisfacción del foro, se aplicará la *lex fori*, por presumirse que esta es la única ley aplicable¹²⁶².

Esta mecánica deja entrever que, como es común para el Derecho anglosajón, en Belice tampoco hay mucha apertura a la idea de aplicar el Derecho de otros Estados a situaciones que están siendo resueltas en su jurisdicción¹²⁶³, pero no necesariamente quiere decir que se entienda al Derecho extranjero como una cuestión de hecho. Al contrario, en Belice, igual que en Inglaterra, aplica la teoría denominada «*Foreign Court Theory*», la cual establece que los Tribunales deben tratar de resolver la disputa de la misma manera que los haría el Tribunal extranjero, si hubiera éste sido competente para conocer del litigio¹²⁶⁴.

Similar postura asume el artículo 98 del Código Procesal Civil costarricense al aclarar que, cuando sea aplicable el Derecho extranjero, es decir, cuando éste sea adecuadamente probado, ésta deberá ser interpretado como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece.

2.3. La Prueba del Derecho Extranjero

403. Como quedó establecido en el apartado anterior, el sistema de fuentes vigente en Centroamérica algunas veces exigirá que el Derecho extranjero sea probado, y otras veces permitirá a las partes alegarlo, cuando los jueces incumplan la obligación de aplicarlo de oficio. En lo que a la carga de la prueba se refiere, para el Código de Bustamante, los jueces deben aplicar de oficio el Derecho extranjero, no obstante si las partes lo invocan, éstas deberán probarlo, de acuerdo al Artículo 409.

¹²⁶² ANDERSON, WINSTON. Op. Cit., p. 65.

¹²⁶³ FENTIMAN, RICHARD. Op. Cit., p. 276.

¹²⁶⁴ ANDERSON, WINSTON. Op. Cit., pp. 47-49.

Esta provisión también se encuentra disponible en los Artículos 35 de la Ley Orgánica Judicial guatemalteca¹²⁶⁵ y 168 del Código de Derecho Internacional privado panameño.

En los demás casos, la carga de la prueba le corresponde primordialmente a las partes. Así lo establecen el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño (Artículo 315), del Código Civil hondureño (Artículo 2371), del Código Civil nicaragüense (Artículo VII), del Código Procesal Civil costarricense (Artículo 98), y de la Sección 31.2 del las Reglas de la Suprema Corte beliceña. Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña ha señalado que el objetivo de la aportación de parte en estos supuestos es el de comprobar el fundamento normativo de la pretensión¹²⁶⁶.

Esto no necesariamente significa que el Derecho extranjero sea tratado como una cuestión de hecho, pues algunas de estas fuentes, además de asignarle la carga de la prueba a las partes, le atribuyen al Juez la potestad de averiguar por si mismo la existencia y contenido de ese Derecho. Un abordaje de esta naturaleza evidentemente busca evitar que se desoiga a las normas conflictuales y se termine aplicando la ley del foro.

404. A pesar de esta flexibilidad, habrá más de alguna ocasión en la que esto, por una razón u otra no sea posible. Es obvio que en este acometido, el Juez no sólo puede ser ayudado por cooperación judicial internacional, sino que incluso por los instrumentos tecnológicos de los que se dispone hoy día. No obstante las actuales facilidades, habrá que tomar en consideración el comentario de FENTIMAN sobre que la posibilidad de probar el Derecho extranjero debe ser tomada sin hacerse grandes expectativas, especialmente en lo que a certeza y predictibilidad se refiere¹²⁶⁷.

En este sentido, el Código de Bustamante definitivamente le reconoce esta posibilidad al Juez, quien puede solicitar de oficio que el Estado de origen de dicho Derecho le provea esta información, quedando obligados a este efecto de acuerdo al Artículo 411. La correlación de esta norma en los ordenamientos de la región se

¹²⁶⁵ Un ejemplo de lo anterior se puede observar en la sentencia dictada por el Juzgado Undécimo de Primera Instancia del Ramo de lo Civil del Departamento de Guatemala, que fue ratificado por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones Civil y Mercantil de Guatemala. *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de Apelaciones Civil y Mercantil 2012-2015, del 31 de mayo de 2016.

¹²⁶⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 164-2010, del 15 de febrero de 2013.

¹²⁶⁷ FENTIMAN, RICHARD. *Op. Cit.*, p. 279.

encuentra en el Artículo 32 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco, el Artículo 315 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, y el Artículo 169 del Código de Derecho Internacional privado de Panamá. La jurisprudencia salvadoreña además ha agregado a lo establecido por el legislador que el Juez puede hacer uso de los medios que estime pertinentes con el fin de asegurar el conocimiento, pero que su participación es complementaria a la actividad probatoria de las partes¹²⁶⁸.

405. Por su parte, al Artículo 2 de la Convención Interamericana, traslada la obligación de probar lo referente al Derecho extranjero, al Estado contratante. La obligación adquirida por los Estados contratantes en la Convención Interamericana, de manera parecida a lo que establece el Artículo 410 del Código de Bustamante, nace a partir de la solicitud hecha por el Juez requirente. Los requisitos para dicha solicitud están contenidos en el Artículo 5 del instrumento. Estas pueden ser hechas por la vía jurisdiccional o por medio de las Autoridades Centrales designadas a propósito.

La respuesta a la solicitud formulada también se hará por medio de dichas Autoridades Centrales. Sin embargo, los Estados que cumplan con lo solicitado quedarán exentos de cualquier responsabilidad que pueda generarse por el contenido de la opinión emitida, así como el Estado requirente tampoco estará obligado a aplicar el Derecho de acuerdo a la respuesta recibida. La diferencia con el Código de Bustamante es que en de acuerdo a este ultimo instrumento, el trámite es por la vía diplomática.

De la redacción de ambas reglas se puede entender que se espera que los jueces que deban resolver estos litigios no interpreten el Derecho extranjero de la forma que interpretarían al Derecho del foro. La expectativa es que las normas extranjeras sean aplicadas siguiendo su propia lógica, misma que fue compartida por el legislador costarricense en el Artículo 98 del Código Procesal Civil.

406. Es claro que siempre existe la posibilidad de que esos hechos no puedan ser probados a cabalidad por las partes, entendiendo que siempre habrá cierto margen de error que debe ser tolerado por ser inherente al proceso mismo. Pero para aquellas situaciones en las que ya no se esté frente a un simple error, sino que efectivamente no se haya podido probar adecuadamente el Derecho, es necesario encontrar soluciones eficientes. En ese sentido, es posible que de las dos opciones disponibles en la región,

¹²⁶⁸ *Vid.* Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro 47-EMSM-12 del 30 de marzo de 2012.

la más adecuada y lógica sea que la el tribunal aplique de oficio el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto¹²⁶⁹, que de hecho está ya disponible en las fuentes convencionales.

Con esto se estaría también respetando a cabalidad la imperatividad de las normas contenidas en las fuentes de Derecho Internacional privado de la región¹²⁷⁰. Esta solución ha sido la misma que se ha propuesto en la Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero. Dicha posibilidad *ex officio* termina de dotar a esta solución de significancia frente al paradigma de la seguridad jurídica, en tanto la aplicación del Derecho extranjero no quedaría supeditado a que sea probado por las partes¹²⁷¹.

La complejidad que podría suponer la aplicación de esta solución para los órganos jurisdiccionales no necesariamente sería un problema en el ámbito centroamericano, si se limita al Derecho general de daños. Exceptuando tal vez a Belice que está sujeto a una realidad jurídica diferente, las circunstancias propias del resto de la región reflejan un desarrollo doctrinal bastante limitado, utilizando casi siempre como referencia las mismas fuentes especializadas del extranjero, y un desarrollo jurisprudencial que tampoco es muy significativo. De ahí que, la mayoría de las veces, el órgano jurisdiccional no necesitará más que conocer el contenido material del Derecho extranjero, no porque así lo quiera, sino porque no haya mucho más que conocer.

No obstante, al referirse al daño al y por el ambiente, el análisis tal vez puede volverse un poco más complejo para los Jueces que conocen de estos litigios, porque la legislación administrativa vinculada está en constante desarrollo, y dicha evolución muchas veces guarda diferencias significativas, tal como se ha dejado constancia a lo largo de este estudio. Tomando en consideración lo anterior, puede decirse que, limitar el ámbito de aplicación del Derecho extranjero a las normas sustantivas aparece como una opción de más lógica, haciendo que las normas administrativas se reconozcan en el litigio como una cuestión de hecho.

¹²⁶⁹ GARAU SOBRINO, FEDERICO F. «La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del derecho extranjero». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 431.

¹²⁷⁰ PALAO MORENO, GUILLERMO. «La falta de prueba...Op. Cit., p. 302.

¹²⁷¹ *Ibidem.*, p. 320.

407. Habiendo evacuado lo referente a la carga de la prueba del Derecho extranjero, es necesario establecer cuáles son los medios probatorios idóneos. El Artículo 409 del Código de Bustamante establece el mecanismo a utilizar es una certificación emitida por dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, la cual deberá presentarse debidamente legalizada. Esta es la misma solución contenida en el Artículo 35 del Código del Organismo Judicial guatemalteco. Este medio de prueba ha sido incluido también en el Artículo 168 del Código de Derecho Internacional Privado panameño, no obstante, el legislador de éste país también ha dispuesto un sistema de *numeros clausus*, que además incluye copias autenticadas de la ley en mención, de las decisiones de los tribunales, y de los estudios doctrinales.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero consideran medios de prueba idóneos, el documental, el pericial e informes emitidos por el Estado requerido. Dichos informes no son vinculantes ni para el Estado requirente ni para el requerido, y quedan exentos de la obligación de emitirlos cuando sus intereses se vieran afectados por la cuestión de la que se origine la petición, o cuando la respuesta pudiera afectar su seguridad o soberanía. Nuevamente se está frente a una solución innecesariamente territorialista, que termina operando en contra de la intención de fondo de las normas de conflicto.

Esta Convención también dispone cuáles son las autoridades legitimadas para solicitar este tipo de información, e incluye la lista de requisitos que deben ser comprendidos en las solicitudes que estas emitan; así como del papel que le corresponde a las autoridades centrales que se encargan de la asistencia jurídica internacional en cada Estado parte. Esta visión más amplia, ha sido compartida por la mayoría de los legisladores centroamericanos. De hecho, el que los Jueces tengan la opción de investigar por sí mismos, evita cualquier recelo que pueda ser generado con relación a la confiabilidad de los medios de prueba presentados por las partes¹²⁷².

Agregado a esto, sistemas de *numeros apertus* para determinar los medios probatorios que deben ser utilizados se han incluido en el Artículo 313 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, el Artículo 234 del Código Procesal Civil hondureño, el Artículo 234 del Código Procesal Civil nicaragüense y en el Artículo 98 del Código Procesal Civil costarricense. En el caso beliceño, las Reglas de la Corte

¹²⁷² SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law...* Op. Cit., p. 91.

Suprema Corte sólo hacen referencia al término «*evidencia*» de manera general, pudiendo asumirse que no hay restricciones específicas a los medios de prueba utilizables. No obstante, ANDERSON comenta que la naturaleza y contenido del Derecho Extranjero solamente pueden ser demostrados por una persona lo suficientemente calificada, quien será llamada como un testigo experto o perito. La calificación del «*expertise*» de este perito le corresponderá al Juez que conoce la causa¹²⁷³.

408. Para finalizar, habrá que definir qué es lo que habrá de probarse. Para el Artículo 409 del Código de Bustamante, las partes deben probar el texto, vigencia y sentido del Derecho extranjero. Exactamente la misma formulación fue utilizada por el legislador guatemalteco en el Artículo 35 de la Ley del Organismo Judicial, y por el panameño en el Artículo 167 del Código de Derecho Internacional Privado¹²⁷⁴. Utilizando una terminología distinta pero sinónima, el legislador nicaragüense exige en el Artículo 234 del Código Procesal Civil que se pruebe la existencia, contenido y vigencia del Derecho ajeno.

Por su parte, al Artículo 2 de la Convención Interamericana, es más exigente al señalar que se debe probar el texto, vigencia, sentido, pero además, el alcance legal de su Derecho. Por su parte, hay que reconocer que el hecho de que los medios probatorios antes señalados deban ser utilizados para probar no sólo el texto y vigencia de la norma, sino que también su sentido y alcance, es una solución particularmente adecuada en el caso del *Common Law*, pues facilitará el acceso a los precedentes sobre los que se basa su Derecho¹²⁷⁵.

Una amplitud similar sólo es lograda por el Artículo 98 del Código Procesal Civil costarricense, el cuál obliga a las partes a acreditar su existencia, vigencia, contenido e interpretación. Menos exigentes han sido el legislador salvadoreño en el Artículo 315 del Código Procesal Civil y Mercantil, y el hondureño en el Artículo 234 del Código Procesal Civil, quienes han optado por requerir solamente se pruebe el contenido y la vigencia del Derecho Extranjero.

¹²⁷³ ANDERSON, WINSTON. Op. Cit., pp. 71-73.

¹²⁷⁴ Esta redacción coincide con la del Artículo 34 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, publicado en BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015. Vid. PALAO MORENO, GUILLERMO. «Artículo 34. De la información jurídica». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 402-406.

¹²⁷⁵ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. Op. Cit., pp. 291-292.

Sin embargo, el verdadero problema de cualquiera de las fórmulas antes señaladas, es que al exigir que se pruebe su contenido, sin antes haber establecido cuál es la amplitud que se le reconoce, puede llevar a incluir no sólo normas sustantivas, sino que incluso normas administrativas de contenido ambiental. Las complejidades de un escenario como éste ya han sido analizadas en escenarios anteriores. Por lo que, definir la amplitud del Derecho extranjero es clave para la correcta aplicación de éste.

2.4. Los Problemas Derivados de la Aplicación de Normas de Conflicto

409. Agregado a los problemas arriba señalados, existe un par de situaciones más, que son de naturaleza operativa, y que necesitan ser abordadas. Diseñar un modelo que no las regule adecuadamente, o peor aún, que no las regule del todo, puede actuar en contra del propósito que de inicio se busca. Estas dos situaciones son: la ley aplicable para la calificación de los elementos que conforman el supuesto de hecho, y la opción del reenvío.

2.4.1. La Calificación

410. La calificación tradicionalmente ha implicado poder enmarcar una relación jurídica con elementos de extranjería dentro de uno de los conceptos jurídicos que conforman el supuesto de hecho de la norma que determina el Derecho aplicable¹²⁷⁶. Normalmente la calificación en el conflicto de leyes se puede hacer aplicando ya sea la *lex fori* o la *lex causae*, e incluso es posible utilizar sistemas híbridos o autárquicos.

Si bien es cierto la primera opción parece la más natural, ésta ofrece algunos problemas de entrada. Podrá haber situaciones que por fuerza tendrán que ser calificadas usando terceros criterios, como sucede, por ejemplo, con los bienes, cuya calificación dependerá del *locus*. A pesar de la opinión arriba referida, es posible encontrar ejemplos utilizando el método comparativo, donde estatutariamente se

¹²⁷⁶ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional Privado...Op. Cit.*, p. 198.

obliga a utilizar la *lex fori* para la calificación del daño, independientemente de que este haya acontecido en el foro o en una jurisdicción distinta, y a la vez, se excluye la posibilidad de utilizar las reglas de conflicto del Derecho aplicable, tal como sucede con la *Private International Law Act* del Reino Unido¹²⁷⁷.

Podría haber una ventaja de esta opción, siempre que el ordenamiento jurídico al que se refiere tenga un elevado nivel de coherencia normativa. De ser así, la calificación del daño estaría en concordancia con los instrumentos procesales disponibles. Es decir, habría la posibilidad de que, si la normativa procesal ha reconocido los derechos individuales homogéneos, es posible que la definición del daño al ambiente ahí disponible, tenga previsto sus efectos indirectos sobre los particulares. Sin embargo, la coherencia e integralidad normativa no necesariamente caracteriza a los ordenamientos jurídicos de la región.

411. *Contrario sensu*, la utilización de la *lex causae* para la calificación de las categorías jurídicas ofrece menos problemas, pues al ser el estatuto del efecto, normalmente permite que la misma ley sea utilizada en todos los supuestos. Pero además, la utilización de la *lex causae* en los supuestos de daño ambiental, sobre todo si estas contemplan regímenes de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, implicaría recurrir a las normas administrativas donde se contienen los estándares ambientales en cada ordenamiento¹²⁷⁸.

Siguiendo más o menos esa línea, el la Sección 7 del segundo *Restatement* estadounidense¹²⁷⁹ ofrece una salida ecléctica al problema. Salvo aquellos casos en los que se autoriza el reenvío, la calificación de los conceptos propios de las normas de conflicto debe ser hecha de acuerdo a la ley del foro, mientras que, la calificación e interpretación de los términos de la ley sustantiva a aplicar debe ser hecha a partir de dicha ley.

412. En el sistema de fuentes centroamericano, se observa cuatro posiciones diferentes:

¹²⁷⁷ *Vid.* Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (UK).

¹²⁷⁸ ÁLVAREZ ARMAS, EDUARDO. «La aplicabilidad espacial del Derecho Medioambiental Europeo, su Interacción con la Norma de Conflicto Europea en Materia de Daños al Medioambiente: apuntes preliminares», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIII. Madrid, Iprolex, 2013, p. 397.

¹²⁷⁹ *Vid.* Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6 (1971)

Capítulo 5

(1) La utilización de la *lex fori*. Este modelo de calificación también ha sido establecida en el Artículo 25 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteca.

(2) La utilización de la *lex fori*, con algunas excepciones. En el caso del Código de Bustamante, la utilización de la *lex fori* para realizar la calificación es la opción elegida, como se deduce al relacionar los Artículos 3 y 6. Además, claramente hay excepciones en lo referente a la propiedad y a las obligaciones, que de acuerdo a los Artículos 112, 113 y 164 será calificado aplicando la *lex causae*. Y haciendo referencia a las obligaciones extracontractuales, de acuerdo a los Artículos 167, 168 y 169, aquellas que se originan de delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que los delitos o faltas de las que proceden, las que se deriven de la culpa o la negligencia se regirán por las del lugar en el que haya ocurrido la negligencia culpa que las origine, y en ambos casos, su naturaleza y sus efectos serán regulados por la ley de la obligación de la cual se originan.

(3) La aplicación de la *lex causae*. Este modelo ha sido utilizado en el Artículo 5 del Código de Derecho Internacional Privado panameño.

(4) La implementación de sistemas autárquicos. Con estos sistemas se busca prescindir de criterios absolutos que obliguen a escoger entre la ley del foro y la ley del fondo por medio de soluciones armonizadas, cuyo recomendable objetivo es el de evitar contradicciones en los conceptos¹²⁸⁰. Revisando algunos Convenios Internacionales, es evidente que esta modalidad ha sido para calificar el daño ambiental en muchas de ellas. Ejemplos de lo anterior son la Convención de Viena sobre la Responsabilidad Civil por Daño Nuclear de 1963, la Convención sobre los Derechos del Mar de 1982, y el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1969.

También entran en esta categoría el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de los Residuos Peligrosos y su Eliminación de 1989, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación de 2010, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas de 1996, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a la Contaminación por los Hidrocarburos para combustible de los

¹²⁸⁰ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional Privado Actual*. Tomo 1. Buenos Aires, Zavalía, 2015, p. 203.

buques de carga de 2001, el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en Región del Gran Caribe de 1983¹²⁸¹, y el Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo Sostenible de las Zonas Marinas y Costera del Pacífico Nordeste de 2002¹²⁸².

414. En el ámbito interamericano también se dispone de instrumentos de este tipo. Son ejemplos la Convención Interamericana sobre el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado, y la Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional privado¹²⁸³.

Es propicio recomendar que, una solución armonizada para el abordaje del daño ambiental transfronterizo en el ámbito centroamericano debería asumir este sistema, y asegurarse que los criterios necesarios para la calificación de las categorías jurídicas relevantes queden ahí contenidas, y no quedar a merced de los sistemas de conflicto internos de los Estados. Pero además, estos criterios deben ser los más amplios e integrales posibles, evitando así cualquier diferencia de las que fueron identificadas en el Capítulo 1, de tal forma que cualquier manifestación de daño al y por medio del ambiente quede ahí comprendida.

2.4.2. La Posibilidad del Reenvío en el Derecho Extranjero

415. El reenvío es seguramente uno de los asuntos que más polémicas crea entre los académicos dedicados al estudio del Derecho Internacional Privado. En la cuestión de marras, hay dos elementos que deben ser abordados. ¿Qué se entiende por «ley extranjera» en el sistema de fuentes de la región? ¿Todo el ordenamiento

¹²⁸¹ Vid. ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en Región del Gran Caribe, Cartagena, 1983. Disponible en: <http://cep.unep.org>

¹²⁸² Vid. ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo Sostenible de las Zonas Marinas y Costera del Pacífico Nordeste, Antigua Guatemala, 2002. Disponible en: <https://wedocs.unep.org>

¹²⁸³ Esta Convención fue adoptada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 en el marco de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III). Guatemala es el único país de la región que ha suscrito y ratificado esta Convención. Está fue firmada por este Estado centroamericano en enero de 1991, y la ratificación se llevó a cabo en abril de 1992. La Convención entró en vigor en agosto de ese mismo año. Vid. OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional privado, La Paz, 1984. Disponible en <http://www.oas.org>

jurídico? ¿Se incluye las normas de conflicto? ¿Significa entonces que se acepta la posibilidad del reenvío en los ordenamientos jurídicos centroamericanos? Ante la complejidad del problema ambiental, una respuesta positiva a estas preguntas podría implicar un sinnúmero de posibilidades, incluyendo no sólo la remisión a normas administrativas de los diferentes ordenamientos jurídicos involucrados, sino que incluso una posible remisión a otras normas de conflicto.

Al analizar las fuentes convencionales, es evidente que éstas asumen posiciones divergentes frente a tales preguntas. Por una parte, el Artículo 7 del Código de Bustamante, se manifiesta expresamente contra la posibilidad del reenvío. El Código señala que cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior.

416. A partir de aquí, es posible decir que casi todas las fuentes nacionales coinciden con esta posición, pues siempre se refieren a normas de policía tales como la ley del domicilio, del lugar de ubicación de los bienes, del lugar de la celebración o ejecución de los actos o negocios jurídicos, sin dejar opción al reenvío. La Convención Interamericana de Normas Generales tampoco se refiere taxativamente a ésta posibilidad. Señala TELLECHEA BERGMAN que dicho silencio convencional no puede interpretarse ni como aceptación ni como rechazo, sino como la no regulación del instituto, quedando la cuestión abierta a lo que dispongan los respectivos ordenamientos nacionales¹²⁸⁴.

No obstante, FRESNEDO DE AGUIRRE asume una posición contraria, y encuentra en el Artículo 9 de dicha Convención, la posibilidad tácita del número. Dicho Artículo establece que todas las leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando conseguir con esto las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta la equidad. La autora es de la opinión que la apertura que el texto permite hace que sea un útil instrumento de aplicación,

¹²⁸⁴ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. Op. Cit., p. 289.

haciendo del reenvío una opción excepcional para alcanzar la aplicación integral y equitativa de las normas del ordenamiento extranjero¹²⁸⁵.

Si bien es cierto que hasta ahora solamente Guatemala ha ratificado esta Convención. No obstante, la jurisprudencia guatemalteca no se ha referido aún a ella. No está de más evaluar cuales serían los efectos de coincidir con la posición de FRESNEDO DE AGUIRRE. Los resultados de la posible aplicación de la figura del reenvío son básicamente tres: (1) que la norma de conflicto aplicada remita al Derecho del foro (reenvío de primer grado), (2) que remita a una tercera ley (reenvío de segundo grado), e incluso, (3) que la remisión sea indefinida¹²⁸⁶.

417. A parte de esta posibilidad teórica de admitir el reenvío, la única fuente que abiertamente admite esta figura es el Código de Derecho Internacional Privado panameño, que si la reconoce, pero exclusivamente en materia del estatuto personal y los bienes muebles. No obstante, hay otros dos casos en el contexto centroamericano que también vale la pena revisar. El primero es Belice. Este ordenamiento, por virtud de los precedentes, se apega a la doctrina inglesa sobre esta figura. Esta teoría se denomina la «*Foreign Court Theory*», y establece que los Tribunales deben tratar de resolver la disputa de la misma manera que los haría el Tribunal extranjero, si hubiera éste sido competente para conocer del litigio¹²⁸⁷. Es decir, la validez del reenvío está sujeta a que esta figura sea reconocida en las normas de conflicto del Derecho extranjero al que se acude.

El segundo ejemplo es el costarricense. El Artículo 98 del Código Procesal Civil señala que cuando el Derecho extranjero sea aplicable, éste debería ser interpretado de la misma manera que lo harían los Tribunales del Estado a cuyo ordenamiento jurídico pertenece. Es obvio que está haciendo referencia a la misma teoría del Derecho anglosajón, por lo que se puede concluir que el reenvío sería totalmente admisible. Habrá que esperar el abordaje jurisprudencial para ver como está disposición juega en la práctica.

¹²⁸⁵ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. «Una mirada actual sobre un viejo tema de DIPr: el reenvío». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 333.

¹²⁸⁶ SILVA ALONSO, RAMÓN. Op. Cit., p. 160.

¹²⁸⁷ ANDERSON, WINSTON. Op. Cit., pp. 47-49.

418. Siendo éste el estado de las cosas, es necesario entonces reflexionar sobre las otras preguntas propuestas al principio de éste apartado, que pueden ser resumidas en una sola: ¿Se hace referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico al hablar del Derecho extranjero? Hay tres planteamientos teóricos con los que sea intenta dar respuesta a esta pregunta.

(1) El primero establece que con el reenvío se hace una referencia mínima a dicho ordenamiento, limitándose al Derecho material de éste.

(2) El segundo señala que la referencia al Derecho extranjero incluye tanto a las normas sustantivas como conflictuales, las que podrán referir el litigio de regreso al foro de origen (remisión) o a las leyes de un tercer Estado (transferencia).

(3) El último, denominado de referencia máxima, asume que la remisión hecha es a la totalidad de dicho ordenamiento, incluyendo sus normas conflictuales y la posibilidad del reenvío¹²⁸⁸. La utilización de una u otra de estas soluciones normalmente queda resuelta por medio de la calificación judicial¹²⁸⁹.

En realidad, de las tres opciones antes esbozadas, las única que no plantea mayor problema de aplicación es la primera. Faltaría nada más determinar si al referirse al Derecho sustantivo, éste también incluye las normas administrativas que regulan los criterios ambientales. Como ya se señaló, sin normas que establezcan cuál es el ámbito de aplicación del Derecho Extranjero, el simple reconocimiento de la posibilidad, seguramente creará más problemas que soluciones frente al litigio. No obstante, al excluir las normas de conflicto y el reenvío, podría cuestionarse su legitimidad, pues no se está aplicando el Derecho extranjero a cabalidad, sino que se está siendo selectivo, distorsionando las características originales de las que ha sido dotado por el legislador.

Las otras dos opciones son problemáticas, en el sentido de que la referencia hecha a las normas de conflicto del Derecho extranjero implicaría terminar aplicando un Derecho diferente al que normalmente correspondería de acuerdo a las normas de

¹²⁸⁸ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...* Op. Cit., p. 234.

¹²⁸⁹ Eso implica que, si se utiliza la *lex fori* para llevarla a cabo, aunque el Derecho extranjero admita el reenvío, éste no se aplicará. Mientras que, cuando se admite el reenvío, la utilización de la *lex causae* normalmente implicaría aplicarlo. Esto podría llegar a causar el mismo efecto de espiral que antes se comentó. Ahora bien, también es cierto que, si se escoge el camino de la *lex causae* para la calificación pero ésta expresamente niega la posibilidad del reenvío, el efecto es casi igual al de aplicar la *lex fori*, pues no se estaría aplicando las directivas originales del Derecho extranjero. *Vid.* DOLINGER, JACOB. Op. Cit., p. 84.

conflicto del ordenamiento de origen. Sobre todo la última de las dos, que es precisamente el modelo que se tiene en Belice y Costa Rica, donde el reenvío es total y permite cambiar en dos ocasiones la ley aplicable, y peor aún, puede acudir de regreso al ordenamiento de origen, causando una espiral innecesaria.

No obstante, la posible ventaja que presenta el reenvío total es que, al Derecho extranjero, hace que el Juez no pueda discriminar entre las normas de Derecho Privado y las de Derecho Público, haciendo obligatorio se aplique los estándares ambientales vigentes en aquellos supuestos en los que la *lex causae* a la que se acude contemplan un régimen de responsabilidad subjetiva basada en la culpa¹²⁹⁰. Posible, porque dependerá de sí los estándares ambientales disponibles en esa jurisdicción en realidad tutela de manera eficiente al ambiente.

Pero, además, podría suceder que la remita a las normas procesales de ese ordenamiento, permitiendo que se reconozca la existencia de intereses supraindividuales, aún y cuando, la ley procesal del foro no lo haga. DOLINGER es de la opinión que, si se utiliza la *lex fori* para llevar a cabo la calificación, aunque el Derecho extranjero admita el reenvío, éste no se aplicará¹²⁹¹.

419. Probablemente la solución idónea para los problemas aquí planteados la ofrece el Segundo *Restatement* estadounidense, y que además se condice con la interpretación hecha por FRESNEDO DE AGUIRRE con relación al tratamiento de la figura del reenvío en la Convención Interamericana de Normas Generales¹²⁹². La Sección 8 del *Restatement* permite que, cuando las normas de conflicto reconozcan esta posibilidad, sea el Juez el que discrecionalmente determine si es de aplicación o no. Las consideraciones que el Juez debe hacer para tomar dicha decisión se basan en la factibilidad de los resultados que con su utilización se obtengan.

Como señala SYMEONIDES, la inclusión del reenvío en las fuentes aplicables no necesita ser una cuestión de «*todo o nada*», ni tampoco tiene que ser una espiral infinita. Debe ser una prerrogativa del foro decidir si su utilización aportará soluciones eficientes al litigio que conoce. Al final, la discrecionalidad propuesta termina siendo una solución intermedia entre la remisión al foro y el reenvío total¹²⁹³. Y, si el temor frente a la discrecionalidad judicial persiste, ésta siempre puede verse

¹²⁹⁰ ÁLVAREZ ARMAS, EDUARDO. Op. Cit., p. 400.

¹²⁹¹ DOLINGER, JACOB. Op. Cit., p. 84.

¹²⁹² FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. Op. Cit., p. 333.

¹²⁹³ SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law*...Op. Cit., p. 77.

limitada por criterios objetivos basados en el interés superior del ambiente, que guíen al Juez a alcanzar decisiones justas y equitativas.

2.5.Limitaciones a la Aplicación del Derecho Extranjero

420. Que el sistemas de fuentes disponible contenga normas claras para determinar la ley sustantiva que deberá utilizarse en un litigio plurilocalizado no es garantía de que el Derecho que éste mande a aplicar, al final sea el que resuelva el fondo del litigio. En este apartado se analiza dos situaciones que pueden impedir su aplicación: la excepción del orden público, la obligación de reconocer la existencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas, y la posibilidad de recurrir la aplicación del Derecho extranjero.

2.5.1. La excepción del Orden Público

421. Desde una perspectiva absolutamente general, la noción del orden público como limite a la aplicación del Derecho extranjero, se condice con la noción de la justicia práctica, en tanto busca asegurar que el Derecho Internacional Privado no se utilizado de manera antojadiza e innecesaria, sino que se emplee para asegurar que las resoluciones de los litigios que contengan elementos de extranjería sean justas y acordes a necesidades sociales del índole jurídico, tales como la certeza y la predictibilidad¹²⁹⁴. No obstante, es necesario reconocer que esta noción tan amplia incluye categorías perfectamente diferenciables, y que son necesarias de frente a ese propósito de justicia y seguridad jurídica.

(1) La primera de esas categorías es el «orden público interno». Este concepto no causa mayor inconveniente en la práctica jurídica centroamericana, pues tradicionalmente se entiende como aquel conjunto de reglas indisponibles dentro del ordenamiento de un Estado determinado, estableciendo límites al principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, la indisponibilidad de estas normas sólo tiene

¹²⁹⁴ ANDERSON, WINSTON. Op. Cit., p. 103.

efecto dentro del mismo ordenamiento jurídico, sin tener que contraponerse a las normas de un ordenamiento diferente¹²⁹⁵. Este concepto está tan incardinado en la cultura jurídica de la región, que MEIRA MATTOS le ha calificado como una presencia «*inabstrable*», que se vincula con la soberanía estatal¹²⁹⁶.

La Corte Suprema de Justicia salvadoreña de hecho hace uso literal de esos términos, y se declara depositaria de la soberanía estatal, de tal forma que reconoce como tarea propia examinar las sentencias extranjeras, ejerciendo de tal manera un control de validez de éstas, al confrontarlas con el ordenamiento jurídico extranjero. Señala que esta facultad contralora es parte del control de legalidad y constitucionalidad¹²⁹⁷.

(2) La segunda es el «*orden público internacional*». En el Derecho Internacional Privado, salvo algunas posiciones doctrinales que niegan esta dicotomía¹²⁹⁸, éste diferencia del orden público interno. El orden público internacional, es el principal mecanismo correctivo de excepción disponible para controlar o limitar la aplicación de la ley extranjera que ha sido designada por una norma de conflicto, cuando con ello se corre el riesgo de producir un resultado que atente contra los principios y valores de la ley del foro. Se diferencia del interno por ser menos amplio, y ser operativo únicamente en las relaciones jurídicas plurilocalizadas¹²⁹⁹.

Hay dos características que llaman la atención con relación a esta categoría jurídica. Una intrínseca y otra extrínseca. La primera tiene que ver con la amplitud de la que es dotado el Juez para calificar el contenido de la ley aplicable para determinar si esta es manifiestamente contraria al orden público del foro o no. No sólo es discrecional, sino que además carece de criterios subjetivos que guíen dicha determinación. Normalmente, la única referencia disponible es el «*interés social*»¹³⁰⁰.

Esto sin contar que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no se hace diferencia entre las dos categorías antes señaladas, los Jueces invariablemente

¹²⁹⁵ SILVA ALONSO, RAMÓN. Op. Cit., p. 164.

¹²⁹⁶ MEIRA MATTOS, ADHERBAL. «Dolinger e a aplicação do direito internacional pelo direito brasileiro». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 9.

¹²⁹⁷ Vid. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena 8-P-2010 del 22 de septiembre de 2011.

¹²⁹⁸ DOLINGER, JACOB. Op. Cit., p. 89.

¹²⁹⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA. «El orden público internacional: una mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo». En CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR. *Globalización y Derecho*. Madrid, Colex, 2003, pp. 263-278.

¹³⁰⁰ SYMEONIDES, SYMEON C. *Choice of Law...* Op. Cit., pp. 79-80.

invocarán su orden público interno como excepción a la aplicación del Derecho extranjero. La segunda, y posiblemente la más obvia, es que su configuración denota la falta de capacidad, o incluso de voluntad, de los Estados, para ponerse de acuerdo en normas materiales o conflictuales de aplicación general¹³⁰¹.

La jurisprudencia panameña ha reconocido la diferencia entre estas dos categorías jurídicas, y ha señalado algunos de los elementos que dotan de contenido al orden público internacional, particularmente ha identificado como tales a la noción del debido proceso y a la obligación estatal de honrar sus compromisos ante sus iguales y ante los organismos internacionales¹³⁰². Además, citando a la doctrina, también ha considerado como elementos esenciales de ese concepto los principios fundamentales vinculados con la justicia y la moral que el Estado desea proteger, así como las reglas orientadas a sostener los intereses sociales del Estado¹³⁰³.

(3) La tercera es el «orden público supraestatal». La doctrina también reconoce este tercer nivel de orden público, el cual consiste en una serie de principios inicialmente aplicables a las relaciones internacionales, cuyo contenido está determinado por intereses colectivos supraestatales normalmente establecidos en instrumentos de Derecho Internacional Público, trascendiendo así el contenido objeto del Derecho Internacional Privado.

RODRIGUES DE ALMEIDA tiene razón absoluta cuando insiste que, en el caso de los daños ambientales transfronterizos, el concepto del Orden Público Internacional debe ser tratado precisamente desde esta perspectiva¹³⁰⁴. El efecto de esta posición posiblemente sea que la categoría orden público habrá de llenarse de contenido con la noción del *ius cogens*¹³⁰⁵ del Derecho Internacional público¹³⁰⁶, o que el Derecho

¹³⁰¹ RODRIGUES DE ALMEIDA, BRUNO. «Transboundary environmental litigation and international cooperation: reflections upon global public policy principle». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 300.

¹³⁰² Vid. Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 961-11, del 1 de febrero de 2012.

¹³⁰³ Vid. Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1136-14, del 9 de octubre de 2015.

¹³⁰⁴ RODRIGUES DE ALMEIDA, BRUNO. Op. Cit., pp. 301-303.

¹³⁰⁵ La noción del «*Ius Cogens*» quedó recogida en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969. Dicho Artículo establece que «*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*». No obstante, en

Internacional Público ambiental establezca los criterios de adecuación del Derecho aplicable. Aunque vale señalar que la jurisprudencia panameña ya había considerado al *Ius Cogens* como un elemento integrador de la noción del Orden Público Internacional¹³⁰⁷.

422. Esta diferenciación de tres categorías coincide de alguna forma con el tratamiento que se la ha dado al concepto en la forma que ha sido incorporado en el Código de Bustamante, aunque el contenido de estas sea totalmente diferente. En el Artículo 3 de este instrumento se diferencia entre orden público interno, orden público internacional y orden privado. En ese instrumento, se consideran normas de orden público internacional aquellas que regulan el ejercicio de los derechos civiles y el goce de las garantías individuales, y que obligan a todos los que residan en el territorio de uno de los Estados contratantes, sean estas personas nacionales o no. También forman parte de esta categoría los preceptos constitucionales y las normas administrativas de protección individual y colectiva.

No obstante, DOLINGER considera que esta clasificación es anacrónica, pues de acuerdo al autor no debe diferenciarse entre orden público interno e internacional, y además considera que no se debe de hablar de un orden privado, porque en realidad a lo que se hace diferencia en ese Artículo 3 es a las libertades individuales. En realidad, el anacronismo del sistema establecido por Bustamante no está en las categorías utilizadas, pues al final, coincidiendo con DOLINGER, todas las que se utilizaron en este Código forman parte de la categoría general del orden público propio de esa nación¹³⁰⁸. En realidad, el problema real de este instrumento está en

dicho Tratado se obvió establecer cuál era el contenido de dicha categoría jurídica. Dotarla de sustancia ha sido labora de la doctrina especializada y de la jurisprudencia. Es así como el Tribunal Internacional de Justicia en Sentencia dictada el 5 de febrero de 1970 en el litigio normalmente conocido como «*Barcelona Traction*», señaló que el *Ius Cogens* se refiere a obligaciones erga omnes que los Estados adquieren para con la comunidad internacional en su conjunto, y que están vinculados con la proscripción de los actos de agresión y genocidio, así como el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de las personas. Vid. PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Derecho Internacional Público y de Organizaciones Internacionales*. 19 ed. Madrid, Tecnos, 2015, pp. 44-48.

¹³⁰⁶ VALENTE DOS REIS, GABRIEL. «Ordem Pública e Cosmopolitismo». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 316-317.

¹³⁰⁷ Vid. Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 59-06, del 12 de mayo de 2006; Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 491-06, del 9 de octubre de 2006; Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1036-08, del 24 de julio de 2009.

¹³⁰⁸ DOLINGER, JACOB. Op. Cit., p. 102.

desconocer la existencia de orden público globalizado y supraestatal, del que se ha venido comentando.

La noción del orden público internacional también está presente en las Convenciones nacidas en el marco de las CIDIP. De ahí que, por ejemplo, el Artículo 5 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado establezca que podrá no aplicarse el Derecho extranjero si se considera que contradice manifiestamente principios del orden público del Estado contratante. La formulación del Artículo antes referido no está completa, pues no hace referencia alguna a las normas de conflicto de fuentes internas, a las que también debe ser oponible la noción del orden público¹³⁰⁹. Pero además, la inclusión de la palabra «podrá» en su formulación, traslada la capacidad de decisión al Juez que esté conociendo el litigio.

423. La mayoría de los legisladores centroamericanos no siempre logran diferenciar una categoría de otra, o, se limitan a incluir la noción del orden público interno. De hecho, en los dos únicos ordenamientos de la región donde hay referencia clara en las normas a la existencia de un orden público internacional son el Código Procesal Civil costarricense y el Código de Derecho Internacional Privado panameño. En el caso de los demás Estados, este vacío se ve subsanado por el Código de Bustamante, el cual incluso establece cuál es el contenido del orden público internacional.

Y, si se trata de la noción del orden público globalizado o supraestatal, la única fuente que contiene los elementos indispensables para configurarla es el Código de Derecho Internacional Privado panameño, al incluir en su Artículo 8 un conjunto de Principios Internacionales que ha denominado fundamentales, y que son oponibles a la aplicación del Derecho extranjero. Entre estos principios se incluyen categorías tales como el interés superior del niño, el interés superior del consumidor, la protección de la parte más débil, las obligaciones internacionales *erga omnes*, los derechos derivados del *ius cogens* y la responsabilidad ambiental, así como todos los demás principios universales de justicia que puedan ser aplicados.

En el caso de este estudio, esto implicaría revisar las normas sustantivas para la compensación de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual, contra

¹³⁰⁹ *Ibidem.*, p. 107.

principios tales como «*el que contamina paga*», «*restitutio in pristinum*», «*restitutio in integrum*», «*restitutio in natura*», «*restitutio quo ante*», «*restitutio cuasi quo ante*», e incluso comparar los sistema de responsabilidad subjetiva contra los principios de precaución y de prevención.

424. Siendo que el problema ambiental por naturaleza puede ser transfronterizo, es necesario buscar mecanismos de armonización que aseguren que todas las fuentes disponibles en el ámbito centroamericano recojan la noción de un orden público globalizado y supraestatal similar al utilizado en Panamá. Una solución de esta naturaleza, usada en defensa de los intereses ambientales, evitaría las diferencias evolutivas en las normas administrativas de control y prevención, haciendo del Derecho Internacional Ambiental el referente obligado. También ayudaría a evitar que, alegando esta excepción, se evada la localización del vínculo conector o el criterio de interés superior del ambiente, y a no tener que someter el litigio a la ley del foro, aún y cuando ésta ofrezca la tutela más adecuada al ambiente ni a los demás intereses supraindividuales que pudieran verse afectados.

2.5.2. La obligación de reconocer Derechos previamente adquiridos o Situaciones Jurídicas válidamente creadas con anterioridad

425. En el contexto centroamericano, el reconocimiento de los Derechos Adquiridos previamente, normalmente se limita al estado y a la capacidad de las personas naturales, tal como quedó establecido en el Artículo 8 del Código de Bustamante. No obstante, el Artículo 7 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado se le da un tratamiento distinto, y ya no se refiere exclusivamente a derechos adquiridos, sino que a situaciones jurídicas válidamente creadas. Esto hace que dichas situaciones sean reconocidas, como consecuencia de la cortesía internacional y del respeto de la soberanía de ese Estado, sin implicar la renuncia a la soberanía propia. Pero más importante aún, permite se garantice el respeto a situaciones y relaciones que se han formado previamente¹³¹⁰. Este reconocimiento debe hacerse por encima de disposiciones en contrario, contenidas en las normas de la *lex causae*.

¹³¹⁰ DOLINGER, JACOB. Op. Cit., p. 113.

Este concepto adquiere una relevancia aún trascendente frente a los litigios por daño ambiental transfronterizo, pues la materialización de este concepto asegura la validez de los actos legales que se han conformado en otro Estado, tales como el otorgamiento de licencias ambientales, tomando en consideración que los estándares contenidos en las normas administrativas no necesariamente son igualmente exigentes de un Estado a otro. Esto permitiría que, ates regímenes ambientales más exigentes, el foro se vea posiblemente obligado a aplicar los conceptos que se desprenden de las licencias ambientales, provenientes de ordenamientos más laxos. Esto sería potencialmente perjudicial, si además se combina con regímenes de responsabilidad civil extracontractual donde no se reconoce aún la responsabilidad por hecho lícito, o el principio del abuso del Derecho.

No obstante, podría tener efectos positivos. En este sentido vale preguntarse si, podría llegar a considerarse una situación jurídica válidamente creada el reconocimiento de los intereses supraindividuales. En este caso, serviría para llenar las lagunas que cause que estos no estén reconocidos en la ley procesal del foro, especialmente si se utiliza como un mecanismo de control restrictivo de amplitud reconocida al Derecho extranjero.

2.5.3. Los Recursos contra el Derecho Extranjero

426. Igual que en el Artículo 412 del Código de Bustamante, el Artículo 4 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado establece la posibilidad de recurrir la decisión judicial cuando se haya aplicado de manera inadecuada el Derecho extranjero. Es posible que la decisión de los Estados contratantes del Código de Bustamante con relación a este punto se deba a que todos los suscriptores pertenecen a la misma tradición jurídica. Pues de lo contrario, apelar una decisión tomada aplicando el Derecho extranjero puede llegar ser verdaderamente problemática.

FENTIMAN considera que la complejidad de este problema tiene diferentes ramificaciones, dependiendo de si el Derecho extranjero es tenido como hecho o como norma jurídica.

(1) Señala el autor, que en el primero de los casos, cualquier recurso de apelación en este sentido ofrece una oportunidad muy limitada para la revisión de la decisión judicial, si se toma en cuenta que los Tribunales de alzada no tendrán oportunidad de reevaluar a los peritos expertos que han servido para aportar la prueba. Además, si los Tribunales de segunda instancia obviarán esta situación, y se aventurarán a revisar una decisión de esta naturaleza, seguramente el resultado del ejercicio sería inexacto o injusto, al aplicar mecanismos que son inadecuados desde la integralidad del Derecho aplicable.

(2) En el caso de que el Derecho extranjero sea tenido como norma jurídica, el ámbito para la revisión del tribunal de alzada se amplía, pues las consideraciones que tendrá que hacer son también jurídicas y no solamente factuales¹³¹¹.

3. Método propuesto para la Elección del Derecho Aplicable en Supuestos de Daño Ambiental Transfronterizo

427. Esta solución se basa en el método propuesto por JUENGER, basado en una concepción teleológica que conduzca a la elección del Derecho que tenga más méritos o al «*mejor Derecho*»¹³¹². Eso implica que la decisión debe ser diseñada en función de sujetarse a algunos de los principales principios jurídicos que han sido propuestos por el Derecho Internacional ambiental. Es así que el método propuesto consiste en las siguientes acciones:

(1) Identificar los Estados que están conectados con el litigio. Dichas conexiones pueden ser territoriales, personales o subjetivas, de tal forma que haya una amplia gama de soluciones disponibles.

(2) Diferenciar los elementos del litigio que deben ser gobernados por reglas de comportamiento, y los que deben ser gobernados por reglas de distribución de pérdidas, con el fin de aplicar el *dèpeçàge* de manera similar a como se ha aplicado ya en los Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en el precedente *Babcock v. Jackson*.

¹³¹¹ FENTIMAN, RICHARD. Op. Cit., p. 289.

¹³¹² JUENGER, FRIEDRICH K. Op. Cit., pp. 188-189.

Capítulo 5

(a) En el caso de los elementos que deben ser gobernados por reglas de comportamiento, identificar cuál de los ordenamientos conectados contiene los estándares ambientales más exigentes, de tal forma que se garantice una mayor protección al ambiente. Así se cumple con el principio ambiental del *favor naturae*.

(b) En el caso de los elementos que deben ser gobernados por las reglas de distribución de pérdidas, identificar cuál ordenamiento garantiza la distribución más equitativa de éstas para las víctimas que han sufrido daños personales y patrimoniales como consecuencia de las lesiones al ambiente. Esto incluye la responsabilidad vicaria, así como la responsabilidad de los Estados por *acta jure imperii*, y por *culpa in vigilando*. De esta forma se aspira a alcanzar el ideal contenido en el principio de reparación integral denominado *quien contamina paga*.

(3) En los supuestos en los que dos o más ordenamientos alcancen los mismos estándares y deba decirse por la Ley de una de ellas, entonces para hacer la elección se deberá atender a los puntos de conexión, dándole prioridad a los de índole territorial. Para ese fin se utilizará el principio *lex loci injurae*, dándole a la o las víctimas la opción de elegir entre los diferentes lugares donde podrían sufrirse o se han sufrido sus efectos. La territorialidad sugerida podría acercar el resultado a los principios ambientales de *restitutio in pristinum*, *restitutio quo ante* y *restitutio quasi quo ante*.

(4) Con relación a la ley aplicable para la prueba también será necesario crear un sistema de *dépeçage*, que permita que la determinación de la ley aplicable responda a criterios utilitarios y no soberanistas:

(a) La ley del fuero debe regir los siguientes aspectos:

(i) Las formalidades para la obtención de la prueba.

(ii) El régimen de presunciones legales y judiciales.

(iii) El régimen de aportación de la prueba.

(iv) La distribución de la carga de la prueba. El modelo debe incluir una cláusula de escape en el caso de que la *lex fori* prohíba la inversión de la carga probatoria.

(v) La práctica de la prueba.

(vi) La valoración judicial de la prueba. También aquí deberá integrarse una cláusula de escape, en el caso de que el sistema ahí disponible sea de prueba tasada, debiendo dirigirse al ordenamiento donde esté disponible un modelo de valoración basado en la sana crítica.

(b) La ley del lugar de causación del daño debe regir los siguientes aspectos:

(i) La admisión y la eficacia de las obligaciones

(ii) Los medios probatorios. Aquí también es necesario incluir una cláusula de escape que remita a la ley del foro, en caso de que ahí se disponga de un catálogo más amplio, pues lo idóneo es que éste sea de *numeros aperti*.

(5) La única excepción a la utilización de la o las leyes que resulten aplicables es que estas sean contrarios al orden público internacional, a los Derechos Humanos y a los principios generales del Derecho Internacional Ambiental, consolidando así la idea del orden público supraestatal.

(6) Las medidas cautelares aplicables serán determinadas por la ley del foro. Sin embargo, en función del principio *favor naturae*, debe contener una cláusula de escape que remita al ordenamiento del Estado requerido si éste dispone en su normativa de medidas que sean más protectoras para el ambiente.

(7) La ejecución de la medida cautelar y la garantía requerida, estarán determinadas por la *lex causae*. No obstante, no será necesario solicitarla en aquellos casos en los que la medida cautelar solicitada tiene como fin único la protección del ambiente.

(8) Una vez determinado cuál es el o los Derechos aplicables, el Juez deberá emplearlos de oficio, existiendo siempre la posibilidad de que las partes puedan aportar pruebas de su existencia, vigencia, contenido, e interpretación. Para tal fin se admitirán todos los medios probatorios disponibles en el foro. Además, el Juez podrá recurrir a las vías diplomáticas o cualquier otro medio que esté a su disposición para poder conocer por su cuenta de estos extremos.

(9) La calificación de los términos y conceptos procedimentales debe hacerse atendiendo a la ley del foro, para evitar contradicciones innecesarias. La calificación de los términos y conceptos materiales debe hacerse de acuerdo a la o las leyes aplicables, limitando su amplitud a las normas de carácter estrictamente sustantivo.

Capítulo 5

Las normas administrativas pueden ser consideradas solamente si los estándares ambientales en ellas contenidos son mucho más protectores del ambiente.

(10) Se admite el reenvío siempre que su aplicación resulte conveniente para el resultado del litigio. Dicha idoneidad será determinada utilizando como criterios el interés superior del ambiente, contenidos en el Derecho Internacional ambiental.

428. El método aquí propuesto ha tratado de ser lo más comprensivo posible, tomando en consideración que, en realidad, la solución idónea sería crear una solución uniforme de normas sustantivas que vincule a todos los Estados de la región. sin embargo, sin llegar al extremo de proponer una solución de este tipo se ha preferido utilizar un sistema de normas de conflicto que puede ser más adecuado desde tres perspectivas:

- (1) La perspectiva ambiental;
- (2) La perspectiva de los Derechos humanos; y,
- (3) La perspectiva de la adecuada reparación del daño.

Para finalizar, sólo queda decir que a lo largo de este Capítulo se ha insistido una y otra vez en que cualquier solución que se proponga para determinar la ley aplicable a los supuestos de daño ambiental transfronterizo en masa debe lograr un adecuado equilibrio entre dos prioridades: el *favor naturae*, y los intereses patrimoniales y personales de los particulares que resulten afectados.

CAPÍTULO 6. LOS SISTEMAS CENTROAMERICANOS DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS Y SU INCIDENCIA EN LAS ACCIONES DE GRUPO POR DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO

429. Una de las funciones del Derecho Internacional Privado es el reconocimiento de derechos nacidos de decisiones extranjeras y su posterior ejecución, basado esto en el principio de cooperación internacional¹³¹³. Por reconocimiento de una sentencia extranjera se entiende al conjunto de presupuestos y requisitos necesarios para que una resolución judicial tenga eficacia en un Estado distinto a aquel donde ha sido emitida¹³¹⁴. La doctrina reconoce la importancia del reconocimiento, e igual que sucede con la aplicación del Derecho extranjero, es posible encontrar defensores de la idea de que el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras es, hoy por hoy, el verdadero núcleo del Derecho Internacional privado¹³¹⁵.

Independientemente de que se coincida o no con lo anterior, debe estarse de acuerdo con que cualquier decisión que se tome en función de resolver el conflicto de leyes o de jurisdicciones no tendrá ningún sentido ni efecto significativo, si no se logra este reconocimiento. Tampoco lo tendrá el tener acceso a soluciones procesales tan vanguardistas como las acciones de grupo para la tutela de los intereses individuales homogéneos que se promueven en este trabajo.

Por lo tanto, es necesario asegurar un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias que garantice tanto la protección de los intereses ambientales y los individuales que pueden verse afectados por lesiones al ambiente, como la seguridad jurídica de las partes en litigio. Todo esto, sabiendo de antemano que, la unificación normativa por medio de tratados internacionales es, en definitiva, la solución más adecuada¹³¹⁶. De lo contrario, para lograr el reconocimiento y la ejecución actualmente, se dependerá de fueros competentes que se determinan en base a elementos que no abonan en nada a la protección del ambiente ni a los intereses de los

¹³¹³ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. «Reconocimiento y ejecución...Op. Cit, p. 558.

¹³¹⁴ ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Los procesos...Op. Cit., p. 511.

¹³¹⁵ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. «Reconocimiento y ejecución...Op. Cit., pp. 543-568.

¹³¹⁶ ELBALTI, BÉLIGH. Op. Cit., p. 231.

particulares que puedan resultar afectados por daños ambientales, sino que están pensados en la protección del demandado.

430. Adicionalmente, debe estarse de acuerdo con que la libre circulación de sentencias otorga nuevo significado en el ámbito del tráfico jurídico, al reconocimiento y ejecución de resoluciones. Sobre todo, si se acepta que dicha circulación es uno de los principales objetivos de los esfuerzos globalizantes y de integración regional, a la par de la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios. Europa así lo ha demostrado, al promulgar una normativa como la contenida en el Reglamento Bruselas I-bis. Con este ejemplo es claro que la unificación del Derecho Internacional Privado es el camino para facilitar esa libre circulación¹³¹⁷.

Es importante entonces, revisar si los procesos de armonización que se han llevado a cabo en la región centroamericana han conseguido un efecto parecido al logrado en Europa, y sí, las características particulares de las acciones de grupo podrían suponer un obstáculo en este sentido. Especialmente si se toma en consideración que estos instrumentos solamente están disponibles en cuatro de las siete jurisdicciones de la región.

Pero, además, habrá que tomar en consideración que hay normas de conflicto que permiten establecer si los derechos nacidos de resoluciones extranjeras han sido debidamente adquiridos, al indicar cuál es el ordenamiento jurídico al que válidamente le corresponde establecer la situación jurídica de ese determinado sujeto o sujetos. Asimismo, no se puede ignorar que existen normas que valoran la competencia del tribunal que ha dictado la sentencia, y establecen las condiciones para el reconocimiento de las situaciones de derecho constituidas por estas decisiones¹³¹⁸.

¹³¹⁷ BASEDOW, JÜRGEN. «15 years of european private international law –achievements, conceptualization and Outlook-». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás. Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 177.

¹³¹⁸ ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA; PAREDES PÉREZ, JOSÉ IGNACIO. «El marco constitucional del Derecho Internacional privado español». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás. Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 330.

431. Habiendo dicho lo anterior, vale la pena comenzar por comentar que en la actualidad, la doctrina se enfoca en diferenciar el reconocimiento de las sentencias extranjeras, de su ejecución¹³¹⁹. Este abordaje es seguido por muchos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el Ordenamiento Procesal Civil alemán (ZPO)¹³²⁰, o la Ley de Enjuiciamiento Civil española. En Centroamérica, la gran mayoría de los legisladores nacionales han asumido la misma posición, como resulta ser evidente en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, el Código Procesal Civil hondureño, el Código Procesal Civil nicaragüense, el Código Procesal Civil costarricense y el Código de Derecho Internacional Privado panameño. Contrariamente, el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala aún se mantiene la postura más tradicional de no diferenciar estos dos aspectos.

1. El Reconocimiento de las Sentencias en las Fuentes Centroamericanas

432. Inicialmente, las sentencias sólo tienen efectos en el lugar en las que son emitidas, pues los jueces tienen limitada su jurisdicción y su *imperium* a dicha circunscripción. Para que sus efectos se extiendan más allá de dicha jurisdicción, es necesario que haya algún tipo de mecanismo que lo facilite. Dichos mecanismos pueden ser convencionales o no convencionales¹³²¹. Son incorporados en los ordenamientos jurídicos con el propósito de atribuirles a las sentencias extranjeras en el foro local, los mismos efectos que de ordinario tienen las sentencias nacionales. Con esto se busca asegurar la verdadera eficacia del principio de la tutela judicial efectiva, y la consiguiente seguridad jurídica.

Adicionalmente, señala ELBALTI que el hecho de que las fuentes internas incorporen mecanismos para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en ausencia de un tratado internacional que los obligue, es una señal de la actual

¹³¹⁹ ELBALTI, BÉLIGH. «Armonización espontánea de los requisitos para el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras y la necesidad de un convenio global sobre decisiones judiciales», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XI, Madrid, Iprolex, 2011, p. 242.

¹³²⁰ *Vid.* Ordenamiento Procesal Civil (ZPO) en la versión publicada el 5 de diciembre de 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781).

¹³²¹ ELBALTI, BÉLIGH. *Op. Cit.*, p. 245.

tendencia a la liberalización de las prácticas de reconocimiento que puede ser considerados como signos de armonización espontánea.

Efectivamente, el reconocimiento de sentencias extranjeras tiene similitudes con la aplicación en juicio del Derecho extranjero, en el sentido de que éstas también pueden ser reconocidas tanto como hechos, o como resoluciones jurisdiccionales que son. Reconocer sentencias extranjeras como documentos o hechos con el propósito único de incorporarlas como medio de prueba en un litigio, no significa atribuirles la misma cualidad jurídica que tienen las resoluciones jurisdiccionales. Mientras que, reconocerlas como verdaderas resoluciones jurisdiccionales supone dotarlas de efectos tales como el de cosa juzgada y ejecutividad¹³²². Pero más importante aún, supone reconocer su eficacia imperativa como decisión judicial que es¹³²³.

433. Ahora bien, frente a una resolución judicial que pretende ser dotada de plenos efectos en una jurisdicción diferente de aquella en la que fue emitida, y ante la ausencia de un tratado internacional que obligue al reconocimiento, normalmente se reconoce tres posibles alternativas:

(1) Que la resolución no sea reconocida. Un ejemplo de jurisdicciones donde las resoluciones no son reconocidas se da en la práctica caribeña, y de otras jurisdicciones de tradición anglosajona. Ahí no necesariamente se hace vínculo entre la acción original del litigio y la ejecución de la sentencia dictada por el juez extranjero¹³²⁴, por no aplicarse la doctrina del *merger*, disponible para las sentencias domésticas¹³²⁵.

Los litigantes en las Cortes caribeñas pueden escoger entre solicitar la ejecución de la sentencia dictada por el juez extranjero o iniciar una nueva acción para ese mismo litigio en su jurisdicción¹³²⁶. No obstante, esta opción además de ser una forma de abuso del proceso, va en contra de la visión globalizante e integradora que

¹³²² LOULA, MARIA ROSA. «Anotações sobre homologação de sentença estrangeira no Brasil». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 197.

¹³²³ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...* Op. Cit., p. 297.

¹³²⁴ DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. Op. Cit., p. 47.

¹³²⁵ Para las sentencias de origen doméstico, la doctrina del *merger* impide que cualquier persona que ha resultado favorecida por un tribunal competente, precluyendo la posibilidad de que ese individuo busque la compensación ante otro tribunal por la misma causa. Vid. JUSTIN, CHAN JUNHAO. «Problems in the recognition and enforcement of US Class Action judgements in Singapore». En *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 25, Núm. 1, 2013, p. 58.

¹³²⁶ Esta opción de iniciar una nueva acción tiene sus raíces en el Procedimiento Civil holandés de 1838, que incluía el principio de no reconocimiento. Vid. ELBALTI, BÉLIGH. Op. Cit., p. 245.

en la actualidad impera en el ámbito centroamericano, pero además se opone abiertamente a la noción de la tutela judicial efectiva, que tanto se ha buscado asegurar en las alternativas que se proponen en estos documentos.

(2) Que el reconocimiento de las sentencias se de en función de la reciprocidad. Esta es una de las condiciones impuestas para aquellos supuestos en los que falte un tratado internacional que determine expresamente su eficacia, de acuerdo al Artículo 344 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco de 1963, al Artículo 754 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, al Artículo 627 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, al Artículo 155 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014, y a la Sección 8 del *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* de Belice de 2000¹³²⁷.

Esta opción no es deseable, además de ser bastante anquilosada para el momento histórico actual que se vive en Centroamérica, donde la globalización es el paradigma económico con el que se está tratando de salir del subdesarrollo. La exigencia de la reciprocidad hace que el reconocimiento de una decisión extranjera sea demasiado endeble a los vaivenes de la diplomacia y la política internacional.

Además, impone obligaciones adicionales a las partes, pues la reciprocidad deberá probarse¹³²⁸, ya sea a través de la existencia de convenios bilaterales o multilaterales de reconocimiento diplomático, o demostrando que en la práctica del país requirente, sentencias del país requerido han sido anteriormente reconocidas. No lograr probarlo, y causar con esto la denegación del reconocimiento y su posterior ejecución, puede significar una violación al principio de los derechos adquiridos, y, obviamente, como se ha dicho ya, va en detrimento de la tutela judicial efectiva¹³²⁹.

Esgrimir un criterio soberanista como éste, cuando lo que está en juego es la protección del ambiente, carece de justificación, por lo que no se puede considerar adecuado la existencia de este requisito para el reconocimiento de sentencias por daño ambiental transfronterizo. Es definitivamente positivo que este criterio ya haya empezado a ser desestimado en otros ordenamientos. Ejemplo concreto de lo anterior

¹³²⁷ En el caso de Belice, dicha reciprocidad sólo es exigida para aquellas sentencias que no procedan del Reino Unido, o de los países miembros del Commonwealth. *Vid.* Chapter 171, Reciprocal Enforcement of Judgments Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize-law.org>

¹³²⁸ En Nicaragua, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 7 de noviembre de 1925 se ha referido a la carga de la prueba de la reciprocidad, y ha dicho que ésta le corresponde a la parte que la alega.

¹³²⁹ ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Los procesos...Op. Cit., pp. 511-513.

es la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana¹³³⁰. No obstante, el predominio de esta idea anquilosada de la reciprocidad hace que sea evidente la necesidad de una solución unificada que se deshaga de ese criterio.

(3) Que el reconocimiento dependa exclusivamente del cumplimiento de estándares objetivos¹³³¹. Estos modelos funcionan aún y cuando haga falta un tratado internacional, bajo el entendido que su utilización no puede ser restrictiva, porque al final, con ellos se busca determinar derechos puramente privados¹³³². En el ámbito centroamericano, ésta aproximación, mucho más eficiente, ha sido utilizada por los legisladores de El Salvador y Costa Rica. Ellos han abordado el problema estableciendo modelos objetivos para el reconocimiento de sentencias extranjeras a falta de tratados internacionales.

En el caso salvadoreño, el Artículo 556 del Código Procesal Civil y Mercantil de 2008 enumera los requisitos para el reconocimiento; el Artículo 557, indica cuál es el Juez competente para tramitarlo; y, el Artículo 558, señala el procedimiento a seguir. Por su parte, en el Código Procesal Civil costarricense de 2015, los requisitos para el reconocimiento han quedado contenidos en el Artículo 99.2, mientras que, la competencia judicial y el procedimiento han quedado establecidos en el Artículo 99.3 subsiguiente.

434. Las primeras dos alternativas antes expuestas para el reconocimiento de sentencias extranjeras, son las respuestas que tradicionalmente han sido utilizadas en el Derecho continental; mientras que la tercera, es mucho más común en el ámbito anglosajón. No obstante, aunque este modelo objetivo que ya ha sido utilizado en algunas de las jurisdicciones de la región podría replicarse en los demás ordenamientos centroamericanos, es de insistir que la objetividad desligada de la exigencia de reciprocidad se consigue mejor por medio de normas convencionales o institucionales, porque se deshace de la limitante de la unilateralidad. Esto es ostensible, en la forma en la que el reconocimiento de sentencias extranjeras ha sido tratado en el Código de Bustamante de 1928, la Convención Interamericana sobre

¹³³⁰ *Vid.* Ley de Derecho Internacional Privado, publicado en Gaceta Oficial No. 36,511 de 6 de agosto de 1998.

¹³³¹ DOLINGER, JACOB. *Op. Cit.*, p. 321.

¹³³² ELBALTI, BÉLIGH. *Op. Cit.*, p. 267.

eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales de 1979¹³³³, el Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil¹³³⁴ y en el Reglamento Bruselas I-bis, para mencionar algunos ejemplos.

MAGNUS comenta de manera excepcional cuales son los méritos que hay tras la uniformidad de las reglas para el reconocimiento de sentencias judiciales¹³³⁵. Para el autor, la integración de esas normas en un solo instrumento hace que los procedimientos sean más fáciles para las partes involucradas, pero además, permite que se reduzcan las posturas divergentes que van apareciendo en los ordenamientos jurídicos, ya sea por anacronismo o por simples posiciones políticas divergentes de los legisladores que las crean. Estas ventajas no dejan espacio para la duda sobre la pertinencia del mecanismo que aquí se propone.

Además, una solución unificada evitaría que los jueces de aquellas jurisdicciones donde no hay acciones de grupo disponibles, se nieguen a reconocer o ejecutar una sentencia dictada en un litigio de esta naturaleza, por desconocer el funcionamiento de dicho instrumento procesal, o por considerar que algunos de sus elementos son contrarios al orden público. Esto es particularmente importante frente a las modalidades *opt-out* de las acciones de grupo disponibles en Honduras, Nicaragua y Panamá, donde la notificación utiliza mecanismos mucho más flexibles y masivos y menos personales que los que tradicionalmente se utilizan en las acciones individuales.

¹³³³ Esta Convención también fue adoptada en el Marco de la CIDIP II celebrada en Montevideo en 1979. Entró en vigor en junio de 1980. Fue suscrita por todos los Estados de la región exceptuando Belice y Nicaragua. No obstante, ninguno de estos Estados la ha ratificado. En ella se establecen las condiciones necesarias para que estas resoluciones tengan eficacia en el territorio de los demás Estados Parte. Uno de los requisitos exigidos por este instrumento es que el Juez o Tribunal que dicte la sentencia que pretenda ejecutarse en el territorio de otro Estado parte, debe ser competente de acuerdo con el Derecho del Estado donde ésta deba surtir efecto. Situación que después va intentar matizarse con la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional. *Vid.* OEA, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, Montevideo, 1979. Disponible en: <http://www.oas.org>; GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA. Op. Cit., p. 280.

¹³³⁴ *Vid.* CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. Disponible en: <https://www.hcch.net>

¹³³⁵ MAGNUS, ROBERT. «Time for a meeting of the generations», en CADJET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden, Nomos, 2015, p. 37.

2. Condiciones Generales de Admisibilidad del Reconocimiento de Sentencias Extranjeras

435. Para proceder al reconocimiento de sentencias extranjeras, el juez requerido solamente valora los requisitos externos de la resolución y la legitimidad de las provisiones judiciales¹³³⁶. Es decir, no controla la ley aplicada al fondo del litigio¹³³⁷. Esto es así porque hoy en día, la revisión sobre el fondo del litigio es considerado anacrónico, y por la doctrina aparentemente ha caído en desuso¹³³⁸. No obstante, esto no siempre queda claro en algunas de las fuentes de la región.

Para el caso, el Código de Bustamante de 1928, no prohíbe taxativamente a la posibilidad de controlar la ley aplicable al fondo de las sentencias como requisito para acceder a la ejecución de una sentencia extranjera. Pueda ser que esta omisión se deba a sus casi nueve décadas de existencia. No obstante, al exigir que previo a acceder o denegar la ejecución de dicha resolución es imperativo oír a la parte contra quien ésta se dirige, de acuerdo al Artículo 426, se podría presumir que parte de los argumentos de derecho que la parte sobre quien pende la ejecución puede alegar en dicha audiencia, es precisamente que no se hubiera respetado las reglas para determinar la ley aplicable al fondo de acuerdo al mismo Código de Bustamante, o que, aplicando la que corresponde, la interpretación judicial no haya sido adecuada.

Vale decir que no sólo es la situación del Código de Bustamante. De hecho, en ninguna de las fuentes disponibles en la región sean estas convencionales o internas se prohíbe taxativamente la revisión de la ley aplicada al fondo de las sentencias. Es más, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia panameña, abiertamente ha dicho que mantiene este anacronismo, permitiendo que el recurrente pueda acogerse al reexamen del proceso extranjero y no sólo a la excepción por falta

¹³³⁶ BASSO, MARISTELA. «Reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras no Brasil – Estudo a partir dos ensinamentos do mestre Jacob Dolinger». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 183.

¹³³⁷ Este principio fue establecido en el Derecho Anglosajón por medio de la Sentencia Godard v Gray de 1870. *Vid.* Godard v. Gray (1870) LR 6 QB 139.

¹³³⁸ ELBALTI, BÉLIGH. *Op. Cit.*, p. 244.

de competencia, para incoar todas la defensas procedentes, así como desvirtuar un proceso decidido en el extranjero que se considere injusto¹³³⁹.

436. Es evidente la diferencia al compararla con la Convención del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya. Este instrumento establece taxativamente la prohibición general de que se deniegue el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en el extranjero solamente porque el Juez o Tribunal requirente haya empleado un Derecho sustantivo diferente al que se hubiera utilizado de aplicarse las normas de Derecho Internacional Privado del Estado requerido. Esta prohibición también ha sido incluida en el Artículo 52 del Reglamento Bruselas I-bis.

Sin embargo, en la Convención de La Haya de 1971, es posible además hallar prohibiciones específicas en contra de la revisión del fondo de la sentencia. El Artículo 7 de este instrumento establece que la eficacia de las sentencias extranjeras no podrá ser denegada si el Juez o Tribunal del Estado de origen haya tenido que decidir una cuestión relacionada con la capacidad de una de las partes, y se haya llegado a un resultado diferente del que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado las normas de Derecho Internacional Privado del Estado requerido.

Esta solución contenida en el Artículo 7 de la Convención de La Haya recién referida, igual como sucede con la prohibición general de la revisión de fondo, podría ser considerado ventajoso, no sólo para el caso de marras, sino que, de manera general, para el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia civil o mercantil. Lo anterior se afirma sabiendo que, de haber discrepancias en las normas que regulan la capacidad de las partes en la región, existiría el peligro de que el conflicto quede sin resolver al no poder ejecutarse la sentencia correspondiente.

437. A pesar de lo anterior, no existe un modelo único de reconocimiento de sentencias extranjeras. Tanto las fuentes convencionales como las fuentes internas en Centroamérica, incluyen diferentes condiciones que deben ser satisfechas por las sentencias extranjeras que pretendan ser reconocidas en sus jurisdicciones. El cumplimiento o no de dichas condiciones será valorado por la autoridad que tenga a su cargo el reconocimiento.

¹³³⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala de Negocios Generales sobre Comisión Rogatoria, del 14 de septiembre de 1995.

Las fuentes convencionales, es decir, el Código de Bustamante de 1928 y la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, no siempre logran coincidir en los requisitos exigidos. Agregado a esto, más allá de que puede decirse que todos estos requisitos son objetivos o no, el hecho de que contengan un gran número de elementos que deben someterse a la calificación de la autoridad requerida, denota la falta de confianza por parte de los Estados contratantes en los sistemas jurídicos de sus contrapartes¹³⁴⁰.

438. Sin embargo, las mayores discrepancias con relación a las condiciones generales que deben ser exigidas para el reconocimiento de sentencias extranjeras provienen de las fuentes internas cuya aplicación es subsidiaria a los tratados vigentes en la materia, haciendo que el proceso de reconocimiento sea bastante complejo. Es por eso que MAEKELT ha sugerido que los instrumentos armonizados de Derecho Internacional privado de la región deben contar con normas de calificación judicial autónoma, para que los jueces puedan deshacerse de la tradicional calificación basada en la *lex fori*¹³⁴¹. Posición que coincide con lo que actualmente acontece en el ámbito europeo¹³⁴².

A continuación, se hace un breve análisis de las similitudes y diferencias encontradas en estos instrumentos.

2.1. Control de la Competencia del Juez que dictó la Sentencia

439. Como se señaló al inicio de este Capítulo, el control de la competencia del Juez que emite la sentencia, hecha por la autoridad requerida, es sin duda la condición fundamental para el reconocimiento de sentencias extranjeras. En el ámbito centroamericano, es posible hablar de un modelo de control directo, y otro modelo indirecto. El primero se hace a partir de reglas convencionales, mientras que el

¹³⁴⁰ GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA. «El Derecho Procesal Civil Internacional y la Asistencia Judicial Internacional en las Convenciones de la CIDIP», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, p. 281.

¹³⁴¹ MAEKELT, TATIANA B. Op. Cit., pp. 32-33.

¹³⁴² JAEGER JUNIOR, AUGUSTO. «Europeização da parte general do direito internacional privado: Regulamento de Sucessões e un renascimento do reenvio». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 58.

segundo supone que el reconocimiento de las sentencias está sometido a las reglas de competencia del Estado de origen de la sentencia o las del Estado requerido para el reconocimiento.

(1) El modelo de control de competencia directa o convencional se encuentra en el Artículo 423.1 del Código de Bustamante, cuando exige que para que pueda ejecutarse una resolución proveniente de un tribunal extranjero, éste debe haber sido competente para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo a las reglas de ese mismo instrumento, y que fueron analizados en el Capítulo 4. Esta fórmula coincide con la utilizada en la Convención del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya, de la cual ninguno de los Estados de la región es parte¹³⁴³.

(2) Sin embargo, el Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros establece el control de competencia del Juez que dicta la sentencia, la cual será calificada de acuerdo a la ley del Estado requerido. No obstante, no incluye realmente un mecanismo de control directo, sino que difiere este control a ley del Estado donde la sentencia deba surtir efecto, extremo que vuelve a repetir en el Artículo 6. Es decir, a pesar de ser una fuente convencional, en ella queda establecido un mecanismo de control indirecto, por medio de la remisión a las fuentes internas¹³⁴⁴.

Agregado a esto, un control de competencia judicial *ex post*, hace que la litigación plurilocalizada sea inconveniente, imprevisible e insegura. Además, puede resultar en interpretaciones equivocadas que podrían resultar en la limitación de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de origen. No obstante, el problema del modelo utilizado en la Convención Interamericana, es que hace que sea mucho más imprevisible el resultado del trámite del reconocimiento de sentencias extranjeras, por no garantizar la uniformidad de las bases sobre las que se fija la

¹³⁴³ El artículo 9 de esta Convención establece que, en cuestiones relacionada a la competencia del Juez o Tribunal de origen de la sentencia, la autoridad requerida deberá someterse a los hechos sobre lo que aquel órgano haya establecido su competencia. La excepción de lo anterior es que la decisión haya sido alcanzada de manera impropia. Además, el Artículo 10 establece criterios generales para establecer la competencia del Tribunal del Estado de origen, y el Artículo 11 los criterios generales para establecer la competencia del Tribunal donde se dictó la sentencia en una demanda reconvenional.

¹³⁴⁴ Vale aclarar que existe una Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, donde se establecen las bases para el control convencional directo. No obstante, esta no es aplicable en supuestos de daños y perjuicios de naturaleza extracontractual.

jurisdicción de los tribunales en litigios pluriconectados¹³⁴⁵. De escoger cuál de los dos instrumentos resuelve mejor el problema, el Código de Bustamante ofrece menos inconvenientes.

No obstante, la solución idónea es la prevista en el Reglamento Bruselas I-bis. Este instrumento, contiene los criterios por medio de los cuales el Juez de origen debe calificar su propia competencia (Artículos 4 a 35). Además de eliminar la revisión *ex post* de los méritos y los hechos utilizados por el Juez de origen para la calificación, como condición para el reconocimiento.

440. Al analizar las fuentes internas también se aprecia diferentes abordajes en relación al control de la competencia del Juez que dictó la sentencia:

(1) En algunas de ellas se debe demostrar que la causa en realidad presenta un vínculo cualificado con el Estado de origen, pero, además, que la jurisdicción del Estado requerido no es tenida como exclusiva por dichas reglas. Sólo posteriormente se verificará si la reglas de competencia contienen reglas con relación a competencia exclusiva que deba ser observada, siempre y cuando se pueda apreciar un vínculo cualificado¹³⁴⁶. Este es el caso del Código Procesal de Costa Rica de 2016 y el Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014.

(2) En otras, como el Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 y la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* beliceña de 2000, se considera que la calificación debe hacerse exclusivamente conforme a las leyes del Estado donde se origina la sentencia para la cual se solicita el reconocimiento.

(3) Mientras que, el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, los Códigos Procesales de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, consideran que dicha calificación debe hacerse a partir de las leyes del Estado requerido para el reconocimiento, posición que coincide con la Convención Interamericana.

441. El que la calificación de la competencia judicial se haga conforme al Derecho del Estado requerido puede presentar algunos problemas para las acciones de

¹³⁴⁵ ARAUJO, NADIA; POLIDO, FABRICIO BERTINI PASQUOT. «Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras: análise do projeto em andamento na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado». En Revista de Direito Internacional. Vol. 11, Núm. 1, 2014, p. 27.

¹³⁴⁶ BONOMI, ANDREA. «Règles européennes de compétence et règles nationales de reconnaissance: une cohabitation difficile», en FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN. Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 244.

grupo bajo la modalidad *opt-out* en El Salvador o entre los Estados contratantes de la Convención Interamericana cuando estos carecen de un instrumento de esta naturaleza. El más relevante de esos problemas aparece si la competencia judicial en dicha acción fue establecida por medio de la sumisión tácita de las partes. Dicho problema queda evidenciado por medio de una pregunta planteada por JUSTIN, y que no se puede desestimar: ¿puede considerarse una forma de sumisión tácita el hecho que uno de los miembros del grupo, teniendo la posibilidad de desvincularse del proceso no lo haga¹³⁴⁷? La respuesta a esta pregunta sólo podría ser positiva si se demuestra que el miembro del grupo fue debidamente notificado de acuerdo a la ley del Estado requerido.

Sin embargo, éste no necesariamente es el caso en los Códigos Procesales Civiles hondureño y nicaragüense, pues la publicidad del proceso en ambos modelos no es del todo formal. El Artículo 572.2 del primero y el 489 del segundo, ordenan que, cuando se esté frente a un proceso donde los miembros del grupo estén determinados o sean fácilmente determinables, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a los interesados. No obstante, no señala cómo debe llevarse a cabo dicha comunicación. El problema se ve agravado si se toma en consideración que en ambos Códigos se contempla la posibilidad de la comunicación edictal. La comunicación por medio de edictos también es la forma en la que hará el llamamiento del grupo en el modelo panameño, contenido en la Ley 45 de 2007¹³⁴⁸.

442. Vale señalar que en el Reglamento Bruselas I-bis, se ha desistido del control de competencia del órgano jurisdiccional de origen de la sentencia. Este abordaje, a diferencia del prevalente en Centroamérica, denota total confianza entre los miembros de la Unión Europea, que están sometidos a ese Reglamento. Ahora bien, si es cierta la intención de los Estados centroamericanos de promover una verdadera integración entre ellos, prescindir del control de la competencia judicial *ex post*, y aceptar como válido el control de competencia hecho por el Juez de origen, es la solución definitiva para desembarazarse de tal reconcomio.

De ahí que, un modelo unificado para el reconocimiento y ejecución de sentencias que incluya las reglas de competencia judicial internacional en el mismo

¹³⁴⁷ JUSTIN, CHAN JUNHAO. Op. Cit., p. 67.

¹³⁴⁸ Ley No. 45 del 31 de octubre de 2007, Op. Cit.

instrumento, o en un instrumento distinto pero vinculado, para garantizar unidad en los criterios, sería el antídoto contra los rasgos unilateralmente creados, que se identifican en la mayoría de las fuentes internas de la región, que son indiscutiblemente restrictivos e intolerantes.

En caso de que dicha intención sea más bien panfletaria, y siempre haya de prevalecer la desconfianza entre los Estados centroamericanos, manifestado en esta casi específico por medio de dicho control *ex post*, éste no puede ser indirecto. Esta modalidad causa una mayor imprevisibilidad y, por consiguiente, mayor inseguridad jurídica. Lo menos cuestionable en este sentido, es que el control sea directo, y que las reglas de competencia sean tratadas en un instrumento convencional, pudiendo ser éste el mismo en el que se regula el reconocimiento y la ejecución, o en un instrumento distinto, pero también vinculado.

2.2. Notificación de la Sentencia a las Partes

443. Otro criterio exigido para el reconocimiento de sentencias extranjeras, que es común a todas las fuentes disponibles en la región, es la necesidad de que las partes conozcan del litigio. En este sentido, la notificación, como el acto de comunicación hacia el exterior del órgano responsable del litigio, tiene una significativa importancia. Su realización deja de ser una mera formalidad, y se vuelve tan crítica que -de no realizarse adecuadamente- puede colocar a las partes interesadas en situación de indefensión, vulnerándoseles el principio de la tutela judicial efectiva, al violentarse su derecho de audiencia¹³⁴⁹ y el principio de contradicción¹³⁵⁰.

En la litigación transnacional, la parte actora debe asegurar que se lleve a cabo la adecuada notificación de la demanda a la parte contraria. Esto, normalmente, se logra por medio de la entrega de copias del escrito de demanda a todos los involucrados. No obstante, no hay un proceso de notificación que sea universalmente

¹³⁴⁹ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 491.

¹³⁵⁰ ARMELI, BEATRICE. «The service of summons in accordance with EU law», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. Procedural Science at the Crossroads of Different Generations. Baden Baden, Nomos, 2015, p. 275.

aceptado¹³⁵¹. Habiendo dicho esto, es necesario señalar que dentro de la categoría general de actos de comunicación quedan incluidos:

(1) Las notificaciones propiamente dichas, que buscan comunicar una resolución o actuación a todas las personas que participan del proceso¹³⁵². Su función es a la vez informativa, de advertencia y de prueba¹³⁵³;

(2) Las citaciones, que tienen como propósito llamar a una persona a que comparezca ante el órgano jurisdiccional en un término¹³⁵⁴;

(3) Los emplazamientos, que imponen a las personas que los reciben la carga de comparecer ante el órgano jurisdiccional en un plazo determinado¹³⁵⁵; y,

(4) Los requerimientos, que ponen en conocimiento a una persona de una resolución judicial en la que se le ordena realizar una determinada conducta o dejarla de realizar, según sea el caso¹³⁵⁶.

Dada la trascendencia de estos actos de comunicación, es importante que los legisladores integren mecanismos de protección en los ordenamientos jurídicos, que garanticen que los jueces no puedan dictar sentencia mientras las partes no se presenten al Tribunal y sean oídas oportunamente. De lo contrario, las sentencias que se dicten contravendrán principios fundamentales básicos que están reconocidos en todas las Constituciones de la región.

444. En el ámbito europeo, esto ha sido resuelto en el Reglamento de notificación y traslado de documentos de 2007 ya antes citado. El Artículo 19 de dicho Reglamento establece que para que el juez pueda dictar sentencia ante la incomparecencia del demandado, deberá previamente establecerse que éste ha sido debidamente notificado de acuerdo al Derecho interno del Estado miembro¹³⁵⁷. La compatibilidad del mecanismo utilizado con la *lex fori* será controlado por el Juez que

¹³⁵¹ KIM, ANNE-MARIE. «The Inter-American Convention and Additional Protocol on Letters Rogatory: The Hague Service Convention's Country Cousins», en *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 36, Núm. 3, 1998, p. 689.

¹³⁵² MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 493.

¹³⁵³ FEUILLADE, MILTON C. Op. Cit., p. 178.

¹³⁵⁴ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit., p. 494.

¹³⁵⁵ Ídem.

¹³⁵⁶ *Ibidem*. pp. 494-495.

¹³⁵⁷ Esta solución también ha sido incorporada en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, publicada en el BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015. *Vid.* IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 527-543.

conoce del conflicto¹³⁵⁸. El Reglamento incluye un mecanismo para la demostración de que la documentación pertinente fue entregada de acuerdo a cualquier otro método prescrito en el mismo reglamento. En cualquiera de las dos circunstancias, deberá también demostrarse que la entrega ha sido hecha en el debido tiempo para que el demandado pueda coordinar su defensa.

445. Por su parte, el Convenio de La Haya de 1965 sobre la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, del que solamente Belice y Costa Rica forman parte¹³⁵⁹, prescribe en su Artículo 15 una medida de seguridad similar a la antes descrita, por medio del cual el Juez que conoce del litigio en el que se haya remitido al extranjero una notificación o traslado, cuando el demandado no comparezca en juicio, deberá aguardar para proveer el tiempo que sea preciso, hasta que se establezca que el documento ha sido debidamente notificado. El Artículo 6 dispone el uso de un certificado que se utilizará como mecanismo para establecer el cumplimiento de la petición por parte del Estado requerido.

Sin embargo, el mismo Artículo 15 antes relacionado admite la posibilidad de que cada Estado contratante decida por medio de una declaración, que sus jueces puedan resolver a pesar de no haberse recibido comunicación alguna que acredite que la notificación se llevó a cabo, siempre que el documento haya sido transmitido utilizando alguno de los mecanismos previstos en el tratado, o que haya transcurrido un plazo que el Juez aprecie suficiente no pudiendo ser este menor a seis meses, o que no se haya podido obtener certificación alguna por parte del Estado requerido a pesar de haber llevado a cabo todas las diligencias oportunas.

446. En cambio, ni el Código de Bustamante de 1928, ni la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias incluyen medidas de seguridad similares a estas, por lo que la protección del demandado dependerá de las fuentes internas. Tampoco se establece un mecanismo específico para certificar que el exhorto o carta rogatoria fueron debidamente tramitados. De hecho, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, haciendo referencia a la Convención Interamericana, ha considerado que no se vulneran garantías constitucionales si no se emplaza

¹³⁵⁸ ARMELI, BEATRICE. Op. Cit., p. 278.

¹³⁵⁹ Belice se adhirió al Convenio el 8 de septiembre de 2009, entrando en vigor el 1 de mayo de 2010, y Costa Rica se adhirió a él el 16 de marzo de 2016, entrando en vigor el 1 de octubre de 2016. *Vid.* CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. Disponible en: <https://www.hcch.net>

adecuadamente a una de las partes el litigio, si se demuestra que la Carta Rogatoria fue enviada para su diligenciamiento, aunque no se hubiera recibido confirmación de la Autoridad requerida de que la comunicación fue llevada a cabo¹³⁶⁰.

Dicho lo anterior, el Artículo 10 de la Convención Interamericana podría servir de matización para este vacío, pues permite que se le dé una tramitación especial a la carta rogatoria cuando así sea solicitado por el requirente, siempre que esto no vaya en contra de las leyes del Estado requerido. No obstante, este vacío dejar ver que el Convención Interamericana no ha logrado terminar de integrar los procedimientos nacionales independientes en procedimientos supranacionales interdependientes.

447. Contar con una salvaguarda de este tipo en el contexto centroamericano es obviamente importante, sobretodo si se toma en consideración que la mayoría de los ordenamientos de la región solamente regulan la nulidad de los actos procesales cuando a las partes se les causa indefensión, haciéndolo además de manera general, sin hacer consideraciones específicas para los supuestos antes referidos. Las únicas excepciones a esta tendencia pueden observarse en el Artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala de 1963 y en el Artículo 733 del Libro Segundo del Código Judicial panameño. El primero señala que, si las partes no son notificadas en legal forma, no se les pueden afectar sus derechos; el segundo, reconoce como causa de nulidad el que no se le haya notificado al demandado de la providencia que acoge la demanda y ordena su traslado en aquellos procesos que así lo exigen.

Esta heterogeneidad es lo que evidencia nuevamente, la palpable necesidad de que -en el ámbito centroamericano- las normas de Derecho Internacional Privado vayan integrando opciones procesales en los conflictos con elementos de extranjería que trasciendan a la *lex fori*¹³⁶¹, siendo el camino más adecuado en este sentido, la unificación normativa por medio de tratados internacionales. Coincidiendo con DREYZIN DE KLOR, esta materia se desenvuelve con mayor fluidez en el contexto convencional o institucional, que por medio de las fuentes internas¹³⁶².

448. A pesar de las falencias arriba señaladas, se ha identificado una posible salida para el vacío antes referido, y éste es la excepción del orden público. Dicha

¹³⁶⁰ Vid. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 350-06, del 19 de abril de 2007.

¹³⁶¹ CADIET, LOÏC. Op. Cit., p. 19.

¹³⁶² DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. *El Derecho Internacional...* Op. Cit., p. 247.

excepción puede ser aplicada cuando una de las partes se encuentra en una jurisdicción distinta a la que se está desarrollando el litigio, o cuando se intenta reconocer y ejecutar una sentencia en una jurisdicción diferente, sin haber requerido de la cooperación judicial internacional para hacer la notificación correspondiente. Ya el Tribunal Europeo de Justicia ha señalado que el hecho de no permitir a un demandado la oportunidad de ser oído en juicio, y de defenderse, puede ser visto como contrario al orden público. Señaló además en esa ocasión que los Estados Miembros debían observar las provisiones de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en este tipo de situaciones¹³⁶³.

A una conclusión similar ha llegado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense en su Sentencia No. 000998-E-S1-2015 de 20 de agosto de 2015¹³⁶⁴, con relación a la importancia de la notificación para el reconocimiento de sentencias extranjeras en la que ha señalado que aunque una citación esté hecha conforme a las leyes del país de origen, ello no es suficiente para que sea reconocida por el Tribunal requerido, si en la realidad, la persona no fue citada, como ocurriría en un caso de ausencia, o si la citación se apoyó en una simple ficción legal, dejando a dicha persona en estado de indefensión. De reconocerla, se estaría poniendo el Derecho extranjero por encima de los principios básicos del Derecho nacional, y en esas condiciones, se actuaría en contra del orden público.

449. Sin embargo, cuando se trata de acciones de grupo, el panorama se vuelve más complejo aún, pues aplicar con absoluta rigurosidad la excepción del orden público puede tener un efecto contrario al que se buscó originalmente con la utilización de dicho instrumento procesal. De ahí que sea necesario identificar la solución que permita encontrar un punto de equilibrio entre la necesidad de notificar a todos los involucrados para evitar se les violente el derecho de defensa, y la posibilidad de utilizar mecanismos mucho menos flexibles de comunicación, que permita comunicar la existencia del litigio a los miembros ausentes del grupo, sin que se llegue a cuestionar su validez, para no impedir el acceso a la justicia de estas personas. Esto es particularmente significativo para las acciones de grupo bajo la

¹³⁶³ *Vid.* Dieter Krombach v. André Bamberski, Caso C-7/98 del 28 de Marzo de 2000.

¹³⁶⁴ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense en su Sentencia 998-E-S1-2015 de 20 de agosto de 2015.

modalidad *opt-out*, donde las formas de notificación a los miembros del grupo pueden ser cuestionadas.

De esta óptica, se identifica una ventaja en el estado actual de las cosas, y esta consiste en que la normativa disponible en la región que regula las acciones de grupo bajo la modalidad *opt-out*, guarda muchas similitudes. Tanto el Artículo 572 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, como el 489 del Código nicaragüense de 2015, exigen que el llamamiento de los miembros del grupo al proceso se haga publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión.

En el caso de que los miembros del grupo estén previamente determinados, quien ejerza la representación del grupo debe comunicarse con ellos previo a la presentación de la demanda. En el caso de la Ley 45 panameña de 2007, el procedimiento es similar. Una vez que el Tribunal acoge la demanda, publicará el edicto por cinco días consecutivos en un diario de reconocida circulación nacional.

450. A pesar de lo anterior, todavía persisten marcadas diferencia con relación a como los demás ordenamientos centroamericanos regulan el acto de la notificación. Por ejemplo, para el Código de Bustamante de 1928, de acuerdo al Artículo 423.2, es necesario que todas las partes involucradas hayan sido debidamente citadas, personalmente o por medio de sus representantes¹³⁶⁵. Agregado a esto, uno de los Estado que ratificaron esta convención es Guatemala, y ahí, el Código Procesal Civil y Mercantil de 1963, exige que la notificación sea siempre personal, ya sea en el domicilio del particular, o el lugar donde esta se encuentre. De tal forma que el Artículo 77 de dicho instrumento ordena que, en caso de que las notificaciones que se hagan de manera distinta, estas sean declaradas nulas.

Este tipo de exigencias pueden ser verdaderamente problemática para aquellos modelos de acciones de grupo, donde la configuración del grupo sea hecha utilizando un mecanismo de *opt-out*, pues no siempre se puede garantizar que todos los integrantes hayan sido citados de esta manera. Es más, no siempre se puede garantizar

¹³⁶⁵ La condición preestablecida en el Artículo 423.2 del Código de Bustamante para la homologación de las sentencias es que estas es que no se viole el derecho de audiencia de las partes ni que esta sea dictada en rebeldía. Esta misma provisión coincide con el Artículo 6 de la Convención del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya, con la excepción de que este segundo instrumento permite que se subsane este defecto con la notificación a la parte rebelde del inicio del proceso de acuerdo a la legislación del Estado donde se conoce el juicio con tiempo suficiente para permitirle defenderse.

que todos los miembros del grupo hayan sido citados del todo, al menos no de la forma tradicional. Considerando que el Código de Bustamante tiene plena vigencia en Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, podría convertirse en un verdadero obstáculo para las sentencias dictadas en las acciones de clase disponibles en tres de esos cuatro países.

451. Además, la jerarquía del Código de Bustamante frente a las fuentes internas de estos países, cancela la posibilidad que fue incluida por el legislador panameño, cuando en el Artículo 1018 del Libro Segundo del Código Judicial, que permite que en aquellos litigios en los que haya varias personas interesadas en el proceso, estas puedan ser notificadas personalmente o emplazadas edictalmente. De tal forma que, se pueda seguir el proceso con los que comparezcan.

No está demás señalar que el Código de Bustamante es utilizado de manera subsidiaria en El Salvador y Costa Rica, e incluso como fuente doctrinal, pudiendo sesgar la interpretación de su normativa interna. En ese caso, podría limitar la aplicación de los Artículos 171 y 179 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, y el Artículo 29 del Código Procesal Civil costarricense de 2015, en los que hay apertura para que la notificación pueda hacer por medio de edictos, o por medio de tableros. Estas razones deben ser más que suficientes para justificar un nuevo instrumento unificado, específico para el reconocimiento de acciones de grupo en la región.

452. Desde la perspectiva de las acciones de grupo de la modalidad *opt-out*, que predominan en la región, sería ideal que la calificación para establecer si la notificación a los miembros ausentes del grupo se ha hecho adecuadamente o no, se hiciera a partir de la ley del Estado de origen de la sentencia. Esto es particularmente necesario si el Estado requerido para el reconocimiento no cuenta con un instrumento procesal de esta naturaleza. De esta forma, no tendría que lidiarse con cuestionamientos sobre los derechos procesales de los miembros del grupo, que podrían poner en precario el reconocimiento. Sobre todo, porque el respeto a los derechos procesales de los miembros del grupo no debería ser causa de preocupación, cuando la sentencia tiene un efecto *secundum eventum litis*, evitando que éstos queden vinculados a la resolución en caso de que ésta fuera contraria a las pretensiones en las que se basa la demanda.

Capítulo 6

Habiendo dicho esto, también hay que señalar que ni la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, ni las fuentes internas, en realidad no se enfocan en la notificación de los demandantes cuando estos son más de uno, sino que se fijan en que el demandado haya sido debidamente notificado y emplazado de la resolución. No obstante, el que las fuentes no hagan referencia taxativa a este extremo, no quiere decir que los Jueces vayan a desconocer las garantías procesales que les son garantizadas a las partes en conflicto.

453. Sin embargo, la forma en que se regula la notificación del demandado no es menos conflictiva. Para empezar, no todas las fuentes aclaran conforme a que ley debe hacerse la calificación de este extremo. Este es el caso de los Códigos Procesales Civiles de Guatemala de 1963 y de El Salvador de 2008, así como el Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014.

Los instrumentos que sí establecen la ley que debe ser utilizada para calificar si la notificación o emplazamiento del demandado fue debidamente llevado a cabo, tampoco llegan a coincidir si éste debe hacerse de acuerdo a la ley del Estado donde se dictó la sentencia, o de acuerdo a la ley del Estado requerido para su reconocimiento. Los Códigos Procesales de Honduras de 2007 (Artículo 754), de Nicaragua de 2015 (Artículo 627) y de Costa Rica de 2016 (Artículo 99.2), y la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* beliceña de 2000 (Sección 11), consideran que la calificación debe hacerse de acuerdo a la ley del Estado de origen de la sentencia. Mientras que, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Artículo 2) considera que la calificación debe hacerse a partir de las leyes procesales del Estado requerido para el reconocimiento.

454. Tampoco hay un criterio uniforme con relación a si se debe reconocer sentencias que hayan sido dictadas en rebeldía o en ausencia del demandado. Este elemento no es trivial, pues la posibilidad de que pueda reconocerse sentencias dictadas en rebeldía, es tremendamente positiva desde la perspectiva de la protección del ambiente, evitando con esto que los demandados evaden su responsabilidad. Las diferencias encontradas son significativas, y permiten agrupar a los ordenamientos de la región en tres categorías:

(1) La primera corresponde a aquellos ordenamientos donde no se puede reconocer sentencias dictadas en rebeldía, pero en los que no se aclara cual ley será utilizada para calificar es

te extremo¹³⁶⁶. Aquí se agrupan el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco de 1963, y el Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. Ambos establecen taxativamente que no se podrán reconocer sentencias que hayan sido dictadas estando rebelde el demandado. Señala BOUTIN que al exigir que no se reconozca este tipo de sentencias, se está acatando el principio de contradicción procesal, y respetando otro principio, el de cognición procesal¹³⁶⁷. El Código guatemalteco tampoco permite que se reconozca la sentencia si ésta fue dictada en ausencia del demandado. Sin embargo, el significado de notificación y de rebeldía no necesariamente es igual de un modelo a otro.

De acuerdo al Artículo 113 del Código guatemalteco, la rebeldía implica que, habiendo transcurrido el término del emplazamiento, el demandado no comparece a juicio. El efecto de su incomparecencia es que se tendrá contestada la demanda en sentido negativo, pudiendo proseguirse con el juicio. Esta notificación o emplazamiento, de acuerdo al Artículo 71 del mismo Código, deberá ser personal. Esto significa que el notificador del Tribunal o un notario designado por el Juez deberá apersonarse en el domicilio del demandado, al lugar de su residencia o al lugar donde éste se encuentre habitualmente y le hará entrega de la cédula de notificación. De no estar presente, podrá entregarla a sus familiares o a cualquier otra persona que resida en la casa. E, incluso, en el caso de que estos se negaren a recibirla, podrá fijarla en la puerta del domicilio, dejando constancia de este extremo en el expediente.

Por su parte, la noción de ausencia de acuerdo a este Código implica que el notificador es del conocimiento, ya sea porque le consta personalmente, o porque le ha sido informada en la casa de la persona que debe ser notificada, que ésta está ausente del territorio guatemalteco. En cambio, ni el Código de Derecho Internacional Privado de 2014, ni el Libro Segundo del Código Judicial panameño hacen diferencia

¹³⁶⁶ Aunque no se reconozca sentencias dictadas en rebeldía, es importante saber cuál es el parámetro utilizado para determina qué es lo que se entiende por rebeldía y qué no.

¹³⁶⁷ BOUTIN I., GILBERTO. «De las reglas judiciales de control de las sentencias y laudos extranjeros en el Derecho Procesal panameño», en FÁBREGA P., JORGE (Director). *Procesos Civiles*, 2ª ed., Panamá, Editorial Jurídica Panameña, 2002, pp. 258.

alguna entre rebeldía y ausencia¹³⁶⁸, ni tampoco contiene un concepto de notificación personal tan amplio y flexible como en el Código guatemalteco.

455. (2) La segunda categoría corresponde a aquellos ordenamientos en los que no se puede reconocer sentencias dictadas en rebeldía o que no hayan sido notificadas al demandado, pero en los que sí se establece cuál es la ley que será utilizada para hacer la calificación. A ésta la conforman la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* de Belice de 2000, y el Código Procesal Civil de Nicaragua de 2015.

En el caso de la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act*, ésta no utiliza taxativamente el término «rebeldía». Sin embargo, sí establece que no podrán ser reconocidas aquellas sentencias en las que, habiendo sido notificado el demandado, éste no se haya apersonado en el juicio. El Código Procesal Civil de Nicaragua exige que se le haya notificado al demandado la resolución que se pretende ejecutar. No dice nada con relación a la rebeldía. No obstante, la prohibición a reconocer una sentencia dictada en rebeldía tiene un origen jurisprudencial. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, señalando que la única excepción a la obligación que hay de que el demandado comparezca en el proceso es que éste haya sido declarado rebelde¹³⁶⁹. No notificársele del proceso, privándole de comparecer en juicio y defenderse es causa suficiente para que la sentencia no sea reconocida.

A diferencia de lo que acontece en Guatemala y Panamá, donde no hay claridad con relación a la ley que debe ser utilizada para calificar estos aspectos, en Belice y Nicaragua, la calificación se hará a partir de la ley del Estado donde ha sido dictada la sentencia. Esta solución denota una posición que a la vez es extremadamente proteccionista de los derechos del demandado, pero que también demuestra confianza en los sistemas legales de los demás miembros de la sociedad internacional.

456. (3) La tercera categoría está conformada por los ordenamientos donde si es posible reconocer sentencias extranjeras dictadas en rebeldía. Esta incluye al

¹³⁶⁸ Esta falta de claridad ha sido perpetuada por la jurisprudencia panameña. Un ejemplo de lo anterior es la Sentencia del Expediente 139-10 dictada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá el 12 de julio de 2010, en la que la Sala estima que la sentencia extranjera no indica si el demandado concurrió personalmente o a través de apoderado judicial al proceso, y que la parte solicitante tampoco ha presentado ningún otro elemento que permita confirmar que el demandado fue notificado. Pareciera que la Sala no considera posible que el demandado se encuentre ajeno al proceso, aún si fue debidamente notificado.

¹³⁶⁹ *Vid.* Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 17 de mayo de 1935.

Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 1963, y los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Costa Rica de 2015, donde si es posible reconocer una sentencia que haya sido dictada estando el demandado en estado de rebeldía. De acuerdo a los instrumentos de Honduras y Costa Rica, la calificación de la rebeldía se hará conforme a las leyes procesales del Estado requirente. Los legisladores de Honduras y El Salvador, además exigen que el demandado haya tenido la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, y que se le haya notificado la resolución que se pretenda ejecutar¹³⁷⁰. En el caso de Honduras, la notificación debe ser hecha de acuerdo a las leyes del Estado dónde la sentencia ha sido dictada.

De todas las opciones analizadas con relación a la posición que las fuentes internas asumen frente al reconocimiento de sentencias dictadas en rebeldía, ésta es la idónea vista desde la protección de los intereses ambientales, pues asegura que los causantes del daño no se escuden en una prohibición de esa naturaleza, además de que otorga mayores posibilidades de que se logre la adecuada compensación. Lo que si es cierto es que, en función de garantizar la tutela judicial efectiva de todos los involucrados, debe unificarse los criterios para determinar cuándo y cómo es que se considera practicada la comunicación¹³⁷¹, y cómo está puede ser demostrada en juicio.

2.3. La Excepción del Orden Público

457. La figura del orden público como excepción, permite la denegación del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras¹³⁷². Éste mecanismo busca asegurar la coherencia en el Derecho Internacional privado, pues tiene como propósito garantizar los principios jurídicos del Estado donde se busca el reconocimiento y ejecución de la sentencia, necesarios para que el juicio que se lleve a cabo sea justo¹³⁷³.

En relación a esto es importante entender dos cosas. Como ya había sido comentado, no en todos los ordenamientos jurídicos se distingue la noción del orden público internacional de la del orden público interno. Doctrinalmente se entiende que

¹³⁷⁰ La forma en la que los legisladores hondureño y salvadoreño resuelven lo concerniente a las sentencias dictadas en rebeldía del demandado coincide con el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, y con el Reglamento Bruselas I-bis.

¹³⁷¹ HEREDIA CERVANTES, IVÁN; RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. Op. Cit., p. 104.

¹³⁷² MAGNUS, ROBERT. Op. Cit., p. 40.

¹³⁷³ CADIET, LOÏC. Op. Cit., p. 26.

la primera es mucho más limitada que la segunda. Pero, además, como recién se ha señalado, la noción del orden público internacional se limita a los principios jurídicos más básicos y fundamentales del foro. La idea es que haya cierto nivel de tolerancia frente a los juzgamientos transfronterizos, más allá de la que normalmente se dispensa en el ámbito doméstico¹³⁷⁴.

Esta excepción ha quedado contenida en el Artículo 423.3 del Código de Bustamante, señalando que la sentencia extranjera no podrá ser ejecutada si contraviene el orden público o el derecho público del país requerido para la ejecución. Esta construcción coincide, en principio, con la de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Sin embargo, hay que señalar que el Artículo 2 de este segundo instrumento establece que la contrariedad debe ser manifiesta. Dicha exigencia también ha sido incluida en el Artículo 5.1 de la Convención del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya.

458. Los legisladores del área han adoptado un abordaje muy similar. Todos han incluido esta excepción en función del orden público del Estado requerido para el reconocimiento de la sentencia¹³⁷⁵, aunque en algunos casos se le agregan conceptos como la soberanía nacional y la Constitución Política de ese Estado. Estas sutiles diferencias en su contenido es lo que hace posible cuestionar la utilización de esta excepción, pues si bien es cierto este criterio está ya entronizado en los ordenamientos jurídicos de la región, no hay óbice para que, en cada uno de ellos, tenga un significado distinto¹³⁷⁶.

De ahí que existan voces disonantes que señalan que éste constructo jurídico, visto en función del reconocimiento de sentencias extranjeras, cada vez más parece ser un esfuerzo provincial e intolerante de mantener una anquilosada soberanía jurídica, frente a la posibilidad cosmopolita que ofrece el Derecho Internacional

¹³⁷⁴ VANLEENHOVE, CEDRIC. «A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional '¡no Pasaran!'». En *Vermont Law Review*. Vol. 41, Núm. 2, 2016, pp. 352-353.

¹³⁷⁵ En el caso de Nicaragua, esta es una posición recién asumida con el Nuevo Código Procesal Civil, pues antes de su promulgación la posición jurisprudencial era la opuesta. La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de octubre de 1977, estableció que todos los procedimientos debían ceñirse estrictamente a la ley nacional como condición para otorgar el exequátur a una decisión extranjera.

¹³⁷⁶ ELBALTI, BÉLIGH. Op. Cit., p. 253.

privado¹³⁷⁷. No obstante, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña ha aclarado que dicho examen en realidad debe hacerse conforme a la norma constitucional del Estado requerido, de tal suerte que, si la sentencia extranjera es incompatible con el orden jurídico infra constitucional, pero es compatible con la Constitución, ese requisito debe considerarse cumplido¹³⁷⁸.

Agregado a esto, los legisladores de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua exigen que la obligación contenida en la sentencia que se pretende reconocer debe ser lícita en el Estado requerido. BOUTIN es de la consideración que una exigencia de esta naturaleza es anacrónica, y obedece más bien a una deformación conceptual, puesto que al proceder la sentencia de un acto jurisdiccional que no emana del ámbito legislativo ni judicial de esos Estados, en realidad no puede hacerse dicha valoración. Bastaría con que el contenido de la sentencia no violente el orden público del Estado requerido¹³⁷⁹.

459. La excepción del orden público internacional es oponible cuando las contradicciones son sustantivas o de fondo. El caso más recurrente en el que se ha recurrido a ella, proviene de las sentencias dictadas en un ordenamiento del *Common Law*, en la que haya sido reconocida algún tipo de indemnización punitiva. Los sistemas judiciales continentales se mantienen reacios a reconocer los *punitive damages* a los que se hizo referencia en el Capítulo 1¹³⁸⁰. Esta negativa deviene del principio básico imperante en estos ordenamientos jurídicos, que consiste en compensar proporcionalmente por los daños actualmente sufridos. A pesar que la jurisprudencia centroamericana no ofrezca mayores luces al respecto, el hecho de que Belice forme parte de la región, hace que este análisis tenga relevancia.

A diferencia de lo que acontece en Centroamérica, ésta es una temática que sí ha sido discutida con cierta amplitud en los Estados europeos. Sin embargo, todavía no hay criterios uniformes a este respecto, pues los Tribunales Supremos de estos países han asumido abordajes dispares, demostrando la fluidez y los límites difusos de la noción del orden público internacional.

¹³⁷⁷ VALENTE DOS REIS, GABRIEL. Op. Cit., p. 311.

¹³⁷⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 117-2012, del 9 de mayo de 2016.

¹³⁷⁹ BOUTIN I., GILBERTO. «De las reglas judiciales de control de las sentencias y laudos extranjeros en el Derecho Procesal panameño», en FÁBREGA P., JORGE (Director). *Procesos Civiles*, 2ª ed., Panamá, Editorial Jurídica Panameña, 2002, p. 258.

¹³⁸⁰ STADLER, ASTRID. «Mass damages in Europe»...Op. Cit., pp. 203-204.

Por ejemplo, en Alemania e Italia la posición es rotundamente negativa, por considerar que la figura de la indemnización punitiva es contraria a la lógica del Derecho Privado. Mientras que en España y Francia hay una actitud mucho más tolerante, aunque no sin obstáculos. A los Tribunales Supremos de estos dos países parece no incomodarles la lógica subyacente de esa figura, pues reconocen la existencia de institutos con fines punitivos en sus normas sustantivas, tales como la indemnización por daños morales. El problema en estas jurisdicciones más bien es la desproporcionada cantidad de dinero otorgada en ese concepto¹³⁸¹.

La perspectiva que se ha identificado en España y Francia se alinea con el Artículo 11 del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección del foro¹³⁸², de la cual ninguno de los Estados de la región es aún parte. Este Artículo señala que el reconocimiento de la indemnización punitiva sólo debería denegarse si ésta no tiene como propósito final, la reparación del daño o el pago de costes y gastos relacionados al procedimiento. Este abordaje permite tratar con cautela una figura tan controversial, sin necesidad de someterla a la calificación judicial basada en el concepto del orden público internacional¹³⁸³.

No obstante, el Reglamento Bruselas I-bis ha adoptado un abordaje mucho más amplio, y de acuerdo al Artículo 55, las sentencias de condena al pago de multas coercitivas podrán ejecutarse en el Estado requerido cuando la cuantía haya sido fijada definitivamente por el Tribunal de origen. Nuevamente, este reglamento demuestra mayor respeto por las tradiciones jurídicas de los Estados parte, debiendo ser el referente para cualquier solución unificada que se busque implementar en Centroamérica.

460. También hay cuestiones de naturaleza procesal que hacen que se invoque la excepción del orden público. Tal vez las más altisonantes son los resquemores que causaban las *anti-suit injunctions*. Estas medidas consideradas «*anti-proceso*», se consideran, sobre todo en los países del *Civil Law*, como interferencias directas con el poder jurisdiccional de los Tribunales extranjeros, que infringen la soberanía de los tribunales nacionales¹³⁸⁴. No obstante esta posición ha ido cambiando, llegando a que la

¹³⁸¹ VANLEENHOVE, CEDRIC. Op. Cit., pp. 30-31.

¹³⁸² Vid. CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. Disponible en: <https://www.hcch.net>

¹³⁸³ Ibídem., p. 387.

¹³⁸⁴ ELBALTI, BÉLIGH. Op. Cit., p. 255.

Cour de Cassation francesa haya reconocido que en algunos supuestos no hay inconsistencias entre las *anti-suit injunctions* y el orden público internacional¹³⁸⁵. Esto muy a pesar de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Justicia¹³⁸⁶.

Contradicciones de fondo, como las arriba señaladas, permiten entender por qué una excepción de esta naturaleza debe existir. No obstante, esto no es tan claro cuando dichas contradicciones son de naturaleza procesal¹³⁸⁷. No es que no se conciba que hay situaciones de sobrepeso en las que se justifica la denegación del reconocimiento de una sentencia, como ser que se haya violentado el derecho de audiencia a alguna de las partes. Lo que no se concibe es que haya Jueces cuyo propósito sea repeler a toda costa la aplicación del Derecho extranjero utilizando indiscriminadamente como excusa el orden público internacional para preservar la territorialidad de su Derecho.

461. Tomando en consideración que no todos los ordenamientos de la región incluyen las acciones de grupo, el uso excesivo de esta figura no sólo podría hacer que se desaproveche las ventajas de estos instrumentos, sino que hasta desnaturalizarlos. De ahí que haya que hacerse dos preguntas:

(1) Lo primero que debe preguntarse es si una sentencia que resuelve una pretensión de grupo puede ser considerada contraria al orden público de aquellos Estados donde las acciones de grupo aún no están reguladas. La respuesta debería ser un rotundo no, pues independientemente de que en algunos de estos ordenamientos jurídicos no existan instrumentos procesales de esta naturaleza, los intereses o derechos supraindividuales han sido reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos de la región, tal como se demostró en el Capítulo 2.

A modo de complemento de este argumento, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña ha señalado que no debe denegarse la ejecución de una sentencia extranjera cuando ésta es necesaria, solamente porque su contenido no está previsto en el ordenamiento requerido, haciendo imposible determinar si la sentencias es o no compatible con él. El criterio que debe imperar es

¹³⁸⁵ *Vid.* Cass. Civ. Ire, del 14 de octubre de 2009, In Zone Brands International INC v In Zone Brands Europe.

¹³⁸⁶ *Vid.* Turner v. Govit, C-159/02 del 27 de abril de 2004.

¹³⁸⁷ ÁNCIMOS, APÓSTOLOS. «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el Reglamento Bruselas I en Grecia», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XII, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 597-599.

el de la necesidad, siendo la ausencia de regulación causa insuficiente para negar el permiso de ejecución de la sentencia extranjera. Además, dicha Sala ha considerado que la función de la autoridad a cargo del reconocimiento de sentencias extranjeras, incluye «*el deber de resolver concepciones formalistas que supediten u obstaculicen la eficacia de situaciones o derechos declarados por tribunales extranjeros*»¹³⁸⁸.

Por su parte, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia panameña ha reconocido que es posible hablar de un orden público atenuado, que no es otra cosa más que la posibilidad de reconocer lo efectos de derechos que se adquirieron en el extranjero, aun cuando los mismos no hubieran podido jamás constituirse en la jurisdicción del foro requerido¹³⁸⁹.

(2) La segunda pregunta obligada es, si los mecanismos utilizados en estos instrumentos procesales violentan de alguna forma el orden público de estos ordenamientos jurídicos. Aquí es donde el análisis se vuelve un poco más complejo. Este argumento no tendría fundamento alguno en los modelos *opt-in*, pues ahí, no habría espacio para cuestionar si se le constriñen de alguna forma garantías procesales a los miembros del grupo.

No obstante, no se puede hacer la misma afirmación con los modelos *opt-out*, pues con esta modalidad, muchos de los miembros del grupo ni siquiera se enteran del proceso que se está siguiendo. Los cuestionamientos pueden aparecer si el reconocimiento de la sentencia se pretende en aquellos Estados donde no se ha incorporado un modelo de este tipo en su normativa procesal, y el proceso está en manos de una autoridad que está más interesada en facilitarse el trabajo, que en asegurar la adecuada tutela de los intereses supraindividuales. Los interesados en evitar el reconocimiento de una sentencia dictada en estas circunstancias podrían argumentar que al no haber optado los miembros del grupo a formar parte de éste, y al quedar vinculados por la sentencia, se les está violentando derechos fundamentales como el derecho a un juicio justo¹³⁹⁰.

En defensa del modelo *opt-out*, BOSTERS ofrece un posible antídoto para esto, señalando que un argumento adecuado en contra de esta situación, sería alegar que en

¹³⁸⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 117-2012, del 9 de mayo de 2016.

¹³⁸⁹ Vid. Sentencia de la Sala de Negocios Generales sobre Comisión Rogatoria, del 14 de septiembre de 1995.

¹³⁹⁰ ARONS, TOMAS. «Recognition of US Class Actions or Settlements in Europe». En *European Company & Financial Law Review*, Vol. 12, Núm. 3, 2015, pp. 462-487.

realidad los miembros del grupo no son las partes en litigio, sino que la parte demandante en realidad es la entidad que actúa en su representación¹³⁹¹. No obstante, el problema quedaría posiblemente resuelto si la configuración del grupo fuera *opt-out*, y el efecto de la sentencia, *secundum eventum litis*, tal como se recomendó en el Capítulo 3, pues así, los miembros del grupo quedarían vinculados a la sentencia sí, y sólo sí, ésta es conforme a sus pretensiones¹³⁹².

462. Si bien es cierto, la violación de las garantías procesales es una de las razones por las que puede alegarse la excepción del orden público, algunas de las fuentes disponibles en la región se han asegurado de dejarla establecida como una condición a parte, para denegar el reconocimiento de sentencias extranjeras. Tanto así que la violación a ciertas garantías procesales tales como el derecho de defensa puede ser en algunas ocasiones razón suficiente para denegarlo¹³⁹³. Precisamente esa es la postura asumida por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos arbitrales Extranjeros, al exigir en su Artículo 2 que se haya asegurado la defensa de las partes. Esta misma condición ha sido incluida en la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* de Belice de 2000.

El Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial de La Haya ha utilizado una aproximación mucho más práctica en este sentido, y sobre todo vista desde la perspectiva de las acciones de grupo, pues solamente exige que se garantice el derecho de defensa de la parte condenada en rebeldía.

¹³⁹¹ BOSTERS, M. W. F. Op. Cit., pp. 239-240.

¹³⁹² En el caso *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada, Ltd.*, la Corte de Apelaciones de Ontario debía decidir si era ejecutable la sentencia dictada anteriormente en el Estado de Illinois. La ejecución fue retada por la defensa, alegando que ya había operado el efecto de cosa juzgada. La Corte canadiense debía decidir entonces si la sentencia dictada en Illinois debía ser vinculante para los actores de la demanda en Ontario, así como los miembros pasivos de la clase que ellos representaban. La Corte fue de la opinión que uno de los criterios que se debía considerar era el de la cortesía internacional. pero, además debían considerarse las características particulares de las acciones de grupo. desde esa perspectiva, consideró la Corte que era mucho más importante tomar en consideración los intereses de las personas que se verían afectadas por el reconocimiento y ejecución de la sentencia, es decir los miembros pasivos del grupo. En ese caso específico, por las características propias del modelo estadounidense, la Corte canadiense consideró que no se había llevado a cabo debidamente la notificación de los miembros pasivos del grupo, privándoles -entre otros derechos procesales- de la posibilidad de desvincularse del grupo e iniciar litigios individuales. Vid. ZAKAIB, GLENN M.; MARTIN, JEREMY M. «International Class Actions in the Canadian context: standing, funding, enforceability and trial», en *Defense Counsel Journal*, Vol. 79, Núm. 3, 2012, pp. 311-312; *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada, Ltd.* (2005) 250 DLR (4th) 224, 74 OR (3d) 321 (CA).

¹³⁹³ MAGNUS, ROBERT. Op. Cit., p. 40.

El Artículo 2 de la Convención Interamericana arriba mencionado, además exige que el demandado haya sido notificado o emplazado de forma que sea aceptada o equivalente a las aceptables en la ley del Estado donde el título deba surtir efecto, con el propósito de asegurar el principio de contradicción. Igual consideración se encuentra inserta en el Código Procesal Civil costarricense de 2016. El Código de Bustamante de 1928 también incluye una regla similar, al exigir en el Artículo 423.2 que las partes hayan sido citadas, ya sea de forma personal o por medio de sus representantes para comparecer en el juicio del cual se desprende la sentencia que se intenta ejecutar. La discrepancia es que, en este segundo instrumento, el control se hará a partir de la ley del Estado donde se celebró el juicio.

463. Es evidente que esta diferencia en las aproximaciones responde a un nivel mayor de desconfianza entre los Estados contratantes de la Convención Interamericana recién relacionada, que entre los contratantes del Código de Bustamante. Tanto así, que el primero de estos instrumentos exige que a la solicitud se le adjunte una copia auténtica de las piezas que sean necesarias para demostrar que se ha cumplido con la garantía de los derechos de defensa y de contradicción.

También hay que agregar que esa Convención Interamericana igualmente reconoce en su Artículo 5 el beneficio de pobreza, cuando éste hubiera sido otorgado en el Estado de origen, indicando que deberá mantenerse en el Estado de su presentación. Esta misma provisión fue incluida en el Artículo 18 de la Convención del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya. En esta última Convención, además se incluye como uno de los supuestos para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia, que ésta hubiera sido obtenida mediando fraude procesal. Extremos que no se encuentra en las demás fuentes convencionales analizadas, salvo en la *Enforcement of Judgements Act* beliceña de 2000¹³⁹⁴.

464. La situación antes descrita no debería de verse de menos, en tanto en la región centroamericana, como se ha señalado en diversas ocasiones, existe aún ordenamientos donde no están disponibles instrumentos para la tutela de intereses de grupo, por lo que es recomendable que el principio del orden público sea utilizado de manera absolutamente excepcional y restrictiva, y que se justifique en base a una

¹³⁹⁴ *Vid.* Chapter 171, Reciprocal Enforcement of Judgments Act, Op. Cit.

oposición manifiesta a los principios jurídicos fundamentales de un ordenamiento jurídico y no a todos sus contenidos¹³⁹⁵. Para tal fin se propone cuatro posibles soluciones:

(1) La aplicación de la excepción del orden público sea empleada como eso, como una excepción, y solamente para situaciones extremas. Eso se logra aplicando la máxima «*in dubio pro recognitione*»¹³⁹⁶. Es decir, que en caso de que la autoridad a cargo del reconocimiento no tenga claridad con relación a si se violenta el orden público de su jurisdicción o no, se proceda con éste.

(2) La aplicación de la noción del orden público en función de la proximidad del litigio con el foro. Este abordaje propone que la utilización de este principio se vea matizado dependiendo del grado de intensidad que hubiera entre el litigio y el orden jurídico del foro, de tal forma que si estos no son los suficientemente fuertes, la intervención de dicho orden público debe ser atenuado¹³⁹⁷. En Alemania, esta solución se conoce como la teoría del *Inlandsbeziehung*, o teoría de los contactos con el foro, la cual aparentemente se condice con el Recital 32 del Reglamento Roma II¹³⁹⁸.

(3) La aplicación del orden público colectivo y supraestatal, incluyéndola en un instrumento vinculante para todos los Estados de la región. De tal forma que, el único criterio realmente determinante sea el *favor naturae*, y no se niegue el reconocimiento de sentencias, simple y sencillamente, porque choquen con la idea anquilosada de que debe hacerse valer a ultranza el orden público interno. Esta última opción tiene aún más validez cuando la naturaleza del interés que se busca tutelar amerita una intensa protección, y –sobre todo– si el litigio tiene poco puntos de conexión con el foro donde se pretende su ejecución¹³⁹⁹.

(4) Omitir toda referencia al orden público entre los requisitos establecidos para el reconocimiento de sentencias extranjeras, siguiendo el ejemplo de la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana. Similar posición ha sido asumida en el contexto europeo, si se toma en consideración la promulgación de instrumentos tales como el Reglamento por medio del cual se establece un título ejecutivo europeo para

¹³⁹⁵ VALENTE DOS REIS, GABRIEL. Op. Cit., p. 311.

¹³⁹⁶ VANLEENHOVE, CEDRIC. Op. Cit., p. 381.

¹³⁹⁷ VALENTE DOS REIS, GABRIEL. Op. Cit., p. 312.

¹³⁹⁸ VANLEENHOVE, CEDRIC. Op. Cit., pp. 394-395.

¹³⁹⁹ *Ibidem.*, pp. 397-398.

créditos no impugnados¹⁴⁰⁰, el Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo¹⁴⁰¹, y el Reglamento por el que se establece el proceso europeo de escasa cuantía¹⁴⁰².

A pesar de esto, la diferencia entre el abordaje venezolano y el europeo es evidente. En el primer modelo, el Estado venezolano ha optado por demostrar absoluta confianza en los sistemas judiciales de sus contrapartes internacionales. Mientras que, en el contexto europeo existe esa confianza porque por la vía convencional o institucional se ha establecido requerimientos procesales mínimos comunes a todos los Estados Miembro. Pero además, esta solución unificada hace que sea innecesario aplicar un criterio que no es estándar en toda la región¹⁴⁰³. Esa solución parece ser la idónea si en el ámbito centroamericano se pretende fortalecer el proceso de integración y la consiguiente libre circulación de sentencias.

2.4. Ejecutoriedad de la Sentencia y el Efecto de la Cosa Juzgada

465. Al revisar todas las fuentes disponibles en la región, sean estas convencionales o internas, se observa la exigencia de que la sentencia este ejecutoriada, sea final y concluyente¹⁴⁰⁴, o tenga efecto de cosa juzgada. Entre los múltiples efectos de la cosa juzgada se puede señalar que el más importante es el de crear un estado de seguridad jurídica por medio de la irrevocabilidad del resultado del

¹⁴⁰⁰ Vid. Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, publicado en el Diario Oficial n° L143 del 30 de abril de 2004, pp. 15-39.

¹⁴⁰¹ Vid. Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un procedimiento monitorio europeo, publicado en el Diario Oficial n° L399 del 30 de diciembre de 2006, pp. 1-32.

¹⁴⁰² Vid. Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, publicado en el Diario Oficial n° L199 del 31 de julio de 2007, pp. 1-22.

¹⁴⁰³ VEBRAITE, VIGITA. «Future of the Public Policy Clause in EU Civil procedure». En Current Issues of Business & Law. Vol. 6, Núm. 2, 2011, pp. 258-259.

¹⁴⁰⁴ En el Derecho Anglosajón, los criterios para determinar si una sentencia es concluyente o no, fueron establecidos en *Gustave Nouvion v Freeman and Another* por Lord Herschell. Dicha sentencia establece que una sentencia se considerará concluyente cuando queda clara y finalmente establecida la existencia de una deuda. No será concluyente en el Tribunal que la dictó, si esta puede ser impugnada por las mismas partes, existiendo la posibilidad de que el resultado de dicha impugnación sea la declaración de que no existe la obligación de pagar la deuda. Vid. *Gustave Nouvion v Freeman and Another* (1889) 15 AC 1.

proceso judicial¹⁴⁰⁵. Se clasifica en cosa juzgada formal o firmeza y cosa juzgada material.

La cosa juzgada formal aparece primero en el curso del proceso, y se refiere precisamente a haberse dictado sentencia y haberse vencido el plazo para poder recurrirla, causando una suerte de *estoppel* a la acción¹⁴⁰⁶. Esta sentencia debe referirse obligatoriamente a la pretensión que constituye el fondo del litigio¹⁴⁰⁷. La cosa juzgada material es un efecto preclusivo que aparece después, y que se refiere a la imposibilidad de accionar sobre las mismas cosas, causas y personas que formaron parte de otro litigio que ya fue resuelto. Este se vincula con el principio *non bis in idem*. La cosa juzgada material también se caracteriza por tener un efecto constitutivo, y supone que, cuando existe una sentencia anterior, el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya que decidirse sobre una relación jurídica¹⁴⁰⁸.

466. Las fuentes convencionales disponibles en la región, asumen posiciones divergentes con relación a cómo debe evidenciarse que la sentencia tiene efecto de cosa juzgada:

(1) La primera es que se presume salvo prueba en contrario. Este modelo ha sido empleado por el Código de Bustamante de 1928. Este instrumento, además de exigir para el reconocimiento y ejecución que la sentencia sea ejecutoria en el Estado de origen, establece en el Artículo 174 que, en materia de obligaciones, la cosa juzgada por sentencia extranjera puede presumirse, siempre que dicha resolución reúna los requisitos establecido para su ejecución en dicha jurisdicción, de acuerdo a lo señalado en ese mismo instrumento.

El más controversial de estos requisitos, desde la perspectiva de las acciones de grupo, es que la sentencia haya sido dictada con la comparecencia de todas las partes del litigio o de sus representantes legítimos, y siempre que no hubiera sido cuestionada la competencia judicial del tribunal que conoció de dicha causa y que emitió la resolución, de acuerdo al Artículo 396 de dicho instrumento. Agregado a esto, en el Artículo 431 del mismo instrumento, establece que, aún y cuando las sentencias emitidas en uno de los Estados Partes no sean ejecutables en dicha

¹⁴⁰⁵ MONTERO AROCA, JUAN y CHACÓN CORADO, MAURO. Op. Cit., pp. 361-362.

¹⁴⁰⁶ JUSTIN, CHAN JUNHAO. Op. Cit., p. 58.

¹⁴⁰⁷ *Vid.* Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del Expediente 897-09, del 30 de marzo de 2010.

¹⁴⁰⁸ MONTERO AROCA, JUAN y CHACÓN CORADO, MAURO. Op. Cit., pp. 366-367.

Capítulo 6

jurisdicción, producirá efecto de cosa juzgada ahí, y en los demás Estados Contratantes, siempre que cumpla con las condiciones establecidas por el mismo Código de Bustamante para ese efecto. Además, las ejecutorias que provengan del extranjero y que tengan fuerza de cosa juzgada, deberán inscribirse en el registro correspondiente del Estado requerido, de acuerdo al Artículo 137.

(2) La segunda opción es que la cosa juzgada se pruebe fehacientemente. Este es el modelo utilizado por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Dicho convenio exige que este extremo se demuestre adjuntando copia auténtica del auto que así declare al título. Esta es la misma disposición que se incluyó en el Artículo 4.2 de la Convención del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya.

No está de más señalar que, la manera en la que la cosa juzgada fue incluida en el Código de Bustamante de 1928 y en la Convención Interamericana es bastante limitada e inadecuada desde la perspectiva del doble juzgamiento, sobre todo, si se compara con la amplitud que este concepto tiene en la Convención de La Haya de 1971. De acuerdo al Artículo 5.3 de esta Convención, también se configurará Cosa Juzgada cuando haya un litigio ya resuelto en el Estado requerido, o cuando haya un litigio ya resuelto por un Juez o Tribunal de un tercer Estado, que también pueda ser reconocida y ejecutada bajo la Ley del Estado requerido. Similares consideraciones fueron incluidas en el Artículo 45 del Reglamento Bruselas I-bis.

467. Esta amplitud sólo ha encontrado parangón dentro de las fuentes internas de la región centroamericana, en la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* beliceña. No obstante, en este ordenamiento, ese efecto preclusivo sólo puede ser logrado, si se puede demostrar que las partes que quedan vinculadas por dicha sentencia han sido adecuadamente notificadas del proceso del cual ésta procede.

La Sección 16 de este instrumento también otorga efecto preclusivo a aquellas sentencias extranjeras que ordenan el pago de una cantidad líquida, independientemente de si cumplen con los requisitos para el registro en Belice o no. Estas serán reconocidas como concluyentes entre las partes para todos los litigios que se basen en las mismas pretensiones, siempre que no se haya intentado registrar previamente esas sentencias y el registro haya sido denegado por causas que no estén

relacionadas con los montos debidos, la satisfacción total o parcial de la sentencia, o que la sentencia no sea ejecutable en el país de origen.

468. La principal discordancia entre las fuentes internas tiene que ver con que la ley que debe utilizarse para calificar si la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada o no. Como ya se señaló, tanto el Código de Bustamante, como la Convención Interamericana se decantan por que la calificación se haga conforme a la ley del Estado donde se emitió la sentencia. Esta es la misma postura que ha sido adoptada en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala de 1963, en los Códigos Procesales de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, en el Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014, y en la *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* de Belice de 2000¹⁴⁰⁹. No obstante, tanto el legislador salvadoreño como el costarricense han considerado que la calificación debe hacerse de acuerdo a la ley del Estado requerido para el reconocimiento.

Esta última posición puede ser problemática desde la perspectiva de las acciones de grupo, no sólo porque implique cierta desconfianza en relación al sistema jurídico del cual proviene, sino que porque en estos dos ordenamientos jurídicos no existen instrumentos procesales de esta índole. Si el resultado de la forma en que se ha configurado la calificación de la cosa juzgada en El Salvador y Costa Rica es que no se reconozca sentencias emitidas en acciones basadas en pretensiones de grupo puede tener dos efectos nefastos e injustos para los intereses de las partes.

Visto desde la perspectiva de los actores, si la sentencia no se reconoce en aquellas jurisdicciones donde el demandado tenga activos importantes, puede dejar sin reparación el daño sufrido. Pero si es visto desde la perspectiva del demandado, una sentencia no reconocida en una jurisdicción extranjera, puede conllevar doble juzgamiento si una nueva acción es iniciada ahí, sea esta individual o de grupo, dejando sin eficacia el efecto preclusivo de la cosa juzgada¹⁴¹⁰.

469. Es tan importante este efecto, que en el supuesto de una *class action* en el ámbito estadounidense, es valorado incluso en la etapa de la certificación de clase, habiendo casos en los que los demandantes se han opuesto a dicha certificación,

¹⁴⁰⁹ Esta posición tiene un origen jurisprudencial en el Derecho Anglosajón. *Colt Industries Inc v Searlie* establece que la calificación de que una sentencia es final y concluyente para determinar su ejecutabilidad debe hacerse de acuerdo al sistema jurídico del que dicha sentencia procede. *Vid.* *Colt Industries Inc v Searlie* (No. 2) (1966) 1 WLR 1287

¹⁴¹⁰ ARONS, TOMAS. Op. Cit., p. 467.

señalando que tienen dudas con relación al posible reconocimiento de las sentencias cuando dentro del grupo hay extranjeros, por ser estas acciones contrarias al orden público de esos países al no contar estos dentro de su ordenamiento con instrumentos de similar naturaleza. La lógica detrás de un argumento de este tipo es que al no tener efecto de cosa juzgada dicha sentencia en esos países, podría suponer que el demandado siga estando expuesto a futuras demandas sobre la causa del litigio¹⁴¹¹.

Si bien es cierto que, en el caso centroamericano, al no haber un proceso de certificación no es posible hacer esas consideraciones desde el inicio de la acción de grupo. En este contexto es más importante crear una solución uniforme que admita el reconocimiento del efecto de cosa juzgada de acuerdo a la ley del Estado que otorga la sentencia. Esta opción, si bien no resuelve el reconocimiento de las sentencias, si es más saludable, en el sentido de que tampoco atenta contra la posibilidad que tienen los miembros del grupo de poder iniciar acciones individuales en esa jurisdicción.

2.5.El Cumplimiento de Requisitos Formales

470. Normalmente, para que una sentencia extranjera pueda ser reconocida es necesario se presente una solicitud, una copia de la sentencia y una traducción de la misma al idioma del Estado de reconocimiento o ejecución, en caso fuera necesario¹⁴¹². Estos requisitos deberán adecuarse en algunos casos a la ley del Estado donde fue dictada la sentencia, y en otros a la del Estado donde se pretende su reconocimiento y ejecución.

(1) El primer tipo de requisito exigido tiene que ver con que las sentencias cumplan con los requisitos formales establecidos en la legislación de origen. Así lo exigen el Código de Bustamante de 1928, la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, y los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015. Es de suponer que este extremo deberá ser demostrado en el procedimiento correspondiente. No obstante, el Código de Bustamante exige que la sentencia sea fehaciente de acuerdo a las leyes del Estado requerido. En el caso

¹⁴¹¹ SHERMAN, EDWARD F. Op. Cit., pp. 242-244.

¹⁴¹² MAGNUS, ROBERT. Op. Cit., p. 41.

panameño, el Artículo 877 del Libro Segundo del Código Judicial señala que el hecho de que la sentencia esté autenticada, es suficiente para presumir que ha sido expedida conforme a la ley local, facilitando significativamente el reconocimiento.

(2) Al hilo de lo anterior, el segundo requisito de este tipo que normalmente se impone es que las sentencias se autentiquen. Así lo exige la Convención Interamericana, al señalar que la sentencia debe venir legalizada de acuerdo a la ley del Estado donde se ha de ejecutar. Al analizar las fuentes internas, se observa tres posiciones distintas con relación a la ley que debe determinar las formalidades para la autenticación:

(a) La ley del Estado requerido, como sucede con los Códigos Procesales de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015, y en el Libro Segundo del Código Judicial panameño;

(b) La ley del Estado requirente, como en el Código Procesal costarricense de 2016; y,

(c) No establecer conforme a cuál ley es que se deben determinar dichas formalidades. Este es el caso del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala de 1963. Agregado a esto, la Ley del Órgano Judicial guatemalteca de 1989 también exige que la sentencia vaya legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

BOUTIN cuestiona la validez de este requisito, específicamente cuando la ley que se utilizará para hacer la calificación no es la del Estado requirente, pues considera que la autenticidad de la sentencia va a estar determinada por el derecho interno del país que la emite en tanto éste regula los aspectos formales de los actos jurisdiccionales, siendo las autoridades judiciales de dicho país, las únicas capaces de valorarlo¹⁴¹³. Comentario que sigue la misma línea en la que se ha ido haciendo énfasis en todos los casos anteriores.

Adicionalmente, la exigencia de un requisito de esta naturaleza puede ser comprensible en un contexto internacional donde no prevalece la cooperación, pero no es aceptable dentro del marco de un Convenio Internacional. Su incorporación en este tipo de instrumentos denota nuevamente que estos han sido creados mediando total desconfianza frente a los demás Estados Contratantes. Sin embargo, ante la falta

¹⁴¹³ BOUTIN I., GILBERTO. Op. Cit., p. 259.

de soluciones tecnológicas que permitan facilitar estos procesos, habrá que continuar conviviendo con ello.

(3) El tercer requisito de forma normalmente exigido es el de la traducción de la sentencia, cuando ésta haya sido dictada en un idioma diferente a la el Estado requerido para su reconocimiento. Este requisito ha sido recogido tanto en el Código de Bustamante de 1928, como en la Convención Interamericana, en el Código Procesal Civil y Mercantil de 1963 y la Ley del Organismo Judicial de Guatemala de 1998, en el Código Procesal costarricense de 2016 y en el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá de 2014, así como en el Libro Segundo del Código Judicial.

El Código de Bustamante de 1929 y la Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1998, exigen que la traducción sea hecha por un funcionario o interprete oficial del Estado requerido. El Código costarricense también exige que ésta sea hecha por un traductor oficial, pero no indica si del Estado requirente o del Estado requerido. En el caso del Libro Segundo del Código Judicial panameño, la traducción debe ser hecha por un intérprete público. Si bien es cierto se obvió aclarar si dicho interprete debía ser del Estado requirente o del Estado requerido, la duda queda saldada cuando después el mismo Código señala que en su defecto la traducción será hecha por un intérprete *ad-hoc* nombrado por el Tribunal que conoce la solicitud del reconocimiento. Y, por último, en el caso de la Convención Interamericana no sólo exige que la sentencia sea traducida, sino que también se traduzca los documentos anexos.

La doctrina europea se ha manifestado contraria a que se requiera la traducción integra de la sentencia cuando se está solicitando el reconocimiento de la sentencia, y ha recomendado que la traducción integral se solicite solamente cuando sea absolutamente necesaria. Esta posición fue incluida en el Reglamento Bruselas I-bis¹⁴¹⁴.

2.6. La *Litispendencia* y la *Incompatibilidad* como *Obstáculos* al *Reconocimiento de Sentencias*

¹⁴¹⁴ HOVAGUIMIAN, PHILIPPE. «The enforcement of foreign judgments under Brussels I bis: false alarms and real concerns». En *Journal of Private International Law*. Vol. 11, Núm. 2, 2015, p. 215.

471. HEREDIA CERVANTES y RODRÍGUEZ PINEAU han comentado la importancia que la litispendencia internacional tiene para la fungibilidad de los servicios jurisdiccionales en los ámbitos de integración económica¹⁴¹⁵. Lo plantean no como formas de defensa de los intereses soberanos de los Estados, sino en función de la garantía de los derechos procesales de los justiciables cuando un litigio plurilocalizado sea planteado ante los órganos jurisdiccionales de dichos Estados.

Esta categoría jurídica de la litispendencia, permite que el Tribunal al que se le solicita el reconocimiento se rehusé a ello en tanto haya pendiente otro litigio entre las mismas partes y sobre los mismos hechos. Son dos ordenamientos jurídicos de la región los que establecen como condición previa al reconocimiento la prohibición de la litispendencia: el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, y el Código Procesal Civil costarricense de 2016.

Los Códigos Procesales Civiles de Honduras de 2007 y de Nicaragua de 2015 se decantan por utilizar la fórmula de la incompatibilidad de las sentencias. En los dos casos, la calificación se hará conforme a sentencias que hayan sido dictadas en el Estado requerido. Esta fórmula es similar a la utilizada en el Artículo 45.c del Reglamento Bruselas I-bis y en el Artículo 46 de la Ley 29/2015 española¹⁴¹⁶.

Adicionalmente a estas fuentes, la *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* de Belice de 2000, señala en su Sección 8.3. que mientras un litigio tenga aún pendiente la apelación en el Estado donde ha sido dictada la sentencia, dicha sentencia no podrá ser registrada para su ejecución en esa jurisdicción. Esta posición coincide a la fórmula utilizada en el Artículo 51 del Reglamento Bruselas I-bis.

472. Lo anterior demuestra que, la litispendencia causada por procesos que se están desarrollando en el extranjero tradicionalmente ha sido una forma de coordinación unilateral y pasiva planteada por los ordenamientos jurídicos¹⁴¹⁷. Sin embargo, en el contexto centroamericano, y aunque no lo señala como una condición previa para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, la litispendencia también

¹⁴¹⁵ HEREDIA CERVANTES, IVÁN; RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. Op. Cit., p. 102.

¹⁴¹⁶ Vid. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, publicado en BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015; IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «Artículo 46...Op. Cit., pp. 539-540.

¹⁴¹⁷ CADIET, LOÏC. Op. Cit., p. 25.

ha sido objeto de regulación convencional como lo demuestra el Artículo 394 del Código de Bustamante de 1928, y además de una manera muy amplia.

Señala el Artículo 394 que un litigio que esté desarrollado en uno de los Estados contratantes puede causar litispendencia, cuando la sentencia que en éste se dicte vaya a tener efectos de cosa juzgada en otro de los Estados Parte. Normalmente, para que esta causal pueda ser invocada, se requiere que el juicio que se encuentre abierto en la otra jurisdicción esté basado en los mismos hechos, y que las partes sean las mismas en ambos procesos.

Es de entender que una fuente convencional no considere la litispendencia como una causal para la denegación del reconocimiento de sentencias extranjeras, porque en realidad, en un instrumento que regula los diferentes aspectos de los litigios plurilocalizados, la litispendencia es un problema de competencia, tal y como se deduce del Reglamento Bruselas I-bis. Habiendo dicho lo anterior, lo que sí es de sorprender es que , todavía, a estas alturas, se obvie considerar también los litigios pendientes sobre los mismos hechos e involucrando a las mismas partes, en un tercer Estado. Sin duda, esto causa inseguridad jurídica.

473. No obstante, vale aclarar que la configuración tradicional de la litispendencia en el caso de las acciones de grupo es ineficiente e insuficiente, pues se requeriría que la misma entidad representativa haya iniciado ambos procedimientos. De ahí que, la condición de la incompatibilidad de sentencias puede ser mucho más eficiente, pues esa incompatibilidad podría ser ampliamente interpretada por la vía jurisprudencial e incluir a aquellas sentencias que estén basadas en los mismos hechos, independientemente de que el grupo o el representante del grupo sea el mismo. No obstante, la figura de la incompatibilidad tiene una limitante, y es que no puede ser oponible en tanto el proceso esté pendiente, sino que debe basarse en una sentencia que ya ha sido dictada en la jurisdicción donde se pretende el reconocimiento.

No obstante, para lograr la seguridad jurídica que se pretende con la figura de la litispendencia, es necesario repensar la formulación de esta regla para que abarque a diferentes acciones que, estando basadas en los mismos hechos, no necesariamente coincidan con relación a las partes litigantes. Para este problema puede haber dos soluciones, siendo una mucho más compleja que la otra.

La solución más compleja es bilateral, activa, y en dos tiempos, tomando en consideración que el modelo de acción de grupo prevalente en la región es el *opt-out*, y de partida, todos los miembros del grupo estarían vinculados a cualquier proceso que se inicie. Esta solución debe permitir el reconocimiento de una *anti-suit injunction* dictada por el Juez que conoce de la acción de grupo, para evitar que otra acción basada en los mismos hechos pueda ser iniciada por un demandante diferente, trasladando el momento de la calificación de la competencia judicial del Juez requirente al momento de la solicitud de reconocimiento del interdicto.

También sería en este momento del proceso en el que el Juez requerido podría negarse a reconocer el interdicto en el supuesto de que: (1) en el Estado requerido haya sido iniciada una acción sobre los mismos hechos previamente, (2) que una solicitud de reconocimiento a una *anti-suit injunction* dictada sobre los mismos hechos ya haya sido previamente reconocido, o (3) que haya una sentencia previa y ejecutoriada que sea inconciliable con el resultado previsible de la acción de grupo.

Esto último implicaría que, de considerar el Juez requerido que el Juez requirente es competente para conocer de dicha acción, y que no es oponible ningún de las demás condiciones previamente establecidas, debe también comprometerse a reconocer la sentencia final de la acción, siempre que esta no se oponga al orden público internacional basado en la idea de proximidad, tal como se planteó en el apartado 2.3. de este mismo acápite.

474. La solución menos compleja es que, a la par de la litispendencia, se regule la conexidad, como se ha hecho en el Artículo 30.3 del Reglamento Bruselas I-bis, y ordenar la acumulación procesal internacional como se ha hecho en el Código de Derecho Internacional privado de Panamá de 2014. De acuerdo al Reglamento Bruselas I-bis, por conexas se entienden aquellas demandas que están vinculadas por una relación estrechísima. Lo anterior es similar a lo establecido en el Artículo 74 de la Ley Modelo de la OHADAC de 2007. Tan cercano es el vínculo que deberían en realidad de ser tramitadas y juzgadas simultáneamente, evitando que se emitan sentencias disimiles o contradictorias por órganos jurisdiccionales diferentes.

Esta solución de la conexidad, no es exclusiva de la vía convencional. La Ley 29/2015 española la ha incorporado ya en su Artículo 40. En él se establecen las condiciones que deben concurrir para que se pueda suspender el proceso en estas

circunstancias: (1) que sea conveniente ir y resolver las demandas para evitar el riesgo de resoluciones irreconciliables, (2) que sea previsible que la otra sentencia vaya a ser reconocida en España, y (3) que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión en aras de una buena administración de justicia. Cambiando alguna de estas situaciones, el litigio podrá ser continuado¹⁴¹⁸.

3. Los procedimientos encaminados a obtener el Reconocimiento de Sentencias Extranjeras en Centroamérica.

475. Las fuentes convencionales disponibles en la región utilizan el mismo mecanismo para tramitar el reconocimiento de sentencias extranjeras. Tanto el Código de Bustamante como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, no establecen un procedimiento específico para el reconocimiento de sentencias emitidas por los Estados contratantes, si no que señalan que se aplicarán los procedimientos establecido en la ley del Estado en el que se solicita su cumplimiento¹⁴¹⁹.

Este particular abordaje de la Convención Interamericana hace que sea importante entender cuáles son las características de los procedimientos contenidos en las fuentes internas. Estos procedimientos pueden clasificarse en tres modalidades diferentes:

(1) Los ordenamientos que utilizan la calificación judicial. A esta categoría pertenece Guatemala. La calificación judicial ha quedado regulada muy escuetamente en el Artículo 346 del Código Procesal Civil y Mercantil de 1963.

(2) Los ordenamientos que utilizan procedimientos incidentales. Costa Rica corresponde a esta categoría. De acuerdo al Artículo 99.3 del Código Procesal Civil costarricense de 2016, ahí se utiliza la vía incidental, figura que está regulada en el Artículo 114 del mismo Código. En este sentido, corresponde a cada una de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia conocer de estas solicitudes, de acuerdo a

¹⁴¹⁸ Vid. Ley 29/2015, de 30 de julio, Op. Cit.; AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN. «Artículo 40. Demandas Conexas». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 456-466.

¹⁴¹⁹ Artículo 424 del Código de Bustamante y 6 de la Convención Interamericana.

su competencia, y sus resoluciones serán irrecurribles. Vale señalar que este es el mismo abordaje utilizado por la Ley 29/2015 española¹⁴²⁰.

(3) Los ordenamientos que han incorporado procedimientos especiales para el reconocimiento. El Artículo 558 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador de 2008, el Artículo 755 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, el Artículo 628 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015, el Artículo 180 del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014, y el *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* de Belice de 2000, incluyen procedimientos especiales para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Tanto en El Salvador, como en Honduras, Nicaragua y Panamá, el procedimiento es muy similar, y permite la obtención del *exequátur* o *auto de pareatis*. Este es un medio de autorización que permite que un órgano jurisdiccional le atribuya fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera, sin necesidad de apreciar sus méritos, y siempre que no sea contraria al orden público y cumpla con los demás requisitos que exija la norma que lo regula. Con este procedimiento nomofiláctico se procura la homologación jurídica de la resolución judicial, asegurando su compatibilidad con un mínimo de criterios de respeto al ordenamiento jurídico requerido de naturaleza objetiva¹⁴²¹.

El trámite del *exequátur* es iniciado por la parte interesada ante la Corte Suprema de Justicia del Estado requerido¹⁴²². En el caso de Honduras y Nicaragua, se requiere que la parte requirente proponga la prueba en la que basa su solicitud ya en el escrito inicial. Posterior a esto, todos los procedimientos incluyen un emplazamiento o traslado a la parte contraria para que pueda presentar alegatos o proponer la prueba necesaria en contra del reconocimiento.

En el caso panameño, también se hace traslado de la solicitud al Procurador General de la Nación para que éste se manifieste si está conforme o no con el

¹⁴²⁰ Vid. Ley 29/2015, de 30 de julio, Op. Cit.; GARAU SOBRINO, FEDERICO F.; RENTERÍA AROCENA, ALFONSO «Artículo 44. Reconocimiento». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 503-505.

¹⁴²¹ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que estos requisitos son tres: que la decisión a ejecutar debe estar firme, que su contenido debe ser conforme a la ley y que su ejecución debe ser necesaria. Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 117-2012, del 9 de mayo de 2016.

¹⁴²² En el caso de Nicaragua, la solicitud debe hacerse ante la Sala de lo Civil, y en Panamá ante la Sala Cuarta de Negocios Generales.

reconocimiento solicitado. Si la parte contraria no tiene nada que alegar o pruebas que presentar, la Corte resolverá lo solicitado. Si la parte contraria se presenta a hacer alegaciones y a proponer prueba, se citará a las partes para que esta sea practicada en una audiencia posterior, a partir de la cual la Corte deberá resolver.

476. Todos los ordenamientos coinciden en que las sentencias dictadas por las Cortes Supremas a estos efectos son irrecurribles. En esa línea, la Corte Suprema de Justicia salvadoreña ha señalado que la decisión del legislador de no permitir se recurran estas resoluciones se basa en que el Tribunal ya ha examinado exhaustivamente el mérito de los requisitos de forma y de fondo de la solicitud de exequátur, siendo necesario se emita una decisión que cierre el debate, procurando así certeza a las partes interesadas, pero además por economía procesal, para evitar que el litigio se vuelva interminable. No obstante, esa Corte ha accedido a revisar una sentencia que denegaba el exequátur, señalando que, si bien es cierto de acuerdo a las normas procesales salvadoreñas esas resoluciones no admiten revocatoria, la revisión hace que no se vuelva nugatorio el derecho de recurrir, y se garantice el debido proceso¹⁴²³.

Por su parte, el procedimiento de reconocimiento de sentencias extranjeras en Belice es notoriamente diferente. Este pasa por que la sentencia sea registrada ante un Tribunal Beliceño. El *Reciprocal Enforcement of Judgements Act* de 2000, además, diferencia entre las sentencias que denominan «*imperiales*»¹⁴²⁴, de otras sentencias extranjeras. En el caso de las Sentencias que no se consideran «*imperiales*», es el «*Judgment-Creditor*», o acreedor de la sentencia el autorizado para iniciar el procedimiento. Se considerará como acreedor de la sentencia a la persona a favor de quien ésta fue dictada. Esta categoría incluye a cualquier persona que directamente haya sido beneficiada por la sentencia, o que haya adquirido dichos esos derechos por medio de la sucesión o de cualquier otra forma de asignación, o de transferencia.

El acreedor deberá aplicar para el registro de la sentencia extranjera ante la Suprema Corte, antes de transcurridos seis años de haber sido ésta emitida. En el caso de que la sentencia hubiera sido apelada en la jurisdicción de origen, no podrá solicitar su registro pasados seis años de dictada la sentencia de apelación. La Corte

¹⁴²³ *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena 81-P-2013 del 30 de junio de 2015.

¹⁴²⁴ Estas sentencias imperiales incluyen tanto a aquellas que han sido dictadas por Tribunales británicos, como las que han sido dictadas por Tribunales en países del Commonwealth, o por Tribunales Coloniales. *Vid.* Chapter 171, Reciprocal Enforcement of Judgments Act, Op. Cit.

podrá requerir que se pruebe que dicha sentencia cumple con los requisitos establecidos en la norma. Quedando satisfecho ese extremo, la Corte ordenará su registro.

477. Ahora bien, contrariamente a lo observado en Centroamérica, la tendencia doctrinal predominante es que el reconocimiento no debería requerir de un procedimiento especial¹⁴²⁵. Para estos juristas es más importante que exista instrumentos armonizados, que se enfoquen en los elementos que deben tomar precedencia cuando se analiza la aplicación del Derecho Internacional Privado para asegurar la eficacia de sentencias fuera de dicha jurisdicción. Coincidiendo con BASSO, estos elementos indiscutiblemente son la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales y el ejercicio de la jurisdicción estatal¹⁴²⁶.

Yendo un poco más allá, incluso hay algunos ámbitos donde se ha abolido el uso del *exequátur* para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, como ha sucedido en la Unión Europea con el Reglamento Bruselas I-bis, adoptado el 6 de diciembre de 2012, y aplicable a partir del 10 de enero de 2015. En dichos contextos es perceptible que la otrora necesidad de control, propia de un mecanismo como éste, va decreciendo, pues la ejecución de dichas sentencias quedará sometida a las mismas reglas y condiciones que las requeridas para las sentencias domésticas¹⁴²⁷.

ARMELI sugiere que eliminar su uso es propio de aquellas regiones donde se han establecido zonas de libre comercio, denotando una creciente confianza mutua entre los Estados¹⁴²⁸. Esta visión acorde con la globalización no supone bajo ningún contexto, la eliminación de la posibilidad que tienen las partes a recurrir cualquier declaración judicial que ordene la ejecución de una sentencia, cuando esta violente sus derechos.

De hecho, al eliminar el *exequátur*, lo que opera es una traslación del poder de decisión. Sin el *exequátur* la decisión le corresponde exclusivamente al juez que emite la sentencia, y se sustenta en la idea del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales basada en la equivalencia de estándares procesales. La certificación de las sentencias hecha por dicho juez de acuerdo a su propio derecho, es suficiente y las

¹⁴²⁵ ELBALTI, BÉLIGH. Op. Cit., p. 242.

¹⁴²⁶ BASSO, MARISTELA. Op. Cit., p. 182.

¹⁴²⁷ HOVAGUIMIAN, PHILIPPE. «The enforcement of foreign judgments under Brussels I bis: false alarms and real concerns». En *Journal of Private International Law*. Vol. 11, Núm. 2, 2015, p. 214.

¹⁴²⁸ ARMELI, BEATRICE. Op. Cit., pp. 302-303.

dota de ejecutividad. Con el *exequátur*, el poder de decisión es compartido, pues le asigna una facultad de revisión o calificación a la autoridad requerida, utilizando los criterios exigidos por la ley del foro, haciendo especial énfasis en la noción del orden público¹⁴²⁹.

478. Asimismo, CADIET opina que, en Europa, con la versión refundida del Reglamento Bruselas I-bis, se observa una suerte de privatización de la coordinación entre los sistemas estatales de justicia¹⁴³⁰. Según él autor, ahí va desapareciendo el control *ex ante*, de naturaleza pública, y va empoderándose el control *ex post*, iniciado por las partes, asegurando siempre dicha posibilidad. Con esto, además, se logra afianzar la confianza intergubernamental, como presupuesto básico de las relaciones internacionales entre los Estados parte¹⁴³¹. Sin embargo, en estos supuestos sí será necesario que la decisión judicial con respecto al reconocimiento sea apelable, como lo hace el Artículo 75.3 de la Ley Modelo de la OHADAC de 2007, de tal forma que el proceso sea justo para todas las partes involucradas y se concrete la idea del control *ex post*.

Si bien es cierto que, a pesar de existir controles como la legalización de documentos por medio de la apostilla, es muy difícil pensar que en el contexto centroamericano el procedimiento del *exequátur* puede ser totalmente abolido, sobre todo por las subyacentes debilidades en los sistemas de protección de Derechos Humanos, es necesario reflexionar en experiencias como la europea, y simplificar los complejos y caros procesos de reconocimiento de sentencias, sobre todo cuando se está gestando procesos de avanzada integración como es la unión aduanera entre Honduras y Guatemala.

Sin embargo, deberá dársele amplio pensamiento, sobre todo si se toma en consideración que los costos de trámite de reconocimiento pueden evitar que los acreedores busquen la ejecución de esa sentencia en otros Estados. Como señala D'AVOUT, la idea no es crear un régimen federalista o integrativo, la idea es crear un

¹⁴²⁹ Vid. GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA. «Supresión del *exequátur* y tutela de derechos fundamentales: articulación en el sistema español». En BORRÁS, ALEGRÍA; GARRIGA, GEORGINA (Editores). Adaptación de la legislación interna de la normativa de la Unión Europea en materia de Cooperación Civil. Homenaje al Profesor Doctor Ramón Viñas Farré. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 142-148.

¹⁴³⁰ CADIET, LOÏC. Op. Cit., p. 21.

¹⁴³¹ D'AVOUT, LOUIS. «La eficacia internacional de las resoluciones judiciales tras la refundación del Reglamento Bruselas I», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIV-XV, Madrid, Iprolex, 2014-2015, p. 93.

sistema donde exista una verdadera cooperación interestatal entre iguales, que además están persiguiendo las mismas metas¹⁴³².

479. No obstante, hay dos elementos que deben ser tomados en consideración para crear un modelo centroamericano de reconocimiento de sentencias para los supuestos de daño ambiental transfronterizo uniforme pero descentralizado.

(1) El primero es entender como equivalentes las sentencias emitidas en los diferentes países en materia de daños, otorgándoles a todas, efectos ejecutivos. El balance de este reconocimiento tan amplio puede ser la posibilidad de reversarlo en caso de recurrirlo si es que se considera que las sentencias son irregulares.

(2) El segundo elemento es utilizar el mecanismo de adaptación de la sentencias para su ejecución, concepto que no es del todo desconocido en el ámbito centroamericano¹⁴³³. Las medidas u órdenes extranjeras que no sean conocidas en un ordenamiento determinado, pueden ser adaptadas a las formas locales más próximas. Esta solución ha sido incorporada en el Reglamento Bruselas I-bis por medio del Artículo 54. Dicha adaptación no tendrá más efectos que los efectos dispuestos en la ley del Estado de origen. De acuerdo a este reglamento, la adaptación es recurrible por cualquiera de las partes de llegar a considerar que con ellos se les violentan derechos. También ha sido incorporada en el Artículo 44 de la Ley 29/2015 española¹⁴³⁴.

Este concepto no es diferente a la idea utilizada en el Artículo 72 de la Ley Modelo de la OHADAC, donde se equivale las resoluciones a las disponibles en el Estado requerido a las disponibles en el Estado requirente, con independencia de la denominación que recibieren.

4. El Reconocimiento Parcial de Sentencias Extranjeras

¹⁴³² D'AVOUT, LOUIS. Op. Cit., p. 94.

¹⁴³³ Un ejemplo interesante de adaptación se puede observar en la Sentencia del Expediente 139-10 dictada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá el 12 de julio de 2010, por medio de la cual se asimila una causal de divorcio en una sentencia extranjera, pero desconocida en el ordenamiento panameño, con otra que si está contenida en las Leyes de Familia. Dicha asimilación, tal como lo relata la Sala, es efecto de un análisis de todos los elementos que conforman la sentencia, que permiten indicar que el espíritu de ambas categorías es el mismo. *Vid.* Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios Generales del Expediente 139-10, del 12 de julio de 2010.

¹⁴³⁴ *Vid.* GARAU SOBRINO, FEDERICO F.; RENTERÍA AROCENA, ALFONSO. Op. Cit., pp. 501-516.

480. El Artículo 73 de la Ley Modelo de la OHADAC de 2007, contempla en su numeral 4 la posibilidad de que, cuando la resolución extranjera para la que se pretende obtener el reconocimiento, incluya partes que sean separables del resto, una o más de ellas pueden ser susceptibles o ejecutadas por separado. Este principio ha sido recogido en otras fuentes convencionales tales como el Artículo 15 del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección del foro, el Artículo 14 del Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, el Artículo 48 del Convenio de Lugano sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil¹⁴³⁵, y el Artículo del Reglamento Bruselas I-bis.

En el ámbito centroamericano, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, permite en su Artículo 4 la posibilidad de que el Juez o Tribunal requerido admita la eficacia parcial del título, cuando no puede tener eficacia en su totalidad. Esta opción podría ser aplicable en aquellos supuestos donde las sentencias contienen indemnizaciones ejemplarizantes o punitivas.

No obstante, la única fuente interna que contiene una solución similar es la *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* de Belice. Esta normativa permite que se haga un reconocimiento parcial de las sentencias extranjeras si al momento de su registro la suma debida ha sido parcialmente satisfecha. En ese caso, se procederá a registrar la sentencia por la suma pagadera. También opera el reconocimiento parcial si es aparente en la aplicación para el registro de la sentencia, que ésta incluye diferentes obligaciones que podían haber sido el objeto de sentencias diferentes, siendo algunos de estos registrables y otros no. Se procederá a registrar sólo aquellos elementos de la sentencia que son registrables, dejando por fuera los no registrables.

5. La Ejecución de las Resoluciones Extranjeras en Materia Civil en Centroamérica

¹⁴³⁵ Vid. CE, Comunidad Europea, Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Lugano, 2007. Disponible en: <http://ec.europa.eu>

481. La Corte Suprema de Justicia salvadoreña ha señalado recientemente que el ejercicio de la potestad jurisdiccional no se agota con la emisión de la sentencia definitiva. La jurisdicción se proyecta a la actividad de hacer ejecutar lo juzgado. Es decir, la tutela judicial efectiva no finaliza una vez que el órgano jurisdiccional competente resuelve el litigio. Es necesaria la ejecución para garantizar el derecho a la protección judicial de los ciudadanos, y el derecho de la jurisdicción de los jueces y magistrados¹⁴³⁶.

Aunado a esto, ROBLES GARZÓN señala que la potestad jurisdiccional es una manifestación de la soberanía, por lo que es lógico que dentro un Estado determinado, no puedan ejecutarse resoluciones judiciales dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros que no han sido previamente reconocidas¹⁴³⁷. Sin embargo, la ejecución de dicha sentencia importa una suerte de acción nueva por medio de la cual el interesado obtendrá un título ejecutivo fundado en una pretensión de condena¹⁴³⁸.

En el caso de las acciones de grupo, como ya se señaló en el Capítulo 3, la ejecución de la sentencia es el mecanismo utilizado para distribuir los beneficios obtenidos por los miembros del grupo demandante. El procedimiento utilizado difiere del utilizado en las acciones individuales, estando regido –incluso– por principios procesales diferentes. La lógica utilizada por el legislador también es distinta, pues aquí la ejecución no está vinculada con el accionar individual de cada uno de los beneficiarios, sino que dependerá de las acciones del representante del grupo.

5.1. El Juez competente para conocer del Procedimiento de Ejecución de Sentencias Extranjeras

482. Las fuentes convencionales disponibles en la región asumen posiciones diferentes a este respecto. El Código de Bustamante de 1928 señala en su Artículo 424 que la ejecución de la sentencia debe ser solicitada al juez competente, pero no establece los criterios para determinar esa competencia. De ahí que deba regresarse a las reglas generales de competencia para lo civil y lo mercantil. Señala el Artículo 318

¹⁴³⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Constitucional 117-2012, del 9 de mayo de 2016.

¹⁴³⁷ ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Los procesos...» *Op. Cit.*, p. 510.

¹⁴³⁸ BASSO, MARISTELA. *Op. Cit.*, p. 183.

Capítulo 6

del mismo instrumento que es competente en primer lugar, el Juez a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente. La excepción a lo anterior es en el caso de las acciones reales o mixtas, donde será siempre competente el Juez del lugar de la situación de los bienes¹⁴³⁹.

Continúa señalando el Artículo 321 del Código de Bustamante que se entenderá hecha la sumisión expresa cuando los interesados han renunciado clara y terminantemente a su propio fuero, designado al juez al que se someten. La sumisión tácita está regulada en el Artículo 322, y ésta se entenderá hecha por el demandante, con el simple hecho de interponer la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar cualquier gestión en el juicio que no sea la declinatoria. No obstante, la sumisión tácita no existe si el juicio es seguido en rebeldía.

Quiere decir que dependerá de los interesados en la ejecución de la sentencia extranjera determinar cuál es el Tribunal donde buscarán la ejecución. No obstante, este Tribunal solamente será verdaderamente competente si el demandado también se somete expresa o tácitamente a su jurisdicción. De no haber sumisión por las partes, será competente para ejecutar la sentencia, salvo que el derecho del fuero señale algo diferente, el Juez del lugar del cumplimiento de la obligación o del domicilio del demandado, y subsidiariamente el de su residencia, de acuerdo al Artículo 323.

A diferencia del Código de Bustamante, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, de acuerdo a su Artículo 6, deja que las cuestiones de competencia sean resueltas por la ley del Estado requerido. De ahí que sea relevante entender como está regulado este aspecto en dichas fuentes.

483. Las fuentes internas, salvo Belice, tienden a coincidir con el Código de Bustamante de 1928, reconociendo competencia para la ejecución de sentencias extranjeras al juez del domicilio del demandado, salvo algunas excepciones. En el caso beliceño, el Tribunal competente es la Corte Suprema de Justicia. No obstante, en las demás fuentes, la determinación de la competencia se hace de dos formas:

(1) De manera directa, como lo establece el Artículo 562 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, donde será competente el Juez de primera

¹⁴³⁹ De acuerdo al Artículo 324, en el caso de las acciones reales sobre bienes muebles cuando no se conozca la situación de estos, será competente el del domicilio o de la residencia del demandado.

instancia. El Artículo 756 del Código Procesal Civil hondureño de 2007, señala que es competente el Juez de Letras de esa jurisdicción. Por su parte, el Código Procesal Civil costarricense de 2016 señala en su Artículo 99.3 que el Juez competente será el del domicilio del obligado para la ejecución. De no estar esta persona domiciliada en Costa Rica, queda a elección del demandante decidir la jurisdicción donde desea se tramite la ejecución. El Artículo 629 del Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 también determina que será competente el Juzgado del distrito civil del domicilio del ejecutado. Sin embargo, también será competente el Juez del lugar donde se encuentre la cosa que debe entregarse, quedando a disposición del ejecutante escoger el foro.

(2) De manera indirecta, como lo determina el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco de 1963. El Artículo 346 de este Código señala que el Juez competente para ejecutar una sentencia extranjera será el mismo que hubiera sido competente de conocer el juicio en el país. Lo anterior hace que inmediatamente se tenga que regresar a las normas de competencia judicial internacional descritas ya en el Capítulo 4. Eso implica que en el caso guatemalteco, de acuerdo al Artículo 12 del mismo Código, cuando se ejercita acciones personales, el Juez competente en asuntos de mayor cuantía en el Juez de Primera Instancia del departamento¹⁴⁴⁰ en el que el demandado tenga su domicilio. En los juicios de menor cuantía, será competente el Juez menor de su vecindad.

Similar es el caso del Código de Derecho Internacional Privado panameño de 2014. Señala el Artículo 180 de este Código que, si la Corte Suprema reconoce la sentencia extranjera, se pedirá su ejecución ante el tribunal competente. El Libro Primero del Código Judicial panameño admite la prórroga de competencia para los juicios civiles en su Artículo 244. La prórroga puede ser expresa o tácita, y de acuerdo al Artículo 248, la prórroga expresa fija privativamente la competencia del tribunal. De no haberse prorrogado la competencia, la regla general para los procesos civiles según el Artículo 256, es el del domicilio del demandado.

El Artículo 22 del Código de Bustamante de 1928, igual que el Artículo 62 del Reglamento Bruselas I-bis dispone que el domicilio de las partes se determinará por la ley del Estado requerido. En el Reglamento Bruselas I-bis, para determinar si dicha parte está domiciliada en algún otro Estado, se aplicará la Ley de ese otro Estado para

¹⁴⁴⁰ Departamento es la división administrativa del territorio que está conformada por municipios, utilizada en muchos de los Estados centroamericanos.

calificar su situación. Además, este Reglamento establece en su Artículo 63 los criterios aplicables en el caso de las personas jurídicas.

No obstante, existe la posibilidad de que el demandado no esté domiciliado en la jurisdicción donde se solicita la ejecución de la sentencia. Las soluciones identificadas en este sentido en las distintas fuentes internas son de tres órdenes diferentes:

(a) Establecer como foro subsidiario el Juez del lugar donde se encuentre el demandado como sucede con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala de 1963¹⁴⁴¹ y el Artículo 257 del Libro Primero del Código Judicial panameño.

(b) Reconocer la competencia del Juez del lugar donde se encuentre la cosa que deba entregarse, o el que designe el ejecutante, por encontrarse en ese lugar los bienes que han de embargarse, como lo indican el Artículo 562 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008 y el Artículo 756 del Código Procesal Civil hondureño de 2007.

(c) Que el demandante tenga libertad de disponer el Tribunal de su preferencia, como lo señala el Artículo 99.3 del Código Procesal Civil de Costa Rica de 2016.

(d) El Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de 2008, en su Artículo 563, también contempla la posibilidad de que la calificación de la competencia judicial para la ejecución de sentencias extranjeras, sea hecha por el mismo Juez ante quien se inste la ejecución. De apreciar que no es competente, deberá dictar auto absteniéndose de continuarla, señalando cuál es el Juez competente ante el que deberá solicitarse. Este auto es recurrible en apelación.

5.2. El Procedimiento Encaminado a Obtener la Ejecución de Sentencias Extranjeras y la Ley Aplicable

484. La posición asumida por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros en su Artículo 6. Es

¹⁴⁴¹ Dicho Artículo ofrece una solución alterna al lugar donde se encuentre el demandado, y ésta es, su lugar de residencia.

la de regular los procedimientos para asegurar la eficacia de estas resoluciones por medio de la ley del Estado donde se solicita su cumplimiento. Esta es la misma posición asumida por el Convenio de La Haya en su Artículo 14.

Por su parte, el Código de Bustamante señala en su Artículo 424 que la solicitud de ejecución de las sentencias extranjeras debe hacerse conforme a la ley del Estado requerido, incluyendo de acuerdo al Artículo 425, la posibilidad de recurrir la decisión judicial de ejecutar la sentencia o no. No obstante, a diferencia de la Convención Interamericana, de acuerdo al Código de Bustamante, el procedimiento que ha de seguirse para decretarla o denegarla está establecida en el mismo instrumento.

La decisión judicial que se tome con relación a la solicitud de ejecución es recurrible, de acuerdo al Artículo 425, otorgándosele los mismos recursos que tiene a su disposición las resoluciones domesticas que ordenen la ejecución de sentencias. Agrega en el Artículo 426 que el Juez o Tribunal requerido deberá oír a la parte contra la que se dirija la ejecución y al Fiscal del Ministerio Público antes de decretarla o denegarla. Otorga para ese propósito un término de 20 días. La parte que debe presentarse en dicha audiencia será citada por medio de un exhorto o carta rogatoria, si estuviera domiciliada en el extranjero y careciera en el país requerido de representación suficiente.

De estar domiciliada en el Estado requerido, se utilizarán los procedimientos contenidos en las leyes procesales de éste, para proceder a la citación, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 427. Independientemente de si la parte citada comparece o no, vencido el término, el Juez deberá continuar con el proceso, como lo establece el Artículo 428. De accederse a ejecutar la sentencia, ésta se deberá ajustar al procedimiento establecido en la legislación interna para la ejecución de sus propios fallos, según el Artículo 430.

485. Queda claro con lo anterior que con relación a las normas procedimentales que han de aplicarse es evidente que sigue teniendo aplicación el principio *forum regit processum*, pues la lógica comúnmente aceptada para determinar la ley que ha de regir la ejecución de sentencias extranjeras es el *lex fori executionis*, el cual establece que es la ley procedimental del Estado requerido para la ejecución la

determinante¹⁴⁴². El Código de Bustamante aplica este mismo principio, de acuerdo al Artículo 430.

AGUIRRE GODOY es de la opinión que una posición muy similar es la que sigue la Ley del Organismo Judicial guatemalteca. El Artículo 30 de dicho instrumento ordena que se aplique el principio *lex loci executionis* o de la ley del lugar de cumplimiento de los actos de ejecución¹⁴⁴³. Además, En el caso guatemalteco, no hay un procedimiento encaminado a lograr la ejecución de la sentencia extranjera, sino que habiendo tenido resultado positivo la calificación judicial para determinar si la sentencia extranjera cumple con todas las condiciones generales, automáticamente queda expedita la ejecución, tal y como se deduce de los Artículos 345 y 346 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La ejecución se hará por medio de la vía de apremio, de acuerdo al Artículo 294 del mismo Código. Este procedimiento abreviadísimo inicia con la petición de ejecución por parte del ejecutante, la que será notificada al ejecutado. Contra esta petición solamente serán admitidas excepciones nacidas después de la sentencia, incluyendo aquellas que busquen destruir la eficacia del título, las que podrán interponerse dentro del tercer día de notificada la ejecución. Estas deberán basarse en prueba documental. Las excepciones serán resueltas por la vía incidental. Trascurrido el plazo, de considerar el Juez que el título es suficiente, despachará el mandamiento de la ejecución. Los modelos costarricense, panameño y beliceño si son similares al guatemalteco.

El mismo concepto se encuentra incluido en el Artículo 555 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, cuando establece que una vez reconocido un título de ejecución extranjero, se ha de proceder conforme a las normas de ejecución forzosa salvadoreñas para darle cumplimiento. Igual sucede con el Artículo 629 del Código Procesal Civil nicaragüense, al señalar que cumplidos los requisitos para el reconocimiento deberá hacerse la solicitud de ejecución, y su cumplimiento se regirá conforme a las normas de ejecución forzosa nicaragüense. Ni los Códigos Procesales Civiles hondureño y costarricense, ni el Código Judicial panameño, ni tampoco las

¹⁴⁴² MAGNUS, ROBERT. Op. Cit., p. 37.

¹⁴⁴³ AGUIRRE GODOY, MARIO. Derecho Procesal Civil. Tomo 1. Guatemala, Centro Editorial Vile, 1973, p. 34.

Reglas de la Suprema Corte beliceña, hacen esa aclaración, pero es obvio que la lógica subyacente es la misma.

La diferencia del modelo contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, los Códigos Procesales Civiles hondureño y nicaragüense, con el modelo guatemalteco es que éste no es en realidad un procedimiento de apremio, sino que de un juicio ejecutivo propiamente dicho.

En El Salvador, Honduras y Nicaragua, el proceso inicia con una solicitud a instancia del ejecutante, acompañada del título en el que se funda¹⁴⁴⁴. Si dicha solicitud concurre con todos los presupuestos procesales requeridos por la ley, el juez dictará un auto de despacho o mandamiento de ejecución, que no es recurrible. No obstante, si el Juez considera que la solicitud no se ajusta a los requisitos de fondo establecidos por el Código, rechazará la ejecución. Dicho auto, en cambio, sí es recurrible.

También existe la posibilidad de que el Juez considere que la solicitud es subsanable. En ese caso emitirá un auto otorgando un plazo para dicho fin. Si esta es subsanada adecuadamente dictará auto de despacho o mandamiento de ejecución. Si no, rechazará la solicitud. El despacho o mandamiento de ejecución deberá ser debidamente notificado al ejecutado, quien tendrá a su disposición un plazo para oponerse a la ejecución, la cual se sustanciará en una audiencia, sin suspensión de las actuaciones. En dicha audiencia las partes podrán presentar los medios de prueba que consideren pertinentes. La decisión que tome el juez con relación a la oposición también es recurrible.

Con relación a las autoridades que participan en el proceso de ejecución, el Código de Bustamante señala que estas deberán ser determinadas por la ley del Juez requerido. De ahí que sea importante cuales son las posibilidades disponibles en las fuentes internas.

486. En las normas procesales centroamericanas se observa tres posibilidades:

(1) Que la ejecución está a cargo de un notario, cuando así lo solicite el ejecutante, como lo permite el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco;

¹⁴⁴⁴ El Artículo 613 del Código Procesal Civil nicaragüense establece un plazo de espera para la ejecución de un título judicial de veinte días después de notificada la resolución judicial a la parte ejecutada.

(2) Por empleados de los tribunales, que es la otra opción posible en el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco;

(3) Por delegados nombrados por el Juez, como lo señala el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, y los Códigos Procesales Civiles de Honduras y Costa Rica;

(4) por la autoridad judicial competente, como lo establecen el Código Procesal Civil nicaragüense y el Libro Segundo del Código Judicial panameño; y,

(5) por el alguacil, como lo ordenan las Reglas de la Suprema Corte de Belice.

En el caso de Guatemala tanto el notario como el empleado del juzgado a cargo de quienes recaiga el procedimiento, serán responsables del requerimiento, embargo y secuestro de bienes. En los demás casos, esas autoridades sólo participarán en el embargo.

5.3. Las Sentencias No Ejecutables

487. El Artículo 431 del Código de Bustamante reconoce que hay sentencias que no son ejecutables, y no obstante deben ser reconocidas en los demás Estados contratantes, produciendo en esas jurisdicciones todos los demás efectos de la cosa juzgada, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por el Código que no sean los relacionados a la ejecución. Esto se condice con el Reglamento Bruselas I-bis, cuando en la Sección 2 del Capítulo III que se refiere a el reconocimiento y ejecución, menciona que hay sentencias que tienen fuerza ejecutiva, diferenciándolas así de otras, que carecen de esta característica. Esta diferencia es lo que hace que sea tan relevante que la ejecución sea entendida y tratada de manera separada al reconocimiento.

El hecho de que estas sentencias no sean ejecutables hace innecesario la tramitación de un *exequatur*. El efecto de lo anterior debería ser que los ordenamientos jurídicos incluyan procedimientos «*light*», que como lo hace el Código de Bustamante, les otorgue el efecto de cosa juzgada¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁵ ELBALTI, BÉLIGH. Op. Cit., p. 243.

Algunas fuentes internas de la región, como es el caso de las leyes procesales de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, también se refieren a esta posibilidad, siempre que estas sentencias sean meramente declarativas o constitutivas. No obstante, en el caso beliceño, las Reglas de la Suprema Corte también admiten esta posibilidad, pero por consideraciones muy diferentes. Aquí no se excluye a las sentencias dinerarias. Al contrario. Las sentencias dinerarias siempre serán reconocidas en Belice como concluyentes entre las partes para cualquier litigio que se base en la misma causa, independientemente de que puedan o no. La excepción es que el registro de dichas sentencias haya sido anulado por situaciones distintas a que las cantidades debidas no fueran pagaderas, que la deuda había sido ya total o parcialmente satisfecha, o que no pudiera ser ejecutada en el país de origen.

5.4. La Protección de los Intereses del Ejecutante

488. Analizando algunos tratados internacionales disponibles en otras regiones se percibe que la atención prestada a este elemento es significativa. Por ejemplo, la solución disponible en el Artículo 20 del Convenio de La Haya, señala que las autoridades de cada uno de los Estados contratantes podrán adoptar medidas provisionales o de conservación, independientemente de la jurisdicción donde se esté conociendo el fondo del litigio. Por su parte, el modelo de ejecución de sentencias extranjeras disponible en el Reglamento Bruselas I-bis, al no necesitarse el trámite del *exequátur*, las medidas cautelares quedan inmediatamente disponibles para el acreedor, de acuerdo al Artículo 40¹⁴⁴⁶. No obstante, para que las medidas cautelares o provisionales puedan ser aplicadas de acuerdo a este reglamento, deben haber sido notificadas al demandado antes de su ejecución, de acuerdo al Artículo 2.a.

Al enfocarse en los instrumentos disponibles en la región centroamericana es posible observar que, tanto el Código de Bustamante como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales extranjeros son sumamente parcos en este sentido, pues solamente que cuando se acceda al cumplimiento de una sentencia, el procedimiento se ajustará a los trámites disponibles en la ley del Juez requerido. No obstante, la Convención Interamericana

¹⁴⁴⁶ HOVAGUIMIAN, PHILIPPE. Op. Cit., p. 217.

sobre el cumplimiento de Medidas Cautelares establece que, en el caso de que se reconozca una sentencia en uno de los Estados contratantes, trae implícito que sus órganos jurisdiccionales puedan dictar las medidas cautelares que sean necesarias para poder darle cumplimiento a la orden de ejecución. Lo anterior coincide con el Artículo 156 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño.

Esas fuentes internas normalmente recurren a medidas de distinta naturaleza, dependiendo del tipo de obligación de la cual proceda la demanda. Una de estas medidas es imponer legalmente al ejecutado la obligación de manifestar bienes suficientes para satisfacer la deuda de obligaciones dinerarias. Esta se encuentra consignada tanto en el Artículo 611 del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, el Artículo 805 del Código Procesal Civil hondureño, el Artículo 1141 del Libro Segundo del Código Judicial panameño y la Sección 44 de las Reglas de la Suprema Corte beliceñas. Otra medida es la de autorizar al Juez para que haga averiguaciones sobre los bienes del ejecutado también para las obligaciones dinerarias. Esta está disponible en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño y en los Códigos Procesales Civiles hondureño y nicaragüense.

489. Tal vez la más común de todas sea la del embargo o secuestro de bienes, y su posterior subasta o remate. Estas medidas han sido tratadas en los Códigos Procesales Civiles y Mercantiles de Guatemala y El Salvador, en los Códigos Procesales de Honduras, Nicaragua¹⁴⁴⁷ y Costa Rica, en el Libro Segundo del Código Judicial panameño, y en las Reglas de la Suprema Corte de Belice. Al par, es común encontrar la caución, como remedio al embargo. La caución se encuentra regulada en los el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño y en los Códigos Procesales Civiles hondureño, nicaragüense y costarricense. También es posible encontrar regulada la imposición de multas, para el incumplimiento de las obligaciones de hacer personalísimas y para las obligaciones de no hacer. Dicha solución se encuentra en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño y en los Códigos Procesales Civiles hondureño y nicaragüense.

Otra medida que se encuentra regulada en algunas de las fuentes internas es la posibilidad de que se emita una orden judicial de deshacer lo indebido. Este tipo de

¹⁴⁴⁷ En el caso de los Códigos de El Salvador, Honduras y Nicaragua, el embargo está disponible tanto para las obligaciones dinerarias como para las obligaciones de hacer, personalísimas y no personalísimas.

medidas se encuentran disponibles en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, en los Códigos Procesales Civiles hondureño, nicaragüense y costarricense, y en el Libro Segundo del Código Judicial panameño. Similar a esta es la orden judicial de abstenerse a hacer lo indebido, regulada en las normas salvadoreña, hondureña, nicaragüense, y beliceña.

En el caso de las obligaciones de dar no dinerarias, una solución frecuente es la de poner al ejecutante en posesión de las cosas debidas, como se observa en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño y en los Códigos Procesales Civiles hondureño, nicaragüense y costarricense, y las Reglas de la Suprema Corte de Belice¹⁴⁴⁸. Otra posible solución para estos supuestos es la sustitución equivalente de las cosas debidas, regulada en el Códigos salvadoreño, hondureño y nicaragüense.

Siendo que las diferencias existentes entre las fuentes internas no son abismales, la idea sería permitir que el Juez requerido, pueda adoptar las medidas requeridas a las formas locales más próximas que estén disponibles en sus leyes procesales y así no dejar desprotegidos sus intereses.

5.5. Requisitos para la Ejecución

490. De acuerdo al Artículo 423 del Código de Bustamante, las sentencias dictadas en uno de los Estados Partes podrán ser ejecutadas si se cumplen las condiciones generales ahí establecidas y que fueron comentadas al principio de este Capítulo. Ese es el mismo caso del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, pues en ambos casos no se ha incluido un proceso de reconocimiento separado del de ejecución. No obstante, en el caso guatemalteco habrá que agregar unos requisitos adicionales, tales como que la sentencia haya sido pasada por la autoridad de cosa juzgada, y que se refiera exclusivamente a una obligación dineraria, líquida y exigible. También hay un requisito de temporalidad, que implica que no debe haber transcurrido más de cinco años desde la emisión de la sentencia. Esta opción no es suficiente para las acciones de grupo, porque en el caso hondureño y nicaragüense, estas pueden ser negatorias o de cesación.

¹⁴⁴⁸ Un ejemplo de lo anterior son los «*writs of possession of land*». Vid. Supreme Court (Civil Procedure) Rules, 2005, Op. Cit.

Capítulo 6

En las fuentes donde sí se diferencia entre el reconocimiento y ejecución, los requisitos para esta última son más bien de índole procedimental, tal como es el caso del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, y los Códigos Procesales Civiles de Honduras, Nicaragua y Costa Rica, así como en el Libro Segundo del Código Judicial panameño y en la Reglas de la Suprema Corte beliceña.

En todos estos instrumentos normativos se exige que haya una solicitud de ejecución o una denuncia por parte del ejecutante. Estas solicitudes en algunos casos deberán de ir acompañadas por una serie de documentos exigidos por la ley, como acontece en El Salvador, Honduras y Nicaragua. En el caso de Belice, tal requisito será necesario en el caso de las obligaciones dinerarias en moneda extranjera, debiéndose adjuntar una certificación de la tasa de cambio. También es común que se solicite que el ejecutante designe los bienes del ejecutado con los que pretende satisfacer la deuda, como se observa en el caso salvadoreño, hondureño y nicaragüense.

Una vez que el órgano judicial emita el despacho o mandamiento de ejecución también se requerirá en algunos de estos ordenamientos que dicho auto le sea notificado al ejecutado. Así lo establece el Código salvadoreño, el hondureño y el nicaragüense. En el caso de Belice, establecen las Reglas de la Suprema Corte que en aquellos casos que se requiera permiso para la ejecución además de la orden, deberá obtenerse el permiso correspondiente, y en el caso de las ejecuciones que dependan de una condición, que dicha condición haya sido debidamente cumplida.

También es posible observar en este segundo bloque requisitos temporales. Para el caso, el Código Procesal Civil nicaragüense exige que para que proceda la ejecución debe haber transcurrido veinte días desde la notificación del despacho a la parte ejecutada. El Libro Segundo del Código Judicial panameño exige que la solicitud de ejecución se presente antes de que transcurra un año a la ejecutoria de la resolución judicial. De lo contrario no se podrá seguir la vía de apremio, sino que tendrá que optarse por un juicio ejecutivo. Y el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño establece en su Artículo 553 que la pretensión para la ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme la sentencia aprobada y homologada.

Las pretensiones para la ejecución en estos casos no deberían prescribir, o el plazo para la prescripción debería ser sumamente amplias. De esta forma se puede

asegurar que todos los miembros del grupo puedan ver todas sus pretensiones de ejecución resueltas, tomando en consideración que en los modelos *opt-out*, estos individuos pueden demorar en enterarse del proceso del que han resultado beneficiados.

5.6. Las Causas Subjetivas para la Denegación del Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras

491. Señala ÁNCIMOS que los motivos de denegación constituyen la piedra angular del reconocimiento y ejecución de las sentencias¹⁴⁴⁹. No obstante, atendiendo a principios propios a relaciones internacionales de coordinación, tales como el de la cortesía internacional, la denegación debe ser la excepción y no la regla. De lo contrario se estaría fomentando el desorden y la anarquía internacional¹⁴⁵⁰.

A una conclusión muy similar llegó el Segundo Circuito en los Estados Unidos de Norte América, cuando reversó la sentencia conocida como *Donziger* en el afamado caso contra Chevron en Ecuador¹⁴⁵¹, en la que el Juez que conoció en primera instancia una solicitud de interdicto preliminar para evitar la ejecución de la sentencia ecuatoriana, dictó un interdicto anti-ejecución o *anti-enforcement injunction*, al estilo de las *anti-suit injunctions*¹⁴⁵². Señaló el Segundo Circuito que en atención a la cortesía internacional, otorgar interdictos globales de esta naturaleza, irrespetan la soberanía de otros sistemas judiciales¹⁴⁵³.

Lo anterior no es óbice para que la denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia judicial extranjera pueda acontecer por varias razones. Comúnmente estas razones son de índole objetiva, e incluyen el hecho de que la sentencia esté en abierta violación al orden público interno del Estado donde se pretende su reconocimiento, que no se haya notificado adecuadamente a la parte demandada, que la sentencia sea irreconciliable con alguna otra sentencia dictada en el Estado donde

¹⁴⁴⁹ ÁNCIMOS, APÓSTOLOS. «Denegación del reconocimiento y la ejecución en el Reglamento Bruselas I bis», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIV-XV, Madrid, Iprolex, 2014-2015, p. 377.

¹⁴⁵⁰ VANLEENHOVE, CEDRIC. Op. Cit., pp. 380-381.

¹⁴⁵¹ *Vid.* Chevron Corp. v. Naranjo, 667 F. 3d 232 (2d Cir. 2012).

¹⁴⁵² *Vid.* Chevron Corp. v. Donziger, 768 F. Supp. 2d 581, 660 (S.D.N.Y. 2011).

¹⁴⁵³ SIEDERMAN, EMILY. Op. Cit., pp. 275-277.

se pretende el reconocimiento, que la sentencia sea irreconciliable con una sentencia sobre la misma causa e involucrando a las mismas partes previamente dictada en el Estado donde se pretenda su reconocimiento o en un tercer Estado, y que la sentencia haya sido dictada por un órgano jurisdiccional que no se estime competente.

492. GIDI, considera que además de las causales objetivas ya señaladas a lo largo del Capítulo, también puede haber causales subjetivas para la denegación de la ejecución. El caso más evidente y que también ya ha sido tratado en éste Capítulo es el de las sentencias de las *Class-Actions* estadounidenses cuando se tratan de ejecutar en los países del *Civil Law*, y se deniega la ejecución por ser la sentencia contraria a los intereses de algunos miembros de la clase, si estos son de la misma nacionalidad del Estado en el que se pretende su reconocimiento¹⁴⁵⁴.

En el caso de una acción de grupo con efecto *secundum eventum litis*, la necesidad de proteger exacerbadamente los intereses de sus connacionales miembros del grupo desaparece, pues la sentencia no precluirá su derecho de iniciar un litigio de manera individual para tratar de proteger sus derechos e intereses.

Por su parte, en el Reglamento Europeo 44/2001 se ha incorporado como una de las nuevas causas de denegación el que no se reconozca la protección a la parte débil de la relación jurídica. Como ya se señaló en los Capítulos anteriores, en las acciones de grupo por daño ambiental transfronterizo, la parte realmente débil es el ambiente. Sacándolo de la ecuación, se debe coincidir que la parte débil es el miembro individual del grupo.

También existe la opción de utilizar una estándar reducido de la noción del orden público, limitándola a los derechos fundamentales procesales¹⁴⁵⁵. No obstante, los controles se llevan a cabo solamente si una de las partes solicita el reconocimiento y la ejecución.

6. Los problemas de reconocimiento de las acciones colectivas a partir de las formas de configuración del grupo

¹⁴⁵⁴ GIDI, ANTONIO. «The recognition of U.S. class action judgements abroad: the case of Latin America». En *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 37, Núm. 3. 2012, p. 895.

¹⁴⁵⁵ D'AVOUT, LOUIS. *Op. Cit.*, pp. 101-102.

493. Lograr el reconocimiento y ejecución en el extranjero de las sentencias de acciones de grupo que ordenen la compensación por daños, dependerá de si el ordenamiento donde esto se pretende contiene o no algún mecanismo por medio del cual se puedan resolver pretensiones grupales. Es pertinente entonces revisar la clasificación propuesta por GIDI, y adaptarla al contexto centroamericano¹⁴⁵⁶.

Desde esa perspectiva, hay cuatro posibilidades perfectamente diferenciadas en la región:

(1) Aquellos ordenamientos jurídicos en los que no existe un mecanismo para deducir pretensiones grupales por daños. A esa categoría pertenecen Costa Rica y El Salvador¹⁴⁵⁷. A pesar de que en Costa Rica existe la posibilidad de tutelar por la vía incidental intereses grupales, este mecanismo es totalmente ajeno a su cultura jurídica. A lo anterior habrá que agregar que, al no incluir instrumentos procesales de esta naturaleza, es posible prever una mayor propensión a cuestionar la legalidad de las acciones de grupo. Sobre todo, aquellas que siguen la modalidad *opt-out*, como son las disponibles en Honduras, Nicaragua y Panamá.

El principal obstáculo que se podría enfrentar es que se considere que con ellas se violenta el principio dispositivo, si algunos de los miembros del grupo no fueron debidamente notificados de su participación en éste, y los consiguientes efectos jurídicos que puede conllevar la resolución. Sin embargo, ya se ha mencionado en este Capítulo que para esa oposición hay un argumento válido, y es que si la sentencia tiene efecto *secundum eventum litis* es suficiente para contrarrestar dicho cuestionamiento.

494. (2) Aquellos otros ordenamientos donde las sentencias de las acciones de grupo son vinculantes solamente si son favorables para los actores. A la segunda categoría pertenecen Honduras y Nicaragua. Es de recordar, como ya se había establecido en el Capítulo 4, que en los Códigos Procesales de estos dos países se integran dos efectos totalmente diferenciados si la acción de grupo es utilizada para tutelar intereses difusos, o si es utilizada para tutelar intereses individuales homogéneos. En el primer supuesto, el efecto de la sentencia es *erga omnes*. No

¹⁴⁵⁶ La principal modificación a la clasificación propuesta por GIDI, es que en los ordenamientos jurídicos centroamericanos no se ha incluido instrumentos bajo la modalidad *opt-in*. Vid. GIDI, ANTONIO. Op. Cit., pp. 901-940.

¹⁴⁵⁷ En El Salvador, como ya se había aclarado en el Capítulo 4, el procedimiento al que se refiere la Ley del Medioambiente es más bien una forma de acumulación que una verdadera acción de grupo.

obstante, en el segundo, el efecto es *secundum eventum litis*, razón por la que se ubican estos dos ordenamientos aquí.

El resultado previsible de lo anterior es que no haya mayor inconveniente en que se reconozcan las sentencias emitidas en uno y otro de estos países. Salvo que la notificación hecha a los miembros del grupo no cumpla con el estándar establecido para el reconocimiento en el país requerido.

De hecho, la solución utilizada por el legislador español, que vale como referencia aquí, pues tanto el modelo hondureño como el nicaragüense son casi idénticos a este, es exigir que cuando se solicite el reconocimiento de sentencias derivadas de acciones de grupo, donde los afectados no se han adherido expresamente a estas, es que se comunique o publique previamente en España por medios equivalentes a los exigidos ahí, y que se demuestre que los afectados han tenido las mismas oportunidades de participación o desvinculación en el proceso colectivo de aquellos domiciliados en el Estado de origen¹⁴⁵⁸. Habrá que esperar a ver cómo la jurisprudencia española resuelve la modalidad *secundum eventum litis* a esta condición. Pues pudiera ser que con esta modalidad considere que eso equivale a una oportunidad de desvinculación.

No obstante, una sentencia dictada en Panamá, donde el modelo de las acciones de grupo es *opt-out*, y el efecto de la sentencia es siempre *erga omnes*, podría no ser reconocida en Honduras o Nicaragua cuando se refiera a intereses individuales homogéneos, y su resultado sea contrario a los intereses grupales. A esto hay que agregarle que, de no haber efecto *secundum eventum litis*, la certeza de la notificación a los miembros del grupo se vuelve mucho más crítica para el Juez requerido, porque los intereses de los miembros ausentes del grupo pueden verse definitivamente afectados.

De ser reconocida la sentencia panameña, el reconocimiento no precluiría la posibilidad de que los miembros del grupo puedan iniciar litigios individuales por el mismo hecho en esos países. En el caso beliceño, cuyo modelo es más bien *opt-in*, la problemática es la misma. Los posibles obstáculos no vienen determinados por la modalidad de configuración del grupo, sino, más bien, por el efecto de la sentencia.

¹⁴⁵⁸ Vid. Ley 29/2015 de 30 de julio, Op. Cit.; CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. «Artículo 47. Acciones colectivas». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 554-555.

En el modelo beliceño el efecto también es *erga omnes*, de acuerdo a la Sección 21.3.1 de las Reglas de la Suprema Corte¹⁴⁵⁹.

En los Estados Unidos, para evitar esta distorsión en el efecto buscado, se ha optado por excluir de la clase a aquellos nacionales en cuyas jurisdicciones de origen no obtendrían un efecto preclusivo *erga omnes* por ser miembros ausentes del grupo. CLOPTON considera que esta no es la idea más adecuada, sino que lo mejor es crear sistemas de preclusión privada, o disponer de cláusulas de conexidad. Por sistemas de preclusión privada, el autor se refiere a negociaciones entre las partes por medio de las cuales el demandado reconozca una compensación adicional a los miembros pasivos del grupo que sean de la nacionalidad de la jurisdicción donde la preclusión *erga omnes* no es reconocida, a cambio de renunciar a su derecho de acción en dicha jurisdicción¹⁴⁶⁰.

Con cláusulas de conexidad, tal como se explicó en el Capítulo 8, acompañadas de cláusulas de acumulación procesal internacional, se evitaría la posibilidad de que los integrantes pasivos del grupo puedan iniciar una nueva acción, asegurando indirectamente de esa manera el efecto *erga omnes* previsto.

495. (3) Los ordenamientos donde se han incorporado mecanismos *opt-in*. A la tercera categoría, como ya se indicó, pertenece Belice. Lo anterior supone que los miembros ausentes de la clase deben expresamente manifestar su deseo de ser parte del grupo para que queden vinculadas por la sentencia, como lo indica la Sección 21.3.2 de las Reglas de la Suprema Corte previamente citadas. En este modelo, el Tribunal nombra al representante, quien puede ser una o varias de las partes del litigio, o una entidad que tenga interés suficiente en éste. Este nombramiento puede proceder de solicitud hecha por alguna de las partes, de la persona o entidad que desea convertirse en el representante del grupo, o por cualquier persona que potencialmente podría convertirse en parte en el litigio.

Dicha aplicación debe ir acompañada de un *affidavit* o declaración jurada, así como de la identificación individual de cada persona que ha de ser representada. En caso de que no sea posible identificarlas, al menos debe ir acompañada de una descripción de estas. De lo anterior es posible deducir dos circunstancias: (1) que el mecanismo representativo no puede ser utilizado en supuestos de intereses difusos, y

¹⁴⁵⁹ *Vid.* Supreme Court (Civil Procedure) Rules, Op. Cit.

¹⁴⁶⁰ CLOPTON, ZACHARY. Op. Cit., pp. 1414-1421.

(2) que los representados primero deberán de constituirse como partes del litigio y luego formar parte del grupo. Si bien es cierto las Reglas de la Suprema Corte beliceña prevén en la Sección 19 la posibilidad de agregar nuevas partes al litigio o sustituirlas en supuestos tales como que el interés o responsabilidad de dicha persona haya sido transferida a otra. No obstante, no incluye ninguna posibilidad de renunciar a la representación, una vez que el nombramiento se ha llevado a cabo.

Lo anterior hace suponer que sería casi imposible que se reconozca una sentencia dictada en Honduras, Nicaragua y Panamá, donde el grupo ha sido formado en todo o en parte con personas que se encuentran ajenas al litigio, y qué, además, no han sido notificadas adecuadamente de acuerdo a las formas de notificación personal aceptadas en Belice. Esta situación tiene especial significancia en el caso del modelo panameño, pues el efecto preclusivo de la sentencia sólo podrá aplicarse a los miembros del grupo que fueron debidamente notificados de acuerdo a las leyes beliceñas. Lo anterior también tendría podría implicar que se hagan consideraciones con relación a si se ha respetado o no el debido proceso.

Agregado a esto, el efecto de las sentencias en los modelos *opt-in* como el beliceño es inter partes, al contrario del efecto *erga omnes* y *secundum eventum litis* que es posible lograr con los instrumentos disponibles en los otros ordenamientos.

496. (4) Los ordenamientos donde se incluyen mecanismos *opt-out* similares al modelo estadounidense. A la cuarta categoría pertenecen, Panamá, Honduras y Nicaragua. En el caso de Panamá, vale recordar que la acción es exclusiva para daños que proceden de relaciones de consumo, y en el de Honduras y Nicaragua se refiere a la tutela de intereses difusos, pues como se señaló arriba para los intereses individuales homogéneos el modelo es diferente. Estos modelos son *opt-out*, y el efecto en vinculante independientemente de que el resultado de la acción sea favorable al grupo o no¹⁴⁶¹.

En el caso panameño el principal obstáculo para el reconocimiento sería que el tipo de daño no proceda de una relación de consumo, limitando seriamente la eficiencia de las acciones disponibles en los demás ordenamientos. Lo anterior ha

¹⁴⁶¹ GIDI comenta que, aunque la interpretación literal de la norma en el caso de Panamá es ese, no obstante, el autor señala que este efecto puede ser modificado jurisprudencialmente si se hacen consideraciones sobre los alcances del debido proceso, pues igual que sucede en la mayoría de los países civilistas, podría considerarse que un modelo tan cerrado atenta contra ciertos derechos procesales de las partes. *Vid.* GIDI, ANTONIO. Op. Cit., p. 939.

quedado refrendado en el Artículos 136 del Código de Derecho Internacional Privado de ese país.

7. Modelo Propuesto para el Reconocimiento y Ejecución de las Acciones de Grupo en Centroamérica.

497. Un modelo unificado para el reconocimiento y ejecución de sentencias de acciones de grupo en el ámbito centroamericano sería el antídoto contra los rasgos restrictivos e intolerantes, unilateralmente creados, que se identifican en la mayoría de las fuentes internas de la región. Para asegurar su efectividad, las reglas de competencia judicial internacional también tienen que estar incluidas en el mismo instrumento o en un instrumento distinto pero vinculado, para garantizar unidad en los criterios. Incorporar las reglas de competencia en el instrumento evitan la necesidad del control *ex post* por parte del Juez requerido, siendo función del Juez que conoce del litigio calificar su propia competencia.

(1) El modelo debería incluir un procedimiento para el reconocimiento de sentencias separado del procedimiento de ejecución, y, además, debería abarcar sentencias declarativas, y negatorias o de cesación.

(2) Los requisitos formales para el reconocimiento de sentencias deberían flexibilizarse al máximo. Además de los mecanismos usuales para la comunicación en el extranjero, el modelo debe incluir la posibilidad de que la notificación pueda hacerse por medio de cualquier mecanismo que esté a disposición de las partes y del Estado requirente.

(3) El modelo debe contar con un mecanismo de seguridad que garantice fehacientemente que la parte demandada ha sido adecuadamente notificada de la demanda previo a que se pueda dictar sentencia. En ese sentido, los notarios públicos del Estado requirente deben estar autorizados para hacer dicha notificación y para hacer constar que está fue transmitida adecuadamente.

(4) El modelo debe incluir medios de notificación para las otras partes del litigio cuando no sean los demandado, y la validez de dichos medios de notificación

debe ser determinada a partir de la publicidad llevada a cabo, asegurando el mayor alcance en la población.

(5) En el caso de Centroamérica esto se ve en parte resuelto por el Convenio de La Haya de la Apostilla. Con relación a la traducción, tomando en consideración que sólo será necesaria del inglés al español o viceversa, también debe simplificarse siendo posible la utilización de traductores privados, dejando la opción de que, si las partes no están de acuerdo con ésta, pueda ser impugnada a cargo de quien la aportó.

(6) La propuesta debe incluir una prohibición expresa de control de la ley aplicada al fondo. Eso incluye la prohibición de denegación del reconocimiento cuando el Tribunal de origen haya decidido cuestiones relacionadas con la capacidad de las partes, aún y cuando, se hubiera llegado a un resultado diferente del que se hubiera alcanzado de haberse aplicado las normas de Derecho Internacional Privado del Estado requerido.

(7) La notificación de las partes será calificada de acuerdo a la ley del Estado requirente. El instrumento debe contener una prohibición a la denegación del reconocimiento de la sentencia por considerar que la notificación atenta contra los intereses de los miembros ausentes del grupo, si el efecto de la sentencia es *secundum eventum litis in utilibus*.

(8) El modelo debe incluir la posibilidad de que se reconozca sentencias dictadas en rebeldía. La calificación de la rebeldía se debe hacer de acuerdo a la ley procesal del Estado requerido. No obstante, el reconocimiento no se puede llevar a cabo si la sentencia no fue notificada personalmente y de forma previa al demandado o, habiéndosele notificado, no se la haya permitido ejercer adecuadamente su defensa.

(9) La calificación de la adecuación de la sentencia al orden público interno del Estado requerido, se limitará exclusivamente a sus normas de rango constitucional. No obstante, también será posible calificar su adecuación al orden público colectivo y supraestatal basado en el principio del *favor naturae*.

(10) El reconocimiento de la sentencia no podrá denegarse cuando el instrumento procesal utilizado en el Estado requerido no esté previsto en el ordenamiento jurídico del Estado requerido.

(11) El pago de indemnizaciones punitivas no podrá denegarse, cuando las resoluciones judiciales que las originan han causado estado de cosa juzgada en el

Estado de origen. No obstante, el Juez requerido podrá modular las cantidades otorgadas en este concepto, para adecuarlas a los criterios de proporcionalidad de la sentencia, propios de su ordenamiento jurídico.

(12) La ejecutoriedad de la sentencia deberá ser probada por medio de copia del auto judicial debidamente autenticado y apostillado que así lo declare.

(13) La excepción de cosa juzgada debe abarcar a las sentencias dictadas en el Estado requerido o en terceros Estados que pudieran ser reconocidas y ejecutadas bajo la ley del Estado requerido. No obstante, su calificación debe hacerse de acuerdo a la ley del Estado de origen.

(14) La calificación de la litispendencia, de la incompatibilidad o irreconciliabilidad de sentencias, y la conexidad entre sentencias debe incluir a las sentencias de terceros Estados que pudieran ser reconocidas y ejecutadas bajo la ley del Estado requerido. Su calificación debe hacerse de acuerdo a las reglas de competencia incluidas en el instrumento. En su defecto, debe hacerse de acuerdo a las leyes del Estado requerido.

(15) El Juez requerido podrá ordenar el reconocimiento parcial de sentencias extranjeras, cuando estas no puedan tener eficacia en su totalidad.

(16) El reconocimiento de las sentencias extranjeras debe estar a cargo del Juez al que le correspondería la ejecución de la sentencia. La resolución judicial que ordene el reconocimiento será impugnabile. La competencia será calificada por el Juez requerido de acuerdo a los siguientes criterios, siendo estos los siguientes:

- (a) El lugar del domicilio del demandado
- (b) El lugar donde se encuentre el demandado
- (c) El lugar donde se sitúe la cosa que debe ser embargada o entregada

Estos criterios serán calificados de acuerdo a la ley del Juez.

(17) Si el Juez requerido resulta no ser el competente para el reconocimiento, remitirá los autos al Juez competente de conocer la ejecución. La resolución que dicte estableciendo su falta de competencia será recurrible.

(18) El procedimiento de ejecución estará regido por la *lex fori executionis*.

Capítulo 6

(19) Las partes podrán solicitar medidas provisionales de conservación directamente o por medio de la cooperación judicial internacional, independientemente de que se haya iniciado el trámite de reconocimiento en el Estado requerido.

(20) En caso de que se solicite la aplicación de medidas cautelares vinculadas a la ejecución de la sentencia, y estas no estén disponibles en el ordenamiento jurídico del Estado donde deberán ejecutarse, el Juez requerido deberá adaptarlas a las formas locales a las que más se aproximen, limitando sus efectos a los que tendrían en el Estado de origen.

(21) La pretensión para la ejecución no debe prescribir.

CONCLUSIONS¹⁴⁶²

1. The work that ends here, began as a comparative exercise pursuing to understand the common characteristics and the major differences between seven legal systems belonging to the same geographical region and to the same integration system, but to two different legal traditions (Common Law and Civil Law). The goal was to determine the basic elements that should be encompassed in a uniform system of private international law, which could ensure the effectiveness of mass litigation in cases of cross-border environmental liability.

Even when globalization seems to be under fire, it is crucial to accomplish such a comparative exercise, because it enables broadening the mind of the legal researcher into different ways of understanding and approaching the law. For this analysis to be as comprehensive as possible, the comparison was made from two different perspectives: from the national legal systems and from the legal traditions, the latter being a more extensive and transcendental one.

2. With this said one must begin by pointing out that it is true that both these traditions have a common origin in Roman law. Yet, their development has followed very different paths over time. But now, they have coincided again. They've crossed paths, pushed by the globalizing forces that lead the current international scene, even though they are under an apparent threat. This encounter, coupled with their permanent proximity, makes it possible to expose the way each one of these traditions has influenced the other over time. Added to this, one has to recognize that these influences have been boosted in recent decades by some emulsifying and concrete processes, such as the embodiment of the European Union and its entire legal framework.

It is also important to note that the predominance exerted by the law emanating from the European States is neither new nor debatable. Through time, and according to historical and political processes by all known, the law that these two traditions have produced in those States has constantly informed the other legal

¹⁴⁶² The Conclusions was drafted in English in order to comply with the requirements needed to attain the International Mention complementing the Doctorate Title, as provided by Article 15.1.b) of the Royal Decree 99/2011 of February 28th, on the regulation of doctoral education (BOE n° 35, of February 10th 2011).

systems of the world, which in turn have adopted them as their own. The Central American legal systems are not the exception.

Nevertheless, it would be unfair to admit only to the European influence in the construction of the legal frameworks of the region. It has to be said. While not so strong, the influence of US law is not trivial either. The historical-political and economic processes of the American continent have made the United States an indisputable referent, leaving some obvious traces in the legal systems of the Central American region, especially in the area of private law.

3. With such a broad and varied initial context, it was necessary to identify a common thread that would allow the analysis to have a defined north. This role of being a constant and transverse parameter was bestowed on the principle of effective judicial protection, always making special emphasis on the access to justice. The suitability of this principle derives from the fact that its content is applicable in all the legal systems of the region, due to a process of unification that took place through Public International Law.

This criterion has also been the catalyst from which the model proposed is constructed, as a result of the analysis carried out herein. This model, which aims to safeguard supra-individual interests that may be harmed by transboundary environmental tort, is not limited to a list of features that mass litigation should have in Central America. It also includes the attributes that a unified model of Private International Law must have in order to tackle cross-border litigation, seeking with this to ensure the enforceability of judgments issued in the different jurisdictions.

1. REGARDING THE TORT LAW REGIME FOR HARM CAUSED TO INDIVIDUAL INTERESTS AS A RESULT OF ENVIRONMENTAL TORT

4. One of the main goals of this study was to justify the role of Private Law as a plausible solution to the environmental problem from the perspective of the individual. The limited number of solutions that Public Law offers to deal with the indirect effects of environmental tort was the reason behind suggesting that it is necessary to look into Private Law instead. Consequently, the starting point was to

Conclusiones

delve into the non-contractual civil liability systems of the region, and explore the advantages they offer. In fact, it is well known that these schemes allow an adequate and ample protection of individual interests, not only from a purely patrimonial perspective, but also from a non-patrimonial one.

In that sense, understanding the general characteristics of non-contractual liability systems has demonstrated that the protection offered by Private Law should not be limited to a subsidiary role. Actually, it might be the ideal device to comply with some of the paradigms imposed by International Environmental Law. Its potential to become a truly utilitarian tool in the face of the problem herein analyzed will depend on the way the current Central American law assumes the most *avant-garde* doctrinal positions.

Therefore, it has been noted that in order to distinguish the harm suffered by individuals and their property from the harm directly inflicted to the environment (which falls within the scope of Administrative Law or Public International Law), the civilian legal systems in the region need to incorporate the concept of *«injuries caused through the environment»*. The purpose behind this suggestion is not to stress the division separating Public Law from Private Law. Rather, this categorization seeks to understand the causal relationship between the injuries sustained by the environment and the harmful effects that as a consequence are suffered by individuals, a relationship that has been approached more efficiently by the Common Law with categories such as *«toxic tort»* or *«tort of breach of statutory duty»*.

5. In order to achieve a proper redistribution of the losses suffered, and to encourage appropriate behavior towards the environment, it has also been suggested that some of the features of the non-contractual civil liability regimes need to be reconsidered.

(1) Using fault as the basis of the model was the first feature to be reviewed (and questioned), since the six civilian systems of the region use a general clause system to configure the aquilian liability based on such criteria as fault and negligence. It cannot be ignored that in Central America some steps have already been taken in this direction. Besides the general aforementioned general clause, some of the civilian lawmakers have also incorporated pseudo-objective criteria in their Civil Codes, such as rebuttable presumptions used in cases of liability for the deeds of

others and for the deeds of things. However, the most unique example of them all is the general rebuttable presumption of fault included in the Guatemalan law.

Also, applying strict liability is already possible in some of these legal systems, yet in a very limited way. The most commonly admitted cases are related to nuisances and to some examples of liability for the deeds of things, where the principle of «*res ipsa loquitur*» is applied. However, in the case of vicarious liability, fault «*in vigilando*» and risky activities, strict liability is not always available in Central America.

Nonetheless, it is urgent for the lawmakers of the region to direct their efforts to ensure suitable solutions for risky and dangerous activities to the environment. They need to apply themselves to comprehensively define which activities should be considered in such categories within their legal systems, and to adopt strict liability models to tackle them. Yet, exceptions such as fortuitous events, force majeure and contributory negligence also apply in the case of strict liability, meaning that including it in the non-contractual liability systems, does not guarantee compensation in every tort case. However, mainstreaming strict liability would significantly improve the current situation.

This is not the only thing that should be brought to the attention of Central American legislators, though. They must also make sure that no other loose ends remain, which could service the tortfeasors to remain exempted from their responsibility. In this regard, two recommendations were made:

(a) Unlawfulness also needs to be configured as a feature of the non-contractual civil liability systems in those jurisdictions where it has not yet been considered. That means, incorporating liability for licit deeds into their civil codes. This addition will help to avoid the possibility that in those legal systems where these instruments are still absent, Judges will keep making erroneous jurisprudential interpretations, such as accepting that the standards of tolerability towards pollution established by Administrative Law are cause enough for condoning harmful activities against the environment.

(b) The same goes for the prohibition of the abuse of law. It needs to be incorporated in these legal systems, as a solution for any kind of harm that might have been overlooked by the rules governing non-contractual civil liability or nuisance.

Conclusiones

6. (2) The second characteristic of the liability systems that must be reviewed is the obligation of demonstrating the existence of the causal link between the harmful action against the environment and the injuries sustained by individuals and their property. Strict liability solves the problem of having to prove the psychological nexus, but does nothing regarding the need to prove the connection between the tortious behavior and the harm caused to the environment, and there is where the real problem lies. The actual scientific and technological development is not always sufficient to completely establish the causal link.

This should be reason enough for the Central American lawmakers to understand that it is time to consider other solutions such as:

(a) The reversal of the burden of proving causation through the use of rebuttable presumptions based on trend analysis, percentages, or probabilities, as has been proposed by legal experts through various theories, such as the theory of adequate causality, the theory of risk creation, the theory of loss of opportunity, the theory of proportionality, the theory of liability according the share of the market, and even the theory of collective liability.

(b) The reversal of the burden of proof based on the application of principles such as «*res ipsa loquitur*» or «*ubi ibi onus emolumentum*».

(c) The application of rules that predetermine the scope of risk for hazardous activities.

(3) The third feature that must be reviewed in the non-contractual liability systems of the region are the limits and contours normally accepted for liability itself. The Tort Law available in these seven countries is based on the idea that fault should not harm anyone but the person that actually caused it. However, in Central American Civil Law, liability has a corrective nature, exclusively limited to the economic value of the harm produced. The effect of this restriction is that there are fewer incentives for potential tortfeasors to modify *ex ante* unwanted behaviors that could have harmful effects, and thereby to prevent significant economic losses.

Having said that, it is worth noting that the opposite solution is available in the Belizean model. Resorting to punitive damages to penalize the tortfeasor is admitted there, contrary to what happens in continental civil law, where this concept is generally considered incompatible with its logic, even when it seems to be a more

efficient remedy for achieving preventive and deterrent effects, relevant for the protection of the environment. The latter deserves special consideration, especially in Central America, where still, administrative regulation and control has not achieved adequate levels of effectiveness.

Added to the above, the harm caused to individuals and their property as a result of injuries suffered by the environment, is usually seen only as patrimonial damage. Nonetheless, it also affects people's quality of life. Hence, the proper configuration of environmental tort, must contemplate this double nature.

(4) A fourth feature to be considered is the statute of limitations for legal actions dealing with environmental torts. In some Central American jurisdictions, the deadlines can be extremely short; a situation that is not favorable if one takes into account the difficulties inherent in the production of the evidence needed, when harm to the environment is involved. In view of the prevailing expert opinions that establish that environmental related liability should not expire because it transgresses human rights, the statute of limitations for such actions should be established in a coherent and logic manner. They may not need to be imprescriptible, but the timeframe needs to be much more ample.

(5) The fifth feature of the tort systems available in the Central American civilian countries that must be addressed is the possibility of equivalent compensation. Although this type of economic reparation may be adequate for the immediate compensation of environmental tort, it does not attend the original causes, and by not doing so, it moves away from the expected preventive and dissuasive effect of tort.

In this sense, it is necessary for the lawmakers to assume three remedial positions:

(a) They have to guarantee that the court dealing with the dispute has been awarded with enough injunctive powers to halt the hazardous activities.

(b) They also have to ensure that the court also has enough powers to order the adequate reparation of the environment in the way suggested by legal doctrine, especially if the administrative regulation available has not dealt satisfactorily with the issue.

(c) Moreover, they need to ensure that the liable tortfeasors cannot be condoned from compensation on the grounds of insolvency. This can be achieved by

enforcing solutions such as environmental insurances, financial guarantees, or even the creation of special funds in the case of hazardous activities. As a matter of fact, this has already started to be regulated in some of these countries, as well as by Public International Law.

It should be borne in mind that the basic principles of International Environmental Law suggest that the reparation of environmental tort should be integral, *in situ*, *in pristinum*, and *in integrum*, and only when achieving these standards is not possible, one should resort to the *quasi quo ante* option. Equivalent reparation is exceptionally allowed in the case of environmental tort.

2. ON THE ADEQUATE PROTECTION OF SUPRA-INDIVIDUAL INTERESTS

7. Environmental tort rarely affects just an individual. It usually affects very large groups of people. This fact makes it necessary to seek out procedural instruments that grant these collectives access to justice, in order to seek identical and equitable solutions to their losses, especially when these are originated by the same cause.

In order for procedural rules to adequately deal with these losses, it is necessary for legal systems to recognize the existence of supra-individual interests, and to differentiate them from other categories, such as the traditional public interest. This distinction is necessary because since Roman times procedural solutions such as *actio popularis*, have been available to protect public interests. Yet, these are not the appropriate solutions for the cases in question, because the needed protection transcends the mere legality, vicinity relations, or public goods. For the protection of the above-mentioned interests, more modern procedural instruments designed specifically for the protection of these intermediary categories are required.

In fact, all Central American lawmakers have already recognized the existence of supra-individual interests and rights, in some cases even through constitutional rules. However, only in Belize, Honduras, Nicaragua, and Panama procedural rules have been included, regulating a very specific kind of individual interests, which are

collectively exercised, known as individual homogeneous rights. However, in the case of the last three countries, this category is regulated exclusively for consumer rights.

The fact that Guatemala, El Salvador and Costa Rica have not followed this trend yet, can only be explained by the deep-rooted Civil Law idea that Private Law is essentially of an individualistic nature, probably making the lawmakers still feel suspicious about its real possibilities regarding collective interests. This kind of distrust makes Administrative Law the only instrument accepted by them to protect collective and diffuse supra-individual interests, including -of course- those of an environmental nature.

And it is not for anyone to say that they are completely wrong, actually they are partly right. Because, without some of the changes previously suggested for the non-contractual civil liability systems of the region, the real possibilities of broadly protecting homogeneous individual interests through Private Law are quite limited.

3. ON THE GROUP ACTIONS FOR THE PROTECTION OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL INTERESTS HARMED THROUGH ENVIRONMENTAL TORT

8. The fact that four of the seven countries in question have recognized the possibility of collectively exercising individual interests is an undeniable improvement from the point of view of the principle of effective judicial protection. In fact, the analysis of the aforementioned regulations has been the basis of a proposal that suggests the appropriate features that a class action should comprise in order to adequately protect those individual interests, especially when they are affected by environmental tort.

The intention behind proposing an instrument with such a specific purpose is to eliminate any obstacle confronted by the holders of these interests when trying to access justice, especially in the case that the legal system they are operating in lacks appropriate procedural instruments, or if available, they are limited to certain types of torts. Thus, the analysis made began by trying to determine if the regulation already in place for mass litigation was actually adequate for the judicial protection of

Conclusiones

homogeneous individual interests, even if they were not specifically designed as solutions to the environmental problem.

9. Knowing beforehand that civil procedural rules have also developed from a very individualistic perspective, it must be acknowledged in a very candid way that expectations were not high. Yet, after reviewing the procedural and administrative regulations of the region, five instruments were identified that should be considered:

(1) The *Representative Proceedings* in Belize, which originated from the British *Representative Suit*, which also served as a reference for the US *Class Action* originally proposed by Judge Story.

(2) The Actions for the Protection of Group Pretensions available in Honduras and Nicaragua, which, apart from being almost identical to each other, are based on the model existing in the Spanish Civil Procedure Law.

(3) The Panamanian Action for Consumers Protection, deeply influenced by Rule 23 of the US Federal Rules of Procedure.

(4) The Civil Action for damages arising from environmental tort, available in the Salvadoran Environmental Law. However, this last instrument had to be left out of the subsequent analysis because it refers only to individual civil actions devised to claim damages caused by environmental tort.

10. It is very important to keep the above mentioned influences in mind, because if one removes the historical, political and economic context that has characterized the region, an erroneous conclusion can be made, by assuming that the existence of such instruments in Central America is the effect of the positive evolution of their procedural systems, which, after reaching a certain level of legal maturity, has allowed them to adequately meet the collective needs of their population. But that is a fallacy.

The reasoning must be different. The fact is that in the Central American Civil Law tradition, the protection of supra-individual rights is not transversally recognized through ample mass litigation instruments. The few exceptions are limited to the defense of consumer interests. Therefore, this should be understood as a clear signal that national legislators still have difficulties getting out of the 19th century liberal-individualistic frame of mind. The notion of human dignity, which was developed by Public International Law, is now present in every other legal system, for the benefit of

collective interests, which in turn results in the individual benefit. Yet, it seems that its logic has not made a dent in those who are in charge of creating the law in the Central American countries.

The inclusion of these procedural instruments in some of the Central American jurisdictions has no further interpretation that their lawmakers were submitting to external forces that require such instruments to be in place. Furthermore, in the case of Honduras, Nicaragua and Panama, the way these procedural instruments are constructed reveals that the lawmakers were only willing to submit to such experiment in a very controlled manner, and with very reduced effectiveness.

4. ON THE NEED TO UNIFY SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL RULES FOR THE ADEQUATE PROTECTION OF INDIVIDUAL HOMOGENEOUS INTERESTS AFFECTED BY ENVIRONMENTAL HAZARDS

11. Some legal experts have pointed out that the proper reparation of tort affecting collective interests doesn't happen because of the appropriateness of the available procedural instruments, but rather, through the reform of substantive rules, which must adapt to this new legal reality, incorporating compensation systems that better fit the needs of the collective. Coinciding with the above, and taking on account the two legal traditions that coexist in the Central America, it is necessary to advance in the harmonization process.

Various legal experts have already presented several arguments justifying the harmonization of Private Law. There are those who point out that through harmonization or uniformity of the law the cost of transactions can be reduced, hence, creating or strengthening economies of scale, resulting in a more complete integration of the markets. Furthermore, there are also some legal experts who see harmonization as advantageous because they are convinced that it reduces possible economic distortions. Some even believe that with harmonization, the internalization of negative interstate externalities can be achieved.

12. Recognizing the underlying differences between the two existing legal traditions in Central America, when striving for full harmonization of non-contractual

Conclusiones

civil liability systems is probably not an easy or meaningless exercise. This last assertion is based on the recognition that the harmonization of the law not only entails homogenizing its content, but also implies unifying the principles, values and the lawmakers' ideologies, something that the European experience has shown to be extremely difficult.

Therefore, the proposed solution takes on account some important elements from both.

(1) It takes into consideration Common Law's typical approach regarding codification, meaning that it should be the last resort to solve specific problems, valid only when the General Principles of Law applied through legal precedents are not offering adequate or efficient solutions.

(2) It also ponders the view of Civil Law where codification should be as detailed as possible in order to avoid judicial arbitrariness, as a mean to preserve the principle of legality.

Consequently, the solution proposed for such a specific kind of tort is to create a conventional instrument of regional application that contains a special regime for environmental torts, offering solutions to all the problems that traditionally are experienced when trying to approximate both traditions. This international treaty should be based on strict liability, the reverse of the burden of proof, reducing the burden of proving causation by including a system of rebuttable presumptions, a more adequate statute of limitations, and a comprehensive system that allows the reparation of the environment as well as the compensation of individual damages. It should also include notions such as unlawfulness and the prohibition of the abuse of law. Moreover, it should be broad enough to cover all types of environmental torts.

13. This harmonization should even entail the creation of administrative law rules, replicating the European Directive which has been rather successful, which has also served as the basis for some harmonization efforts in other areas, such as the Nagoya-Kuala Lumpur Protocol on Liability. Why advocate for a tort model contained within an instrument of Public Law? Because this is a better approach in order to achieve prevention and reparation, burdening the operators of hazardous activities with such responsibilities, while forcing them to apply preventive or remedial measures, without having to wait for a lawsuit to be already in process.

14. Nevertheless, despite the aforementioned opinions that consider that the best solution for cross-border environmental tort involves the harmonization of substantive law, the possibility of harmonizing procedural rules should not be entirely discarded. The idea of a unified procedural solution at a regional level is not new. In Europe this has been much discussed since the 1990s, focusing the debate in two very specific issues: whether harmonization may be partial, and if it can be applied only to the procedure used for international disputes.

15. Thus, as for Tort Law, the proposal found here regards the creation of an international treaty that should only include the tools necessary for the adequate protection of supra-individual interests. And in case a more specific and reduced solution is deemed suitable, it could be limited to the protection of environmental interests and those others indirectly connected with them. This instrument must also be able to cover both local and cross-border disputes. The failure to do so would go against the apparent willingness of the Central American countries to unify efforts that may allow them to openly compete in this globalized world and attract international investment.

Among other things, such a model must ensure equality for the parties involved in the dispute, it should be as simplified as possible in order to also guarantee the access to every individual, and flexible enough to easily evolve when required, as a response to the needs generated by social change. Additionally, the model should have established paradigms such as efficiency, consistency, accessibility and deterrence. Moreover, it must be a mechanism of empowerment, giving individuals the possibility of influencing the creation of public policies through litigation, especially in those areas for which governments refuse to take up the challenge.

In the absence of a process of discovery or disclosure, the model (as well as the domestic procedural rules) should include efficient mechanisms that allow the parties to access the evidence under the control of their litigious counterpart. This can be achieved through the reversal of the burden of proof, forcing the defendants to use all their economic power to distort the accusations. Additionally, by reversing the burden of proof, strict liability is achieved *de facto*. This is a desirable solution in the event that the long awaited unification or harmonization of the substantive rules governing environmental tort is not achieved.

Conclusiones

16. When analyzing the way collective actions are configured in the four models under scrutiny, one can find a very diverse range. In some cases, in order to configure the class, they require that the class-members must be voluntarily linked to the process (opt-in model); in other cases, the requirement is that they should be able to opt-out from the process. Nevertheless, Civil Law legal experts keep manifesting some fears regarding mass litigation, specifically because of the way the class is configured, and perhaps that is probably what causes these instruments to not always be available in the Central American legal systems.

The opt-in models require for individuals to express their desire to belong to the class in order for the judgment to be binding for them; while in the opt-out model, group members should express their will to disassociate from the class in order to avoid being reached by the effects of the judgment. However, it seems to be that the less detestable option for the Civil Law legal experts is the opt-in one, because there the parties at least freely may or may not decide weather to partake and submit to the court's decision that binds them all equally. Such a willing submission seems to transcend any doubt generated regarding the possible infringement of certain procedural rights of the absent class members, such as the right to a fair hearing.

Conversely, the fact that made it necessary to question the suitability of the opt-in models in this study, was –precisely- the systemic weaknesses of these countries, specially when understanding how easy it is in this context to use illegitimate means as to convince potential class members to refuse to be part of the process. In extreme settings such as Central America, a mechanism of this nature can work more against justice than in favor of it.

On the contrary, the inconformity usually manifested by legal experts regarding the opt-out model, based on the possible infringement of procedural rights, such as the adequate service to the absent members of the group, lacks sufficient support in this context. These doubts usually tend to reflect considerations that are valid only in settings where judicial systems work properly, and where the law is correctly applied. They leave out other realities, such as the Central American, where people are not fully protected by the law or the existing institutions, and where a solution of this kind would really help in granting access to suitable legal instruments, to a large amounts of people that otherwise would have no possibilities of attaining them by themselves.

There are other significant features that have been identified in the four models analyzed, such as the fact that in some cases, representation is very limited; and in others it is extremely broad. Differences were also identified in relation to the exercisable claims. In some cases the use of class actions may be limited to compensatory claims, whereas in some other cases, they could also be used for injunctive purposes.

17. From a mere evidentiary perspective, if it is true that all the available models apply the principle *actor incumbit probatio* as a general rule. It is also possible to find alternative solutions such as the reversal of the burden of proof, or the possibility for the judge to issue orders requesting evidence *ex officio*. Regarding interim protection, a wide range of options is also available, allowing the parties to seek injunctive relief at any point in the process, and also permitting the judge to issue such orders *ex officio*, if considered necessary. The Central American models also offer different options regarding the execution of judgments, especially when dealing with their preclusive effects.

Hence, based on the protection of homogeneous individual interests, the appropriate procedural solution must have certain specific features such as:

(1) The use of an economy of scale model that allows that even the victims that suffer injuries with insignificant economic value can resort to it.

(2) Their adaptability for both, reparation and injunction.

(3) An opt-out class configuration model.

(4) The incorporation of ample forms of representation and standing.

(5) The incorporation of rules that either governs the reversal of the burden of proof, or the mandatory disclosure of evidence.

(6) Awards that are capable of ensuring the total satisfaction of the plaintiff.

(7) Awards that not preclude the right of absent class-members to re-litigate, if the result of the action is not beneficial to them.

18. Taking as much advantage as possible of the deterrent nature of Private Law, should be the result of having an ideal scenario where the unification of these two policy instruments could be attained, letting class actions cohabit with strict liability systems. These two elements if combined, have immense possibilities

towards modifying inadequate behaviors, by significantly reducing the risk of causation of potential harm to the environment. And in the event that such harm cannot be avoided, they could better ensure adequate compensation.

However, there is full awareness of the difficulties posed by a task of this nature. An example of this is found in Europe, and its marked trend towards legal harmonization. Even there no further progress has been achieved, not only preventing the creation of common Civil Law instruments, but also of common procedural rules. Hence, the truly viable way to approach cross-border environmental tort is through Private International Law.

5. ON THE NEED TO UNIFY THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW SOURCES FOR THE PROPER PROTECTION OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL INTERESTS AGAINST ENVIRONMENTAL TORT

19. Unifying the sources of Private International Law in the region is not something that will happen spontaneously. It is rather far-fetched to pretend that it will happen by the mere natural development of the legal systems, or by the influence of certain doctrinal trends may have on national lawmakers. The ideal mechanism to achieve such a feat is by consensus building through international treaties, because they can serve as an integrated solution encompassing all the proposed elements while still remaining autonomous.

In this regard, it is important to bring back the so impressive achievement accomplished by the Bustamante Code. Its comprehensiveness must remain as the paradigm for integrated systems of Private International Law in the region. Although one should not forget how difficult it was to obtain the ratification of all the countries involved in the adoption of such an ample treaty. That's another lesson that the Bustamante Code has left. Yet, this shouldn't refrain anyone from dreaming about the possibility of succeeding on the creation of an integrated and comprehensive system of unified Private International Law rules, designed to address the reality of today's globalized environment. Especially when the American countries showed the world, almost a century ago, that it is possible.

20. The second option would be to resort to the adoption of separate instruments (*lex specialis*). By linking them to one another, suitable interaction is obtained. The best example of how the unification of sectorial regulations could be achieved is available in the European continent. Nevertheless, one must ask why is it that the Central American countries have not taken advantage of the unifying instruments already available, such as the Inter-American Conventions on Private International Law, or The Hague Conventions.

It seems that the governmental authorities of these states, when striving for the regional integration processes, do not understand that to actually achieve it, creating common markets and facilitating customs unions is not enough. True integration involves the harmonization of the legal systems, as the needed means to facilitate the free movement of people, goods and capital, since the only way to have a leveled playing field for everyone involved, is through uniformity.

6. ON THE SUITABLE MODEL TO DETERMINE THE APPLICABLE LAW FOR CROSS-BORDER CLASS ACTIONS IN THE CASE OF ENVIRONMENTAL TORT

21. Just as it happened with international jurisdiction, two criteria should guide the choice of the applicable law in transboundary environmental tort cases, not mattering if it is made through substantive rules or conflict rules: the most effective protection for the environment, and most ample possible freedom of choice for the victim.

With regard to the use of substantive rules, the way they are constructed usually depends on the objectives pursued by their application. With that said, some of the Central American countries have already ratified international treaties that can be used as the applicable law for some very specific types of environmental tort. However, the available options do not comprise all the possible forms of pollution, meaning that still for many situations one will have to resort the conflict rules available.

If one wants to comply with the abovementioned criteria, the construction of these rules cannot be limited to traditional forms. Meaning, that rules based on a

Conclusiones

territorial logic do not apply any longer; nor is it sufficient to only use rules based on the personal connections of the parties involved in the dispute in order to ensure adequate compensation for the victims. The work cut out for the lawmakers is to build such rules combining both territorial and personal elements.

22. Having said that, one must also remember that in the Central American region only two international treaties related to environmental tort contain rules of conflict, which are MARPOL and the Bustamante Code. Both of them agree with the notion that the law to be applied should be the one available in the place where the tort occurred. Besides that, and recurring to the national sources, two additional solutions are available, namely, the law of the place where the affected goods are located, and the law of the place where the harmful effects were felt.

Unquestionably, the latter is the most advantageous from an environmental perspective, provided that its application does not depend on the will of the victims, as these will surely tend to choose the law that assures them the most appropriate compensation, without letting any environmental consideration necessarily influence their decision.

23. Given these different options, the generated proposal offers an alternative solution where the law of the place where the effects are felt will always be applicable, unless there is another law that could be considered more suitable. But, how should such suitability be determined? The proposal presented here uses a form of *dépeçage*, allowing the application of different legal systems for resolving the same conflict, depending on the nature of the litigious elements that need to be solved. Therefore, the proposal includes the notion of differentiating those elements into two different categories:

- (1) Those that they are linked to undesirable behaviors.
- (2) Those related to the distribution of losses.

24. For the first category, one should always resort to the law containing the most demanding environmental standards; but for the second, it is best to apply the law that includes the most equitable distribution models, preventing victims to remain without adequate compensation. While it is true this is a complex solution, with its application there are more possibilities of reaching fairer solutions that, at the same time, are aligned with the objectives set at the beginning of this section.

These objectives should also determine the limits of the public order exception when the applicable law is foreign. Using this exception in a global context while maintaining its traditionally restrictive content plays against both, the interests of individuals who were harmed, and against environmental interests, especially if done with petty and sovereign related intentions on the part of the involved States.

That is why it is here considered that its scope should be similar to the constitutionality or conventionality control that is used to assess national law, and should not be used to control all the rules available in the forum. The model here presented proposes that the content of the public order exception should be established by the constitutional rules of the forum, and by the general principles stemming from International Environmental Law. In this way, the proposed model offers sufficient flexibility as to really be functional for the protection of the interests at stake.

This same functionality should guide operational issues related to its application. In that sense, the burden of proving the existence of the foreign law deemed applicable would not be a burden for the victim. It's only fair to have the judge applying the foreign law *ex officio*, following the logic of the principle *iura novit curia*, and leaving to the parties the possibility of reacting if they consider that the judge has failed to fulfill his obligation. It is also necessary to establish what the limits of the applicable law should be by establishing them in purely substantive rules, having the possibility of invoking additional administrative rules only when the environmental standards contained in them are much more protective of the environment.

This idea behind adopting more simple and flexible solutions and using integrative rules must also be the established parameter to effectively address other enforcement problems, such as the qualification of legal categories and *renvoi*. For the first one, the proposal suggests the separation of procedural categories from the substantive ones. In that way, the procedural law of the forum could be used to determine the former, and the substantive law previously determined as the applicable law, would be used for the latter. While, for the *renvoi*, its application will be left at the discretion of the judge, provided that the adequate protection of the environment is guaranteed, the same way it is understood in International Environmental Law.

**7. ON THE SUITABLE MODEL TO RESOLVE THE CONFLICTS OF JURISDICTION
IN CASES OF CROSS-BORDER CLASS ACTIONS RELATED TO
ENVIRONMENTAL TORT**

25. Subscribing to their own legal tradition, in which Civil Procedural Law is still seen from the publicist logic, Central American lawmakers have clung to the usual paternalistic positions in which the way to determine jurisdiction in most cases, is through the connections that people or things have with the territory of a specific State. However, one has to recognize that currently, in this ultra-interconnected world, the bonds of individuals with specific forums go far beyond their nationality or domicile.

Hence, on the one hand, it is necessary that national lawmakers do not turn a deaf ear to the current complex reality, and understand that when one is fighting private but powerful interests, individuals must be provided with sufficient discretion to empower them within the process. They should have some freedom to decide the factors they consider most significant in order to connect with the forum most suitable for them, being aware enough of the impact that this decision will have in different areas.

26. Nevertheless, it should be understood that determining international jurisdiction based on the constant contacts a person has with a specific jurisdiction, is not always the most functional solution from the perspective of the environment. Much less so are other solutions that rely on stale concepts such as state sovereignty. The adequate protection of the environment requires rules that use environmental concerns as the first and more relevant criteria to decide upon jurisdiction.

Consequently, it is important to seek solutions that include not only individual interests but also environmental ones, and that are based on a higher principle: justice. In that order of ideas, the notion that it should be the judge the one who determines the rationality and suitability of the forum would be the ideal solution for such disputes, as long as he is not subjected to a legal straitjacket, and always taking into consideration both criteria.

Beyond that, in the Central American context, the current obstacles that hamper the adequate protection for both types of the abovementioned litigious interests are aggravated by not having sufficient unified solutions available. The relevance of this nature of instruments is that they can ensure that when a cross-border dispute is submitted before any Judge of the area, the Judge who is to execute the judgment afterwards, will subsequently recognize the estimation the former did regarding his own jurisdiction.

27. Added to this, not having international treaties binding on all States of the area usually traduces into using the unilateral solutions offered in the national legal systems. These unilateral solutions tend to be overprotective of the interests of their own nationals, leaving the foreign party in obvious disadvantage, thus, exceeding the limits of comity.

The lack of such instruments also reduces the possibility of finding solutions that are suitable for transboundary mass torts. For example, it would be ideal to have accessible solutions such as international joinder, if case of parallel proceedings involving the same harmful activities and the same wrongdoer. Reviewing the national systems, such a solution is only available in Panama.

Even if there were unified instruments that solved the problems related to the conflict of jurisdiction applicable in the whole Central American region, determining if the way this is regulated in the most suitable in regard to class actions still will be pending. Considerations to be made are many, and include the revision of certain paradigms. The most worrisome one is the fact that the choice of forum through unified solutions is subjected to greater protection of the interests of the defendant, considering him the weaker party in the litigation. But, in the case of group actions it should be understood that the truly weak part is each one of the members of the class, and in the case of environmental tort, so is the environment.

28. Therefore, it is essential that, in the absence of a unified environmental tort regime, jurisdiction corresponds to the best forum available to protect both, the environment and the individuals, and that such decision is recognized multilaterally throughout the region. The allocation of jurisdiction should take into consideration principles that have been repeatedly touted by legal experts, namely, effectiveness, international justice, proportionality, prevention of abuse of law, and equity. The

application of these principles would have the effect of a multilateral private model, completely free of conceptions derived from public law and sovereignty, where jurisdiction is determined by a very large number of possible connection points.

Hence, the proposal contains three possible solutions for the final choice of forum conditioned by the availability of group actions in the procedural rules:

(1) The forum where the effects of tort are suffered.

(2) The forum where tort is caused.

(3) The forum where the defendant carries out economic activities, whether it is the place of their principal establishment or not.

8. ON THE SUITABLE MODEL FOR THE RECOGNITION AND EXECUTION OF FOREIGN JUDGMENTS RESULTING FROM CROSS-BORDER CLASS ACTIONS DEALING WITH ENVIRONMENTAL TORT

32. The current state of things related to the recognition of foreign judgments in the region is perhaps the most problematic of the topics dealt with in this work.

(1) Available sources do not include taxative prohibitions regarding the judicial control of the substantive law applied to the dispute, despite the generally accepted doctrinal position is that such control is outdated, and undermines the legal safety of the parties involved in the dispute.

(2) Many of these sources continue to impose reciprocity as a prior requirement.

(3) There are still different approaches regarding the law that should be applied for the judicial control of the jurisdiction of the Judge that issued the judgment. In this regard, the proposed solution is not to opt for the law of either State, but to apply a binding instrument that includes not only rules for recognition and enforcement of judgments issued in class actions, but also international jurisdiction rules. This will render the *ex post* control unnecessary, following the example of Brussels I Regulation recast.

(4) Differences persist regarding the role that the service to the parties should play in the recognition of foreign judgments. The unified instrument governing the execution of judgments from cross-border class actions should focus on the service made to the defendant. Serving the absent members of the group should only be relevant if the procedural model used is an opt-out one and does not offer a preclusive effect such as *secundum eventum litis* to safeguard their interests, or if the statute of limitations is too limited, restraining the possibilities of the absent class members to exercise their rights.

Added to this, none of the available Private International Law sources makes any reference to the need of serving the absent class-members. Not because it is not considered relevant, but just because these sources appeared before to the incorporation of such instruments in their procedurals civil rules. The closest reference is a rather generic rule included in the Bustamante Code, which orders that all the involved parts have to be personally served. The problem with this rule is that if was interpreted as including not only the class representatives, but also the absent class-members, surely enough it would almost be impossible to comply with, especially in the case of opt-out models where the members of the class are not previously determined.

Hence, it would be impossible to achieve recognition for this type of judgments under the Bustamante Code, even when such a strict stance is not needed, if one takes into consideration that using the *secundum eventum litis* solution could configure the preclusive effect in a very protective manner for the absent class-members, rendering serving the members of the group as not an actual necessity.

And even when the preclusive effect is *erga omnes*, such strict requirements regarding service could be needed only if the possibility of opting-out expires too early in the procedure. But if the plaintiff class-members have the option of opting-out almost to the moment before the judgment is issued, and there is sufficient proof that the methods used to inform them about the ongoing procedure are suitable enough, definitely there is no need for such requests.

In addition, objections to the way in which the group members have been served, should be directly linked to two criteria: the media coverage that the litigation had in the State, and the moment in which the option of those absent members to opt-

Conclusiones

out of the process expires. If the party requesting the recognition and enforcement of the judgment can prove that the existence of this specific case is of common knowledge within the State it is litigated in, no objection to the recognition should be sustained, unless, that public knowledge was acquired after the procedural moment when the possibility for the absent class members to opt-out of the process has expired.

(5) There are contradicting positions regarding the recognition of default judgments. Given the so critical nature of the interests dealt with in this work, the refusal to recognize judgments in these circumstances shouldn't be an option, as long as it is shown that the defendant was adequately served, and he also was notified of the judgment.

(6) There are still different interpretations regarding the scope of the exception of public order. From the perspective of class actions one may wonder whether this exception could be used when there is no regulation for collective redress in the State in which the recognition is sought. Consequently, the scope of this exception should be limited to the constitutional norms and general principles of international environmental law, in the same lines it was suggested regarding the applicable law, in order to prevent it is applied to the procedural rules. This should be accompanied by a ban regarding any refusal to recognize judgments issued in the case of group actions when such a procedural instrument is not available in the forum of recognition.

The same approach should be applied regarding the recognition of a judgment that has ordered the payment of *punitive damages* in a common law jurisdiction. In this case, the recommendation is that the unified instrument that governs the recognition of judgments includes a ban regarding any refusal, allowing the judge the option to module the owed amount adapting it to the applicable principles regarding reparation in Civil Law, such as proportionality.

(7) There are contradicting position regarding the role that estoppel should play regarding recognition. This was analyzed from two perspectives:

(a) The role that preclusion plays in class actions. Supposing that both forums included class actions in their procedural rules, the main concern had to do with the consequences that might have the fact that the preclusive effect accepted for class actions was different in both forums.

(b) The possibility of a cross-border *res judicata* effect. A unified instrument governing the effect of *res judicata* between contracting states, should not only include rules regarding the judgments issued in one of these states, but also for those judgments that have been issued in third countries, and which could also be recognized in that jurisdiction.

(8) It has not been possible to standardize the criteria used to determine the law applicable to control the prior authentication or legalization of the judgments subject to recognition. In addition, differences remain regarding who should be in charge of the translation of judgments and the documents attached, when required. The ideal model would entail the adoption of rebuttable presumptions, by which the judgment would be regarded as executable after it has been authenticated or legalized by the competent authority. In addition, the standardization of the legalization and translation mechanisms should traduce into greater flexibility, preventing these formal requirements from becoming real obstacles to access justice.

(9) There still are discrepancies in relation to the form to address the existence of parallel litigation. Having a unified instrument governing the effects of recognizing the existence of concurrent litigation, must include not only the judgments in the State, but also those judgements that have been handed down in third countries, and that can also be recognized in that jurisdiction.

(10) Concerns appear when no consensus is achieved regarding the partial recognition of judgments, especially when this is a subject that should not even be discussed. There is less legal uncertainty when a judgment is partially recognized, instead of not to being recognized entirely.

(11) Different criteria are applied in order to establish the jurisdiction of the court that should be responsible for executing a recognized judgment. Ideally, the criteria used should allow the execution to be a successful one. Therefore, it should be a prerogative of the interested party to choose between the domicile of the debtor, and the place where of location of the goods that are to be seized or to be delivered. Following this logic, the enforcement procedure should allow interim protection, which should be as ample as possible, allowing that if a requested measure is not available in the procedural law of the forum, the judge in charge of execution should be authorized to adapt the measure to most similar one available. In addition,

Conclusiones

the possibility of executing such sentences should not expire. That would ensure that all absent class members have access to receive the compensation they deserve.

(12) There are multiple procedures applicable for the recognition and execution of foreign judgments. Starting with the fact that some jurisdictions even discriminate between these two procedures. Such a differentiation is absolutely necessary if one considers that it is perfectly possible that the content of some of these judgments is purely declaratory, creating rights for the winning party, meaning that recognition is required although the subsequent execution is not necessary. Therefore, the recognition process should be less bureaucratic. Ideally, the same judge who will be in charge of the execution should also be in charge of the recognition.

ANEXO I. LEGISLACIÓN CITADA

I.1. TRATADOS INTERNACIONALES

- CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. Disponible en: <https://www.hcch.net>
- CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 5 de octubre de 1969 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. Disponible en: <https://www.hcch.net>
- CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. Disponible en: <https://www.hcch.net>
- CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Disponible en: <https://www.hcch.net>
- CH, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. Disponible en: <https://www.hcch.net>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, París, 1960. Disponible en: <http://www.oecd.org>
- OIEA, Organismo Internacional de Energía Atómica, Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, 1963. Disponible en: <https://www.iaea.org>
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Disponible en: <http://www.ilo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, Londres, 1973. Disponible en: <http://www.imo.org>

- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de aguas de mar por hidrocarburos, Bruselas, 1971. Disponible en: <http://www.imo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, Londres, 1992. Disponible en: <http://www.iopefunds.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre Limitación de la Responsabilidad Nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo, Londres, 1976. Disponible en: <http://www.imo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques de carga, Londres, 2001. Disponible en: <http://www.imo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, Londres, 1992. Disponible en: <http://www.iopefunds.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de aguas de mar por hidrocarburos, Bruselas, 1969. Disponible en: <http://www.imo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, Londres, 1996. Disponible en: <http://www.imo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, Atenas, 1974. Disponible en: <http://www.imo.org>
- OMI, Organización Marítima Internacional, Protocolo al Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, Londres, 2002. Disponible en: <http://www.imo.org>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, 1992. Disponible en: <http://unfccc.int>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 1969. Disponible en: <http://www.un.org>

- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, Nueva York, 1997. Disponible en: <http://www.un.org>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, Bonn, 1979. Disponible en: <http://www.cms.int>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Mar, Bahía Montego, 1982. Disponible en: <http://www.un.org>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio de Cooperación para la Protección y el Desarrollo Sostenible de las Zonas Marinas y Costeras del Pacífico Nordeste, Antigua Guatemala, 2002. Disponible en: <https://wedocs.unep.org>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, Rotterdam, 1998. Disponible en: <http://www.pic.int>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, 1985. Disponible en: <http://unep.ch>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe y sus Protocolos, Cartagena, 1983. Disponible en: <http://cep.unep.org>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas. Convenio sobre contaminantes orgánicos persistentes, Estocolmo, 2001. Disponible en: <http://chm.pops.int>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, 1989. Disponible en: <http://www.basel.int>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, Espoo, 1991. Disponible en: <https://www.unece.org>
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972. Disponible en: <http://www.unep.org>

ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992. Disponible en:

<http://www.un.org>

ONU, Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, 1948. Disponible en: <http://www.un.org>

ONU, Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966. Disponible en: <http://www.un.org>

ONU, Organización de las Naciones Unidas, Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños resultantes de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación, Basilea, 1999. Disponible en: <http://www.basel.int>

ONU, Organización de las Naciones Unidas, Protocolo sobre responsabilidad y compensación suplementario al Protocolo de Cartagena sobre seguridad biotecnológica, Nagoya-Kuala Lumpur, 2010. Disponible en: <http://bch.cbd.int>

I.2. NORMATIVA DE ORIGEN REGIONAL

Consejo de Europa

COE, Consejo de Europa. Convenio europeo acerca de la información sobre derecho extranjero, Londres, 1968. Disponible en: <http://www.coe.int>

COE, Consejo de Europa, Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano, 1993. Disponible en: <https://rm.coe.int>

Organización de Estados Americanos

OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, San José, 1969. Disponible en <http://www.oas.org>

OEA, Organización de Estados Americanos, Convención de Derecho Internacional Privado, La Habana, 1928. Disponible en <http://www.oas.org>

- OEA, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, La Paz, 1984. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, Montevideo, 1979. Disponible en: <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, Panamá, 1975. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional privado, La Paz, 1984. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Montevideo, 1979. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948. Disponible en <http://www.oas.org>
- OEA, Organización de los Estados Americanos, Protocolo de San Salvador sobre Derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1988. Disponible en <http://www.oas.org>

Sistema de la Integración Centroamericana

SICA, Sistema de la Integración Centroamericana, Acuerdo para el Fortalecimiento de los Sistemas de Evaluación del Impacto Ambiental en Centroamérica, San José, 2002.

Disponible en: <https://portals.iucn.org>

Unión Europea

CE, Comunidad Europea, Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Aarhus, 1998. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

CE, Comunidad Europea, Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Lugano, 2007. Disponible en: <http://ec.europa.eu>

CEE, Comunidad Económica Europea, Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 1968. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, publicado en el Diario Oficial n^o L 166 de 11 de junio de 1998, pp. 51-55.

Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo, publicada en el Diario Oficial n^o L 156 de 25 de junio de 2003, pp.17-25.

Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, publicada en el Diario Oficial n^o L 143 de 30 de abril de 2004, pp. 56-75.

Reglamento (CE) N^o 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judicial en

materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial nº L 21 de 16 de enero de 201, pp. 1-23.

Reglamento (CE) Nº 1206/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la Cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, publicado en el Diario Oficial nº L 174 de 27 de junio de 2001, pp. 1-24.

Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 en el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, publicado en el Diario Oficial nº L 143 del 30 de abril de 2004, pp. 15-39.

Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un procedimiento monitorio europeo, publicado en el Diario Oficial nº L 399 del 30 de diciembre de 2006, pp. 1-32.

Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, publicado en el Diario Oficial nº L 199 del 31 de julio de 2007, pp. 1-22.

Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), publicado en el Diario Oficial nº L 199 de 31 de julio de 2007, pp. 40-49.

Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y traslado en el extranjero en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, publicado en el Diario Oficial nº L 324, del 10 de diciembre de 2007, pp. 79-120.

Reglamento (UE) Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial nº L 351, del 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32.

Reglamento (UE) Nº 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial nº L 189 de 27 de junio de 2014, pp. 59-92.

I. 3. NORMATIVA INTERNA

Alemania

Código Civil (BGB) en la versión publicada el 2 de enero de 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

Ordenamiento Procesal Civil (ZPO) en la versión publicada el 5 de diciembre de 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781).

Belice

Chapter 1. Interpretation Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 4, The Constitution of Belize. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 91, Supreme Court of Judicature Act, Revised Editio 2000, Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 97, District Courts (Procedure) Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 118, Nuisances Act, Reveised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 171, Reciprocal Enforcement of Judgments Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 172, Torts Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Chapter 328, Environmental Protection Act, Revised Edition 2000. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Supreme Court (Civil Procedure) Rules, 2005. Disponible en: <http://www.belize law.org>

Brasil

Código de Defesa do Consumidor/CDC (Lei 8.798/1990)

Constituição da República Federativa do Brasil, del 5 de octubre de 1988.

Lei da Ação Civil Pública/LACP (Lei 7.347/1985)

Costa Rica

Constitución Política, de 7 de noviembre de 1949, publicada en la Colección de Leyes y Decretos del año 1949, semestre 2, Tomo 2, p. 724.

Decreto Ejecutivo No. 36551-S-MINAET-MTSS del 27 de abril del 2011, Reglamento sobre emisión de contaminantes atmosféricos provenientes de calderas y hornos de tipo indirecto, publicado en La Gaceta No. 140 del 20 de julio del 2011,

Ley No. 63 del 28 de septiembre de 1887, Código Civil.

Ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 198 del 19 de octubre de 1989.

Ley No. 7554 del 4 de octubre de 1995, Ley Orgánica del Ambiente, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 215 del 13 de noviembre de 1995.

Ley No. 7788 del 30 de abril de 1998, Ley de Biodiversidad, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 101 del 27 de mayo de 1998.

Ley No. 9342 de 3 de febrero de 2016, Código Procesal Civil, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N. 68 del 8 de abril de 2016.

El Salvador

Decreto Ejecutivo de 23 de agosto de 1859, Código Civil, publicado en el Diario Oficial No. 85, del 14 de abril de 1860.

Decreto No. 38 del 15 de diciembre de 1983, Constitución de la República de El Salvador, publicada en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281 del 16 de diciembre de 1983.

Decreto No. 41 de 31 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 101 del 1 de junio de 2000, Reglamento especial en materia de sustancias, residuos y desechos peligrosos

Decreto Legislativo No. 233 de 2 de marzo de 1998, Ley del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial No. 79, del 4 de mayo de 1998.

Decreto Legislativo No. 871 de 13 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 79, de 28 de abril de 200.

Decreto Legislativo No. 712 de 18 de septiembre de 2008, Código Procesal Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial No. 224, del 27 de noviembre de 2008.

España

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el Boletín Oficial de España No. 7, el 8 de enero de 2000.

Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, publicado en el Boletín Oficial de España No. 255, el 24 de octubre de 2007.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, publicado en BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último, publicado en Gaceta de 25 de Julio de 1889.

Estados Unidos de Norte América

Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1350

Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 42 U.S.C. §9601 et seq. (1980)

Federal Rules of Procedure, Fed. R. Civ. P. (1938)

Oil Pollution Act , 33 U.S.C. §2701 et seq. (1990).

Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6 (1971).

Francia

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations NOR: JUSC1522466R

Guatemala

Acuerdo Gubernativo No. 759-90 del 22 de agosto de 1990, Reglamento de la Ley de Áreas Protegidas, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXXIX, No. 51 del 27 de agosto de 1990.

Acuerdo Gubernativo No. 60-2015 de 25 de febrero, Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCCI-57, el 2 de marzo de 2015.

Decreto No. 106-63 del 14 de septiembre, Código Civil, publicado en el Diario Oficial Tomo CLXVIII, No. 84 del 7 de octubre de 1963.

Decreto No. 107-63 del 14 de septiembre, Código Procesal Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial, Tomo CLXIX-45-401 del 19 de diciembre de 1963.

Decreto No. 17-73 del 5 de julio de 1973, Código Penal, publicado en el Diario Oficial Tomo CXC VII, No. 1 del 15 de septiembre de 1973.

Decreto No. 109-83 de 15 de septiembre de 1983, Ley de Hidrocarburos, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXII, No. 11 del 16 de septiembre de 1983.

Decreto del 31 de mayo de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala, publicado en el Diario Oficial Tomo 226, No. 41, del 3 de junio de 1985.

Decreto No. 68-86 del 28 de noviembre, Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXX-27-577, el 19 de diciembre de 1986.

Decreto No. 2-89 del 10 de enero, Ley del Organismo Judicial, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXXXV-98-2425 del 3 de abril de 1989.

Decreto No. 90-97 del 2 de octubre de 1997, Código de Salud, publicado en el Diario Oficial No. CCLVII-71-2337 del 7 de noviembre de 1997.

Decreto Legislativo No. 38-93 del 26 de agosto de 1993, que aprueba la Convención sobre responsabilidad por daños nucleares, suscrita en Viena, Austria el 21 de mayo de 1963, publicado en el Diario Oficial, Tomo CCXL-VII, No. 42, del 13 de Octubre de 1993.

Honduras

Acuerdo No. 109-1993 del 20 de diciembre, Reglamento de la Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #27,267 del 5 de febrero de 1994.

Acuerdo No. 32-2010 de 11 de octubre, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión de Riesgos de Honduras, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32,338 de 11 de octubre de 2010.

Acuerdo Ejecutivo No. 1566-2010 de 1 de octubre de 2010, Reglamento para el control de emisiones generadas por fuentes fijas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32,448 de 21 de febrero de 2011.

Acuerdo Ejecutivo No. 008-2015 de 15 de julio, Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #33,834, el 14 de septiembre de 2015.

Decreto No. 76-1906 del 13 de enero, Código Civil, publicado el 19 de enero de 1906.

Decreto No. 76-1906 del 13 de enero, Ley de Organización y Atribución de Tribunales, publicado el 19 de enero de 1906.

Decreto No. 131-1982 del 01 de enero, Constitución de la República de Honduras, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #23,612 el 20 de enero de 1982.

Decreto No. 104-1993 del 8 de junio, Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #27,083 el 30 de junio de 1993.

Decreto No. 228-93 de 28 de mayo de 1993, Ley del Ministerio Público, publicado en el Diario Oficial La Gaceta # el 6 de enero de 1994.

Decreto No. 211-2006 del 20 de febrero de 2007, Código Procesal Civil, publicado en el Diario Oficial La Gaceta #31,313 el 26 de mayo de 2007.

Nicaragua

Código Civil de Nicaragua del 1 de febrero de 1904, publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de febrero de 1904.

Ley No. 157 de 23 de marzo de 1993, Interpretación Auténtica de los Artículos 2509, 1837, 1838, 1865, y 3106 del Código Civil y el Numeral 2) del Artículo 1123 del Código de Procedimiento Civil, publicada en El Nuevo Diario de 26 de marzo de 1993.

Ley No. 217 de 27 de marzo de 1996, Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales con sus reformas incorporadas, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 20, Año CXVIII del 31 de enero de 2014.

Ley N°. 260 del 7 de julio de 1998, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, publicado en el Diario oficial La Gaceta No. 137 del 23 de julio de 1998.

Ley No. 364 del 5 de octubre de 2000, Ley Especial para la Tramitación de Juicios Promovidos por las Personas Afectadas por el Uso de Pesticidas Fabricados a Base de DBCP, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 12 del 17 de enero de 2001.

Ley No. 902 de 5 de agosto de 2015, Código Procesal Civil, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 191, Año CXIX del 9 de octubre de 2015.

Norma Técnica Obligatoria Nicaragüense de Calidad del Aire del Noviembre de 2002, publicada en La Gaceta No. 211 de 6 de noviembre de 2002.

Texto de la Constitución Política de la República de Nicaragua con sus reformas incorporadas del 10 de febrero de 2014, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32 de 18 de febrero de 2014.

Panamá

Decreto Ejecutivo No. 672 de 11 de noviembre de 2004, por el cual el Órgano Ejecutivo ordena la publicación del Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, Reformado por los actos reformatorio de 1978, el acto constitucional de 1983, los actos legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y el Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004, publicado en la Gaceta Oficial No 25,176 de 15 de noviembre de 2004.

Decreto Ejecutivo No. 5 del 4 de febrero de 2009, Decreto ejecutivo por el cual se dictan normas ambientales de emisiones de fuentes fijas, publicado en la Gaceta Oficial No. 26291-A de 28 de mayo de 2009.

Ley No. 2 de 22 de agosto de 1996, Código Civil, publicada en la Gaceta Oficial No. 2,404 de 22 de agosto de 1996.

Ley No. 29 de 25 de octubre de 1984, por la cual se adopta el Código Judicial, publicada en la Gaceta Oficial No. 20199 de 6 de diciembre de 1984.

Ley No. 24 del 7 de junio de 1995, por la cual se establece la legislación de vida silvestre en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial No. 22,801 de 9 de junio de 1995.

Ley No. 41 de 1 de junio de 1998, General del Ambiente de la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial No. 23,578 de 3 de julio de 1998.

Ley No. 32 de 1 de agosto de 2006, que establece disposiciones sobre resolución de conflictos internacionales en materia de Derecho Privado y dicta otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial No. 25603 de 4 de agosto de 2006.

Ley No. 45 del 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición, publicada en la Gaceta Oficial No. 25914 de 7 de noviembre de 2007.

Ley No. 7 del 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial No. 27530 del 8 de mayo de 2014.

Texto Único de la Ley 8 de 30 de marzo de 1982, que crea los Tribunales Marítimos y dicta Normas de Procedimiento Marítimo, con las modificaciones, adiciones y suspensiones adoptadas por las Leyes 11 de 23 de mayo de 1986 y 12 de 23 de enero de 2009, publicada en la gaceta Oficial No. 26322 del 13 de julio de 2009.

Reino Unido

Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (UK).

Venezuela

Ley de Derecho Internacional Privado, publicado en Gaceta Oficial No. 36,511 de 6 de agosto de 1998.

ANEXO II. JURISPRUDENCIA CITADA

II.1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte de Apelaciones de La Haya

Sentencia No. 21/76, del 30 de noviembre de 1976.

Corte Europea de Justicia

Sentencia 201/22, del 14 de julio de 1983.

Sentencia C-7/98 del 28 de Marzo de 2000.

Sentencia C-159/02 del 27 de abril de 2004.

Sentencia C-378/08, del 9 de marzo de 2010.

Tribunales Arbitrales Ad-Hoc

Arbitral Trib., 3 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 1905 (1941).

II.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Belice

Action No. 516 of 2000, Casanova v. Boles, del 25 de junio de 2001.

Claims No. 171 and 172 of 2007, Aurelio Cal and others v. The Attorney General of Belize and others.

Claim No. 366 of 2008, The Maya Leaders Alliance and others v. The Attorney General of Belize and others.

Civil Appeal No. 29 of 2008, RBTT Trust Limited v. Cedric Flowers.

Civil Appeal No. 35 of 2010, Perriot v. Belize Telecommunications Limited and others.

Privy Council Appeal No. 9 of 2003, Meerabux v. The Attorney General of Belize.

Canadá

Currie v. McDonald's Restaurants of Canada, Ltd. (2005) 250 DLR (4th) 224, 74 OR (3d) 321 (CA).

Costa Rica

Sentencia del Tribunal Agrario 106, del 13 de febrero de 2008.

Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo 99, del 4 de junio de 2012.

Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo 4399, del 14 de diciembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Segundo de lo Civil de la Sección I 51, del 30 de enero de 2009.

Sentencia del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José 00418-2003, del 15 de mayo de 2003.

Sentencia del Tribunal Superior de Casación 493, del 20 de mayo de 2004.

Sentencia del Tribunal Superior Primero de lo Civil 933, del 6 de diciembre de 1974.

Sentencia del Tribunal Superior Primero de lo Civil 981, del 14 de noviembre de 2014.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1562, del 30 de marzo de 1993.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1669 del 18, del febrero de 2000.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1739, del 1 de julio de 1992.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1759, del 23 de febrero de 2000.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1785, del 5 de diciembre de 1990.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2380, del 1 de abril de 1998.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3248, del 9 de abril de 2002.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3705, del 30 de junio de 1993.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 4229, del 17 de julio de 1998.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 5264, del 18 de abril de 2007.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 5469, del 4 de octubre de 1995.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6477, del 24 de abril de 2009.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6898, del 22 de octubre de 1997.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 12458, del 13 de septiembre de 2011.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 12644, del 21 de septiembre de 2011.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 13436, del 3 de septiembre de 2008.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 13436, del 5 de octubre de 2011.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 13766, del 11 de octubre de 2011.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 17695, del 23 de diciembre de 2011.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 17747, del 11 de septiembre de 2006.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 18408, del 7 de noviembre de 2014.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 17, del 13 de febrero de 1998.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 25-F-99, del 22 de enero de 1999.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 33-E-S1-2016, del 5 de febrero de 2016.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 90-F-S1, del 3 de febrero de 2011.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 354, del 14 de diciembre de 1990.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 371, del 16 de abril de 2009.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 398 del 6, del junio de 2001.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 589-F-99, del 1 de octubre de 1999.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 675, del 21 de septiembre de 2007.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 998-E-S1-2015, del 20 de agosto de 2015.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 1327, del 12 de noviembre de 2015.

Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 252-F-01, del 28 de marzo de 2001.

El Salvador

Sentencia de la Cámara de la Segunda Sección de Occidente de Sonsonate INC-15-CPCM-2015, del 9 de junio de 1015.

Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección del Centro de San Vicente C-05-PC-2015-CPCM, del 16 de febrero de 2015.

Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección del Centro de San Vicente C-47-DC-2013- CPCM, del 13 de noviembre de 2013.

Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 3-OJ-CE-08, del 27 de febrero de 2009.

Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 14-2MC-14-A, del 26 de noviembre de 2014.

Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 16-4C-12-A, del 18 de enero de 2103.

Sentencia de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 71-4CM-12-A, del 25 de septiembre de 2012.

Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 38-MCAMB-15, del 23 de abril de 2014.

Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 47-EMSM-12, del 30 de marzo de 2012.

Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador 138-CSM-11, del 7 de octubre de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena 8-P-2010, del 22 de septiembre de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena 81-P-2013, del 30 de junio de 2015.

Sentencia de la Sala de lo Civil 3-AP-2006, del 2 de mayo de 2007.

Sentencia de la Sala de lo Civil 1292-2000, de 19 de septiembre de 2000.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 5-2012AC, del 9 de julio de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 6-S-1995, del 10 de diciembre de 1997.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 9-R-96, del 24 de septiembre de 1997.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 15-90, del 5 de enero de 1990.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 21-2009, del 30 de abril de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 23-2003AC, del 18 de diciembre de 2009.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 32-2012, del 15 de febrero de 2012.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 40-2009, del 12 de noviembre de 2010.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 57-98, del 4 de mayo de 1999.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 69-2004, del 15 de noviembre de 2004.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 83-2006, del 25 de junio de 2009.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 84-2006, del 20 de enero de 2009.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 117-2012, del 9 de mayo de 2016.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 121-2007, del 2 de marzo de 2012.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 130-2007, del 13 de enero de 2010.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 164-2010, del 15 de febrero de 2013.

Anexos

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 230-2013, del 4 de septiembre de 2013.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 281-CAS-2006, del 29 de mayo de 2007.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 310-2003, del 3 de febrero de 2004.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 348-99, del 4 de abril de 2001.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 361-2005, del 18 de septiembre de 2006.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 384-97, del 9 de febrero de 1999.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 453-99, del 4 de abril de 2000.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 513-2012, del 19 de junio de 2013.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 513-2012, del 15 de diciembre de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 549-98, del 21 de enero de 1999.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 631-2000, del 23 de abril de 2002.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 737-2001, del 4 de junio de 2002.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 763-2008, del 15 de mayo de 2009.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 934-2007, del 4 de marzo de 2011.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 927-2013, del 12 de febrero de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 24-B-87, del 29 de mayo de 1990.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 29-G-91, del 24 de febrero de 1998.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 58-R-95, del 18 de diciembre de 1997.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 123-M-96, del 18 de diciembre de 1997.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 152-2009, del 29 de diciembre de 2012.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 345-2013, del 7 de agosto de 2013.

Sentencia de la Sala de lo Penal 41-2001, del 2 de julio de 2002.

Sentencia de la Sala de lo Penal 15C2015, del 16 de marzo de 2015.

Sentencia de la Sala Primera 467, del 4 de julio de 2008.

España

Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1986, del 8 de octubre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia No. 46 de Madrid, del 5 de julio de 2010.

Estados Unidos de Norte América

Chevron Corp. v. Donziger, 768 F. Supp. 2d 581, 660 (S.D.N.Y. 2011).

Chevron Corp. v. Donziger et al. 11 Civ. 0691 (LAK).

Delgado v. Shell Oil Co., 890 F. Supp. 1324 (SD Tex. 1995).

Hilton v. Guyot, 159 US 113, 163-164 (1895).

Pakootas v. Teck Cominco Metals Ltd., 452 F 3d 1066 (9th Cir. 2006).

Pennoyer v. Neff, 95 US 714 (1877).

Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 US 797 (1985).

Walmart Stores, Inc. V. Dukes, 131 S. Ct. 2541 (2011).

Francia

Cass. Civ. 1re, del 14 de octubre de 2009, *In Zone Brands International INC v In Zone Brands Europe*.

Cass. Civ. 2ème, del 24 de Septiembre de 2009, P+B+I, F.-P. Et al. v. SA UCB Pharma et al.

Guatemala

Sentencia de la Cámara de lo Civil 141-2000, del 26 de febrero de 2001.

Sentencia de la Cámara de lo Civil 462-2006, del 28 de noviembre de 2007.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 37-2010, del 1 de julio de 2010.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 528-2009, del 19 de mayo de 2009.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 890-2004, del 6 de diciembre de 2004.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1143-2012, del 31 de enero de 2013.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1397-2011, del 16 de agosto de 2011.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1491-2007, de 1 de abril de 2008.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 1969-2004, del 9 de diciembre de 2004.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 2266-2003, del 2 de agosto de 2004.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 2505-2010, del 3 de febrero de 2011.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 2507-2011, del 11 de abril de 2011.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 3152-2008, de 7 de noviembre de 2008.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 3369-2009, del 10 de diciembre de 2009.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 3729-2009, del 30 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 4023-2008, del 19 de marzo de 2009.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 4245-2011, del 31 de enero de 2012.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 4829-2011, del 12 de febrero de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 70-2007, del 2 de mayo de 2008.

Sentencia de la Sala Primera de Apelaciones Civil y Mercantil 2012-2015, del 31 de mayo de 2016.

Sentencia de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones de lo Penal 296-2011, del 21 de septiembre de 2011.

Sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones Civil y Mercantil de Guatemala en Sentencia 230-2014, del 27 de agosto de 2014.

Sentencia del Juzgado Unipersonal de Sentencia Penal de Jalapa 253-2013, del 27 de enero de 2014.

Honduras

Sentencia AP-469-08, del 19 de agosto de 2009.

Sentencia CL-390-11, del 8 de octubre de 2013.

Sentencia CP-185-09, del 27 de abril de 2011.

Sentencia CP-187-11, del 15 de abril de 2013.

Sentencia CP-132-11, del 27 de junio de 2013.

Sentencia RI-511-13, del 23 de marzo de 2014.

Sentencia SJCSJ-AP1150, del 14 de mayo de 2008.

Sentencia SJCSJ-CC0997, del 10 de noviembre de 2010.

Sentencia SJCSJ-CP1586, del 1 de septiembre de 2011.

Anexos

Sentencia SJCSJ-CP1578, del 29 de septiembre de 2011.

Sentencia SJCSJ-RI0162, del 7 de agosto de 2007.

Sentencia SJCSJ-RI0152, del 29 de septiembre de 2009.

Sentencia SJCSJ-RI0168, del 8 de diciembre de 2009.

Sentencia SJCSJ-RI0151, del 18 de mayo de 2010.

Reino Unido

Afrika and others v. Cape Plc [2001] EWCA Civ 2027.

Calvin's Case 7 Coke Report 1a, 77 ER 377.

Cambridge Water v. Eastern Countries Leather plc [1994] 2 AC 264

Colt Industries Inc v Searlie (No. 2) (1966) 1 WLR 1287

Fairchild v Glenhaven Funeral Services [2002] 3 WLR 89

Gairy and other v. Attorney General of Grenada [2001] UKPC 30; [2002] 1 AC 167, PC.

Godard v. Gray (1870) LR 6 QB 139

Gustave Nouvion v Freeman and Another (1889) 15 AC 1

Henderson v. Henderson (1843) 3 Hare 99 at 115.

Lubbe and others v. Cape Plc [1999] EWCA Civ 2107.

McGhee v National Coal Board [1973] 1WLR 1

Phillips v. Eyre (1870) LR 6 QB 1.

Nicaragua

Sentencia de la Corte Plena 113, del 21 de julio de 1992.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 17 de mayo de 1935.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 12 de junio de 1948.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 59, del 7 de mayo de 2004.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 107, del 12 de junio de 2001.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 138, del 22 de noviembre de 2004.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional 160, del 29 de noviembre de 2002.

Panamá

Recurso de casación, del 8 de septiembre de 2015.

Recurso de nulidad contra el laudo arbitral del 15 de octubre de 2010, del 11 de mayo de 2015.

Resolución DPR-425-98, del 15 de abril de 1999.

Sentencia de apelación contra la resolución del 27 de marzo de 1995 dictada por el Tribunal Marítimo, del 20 de mayo de 1997.

Sentencia de apelación contra la sentencia del 29 de diciembre de 1997 dictada por el Tribunal Marítimo, del 21 de octubre de 1998.

Sentencia de Casación en Proceso Ordinario de Mayor Cuantía, del 31 de julio de 2000.

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 59-06, del 12 de mayo de 2006.

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 139-10, del 12 de julio de 2010.

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 491-06, del 9 de octubre de 2006.

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 897-09, del 30 de marzo de 2010.

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 961-11, del 1 de febrero de 2012.

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1036-08, del 24 de julio de 2009.

Anexos

Sentencia de la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1136-14, del 9 de octubre de 2015.

Sentencia de la Sala de lo Civil para Recurso de Hecho, del 9 de marzo de 2000.

Sentencia de la Sala de Negocios Generales sobre Comisión Rogatoria, del 14 de septiembre de 1995.

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 11-07, del 26 de agosto de 2008.

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 117-04, del 26 de noviembre de 2007.

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 193-09, del 3 de agosto de 2010.

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Expediente 208-2003, del 20 de abril de 2007.

Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, del 12 de marzo de 1993.

Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Expediente 484-2007, del 24 de julio de 2008.

Sentencia de lo contencioso administrativo de indemnización de daños y perjuicios, del 2 de febrero de 2009.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Demanda de Inconstitucionalidad, de 2 de agosto de 1994.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 16-15, del 18 de marzo de 2015.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 145-10, del 2 de julio de 2014.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 169-05, del 15 de marzo de 2006.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 188-07, del 17 de noviembre de 2010.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 350-06, del 19 de abril de 2007.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1001-10, del 29 de marzo de 2011.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Expediente 1230-04, del 29 de diciembre de 2009.

Sentencia del Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial 95AMP2-034, del 29 de junio de 1995.

Sentencia sobre Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, del 13 de septiembre de 1996.

Sentencia sobre Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, del 19 de enero de 1995.

ANEXO III. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV. *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*. Barcelona, 2008.
- ACQUARONE, GIOVANNI. *I principî delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*. Turín, Giappichelli Editore, 2003.
- ADLER, VIVIAN O. «The viability of Class Actions in Environmental Litigation», en *Ecology Law Quarter*, Vol. 2, Núm. 3, 1972, pp. 533-570.
- AGÜERO, ALEXIS; MEZA, MARÍA DEL SOL. «Título Preliminar. Principios», en CARRERAS MARAÑA, JUAN MIGUEL (Coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, Tegucigalpa, Corte Suprema de Justicia, 2008, pp. 6-93.
- AGUILAR, GRETHEL; IZA, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*. San José, UICN, 2005, p. 473.
- AGUILAR, GRETHEL; IZA, ALEJANDRO; CEDEÑO, MARIANELA. *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica*. San José, UICN, 2006.
- AGUIRRE GODOY, MARIO. *Derecho Procesal Civil*. Tomo 1. Guatemala, Centro Editorial Vile, 1973.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, MAITE. «La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor», en *Revista Ius el Praxis*. Año 16, No. 1, 2010, pp. 99-124.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, ROBERTO PAULINO. «Notas sobre a Teoria da responsabilidade Civil sem dano», en *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 6, No. 3, 2016, pp. 89-103.
- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. «Estudio sobre una proposición de directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de consumidores», en *Justicia*, Núm. III, 1990, pp. 519-550.
- ÁLVAREZ ARMAS, EDUARDO. «La aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental europeo, su interacción con la norma de conflicto europea en materia de daños al medioambiente: apuntes preliminares». En FERNÁNDEZ ROSAS, JOSÉ CARLOS

(Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIII, 2013, pp. 381-421.

ÁLVAREZ LATA, NATALIA. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)», en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 86, Mes 11, 2002, págs. 773-840.

_____. «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (II)», en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 86, Mes 12, 2002, pp. 865-888.

_____. «Responsabilidad civil por daños al medio ambiente», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 325-335.

ALVAREZ MANCILLA, ERICK ALFONSO. *Teoría General del Proceso*. 2ª ed. Guatemala, Centro Editorial Vile, 2006.

AMADO GOMES, CARLA. «De que falamos quando falamos de dano ambiental?: Direito, mentiras e críticas», en *Atualidade jurídica ambiental*, Núm. 3, Marzo de 2010, pp. 1-13.

AMIRTHALINGAM, KUMARALINGAM. «The changing face of the gist of negligence», en NEYERS, JASON W.; CHAMBERLAIN, ERIKA; PITEL, STEPHEN G. A. (Editores). *Emerging Issues in Tort Law*, Padstow, Hart, 2007, pp. 467-486.

ÁNCIMOS, APÓSTOLOS. «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el Reglamento Bruselas I en Grecia». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XII, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 587-607.

_____. «Denegación del reconocimiento y la ejecución en el Reglamento Bruselas I bis». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIV-XV, Madrid, Iprolex, 2014-2015, pp. 375-393.

ANDERSON, WINSTON. *Caribbean Private International Law*. London, Sweet & Maxwell, 2014.

ANDREWS, NEIL H. «Tort Litigation Affecting ‘Business’: The english perspective», en STÜRNES, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative Studies on businee tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 16-46.

- ANDRINO DE OLIVEIRA, ANDRÉ DA SILVA. «Consideraciones sobre la teoría del daño moral colectivo ambiental en Brasil», en *Revista Arazadi de Derecho Ambiental*, Núm. 10, 2006, pp. 303-320.
- ARAUJO, NADIA; POLIDO, FABRICIO BERTINI PASQUOT. «Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras: análise do projeto em andamento na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado». En *Revista de Direito Internacional*. Vol. 11, Núm. 1, 2014, pp. 19-42.
- ARCILA SALAZAR, BEATRIZ. «Las medidas cautelares en el proceso ambiental». *Opinión Jurídica*. Vol. 12, No. 23, Enero-Junio de 2013, p. 36.
- ARMELI, BEATRICE. «The service of summons in accordance with EU law», en CADJET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 274-311.
- ARMENTA DEU, TERESA. *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid. Marcial Pons. 2013.
- ARONS, TOMAS. «Recognition of US Class Actions or Settlements in Europe». En *European Company & Financial Law Review* Vol. 12, Núm. 3, 2015, pp. 462-487.
- ASSIS DE PAIVA, HELOÍSA; PALUMA, THIAGO. «Regras de competencia judicial internacional e análise crítica do fórum shopping e fórum non conveniens». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 69-78.
- AZAGRA MALO, ALBERT. «Hacia una litigación sin horizontes: agregación procesal, exposición noocupacional al amianto y placaspleurales», en *InDret*, Vol. 3, Julio 2010.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, CARMEN. «Artículo 40. Demandas Conexas». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 456-466.
- BAEZ III, H. BEAU. *Tort law in the United States*. 2ª, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014.

- BALLARINO, TITO. «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», en AA. VV. *Recueil des Cours*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 289-387.
- BASEDOW, JÜRGEN. «15 years of european private international law –achievements, conceptualization and Outlook-». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 175-184.
- BASSO, MARISTELA. «Reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras no Brasil – Estudo a partir dos ensinamentos do mestre Jacob Dolinger». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 180-194.
- BATTESINI, EUGÊNIO. «Tort Law and Economic Development: Strict Liability in Legal Practice», en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*. Vol. 1, Núm 1, 2015, pp. 3-32.
- BENGOCHEA MORANCHO, AURELIA. «Valoración económica de las zonas verdes: una aplicación para la ciudad de Castellón», en VIGURI PEREA, AGUSTÍN (Director). *III Conferencias sobre el medio ambiente. Municipio y urbanismo*, Castellón, Comité Economic i Social de la Comunitat Valenciana, págs. 54-65.
- BETLEM, GERRIT. *Civil liability for Transfrontier Pollution*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993.
- BONE, ROBERT G. «Class action», en SANCHIRICO, CHRIS WILLIAMS (Editor) *Procedural law and economics*. Stockport, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 67-84.
- BONOMI, ANDREA. «Règles européennes de competence et règles nationales de reconnaissance: une cohabitation difficile», en FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 241-254.

- BOOM, WILLEM H. «Mass Torts: Debates and Pathways», en BOOM, WILLEM H., WAGNER, GERHARD (Editors). *Mass torts in Europe: Cases and Reflections*. Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 1-22.
- BORREGO GÓMEZ, ARMONÍA y RIERA, PERE. «Implicaciones económicas de la nueva legislación en responsabilidad ambiental», en *Economía Industrial*, Núm. 371, 2009, pp. 1211-1218.
- BORCHERS, PATRICK J. «Jurisdiction to adjudicate revisited», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 3-10.
- BOSTERS, M. W. F. *Collective redress and private international law in the European Union*. Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2015.
- BOYLE, ALAN; CHINKIN, CHRISTINE. «UNCLOS III and the process of International law-making». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 371-388.
- BOUTIN, I. GILBERTO. *Código de Bustamante y Normas Internas de Derecho Internacional Privado*. 2ª ed. Panamá, 1991.
- _____. «De las reglas judiciales de control de las sentencias y laudos extranjeros en el Derecho Procesal panameño», en FÁBREGA P., JORGE (Director). *Procesos Civiles*, 2ª ed., Panamá, Editorial Jurídica Panameña, 2002, pp. 257-260.
- BOUZA VIDAL, NÚRIA Y VINAIXA MIQUEL, MÓNICA. «La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos: propuesta de regulación europea y derecho internacional privado», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Núm. 3, 2003, pp. 75-106.
- BRAND, RONALD A. «Jurisdictional common ground: in search of a global convention», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 11-32.
- BRANS, EDWARD. «Fundamentals of Liability for Environmental Harm under the ELD». En BERGKAMP, LUCAS; GOLDSMITH, BARBARA J. (Editores). *The EU Environmental*

Liability Directive, A Commentary. Croydon, Oxford University Press, 2013, pp. 31-50.

BRAÑES, RAÚL (Coordinador). *La responsabilidad por el daño ambiental*. Panamá, PNUMA, 1995.

BRUNNÉE, JUTTA. «International law and collective concerns: reflections on the responsibility to protect». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 35-52.

BUJOSA VADELL, LORENZO. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona. José María Bosch Editor, 1995.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. «El daño ambiental». *Revista de Derecho ambiental*. Núm. 12, 1994, págs. 9-28.

_____. «El daño ambiental y los derechos de las personas», en MARTINEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, LUIS (Coordinador). *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Vol. 2, 2001, pp. 1149-1156.

CADIET, LOÏC. «Towards a new model of judicial cooperation in the European Union», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 13-30.

CAFFERATTA, NESTOR A. *Introducción al Derecho Ambiental*. México, D. F. , SEMARNAT-INE-PNUMA, 2004.

CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. *Ação Civil Pública*. 8ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPINS ERITJA, MAR. "Daños transfronterizos (Art. 8)". En LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2008. pp. 219-228.

CARBALLO PIÑEIRO, LAURA. *Las acciones colectivas y su eficacia territorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*. Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 149-150.

- _____. «Artículo 47. Acciones colectivas». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 544-559.
- CARVALHO DE VASCONCELOS, RAPHAEL. «Premissas fundamentais do Direito Internacional Privado». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 34-54.
- CASAD, ROBERT C. «Issue preclusion in the law of Spain: cosa juzgada positiva». En en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 595-608.
- CASTELLANO JIMÉNEZ, ESTEBAN. «Valoración de los daños a los recursos naturales». En LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2008. pp. 369-394.
- CHURCH, JOHN M.; CORBETT, WILLIAM R.; RICHARD, THOMAS E.; WHITE, JOHN V. *Tort Law, the American and Louisiana Perspectives*. Lake Mary, Vandepul Publishing, 2008.
- CLOPTON, ZACHARY. «Transnational Class Actions in the shadow of preclusion». En *Indiana Law Journal*. Vol. 90, Núm. 4, 2015, pp. 1387-1428.
- COLINA GAREA, RAFAEL. «La relación de causalidad», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 77-100.
- D'AVOUT, LOUIS. «La eficacia internacional de las resoluciones judiciales tras la refundación del Reglamento Bruselas I». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIV-XV, Madrid, Iprolex, 2014-2015, pp. 91-110.
- DE LA BARRA GILI, FRANCISCO. «Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: el problema de la legitimación activa», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, Núm. 2, 2002, pp. 367-415.
- DE SALLES, CARLOS ALBERTO. «Políticas públicas y legitimidad colectiva». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los*

derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 118-131.

DEL RÍO VILLO, JOSÉ MARÍA; SALIM, RHONSON; WHITE, JAMES. «Private International Law in the Common-Wealth Caribbean and British Overseas Territories». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coordinador). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*. Madrid, Iprolex, 2015, pp. 29-48.

DELGADO BARRETO, CÉSAR. «Problemática del Derecho Internacional Privado Contemporáneo», en *Themis, Revista de Derecho*, Núm. 63, 2013, pp. 161-174.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999.

DODSON, SCOTT. «An Opt-In Option for Class Action», en *Michigan Law Review*. Vol. 115, No. 2, 2016, pp. 171-214.

DOLINGER, JACOB. *Private International Law in Brazil*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.

DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. «Reconocimiento y ejecución de sentencias». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 543-568.

_____. *Derecho Internacional Privado de Costa Rica*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2014.

_____. *El derecho internacional privado actual*. Tomo 1. Buenos Aires, Zavalia, 2015.

EGEA FERNÁNDEZ, JOAN. «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», en ESTEVE PARDO, JOSÉ (Coordinador). *Derecho del medio ambiente y administración local*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 389-426.

ELBALTI, BÉLIGH. «Armonización espontánea de los requisitos para el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras y la necesidad de un convenio global sobre decisiones judiciales». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XI, Madrid, Iprolex, 2011, pp. 229-268.

ENNEKING, LIESBETH. *Foreign direct liability and beyond*. La Haya, Eleven, 2012.

- ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Managua, Imprenta UCA, 1989.
- ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA; PAREDES PÉREZ, JOSÉ IGNACIO. «El marco constitucional del Derecho Internacional privado español». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 329-350.
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS. «El Derecho Internacional Privado: características generales», en ESPLUGUES MOTA, CARLOS; IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 10ª ed. 2016, pp. 87-108.
- FACH GÓMEZ, KATJA. «Acciones preventivas en supuestos de contaminación transfronteriza y aplicabilidad del artículo 5.3 Convenio de Bruselas», en *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)*, Núm. 4, 1999, pp. 583-607.
- _____. «The law applicable to cross-border environmental damage: from the european national systems to Rome II», en *Yearbook of Private International Law*, Vol. VI, Berna, Sallier/Staempfli, 2004, pp. 291-318.
- FAURE, MICHAEL. «Tort liability in France: an introductory economic analysis». En DEFFAINS, BRUNO; KIRAT, THIERRY (Editores). *Law and economics in civil law countries*. Abingdon, JAI, 2001, pp. 169-181.
- _____. (Ed.). *Deterrence, Insurability and Compensation in Environmental Liability. Future developments in the European Union*. Viena, Springer-Verlag, 2003.
- _____. «Globalization and multi-level governance of environmental harm». En FAURE, MICHAEL; VAN DER WALT, ANDRÉ. *Globalization and Private Law. The Way Forward*. Camberley, Edward Elgar, 2010, pp. 383-425.
- _____. «Economic Analysis of Tort Law and the European Civil Code». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*. México, Miguel Angel Porrúa, 2003.
- FAURE, MICHAEL; YING, SONG. *China and international environmental liability, legal remedies for transboundary pollution*. Edgar Elgar Publishing, Cheltenham, 2008.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA. «El orden público internacional: una mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo». En CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR. *Globalización y Derecho*. Madrid, Colex, 2003, pp. 263-278.
- FENTIMAN, RICHARD. «Foreign Law and the *Forum Conveniens*», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 276-294.
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. «¿Qué CIDIP para cuál América?», en KLEINHEISTERKAMP, JAN; LORENZO IDIARTE, GONZALO A. *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 31-54.
- _____. *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*. México, Miguel Angel Porrúa, 2003.
- _____. «Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP. Reflexiones de cara a la CIDIP VII», en FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MASTRÁNGELO, FABIO. *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América*. Córdoba, Alveroni, 2005, pp. 302-323.
- _____. «Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana». En LLANOS MANCILLA, HUGO; PICAND ALBÓNICO, EDUARDO (Coordinadores). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*. Tomo II, Santiago, Librotecnia, 2008, pp. 117-152.
- _____. «Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 55-106.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Presentación del Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado de la OHADAC». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coordinador). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*. Madrid, Iprolex, 2015, pp. 277-379.

- _____. «Comentarios al texto articulado». En FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coordinador). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*. Madrid, Iprolex, 2015, pp. 383-633.
- FERRANTE, ALFREDO. «Entre Derecho comparado y Derecho extranjero. Una aproximación a la Comparación Jurídica», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, No. 2, pp. 601-618.
- FEULLADE, MILTON C. *Cooperación jurisdiccional internacional*. Buenos Aires, Ábaco, 2011.
- FIDELIS DOS SANTOS, ERNANE. «Ação popular e ações de interesse coletivo». En MARINONI, LUIS GUILHERME (Coordinador). *Estudios de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2005, pp. 656-665.
- FIEDLER, LILLY. *Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- FITZMAURICE, MALGOSIA. «The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Human Right to a Clean Environment: The English Perspective». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 53-96.
- FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA. «Las medidas cautelares», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 493-502.
- FOSTER, NEIL. «Statutes and Civil Liability in the Commonwealth and the United States: A comparative critique». En PITEL, STEPHEN GA; NEYERS, JASON W; CHAMBERLAIN, ERIKA (Editors). *Tort law: Challenging Orthodoxy*. Croydon, Hart, 2013, pp. 169-214.
- FRANCARIO, LUCIO. *Danni ambientali e tutela civile*. Napoles, Jovene Editore, 1990.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. «Una mirada actual sobre un viejo tema de DIPr: el reenvío». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 325-348.

- FUGARDO ESTIVILL, JOSEP MARÍA. «Legalización y apostillado de documentos públicos», en FUGARDO ESTIVILL, JOSEP MARÍA. (Coordinador). *Extranjería: Función notarial y derecho documental (II). Autenticidad, legalización y apostillado*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 149-248.
- FURNISH, DALE BECK. «El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia». En FERNÁNDEZ ROSAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomos 14-15, 2014-2015, pp. 321-358.
- GALVÃO, ILMAR. «A ação civil pública e o Ministério Público», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 199-208.
- GAMBARO, ANTONIO. «Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi», en AA.VV. *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*. Milán, Giuffrè, 1994, pp. 42-90.
- GARAU SOBRINO, FEDERICO F. «La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del derecho extranjero». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 429-444.
- GARAU SOBRINO, FEDERICO F.; RENTERÍA AROCENA, ALFONSO «Artículo 44. Reconocimiento». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 501-516.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 2001.
- GARCÍA CASTREJÓN, JEMINA. «Panorama de la responsabilidad internacional por daño ambiental», en CARMONA LARA, MARÍA DEL CARMEN Y HERNÁNDEZ MEZA, LOURDES (Coordinadoras). *Temas selectos de Derecho ambiental*. México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2006, pp. 467-508.
- GARCÍA LÓPEZ, TANIA. «El principio de reparación del daño ambiental en el derecho internacional público. Una aproximación a su recepción por parte del derecho

mexicano», en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*; Vol. 7, 2007, pp. 481-512.

GARDEÑES SANTIAGO, MIGUEL. «La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho Internacional Privado», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Núm. 0, 2000, pp. 159-184.

GARRIGA SUAUA, GEORGINA. «La autonomía de la voluntad conflictual y los accidentes de circulación por carretera transfronterizos», en FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 463-474.

GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE. «De quelques raisons de la difficulté d'une entente au niveau mondial sur les règles de compétence judiciaire internationale directe», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 55-71.

GAUTIER, PHILIPPE. «Environmental damage and the United Nations Claims Commission: New directions for future international environmental cases?». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM, RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 177-214.

GEISTFELD, MARK A. «Fault lines in the positive economic analysis of tort law». En ARLEN JENNIFER (Editor). *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 149-168.

GEORGE, TRACEY E.; WILLIAMS, MARGARET. «Venue shopping. The judges of the U. S. Judicial Panel on Multidistrict Litigation». En *Judicature*. Vol. 97, No. 4, 2014, pp. 196-205.

GILEAD, ISRAEL. «Harm screening under negligence law», en NEYERS, JASON W.; CHAMBERLAIN, ERIKA; PITEL, STEPHEN G. A. (Editores). *Emerging Issues in Tort Law*, Padstow, Hart, 2007, pp. 251-287.

GIDI, ANTONIO. «Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los*

derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 25-38.

_____. «Cosa juzgada colectiva». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 261-295.

_____. «Notas críticas al anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 405-420.

_____. «Las Acciones Colectivas en Estados Unidos», en SARMIENTO SOSA, CARLOS (Compilador). *Estudios iberoamericanos del derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez*. Bogotá, Legis, 2005, pp. 239-265.

_____. *A class action como instrumento de tutela colectiva dos direitos*. Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2007.

_____. «The recognition of U.S. class action judgements abroad: the case of Latin America». En *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 37, Núm. 3. 2012, pp. 893-965.

GILEAD, ISRAEL. «Harm screening under negligence law», en NEYERS, JASON W.; CHAMBERLAIN, ERIKA; PITEL, STEPHEN G. A. (Editores). *Emerging Issues in Tort Law*, Padstow, Hart, 2007, pp. 251-286.

GODT, CHRISTINE. «Enforcement of environmental law by individuals and interest groups: Reconceptualizing standing». En *Journal of Consumer Policy*. Vol. 23, Núm. 1, 2000, pp. 79-105.

GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS. «Capítulo I. Concepto de daño moral». En GÓMEZ POMAR, FERNANDO; MARÍN GARCÍA, IGNACIO (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2015, pp. 27-82.

GOMIS CATALÁ, LUCÍA. *Responsabilidad por daños ambientales*. Pamplona, Aranzadi, 1998.

GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA. «Forum non conveniens a la europea: el mecanismo de transmisión del asunto al juez mejor situado». En BORRÁS, ALEGRÍA; GARRIGA,

- GEORGINA (Editores). *Adaptación de la legislación interna de la normativa de la Unión Europea en materia de Cooperación Civil. Homenaje al Profesor Doctor Ramón Viñas Farré*. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 127-140.
- GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL. *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, JOSÉ RAMÓN. *Principios generales en el nuevo código procesal civil*, Tegucigalpa, 2008.
- GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA. «El Derecho Procesal Civil Internacional y la Asistencia Judicial Internacional en las Convenciones de la CIDIP», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, pp. 255-288.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2, La defensa del usuario y el administrado*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. 2014.
- GORIELY, TAMARA; MOORHEAD, RICHARD LEWIS; ABRAMS, PAMELA. *More civil justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour*. Londres, The Law Society, 2002.
- GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA. «Supresión del exequátur y tutela de derechos fundamentales: articulación en el sistema español». En BORRÁS, ALEGRÍA; GARRIGA, GEORGINA (Editores). *Adaptación de la legislación interna de la normativa de la Unión Europea en materia de Cooperación Civil. Homenaje al Profesor Doctor Ramón Viñas Farré*. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 141-160.
- HARTLEY, TREVOR C. «How to abuse the law and (maybe) come out on top: Bad-faith proceedings under the Brussels jurisdiction and judgments convention», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 73-81.
- HEREDIA CERVANTES, IVÁN; RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA. «Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 28, 2013, pp. 91-106.

- HERNÁNDEZ ALCERRO, JORGE RAMÓN. «Los tratados en la Constitución», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución de la República de Honduras de 1982*. Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1988, pp. 17-58.
- HESS, BURKHARD. «European perspectives on collective litigation». En HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. (Editores). *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice*. Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 3-14.
- HITTERS, JUAN CARLOS. «Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)», en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 13, No. 1, 2015, pp. 123-162.
- HOOFT, EDUARDO RAIMUNDO. *Derecho Internacional Privado al Alcance de Todos. Mar del Plata*. EUDEM, 2012.
- HOVAGUIMIAN, PHILIPPE. «The enforcement of foreign judgments under Brussels I bis: false alarms and real concerns». En *Journal of Private International Law*. Vol. 11, Núm. 2, 2015, pp. 212-251.
- HOWARTH, DAVID. «The general conditions of unlawfulness», en HARTKAMP, ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUT; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 845-888.
- IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS. «La Competencia Judicial Internacional». En ESPLUGUES MOTA, CARLOS; IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 10ª ed. 2016, pp. 109-186.
- _____. «Artículo 41. Ámbito de aplicación». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 467-473.
- _____. «Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 527-543.
- JACOBSON, MÅNS. «Uniform applicaton of the international regime on liability and compensation for oil pollution damage». En MALICK NDIAYE, TAFSIR; WOLFRUM,

- RÜDIGER (Editores). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 421-436.
- JAEGER JUNIOR, AUGUSTO. «A reunião preparatória da CIDIP VII em Porto Alegre, Brasil, 2 a 4 de Dezembro de 2006», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, pp. 289-327.
- _____. «Europeização da parte general do direito internacional privado: Regulamento de Sucessões e un renascimento do reenvio». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 53-68.
- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, SILVIA. *Iniciación al Derecho Ambiental*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1999.
- JANSSEN, ANDRÉ. «Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?», en CASPER, MATTHIAS; JANSSEN ANDRÉ; POHLMANN, PETRA; SCHULZE, REINER. *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*. Munich, Sellier, 2009, pp. 3-16.
- JIMÉNEZ BLANCO, PILAR. «Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas», en FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XI. Madrid, Iprolex, 2011, pp. 119-146.
- JORDÁ CAPITÁN, EVA. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.
- JUENGER, FRIEDRICH K. *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*. México, Porrúa, 2006.
- JUSTE RUÍZ, JOSÉ. «Contaminación transfronteriza y reparación de daños ambientales: las lecciones de Chernobil», en *Revista de la Asociación de Derecho Ambiental Español*, Núm. 2, 1996, pp. 77-94.
- JUSTIN, CHAN JUNHAO. «Problems in the recognition and enforcement of US Class Action judgements in Singapore». En *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 25, Núm. 1, 2013, pp. 51-83.
- KARAMEROS, STEFANOS K. «Legal presumption as a legislative tool in national and european legislation», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA.

Procedural Science at the Crossroads of Different Generations. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 249-269.

KAWANO, MASANORI. «Globally expanding business activities and tort regulations». En STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative studies on business tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 3-15.

KEATING, GREGORY C. «Strict Liability Wrongs». En OBERDIEK, JOHN (Editor). *Philosophical foundations of the law of torts*. Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 292-311.

KIM, ANNE-MARIE. «The Inter-American Convention and Additional Protocol on Letters Rogatory: The Hague Service Convention's Country Cousins», en *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 36, Núm. 3, 1998, pp. 687-722.

KOCH, HARALD. «Mass Damage in Europe: Aggregation of claims, effective enforcement and adequate representation», en BOOM, WILLEM H., WAGNER, GERHARD (Editors). *Mass torts in Europe: Cases and Reflections*. Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 157-171.

_____. «Mass damage in Europe». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). *Tort and Insurance Law Vol. 34*. Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 157-172.

KODILINYE, GILBERT. *Commonwealth Caribbean Tort Law*. 5^a ed. Abingdon, Routledge, 2015.

KODILINYE, GILBERT; KODILINYE VANESSA. *Commonwealth Caribbean Civil Procedure*. 3^a ed. Routledge-Cavendish, Oxon, 2009,

_____. *Commonwealth Caribbean Civil Procedure*. 4^a ed. Abingdon, Rutledge, 2017.

KRONKE, HERBERT. «Acceptable Transnational Anti-suit Injunctions», en GEIMER, REINHOLD; SCHÜTZE, ROLF. A. *Recht ohne Grenzen*. Munich, Sellier, 2012, pp. 549-557.

KROPHOLLER, JAN; VON HEIN, JAN. «From approach to rule-orientation in American tort conflicts», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 317-340.

LAPEZE, JAMES E. «Implications of amending Civil Code Article 2315 on Toxic Torts in Louisiana». En *Louisiana Law Review*, Vol. 60, No. 3, 2000, pp. 833-853.

- LARIOS OCHAITA, CARLOS. *Derecho internacional privado*. 6ª ed. Guatemala, F&G Editores, 2001.
- LAURIA TUCCI, ROGÉRIO. «Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 355-394.
- LIMA PINHEIRO, LUIS. «Concorrência entre sistemas jurídicos Na União Europeia e Direito Internacional Privado», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA. *Parmalat y otros casos de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, 2007, pp. 391-411.
- LIMA REINING, GUILHERME HENRIQUE. «Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil», en *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 7, No. 3, 2016, pp. 64-65.
- LLAMAS POMBO, EUGENIO. «La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)». En AA. VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II, Madrid, Thomson, 2003, pp. 2203-2225.
- _____. «Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil». *Diario La Ley* (7141). 2009.
- LONDOÑO TORO, BEATRIZ. «Responsabilidad ambiental: nuevo paradigma del derecho para el siglo XXI», en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 1, Núm. 2, 1999, pp.134-161.
- LÓPEZ GIL, MILAGROS. «La cosa juzgada», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 399-406.
- _____. «Terminación del proceso: la sentencia», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 329-338.
- LOULA, MARIA ROSA. «Anotações sobre homologação de sentença estrangeira no Brasil». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 195-204.
- LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA. «La jurisdicción de los tribunales civiles», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 141-150.

- _____. «Las partes en el proceso civil», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 173-182.
- MADRAZO MAZARIEGOS, SERGIO y MADRAZO MAZARIEGOS, DANILO. *Compendio de Derecho Civil y Procesal*. Guatemala, Magna Terra Editores, 2003.
- MAEKELT, TATIAN B. «La codificación interamericana desde la perspectiva de la codificación estatal del Derecho Internacional Privado», en FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MASTRÁNGELO, FABIO. *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América*. Córdoba, Alveroni, 2005, pp. 27-52.
- MAGNUS, ROBERT. «Time for a meeting of the generations», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 33-48.
- MAGNUS, ULRICH. «Why is US Tort Law so Different?», en *Journal of European Tort Law*, Vol. 1, Núm. 1, 2010, pp. 102-124.
- MAILHÉ, FRANÇOIS. «International competence as a cooperation tool», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 341-369.
- MANKOWSKI, PETER. «Section 2: Special jurisdiction», en MAGNUS, ULRICH; MANKOWSKI, PETER (Editores). *European Commentaries on Private International Law ECPIL*. Vol. I. Colonia, Otto Schmidt, 2016, pp. 121-369.
- MARANGOS, HERMES. «International environmental mass litigation in the UK». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). *Tort and Insurance Law Vol. 34*. Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 95-104.
- MARONGIU BUONAIUTI, FABRIZIO. «Lis alibi pendens and related actions in the recast of Regulation Brussels I», en A.A.V.V. *Yearbook of Private International Law*. Vol. XV 2013/2014, Munich, Sellier, 2014, pp. 87-112.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, JACOBO. «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (Arts. 17 a 23) ». LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2008. págs. 293-314.
- MARTÍN MATEO, RAMÓN. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid, Trivium, 1991.

- MARTÍNEZ, PAULINA. «Principio precautorio y principio preventivo en el Derecho ambiental», en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. *Tutela jurídica del medio ambiente*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2008, pp. 353-373.
- MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, LUIS. «La protección civil del medio ambiente», en AA. VV. *Primeras conferencias sobre el medio ambiente*, Castellón, Comité Economic i Social de la Comunitat Valenciana, 1998, pp. 1-15.
- MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. «Bases para una tutela procesal del medio ambiente». *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, 2004. No. 3, pp. 221-241.
- MCBRIDE, NICHOLAS J. «Tort law and human flourishing». En PITEL, STEPHEN GA; NEYERS, JASON W; CHAMBERLAIN, ERIKA (Editors). *Tort law: Challenging Orthodoxy*. Croydon, Hart, 2013, pp. 19-58.
- MEIRA MATTOS, ADHERBAL. «Dolinger e a aplicação do direito internacional pelo direito brasileiro». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 4-13.
- MEJÍA, HENRY ALEXANDER. «La tutela ambiental en el derecho salvadoreño». *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. No. 19, Julio de 2009.
- MÉNDEZ, JUAN E. «El acceso a la justicia, un enfoque desde los Derechos Humanos», en THOMPSON, JOSÉ (Coord.) *Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 15-22.
- MEURKENS, LOTTE. «The punitive damages debate in Continental Europe: Foord for thought». En MEURKENS, LOTTE; NORDIN, EMILY (Editores). *The power of punitive damages. Is Europe Missing Out?*. Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 3-62.
- MEURKENS, RENÉE CHARLOTTE. *Punitive damages. The civil remedy in American Law, lessons and caveats for Continental Europe*. Denver, Kluwer, 2014.
- MOLINA CABALLERO, MARÍA DE JESÚS. «El proceso como instrumento de la función jurisdiccional», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 117-131.

- MONTERO AROCA, JUAN. *El proceso civil: los procesos ordinarios de declaración y ejecución*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- MONTERO AROCA, JUAN y CHACÓN CORADO, MAURO. *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*. Guatemala, Magna Terra Editores, 1999.
- MONTERO PIÑA, FERNANDO. *El daño moral*. San José, Impresión Gráfica del Esta, 2002.
- MONTI RUGGERI RÉ, ALÚSIO IUNES. *Processo Civil Coletivo e sua Efetividade*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- MONTIEL ARGÜELLO, ALEJANDRO. *La Corte Suprema y el Derecho Internacional*. Managua, Editorial Aurora, 1967.
- MONTÓN GARCÍA, LIDÓN. *Acciones colectivas y acciones de cesación*. Madrid, Instituto Nacional del Consumo. 2004.
- MORÈTEAU, OLIVIER. «France: French Tort Law in the light of European harmonization», en *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 6, No. 2, 2013, p. 759-801.
- MURRAY, PETER L. «Mass torts and American Civil Justice». En STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative studies on business tort litigation*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 176-192.
- NAFZIGER, JAMES A. R. «Avoiding courtroom “conflicts” whenever possible», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 341-352.
- NASH, JONATHAN REMY. «The curious legal landscape of the extra-territoriality of US environmental laws». En HANDL, GÜNTHER; ZEKOLL, JOACHIM; ZUMBANSEN, PEER (Editores). *Beyond territoriality. Transnational legal authority in an age of globalization*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 163-187.
- NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA. «El evento dañoso», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 41-55.
- NYGH, PETER. «Arthur’s baby: The Hague negotiations for a world-wide judgments convention», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law and*

justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 151-172.

OBANDO PERALTA, JUAN JOSÉ. *Private international law in Costa Rica.* Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013.

OGUS, ANTHONY. «Regulation: the Public and the Private Interest». En DEFFAINS, BRUNO; KIRAT, THIERRY (Editores). *Law and economics in civil law countries.* Abingdon, JAI, 2001, pp. 141-145.

OJEDA MESTRE, RAMÓN. «La legitimación activa para el juicio de amparo en materia ambiental». *Gaceta Ecológica.* 2001, No. 60. pp. 50-54.

ONG, ALLAN VERMAN YAP. «Issues in the application of Dépeçage in Chinese Private International Law», en *Chinese Journal of International Law.* Vol. 8. Núm. 3, 2009, pp. 637-655.

OPERTTI BADÁN, DIDIER; FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA. «La responsabilidad extracontractual en el ámbito de la CIDIP: precisiones necesarias». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA (Coordinadores). *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado Americano actual.* México, Porrúa, 2010, pp. 3-13.

ORTELLS RAMOS, MANUEL (Director). *Derecho Procesal Civil.* 14a. Ed. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015.

ORTIZ AHLF, LORETTA. «Responsabilidad Internacional en Materia Ambiental», en AA. VV. *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 153-175.

PALAO MORENO, GUILLERMO. *La responsabilidad civil por daños al medioambiente.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

_____. «La falta de prueba del derecho extranjero: el sistema español en el contexto europeo y las nuevas iniciativas internacionales». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt.* Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 301-324.

- _____. «Artículo 34. De la información jurídica». En MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO PEDRO; PALAO MORENO, GUILLERMO. *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017, pp. 402-406.
- PANETTA, ROCCO. *Il danno ambientale*. Turín, G. Giappichelli, 2003.
- PARRA A. MARÍA VICTORIA. «Implementación del sistema acusatorio en Colombia principios que rigen la prueba», en *Opinión Jurídica*, Vol. 2, No. 4, 2003, pp. 21-28.
- PARSADIE, NATALIE; RAMLOGAN, RAJENDRA. *Commonwealth Caribbean Business Law*. 3ª ed. Abingdon, Routledge, 2016.
- PASQUOT POLIDO, FABRÍCIO BERTINI. «Capítulo II. Da Cooperación Internacional – arts. 26 a 41», en STRECK, LENIO LUIZ; NUNES, DIERLE; CARNEIRO DA CUNHA, LEONARDO (Organizadores). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Sao Paulo, Saraiva, 2016, pp. 82-105.
- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Derecho Internacional Público y de Organizaciones Internacionales*. 19 ed. Madrid, Tecnos, 2015.
- PELLEGRINI GRINOVER, ADA. «Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña número 7347 de 24 de julio de 1985)», en *Revista de derecho procesal*, No. 3, 1998. pp. 725-724.
- _____. «Hacia un sistema iberoamericano de tutela de intereses transindividuales». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. Xxxv-xLiii.
- _____. «Direitos Individuais Homogêneos: os Requisitos da Prevalência e Superiodidade e Dano Moral Coletivo». En AA. VV. *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos condumidores*. Coimbra, Almedina, 2012, pp.11-30.
- PELLEGRINI RIPAMONTI, PEDRO. «Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en el sistema anglosajón», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Núm. 1, 1996, pp. 179-194.
- PELTZ-STEELE, RICHARD J. «Wrongs, rights and remedies: a Yankee romp in recent European Tort Law», en *Indiana International & Comparative Law Review*. Vol. 26, Núm. 2, 2016, pp. 102-174.

- PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. «La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 15-38.
- PEÑA CHACÓN, MARIO. «Daño ambiental y prescripción», en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, Núm. 19, 2009.
- _____. «Daño ambiental y prescripción», en *Revista Judicial, Costa Rica*, Núm. 109, Septiembre de 2013, pp. 117-143.
- _____. «Daño, responsabilidad y reparación ambiental en la jurisprudencia costarricense», en *Revista Judicial, Costa Rica*, Núm. 111, 2014.
- PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. «El criterio de imputación (I. Generalidades)», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 101-105.
- _____. «El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 107-124.
- _____. «El criterio de imputación (IV. Los criterios de imputación objetivos)», en PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Director). *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 135-143.
- PERCIVAL, ROBERT V. «Liability for environmental harm and emerging global environmental law», en *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25, No. 1, 2010, pp. 37-63.
- PÉREZ FUENTES, GISELA MARÍA. «La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente en el Derecho Comparado», en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, Vol. XXII, Núm. 23, Bogotá, 2009, pp. 35-42.
- PÉREZ VARGAS, VÍCTOR. *Derecho Privado*. 4ª ed. San José, Litografía e Imprenta Lil, 2013.
- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL. «Notas sobre el Derecho Internacional Privado en América Latina», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLVIII, No. 144, 2015, pp. 1063-1081.
- PERTEGÁS, MARTA. «Lis pendens, lessons from Brussels for a relaunched Hague Judgement Project». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la*

unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 727-742.

PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO; JÚDICE, JOSÉ MIGUEL. «Class actions & arbitration in the European Union-Portugal», en AA. VV. *Estudios en Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. II, Coimbra, Edições Almedina, 2012, pp. 189-206.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL. «Responsabilidad civil por daño ambiental», en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. *Tutela Jurídica del Ambiente*. Córdoba, 2008, pp. 261-322.

PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA. *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2014.

POCAR, FAUSTO. «Access to justice and european rules on jurisdiction». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 743-748.

POPPA, VALERIA. «The ‘cases’ between Chevron and Ecuador: A systemic perspective / Los ‘casos’ entre Chevron y Ecuador: una perspectiva sistémica», en TANZI, ATTILA; ASTERITI, ALESSANDRA; POLANCO LAZO, RODRIGO; TURRINI, PAOLO (Editores). *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*. Leiden, Brill Nijhoff, 2016, pp. 524-541.

PORTA CALDERA, MIGUEL. Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva. *Noticias Jurídicas*, 2000.

POVEDA GÓMEZ, PEDRO Y VÁSQUEZ COBOS, CARLOS. «La reparación de los daños ambientales. Estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental», en *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 193, 2001, pp. 59-72.

REGLERO CAMPOS, FERNANDO. «Capítulo I. Conceptos Generales y elementos de delimitación». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 66-255.

- _____. «Capítulo II. Los sistemas de responsabilidad civil». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 265-317.
- REGLERO CAMPOS, FERNANDO; MEDINA ALCOZ, LUIS. «Capítulo V. El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 767-970.
- REHBINDER, ECKARD. «Extra-territoriality of pollution control laws». En HANDL, GÜNTHER; ZEKOLL, JOACHIM; ZUMBANSEN, PEER (Editores). *Beyond territoriality. Transnational legal authority in an age of globalization*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 127-162.
- REISS, JOACHIM W. *Comparación de las normas básicas del Derecho Privado Alemán y Latinoamericano considerando especialmente el Código Bustamante de Guatemala*. Frankfurt, 1983.
- RESQUEJO ISIDRO, MARTA. «Litigación civil internacional por abusos contra Derechos Humanos. El problema de la competencia judicial internacional». En FERNÁNDEZ ROSAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo 10, 2010, pp. 259-300.
- RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS. *Responsabilidad Civil*. Tomo III. 2ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. «Derechos básicos de los justiciables. La acción procesal», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 101-110.
- _____. «Los procesos de ejecución: actividad ejecutiva», en ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 503-515.
- RODRIGUES DE ALMEIDA, BRUNO. «Transboundary environmental litigation and international cooperation: reflections upon global public policy principle». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional*

privado atual e outros temas contemporâneos. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 288-308.

RODRIGUES WAMBIER, LUIZ. «Consideración sobre la liquidación de sentencia colectiva en la propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica». En GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coordinadores). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª ed. México, Porrúa, 2004. pp. 227-238.

ROGEL VIDE. CARLOS. «Culpa y responsabilidad extracontractual». En GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER (Coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Tomo II, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.

ROJAS TAMAYO, DANIEL MIGUEL. «Las deficiencias del Derecho Internacional Privado colombiano: Principios inapropiados y sus consecuencias en la eficacia de sentencias extranjeras», en FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS (Director). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Tomo XIV. Madrid, Iprolex, 2016, pp. 857-885.

ROMY, ISABELLE. *Les pollutions transfrontières des eaux: l'exemple du Rhin, moyens d'action des lésés*, Laussane, Payot, 1990.

ROSABAL CAMARILLO, JANE. *Jurisprudencia sobre Derecho Internacional Privado Costarricense*. San José, Investigaciones Jurídicas, 2002.

ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. 2ª ed. Montevideo, B de F, 2002.

ROSENTHAL, BRENT M. «Toxic Torts and Mass Torts», en *SMU Law Review*, Vol. 63, Núm. 2, 2010, pp. 845-863.

ROUILLER, NICOLAS. *International Business Law*. Lucerna, Schulthess, 2015.

RUDA GONZÁLEZ, ALBERT. *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por deterioro del medio ambiente*. Girona, Universidad de Girona, 2005.

RUSSELL, TIANA LEIA. «Exporting Class Actions to the European Union». En *Boston University Law Journal*. Vol. 28, Núm. 1, 2010, pp. 141-180.

RYNGAERT, CEDRIC. *Jurisdiction in International Law*. 2ª ed. Oxford University Press. Oxford, 2015.

SAMTLEBEN, JÜRGEN. *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*. Aachen, Shaker Verlag, 2010.

- SÁNCHEZ MIGUEL, MARÍA CANDELAS. «La responsabilidad ambiental: elemento esencial de la protección del medio ambiente», en *Gaceta Sindical*, pp. 115-133.
- SANCHIS CRESPO, CAROLINA; CHAVELI DONET, EDUARD A. *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el Derecho regional*. Vol. I. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. «Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas». En AA.VV. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 3015-3037.
- SCARTEZZINI, ANA MARÍA. «Ação Civil Pública», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 3-24.
- SCHACHERREITER, JUDITH. «Rom II im Überblick». En BEIG, DAPHNE; GRAF-SCHIMEK, CAROLINE; GRUBINGER, ANDREA; SCHACHERREITER, JUDITH. *Rom II-VO, Neues Kollisionsrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse*. Viena, Manz, 2008, pp. 1-15.
- SHEINMAN, HANOCH. «Tort law and distributive justice». En OBERDIEK, JOHN (Editor). *Philosophical foundations of the law of torts*. Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 354-384.
- SHERMAN, EDWARD F. «Access of transnational litigation to american courts: re-thinking the adequacy of alternative fórum and interests in global efficiency». En HANDL, GÜNTHER; ZEKOLL, JOACHIM; ZUMBANSEN, PEER (Editores). *Beyond territoriality. Transnational legal authority in an age of globalization*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 229-257.
- SIEDERMAN, EMILY. «The Recognition Act, Anti-Suit Injunctions, the DJA, and much more fun: The Story of the Chevron Ecuador litigation and the resulting problems of aggressive multinational enforcement proceedings». En *Fordham Urban Law Journal*. Vol. 41, Núm. 1. 2013, pp. 265-313.
- SILBERMAN, LINDA J.; LOWENFELD, ANDREAS F. «The Hague Judgments Convention- and perhaps beyond», en NAFZIGER, JAMES A. R.; SYMEONIDES, SYMEON C. (Editors). *Law*

and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren. Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 121-135.

SILVA ALONSO, RAMÓN. *Derecho Internacional Privado.* 9ª ed. Asunción, Intercontinental Editora, 2009.

SIQUEIROS, JOSÉ LUIS. «La ley aplicable y la jurisdicción competente en casos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.II, 2002, pp. 185-202.

SOMMERVILLE SENN, HERNAN. *Uniformidad del Derecho Internacional Privado Convencional Americano.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

SORO MATEO, BLANCA. «Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la ley de responsabilidad ambiental», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 35, 2009, pp. 185-224.

STADLER, ASTRID. «Mass tort litigation». En STÜRNER, ROLF; KAWANO, MASANORI. *Comparative studies on business tort litigation.* Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 163-175.

_____. «Mass damages in Europe». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). *Tort and Insurance Law Vol. 34.* Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 197-230.

STONE, PETER. *EU Private International Law*, 3ª ed. Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

STRENGER, IRINEU. «Tratamiento da Prova Processual Internacional». En LLANOS MANCILLA, HUGO; PICAND ALBÓNICO, EDUARDO (Coordinadores). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava.* Tomo II, Santiago, Librotecnia, 2008, pp. 181-205.

STÜRNER, ROLF. «The role of judges and lawyers in collective actions in the United States and Europe». *Zeitschrift für Zivilprozess International.* Vol. 17, 2012, pp. 259-291.

SUDEROW, JULIA. «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?». En *Cuadernos de Derecho Transnacional.* Vol. 5, Núm. 1, 2013, pp. 184-198.

SYMEONIDES, SYMEON C. «Territoriality and Personality in Tort Conflicts». En EINHORN, TALIA; SIEHR, KURT (Editores). *Intercontinental Cooperation through Private*

International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh. La Haya, T. M. C. Asser Press, 2004, pp. 401-433.

_____. *Codifying Choice of Law Around the World*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.

_____. *Choice of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *De la responsabilidad civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1986.

TANG, ZHENG SOPHIA. *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*. 2ª ed. Croydon, Hart, 2015.

TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. «Aplicación e información del derecho extranjero a nivel interamericano y especialmente uruguayo». En FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO (Directores). *Derecho Internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo- Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt*. Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 269-300.

TORO PEÑA, JUAN ANTONIO. *Código Procesal Civil Brevemente Comentado*. Tomo I, Tegucigalpa, OIM Editorial.

TRIGUEROS, GUILLERMO. *Teoría de las Obligaciones*. Tomo I, San Salvador, Editorial Delgado, 1984.

TZAKAS, DIMITRIOS-PANAGIOTIS L. «International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress», en BSEDOW, JÜRGEN; FRANCO, STÉPHANIE; IDOT, LAURENCE (Editors). *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*. Oxford, Hart, 2011, pp. 161-189.

ULATE CHACÓN, ENRIQUE. «Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional», en *Revista de Ciencias Jurídicas*. Septiembre-Diciembre 2007. No. 114, pp. 137-174.

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN. «Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año VI, Núm. 29, Enero-Junio de 2012, pp. 216-239.

VALENTE DOS REIS, GABRIEL. «Ordem Pública e Cosmopolitismo». En TIBURCIO, CARMEN; VASCONCELOS, RAPHAEL; MENEZES, WAGNER. *Panorama do direito internacional*

privado atual e outros temas contemporâneos. Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 309-321.

VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA. «Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público», en WALD, ARNOLDO (Coordinador). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 233-256.

VAN CALSTER, GEERT; REINES, LEONIE. «The ELD's Background». En BERGKAMP, LUCAS; GOLDSMITH, BARBARA J. (Editores). *The EU Environmental Liability Directive, A Commentary*. Croydon, Oxford University Press, 2013, pp. 9-30.

VAN DAM, CEES. «European tort law: features of a diverse landscape». En TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN (Editor). *The Cambridge Companion to European Union Private Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 160-172.

VAN RHEE, C. H.; HARSÁGI, V. *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Cambridge, Intersentia, 2014.

VAN SCHAGEN, ESTHER. *The development of European Private Law in a multilevel legal order*. Cambridge, Intersentia, 2016.

VANDENSANDE, ELS. «Some initial steps towards a European debate on procedural rulemaking», en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTHA. *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. Baden Baden, Nomos, 2015, pp. 49-72.

VANLEENHOVE, CEDRIC. «A Normative Framework for the Enforcement of U.s. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional '¡no Pasaran!'. En *Vermont Law Review*. Vol. 41, Núm. 2, 2016, pp. 347-403.

VEBRAITE, VIGITA. «Future of the Public Policy Clause in EU Civil procedure». En *Current Issues of Business & Law*. Vol. 6, Núm. 2, 2011, pp. 250-264.

VERHEIJ, ALBERT. «Shifts in Governance: Oil Pollution», en FAURE, MICHAEL; VERHEIJ, ALBERT (Editores). *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, Mörlenbach, Springer, 2007, pp. 133-196.

VERNETTI, ANA M. «El “daño al ambiente”. Simetrías y asimetrías en algunas legislaciones comparadas en material de factor de atribución y prescripción de la acción». *Revista*

Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. Noviembre 2014. No. 14.

VICENTE DOMINGO, ELENA. «Capítulo III. El Daño». En REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coordinadores). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 5ª ed. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 317-462.

VIEIRA BRIGADO, EVELINE; PEDERNEIRAS JAEGER, GUILHERME. «Protocolo de medidas cautelares do Mercosul». En PIMENTEL, LUIZ OTÁVIO; ESPLUGUES MOTA, CARLOS, BARRAL, WELBER (Organizadores). *Direito Internacional Privado. União Européia e Mercosul*. Florianópolis, Boiteux, 2007, pp. 263-282.

VIGURI PEREA, AGUSTÍN. «La responsabilidad civil por inmisiones», en VIGURI PEREA, AGUSTÍN (Director). *III Conferencias sobre el medio ambiente. Municipio y urbanismo*, Castellón, Comité Economic i Social de la Comunitat Valenciana, 2000, pp. 96-128.

VON BAR, CHRISTIAN. *The Common European Law of Torts*. Vol. I. Oxford, Oxford University Press, 1998.

VON HEIN, JAN. «Protecting victims of cross-border torts under article 7 No. 2 Brussels Ibis: towards a more differentiated and balanced approach», en BONOMI, ANDREA; ROMANO, GIAN PAOLO (Editors). *Yearbook of Private International Law, Volume XVI- 2014/2015*. Colonia, Otto Schmidt, 2016, pp. 241-274.

VRELLIS, SPYRIDON. «The law applicable to the environmental damage. Some remarks on Rome II Regulation». En FORNER DELAYGUA, JOAQUIM; GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA; VIÑAS FARRÉ, RAMÓN (Coordinadores). *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 869-888.

WAGNER, GERHARD. «Catastrophic Damages - Liability and Insurance», en BASEDOW, JÜRGEN; KISCHEL, UWE; SIEBER, ULRICH (Editores). *German National Reports on the 18th International Congress of Comparative Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 39-62.

_____. «Vicarious Liability», en HARTKAMP, ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUDE; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a*

European Civil Code, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 903-920.

_____. «Mass tort resolution». En BOOM, WILLEM H.; WAGNER, GERHARD (Editores). *Tort and Insurance Law Vol. 34*. Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 263-296.

WERRO, FRANZ. «Liability for Harm Caused by Things», en HARTKAMP, ARTHUR; HASSELINK, MARTIJN; HONDIUS, EWOUT; MARK, CHANTAL; DU PERRON, EDGAR (Editores). *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 921-944.

WILDE, MARK. *Civil Liability for Environmental Damage: a comparative analysis of law and policy in Europe and the United States*. La Haya, Kluwer Law International, 2002.

WINTER, GERD. «Dangerous Chemicals: A global problem on its way to global governance». En FÜHR, MARTIN; WAHLS, RAINER; WILMOWSKY, PETER. *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Rehbinder*. Göttingen, Erich Schmidt Verlag, 2007, pp. 819- 833.

YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA. *El daño patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006.

ZABALO ESCUDERO, ELENA. «Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector transporte: la continuidad en la jurisprudencia del TJUE». En ESPLUGUES MOTA, CARLOS; PALAO MORENO, GUILLERMO (Eds.). *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 573-586.

ZABALO ESCUDERO, MARÍA ELENA. «Mecanismos de flexibilización y materialización de la regulación del contrato internacional de trabajo». En AA.VV. *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Tomo II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1815-1835.

ZAKAIB, GLENN M.; MARTIN, JEREMY M. «International Class Actions in the Canadian context: standing, funding, enforceability and trial», en *Defense Counsel Journal*, Vol. 79, Núm. 3, 2012, pp. 296-319.

ANEXO IV. DOCUMENTOS CITADOS

BANCO MUNDIAL. *Industrialización, Valor Agregado (% del PIB)*. 2014. Disponible en: <http://datos.bancomundial.org>

CÁMARA CIVIL. *II Borrador del Anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Mercantil*. Guatemala, 2015. Disponible en: <http://www.congreso.gob.gt>

COMISIÓN EUROPEA, COM (2003) 624, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente*, Bruselas, 2003. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

_____, COM (2013) 0401 final, *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*. Estrasburgo, 2013. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>

_____. COM (2013) 401/2, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress"*. 2013, p.11. Disponible en: <http://ec.europa.eu>

_____. *La directiva sobre responsabilidad medioambiental, protección de los recursos naturales de Europa*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *El Caso del S.S. "Lotus"*. Colección de Sentencias. Serie A. No. 10, 1927.

FEDERACIÓN DE ORGANIZACIONES PRIVADAS DE DESARROLLO DE HONDURAS. *Una aproximación introductoria al nuevo Código Procesal Civil de Honduras*. Tegucigalpa, 2006.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo, 1988.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Status of multilateral conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary of other functions*. 2017. Disponible en: <http://www.imo.org>

Anexo IV

UNIÓN EUROPEA, Diario Oficial de la Unión Europea, C153 del 21 de mayo de 2014.

U. S. CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM. *Following each other's lead. Law Reform in Latin America*. Washington, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2014.