

Propuesta para una Convención regional sobre Ley Aplicable y Jurisdicción Competente en Materia de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza

Eduardo Tellechea Bergman¹

I.- No obstante pertenecer la obligación de no contaminar en sus aspectos generales y básicos al Derecho Internacional Público - en tanto obligación internacional fundada en el derecho consuetudinario, la jurisprudencia y en distintas convenciones internacionales² - así como al Derecho Ambiental, la cuestión de la responsabilidad civil emergente de la contaminación ambiental transfronteriza, es decir el derecho de los particulares, personas físicas y jurídicas a reclamar por los perjuicios derivados de la misma, pertenece al Derecho Internacional Privado. Rama jurídica a la que corresponde responder las interrogantes de los justiciables acerca de cuales han de ser las leyes aplicables a tal responsabilidad internacional, los tribunales nacionales llamados a conocer de dichos reclamos y la eficacia extraterritorial de los fallos judiciales dictados en la materia.

La interacción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado en el tema se constata desde la propia génesis del tratamiento de la materia a nivel internacional. La **Declaración de Estocolmo adoptada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente en junio de 1972** ya preveía el deber de los Estados de cooperar en el desarrollo del Derecho Internacional en el área de la responsabilidad y de la indemnización a las víctimas de la contaminación. La **Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio de 1992, Principio 3**, impuso a su vez a los países el deber de legislar en materia de responsabilidad e indemnización a las víctimas de contaminación y de otros daños

¹ Catedrático de Derecho Internacional Privado y Director del Instituto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho - Universidad de la República, Director de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay.

² En conformidad, entre otros, **Ballarino, Tito**, "Questions de Droit International Prive et Dommages Catastrophiques", Recueil des Cours, T. 220, año 1990, I, 385

ambientales, estableciendo asimismo la obligación de los Estados a cooperar decididamente en la elaboración de regulaciones internacionales al respecto.

En el ámbito específico del Derecho Internacional Privado en la década de los años noventa se destaca el “**Coloquio de Osnabrück**”, abril de 1999, cuyo objetivo apuntó precisamente: “**Hacia una Convención sobre Aspectos de Derecho Internacional Privado del Daño Ambiental**”, instancia en la que se reflexionó acerca de la posibilidad de una convención en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr. En dicho contexto, por nota de la Secretaría Permanente de la Conferencia dirigida a la Comisión Especial de Asuntos Generales y Política, junio de 1992, se planteó la cuestión de la ley aplicable a la responsabilidad por daños al medio ambiente. La Comisión Especial en junio de 199, recomendó a la XVIII Reunión de la Conferencia la inscripción del tema con miras a futuros trabajos.

En la misma época y a nivel de nuestro continente, la **Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado - CIDIP V - México, marzo de 1994**, aprobó a propuesta de Uruguay, apoyada por los demás Estados participantes, el tema de la “Responsabilidad Civil Internacional por Contaminación Transfronteriza” entre aquellos a incluir en la agenda de la próxima Conferencia. Tema confirmado por la Reunión de Expertos de Washington del 3 y 4 de diciembre de 1998 y finalmente incorporado a la Agenda de la CIDIP VI por Resolución 1613 de 1999 de la Asamblea General de OEA.

La **Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr. - CIDIP VI** - realizada en Washington en febrero del 2002, se pronunció sobre el punto y en posición que compartimos indicó “la necesidad de considerar la regulación de la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de responsabilidad civil extracontractual”, agregando, “Por tanto, la Conferencia apoya que se realice un estudio preliminar para identificar las áreas específicas en las que pueda verificarse un desarrollo progresivo de la regulación de esta materia mediante soluciones de conflicto de leyes, así como la realización de un análisis comparativo de las normas estatales en vigor”, señalando “la conveniencia de contemplar la expectativa fundada de los peticionantes a demandar ante foros accesibles con un régimen legal favorable, así como las expectativas fundadas de los reclamados a no ser demandados y juzgados ante foros o por leyes sin conexión razonable con el objeto de la demanda o con las partes.”³

La vastedad y dinamismo de las obligaciones extracontractuales, abarcativa de situaciones complejas que van desde los cuasi-contratos a los delitos y cuasi-delitos hace necesario una regulación de Derecho Internacional Privado que sin perjuicio de atender ciertos principios generales abarcativos del conjunto, como en su momento señalara Henri Batiffol⁴, intente su abordaje a través de soluciones más particularizadas y adaptadas a los requerimientos de los distintos tipos de responsabilidad

³ CIDIP VI, Resolución 7/02.

⁴ **Réponse de Henri Batiffol**, Anuaire de L'Institut de Droit International, Session d'Edinbourg, Vol 53, T. I, 1969, pág. 379.

que aquellas resultantes de la clásica regla "lex loci delicti"⁵. Posición asumida por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a partir del "Informe Dutoit" de 1967, a través de las Convenciones de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación Carretera y de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Hecho de los Productos.

En el ámbito europeo el Anteproyecto de Reglamento sobre Ley Aplicable a las Obligaciones no Contractuales, constituye un feliz intento de conjugar ciertos principios generales con el tratamiento particularizado de distintas hipótesis de responsabilidad extracontractual en el plano internacional.

A nivel interamericano las regulaciones multilaterales tradicionales, **Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, arts. 38 y 43 respectivamente**⁶, consagran soluciones demasiado generales fundadas en la "lex loci delicti", como también lo hace respecto a los actos ilícitos el otro texto clásico regional, el **Código de Bustamante sobre Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, art. 167 y 168**⁷.

El panorama expuesto impone en el plano continental la concreción de regulaciones actualizadas⁸ que a través de una o varias convenciones aborden los diferentes tipos de responsabilidad extracontractual, entre ellos la contaminación transfronteriza, de creciente planteo⁹, ya a través de su tratamiento autónomo, ya a

⁵ Al respecto **Pierre Bourel, "Du Rattachement de quelques délits speciaux en Droit International Privé"**, Recueil des Cours, T. 214, (1989 - II), pág. 389, señala: "la responsabilidad civil extracontractual no puede ser tratada más como una categoría homogénea".

⁶ **Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, art. 38**, "Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden", el Tratado se aplica respecto a Uruguay, Argentina y Paraguay, -Estados vinculados entre sí por el posterior tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940- con Bolivia, Colombia y Perú. **El Tratado de Montevideo de 1940 sobre Derecho Civil Internacional** en el **art. 43**, dispone, "Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que procede y en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden".

⁷ **Código de Bustamante, art. 167**, "Las (obligaciones) originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que proceden", **art. 168**; "Las que deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o culpa grave".

⁸ Tal, en el marco del Mercosur el **Protocolo sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito (ley aplicable y jurisdicción competente)**, aprobado por **Decisión 01/996 del Consejo del Mercado Común y vigente entre todos los Estados Parte del Mercado**.

⁹ Casos como el de la usina nuclear de Chernobyl, de contaminaciones petroleras como la del barco Amoco - Cádiz o la más reciente del Prestige, o el de las minas de potasio de Alsacia, entre otros cada vez mas frecuentes, suponen situaciones que obligan a reflexionar sobre la urgente necesidad de abordar la responsabilidad civil internacional por daño ambiental. En tal sentido es ilustrativa la jurisprudencia del referido "Caso Bier o Minas de Potasio de Alsacia", en el cual la plantación Bier ubicada en Holanda y la Fundación Reinwater, emplazaron a la Sociedad Minas de Potasio de Alsacia con sede social en Francia por la reparación de daños derivados de la contaminación de las aguas del Rin causadas por actividades de la mencionada sociedad. El tribunal de Rotterdam ante el que se planteó la demanda se declaró incompetente y los reclamantes apelaron ante el tribunal (Gerechtshof) de La Haya que solicitó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la interpretación del **art. 5.3 de la "Convención de Bruselas de 1968 sobre Competencia Judicial y**

través de su inclusión en un capítulo referido a la hipótesis de daños sufridos en un Estado a causa de acciones u omisiones acaecidas en otro.

La consideración de los desarrollos registrados en las últimas décadas a nivel doctrinario, jurisprudencial y especialmente normativo, permiten esbozar algunas soluciones en la materia.

II.- Posibles bases sobre Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional Competente en Materia de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza.

II.I.- Ley aplicable.

1.- **Ley personal común**¹⁰. El interés de las partes en la aplicación del Derecho que más conocen y respecto al cual mejor pueden definir sus pretensiones favorece este criterio que luego de vacilaciones acerca de si el estatuto personal debía ser determinado por la ley nacional (Kegel), la del domicilio (Trutmann), o la de la residencia habitual (Kropholler), ha decantado a favor de esta última.

Numerosos textos a nivel americano y europeo acogen la solución. Tales en nuestro continente, el **Protocolo en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estado Parte del Mercosur, Decisión CMC 1/996 del 25.6.1996**, art. 3, párrafo segundo y el **Convenio argentino - uruguayo**

Reconocimiento de Sentencias en Materia Civil y Comercial", aplicable al caso, que dispone que el domiciliado en el territorio de un Estado Contratante en materia de delitos y cuasi delitos puede ser demandado ante el tribunal del lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño. El **Tribunal de las Comunidades Europeas, con fecha 30.11.976, asunto 21/976**, falló: "En los casos en que el lugar en donde se localiza el hecho susceptible de entrañar una responsabilidad delictual o cuasi delictual y el lugar en donde ese hecho ha producido un daño no sean idénticos, la expresión "lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño" del art. 5.3 del Convenio del 27 de setiembre de 1968 relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Decisiones en Materia Civil y Comercial, debe ser entendido en el sentido de que hace a la vez alusión al lugar donde el daño ha sobrevenido y al lugar de acontecimiento causal. De ello resulta que el demandado puede ser sometido, a elección del demandante, ante el tribunal del lugar donde el daño ha sobrevenido o al del lugar del acontecimiento causal que es origen de ese daño", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1977, págs. 563 y sgtes.

¹⁰ Criterio inicialmente recibido por el Derecho Alemán, Orden de diciembre de 1942, que estableció la aplicación del derecho alemán a las acciones por resarcimiento por actos lesivos ocurridos entre alemanes en el extranjero. Solución que la jurisprudencia alemana progresivamente transformó de unilateral en bilateral. La nueva legislación alemana en la materia, **Ley del 21.5.1999**, consagra a texto expreso una solución bilateral y acoge la conexión residencia habitual en vez de la tradicional de la nacionalidad.

sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, art. 2 *in fine*¹¹, origen de texto hoy vigente en el Mercosur. En el mismo sentido, el Libro X del Código Civil de Quebec, "Derecho Internacional Privado" –Ley del 18.12.1991- Sección 10, "De la Responsabilidad Civil", art. 3126, parte final¹². Entre los ordenamientos europeos que acogen la solución cabe mencionar la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18.12.1987, art. 131.1¹³; la Ley italiana de Reforma del Sistema de Derecho Internacional Privado, n° 218 del 31.5.1995, Capítulo XI, "Obligaciones no contractuales", art. 62.2, "Responsabilidad por hecho ilícito", aún cuando con la exigencia suplementaria de ciudadanía común de las partes¹⁴ y la Ley alemana de Derecho Internacional Privado sobre Obligaciones Extracontractuales y Derecho a las Cosas del 21.5.1999, art. 40, "Actos ilícitos", párrafo 2¹⁵. En la misma posición, el Anteproyecto europeo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones no Contractuales, Capítulo I, "Obligaciones no contractuales derivadas de un delito", art. 3.2¹⁶.

La Convención de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por el Hecho de los Productos acoge también en cierto modo la ley personal común, art. 5¹⁷.

En relación a la residencia de las personas jurídicas entendemos conveniente una definición convencional autárquica del concepto, ubicándolo en el Estado donde se encuentre la sede de su administración principal y respecto a

¹¹ **Protocolo en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, art. 3**, "La responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se produjo el accidente.

Si en el accidente participaron o resultaren afectados únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último..."

Convenio uruguayo - argentino sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, art. 2... "Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado Parte, el mismo se regulará por el Derecho Interno de este último".

¹² **Código Civil de Quebec, art. 3126, parte final**, "En todos los casos, si el autor y la víctima tienen su domicilio o su residencia en el mismo Estado, la ley de dicho Estado es la que se aplica."

¹³ **Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, art. 133, párrafo 1**, "Cuando el autor y la víctima tenga residencia habitual en un mismo Estado, las pretensiones fundadas en un acto ilícito son reguladas por la ley de dicho Estado".

¹⁴ **Ley italiana n° 218 del 31.5.1995, art. 62.2**, "Si el hecho ilícito involucra solo a ciudadanos de un mismo Estado allí residentes, se aplica la ley de ese Estado"

¹⁵ **Ley alemana de Derecho Internacional Privado sobre Obligaciones Extracontractuales y Derecho a las Cosas, art. 40.2**, "Si el sujeto obligado a indemnizar y la víctima tienen en el momento del evento dañoso su residencia habitual en el mismo Estado, ese derecho será aplicable"

¹⁶ **Anteproyecto europeo, art. 3.2**, "Cuando el autor del delito y la persona perjudicada tienen su residencia habitual en el mismo país al momento de sobrevivir el delito, se aplicará la ley de dicho país".

¹⁷ **Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Hechos de los Productos, art. 5**, "No obstante las disposiciones del artículo 4, la ley aplicable es la interna del Estado de residencia habitual de la persona lesionada, si ese Estado es también: a) El Estado del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca".

establecimientos, agencias o sucursales directamente vinculadas a la autoría del hecho ilícito o a la lesión consecuencia de éste, en el país en que aquellos se encuentren situados. Tal la solución acogida en el Mercosur por los **Protocolos sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual**, aprobado por el CMC por Decisión 1/994, art. 9¹⁸, y sobre **Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito**, Decisión CMC 1/996, art. 2¹⁹. En el mismo sentido la Ley alemana de Derecho Internacional Privado de 21.5.1999, art. 40.2²⁰ y el Anteproyecto europeo de Ley Aplicable a las Obligaciones no Contractuales, art. 18, "Asimilación a la residencia habitual"²¹.

En tanto la conexión fundada en la residencia habitual de las partes determina la aplicación de una ley que refiere a un contexto común a ambas y toma en consideración de este modo los intereses de las mismas, surge como solución hábil para regular la responsabilidad por hecho ilícito especialmente en situaciones en que el hecho generador y el daño se dan en distintos Estados, pues dicha conexión supone en principio adecuados contactos con el caso planteado²². Asimismo y en razón de lo expuesto, entendemos que de poderse acreditar la existencia de un vínculo considerablemente más estrecho con el Derecho de otro Estado, tal Derecho deberá primar²³.

2.- Los vínculos más estrechos. La solución se funda en la determinación del centro de gravedad del caso, esto es, en la búsqueda del Estado con el cual la situación

¹⁸ **Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, art. 9:** "A los fines del art. 7, literal b, se entenderá por domicilio del demandado: b.- cuando se trate de personas jurídicas, la sede principal de la administración. Si la persona jurídica tuviere sucursales, establecimientos, agencias, o cualquier otra especie de representación se considerará domiciliada en el lugar donde funcionan".

¹⁹ **Protocolo sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, art. 2,** "A los fines del presente Protocolo se considerara domicilio, subsidiariamente y en el siguiente orden: ... b.- cuando se tratara de personas jurídicas: 1.- la sede principal de la administración; 2.- si poseen sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación, el lugar donde estas funcionen"

²⁰ **Ley alemana de Derecho Internacional Privado del 21.5.1999, art. 2,** "si se trata de sociedades, asociaciones o personas jurídicas se considera que su residencia habitual es el lugar en el que se encuentra su administración central o si se trata de una sucursal, el lugar donde esta se encuentra situada."

²¹ **Anteproyecto europeo, art. 18, "Asimilación a la residencia habitual",** "Para las sociedades, asociaciones o personas morales, la administración central es el lugar de su residencia habitual. 2.- En el caso que el hecho que origine la obligación no contractual haya sido cometido o surgido en el ejercicio de una actividad profesional, el principal establecimiento es el lugar de la residencia habitual, en caso de pluralidad de establecimientos, la residencia habitual se ubicará en el lugar del establecimiento donde el hecho dañoso ha sido cometido o sufrido."

²² Conforme, entre otros, **Boggiano, Antonio. "Derecho Internacional Privado",** 2da. Edición, Buenos Aires, 1983, pag. 1161.

²³ Tal, lo dispuesto por la **Ley alemana del 21.5.1999, art. 41, "Vínculo considerablemente más estrecho",** "(1) Si existiere un vínculo considerablemente más estrecho con el Derecho de un Estado distinto al que resultaría aplicable atendiendo las reglas del art. 38 y 40.2 (residencia habitual común) este Derecho será el que rija la relación de las partes"

planteada presenta los vínculos más importantes, suponiendo un criterio que deja en manos de los tribunales la determinación concreta de la ley aplicable. Se trata de una conexión flexible, ya planteada por **Schnitzer** en 1944, al señalar: "si el lugar del delito reviste una naturaleza casual, la responsabilidad por hecho ilícito debe ser regulada por el ordenamiento jurídico con el que el supuesto guarde mayor vinculación", y desarrollada posteriormente por **Morris** en 1951 en su artículo, "**The proper 1951 law of the tort**", publicado en el volumen 64 de la **Harvard Law Revue**, que propone elegir "la ley que, con base a su finalidad jurídico - política, parezca tener la conexión mas significativa con la cadena de actos y circunstancias en la situación particular que se presenta ante nosotros"²⁴. Esta solución preconiza la aplicación del Derecho del Estado donde se da el agrupamiento de contactos más significativos y si bien en puridad persigue determinar la aplicación de la ley más idónea a través de la evaluación de los contactos de la situación en consideración, tal como señalara **Juenger**, otorga al tribunal actuante quizás una discrecionalidad demasiado amplia, utilizada en ocasiones para localizar a voluntad la relación jurídica en el Estado del foro.²⁵

La aplicación en materia de responsabilidad extracontractual por hecho ilícito de la conexión fundada en el centro de gravedad del caso como correctivo a la aplicación de la ley del Estado de residencia común de las partes cuando esta no resultare suficientemente significativa, es acogida con la condición que dicho vínculo sea "considerablemente más estrecho", por la **Ley alemana de Derecho Internacional Privado sobre Obligaciones Extracontractuales y Derecho a las Cosas de 21.5.1999**, art. 41²⁶

Ley alemana del 21.5.1999, art. 41

²⁴ Un ejemplo clásico se está solución fundada en la determinación de los contactos mas significativos está constituido por el caso **Babcock v/ Jackson**, transporte benévolo de Nueva York a Ontario y accidente en Ontario. El demandado pretendió la aplicación de la ley del lugar del accidente, Ontario, que lo eximia de responsabilidad de acuerdo a la ley vigente en dicha provincia canadiense en materia de transporte benévolo (guest statute). En primera y segunda instancia fue aplicada dicha normativa en base a la tradicional regla "lex loci delicti" del primer **Restatement of Conflicts of law** (1934), pero en tercera instancia la corte de Nueva York aplicó la ley de dicho Estado e indemnizó a la víctima considerando el lugar del accidente como fortuito y que en cambio un agrupamiento significativo de contactos - domicilio común de las partes, matrícula del vehículo, lugar donde éste estaba asegurado y sitio de inicio y fin del viaje - se daban en el Estado de Nueva York.

²⁵ **Juenger, Friedrich K**, "La evolución del derecho internacional privado en materia de responsabilidad civil", Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Ontario, octubre 1987, UNAM, 1989, pág. 181.

²⁶ **Ley alemana del 21.5.1999, art. 41.**"1) si existe un vínculo considerablemente más estrecho con el Derecho de un Estado distinto al que resultaría aplicable atendiendo las reglas de los artículos 38 y 40.2, este Derecho será el que rija la relación entre las partes.
2) Un nexo de este tipo puede derivar de: 1- Una relación especial jurídica o fáctica entre las partes vinculada con la relación obligacional..."

,"1) si existe un vínculo considerablemente más estrecho con el Derecho de un Estado distinto al que resultaría aplicable atendiendo las reglas de los artículos 38 y 40.2, este Derecho será el que rija la relación entre las partes.

. El **Anteproyecto europeo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones no Contractuales, art. 3.3**, recibe similar criterio²⁷. Estas legislaciones con la finalidad de encauzar la interpretación judicial y evitar así soluciones discrecionales, aportan elementos indicativos para la determinación del vínculo. En el ámbito interamericano la "proper law" es recibida en materia contractual por la **Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales** aprobada por la CIDIP V, **art. 9**, como solución subsidiaria a falta de elección por las partes del Derecho aplicable o si tal elección fuere ineficaz, indicándose criterios a considerar para determinar el Estado con el cual el contrato presenta sus vínculos más significativos.

3- "**Lex loci delicti**" - En hipótesis de responsabilidad extracontractual por acto ilícito en que se produzcan la disociación entre el lugar de la acción u omisión y el lugar de producción del resultado dándose estos elementos en distintos Estados, la ubicación de la conexión genera distintas posibilidades, como señalara **F. Pocar** en comunicado al Comité Francés de Derecho Internacional Privado (sesión del 30 de mayo de 1986), "**Le lieu de fait illicite dans les conflicts de lois et de jurisdictions**"²⁸. En tales casos es posible sostener en tanto "lex loci" la aplicación, entre otras, de las leyes del lugar de la acción u omisión generadores de la responsabilidad; del lugar donde se produzcan sus efectos directos; la aplicación alternativa o acumulativa de ambas; del lugar de acaecimiento del delito determinado dicho lugar con prescindencia de una solución general - solución que parecería conducir a la aplicación de la teoría ya examinada de los contactos más significativos, etc.

Respecto a la ley lugar de acaecimiento de la acción u omisión origen de la responsabilidad, no debe olvidarse en los casos de daños a distancia la afectación cierta del ordenamiento jurídico en el cual se produce el resultado dañoso, por la cual resulta posible sostener que en puridad el hecho ilícito, en tanto hecho complejo, no se completa hasta que sus efectos se producen, por lo que es pertinente aplicar la ley del

²⁷ **Anteproyecto europeo, art. 3.3**, "Sin embargo si resulta del conjunto de circunstancias que un delito presenta lazos sustancialmente más estrechos con otro país y que no existe un nexo significativo entre el delito y el país cuya ley será aplicable en virtud de los paragrafos 1 y 2, la ley de ese otro país se aplica.

Un vínculo sustancialmente más estrecho con otro país se puede fundar particularmente sobre una relación preexistente entre las partes, tal, que un contrato tenga un vínculo con el delito en cuestión.

²⁸ Comité Français de Droit International Privé, Travaux, 1985 - 1986, págs. 71 - 88.

Estado del perjuicio. Tales, casos de difamación o injurias a distancia²⁹ o de contaminación transfronteriza³⁰. Al respecto en la doctrina uruguaya, **Operti**, ha sostenido: “si el hecho generador del daño se produce en un Estado y el daño o perjuicio en otro, el hecho perfecciona en el segundo la calidad de ilícito, con independencia de gozar de ella “ab initio”³¹.

Las regulaciones de derecho positivo y proyectos en la materia oscilan en general entre soluciones que determinan la aplicación - en defecto de residencia habitual común de autor y víctima en un mismo Estado al momento de ocurrir el ilícito - de la ley del Estado de producción del daño, en tanto el autor del mismo hubiere podido prever razonablemente su acaecimiento en dicho lugar, y en caso contrario, subsidiariamente, de la ley del lugar de la acción u omisión³²; y aquellos que concretamente otorgan a la víctima la alternativa de optar entre ambos Derechos. Solución con origen en la jurisprudencia de intereses alemana que reconoció al reclamante la facultad de elegir entre ambas regulaciones y en ausencia de tal elección entendió que correspondía al tribunal actuante determinar entre ambos Derechos el más favorable al damnificado. Regulaciones actuales que acogen la solución opcional eliminan la alternativa judicial, otorgando a la parte la facultad de elegir entre uno u otro Derecho³³.

²⁹ Así la jurisprudencia francesa en los casos de la princesa Carolina de Mónaco y de la actriz Romy Schneider, *Revue Critique de Droit International Prive*, 1983, T. 72, págs. 670-678.

³⁰ Ver al respecto y en relación específicamente a la jurisdicción competente, el caso ya referido en nota 8, “Minas de Potasio de Alsacia”.

³¹ **“Derecho Internacional Privado y Medio Ambiente - La contaminación transfronteriza en el Derecho Internacional Privado”**, Medio Ambiente y Desarrollo, Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, 1992.

³² **Tales Código Civil del Quebec del 18.12.1991, Título X – “Derecho Internacional Privado”, Capítulo III, “Estatuto de las Obligaciones”, Sección 10, “De la responsabilidad civil”, art. 3126**, “La obligación de reparar el perjuicio causado a otro se rige por la ley del Estado donde el hecho generador del perjuicio ha ocurrido. Sin embargo, si el perjuicio se produce en otro Estado, la ley de dicho Estado se aplicará si el autor debió prever que allí se produciría el perjuicio”; **Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, art. 133, “Ley aplicable en defecto de elección del derecho”**, “2. cuando el autor y la víctima no tengan su residencia habitual en un mismo Estado, las pretensiones se rigen por la ley del Estado en el cual el acto ilícito ha sido cometido. Sin embargo, si el resultado se produce en otro Estado, el derecho de ese Estado será aplicable si el autor debió prever que el resultado allí se produciría.”

³³ Tal en el continente americano, la **Ley venezolana de Derecho Internacional Privado vigente desde febrero de 1999, art. 32**, “Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”. **Proyecto argentino de Código de Derecho Internacional Privado del 14 de mayo de 2003, art. 90, “Contaminación ambiental”**, “Cuando se trata de responsabilidad por contaminación ambiental se aplica la regla del artículo 89” (ley del Estado en cuyo territorio se produce el hecho) o, a elección del damnificado, el derecho del Estado en cuyo territorio se producen los efectos del hecho generador del daño o el del domicilio o el de la residencia habitual del responsable del daño”.

En el ámbito europeo participan de este criterio la **Ley alemana de Derecho Internacional Privado del 21.5.1999, art. 40.1**, “Los reclamos por actos ilícitos se rigen por el Derecho del Estado en el que actuó el sujeto obligado a indemnizar. El perjudicado puede solicitar que en vez de dicho ordenamiento se aplique el Derecho del Estado en el que sobrevino el resultado. El derecho de disposición solo puede ser ejercido en primera instancia hasta que concluya la vista o las diligencias escritas”; y la **“Ley italiana de Reforma del Sistema de Derecho Internacional**

Frente a las distintas posiciones de doctrina y derecho positivo respecto a la ubicación de la "lex loci delicti" en hipótesis de daños ocurridos en un Estado a consecuencia de acciones u omisiones acaecidos en otro, entendemos que resulta razonable la alternativa conferida al damnificado de optar entre el Derecho del Estado de la acción u omisión y el del país en el cual el daño se produce, sin otra exigencia que la relativa a que el daño hubiere podido preverse razonablemente como consecuencia de la acción u omisión y que la opción se ejerza al inicio de las actuaciones procesales.

4.- Elección por las partes del Derecho aplicable. Si bien no resulta frecuente que autor y damnificado se pongan de acuerdo en el Derecho aplicable en materia de responsabilidad por hecho ilícito, la elección efectuada después de la producción del hecho del que deriva la responsabilidad, tal como exige el Derecho alemán, **Ley de Derecho Internacional Privado sobre Obligaciones Extracontractuales y Derecho a las Cosas del 21.5.1999, art. 1³⁴**, supone una solución aceptable en tanto no se vulneren derechos de terceros. Frente a posibles límites respecto a la elección del Derecho aplicable, reduciendo la misma a la ley del foro, tal lo previsto por la **legislación suiza, art. 132³⁵**, juzgamos más adecuada la posibilidad de amplia elección permitida por la **legislación alemana y el Anteproyecto europeo, art. 11³⁶**.

Las soluciones propuestas en materia de Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual por contaminación transfronteriza deben reconocer como límite el constituido por las leyes de aplicación inmediata, leyes de policía, del foro actuante, tal lo previsto por el **Anteproyecto europeo, art. 12** y en el ámbito interamericano por la **Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada por la CIDIP V de 1994, art. 11³⁷**. La ley aplicable en virtud de las soluciones previstas podrá ser excluida asimismo cuando resulte manifiestamente incompatible con el orden público internacional del foro, entendido éste como el conjunto de principios esenciales de un ordenamiento jurídico dado en un determinado momento³⁸.

Privado", n° 218 del 31.5.1995, art. 62.1, "La responsabilidad por hecho ilícito es regulada por la ley del Estado en que se ha producido el acontecimiento. Sin embargo, el damnificado puede pedir la aplicación de la ley del Estado en el cual se ha producido el hecho que ha causado el daño".

³⁴ **"Ley alemana de DIPr"**, art. 41, "Tras la producción del hecho del que deriva la responsabilidad extracontractual, las partes pueden elegir el derecho al que van a someter su relación extracontractual. Los derechos de terceros no se verán afectados."

³⁵ **Ley Federal suiza de DIPr. de 1987, art. 132, "Elección del Derecho"**, "Después de la producción del hecho dañoso las partes pueden en todo momento convenir la aplicación del derecho del foro".

³⁶ **Anteproyecto europeo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones no Contractuales, art. 11**, "las partes pueden elegir la ley aplicable a la obligación no contractual, esta elección debe ser expresa y no puede afectar los derechos de terceros".

³⁷ **Convención Interamericana de 1994, art. 11**, "No obstante lo previsto por los artículos anteriores, se aplicaran necesariamente las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo".

La mención al Derecho aplicable deberá ser interpretada en el sentido de referencia al Derecho interno de los Estados con exclusión de sus normas de Derecho Internacional Privado, fórmula clásica adoptada por los textos internacionales tanto a nivel de las Convenciones de La Haya cuanto de aquellas elaboradas por las CIDIP que evita en definitiva la aplicación de un Derecho nacional distinto al designado por la norma convencional para regular la categoría.

II.II.- Jurisdicción Internacional competente.

En el marco de “la conveniencia de contemplar la expectativa fundada de los peticionantes de demandar ante foros accesibles”, así como “las expectativas de los reclamados a no ser demandados y juzgados ante foros o por leyes sin conexión razonable con el objeto de la demanda o con las partes”, como requiriera la CIDIP VI con miras a futuras regulaciones en la materia - CIDIP VI, Resolución 7/02 - se proponen las siguientes bases atributivas de jurisdicción internacional:

1.- Jurisdicción del Estado de la residencia habitual del demandado

El criterio, que se ajusta al tradicional aforismo “actor sequitur forum rei”, constituye una solución axiológicamente adecuada cuanto otorga jurisdicción a los tribunales de un Estado efectivamente incidido por el litigio y asegura a la vez la mejor defensa del demandado.

En el ámbito continental la solución tiene origen en los arts. 56 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 de Derecho Civil Internacional³⁹ y en el art. 323

³⁸ La excepción de orden público internacional es recibida por todas las Convenciones aprobadas en el ámbito de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, siendo definida por la “**Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado**”, art.5, en el sentido de que “La ley declarada aplicable por una Convención del Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público.” Con la finalidad de restringir la invocación de la excepción, evitando aplicaciones excesivas de la misma, Uruguay, Estado Parte de la Convención, al suscribir la misma señaló el carácter singular del instituto, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado, entendiéndose que sólo corresponde su invocación de manera fundada, cuando los preceptos de la ley extranjera ofendan en forma clara, concreta y manifiesta normas y principios esenciales en los que la República asienta su individualidad jurídica.

³⁹ **Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, art. 56**, “las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán establecerse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado”. La misma solución es acogida por el **Tratado de Derecho Civil de 1940, art. 56**.

del Código de Bustamante⁴⁰. El Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones en Materia Civil y Mercantil”, n° 44 del 22.12.2000, art. 2.2, consagra similar solución⁴¹. El Protocolo del Mercosur sobre Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito, Decisión CMC 01/996, acoge también esta base jurisdiccional, art. 7.b⁴². En el mismo sentido, el Proyecto argentino de Ley de Derecho Internacional Privado, art. 32⁴³. El Apéndice del Código Civil de Uruguay, Ley n° 10.084 del 3.12.1941, normativa uruguaya de fuente nacional en materia de DIPr. aplicable en defecto de regulación convencional, art. 2401, recibe esta jurisdicción con alcance general en materia de acciones personales patrimoniales⁴⁴.

2.- Jurisdicción de los Estados donde se ha produciendo la acción u omisión causante del daño o donde éste ha producido sus efectos.

La fórmula de la Convención de Bruselas de 1968 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Comercial, art. 5.3, atributiva de jurisdicción a los tribunales del “lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño”⁴⁵, ha determinado interpretaciones jurisdiccionales -caso Minas de Potasio de Alsacia, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas del 30.11.1976, asunto 21/76 - en el sentido que la expresión “hace alusión a la vez al lugar donde el daño ha sobrevenido y al lugar del acontecimiento causal origen de dicho daño.” Ambas jurisdicciones, Estado de acaecimiento de la acción u omisión origen del daño y Estado de producción del mismo, refieren a países suficientemente

⁴⁰ Código de Bustamante de 1928, art. 323, “fuera de los casos de sumisión expresa o tácita y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”.

⁴¹ Reglamento del Consejo de la Unión Europea, n° 44, art. 21, “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, cualquiera fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”.

⁴² Protocolo del Mercosur sobre Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito, Decisión 01/96, art. 7, “Para ejercer las acciones comprendidas en este Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado parte: ... b) del domicilio del demandado. Igual solución consagra el Protocolo del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 01/994, art. 7.b.

⁴³ Proyecto Argentino de Ley de Derecho Internacional Privado, art. 32 “Responsabilidad civil extracontractual”, “son competentes para conocer de las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil, a opción del demandante: a) los tribunales del domicilio del demandado”.

⁴⁴ Apéndice del Código Civil de Uruguay, art. 2401, “Son competentes para conocer en los juicios a que puedan dar lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponden el conocimiento de tales relaciones. Tratándose de acciones personales patrimoniales, éstas también pueden ser ejercidas a opción del demandante, ante los jueces del domicilio del demandado”.

⁴⁵ El Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil de 22.12.2000, acoge similar criterio, Sección 2, “Competencias especiales”, art. 5.3, “En materia delictual o cuasi delictual, ante el tribunal donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.”

vinculados al hecho litigioso y especialmente a su prueba.. El Proyecto argentino de Ley de Derecho Internacional Privado, del 2003, art. 32.b recibe igual solución.

3.- Elección de foro.

En la medida que una vez ocurrido el daño se acepta la posibilidad que las partes pueden escoger la ley aplicable, nos inclinamos por admitir también dicha opción en materia de foro bajo similar condición temporal, lo cual evita toda posibilidad de imposición abusiva de una parte sobre otra.

Igualmente entendemos que corresponde admitir la prórroga post- litem, reconociendo la competencia del tribunal ante el cual el reclamante plantee la demanda, siempre que el demandado comparezca en forma positiva y no ficta y no impugne tal jurisdicción. Solución con tradicionales antecedentes en el Derecho Internacional Privado regional que remiten al Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 en vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay, art.56 "in fine"⁴⁶, también recibida por textos multilaterales regionales recientes como el Protocolo del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional en Materia contractual", Decisión CMC 1/94, art. 6.⁴⁷

- En tanto la contaminación ambiental transfronteriza aparece en nuestros días como una realidad de creciente planteo y consecuentemente de afectación cada vez más grave de los derechos de las personas físicas y jurídicas, se torna imprescindible el análisis de la pertinencia de regulaciones convencionales capaces de ofrecer certeza en cuanto a la ley aplicable y jurisdicción internacionalmente competente de acuerdo a soluciones que contemplen adecuadamente, como oportunamente precisara la CIDIP VI, Resolución 7/02, tanto las expectativas de los damnificados a demandar ante foros accesibles en función de un régimen legal favorable, cuanto el derecho de los reclamados a no ser demandados en base a leyes ni ante tribunales sin razonable conexión con el caso.

⁴⁶ Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, Título XIV, "De la jurisdicción", art. 56, última parte, "se permite la prórroga territorial de la jurisdicción, si después de promovida la acción el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta".

⁴⁷ Protocolo del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional en Materia contractual, art. 6, "Haya sido elegida o no la jurisdicción, esta se entenderá prorrogada en favor del Estado Parte donde se promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta"