

**LA JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LA LEY APLICABLE EN CASOS DE
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - PARTE II:**

**CLASES ESPECÍFICAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
POTENCIALMENTE ADECUADAS PARA SU TRATAMIENTO EN UN INSTRUMENTO
INTERAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

(presentado por el doctor Carlos Manuel Vázquez)

En la Resolución 815 del 1 de Mayo de 2002, el Consejo Permanente instruyó al Comité Jurídico Interamericano a “examinar la documentación sobre el tema relativo a la ley aplicable y competencia de la jurisdicción internacional con relación a la responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta las directrices establecidas en la CIDIP-VI/RES.7/02,” y “emitir un informe sobre el tema, estableciendo recomendaciones y posibles soluciones, a fin de presentar todo al Consejo Permanente tan pronto sea posible, para su consideración y determinación de los pasos futuros.” La resolución de la CIDIP a la cual se refiere el Consejo Permanente indicaba que la conferencia “estaba a favor de que se llevara a cabo un estudio preliminar, a fin de identificar áreas específicas que revelasen un desarrollo progresivo de la reglamentación en esta área a través de soluciones de conflictos de leyes, así como un análisis comparativo de las normas nacionales actualmente en vigencia.”

Sobre la base de los informes preparados por los relatores Dra. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra y Dr. Carlos Manuel Vázquez, el Comité determinó en su 62° Período Ordinario de Sesiones que, en virtud de la amplitud del tema general de la “responsabilidad extracontractual” y la diversidad de obligaciones comprendidas en dicha categoría, no existían en el momento las condiciones para desarrollar un instrumento interamericano armonizando los temas de jurisdicción y ley aplicable para la categoría en su totalidad.

De acuerdo con la resolución de la CIDIP que el Consejo Permanente instruyó al Comité a tener en cuenta, este Informe procura “identificar áreas específicas” dentro del amplio tema de obligaciones extracontractuales “revelando un desarrollo progresivo de la regulación en este campo a través de soluciones de conflictos de leyes.” El Informe examina las tres áreas sugeridas por la delegación de Uruguay en su informe final a la CIDIP-VI como ameritando de manera potencial un tratamiento por separado en un instrumento interamericano de derecho internacional privado: contaminación transfronteriza, responsabilidad por productos y accidentes de tránsito.¹ Además, a raíz del gran interés en el comercio electrónico expresado por los expertos que respondieron al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano relativo al futuro de la CIDIP, hemos considerado también si el área de los delitos a través de la Internet consistiría en un tema adecuado para tal instrumento.

El Informe concluye que en la actualidad existen las condiciones para la elaboración de un instrumento interamericano de derecho internacional privado en las áreas de responsabilidad por productos y accidentes de tránsito. Pueden existir también las condiciones con relación a daños ambientales transfronterizos, aunque dicha cuestión es significativamente más compleja, y las respuestas menos certeras. Finalmente, no existen en este momento las condiciones para

¹ Ver Exposición de Motivos: Proyecto de la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable y Competencia Internacional de la Jurisdicción con Relación a la Responsabilidad Extracontractual, en 17 (OEA/Ser.K/XXI.6 CIDIP VI/doc.17/02, 4 de feb. de 2002 [en adelante Exposición de Motivos].

la elaboración de un instrumento de derecho internacional privado con relación a delitos cometidos a través de la Internet.

A. Daños Ambientales Transfronterizos

En la CIDIP-VI, los Estados Miembros concordaron sobre la necesidad de profundizar los estudios sobre la posibilidad de obtener un instrumento de derecho internacional privado en el área de “Conflicto de Leyes en Materia de Responsabilidad Extracontractual, con énfasis en la Competencia de la Jurisdicción y Ley Aplicable con Relación a la Responsabilidad Civil Internacional por Contaminación Transfronteriza.”² Esta sección tratará el último tema: responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza. La discusión de esta cuestión se limitará a la responsabilidad de los actores privados, puesto que los estados miembros generalmente concordaron en la sesión planaria de febrero de 2002 del Comité III de la CIDIP-VI que el tema debía excluir de su alcance la responsabilidad estatal.³ Sin embargo, como lo han reconocido los estados miembros que han asumido roles de liderazgo en las negociaciones de la CIDIP-VI existe un “entrelazo significativo entre los sistemas de responsabilidad internacional [pública] y los sistemas de responsabilidad civil.”⁴

Aún cuando limitado a los actores privados, el alcance del tema permanece bastante amplio, comprendiendo todas las formas de contaminación, así como todos los escenarios que son transfronterizos por naturaleza. En primer lugar, existen muchos contaminantes y muchas maneras por las cuales los contaminantes pueden causar daño al medio ambiente. En general, los contaminantes se clasifican como no peligrosos, tal como los desechos industriales, aguas servidas y desperdicios, o aún en algunas circunstancias organismos genéticamente modificados, o como materiales peligrosos, tales como residuos nucleares y toxinas biológicas. Estos contaminantes pueden causar daño a un gran número de componentes del medio ambiente, incluyendo el aire, agua, suelo, espacio, ecosistema y el suministro de alimentos.

En segundo lugar, existen muchas formas de actividad que pueden causar contaminación transfronteriza por naturaleza. Por ejemplo, una parte en un país podría accidentalmente causar contaminación en un país que derrama sustancias en otro país or países. Una plataforma petrolera puede derramar petróleo en el mar territorial del país que desembolca en el mar territorial de un país vecino. Además, una parte situada en un país puede intencionalmente causar contaminación en otro. Tal ejemplo podría involucrar lluvia ácida que cae en un país como resultado de la contaminación emitida durante un proceso de fabricación determinado en otro país. También, una parte principalmente situada en un país puede transportar materiales en otro país que resulten en daño para el medio ambiente en el último. Menos común, aunque aún posible, una parte en un país podría sufrir lesiones en su paso a través de otro país. Un turista puede ser expuesto a la acción de aguas servidas en la playa, por ejemplo. Finalmente, la contaminación que tiene lugar en el territorio internacional, tales como en alta mar o en el espacio, podría también considerarse como contaminación “transfronteriza”, al menos si las medidas preventivas hubiesen sido tomadas en un territorio nacional a fin de prevenir un acontecimiento causante de contaminación que tiene lugar en territorio internacional.

² CIDIP-VI/Res. 7/02, 8 de feb. de 2002.

³ Ver Informe de Rafael Veintimilla, Relator del Comité III Rapporteur, 11 de feb. de 2002, OEA Doc. No. CIDIP-VI/Com.III/doc.2/02 rev.2 [en adelante Informe Veintimilla]. Esta limitación puede reflejar un interés creciente en tratar el tema de contaminación transfronterizo a través de soluciones de responsabilidad privada. *Compare* Declaración de Estocolmo de Junio de 1972 (principios 21 y 22 relativos a responsabilidad del Estado) con la Declaración de 1992 de la Cumbre de Río (convocando a los estados a desarrollar leyes nacionales relativas a compensación de víctimas) & Diez Puntos de Osnabruk de Abril de 1994.

⁴ Estudio Preparado por la Delegación Uruguay a la OEA, Doc. No. CIDIP-VI/doc.5/00, 7 de feb. de 2000. En las negociaciones de la CIDIP-VI del Comité III, algunos Estados Miembros requirieron mayor atención para este tema. Ver Informe Veintimilla.

La cuestión sobre si las condiciones existen en la actualidad para la negociación de un instrumento interamericano de derecho internacional privado relativo a la responsabilidad de las partes privadas en caso de daño ambiental transfronterizo es compleja por una serie de razones. En primer lugar, y de manera más obvia, este tema ya ha formado parte de la agenda de la CIDIP, no habiéndose llegado a acuerdo alguno en dicho foro. La conveniencia de tratar de considerar el tema nuevamente en la agenda de la CIDIP depende obviamente de las razones por la falta de éxito de este tema en la CIDIP-VI. Si la falta de acuerdo sobre esta cuestión fue el resultado de un desacuerdo insuperable entre los Estados Miembros sobre el método apropiado sobre este asunto, parecería entonces recomendable comenzar el proyecto de armonizar la jurisdicción y ley aplicable para la responsabilidad extracontractual en este Hemisferio con otro tópico.

La segunda complejidad resulta del hecho de que otras organizaciones internacionales mantienen aspectos de este tema en su agenda – más notablemente La Comisión de Derecho Internacional (CDI) y La Conferencia de La Haya. Puede resultar deseable para la OEA diferir su tratamiento del tema hasta después de que las otras organizaciones hayan completado su labor, porque (a) las organizaciones relevantes son globales en su alcance, y (b) han estado trabajando sobre este tema durante un tiempo más considerable que la OEA. La CDI en la actualidad tiene en su agenda el tema de la “Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Lesivas Resultantes de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional”. Este tema ha estado en la agenda, de una manera u otra, desde 1978. Aunque originalmente consideraba solamente la responsabilidad de los Estados, ha decidido recientemente expandir el alcance del proyecto para considerar también la responsabilidad de los operadores privados. La Conferencia de La Haya ha estado considerando desde 1992 la elaboración de un instrumento de derecho internacional privado para los daños ambientales transfronterizos. Produjo una amplia Nota sobre el tema en el año 2000, pero la cuestión se encuentra ahora en aparente estado de inactividad en su agenda.

La tercera complicación resulta de la existencia de numerosos instrumentos internacionales que tratan de la responsabilidad por daño ambiental transfronterizo en varios sectores diferenciados. No todos los estados del Hemisferio han adherido a estos instrumentos, pero muchos de ellos lo han hecho. Algunos de estos instrumentos tratan de cuestiones de jurisdicción y ley aplicable, pero la mayoría cuida del tema de la responsabilidad propiamente tal. Esto puede reflejar la preferencia de la comunidad internacional en enfocar este tema a través de la armonización de la ley sustantiva en lugar de hacerlo a través de la armonización de la jurisdicción y ley aplicable. Verdaderamente, la preferencia del primer método parece reflejada en la Declaración de Estocolmo del 16 de Junio de 1972⁵ y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.⁶ De acuerdo con el principio 22 de la Declaración de Estocolmo, los “[e]stados cooperarán a fin de mejor desarrollar el derecho internacional con relación a la responsabilidad y compensación para las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales causados por actividades dentro de la jurisdicción o control de tales estados a áreas fuera de su jurisdicción.” El Principio 13 de la Declaración de Río dispone de manera similar que los “Estados desarrollarán normas nacionales relativas a la responsabilidad y compensación para las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados también cooperan de una manera expedita y más determinada para desarrollar aún más el derecho internacional relativo a la responsabilidad y compensación por los efectos adversos de los daños ambientales causados por actividades dentro de su jurisdicción o control a áreas fuera de su jurisdicción.”

⁵ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Declaración de Principios, sesión del 15 a 16 de junio de 1972, Principio 21, U.N. Doc. A/CONF.48/14, *reimpreso en* 11 I.L.M. 1416, 1420 (1972).

⁶ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992, UN Doc. A/CONF.151/5/Rev.1, *reimpreso en* 31 ILM 874 (1992).

Por otro lado, es probable que las diferencias en la ley sustantiva persistan, a pesar de las tentativas de armonización de la ley sustantiva, y la necesidad de asignar la jurisdicción necesariamente permanecerá. Verdaderamente, la labor de la CDI contempla explícitamente que será complementada por acuerdos regionales y bilaterales.⁷ En cualquier caso, las cuestiones clave para la OEA son si debería tentar un instrumento sobre este tema antes de que se complete o se abandonaron la labor de otras organizaciones, y si debería focalizar en la armonización de la ley sustantiva, la armonización del derecho internacional privado o una combinación de ambos.

Esta sección describirá en términos generales, las normas internacionales e internas en vigencia en este Hemisferio que rigen la responsabilidad extracontractual por daños ambientales. Describirá luego brevemente los métodos utilizados en el Hemisferio para determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente en casos de daño ambiental transfronterizo, así como los métodos utilizados en otras partes del mundo. Discutirá luego la labor efectuada en la actualidad sobre este tema por las organizaciones internacionales, incluyendo el trabajo inicial realizado sobre este tema en la CIDIP-VI. Seguirán luego las conclusiones.

1. Las Normas Sustantivas que Gobiernan la Responsabilidad por Daños Ambientales

A tal punto que las normas sustantivas que rigen la responsabilidad civil por daño ambiental sean armónicas – sea porque las normas nacionales o subnacionales en el Hemisferio coinciden o porque las convenciones internacionales han tenido éxito en armonizar el derecho – las tentativas de armonizar las normas sobre ley aplicable serían superfluas. Esta sección brinda un breve panorama de las leyes nacionales y subnacionales que rigen la responsabilidad civil por daño ambiental en este Hemisferio y los instrumentos internacionales existentes que buscan armonizar tales leyes. Las leyes nacionales sobre este tema divergen en varios aspectos significativos. Los instrumentos internacionales existentes cubren solamente ciertos sectores diferenciados, dejando muchos tipos de daños ambientales sin considerar; y una porción significativa de estados del continente no han adherido a muchos de estos instrumentos.

a. *Las Leyes Nacionales*

Common Law. El sistema del *common law* (derecho común) ofrece varias teorías de compensación que podrían aplicarse al daño ambiental: alteración del orden público o privado, violación de la propiedad, negligencia, responsabilidad objetiva, doctrina del *trust* público y derechos de los propietarios ribereños (*riparian rights*). La doctrina de la alteración del orden público o privado prohíbe la interferencia intencional no violatoria (*intentional non-trespassory interference*) con el uso y goce de la tierra.⁸ La violación (*trespass*) trata de la invasión física intencional de la propiedad, y frecuentemente aparece junto con la molestia (*nuisance*) en una acción para resarcir los daños y perjuicios o en una medida cautelar.⁹ Una acción basada en la negligencia puede incoarse cuando el victimario posee el deber de diligencia y, no cumpliendo con su deber, se aparta de la norma de cuidado que debería adoptar una persona razonable.¹⁰ La responsabilidad objetiva se basa en el famoso caso *Rylands c/ Fletcher*. La regla desarrollada impone una responsabilidad objetiva por actividades extrapeligrosas antinaturales y en gran escala, que causan lesiones a los vecinos o a la propiedad lindera. Bajo la doctrina

⁷ Ver Comentarios Sobre Proyecto de Artículos Sobre la Prevención de Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53ª Sesión (2001), en 381.

⁸ Ver *Civil liability resulting from transfrontier environmental damage: a case for the Hague Conference?*, Documento preliminar No. 8, Nota redactada por Christophe Bernasconi, abril de 2000 [en adelante Nota de La Haya 2000], en 16-17.

⁹ *Id.* en 17.

¹⁰ *Id.* en 18.

del *trust* público, el estado es el guardián de los recursos naturales a servicio del público.¹¹ La propiedad mantenida en *trust público* puede transferirse a los individuos, pero las cargas de las obligaciones del *trust público* siguen a la propiedad.¹² La observancia o cumplimiento del *trust* deben ser realizados por lo general por el estado contra el individuo que perpetró el daño; no resulta claro si un individuo puede iniciar procedimientos para efectivizar el cumplimiento.¹³ Los derechos de los propietarios ribereños corresponden a las personas cuyas propiedades lindan con vías acuáticas; los titulares de los derechos pueden incoar acciones a fin de mantener a las vías acuáticas en su estado natural.¹⁴

En los Estados Unidos, el Gobierno Federal ha aprobado también una gran cantidad de normas que gobiernan la responsabilidad por daños ambientales. La mayoría de estas leyes no tratan de la responsabilidad de una parte privada respecto de otra por daños causados a la persona o propiedad. Dos que sí tratan de dicha responsabilidad, la Ley Amplia de Respuesta Ambiental Compensación y Responsabilidad (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act - CERCLA)¹⁵ y la Ley sobre Contaminación por Petróleo (Oil Pollution Act -OPA),¹⁶ contemplan la responsabilidad civil de personas responsables por la disposición de sustancias tóxicas o peligrosas, o debido a derrame accidental de petróleo. La CERCLA está preocupada con remediar el daño causado a la salud pública y el medio ambiente como resultado de almacenamiento inadecuado de desechos tóxicos.¹⁷ Para este fin, trata sobre la limpieza de las instalaciones que albergan tales desechos. Se refiere a pedidos o pretensiones de los ciudadanos, confiere a la agencia administrativa el deber de identificar lugares contaminados y otorga al Presidente de los Estados Unidos la autoridad para “tomar las medidas necesarias de seguridad en caso de amenaza a la salud pública o al medio ambiente”¹⁸ La Ley está financiada por el Superfondo, que se alimenta de impuestos cobrados sobre los productos petrolíferos y los desechos peligrosos.¹⁹ La CERCLA impone un estricto régimen de responsabilidad y trata también de la responsabilidad mancomunada y solidaria; además, el demandado puede requerir la indemnización o contribución por parte de un tercero.²⁰

En los primordios del incidente Exxon Valdez, los Estados Unidos decidieron no aunar los esfuerzos internacionales para establecer un sistema unificado de responsabilidad civil. En lugar de ello, aprobaron la Ley de Contaminación Petrolífera (Oil Pollution Act), que establece 42 regulaciones que gobiernan el transporte de petróleo e impone una responsabilidad objetiva sobre quienquiera tenga el control del navío.

Derecho Civil. El derecho civil brinda también una serie de bases para el remedio aplicable al daño ambiental: servidumbres, culpa o delitos, responsabilidad objetiva y ley de vecindad. Además, existen reglas especiales aplicables al medio ambiente. La ley de las servidumbres es similar a la teoría de los derechos de los propietarios ribereños: titulares de bienes raíces que lindan con cursos de agua “no pueden impedir el curso natural del agua o

¹¹ Esta teoría no se acepta en Canadá, pero es ampliamente utilizada en los Estados Unidos.

¹² Nota de La Haya 2000 en 19.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.* en 20.

¹⁵ 42 U.S.C. § 9601 y *sig.* (2003).

¹⁶ 33 U.S.C. § 2701 y *sig.* (2003).

¹⁷ Nota de La Haya 2000 en 21-22. La persona responsable es también responsable por los daños infligidos o por el daño causado a los recursos naturales o sua pérdida o destrucción.

¹⁸ *Id.* en 22.

¹⁹ *Id.* Debemos mencionar que la ley en realidad no ha funcionado tan bien – los costos son altos y el trabajo de limpieza ha tomado mucho más tiempo de lo que se había previsto.

²⁰ *Id.*

modificar sustancialmente la calidad del agua.”²¹ La responsabilidad basada en culpa o dolo resulta de la violación de un deber general de actuar de tal manera de no causar daño a otro.²² La ley civil mexicana establece un régimen de responsabilidad objetiva, similar a aquél del sistema del *common law*.²³ La única disposición que releva de responsabilidad en la ley mexicana es la culpa o negligencia “inexcusable” de la víctima.²⁴ La ley de la vecindad es un régimen desprovisto de culpa, en el cual uno debe conducir sus asuntos de manera tal de no dañar la propiedad del vecino.²⁵

Las reglas especiales sobre responsabilidad ambiental en los sistemas del derecho civil incluyen muchas normas basadas en la responsabilidad objetiva.²⁶ Algunas leyes toman incluso accionable el uso normal, si el mismo produce un daño.²⁷ Grecia caracteriza al daño ambiental como una “violación de los derechos de la personalidad,”²⁸ e Italia establece el derecho de solicitar indemnización a aquéllos que “despreocupadamente” violan la ley ambiental.²⁹ En pocas palabras, existe una amplia variedad de reglas especiales para la responsabilidad ambiental en los regímenes del derecho civil.

Tanto en los países del derecho civil o en el régimen del *common law*, las actividades ultrapeligrosas que puedan causar daño ambiental están sumamente reguladas por medio de las agencias administrativas. Dicha regulación agrega otro estrato legislativo posible, que podría dar lugar a cuestiones de ley aplicable. Por ejemplo, en algunos países, la autorización previa de una actividad por parte de una agencia administrativa puede producir un grado de inmunidad de la responsabilidad por lesiones sufridas.³⁰ En caso de daños transfronterizos, puede surgir la necesidad de determinar si la inmunidad conferida administrativamente debería tener efecto con relación a lesiones sufridas en cualquier otro lugar. Como asunto general, el hecho de que el área de protección ambiental está muy regulada en muchos estados, con las agencias administrativas asumiendo un papel activo, es un factor adicional de complejidad en el tema de la protección ambiental transfronteriza. Este tema requiere que se preste atención a la relación entre una ley interna pública y privada así como a la relación entre derecho internacional privado y público.

b. Tratados que Consideran la Responsabilidad Civil por Daños Ambientales

²¹ *Access to Courts and Administrative Agencies in Transboundary Pollution Matters*, Commission for Environmental Cooperation Background Paper, en N. AMER. ENV. L. AND POL'Y, Vol. 4, primavera 2000 [en adelante CEC Background Paper], en 224.

²² *Id.*

²³ *Id.* en 226.

²⁴ *Id.*

²⁵ Nota de La Haya 2000 en 23. El Código Civil Suizo es un ejemplo. La base para la responsabilidad está “objetivamente” excediendo los derechos de propiedad de uno mismo, aunque la actora debe demostrar la conexión causal entre el daño y la acción del dueño de la propiedad. Código Civil Suizo, arts. 679-684.

²⁶ La mayoría de los estados posee regímenes de responsabilidad objetiva. Rusia es una excepción, pero en Rusia la culpa se presume, debiendo el demandado correr con la carga de la prueba en contrario. Nota de La Haya 2000 en 24 n.102. En general, nuevamente, la responsabilidad objetiva está acompañada por un límite en el valor de los daños que la actora puede recuperar. *Id.* en 24.

²⁷ *Ver, p.ej.,.ild.* en 24 (discutiendo Alemania).

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ Nota de La Haya 2000 en 41 n.211 (citando a Christian Von Bar, *Environmental Damage in Private International Law*, COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW, VOL. 268, en 324).

Además de los tratados y otros instrumentos que tratan de la responsabilidad de los estados por daños ambientales transfronterizos en ciertos sectores,³¹ existe un número de tratados que se abocan al tratamiento de la responsabilidad civil por daño ambiental en ciertas áreas. Los tratados más importantes regulan la responsabilidad civil referida a los tres mayores contaminantes – desperdicios nucleares, derramamiento de petróleo y materiales peligrosos. La Convención de París de 1960 y la Convención de Viena de 1963, que se vincularon a través de un Protocolo Conjunto en 1992, regulan los desperdicios nucleares.³² La Convención de Bruselas de 1969 regula los derramamientos de petróleo.³³ El transporte de materiales peligrosos está gobernado por un número de tratados, incluyendo el Protocolo de Basilea.³⁴ Las características principales de los tratados más importantes referidos a contaminación transfronteriza están brevemente descriptos más abajo. Aunque las normas sustantivas legales utilizadas en éstos y otros tratados varían mucho, existen por lo menos cuatro asuntos importantes que son generalmente considerados por los tratados sobre contaminación transfronteriza.

(1) *Las Partes Facultadas Para Solicitar Compensación*

Dado que la contaminación constituye frecuentemente un fenómeno difuso, que afecta a gran cantidad de personas, uno de los aspectos más importantes de las normas sobre responsabilidad por contaminación es quién puede hacerlas cumplir directamente. La contaminación transfronteriza puede causar lesiones a las personas o propiedad de muchos tipos de actores legales, ya sea personas de existencia visible, entidades legales o incluso el estado. Varias convenciones sobre este tema brindan maneras de obtener compensación para algunos o para la totalidad de estos actores legales en ciertas situaciones. Algunos tratados condicionan también la habilidad de un actor para recibir compensación, cuando se trata de un actor que ostenta una relación con una Parte Contratante, en cuyo caso los nacionales de las partes no contratantes no están amparados por el tratado, incluso en el caso de que sufran daños dentro del territorio de una Parte Contratante. En contraste, otros tratados vinculan a las Partes Contratantes para aplicar las reglas del tratado independientemente de la nacionalidad de la parte que sufrió el daño. Aún más, otros excluyen la aplicación de todas las reglas del tratado cuando una parte extranjera sufre un daño en el mismo estado del acontecimiento que causó la contaminación, en cuyo caso se aplican generalmente las leyes nacionales.

(2) *Las Partes Responsables y Estándar de Responsabilidad*

Las reglas que determinan quién es responsable en caso de contaminación transfronteriza se basan frecuentemente en uno o más de los siguientes principios básicos: el “principio de que el contaminador paga” según el cual los costos del daño ambiental son internalizados por aquellos que causan el daño, y el “principio de prevención” según el cual las precauciones de costo efectivo deberían ser tomadas para prevenir el riesgo de daño ambiental, aún cuando no exista la certidumbre científica sobre si tales precauciones serán efectivas o son necesarias.³⁵ Un ejemplo del principio de que el contaminante paga, serían los tratados sobre derramamiento de petróleo y daños nucleares, que atribuyen responsabilidad al “operador” (por ejemplo, la compañía que opera un navío que pierde petróleo o la planta nuclear que emite desechos radioactivos), mientras que los tratados sobre disposición de desechos peligrosos pueden

³¹ Los instrumentos que tratan de la responsabilidad del estado por daño ambiental no serán discutidos en este Informe.

³² Protocolo Conjunto sobre la Aplicación de la Convención de Viena y la Convención de París, 21 de sep. de 1988, *reimpreso en* 42 NUC. LAW. BULL. 56 (Dic. 1988).

³³ Convención de Bruselas sobre la Responsabilidad Civil por Contaminación Petrolera, 29 de nov. de 1969, 9 I.L.M. 45. Esta convención ha sido modificada por dos protocolos.

³⁴ Convención de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desperdicios Peligrosos y su Disposición. 22 de marzo. de 1989, UN Doc. EP/IG.80/3, 28 I.L.M. 649 (1999).

³⁵ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, NU. Doc. A/CONF 151/26 (Vol. 1), 13 de ago. de 1992 (promoviendo la puesta en marcha nacional del principio de precaución).

también emplear el principio de prevención atribuyendo responsabilidad al “agente que realiza la disposición” (por ejemplo la compañía que colocó los desechos en contenedores de transporte).

(3) *El Daño Resarcible*

Diferentes tratados permiten, prohíben o limitan el resarcimiento en caso de diferentes tipos de daños. Mencionados en orden, desde los más comunes a los menos, este tipo de daños incluyen la pérdida de la vida y las lesiones personales, pérdida o daños a la propiedad personal, daño emergente o lucro cesante, costos de limpieza, costo de medidas de prevención subsecuentes, y daños punitivos.

(4) *Los Principales Tratados*

(i) *La Convención de París sobre Responsabilidad de Terceros en el Área de la Energía Nuclear (Convención de París)*³⁶

La Convención de París es un régimen de responsabilidad civil objetiva (o estricta) que se aplica cuando un incidente nuclear se ha producido en el territorio de un Estado Contratante sufriendose los daños en otro Estados Contratante.³⁷ Fue complementada por la *Convención de Bruselas*, que instituye un “sistema complementario de indemnizaciones que se obtienen de fondos públicos en caso de daños particularmente costosos.”³⁸

(ii) *La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (Convención de Viena)*³⁹

La Convención de Viena fue anexada a la *Convención de París* por medio de un Protocolo Conjunto en 1988; las Partes del Protocolo Conjunto reciben el tratamiento de partes de ambos tratados.⁴⁰ Tal como la *Convención de París*, la *Convención de Viena* es un régimen de responsabilidad objetiva. Ambas Convenciones canalizan la responsabilidad a los operadores de la instalación nuclear que causa el daño alegado, y ambas presentan limitaciones sobre la reparación.⁴¹

(iii) *La Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Debidos a Contaminación por Petróleo (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage)*⁴²

³⁶ La Convención está vigente en la mayoría de los países de Europa Occidental (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Turquía y el Reino Unido). Ver Nota de La Haya 2000 en 5 n.15.

³⁷ *Id.* En 5.

³⁸ *Id.*

³⁹ Diez países de las Américas son parte a esa convención: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Cuba, Mexico, Peru, St. Vincent & Grenadines, Trinidad & Tobago y Uruguay. Colombia solamente ha firmado.

⁴⁰ Protocolo Conjunto sobre la Aplicación de la Convención de Viena y la Convención de París, 21 de sep. 1988 [en adelante Protocolo Conjunto], *reproducido en* W.E. Burhemme (ed.), DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT, TRAITÉS INTERNATIONAUX. Aunque el Protocolo Conjunto tiene 20 partes ya, del Hemisferio solo Chile y St. Vincent & Grenadinas son partes. Argentina solamante ha firmado.

⁴¹ Nota de La Haya 2000, en 6. Además de canalizar a responsabilidad para los operadores privados, las convenciones autorizan acciones contra aseguradoras u otras personas que han otorgado una garantía financiera para el operador.” *Id.* El Protocolo para Modificar la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear extiende el alcance geográfico de la aplicación de la Convención de Viena al daño nuclear “dondequiera se haya sufrido.” Nota de La Haya, en 5 n.17.

⁴² Convención Internacional sobre la Responsabilidad Civi Sobre Responsabilidad Civil por Daño Debido a Contaminación de Petróleo, *que entró en vigencia* en 19 de Junio de 1975 [en adelante Convención CLC de 1969]. Del Hemisferio 12 países son parte: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica,

Esta convención fue la respuesta a la preocupación que cundía entonces sobre accidentes con tanques petroleros.⁴³ Fue modificada por Protocolos adicionales en 1976, 1984 and 1992, aunque el Protocolo de 1984 no haya entrado en vigencia.⁴⁴ Como la mayoría de los demás tratados que disponen sobre la ley sustantiva, la *Convención sobre Daños por Contaminación por Petróleo* constituye un régimen de responsabilidad civil objetiva, con una limitación sobre la responsabilidad.⁴⁵ Esta Convención establece también un fondo con el cual pueden pagarse los daños.⁴⁶ Además, los dueños de navíos y las compañías petroleras celebraron acuerdos voluntarios con miras a indemnizar a las víctimas de la contaminación.⁴⁷

(iv) *La Convención de Ginebra sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados durante el Transporte de Productos Peligrosos por Carreteras, Vías Férreas y Buques de Navegación Interior (Geneva Convention on Civil Liability for Damages Caused during Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels - CRTD)*⁴⁸

La Convención CRTD constituye otro régimen de responsabilidad civil objetiva, con límites también de responsabilidad.⁴⁹ Sin embargo, el transportador se encuentra obligado a contratar un seguro y tiene derecho también a una indemnización de terceros.⁵⁰ Los Estados pueden valerse de una reserva con el fin de aplicar límites más altos, o ninguna limitación, sobre la responsabilidad.⁵¹ La Convención se aplica tanto a los transportes nacionales como

Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Nicaragua, Peru y St. Kitts & Nevis.

⁴³ Nota de La Haya 2000, en 7.

⁴⁴ *Id.* El Protocolo de 1984 no entró en fuerza porque no fue ratificado por más de seis estados. En cambio, fue reemplazado por el Protocolo de 1992 que requirió la ratificación de solo cuatro estados y ya ha entrado en vigor. Los siguientes 17 estados del Hemisferio son partes al Protocolo de 1992, la cual requiere la denuncia de la Convención CLC de 1969: Antigua & Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Canada, Chile, Colombia, Dominica, Dominican Republic, El Salvador, Grenada, Jamaica, Mexico, St. Vincent & Grenadines, Trinidad & Tobago y Uruguay. El Protocolo de 1992 también entró en fuerza, incluyendo entre los siguientes 11 países del Hemisferio: Antigua & Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Canada, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Peru. *Ver Status of IMO Conventions, disponible en <http://www.imo.org>; ver también Nota de La Haya 2000 en 7 n.28.*

⁴⁵ *Id.* en 7. Los límites de responsabilidad fueron aumentados pelo Protocolo de 1992. *Id.*; *ver también* Convención CLC de 1969, art. V.

⁴⁶ Además, la Convención CLC de 1969 está asegurado en virtud del seguro obligatorio e brinda la posibilidad de una acción directa contra el asegurador. Los Protocolos adicionales permiten la indemnización suplementaria para las víctimas que podrían no ser capaces de identificar al contaminador o en casos donde el mismo es insolvente. La Convención CLC de 1969, arts. VII y VIII.

⁴⁷ *Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution (Acuerdo Voluntarios de los Titulares de Tankers Relativo a la Responsabilidad por contaminación por Petróleo - TOVALOP)* y *Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution (Contrato Relativo a un Suplemento Interino al Acuerdo de los titulares de Tankers relativo a la Responsabilidad por Contaminación por Petróleo - CRISTAL)*, cited in *2000 Nota de La Haya* en 8 nn.31 & 32.

⁴⁸ Convención - CRTD, 10 de oct.de 1985. No hay partes en este Hemisferio.

⁴⁹ *Ver Uniform Law Review* 1989-1, en 280/281, y *sig.*, citado en *Nota de La Haya 2000* en 9 n. 40. En este caso, no obstante, la responsabilidad estricta se encuentra atenuada por una cláusula exculpatoria, que dispone que el transportador se encuentra exonerado si prueba que "el consignador o cualquier otra persona no cumplió su obligación de informarlo de la naturaleza peligrosa de los bienes, e que ni él ni sus empleados o agentes tenían conocimiento o debieron haber tenido conocimiento de su naturaleza." *Id.*, en 9 n.41 (Notas exclamativas internas omitidas).

⁵⁰ *Id.* en 9.

⁵¹ *Id.*

internacionales, pero solamente si los hechos que causan el daño o el propio daño se produjeron en un Estado Contratante.⁵²

- (v) *La Convención de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desperdicios Peligrosos y su Disposición (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal)*⁵³

La Convención de Basilea trata de la responsabilidad por lesiones causada a los Estados importadores (receptores) en el transporte de desperdicios peligrosos. Tal como complementada por el Protocolo de 1999, establece un régimen muy complejo de responsabilidad objetiva. Permite que los Estados Parte impongan limitaciones sobre la responsabilidad en tanto que tales limitaciones no se encuentren por debajo de los requisitos mínimos establecidos en el Anexo a la Convención.⁵⁴

- (vi) *La Convención del Consejo de Europa del 21 de Junio de 1993 Sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas al Medio Ambiente (Convención de Lugano)*⁵⁵

La Convención de Lugano apunta principalmente a asegurar una adecuada compensación por daños. Dado que los términos están ampliamente definidos, el alcance sustantivo es considerable.⁵⁶ El alcance geográfico es también bastante amplio: la Convención se aplica a incidentes “que se produzcan en el territorio de un Estado Parte, ‘independientemente de dónde se sufra el daño.’”⁵⁷ Nuevamente, esta Convención brinda un régimen de responsabilidad objetiva⁵⁸ – pero también requiere que cada Estado asegure que sus operadores tengan fondos para cubrir cualquier posible responsabilidad conforme la Convención.⁵⁹

c. Conclusiones

Las leyes nacionales en vigencia muestran que las normas que regulan la responsabilidad civil por daños ambientales difieren en muchos aspectos. En los casos transfronterizos, por consiguiente, existirá frecuentemente la necesidad de escoger entre las normas en conflicto de

⁵² *Id.* en 9-10.

⁵³ Esta convención es casi universal, con 133 estados parte. Treinta estados del Hemisferio Occidental son parte: Antigua and Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts, Saint Lucia, Saint Vincent y Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela. Para una lista de todas las Partes, ver <http://www.Basilea.int/ratif/ratif.html#Basilea>.

⁵⁴ Nota de La Haya 2000 en t 10.

⁵⁵ Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas al Medio Ambiente), Jun. 21, 1993 [de ahora en adelante Convención de Lugano]. Esta Convención aún no está en vigencia. Fue suscripta por Chipre, Finlandia, Grecia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal, pero solamente Portugal la ha ratificado. Ver <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

⁵⁶ Nota de La Haya 2000 en 12.

⁵⁷ *Id.* en 14. La Convención de Lugano brinda la posibilidad de una reserva, por la cual los Estados pueden escoger participar en la Convención solamente sobre la base de la reciprocidad. Ningún Estado lo ha solicitado sobre esta base. *Id.*

⁵⁸ Convención de Lugano, art. 6. La Convención no requiere que la actora establezca que el demandado causó el acto dañoso, aunque debe demostrar un “enlace causal” entre su daño y el hecho. Sin embargo, no existe presunción sobre la causa. Nota de La Haya 2000 en 13. Además, el operador puede sustraerse a la responsabilidad si puede demostrar que el daño resultó de un “fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible” o de “contaminación a niveles tolerables bajo las circunstancias locales relevantes”, o de “una actividad peligrosa realizada legalmente en interés de la persona que sufrió el daño, por la cual resultaba razonable que esta persona quedase expuesta a los riesgos de la actividad peligrosa.” Convención de Lugano, art. 8, subparágrafos a, d, e.

⁵⁹ Convención de Lugano, art. 12.

los estados afectados. La breve encuesta de los instrumentos internacionales que tratan de la responsabilidad por daños ambientales muestra que se ha efectuado un esfuerzo considerable para unificar la ley sustantiva en varios sectores. Estos esfuerzos no han obviado los problemas de ley aplicable, no obstante, porque los instrumentos internacionales tratan el problema solamente en algunos sectores, dejando otros sectores para la ley interna, y porque no todos estos instrumentos han sido ampliamente ratificados por los estados americanos. La conclusión a que ha llegado la Comisión Europea sobre la persistencia de conflictos de leyes en esta área se aplica incluso de manera más aguda a las Américas:

A pesar de esta gradual aproximación a la ley sustantiva ... subsisten diferencias de importancia – por ejemplo, al determinar el daño que da lugar a la compensación, períodos de limitación, reglas de indemnización y seguro, el derecho de que las asociaciones interpongan acciones y las sumas en calidad de compensación. La cuestión sobre la ley aplicable no ha perdido así importancia alguna.⁶⁰

2. La Ley Aplicable

a. *Métodos Utilizados en el Hemisferio Occidental*

Entre las naciones del Hemisferio, no existen disposiciones legales que específicamente traten del tema de la ley aplicable en el contexto de la contaminación transfronteriza. Por consiguiente, los tribunales escogen la ley aplicable haciendo uso de las normas aplicables en caso de delitos. La mayoría de las naciones de América Latina, así como Canadá y diez estados de los Estados Unidos siguen el método tradicional de la *lex loci delicti* (ley del lugar de comisión del delito). En el contexto de la contaminación transfronteriza, no obstante, existe una diferencia entre estos estados en la manera de aplicar la regla de la *lex loci delicti*. Los típicos casos de contaminación transfronteriza comprenderán un acto ejecutado en el estado A que causa daño a personas o propiedades en el estado B. Es discutible, en tales casos, si la *lex loci delicti* constituye el lugar donde el acto fue ejecutado (*lex loci actus*) o el lugar donde se sufrió el daño (*lex damni*). En los Estados Unidos, los estados que siguen la regla tradicional de la *lex loci delicti*, tal como aparece articulado en el *First Restatement*, aplican la ley del estado en que tuvo lugar el daño (*lex damni*).⁶¹ Según el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo, la ley aplicable en tales casos es la ley en la que se produjo el acto que causó el daño (*lex loci actus*).⁶²

La falta de uniformidad resulta también del hecho de que algunos estados aplican otras reglas que la *lex loci delicti*. En los Estados Unidos, solamente diez de los estados siguen en la actualidad el método de la *lex loci delicti*. De los otros métodos utilizados en los Estados Unidos, el más ampliamente utilizado es el de la “relación más significativa” del *Segundo Restatement* que se caracteriza por su falta de determinación. Las naciones del Caribe siguen la regla de la doble accionabilidad, según la cual la acción puede mantenerse solamente si es incoada bajo la ley del foro y la ley del lugar donde tuvo lugar la conducta, aunque en casos excepcionales los tribunales, en lugar de dicha norma, aplicarán “la ley del estado que ostente

⁶⁰ Comisión de Comunidades Europeas, Propuesta para una Regulación del Parlamento Europeo y el Consejo sobre Ley Aplicable a Obligaciones extracontractuales, 2003/0168 (COD), 22 de julio de 2003, en 20.

⁶¹ Ver RESTATEMENT OF THE LAW OF CONFLICT OF LAWS § 377, Ilustración 4 (A, en el Estado X, arroja humareda nociva de una chimenea que destruye el césped de B en el estado Y. El lugar de la infracción es en Y.)

⁶² Código Bustamante, arts. 167-168. Ver Jose Luis Siqueiros, La Ley Aplicable y Jurisdicción Competente en Casos de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza; Conflict of Laws on Tort Liability, with Emphasis on Jurisdiction and the Law Applicable to International Civil Liability for Transboundary Pollution, OAS/REG/CIDIP-VI/doc.5/00, en 13.

la relación más significativa con la disputa”.⁶³ México aplica la *lex fori* a menos que un tratado o un estatuto demande específicamente la aplicación de la ley extranjera.⁶⁴

Tres otros estados han adoptado versiones de lo que se conoce como el principio de ubicuidad, según el cual la ley aplicable puede ser tanto la ley donde las acciones fueron ejecutadas o la ley donde se sufrió el daño, dependiendo de la que sea más favorable a la víctima. El Código Civil de Perú dispone, en su Artículo 2097, que la ley aplicable en casos de responsabilidad extracontractual debe ser la ley del lugar donde tuvieron lugar los actos principales que ocasionaron la disputa. Sin embargo, si la ley del lugar en el cual el daño fue sufrido considera responsable al demandado, pero no así la ley del lugar donde los actos fueron ejecutados, entonces la ley aplicable será la primera, siempre que el demandado hubiese previsto que sus actos podrían causar un daño en el mismo.⁶⁵

La codificación de 1999 de derecho internacional privado de Venezuela adopta una regla similar a la del Perú. Según el artículo 32, se aplica la *lex damni*, pero la víctima puede requerir la aplicación de la ley del estado en el cual tuvo lugar el hecho que causó el daño.⁶⁷ El Código Civil de la Provincia de Québec dispone que la obligación de resarcir el daño causado a otro se rige por la ley del país donde tuvo lugar la conducta dañosa. Sin embargo, si el daño resultó en otro país, la ley de ese país se aplicará si el supuesto infractor debería haber previsto ese daño.⁶⁸ Si el actor y el demandado tienen un domicilio común, entonces será aplicable la ley del domicilio común.⁶⁹

b. Métodos Vigentes Fuera del Hemisferio

(1) lex loci actus

La ley aplicada en la mayor parte del Hemisferio - la *lex loci actus* - se aplica también en Austria, los Países Bajos, Dinamarca, Finlandia y Suecia, aunque algunos de estos estados pueden permitir el desplazamiento de la ley si otro estado posee una conexión más cercana con la disputa.⁷⁰ La tendencia internacional, no obstante, se ha mantenido apartada de esta regla, y por una buena razón. Una regla bajo la cual un operador puede resultar responsable solamente bajo la ley del estado en el cual desarrolla la actividad permite al operador (y a los estados en el cual opera) exteriorizar los costos de su actividad peligrosa, en detrimento de los estados vecinos.

(2) lex damni

Aplicando la ley del lugar del daño parece mucho más sensato, por cuanto faculta a la parte damnificada precisamente al grado de protección que le confiere el estado en el cual reside. Cuando la ley del estado donde tuvo lugar la conducta dañina protege menos a la víctima, resulta problemático aplicar la ley de dicho estado por la razón discutida; aplicar la *lex damni* es, por consiguiente, preferible. Discutiremos más abajo si la *lex damni* es preferible a la *lex loci actus* cuando la primera protege menos a la víctima.

⁶³ Ver Winston Anderson, *Forum Non Conveniens Checkmated? – The Emergence of Realiatory Legislation*, 10 J. TRANSNAT'L L. & POL'Y 183, 207 (2001) (observando la “falta de claridad sobre cuándo se aplica la excepción [a la regla de la doble accionalidad]”).

⁶⁴ Jorge A. Vargas, *Conflict of Laws in Mexico: The New Rules Introduced by the 1988 Amendments*, 28 INT. LAW. 659, 674-75 (1994).

⁶⁵ Código Civil del Perú del 24 de julio de 1984, art. 2097.

⁶⁷ Ver Gonzalo Parra-Aranguren, *The Venezuelan 1998 Act on Private International Law*, XLVI NETHERLANDS INT'L L. REV. 383, 391 (1999).

⁶⁸ Código Civil de Québec, art. 3126, parag. 1.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Nota de La Haya 2000 en 36.

La *lex damni* se aplica en el Reino Unido, España, Rumania y Turquía,⁷¹ aunque Turquía permite el reemplazo de dicha ley si otro estado posee una conexión más estrecha con la disputa.⁷² Bajo la ley japonesa, la *lex damni* es aplicable incluso si la persona responsable no pudo haber previsto el daño que tuvo lugar allí.⁷³ Francia adopta también la *lex damni*. En un caso reciente, la Corte de Casación francesa indicó que, cuando el daño fue sufrido en un estado diferente del estado donde se produjeron los actos que causaron el daño, era necesario aplicar la ley que ostenta la conexión más estrecha con la situación en cuestión.” El tribunal sostuvo, no obstante, que en ausencia de “circunstancias excepcionales,” la ley que posee una conexión más cercana con la situación será la ley del estado en el cual tuvo lugar el daño.⁷⁴

(3) *principio de ubicuidad*

Bajo el denominado principio de ubicuidad, la ley aplicable es aquella que resulta más favorable a la víctima entre la ley del lugar del hecho dañoso y la ley del lugar del daño. Fuera de las Américas, se adoptaron versiones de este principio en Suiza, Alemania, Grecia, Hungría, Eslovaquia, la República Tcheca, la otrora Yugoslavia, Estonia, Tunisia e Italia.

Suiza es el único estado que ha aprobado una disposición específica sobre ley aplicable para casos de contaminación transfronteriza. La ley suiza dispone que “los reclamos resultantes de emisiones dañinas provenientes de una propiedad inmueble se gobiernan, a elección de la parte damnificada, por la ley del Estado en el cual está situada la propiedad raíz o por la ley del Estado en el cual se produjo el resultado.”⁷⁵ Esta ley difiere de las leyes de Québec, Perú y Venezuela, las cuales no requieren que la actora escoja la ley, sino que instruyen al tribunal aplicar la ley más favorable a la actora, otorgándole las mismas alternativas.

El hecho de requerir que la actora escoja la ley aplicable encierra problemas potenciales. Uno de ellos es qué hacer si la víctima no efectúa su elección. Este problema es evitado por estados tales como Italia y Venezuela, que establecen la ley aplicable pero otorgan a la víctima la facultad de solicitar la aplicación de otro cuerpo normativo.⁷⁶ Para ambos estados, en la ausencia de una elección por parte de la víctima, se aplica la ley del lugar del daño. Otro problema potencial, señalado por el Profesor Morse es que “[s]i la actora debe formular una elección sustanciada, deberá determinar todos los detalles de las leyes posiblemente relevantes, un proceso que deberá ser costoso y difícil. Además, la suposición de la actora en lo que hace al contenido de la ley extranjera puede no ser aceptada por el tribunal por incorrecta.”⁷⁷ Este problema se evita por estados tales como Perú y Québec, que requieren del juez, en lugar de la víctima, para escoger la ley que favorece a esta última.⁷⁸ No obstante, como lo señala el Profesor Morse, incluso el tribunal puede encontrar dificultades en ciertos casos para determinar qué ley es más favorable a la víctima: “[C]uando ambas jurisdicciones dan lugar a la acción pero las disposiciones respectivas difieren, puede resultar difícil, si no imposible, decir cuál es más favorable a la parte damnificada. ¿Y qué sucedería si algunas normas fuesen más favorables y otras menos?”⁷⁹

Una respuesta para esta última cuestión es que uno aplicaría la ley más favorable en cada asunto diferenciado – es decir, combinar el principio de ubicuidad con el principio de *depeçage*. Sin embargo, incluso los defensores del principio de ubicuidad consideran inaceptable combinarlo con el de *depeçage*:

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.* en 36 n.181.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Decisión de la Corte Francesa de la Casación del 11 de mayo de 1999, *discutida en* Nota de La Haya 2000 en 34-35.

⁷⁵ Ley Federal (Suiza) sobre el Derecho Internacional Privado, art. 138.

⁷⁶ Nota de La Haya 2000 en 33.

⁷⁷ C.G.J. Morse, *Choice of Law in Tort: A Comparative Perspective*, 32 AM J. COMP. L. 51, 60 (1984).

⁷⁸ *Ver supra* (discusión de esas leyes).

⁷⁹ Morse, *op cit.*, en 59-60.

Parece obvio no obstante que la parte damnificada debe sujetar su pretensión a un cuerpo normativo determinado. En verdad, difícilmente estaría alineado con el propósito de esta disposición permitir que la parte damnificada varíe su elección como función del reclamo invocado o según el asunto legal en cuestión. Esto obviamente traería aparejadas situaciones legales muy complejas e imprevisibles para el demandado.⁸⁰

En todo caso, la dificultad de elegir la ley más favorable cuando algunas disposiciones son más o menos favorables, consistirá en un problema más para algunas variaciones del principio de ubicuidad que para otros. En jurisdicciones tales como las de Québec y Perú, el tribunal necesita escoger entre dos (o más) leyes, solamente cuando la ley del lugar del daño haga responsable al demandado, pero no la ley del lugar donde se cometió el acto. Parecería no haber oportunidad para que el tribunal eligiese entre los dos cuerpos legislativos, si ambos responsabilizan al demandado, pero las leyes difieren en otros aspectos. Por ejemplo, si la ley del lugar del acto establece un límite menor sobre el alcance de los daños resarcibles que la ley del lugar donde se cometió el daño, siguiendo las normas de la ley aplicable de Québec y Perú, sería aplicable la ley del lugar del acto incluso si fuera menos favorable para la parte actora. En contraposición, Alemania y Suiza permitirían a la actora escoger la ley del lugar del daño en tal caso.⁸¹

c. Conclusiones

La tendencia de los casos y el comentario de los académicos no aprueban la aplicación de la *lex loci actus*, que es la regla comúnmente aplicable en gran parte del Hemisferio. Un instrumento interamericano que reemplace al método de la *lex loci actus* con el método de la *lex damni* sería un avance significativo. Si el principio de ubicuidad es preferible a la regla de la *lex damni* es una cuestión más compleja. Las negociaciones para un instrumento interamericano sobre ley aplicable por daños ambientales transfronterizos brindarían un foro valioso para debatir dicha cuestión. Si el principio de ubicuidad es políticamente aceptable para los Estados Miembros constituye también una pregunta abierta – que sería respondida por dicha negociación (o tal vez ya lo haya sido).

3. La Jurisdicción

Un instrumento interamericano que trate de la jurisdicción podría tener consecuencias importantes sea que el instrumento estandarice también el tema de la ley aplicable o no en el Hemisferio. Si el instrumento también incluye normas sobre ley aplicable, o si incorpora reglas indeterminadas para determinar la ley aplicable – tal como el método de la relación de mayor significación del *Segundo Restatement* – entonces las disposiciones jurisdiccionales del instrumento determinarán de manera indirecta la ley aplicable. Si el instrumento incluyera reglas relativamente determinadas sobre ley aplicable, entonces la elección del foro por parte de la actora no sería una vía indirecta para escoger la ley aplicable, pero podría tener otras consecuencias importantes. Además, la elección del foro determinará la disponibilidad de mecanismos procesales tales como el hallazgo de demandas colectivas preliminares al proceso o un juicio de jurados o acuerdos sobre honorarios. Además, la negativa tradicional de los estados en aplicar las normas penales de otros estados o normas que violen su fuerte política

⁸⁰ Nota de La Haya 2000 en 30.

⁸¹ La Convención Nórdica sobre la Protección de Medio Ambiente, en vigencia entre Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia, dispone que los pedidos de indemnización “no serán juzgados por reglas que son menos favorables a la víctima que las reglas del ... Estado en el cual las actividades están siendo realizadas.” Así, si la regla sobre ley aplicable del Estado viniese de otra manera a requerir la aplicación de la *lex damni*, la convención facultaría a la víctima a la aplicación de la *lex loci actus*, si resulta más favorable. Cf. texto interno, *supra*. (Dinamarca, Finlandia y Suecia generalmente aplican la *lex loci actus*). Existen unos pocos tratados adicionales de brindan reglas limitadas de ley aplicable para tipos discretos de daño ambiental, pero son de interés limitado porque las reglas que adoptan están estrechamente vinculadas a los objetivos particulares del régimen establecido por los tratados. Para una descripción, ver Nota de La Haya 2000 en 49.

interna, conlleva generalmente a que los daños punitivos estarán disponibles solamente en los tribunales de un estado que otorgue ese tipo de indemnización.⁸² Dado que los daños punitivos y los mecanismos procesales mencionados más arriba se encuentran disponibles por lo general solamente bajo la ley de los Estados Unidos, la cuestión jurisdiccional será de mayor consecuencia cuando la elección se trabe entre un foro de los Estados Unidos y aquél de otro estado.

a. Los tratados

Unas pocas convenciones designan a los foros disponibles para la solución de disputas relativas a ciertos tipos específicos de daños ambientales transfronterizos. Con relación a los incidentes nucleares, la Convención de París otorga acciones a ser incoadas solamente en el Estado Contratante o en aquellos donde se produce el accidente.⁸³ Con relación a la contaminación por petróleo, la Convención de Bruselas limita las acciones al territorio del o de los Estados Contratantes donde se produjo el daño. Las partes excluyeron como foro el estado de la residencia habitual del titular del navío, a fin de evitar que un juicio sea iniciado en una jurisdicción que sea el territorio de una bandera de conveniencia.⁸⁴

La Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados Durante el Transporte de Productos Peligrosos por Carreteras, Vías Férreas y Navíos de Navegación Interna (CTRD) dispone que puede interponerse un pedido de indemnización por ante los tribunales del lugar donde “a) el daño fue sufrido; b) se produjo el incidente, c) se tomaron medidas preliminares... o d) el transportador tiene su residencia habitual.”⁸⁵ La elección de la parte actora dependerá en parte de dónde el transportador tiene establecido un fondo de limitación, según lo requiere el Art. 11 de la Convención; los tribunales del Estado donde está establecido el fondo son *exclusivamente* competentes para determinar “todos los asuntos referidos al prorrateo y distribución del fondo.”⁸⁶

La Convención Nórdica, que se aplica a todas las categorías de emisiones, dispone que las acciones pueden interponerse por ante un tribunal del Estado donde tuvo lugar la actividad dañina – aunque esta limitación no es, en último término, muy gravosa porque las leyes de las Partes esta relativamente armonizadas.⁸⁷ La Convención de Lugano, que también se aplica por lo general a los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, permite que se interponga la acción donde tuvo lugar la actividad peligrosa, o en el lugar de residencia habitual del demandado.⁸⁸ Permite acciones interpuestas por organismos así como individuos,⁸⁹

⁸² En teoría, un instrumento interamericano podría requerir que el estado del foro aplique las leyes de otro estado autorizando los daños punitivos cuando la ley sustantiva de dicho estado se aplica bajo las disposiciones de ley aplicable del instrumento. Por otro lado, el instrumento podría también expresamente excluir la aplicación de las reglas sobre ley aplicable de otro estado. La regulación propuesta por la Comisión Europea de Roma II asume el último método estableciendo en el artículo 24 que “[l]a aplicación de una disposición de la ley designada en este Reglamento que posee el efecto de causar daños compensatorios, tal como los daños punitivos ejemplares, a ser otorgados será contraria a la política pública de la Comunidad.” Finalmente, el instrumento interamericano podría guardar silencio respecto de los daños punitivos, dejando así al foro la determinación sobre si aplicar la ley de otro estado imponiendo daños punitivos. Esta última alternativa parece llevar a los mismos resultados que la segunda.

⁸³ Convención de París sobre Responsabilidad de Tercero no Campo de Energía Nuclear, art. 13. Obviamente, este puede ser o el Estado donde se produjo el daño o el hecho dañoso.

⁸⁴ Nota de La Haya 2000 en 48.

⁸⁵ *Uniform Law Review, supra.*; Nota de La Haya 2000 en 48. Esta convención aún no entró en vigencia. *Id.* at 48 n.236.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.* en 49.

⁸⁸ Convención de Lugano, art. 19, par. 1. Tal como se comentaba, *supra.*, esta convención aún no entró en vigencia.

⁸⁹ Nota de La Haya 2000 en 50.

e incluye reglas detalladas relativas al acceso a la información que, entre otras cosas, permite a las personas que sufrieron un daño requerir informaciones “en cualquier momento, en la medida en que ... resulte necesario establecer la existencia de un pedido por responsabilidad.”⁹⁰

Finalmente, aunque no haya sido adoptada aún y estando aparentemente suspendido, vale la pena recordar que el último proyecto de la Convención de la Haya sobre Jurisdicción y Juicios Extranjeros en Asuntos Civiles y Comerciales (Convención de La Haya) incluía una disposición que hubiera permitido que un proceso por responsabilidad extracontractual pudiese ser interpuesto ya sea en el estado de la residencia habitual del demandado, en el estado en el cual el hecho u omisión causaron el daño, o en el estado en el cual se desencadenó el daño, a menos que el demandado no hubiese podido razonablemente prevenir que el acto u omisión pudiesen resultar en un daño de la misma naturaleza en dicho estado.⁹¹

b. *Las leyes nacionales*

No existen disposiciones jurisdiccionales de orden interno en el Hemisferio que traten de manera específica los casos de daños ambientales. Las normas aplicables son por lo tanto aquéllas que tratan de la responsabilidad extracontractual en general. Entre los países latinoamericanos, la regla general es que el proceso puede interponerse en el lugar de residencia habitual del demandado y, además, en el lugar donde tuvo lugar el acto que dió lugar a la lesión.

La regla prevaleciente en los Estados Unidos permite que el juicio sea incoada en cualquiera de los lugares mencionados, y por otro lado, en el lugar donde se produjo el daño, siempre que el demandado hubiera podido razonablemente prever que su conducta podría causar un daño allí. De manera similar, bajo la ley canadiense, un proceso por responsabilidad extracontractual puede ser interpuesto en el lugar de la residencia habitual del demandado o donde se cometió la ofensa o se causó el daño, siempre que exista una conexión “real y sustancial” entre el demandado y el foro, demostrando que aquél se sometió voluntariamente al riesgo de litigación en el foro.⁹²

Las provincias del Canadá y algunos estados de los Estados Unidos, no obstante, reconocen una importante limitación a la jurisdicción en casos involucrando daños a la propiedad inmueble. Bajo la denominada regla de la “acción local”, las acciones relativas a la titularidad de la propiedad inmueble deben ser impetradas en la jurisdicción en la cual se encuentra situada la propiedad. En el caso *British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique*,⁹³ La Cámara de los Lores hizo extensivo el principio a las acciones relativas a daños por ingreso no autorizado a la propiedad.⁹⁴ Como resultado de esta extensión, los tribunales ingleses también rehusaron la aplicación de decisiones extranjeras relacionadas a daños *in personam* infligidos a la propiedad, en los cuales ésta última no se encuentre localizada en la misma jurisdicción de los tribunales.⁹⁵ La regla ha sido severamente criticada.⁹⁶ En el Reino Unido, fue abolida por la Ley de 1982 sobre Jurisdicción Civil y Decisiones (*Civil Jurisdiction and Judgments Act*), que permite a los tribunales ingleses entender en acciones *in*

⁹⁰ Convención de Lugano, art. 16, par. 2. La Convención estipula también el tipo de información que puede ser solicitada y brinda algunas limitaciones sobre acceso. Nota de La Haya 2000 en 66.

⁹¹ Proyecto Preliminar de la Convención de La Haya sobre Jurisdicción y procesos Extranjeros en Asuntos Civiles y Comerciales, arts. 3, 10, *disponible en*: <http://www.hcch.net/e/conventions/draft36e.html>.

⁹² Ver informe del relator de marzo de 2003 (discutiendo el criterio de conexión verdadera y sustantiva encontrado en el derecho canadiense).

⁹³ [1893] A.C. 602 (H.L.).

⁹⁴ Nota a 50 de La Haya 2000.

⁹⁵ *Id.* en 50. Los tribunales ingleses desde el surgimiento (de la regla) se negaron a ejecutar sentencias *in rem* cuando la propiedad no estaba ubicada en la jurisdicción del tribunal.

⁹⁶ Ver, por ej., Welling/Heakes, *Torts and Foreign Immovables Jurisdiction in Conflict of Laws*, (1979-80), 18 UNIV. W. ONT. L.REV. 295.

personam relativas a tierras situadas fuera de Inglaterra.⁹⁷ No obstante, continúa siendo aplicada por algunos estados de los Estados Unidos y algunas provincias del Canadá, llevando al rechazo de procesos que pretendan la imposición de responsabilidad para actos realizados dentro del estado que causa daño a la propiedad inmueble en el extranjero. La Ley Uniforme de Acceso Recíproco sobre Contaminación Transfronteriza fue preparado por los colegios de abogados de los Estados Unidos y Canadá a fin de tratar de este problema. La ley se encuentra vigente en Ontario, Manitoba, Nova Scotia y en la Isla de Príncipe Edward en Canadá, y en Michigan, Montana, Wisconsin, Colorado, Connecticut, Nueva Jersey y Oregón en los Estados Unidos.⁹⁸ Los Estados y provincias que han adoptado la ley otorgan el acceso a sus tribunales a personas cuya propiedad en el extranjero ha sufrido daños por actos ocurridos en el estado o provincia, siempre que tanto el estado o la provincia en la que se sufrió el daño garantice el acceso recíproco a los ciudadanos del foro.⁹⁹

La Comisión para Cooperación Ambiental está tratando en la actualidad de implementar el Artículo 10(9) del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Ambiental, que es el acuerdo paralelo ambiental del NAFTA, según el cual México, Canadá y los Estados Unidos acordaron considerar y desarrollar recomendaciones para el acceso recíproco a los tribunales y agencias administrativas de sus territorios en casos relativos a lesiones sufridas o pasibles de sufridas en virtud de contaminación transfronteriza. Hasta la fecha, no obstante, no se ha tomado acción alguna sobre este tema más allá de autorizar el “Background Paper” de la Secretaría.¹⁰¹

Otra doctrina cuasi-jurisdiccional que ha tenido un significativo impacto en litigios transnacionales involucrando daños ambientales ha sido la doctrina del *forum non conveniens*. Como fuera notado, esta doctrina, que se reconoce en los Estados Unidos, Canadá y en la mayoría de los Estados del Caribe, permite a un tribunal que de otra manera posee jurisdicción, a rehusar el ejercicio de dicha jurisdicción si determina que otro estado posee una conexión más estrecha con la disputa subyacente y aparece como un foro mucho más conveniente. Esta doctrina ha sido aplicada en numerosos casos ambientales de naturaleza transnacional (para utilizar el término de Ballarino¹⁰²) – esto es, casos en los cuales tanto la actividad causante inmediata del daño y el daño mismo se produjeron en el mismo estado, siendo el demandado un nacional o con asiento principal de sus operaciones en otro estado. En el caso ambiental donde el rechazo de un *forum non conveniens* ha sido típicamente procurado, el demandado ha sido una corporación estadounidense que desarrolla operaciones, sea a través de una sucursal o subsidiaria, en otro estado, causando alegadamente daño ambiental a los nacionales de dicho estado. Los actores impetran los juicios en los Estados Unidos, y el demandado de los Estados Unidos trata que la acción sea rechazada sobre la base de que el estado en el cual se produjeron el hecho y el daño constituye el foro más apropiado. El caso más famoso de rechazo que se subsume en esta descripción con base en el *forum non conveniens* fue el impetrado contra Union Carbide, que trataba de la pérdida de gas en Bhopal que mató o produjo lesiones en miles de personas.¹⁰³ Numerosos casos similares iniciados por demandantes en las

⁹⁷ Ver Nota 52 a La Haya 2000.

⁹⁸ *Id.* en 53 n. 261.

⁹⁹ Ley Uniforme de Acceso Recíproco de Contaminación Transfronteriza, citada en Nota de La Haya 2000 en 52 n.261.

¹⁰¹ John H. Knox, *The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment*, 96 AM. J. INT'L L. 291, 313 n.148 (2002).

¹⁰² Tito Ballarino, *Questions de droit internationale privé et Dommages Catastrophiques*, Recueil des Cours Vol. 220 (1990-I) (distinguiendo casos “transnacionales” de casos “internacionales”; el último consiste de casos en los cuales los hechos en un estado causan daños en otro estado).

¹⁰³ *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986).

Américas han sido objeto de mociones de *forum non conveniens*, habiendo obtenido éxito la mayoría de los mismos.¹⁰⁴

La doctrina del *forum non conveniens* es desconocida en los países del derecho civil, donde los tribunales carecen generalmente de discrecionalidad para declinar el ejercicio de la jurisdicción. El rechazo de procesos por parte de tribunales estadounidenses en casos ambientales transnacionales ha sido fuente de considerable controversia en América Latina.¹⁰⁵ La doctrina ha sido ampliamente criticada sobre la base de que perpetra una discriminación contra los litigantes extranjeros y que constituye una negativa de justicia. Incluso algunos jueces en los Estados Unidos han descrito la doctrina como permitiendo “la connivencia para evitar la responsabilidad corporativa.”¹⁰⁶ Por otro lado, los proponentes de tales rechazos argumentan que los demandantes procuran un foro norteamericano en estos casos, a fin de aprovechar los procedimientos de los Estados Unidos tales como acciones de clase, juicios de jurados y acuerdos sobre honorarios de contingencia - mecanismos éstos que, a su modo de ver, están apropiadamente limitados para la conducta desafiante del reclamante que causa daños en el estado del foro.

La doctrina de *forum non conveniens* está también comenzando a tener el efecto de distorcer las reglas jurisdiccionales de otras naciones. Bajo la ley de los Estados Unidos, puede rechazarse un caso sobre la base del *forum non conveniens* solamente si el tribunal encuentra que un foro más apropiado está disponible en otro lugar. Para ayudar a sus ciudadanos a evitar el rechazo de sus casos norteamericanos con base en el *forum non conveniens*, algunos estados en las Américas están comenzando a revisar sus leyes jurisdiccionales a fin de negar a

¹⁰⁴ Patrickson c/ Dole Food Co., 251 F.3d 795 (9th Cir. 2001) (Los trabajadores bananeros latinoamericanos iniciaron acciones de clase contra compañías multinacionales de frutos y productos químicos alegando exposición a sustancias tóxicas); Jota c/ Texaco, 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998) (residentes de Ecuador iniciaron acciones contra la compañía petrolera de los Estados Unidos alegando daños ambientales y personales); Ciba-Geigy Ltd. c/ Fish Peddler, Inc., 691 So. 2d 1111 (Fla. 4th Dist. Ct. App. 1997) (Criadores de langostinos ecuatorianos iniciaron acción contra compañías de los Estados Unidos alegando daño ambiental y económico) (rechazada sobre la base del *forum non conveniens*); Aquinda c/ Texaco, Inc., 945 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1996) (residentes de Ecuador iniciaron acción contra compañía petrolera por daños ocasionados por la explotación de petróleo y actividades de extracción); Delgado c/ Shell Oil, 890 F.Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995) (ciudadanos latinoamericanos iniciaron acción alegando daños personales contra fabricantes de productos químicos de los Estados Unidos) (rechazada sobre la base del *forum non conveniens*); Sequihua c/ Texaco, 847 F. Supp. 61 (1994) (residentes de Ecuador iniciando acción contra compañía dos Estados Unidos alegando contaminación de aire, agua y suelo) (rechazada sobre la base del *forum non conveniens*); Dow Chemical Co. c/ Castro Alfaro, 786 S.W.2d 674 (Tex. 1990), cert. negado 498 U.S. 1024 (1991) (empleados costarricenses de compañía frutícola iniciaron acción de daños personales contra compañías manufactureras de pesticidas de los Estados Unidos); Cabalceta c/ Standard Fruit Co., 667 F. Supp. 833 (S.D. Fla. 1987), consentida en parte y revisada en parte, 883 F.2d 1553 (11th Cir. 1989) (trabajadores costarricenses iniciaron acción por daños personales contra varias compañías químicas incluyendo una en los Estados Unidos.) (rechazada en la base del *forum non conveniens*); In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986), consentida en parte y revisada en parte, 809 F.2d 195 (2d Cir. 1987) (abogados en los Estados Unidos iniciaron acciones en nombre de residentes indios que sufrieron daños con accidente industrial en India) (rechazada sobre la base del *forum non conveniens*); Sibaja v. Dow Chemical Co., 757 F.2d 1215 (11th Cir. 1985), cert. negado, 474 U.S. 948 (1985) (trabajadores de granja costarricenses incoaron acción contra fabricantes de productos químicos de los Estados Unidos alegando daños personales) (rechazada en la base del *forum non conveniens*). Ver en general Brooke Clagett, *Forum Non Conveniens In International Environmental Tort Suits: Closing The Doors Of U.S. Courts To Foreign Plaintiffs*, 9 TUL. ENVTL. L.J. 513 (1996).

¹⁰⁵ Ver Propuesta para una Convención Interamericana sobre los Efectos y Tratamiento de la Teoría del Forum Non Conveniens (presentada por Gerardo Trejos Salas, OAS CJI/doc.2/00, 3 de marzo de 2000).

¹⁰⁶ Dow Chemical Co. c/ Alfaro, 786 S.W.2d 674, 680 (Tex. 1990) (Doggett, J., concurrente).

sus tribunales la jurisdicción en casos traídos por sus ciudadanos en tribunales norteamericanos contra nacionales de los Estados Unidos y rechazados por tribunales norteamericanos con base en el *forum non conveniens*. Dicha legislación ha sido aprobada, o está siendo considerada en Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, y Nicaragua.¹⁰⁷ El Comité Ambiental del Parlamento Latinoamericano, PARLATINO, introdujo una resolución recomendando que todos los países de América Latina y del Caribe adoptaran este tipo de legislación.¹⁰⁸ Dominica ha aprobado una forma diferente de ley de represalia. Dado que la negativa de jurisdicción a sus nacionales sería violatoria de su Constitución, su ley en cambio torna disponibles las ventajas procesales de la acción estadounidense en procesos incoados en Dominica luego de ser rechazados por los tribunales de los Estados Unidos sobre la base del *forum non conveniens*— ventajas tales como la disponibilidad de demandas colectivas. Por otro lado, especifica que, en casos transnacionales, los tribunales de Dominica pueden imponer daños punitivos, y especifica que el nivel de las indemnizaciones impuestas será comparable a las otorgadas en casos análogos en el país donde la acción fue rechazada.¹⁰⁹ Además, la ley requiere como condición del mantenimiento de la causa en los tribunales de Dominica que el demandado deposite una caución por suma equivalente a 140% del valor impuesto en casos análogos por los tribunales donde el caso fue rechazado.¹¹⁰ La ley también altera la regla sobre ley aplicable para acciones rechazadas por los tribunales de otro estado sobre la base del *forum non conveniens*: dispone que, en tales procesos, la regla de la doble accionabilidad será sustituida por la prueba de la “relación más significativa”. Finalmente, la ley modifica el estándar sustantivo de responsabilidad en tales procesos; donde se aplica la ley de Dominica, la ley “impone responsabilidad objetiva sobre cualquier persona que fabrica, produce, distribuye o de cualquier manera coloca cualquier producto o sustancia en el flujo del comercio y que resulte en daño o pérdida.”¹¹¹

Estas leyes no han tenido hasta ahora el efecto de impedir el rechazo de procesos de los tribunales estadounidenses sobre la base del *forum non conveniens*. En su lugar, los tribunales de los Estados Unidos han rechazado los casos sin perjuicio de su reanudación en los tribunales de los Estados Unidos, si el foro extranjero en última instancia rechaza los casos por falta de jurisdicción.¹¹² Queda aún por verse si los tribunales estadounidenses permitirá que el proceso sea mantenido en sus estados si el foro extranjero rechaza la acción en virtud de una de las leyes de represalia.

¹⁰⁷ Ver 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, La Gaceta Oficial, 17 de enero de 2001, modificando al C.P.C. de Nicaragua, art. 621 y sigs. (alterando las leyes aplicables a ciertos juicios llevados en Nicaragua debido a la barrera impuesta por la doctrina del *forum non conveniens*); Ley No. 55 – Ley Interpretativa de los Artículos 27, 28, 29, y 30 del Código de Procedimiento Civil, para los casos de Competencia Concurrente Internacional, Registro Oficial, Órgano del Gobierno del Ecuador, 30 de Enero de 1998 (art. 1 disponiendo que los tribunales ecuatorianos faltan de la jurisdicción sobre un caso “presentado” en el extranjero); Código Procesal Civil de Costa Rica, art. 31 (“[s]i existen dos o más tribunales con jurisdicción para un caso, el mismo será sustanciado por el que ha escuchado primeramente el pedido de la actora”), citado en Canales Martínez c/ Dow Chemical Co., 219 F.Supp. 2d 719, 728 (E.D. La. 2002); Ley de Defensa de Derechos Procesales de Nacionales y Residentes, Diario de Centro América (Guatemala), 12 de junio de 1997 (art. 2 privando de los tribunales la jurisdicción sobre casos archivados en el extranjero en un tribunal con jurisdicción) . Para más descripción de estas leyes, ver Lawrence W. Newman, *Latin America and Forum Non Conveniens Dismissals*, NEW YORK LAW JOURNAL, Feb. 4, 1999, at 3.

¹⁰⁸ Ver Anderson, *supra.*, en 186.

¹⁰⁹ *Id.* en 210-211.

¹¹⁰ *Id.* en 203. Algunas de las leyes latinoamericanas incluyen una disposición similar para los depósitos judiciales. Para una defensa de tales disposiciones, ver Trejos, *supra.* (propuesta sobre el *forum non conveniens*).

¹¹¹ Anderson, *op cit.*, en 208.

¹¹² Ver Newman, nota *supra.*

c. Conclusiones

Con relación a la jurisdicción, un instrumento interamericano en esta área podría constituir una contribución valiosa aboliendo la regla de Mozambique. También efectuaría una contribución de valor si resolviera las cuestiones alrededor de la disponibilidad de la doctrina del *forum non conveniens*. Por otro lado, podría resultar difícil encontrar una solución mutuamente aceptable para este último problema. Durante las negociaciones de la Convención de La Haya sobre jurisdicción y Juicios, un anteproyecto inicial del documento habría eliminado la posibilidad de rechazar casos sobre la base del *forum non conveniens*, pero esto probó ser inaceptable para los Estados Unidos, y los proyectos que le siguieron permitieron tales rechazos en circunstancias “excepcionales”.¹¹³

4. Trabajo Relevante de Otras Organizaciones Internacionales

(a) *El Comité del Derecho Internacional (International Law Commission)*

El tema de la “Responsabilidad Internacional por consecuencias dañinas resultantes de actos no prohibidos por el derecho internacional” fue colocado en la agenda del Comité en 1978. El tema constituía un fruto de la labor del Comité sobre responsabilidad del Estado. La decisión de tratar el asunto de manera separada se basó en el reconocimiento de que el daño ambiental emanado del territorio de un estado puede dar lugar a una obligación de reparar el daño o pagar una compensación incluso cuando el daño no es el resultado de una violación por parte del estado con relación a cualquier obligación primaria conforme el derecho internacional. En ausencia de tal violación, no se produciría la responsabilidad del estado; sin embargo podría surgir una obligación primaria del estado para remediar la lesión. Gran parte del trabajo inicial del CDI sobre este tema focalizaba la diferencia conceptual entre responsabilidad del estado e imputabilidad del estado.¹¹⁴

La labor del CDI sobre este tema prosiguió a pasos deliberados desde 1978 a 1996, un período en el cual se produjeron diecisiete Informes por dos Relatores Especiales.¹¹⁵ En 1997, el CDI estableció un Grupo de Trabajo para revisar su labor sobre el tema desde 1978. El Grupo de Trabajo concluyó que “el alcance y contenido del estudio permanecieron poco claros” en razón de “dificultades conceptuales y teóricas” y “la relación del tema para con ‘Responsabilidad del Estado’.”¹¹⁶ El CDI decidió, de acuerdo con la recomendación del Grupo de Trabajo, tratar separadamente los asuntos de prevención y responsabilidad y designó al señor Pemmaraju Sreenivasa Rao como Relator Especial del tema “prevención del daño transfronterizo derivado de actividades ultrapeligrosas.”¹¹⁷ El CDI completó su tarea sobre este tema en su 53ª sesión en 2001, cuando adoptó un proyecto de preámbulo y de 19 artículos sobre prevención de daño transfronterizo derivado de actividades peligrosas. Los proyectos de artículos son concebidos como la base para una convención internacional, y en virtud de ello el CDI recomendó a la Asamblea General la elaboración de dicha convención.¹¹⁸ Según los artículos, los estados estarían obligados, entre otras cosas, a requerir a los operadores que obtengan una autorización previa para actividades que conllevan un riesgo de causar daño

¹¹³ Ver Proyecto de Convención, art. 22, disponible en <http://www.hcch.net/e/conventions/draft36e.html>.

¹¹⁴ Sobre esta distinción, ver en general Daniel Barstow Magraw, *Transboundary Harm: The International Law Commission's Study Of "International Liability,"* 80 AM. J. INT'L.L. 305 (1986).

¹¹⁵ Cinco relatorios fueron producidos por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter. Ver *Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-fourth session at 220*, oct. de 2002. Luego del fallecimiento de Quentin-Baxter en 1985, el Sr. Julio Barboza fue nombrado Relator Especial. Barboza produjo doce informes. Ver *id.* en 221 n.406.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.* en 223.

transfronterizo significativo, y notificar y consultar con otros estados que podrían verse afectados por tal actividad.¹¹⁹

El CDI continuó su labor en la segunda parte del tema “responsabilidad internacional por la falta de prevención de las pérdidas derivadas de daños transfronterizo resultantes de actividades peligrosas” – en su 54ª sesión en 2002, con el Sr. Rao sirviendo nuevamente como Relator Especial.¹²⁰ La labor del CDI hasta ahora, muestra que la parte remanente del proyecto tratará la responsabilidad no solamente de los estados, sino también de los particulares. En los primordios del proceso, el Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo en varios puntos importantes: “Primero, la víctima inocente no debería, en principio, soportar las pérdidas. En segundo lugar, cualquier régimen sobre la asignación de las pérdidas debe asegurar que existan incentivos efectivos para todos los involucrados en una actividad peligrosa, a fin de seguir las mejores prácticas relacionadas con prevención y respuesta. En tercer lugar, tal régimen debería cubrir ampliamente los variados actores de importancia, además de los Estados. Estos actores incluyen a las entidades privadas tales como operadores, compañías de seguros y “pools” de fondos de la industria.”¹²¹ El Grupo de Trabajo también decidió que “[e]l operador, teniendo control directo sobre las operaciones, debería soportar la responsabilidad primaria en cualquier régimen de asignación de pérdidas. La participación de los operadores en las pérdidas traería aparejados costos que necesita soportar, a fin de contener las pérdidas que se producen, así como el costo de la restauración y compensación.”¹²² El informe del Grupo de Trabajo que llegó a estas y otras conclusiones sobre la asignación de pérdidas entre varios actores públicos y privados fue considerada y adoptada por el CDI.¹²³

La labor del CDI sobre el tema de responsabilidad internacional por daños transfronterizos buscará aparentemente imponer ciertos requisitos para las leyes nacionales que regulan la responsabilidad de los actores públicos y privados en el caso de daños ambientales transfronterizos. El CDI difícilmente buscará armonizar todos los aspectos de este asunto. Si su tarea sobre la prevención es una guía, es más factible que establezca algunos estándares mínimos, dejando a los estados libres para elegir los detalles de su puesta en práctica. Así, aún cuando el CDI tenga éxito en llegar a un acuerdo sobre los artículos proyectados relativos a la responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos, y aún si los artículos proyectados se incorporan más tarde a una convención ampliamente ratificada, su labor difícilmente eliminará los temas de ley aplicable. Sin embargo, su tarea afectará el alcance y naturaleza de los conflictos de leyes que vengan a existir en el futuro.

Es también factible que el propio CDI considere ciertos temas de derecho internacional privado. Entre los “temas adicionales” que el Grupo de Trabajo enumeró para consideración futura se encontraban los mecanismos para consolidación de los reclamos “entre-estados e intra-Estados, ... el proceso de verificación, cuantificación y resolución de reclamos, acceso a los foros relevantes y la naturaleza de los remedios disponibles.”¹²⁴ La antigua labor del CDI en este tema sugiere cómo podría ser el método de estos temas. El informe de 1996 del Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad Internacional para Consecuencias Dañinas Resultantes de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, incluye un proyecto de articulado preparado por el Grupo de Trabajo que trabajó bajo la presidencia del Sr. Barboza. Uno de sus proyectos de artículos es de particular relevancia. El Artículo 20 disponía en su parte pertinente que “[un] estado en cuyo territorio se lleva a cabo una actividad a la que se refiere el artículo 1 no deberá discriminar, sobre la base de nacionalidad, residencia o lugar del daño, y de acuerdo con su

¹¹⁹ Proyecto de Artículos sobre Prevención del Daño Transfronterizo resultante de Actividades Peligrosas, arts. 6-10.

¹²⁰ Ver Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-fourth Session en 223.

¹²¹ *Id.* en 225.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* en 223.

¹²⁴ *Id.* en 227.

sistema legal el acceso al poder judicial u otros procedimientos, o el derecho de reclamar una compensación u otro remedio a las personas que han sufrido un daño transfronterizo significativo.”¹²⁵ Esta disposición parecería invalidar la regla de Mozambique discutida más arriba. De acuerdo con el comentario sobre este artículo “si se causa un daño importante en el Estado A como resultado de una actividad. . . en el Estado B, el Estado B no podrá bloquear una acción sobre la base de que el daño se produjo fuera de su jurisdicción.”¹²⁶

Aunque este artículo no trata directamente el tema de ley aplicable, el comentario sugiere que podrá hacerlo indirectamente: “La regla establecida obliga a los Estados a asegurar que cualquier persona, cualesquiera sea su nacionalidad o lugar de residencia, que haya sufrido un daño transfronterizo importante como resultado de actividades [peligrosas] debería, independientemente de dónde ocurrió o pueda ocurrir el daño, recibir el mismo tratamiento que aquél dispensado por el estado de origen a sus nacionales en caso de daño doméstico.”¹²⁷ Esto puede sugerir que la ley aplicable debería ser la misma a ser contemplada si el daño hubiese ocurrido enteramente dentro del territorio del estado. Si se produce en cualquier otro lugar, el comentario dispone que “[c]uando se procura el remedio a través de los tribunales del estado de origen, tiene lugar según la ley aplicable de tal Estado.”¹²⁸ Si la referencia aquí se hace a la ley sustantiva del estado, entonces parece que los artículos del proyecto contemplan la aplicación de la *lex loci actus*. Si la referencia se hace a la norma total del estado, incluyendo sus reglas para la elección de la ley aplicable, entonces los artículos del proyecto dejarían sin tratar el tema de la ley aplicable. En cualquier caso, los artículos del proyecto aclaran que la regla mencionada “es residual” y que “[d]e acuerdo con ella, los Estados de que se trate pueden concordar sobre la mejor manera de brindar remedio a personas que hayan sufrido un daño significativo, por ejemplo a través de un acuerdo bilateral.”¹²⁹ Aunque presumiblemente un acuerdo regional sería permitido de manera similar, la OEA puede desear diferir su labor sobre tal acuerdo hasta que se completen las normas de aplicación supletoria a ser establecidas por el CDI. Bajo el liderazgo del Sr. Rao, se podrá esperar que la labor del CDI sobre este tema procederá más rápidamente que lo que lo hizo durante sus primeros veinte años.

(b) *La Conferencia de La Haya*

La Conferencia de La Haya ha focalizado de manera más directa los aspectos de derecho internacional privado relativos al daño ambiental transfronterizo. En 1992, el Bureau Permanente distribuyó a sus Estados miembros una Nota suministrando los antecedentes y solicitando su punto de vista sobre si “la ley aplicable a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente podría constituir un tópico viable a ser tratado en una convención internacional futura.”¹³⁰ La opinión del Bureau permanente de que este podría ser un tema apropiado se basó en parte en su observación de que “la mayor parte de las negociaciones internacionales que se están llevando a cabo con miras a proteger el medio ambiente se dirigen hacia problemas de naturaleza mundial y focalizan la responsabilidad de los Estados donde se origina la contaminación.”¹³¹ La necesidad de dicha convención, manifestó el Bureau “se agrava por la falta relativa de éxito al tratar de la responsabilidad por contaminación transfronteriza en el

¹²⁵ Informe de 1996 en 43.

¹²⁶ *Id.* Como precedente para este artículo el Grupo de Trabajo citó la Convención sobre la Protección del Medio Ambiente entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia el 19 de febrero de 1974 y la Recomendación de la OCDE sobre Implementación de un régimen de derecho igualitario al acceso y a la no discriminación con relación a contaminación transfronteriza, ambos discutidos supra. Ver Informe de 1996 en 44.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.* en 42.

¹²⁹ *Id.* en 43.

¹³⁰ Nota sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, Documento Preliminar No. 9 de Mayo 1992, en Procedimientos de la Décimoséptima Sesión, 10 a 29 de Mayo 1993, Primera Parte, en 187 [en adelante Nota 1992].

¹³¹ *Id.*

ámbito del derecho internacional público.¹³² Como acabamos de discutir, el trabajo más reciente del CDI no se ha focalizado con exclusividad en la responsabilidad de los estados, y su labor ha comenzado a procesarse a ritmo más veloz.

Luego de realizar una compulsión sobre los instrumentos de derecho internacional existentes sobre este tema y las leyes nacionales pertinentes, el Bureau Permanente concluyó que “[e]sta es esencialmente un área no tratada en los tratados internacionales, estudiada de antemano solamente hasta un alcance limitado en clases específicas de casos por tratados de ley sustantiva.”¹³³ Además, “[e]l modelo de casos envolviendo reclamos de responsabilidad civil por daño ambiental parece ser bastante identificable para permitir ideas claras de reglas de conflicto apropiados a ser desarrollados mientras que existe la ventaja que la falta en la actualidad de reglas fijas para los conflictos en los tratados y en las leyes internas deja campo bastante abierto para la adopción y puesta en práctica de reglas unificadas sobre conflictos.”¹³⁴ Sobre la base de la Nota 1992 del Bureau, la Conferencia de La Haya decidió incluir este ítem en la agenda para el programa de trabajo de la Conferencia.¹³⁵ Aunque todos los delegados creyeron que este era un asunto importante que debería ser estudiado por la Conferencia, algunos “consideraron que la cuestión no debería tener prioridad, tanto porque es de extrema complejidad y toca problemas políticos de naturaleza sensible y en vista del hecho de que ya existe un gran número de textos internacionales sobre la materia.”¹³⁶

En abril de 1994, la Conferencia de La Haya patrocinó un coloquio realizado en Osnabrück con el título de “Hacia una Convención sobre el Derecho Internacional Privado del Daño Ambiental,” cuyas conclusiones fueron descritas en una Nota de 1995 por parte del Bureau Permanente.¹³⁷ Estas conclusiones se conocen como los Diez Puntos de Osnabrück. Los participantes estuvieron en general favorablemente dispuestos con relación de la elaboración de un proyecto de convención de derecho internacional privado sobre daño ambiental transfronterizo. Además, consideraron que la convención debería tratar la cuestión de la jurisdicción. Concluyeron que “[l]os negociadores de una posible Convención de La Haya deberán tomar un punto de vista amplio e incorporar en su tentativa la unificación no solamente los conflictos de leyes y jurisdicción, pero también ciertos aspectos del procedimiento así como las relaciones con otras convenciones que disponen sobre la compensación por medio de fondos compensadores y - en primer término- el problema importante del seguro.”¹³⁸ Entre los asuntos procesales que ellos sugirieron sean tratados en la convención, se encontraba el de las acciones colectivas y acciones populares.¹³⁹

En el coloquio hubo un rápido acuerdo sobre la norma apropiada para escoger la ley aplicable. Los participantes apoyaron el principio de ubicuidad, según el cual la víctima debería tener la facultad de escoger entre la ley del lugar donde se produjo la actividad causadora del daño o la ley del lugar donde se sufrió el daño.¹⁴⁰ Según el parecer del Bureau Permanente, no obstante, “esta regla fue tal vez aceptada demasiado rápidamente” en el coloquio “y no fue suficientemente discutida ni sus implicaciones fueron verificadas con relación a todas las hipótesis concebibles de contaminación transfronteriza.”¹⁴¹ En consecuencia, el Bureau

¹³² *Id.* en 193.

¹³³ *Id.* en 207.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Acta Final de la Décimo Séptima Sesión, B, ¶ 3.

¹³⁶ Nota sobre la Ley Aplicable y sobre Cuestiones Resultantes de Conflictos de Jurisdicción con Relación a la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, Documento Preliminar No. 3 of April 1995, procedimientos de la Décimo Octava Sesión, 30 de sep. a 19 de oct. De 1996, Vol. I, en 73 [en adelante Nota 1995].

¹³⁷ Nota 1995.

¹³⁸ *Id.* en 83.

¹³⁹ *Id.* en 79.

¹⁴⁰ *Id.* en 75.

¹⁴¹ *Id.*

recomendó que la Conferencia considerara también la posibilidad de escoger la *lex loci actus* y la *lex damni*, entre otras posibilidades.¹⁴² En particular, el Bureau pareció favorecer la *lex damni* porque “parecería otorgar la mejor protección para los intereses del reclamante, satisfaciendo sus expectativas legítimas y que frecuentemente serán idénticas a aquellas de la residencia de la víctima y el lugar en el cual se sitúa la propiedad,” y porque “parece corresponder a la tendencial actual en la ley sustantiva sobre la contaminación transfronteriza.”¹⁴³ Con relación a la jurisdicción, el coloquio apoyó la regla que otorga a la víctima la elección de incoar el proceso en el lugar de residencia habitual del demandado, el lugar de la actividad peligrosa, o el lugar donde se sufrió el daño.¹⁴⁴

En la Octava Sesión de la Conferencia, la Comisión Especial decidió conservar el tema en la agenda de la Conferencia, a pesar de algunas preocupaciones sobre “el riesgo de superposición que podría existir entre las diferentes convenciones en el área” y la sensibilidad política del tema.¹⁴⁵ No obstante, el tema fue clasificado como de tercera prioridad entre los asuntos de la Agenda de la Conferencia, por detrás de la Convención de La Haya sobre Jurisdicción y Juicios y la extensión de la convención de menores a adultos incapaces.¹⁴⁶ La Comisión Especial decidió que el tema debería ser objeto de estudios adicionales por parte del Bureau Permanente.

En el año 2000, el Bureau Permanente emitió una Nota exhaustiva titulada “Responsabilidad civil resultante de Daño Ambiental Transfronterizo: ¿Un caso para la Conferencia de La Haya?”¹⁴⁷ Esta demorada nota incluyó la discusión más pormenorizada aún de los instrumentos existentes y de las leyes nacionales sobre el tema, así como una discusión extensiva sobre las posibles alternativas. Con relación a la ley aplicable, la Nota refleja una preferencia por el principio de ubicuidad. Observa que la regla ha sido adoptada por Alemania e Italia y un número de otros estados, incluyendo Venezuela y Perú,¹⁴⁸ y que “aún los autores que son generalmente hostiles a este principio por regla general. . . favorecen su aplicación en asuntos de contaminación transfronteriza”¹⁴⁹ La alternativa de la *lex loci actus* posee la desventaja de permitir que el estado contaminante exteriorice los costos por el daño causado. Por otro lado, si la *lex loci actus* es más favorable a la víctima que la *lex damni*, pregunta la Nota, “¿Por qué deberían las víctimas en otro estado no beneficiarse de estas mismas disposiciones ventajosas?”¹⁵⁰ La Nota también observó que el principio que favorece a la víctima posee también la ventaja de favorecer la protección al medio ambiente.¹⁵¹

La Nota del Bureau Permanente fue considerada por la Comisión Especial de la Conferencia en Mayo de 2000. Mientras que la Comisión reconoció la importancia del tema, decidió retener el asunto en su agenda “sin prioridad”. Se expresaron varias razones para esta decisión. “Un número de expertos señaló los problemas levantados por los temas de derecho internacional público e indicó que no había llegado aún el momento para una Convención de La Haya sobre este tema.”¹⁵² Además, existía preocupación sobre el riesgo de sobreposición que

¹⁴² *Id.* en 75-77.

¹⁴³ *Id.* en 77.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ Conclusiones de la Comisión Especial de Junho 1995 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, Documento Preliminar No. 9 de dic. de 1995, Procedimientos de la Décimo Octava Sesión, Vol. I, en 109.

¹⁴⁶ *Id.* en 119.

¹⁴⁷ Nota de La Haya 2000.

¹⁴⁸ *Id.* en 33-34.

¹⁴⁹ *Id.* en 33.

¹⁵⁰ *Id.* en 34.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² Conclusiones de la Comisión Especial del Mayo de 2000 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia. Documento Preliminar Nro. 10 de Junio 2000 para la Atención de la Decimo Novena Sesión, en 13.

podría ocurrir con los varios instrumentos existentes.¹⁵³ Finalmente, “[s]e llamó la atención a la tarea previamente efectuada por el Consejo de Europa y la Unión Europea en este terreno, y la labor en este campo de posiblemente asumiría la Organización de Estados Americanos.”¹⁵⁴ Parece así que la decisión de Conferencia de La Haya de no otorgar prioridad a este tema se basó en parte en la expectativa de que el tópico se trataría en el contexto interamericano a través de la CIDIP.

(c) *Roma II*

La Comisión Europea ha propuesto la regulación de la ley aplicable en caso de responsabilidad extracontractual. En mayo de 2002, emitió un proyecto de regulación y solicitó los comentarios de las partes interesadas sobre el proyecto. El proyecto incluía una disposición que trataba específicamente de la responsabilidad en caso de daño ambiental transfronterizo. Esta disposición habría establecido la *lex damni* como la ley aplicable. Se recibieron comentarios extensos sobre el proyecto en septiembre de 2002. Con relación a la disposición sobre daño ambiental transfronterizo, la Conferencia de La Haya sometió comentarios que, obedeciendo a su Nota 2000 sobre el tema, defendían el principio de ubicuidad, sin tomar en última instancia una posición sobre si debería ser adoptado.¹⁵⁵ Luego de tomar en cuenta todos los comentarios, la Comisión Europea revisó su proyecto. La versión revisada fue sometida al Parlamento Europeo el 22 de julio de 2003.

La versión revisada rechaza el principio de ubicuidad como regla general para la responsabilidad extracontractual, adoptando en su lugar, como regla básica (artículo 3) “la ley del lugar donde se produjo o puede producirse el daño directo” (*lex damni*).¹⁵⁶ Esto fue un “compromiso entre las dos soluciones extremas de aplicar la ley del lugar donde tiene lugar el acontecimiento que ocasiona el daño y otorgando a la víctima la opción.”¹⁵⁷ La Comisión concluyó que “otorgando a la víctima la opción de escoger la ley más favorable para el ... iría más allá de las expectativas legítimas de la víctima y reintroduciría la incerteza en la ley, contrariamente al objetivo general de la Regulación propuesta.”¹⁵⁸ No obstante, en la disposición que trata específicamente de la ley aplicable en el caso de daño ambiental transfronterizo. (artículo 7), la Comisión optó por el principio de ubicuidad. “La regla uniforme propuesta en el Artículo 7 toma como su solución primaria la aplicación de la regla general en el Artículo 3(1), aplicando la ley del lugar donde el daño se mantiene, pero otorgando a la víctima la opción de escoger la ley del lugar donde se produjo el hecho que dió lugar al daño.”

La razón principal de la Comisión para adoptar el principio de ubicuidad en este contexto parece basarse no en la protección de las expectativas legítimas de las partes, sino en las políticas sustantivas de la Unión Europea con relación a la protección del medio ambiente:

[L]a conexión exclusiva (en el Artículo 3) al lugar donde el daño se mantiene ... significaría que una víctima en un país con bajos niveles de protección no disfrutaría del nivel de protección más alto disponible en los países vecinos.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Comentarios sobre la Regulación Propuesta sobre Ley Aplicable en casos de Responsabilidad Extracontractual. Al describir la posición de la Conferencia de La Haya, la comisión europea observó que “la Conferencia de La Haya ... a colocado a una convención internacional en un daño ambiental transfronterizo en su programa de trabajo, y la labor preparatoria parece estar moviéndose hacia un papel importante para el lugar donde se sustancia el daño, aunque se reconocen los méritos del principio de favorecer a la víctima.” comisión de Comunidades Europeas, Propuesta para una Regulación del Parlamento europeo y el Consejo sobre Ley Aplicable a Obligaciones Extracontractuales. 2003/0168 (COD), 22 de julio de 2003, en 20.

¹⁵⁶ *Id.* en 12.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.* en 12-13.

Considerando los objetivos generales de la Unión en lo que hace a asuntos ambientales, la cuestión no es solamente respetar los intereses legítimos, sino también establecer una política legislativa que contribuya a elevar el nivel general de protección ambiental, especialmente cómo el autor del daño ambiental, a diferencia de otras violaciones o delitos, produce generalmente un beneficio económico de esta actividad dañosa. Aplicando exclusivamente la ley del lugar donde se sufrió el daño, podría otorgar al operador un incentivo para establecer sus instalaciones en la frontera, de manera de descargar las sustancias tóxicas en un río y gozar del beneficio de las normas más elásticas del país vecino. Esta solución sería contraria a la filosofía subyacente de la ley europea sustantiva sobre el medio ambiente y el principio de que “la parte contaminante debe pagar”.¹⁵⁹

Según la propuesta, “[c]orresponderá a la víctima en vez del tribunal determinar la ley que le sea más favorable a la víctima en lugar de que el tribunal determine la ley que le sea más favorable.”¹⁶⁰ Con este procedimiento, la Comisión suprimió los problemas mencionados más arriba disponiendo que corresponde a cada miembro establecer los procedimientos para efectuar la elección otorgada a la parte actora.¹⁶¹

La Comisión también trató de manera breve el problema colocado por el hecho de que la regulación ambiental está fuertemente regulada por el derecho público:

Una dificultad adicional con relación a la responsabilidad civil por violaciones al medio ambiente se encuentra con la estrecha vinculación con las reglas de derecho público que gobiernan la conducta del operador y las normas con las cuales debe cumplir. Unas de las preguntas formuladas con mayor asiduidad se relaciona a las consecuencias de una actividad autorizada y legítima en el Estado A (donde, por ejemplo, las emisiones excedieron el nivel tolerado) pero causa daños en el Estado B, donde no está autorizado (y donde las emisiones exceden el nivel tolerado). Bajo el Artículo 13, debe resultar entonces posible al tribunal considerar el hecho de que el agente perpetrador ha cumplido con las reglas vigentes en el país en el cual lleva a cabo sus actividades.¹⁶²

El artículo 13 de la propuesta dispone que, “cualesquiera sea la ley aplicable, al determinar la responsabilidad deben tenerse en cuenta las reglas de seguridad y conducta que estaban vigentes al tiempo y en el lugar del hecho que dió lugar al daño.” De acuerdo con el comentario, “[t]ener en cuenta el derecho foráneo no es la misma cosa que aplicarlo: el tribunal aplicará solamente la ley que resulta aplicable según la regla del conflicto, pero debe tener en cuenta otra ley como cuestión de hecho, por ejemplo al verificar la seriedad de la culpa, de la buena o mala fe del autor para los fines de la mensuración del daño.”¹⁶³

La regulación de Roma II propuesta por la Comisión Europea debe considerarse ahora por la Comisión Social y Económica Europea, y luego por el Parlamento Europeo.

5. La CIDIP-VI

El tema III de la agenda de la CIDIP-VI fue “Conflicto de leyes relativas a la responsabilidad extracontractual, con énfasis en la cuestión de la jurisdicción apropiada y la ley aplicable respecto de la responsabilidad civil internacional en caso de contaminación transfronteriza.” Su génesis fue la propuesta por parte de la delegación de Uruguay a la CIDIP-V de que el tema de “Responsabilidad Civil Internacional en caso de Contaminación Transfronteriza: Aspectos de la Ley Privada Internacional” fuese incluido en la agenda de la

¹⁵⁹ *Id.* en 19-20.

¹⁶⁰ *Id.* en 20.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.* en 25.

CIDIP-VI. En preparación de una Reunión de Expertos para discutir la agenda de la CIDIP-VI, la Secretaría de Asuntos Legales preparó en 1996 un documento de fondo, examinando la posibilidad de tratar de manera más general el tema del “Conflicto de Leyes sobre Responsabilidad Extracontractual”, pero el documento concluyó que el “amplio tema no se presta a un estudio inmediato en ausencia de asuntos específicos.”¹⁶⁴ El documento continúa considerando el tema más estrecho de la “Responsabilidad Civil Internacional por Contaminación Transfronteriza.” Hacía notar que el tema es complejo, en parte porque se interrelaciona con la responsabilidad estatal, y que “[m]uchas otras organizaciones internacionales han, o aún están en el proceso de trabajar para resolver algunas de las cuestiones.”¹⁶⁵ Concluyó que “[e]sto puede ser visto como una indicación de que el área es aún emergente, no estando madura aún para la codificación” o, por el contrario “Puede ser visualizada como una oportunidad de participación en el desarrollo del derecho internacional.”¹⁶⁶

Durante la Reunión de Expertos realizada en Washington, DC, en diciembre de 1998, se convino que el tema de “Conflictos de leyes sobre responsabilidad por ilícitos, con énfasis en jurisdicción y ley aplicable a la responsabilidad civil internacional en caso de Contaminación Transfronteriza” se incluiría en la agenda de la CIDIP-VI, y que Uruguay sería el relator de este tema. El 7 de febrero de 2000, se distribuyó un documento preparado por Uruguay en anticipación de la primera Reunión de Expertos en preparación de la CIDIP-VI, que se realizó en Washington DC, una semana después (del 14 al 18 de Febrero).¹⁶⁷ Luego de un breve panorama del trabajo siendo realizado sobre el tema por otras organizaciones y una breve revisión de las leyes nacionales sobre el tema, el documento proponía un método particular tanto para el tema de ley aplicable como el de jurisdicción.

Para el tema de aplicación de la ley, propuso la adopción de las siguientes normas:

- a. Mantener la solución tradicional de la *lex loci actus* (la ley del Estado en el cual tuvo lugar la conducta que causó el daño).
- b. Dar a la actora (la víctima) la opción de escoger entre la ley loci y la ley del Estado afectado por el daño, si éste se manifiesta en un Estado diferente de aquél en el cual tuvo lugar la actividad contaminante.
- c. Si el agente contaminante y la víctima tienen su domicilio en el lugar habitual de residencia, o el establecimiento comercial en un estado único, designar a la ley de dicho Estado como la ley aplicable.
- d. Incorporar una disposición sobre el ámbito y con el alcance de la ley aplicable, que implícitamente contendría los elementos internacionales del caso.¹⁶⁸

Aunque la cita arriba indica que la víctima debe escoger la ley aplicable, la nota al pie de página indica que en efecto el juez estaría “a cargo de sopesar las opciones, [y] escogería la ley más favorable a la víctima.”¹⁶⁹ Otra nota al pie de página explica por qué el relator rechazó el requisito encontrado en la ley de Québec y de Suiza, según la cual la *lex damni* solamente puede ser aplicada si el agente que perpetra el daño pudo haber previsto que su conducta produciría el daño allí. De acuerdo con la nota al pie de página “esta condición parece limitar los derechos de la víctima de ver su ley aplicada. . . . Además, esta ‘posibilidad de prevenir’ no

¹⁶⁴ OEA/Ser. K/XXI RE/CIDIP-VI/doc.7/98, en 9.

¹⁶⁵ *Id.* en 22.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Conflicto de Leyes sobre Responsabilidad por Hechos Ilícitos, con Énfasis en la Jurisdicción y en la Ley Aplicable a la Responsabilidad Civil Internacional en Casos de Contaminación Transfronteriza, OEA/Ser.K/XXI REG/CIDIP-VI/doc.5/00, 7 de feb. de 2000.

¹⁶⁸ *Id.* en 20.

¹⁶⁹ *Id.* en 20 n.34. Como un precedente para este método, el documento cita la Convención Interamericana sobre Obligaciones de Apoyo (Montevideo 1889). *Ver id.*

sería congruente con la negligencia con la cual presumiblemente el agente poluidor actuó.”¹⁷⁰ La propuesta tendría así proporcionado a la actora una opción más amplia y menos rígida que la de las leyes nacionales existentes discutidas en el documento.

Con relación a la jurisdicción, el documento hizo notar que las leyes nacionales han aprobado la institución de los procedimientos en el estado del domicilio del demandado, el estado donde se produjo el acto causante el daño, y el estado donde se sufrió el daño. El documento propone luego la regla siguiente:

Las acciones de responsabilidad civil estarán sujetas, conforme la opción de la actora, a la jurisdicción del Estado:

- a. en el cual se llevó a cabo la actividad contaminante;
- b. en el cual se sufrió el daño;
- c. en el cual la actora o el demandado tienen su domicilio, lugar habitual de residencia o establecimiento comercial.”¹⁷¹

Aquí, también, la solución propuesta fue más favorable para la víctima que las leyes nacionales existentes discutidas en el documento. En este caso, la propuesta fue más allá de las soluciones existentes, ofreciendo la jurisdicción en el estado del domicilio de la actora o el asiento habitual de sus negocios. Si la actora sufrió el daño en dicho estado, entonces la disposición produce el mismo resultado que la disposición que reclama la jurisdicción en el estado donde se sufrió el daño. Pero el documento aclara en una nota de pie de página que el estado del domicilio de la actora tendría jurisdicción incluso si el daño hubiese sido sufrido en otro lugar.¹⁷² La nota de pie de página defendió esta solución sobre la base de que “facilita a la víctima la interposición de la acción.”¹⁷³ Como precedente, el documento cita la Convención Uruguayo-Argentina sobre Responsabilidad por Accidentes de Tránsito y el Protocolo de San Luis del Mercosur.¹⁷⁴ La nota de pie de página citaba también un artículo de autoría de Didier Opertti Badan estableciendo que “a la luz de una denegación de justicia para las víctimas en el Estado responsable, debería ser posible recurrir a la jurisdicción del domicilio de la víctima o el lugar de residencia.”¹⁷⁵ Esto sugiere que la jurisdicción del estado del domicilio de la actora estaba pensado como una reserva que se tomaría disponible solamente si los tribunales de los demás estados declinasen la jurisdicción. No obstante, la propuesta no fue colocada en tales términos.

Finalmente, parece que la convención propuesta estaba pensada para prohibir a los estados-parte a declinar la jurisdicción si ellos la poseían bajo los términos de la convención. Específicamente una nota de pie de página indicaba que el rechazo de las acciones sobre la base del *forum non conveniens* no sería permitida.¹⁷⁶ Por otro lado, aunque la regla de Mozambique no sea específicamente mencionada, la propuesta parecería eliminar dicha regla para los estados que actualmente la siguen.

¹⁷⁰ *Id.* en 20 n.35.

¹⁷¹ *Id.* en 21.

¹⁷² *Id.* en 21 n.41.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.* Vale observar, no obstante, que estos instrumentos comprenden a estados vecinos; la misma solución puede no ser apropiada cuando el estado del domicilio de la actora puede estar lejos de donde se produjo la actividad y el dano.

¹⁷⁵ *Id.* (citing Didier Opertti Badan, *Derecho Internacional Privado y Medio Ambiente (La contaminación transfronteriza y el derecho internacional privado)*, en *MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO* (Montevideo 1992), en 150.

¹⁷⁶ *Id.* en 44.

La Reunión de Expertos tuvo lugar del 14 al 18 de Febrero de 2000, y la mayor parte de ella focalizó los otros tópicos de la agenda de la CIDIP-VI.¹⁷⁷ En el penúltimo día de la reunión, Uruguay presentó un documento intitulado *Bases para una Convención Interamericana sobre Ley Aplicable y Competencia de la Jurisdicción Internacional con relación a la Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza*,¹⁷⁸ elaborando un proyecto de convención sobre el tema. Consistía de seis artículos, con un artículo tratando de la “jurisdicción competente” y otro dedicado a la “ley aplicable.” El Artículo 4 sobre jurisdicción competente estableció la regla descripta más arriba, otorgando al actor la opción de incoar la acción en el estado donde tuvieron lugar los eventos dañosos, donde se sufrió el daño, o donde tenían su domicilio el actor o el demandado, o en su lugar de residencia habitual o el asiento de sus negocios.¹⁷⁹ El Artículo 5 sobre la ley aplicable daría al actor la opción de escoger la ley aplicable, pero las opciones de la actora se vieron ahora ampliadas para incluir no solamente la ley del Estado en el cual se originó la contaminación o donde se sufrió el daño, sino también el estado en el cual tiene su domicilio o su residencia habitual o sus negocios.¹⁸⁰ No se brindó explicación para permitir al actor interponer la demanda en estados que puedan tener poca o ninguna conexión, sea con el daño o con los acontecimientos que dieron lugar al reclamo. Una nota al pie de página indica que “debe considerarse” la asignación al juez de la tarea de escoger la ley más favorable a la víctima.¹⁸¹

El Proyecto de Convención fue discutido en la Reunión de Expertos el 17 de febrero, pero los registros de dicha reunión no revelan la sustancia de la discusión.¹⁸² Quedó decidido que se formaría un Comité redactor y que Uruguay lo presidiría.¹⁸³ Se preguntó a los estados miembros del grupo redactor sobre la existencia de algunas sentencias judiciales o veredictos relativos a “instancias verificadas de contaminación transfronteriza”¹⁸⁴. Se invitó a los Estados miembros a enviar sus comentarios sobre los documentos presentados a la Secretaría General para enviarlos a otros Miembros. Finalmente, se decidió que se realizaría una reunión del grupo de trabajo “hacia fines del 2000 ... a fin de preparar la versión final de la convención,” en caso de que los recursos necesarios estuviesen disponibles.¹⁸⁵ (Parece que la referida reunión del grupo de trabajo nunca tuvo lugar.)

El 4 de octubre del año 2000, el Consejo Permanente distribuyó a los Estados Miembros un documento preparado por Uruguay a fin de oír sus comentarios, que consistía de un carta y como anexo un “Proyecto Preliminar de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional Adecuada en Cuestiones de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza”.¹⁸⁶ El proyecto de Conferencia consistía nuevamente de seis artículos, con un artículo tratando de la “jurisdicción adecuada” y un artículo sobre “ley aplicable” El Artículo 4 sobre jurisdicción, era en sustancia el mismo que el proyecto presentado en Febrero. El Artículo 5 sobre ley aplicable modifica el proyecto de Febrero omitiendo el language que habría permitido a la actora escoger la ley de su propio domicilio. La carta a que se hizo alusión observaba que el permiso para que la actora eligiese entre la ley del lugar del acto dañoso y la ley del lugar del daño “se encuentra establecido en muchas fuentes del derecho,” incluyendo,

¹⁷⁷ Ver Diego P. Fernández Arroyo, *La CIDIP VI: ¿Cambio de Paradigma en la Codificación Interamericana de Derecho Internacional Privado?*, en 469.

¹⁷⁸ OEA/Ser.K/XXI REG/CIDIP-VI/INF.4/00 corr. 1

¹⁷⁹ *Id.* en 2.

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.* en 2 n.2.

¹⁸² Informe sobre la Reunión de Expertos Gubernamentales en Preparación de la Sexta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), OAS/REG/CIDIP-VI/doc.6/00 corr. 2, 14 de marzo 1de 2000.

¹⁸³ *Id.* en 11.

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Id.* en 12.

¹⁸⁶ OEA/Ser. G CP/CAJP-1688/00.

“*inter alia*, el derecho internacional privado germánico, las leyes de Suiza Eslovaquia, Grecia, Hungría, la República Checa, y la antigua Yugoslavia. Y las codificaciones recientes de derecho internacional privado de Estonia, Tunisia, Venezuela e Italia.”¹⁸⁷

Los únicos comentarios recibidos provinieron de Colombia, que declaró que, bajo la ley colombiana, la mayoría de las normas procesales eran asunto de orden público que no podía ser determinado por las partes.¹⁸⁸ No obstante, hizo notar que existían excepciones para este principio. El memorandum proponía la redacción de una serie de artículos permitiendo a la actora la elección del foro, pero proponía la eliminación del artículo 5 relativo a la ley aplicable. Expresaba el punto de vista de que si se le permitiera a la actora elegir el foro, resultaría innecesario un artículo separado permitiéndole escoger la ley aplicable, dado que su elección del foro “se verá acompañada de la ley a ser aplicada en caso de reclamo de daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental.” No resulta claro si el memorandum asumía que el foro aplicaría su propia ley sustantiva, o sus propias normas sobre conflicto de leyes. En cualquier caso, Colombia parece haber manifestado una fuerte objeción respecto de una disposición según la cual la ley aplicable sería determinada por una de las partes.

El 4 de febrero de 2002, el mismo día en que comenzó la conferencia de la CIDIP, Uruguay, repentinamente, modificó su punto de vista. Presentó un documento proponiendo una convención que trataría del tema de la jurisdicción y ley aplicable para el amplio tema de la responsabilidad extracontractual, en vez de solamente para litigios relativos a contaminación ambiental. Al explicar su cambio de posición, la delegación uruguaya manifestó que “aunque es perfectamente comprensible que a causa de sus naturalezas específicas, algunos asuntos requieren reglamentaciones especiales e independientes (por ejemplo, responsabilidad de los fabricantes por sus productos, contaminación transfronteriza, accidentes de tránsito, etc.), parecería importante regular la responsabilidad extracontractual en general, como una categoría amplia, que permitiría a los profesionales legales evaluar, dentro de ella, la gama infinita de relaciones jurídicas que se producen todos los días en el mundo real y que sería imposible para el legislador tratar de manera individual.”¹⁸⁹ Este proyecto más amplio, explicó la delegación “posee una prioridad más alta” que la regulación de categorías específicas más estrechas.¹⁹⁰

A la luz del cambio de último minuto de Uruguay, no resulta sorprendente que no se haya llegado a acuerdo alguno sobre este tema en la CIDIP VI. Dado que la propuesta no fue efectuada hasta el inicio de la Conferencia y no había estado sujeta a ninguna discusión previa entre los Estados Miembros, la propuesta de una convención para regular la jurisdicción y ley aplicable en el área amplia de la responsabilidad extracontractual, no tenía posibilidad de éxito.

Más importante para los propósitos actuales es si la propuesta para una convención más estrecha relativa a jurisdicción y ley aplicable en casos de contaminación transfronteriza hubiese tenido éxito. El Profesor Fernández Arroyo ha sugerido que el último cambio del Uruguay fue por supuesto atribuible a “la manifiesta oposición de ciertos estados, desde el comienzo, al desarrollo del tema de la contaminación ambiental en el ámbito interamericano.”¹⁹¹

¹⁸⁷ *Id.* La carta no menciona que algunas de estas leyes permiten escoger la ley del lugar del daño solamente si el que lo perpetra pudo haber previsto que su conducta causaría un daño allí, una disposición omitida adrede del proyecto.

¹⁸⁸ La posición de la Oficina Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre el Proyecto Preliminar de Convención Interamericana sobre Ley y Competencia de la Jurisdicción Internacional en Casos de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza (presentado por la delegación de Colombia), CP/CAJP-1836/01, 22 de oct. de 2001.

¹⁸⁹ Exposición de Motivos, en 16-17.

¹⁹⁰ *Id.* en 17.

¹⁹¹ Fernández Arroyo, *supra*, en 477. Si así fuera, entonces, como lo observa Fernández Arroyo, su estrategia ciertamente fracasaría. Si las delegaciones se oponían al des del estrecho tema de la

La delegación del Canadá, en particular, expresó el punto de vista en la CIDIP-VI que este tema debía ser tratado en el ámbito global en vez del regional.¹⁹² Si existían objeciones significativas a este proyecto de esta naturaleza, parecería entonces haber pocas esperanzas de éxito si el proyecto viniera ahora a ser resucitado.

Por otro lado, el profesor Fernández Arroyo ha expresado también el punto de vista de que la falta de éxito de este tema pudo haber sido el resultado de la incapacidad del Uruguay de darle cuerpo al tema con la anticipación suficiente a la Conferencia. Según Fernández Arroyo, la falta de trabajo preparatorio adecuado dejó sellado el destino de la propuesta. Observa asimismo que la propuesta de un instrumento interamericano sobre contaminación transfronteriza causó gran interés entre los participantes en la Reunión inicial de Expertos en 1998. Uruguay no pudo transformar este interés retórico sobre la protección al medio ambiente en un deseo de los Estados Miembros de desarrollar los aspectos técnicos jurídicos del tema.¹⁹³ Los comentarios de las delegaciones de los Estados Unidos y Canadá en la Tercera Comisión sugieren que su oposición a la propuesta se debió en gran parte a la falta de trabajo preparatorio adecuado.¹⁹⁴ Si era ésta la razón para el fracaso de este tema en la CIDIP-VI, el tema no necesariamente tendría el mismo destino en la CIDIP-VII.

Finalmente, es posible que la oposición a la propuesta uruguaya sea atribuible en parte al contenido del proyecto de convención propuesta por Uruguay. Como fuera observado, el proyecto era más favorable a la actora que virtualmente todas las leyes nacionales existentes. La idea de escoger la ley más favorable a la víctima no es ortodoxa, particularmente en este Hemisferio.¹⁹⁵ Los documentos presentados por Uruguay observaban que el principio de la ubicuidad había sido adoptado en un número de países, mayormente en Europa, pero no explicaron por qué este método era preferible a la regla de *lex damni*. Mientras parece razonable otorgar a la víctima la protección brindada por su propia ley, algunos Estados Miembros pueden haber cuestionado por qué la víctima debería estar facultada a requerir la protección de una ley que no fuese aquella del estado en el cual se domicilia y donde se encuentra su propiedad dañada. Desde la perspectiva de la víctima, podría ser considerado como caso fortuito que el evento que causa el daño tuviera sus orígenes en un estado diferente; para otorgar el beneficio de la ley del domicilio del demandado, si ello fuera más beneficioso, podría así ser considerado como algo llovido del cielo. Por otro lado, algunos estados pueden haber percibido la regla propuesta como dando a una parte del litigio una ventaja inequitativa. Y al menos un estado (Colombia) abrigaba inquietudes de que la propuesta contravenía principios tradicionales, según los cuales las decisiones sobre las cuestiones de procedimiento corresponden a los tribunales y no a las partes. Pueden existir respuestas convincentes a estas cuestiones, pero hubo poca oportunidad de expresar estas inquietudes, y mucho menos debatirlas. Además, en la medida en que se basa el argumento para otorgar a la víctima el beneficio de tal ley en el deseo de escoger la ley más beneficiosa para el medio ambiente, la solución parece basarse sobre una política sustantiva referida a la ley ambiental en lugar de inquietudes estrictamente relacionadas con el derecho internacional privado. Si fuera considerado deseable escoger una regla de ley aplicable por referencia a las políticas legales sustantivas del medio ambiente, tal vez parecería ser apropiada la participación de un mayor número de especialistas en derecho ambiental.

Un segundo aspecto de la propuesta del Uruguay que pudo haber sido percibida como algo controvertido, fue su prohibición del *forum non conveniens*. Como ya fuera observado, este tema es altamente impugnado en este Hemisferio. La solución propuesta por Uruguay podría

contaminación transfronteriza, en el nivel regional, entonces ellos no podrían estar más dispuestos al desarrollo de un tema más amplio que incluyese la contaminación transfronteriza. *Id.*

¹⁹² Informe del Relator del Comité III en 2, CIDIP-VI/Comm.III/doc.2/02 rev.3.

¹⁹³ Fernández Arroyo, *supra*, en 479.

¹⁹⁴ Informe del Relator del Comité III en 1-2.

¹⁹⁵ Ver *abajo* las citas a los Profesores Symeonides y Riemann.

haber sido bienvenida en gran parte del Hemisferio, pero sin duda era considerada altamente problemática en otras partes de la región. En la Conferencia de La Haya se llegó a un compromiso sobre este tema. La propuesta de la CIDIP habría eliminado por completo a la doctrina, con la única mención del tema apareciendo en una nota al pie de página.

6. Conclusiones

Es sumamente probable que el fracaso del tema en la CIDIP-VI fuera el resultado de una combinación de inquietudes sobre la sustancia de la propuesta, inquietudes sobre tratamiento del tema en el ámbito regional en lugar del global, y sobre la complejidad de la materia, y la falta de trabajo preparatorio adecuado. Pueden haberse producido respuestas convincentes a las inquietudes sustantivas de los Estados Miembros, pero los mismos no contaron con un foro en el cual ventilar estas inquietudes, y mucho menos debatirlas. Es posible que, con suficiente trabajo preparatorio, se pudiese llegar a un acuerdo sobre un instrumento interamericano de derecho internacional privado en el área de daño ambiental transfronterizo, con un contenido algo diferente de aquél propuesto en la CIDIP-VI. Podría aún haber sido posible, aunque menos probable, de que, con bastante más trabajo preparatorio, se hubiese llegado a un acuerdo sobre el instrumento propuesto en la CIDIP-VI.

A final de cuentas, los Estados Miembros están en una posición mejor para juzgar las razones para el fracaso del tema en la CIDIP VI. Dejando tal cuestión de lado, parecería que el tema de daño ambiental transfronterizo es un tema complejo y problemático con el cual iniciar una tentativa interamericana para armonizar la jurisdicción y ley aplicable en el área de la responsabilidad extracontractual. Las complicaciones, como fuera observado, derivan del hecho de que existen numerosos instrumentos tratando los aspectos sustantivos del tema, y la compleja relación entre los aspectos de derecho interno público y privado del tema. El hecho de que el CDI se encuentre considerando aspectos de este tema puede sugerir también que la cuestión no está madura. Por otro lado, la conferencia de La Haya ha diferido su consideración del tema, debido en parte a que la OEA puede asumirlo. La serie compleja de instrumentos internacionales que tratan de varios aspectos de la ley sustantiva en esta área, dejará inevitablemente diferencias entre las leyes sustantivas de los Estados Miembros en un número de cuestiones, diferencias que continuarán dando lugar a problemas de derecho internacional privado. Si la sensibilidad política del tema no fuera demasiado grande, no estaría fuera de cuestión el hacer una nueva tentativa para tratar este tema, siempre que estén disponibles recursos suficientes para llevar a cabo la labor preparatoria necesaria.

B. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS

La propuesta final del Uruguay para la CIDIP-VI enumeraba a la responsabilidad de los “fabricantes por sus productos” entre las categorías de responsabilidad extracontractual que ameritan un tratamiento por separado.¹⁹⁶ Cuando el Comité Jurídico distribuyó su cuestionario de 2001 buscando propuestas para posibles temas para la CIDIP VII, dos prominentes especialistas del derecho internacional privado – los profesores Tatiana B. de Maekelt de Venezuela y Arturo Díaz Bravo de México – propusieron de la misma manera el tema de la responsabilidad por productos defectuosos y dañinos.¹⁹⁷ Varios otros profesores prominentes consideran también el tema de la responsabilidad por productos como siendo un tema apropiado para el desarrollo del derecho internacional privado, proponiendo reglas especiales de ley aplicable para el tema. El decano Symeonides ha escrito que los “[c]onflictos sobre responsabilidad por productos son generalmente mucho más complejos que los conflictos genéricos sobre violaciones, que levantan la cuestión sobre si una serie especial de reglas

¹⁹⁶ Exposición de Motivos, en 16.

¹⁹⁷ Ver Respuestas al Cuestionario de la CIDIP-VII, por Tatiana B. de Maekelt & Arturo Diaz Bravo.

sobre ley aplicable sería necesaria.”¹⁹⁸ Al ofrecer su propia serie de normas legales para este tema, él – y muchos otros – han respondido a esta pregunta de manera afirmativa.

La Conferencia de La Haya respondió también a dicha pregunta por la afirmativa, habiendo embarcado en el proyecto de armonizar las leyes aplicables en casos de responsabilidad por productos en el ámbito global a principio de los años setenta. El resultado fue la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a Casos de Responsabilidad por Productos.¹⁹⁹ Aunque esta Convención ha estado en vigencia por más de 25 años, fue ratificada solamente por uno de cada cinco miembros de la Conferencia de La Haya, no habiendo sido suscripta por ningún Estado en más de una década.²⁰⁰ Y lo que es más importante, nunca ha sido suscripta por ningún Estado del Hemisferio Occidental.²⁰¹ La decisión de la conferencia de La Haya de abordar el tema de la ley aplicable por responsabilidad por productos en el ámbito global, apoya la conclusión de que el tema es suficientemente importante para garantizar el esfuerzo de negociar un instrumento internacional, e indica también que la cuestión es razonablemente administrable. El fracaso de la Convención de La Haya para atraer ratificaciones en este Hemisferio puede sugerir que podría resultar apropiada una nueva visión sobre este tema en el ámbito regional.²⁰²

A pesar de la complejidad del tema, la cuestión de responsabilidad por productos parece ser un tema apropiado con el cual comenzar el proceso de armonización de la jurisdicción y elección de la ley aplicable en el Hemisferio en el área de responsabilidad extracontractual. En primer lugar, numerosos especialistas han llegado a la conclusión de que este campo requiere reglas especiales para la determinación de la ley aplicable. En segundo lugar, las leyes sustantivas en esta área están bastante bien desarrolladas, y existen diferencias importantes en las leyes sobre este tema entre las naciones del Hemisferio, tornándolo así necesario en los casos transnacionales para que el tribunal elija entre leyes potencialmente divergentes. En tercer lugar, las reglas especiales sobre ley aplicable en el caso de responsabilidad por productos ya han sido adoptadas en un número de jurisdicciones y numerosas propuestas ya han sido adelantadas por los especialistas. Éstas pueden servir como modelos para un instrumento interamericano. Además, como observado más arriba, las tentativas para armonizar la ley aplicable en esta área ya han sido iniciadas por parte de organizaciones globales y regionales. Estas iniciativas pueden servir de modelo, o como lecciones sobre lo que se debe evitar.

Finalmente, la experiencia europea con la propuesta de Roma II sugiere que un esfuerzo para armonizar la jurisdicción y ley aplicable a casos de responsabilidad por productos tiende a atraer el interés de numerosos sectores de la sociedad con distintos puntos de vista,²⁰³ incluyendo fabricantes de productos y abogados que representan las víctimas, quienes pueden estar dispuestos a sufragar el costo de las reuniones de expertos y los estudios adicionales que

¹⁹⁸ Symeon C. Symeonides, *Louisiana's New Law of Choice of Law for Tort Conflicts: An Exegesis*, 66 TUL. L. REV. 677, 749 (1992).

¹⁹⁹ Convención de La Haya No. 22 sobre Ley Aplicable a Responsabilidad por Productos, abierta a firmas el 2 de oct. de 1973, 11 I.L.M. 1283 (1972), *disponible en* <http://hcch.net/e/conventions/text22e.html>.

²⁰⁰ *Ver* Las Convenciones de La Haya: Firmas, Ratificaciones y Adhesiones, Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos a partir de 19 de dic. de 2002 [en adelante Estado de las Convenciones de La Haya en el Hemisferio], *disponible en* <http://hcch.net/e/status/stat22e.html>.

²⁰¹ *Ver id.*

²⁰² Por otro lado, puede indicar que los Estados Miembros no perciben un problema con el estado existente del Derecho Internacional Privado sobre este tema.

²⁰³ Cuando la Comisión Europea buscó comentarios sobre su proyecto de regulación de Roma II en mayo de 2002, un gran número de los comentarios recibidos se referían a la disposición relativa a la responsabilidad por productos, la mayoría de los mismos afectaba a los grupos de comerciantes y bares.

son tan importantes para obtener resultados halagüeños.²⁰⁴ Por todas estas razones, parece que ha llegado el momento de procurar un instrumento interamericano sobre responsabilidad por productos a través del proceso de la CIDIP.

1. La Ley Sustantiva

La responsabilidad transnacional por productos consiste en la responsabilidad legal de una parte domiciliada en un país a raíz de los daños causados a una parte en otro país por un producto cuyos componentes principales se encontraban en un momento dado bajo el control de la primera parte. Aunque cualquiera de las partes, sin ser los consumidores, está habilitada a ver su daño resarcido, la típica acción por responsabilidad por productos es interpuesta por o en nombre de un consumidor que ha sufrido un daño.

Las leyes nacionales en el Hemisferio que regulan la responsabilidad por productos difieren en importantes aspectos. Las diferencias se refieren principalmente a tres áreas importantes de la legislación sobre responsabilidad por productos. – las normas legales que gobiernan la responsabilidad, quién puede ser responsabilizado, y la medida de los daños resarcibles.²⁰⁵

(a) *Teorías extracontractuales sobre daño resarcible.*

Las teorías comunes sobre la responsabilidad que encontramos en el Hemisferio incluyen la responsabilidad objetiva, la negligencia y la omisión de dar aviso. Dependiendo de la jurisdicción, una o más de estas teorías se encuentra disponible:

(i) *La responsabilidad objetiva versus la negligencia.*

Bajo las normas de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad no depende de culpa. Sin importar la negligencia o el debido cuidado, la responsabilidad nace “en alguien respecto del cual [una parte] no está vinculada por un contrato, que sufre daño físico causado por algo de sus pertenencias.”²⁰⁶ Las jurisdicciones en el hemisferio se dividen sobre si se aplican las normas de responsabilidad objetiva a acciones sobre responsabilidad por productos incoadas por el consumidor. Las jurisdicciones de los Estados Unidos proveen el uso de las normas de responsabilidad objetiva. La norma también ha sido recientemente adoptada en jurisdicciones latinoamericanas tales como Brasil,²⁰⁷ Argentina,²⁰⁸ y Uruguay.²⁰⁹ Aún así, un número de jurisdicciones del derecho civil, como ser Chile, Venezuela, y México, continúan utilizando la norma de la negligencia para el *hecho ilícito* en acciones de responsabilidad por productos.²¹⁰ Tampoco Canadá impone de manera general el criterio de la

²⁰⁴ Ver Fernández Arroyo, op.cit., at 482-484 (comentando sobre la “privatización” de la CIDIP). Por supuesto la captura del proceso de la CIDIP por grupos de interés que favorecen a un lado u otro de una controversia debería ser evitada. Sin embargo, la financiación de grupos de expertos por fuentes que representan una amplia variedad de intereses es menos problemática, y puede ser necesaria a la luz de las limitaciones presupuestarias.

²⁰⁵ Las leyes nacionales relativas a responsabilidad por productos difieren también en otros aspectos, tales como las reglas relativas a la disponibilidad de acciones, hallazgo, jurados y defensas tales como el estado del arte, observancia de la ley y uso inadecuado.

²⁰⁶ WILLIAM PROSSER, TORTS (10th ed.), en 712. Para un panorama de la ley norteamericana sobre responsabilidad por productos, ver Joachim Zekoll, *Liability for Defective Products and Services*, 50 AM. J. COMP. L. 121 (2002).

²⁰⁷ Ley Brasileña 8.078/90.

²⁰⁸ Ley Argentina 24.240/93.

²⁰⁹ Ley 17.250/00.

²¹⁰ Ver La globalización de las Acciones sobre la Responsabilidad por Productos, Masteriales Impresos y Presentación de Audio por el Comité Lex Mundi de Sustancias Tóxicas Delictivas y Responsabilidad

responsabilidad objetiva sobre los fabricantes de productos.²¹¹ Por lo tanto, a diferencia de otros asuntos tales como los daños punitivos discutidos más abajo, las diferencias en este tema no radican primariamente entre países del *common law* y del derecho civil. (Incluso en los Estados Unidos, sin embargo, es aplicable una norma sobre negligencia en caso de que la acción sea impetrada por un transeúnte que haya sufrido el daño, contrariamente a un consumidor).

(ii) *La omisión de aviso.*

La ley de los Estados Unidos impone también responsabilidad en caso de omisión de cursar aviso a los usuarios de los respectivos productos sobre sus características y riesgos. Algunas jurisdicciones del derecho civil, tal como Uruguay y Brasil, requieren también que las etiquetas suministren los avisos importantes.²¹² Otras naciones del Hemisferio no reconocen esta teoría del resarcimiento.

(iii) *Otras teorías conforme la ley de los Estados Unidos.*

Además de las teorías arriba citadas, la ley de los Estados Unidos hace nacer la responsabilidad en el caso de productos defectuosos, utilizando las teorías de la garantía implícita de la mercantilidad, garantía implícita de aptitud para un propósito en particular, garantía expresa, interpretación indebida y culpa intencional.

(b) *Las Partes Sujetas a la Responsabilidad Extracontractual.*

Por regla general, en la mayoría de las jurisdicciones del Hemisferio, cualquier parte privada puede ser responsabilizada por negligencia o por la comisión de un *hecho ilícito*. La ley es bastante uniforme en este sentido. Sin embargo, la ley diverge, sobre quién puede ser responsabilizado en sentido estricto. Bajo la ley de los Estados Unidos, cualquier “vendedor o distribuidor comercial” de un producto defectuoso está sujeto a la responsabilidad objetiva por los daños causados por el producto.²¹³ De acuerdo con ello, la ley estadounidense dispone que el último vendedor y una o más de las partes en la cadena de distribución, incluyendo el fabricante original, puede ser responsable en caso de daños causados por el producto. En contraste, en Canadá y en muchas jurisdicciones latinoamericanas, las partes en la cadena de suministro no están sujetas a la responsabilidad objetiva. Solamente recientemente algunas jurisdicciones latinoamericanas, tal como Brasil,²¹⁴ y Uruguay,²¹⁵ adoptaron un método similar a

por Productos, Simposio de feb. De 2001 (citando la delinación del concepto de *hecho ilícito* en las leyes latinoamericanas de responsabilidad por productos).

²¹¹ Robert F. Hungerford & Rupert M. Shore, *1997 Damages: A Catalyst for Jurisdictional Disputes in Aviation Accidents*, 62 J. AIR L. & COM. 1037, 1038 (1997). *But see* Eric C. Rose, *International Contractual Developments in Products Liability*, 371 PLI/Lit 175, 181 (1989) (observando que se encuentran elementos de responsabilidad objetiva en una serie de decisiones de los tribunales canadienses).

²¹² Ley Uruguay Nro. 17.250/00; 1990 Código Brasileño de Defensa del Consumidor, arts. 12-17 (incluyendo requisitos referidos a la suficiencia y adecuación de la información sobre riesgos y usos apropiados), citado en la bora de Pinheiro Neto Advogados, *DOING BUSINESS IN BRAZIL*, Vol. I, Sección 25.129 (2003).

²¹³ RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW OF TORTS – PRODUCTS LIABILITY § 1 (1998) (“El que se dedica al negocio de vender o de otra manera distribuir productos e que vende o distribuye un producto defectuoso está sujeto a responsabilidad por daño a las personas o a la propiedad causado por el defecto.”) (traducción al español).

²¹⁴ Código Brasileño de Defensa del Consumidor.

²¹⁵ Ley Uruguay Nro.17.250/00 (considerando al proveedor, fabricante e importador primariamente responsables, exculpando al minorista y al distribuidor excepto cuando el proveedor, fabricante o

aquél de los Estados Unidos según el cual una parte puede ser responsabilizada incluso cuando la parte no tenga contacto directo o un contrato que lo una a la víctima.

(c) *Los Daños Resarcibles.*

Otra área en el cual las leyes del Hemisferio divergen es aquella relativa a los daños. Las leyes que tratan de daños punitivos y compensatorios son bastante variadas.

(i) *Los daños punitivos.*

Las jurisdicciones del derecho común tienden a permitir los daños punitivos, con algunas limitaciones. Por ejemplo, la ley de los Estados Unidos permite los daños punitivos en caso de conducta maliciosa y descuidada respecto de la víctima. La imposición de daños punitivos en los Estados Unidos está sujeta a algunas limitaciones, conforme las leyes de una mayoría de estados o la Constitución federal, que impone limitaciones basadas en el debido proceso en la imposición sumamente excesiva de daños punitivos.²¹⁶ Al igual que los Estados Unidos, Canadá permite la imposición de daños punitivos y no ha adoptado ninguna legislación federal para poner un tope a estos daños. Sin embargo, los daños punitivos son escasos según las informaciones en Canadá, en parte debido a la restricción judicial.²¹⁷ Comparativamente, la mayoría de las jurisdicciones del derecho civil no permiten la imposición de daños punitivos.²¹⁸

(ii) *Los daños compensatorios.*

Existe una serie de maneras en las cuales las jurisdicciones en el Hemisferio conciben el resarcimiento de los daños compensatorios. Entre las mismas se incluyen los daños infligidos a la persona, a la propiedad, y las pérdidas económicas en sí. En primer lugar, no parece existir ninguna jurisdicción en el Hemisferio que no provea por el resarcimiento en caso de daños personales causados por productos defectuosos. Esta categoría de daño incluye frecuentemente el daño moral. Además, la mayoría de las jurisdicciones en el Hemisferio proveen el resarcimiento del daño causado a la propiedad por un producto. La ley de los Estados Unidos dispone también que en acciones basadas en la violación de garantía, la parte que sufrió el daño puede solicitar indemnización meramente a causa de la pérdida económica (por ejemplo, daño emergente y lucro cesante). Los reclamos por lucro cesante están también disponibles en la mayoría de los países latinoamericanos. Mientras que la totalidad de estas tres categorías de daños compensatorios está por consiguiente disponibles de alguna manera en muchas jurisdicciones del derecho común y del derecho civil del Hemisferio, el valor típico de resarcimiento en cada una de estas categorías en casos de un daño determinado puede variar ampliamente entre las jurisdicciones.

2. La Ley Aplicable

importador no pueden ser encontrados o el daño fue causado por manipulación inadecuada del distribuidor o comerciante).

²¹⁶ BMW of North America, Inc. c/ Gore, 517 U.S. 559 (1998).

²¹⁷ Trebilcock, *The Social Insurance-Deterrence Dilemma of Modern North American Tort Law: A Canadian Perspective on the Liability Insurance Crisis*, 24 SAN DIEGO L. REV. 929 (1987), citado por Ralph A. Winter, *The Liability Crisis and the Dynamics of Competitive Insurance Markets*, 5 YALE J. REG. 455 (1988).

²¹⁸ Cf. Model Inter-American Law on Secured Transactions and Commentaries, 18 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 605, 653 (2001) (observando que en América Latina los deudores actores "generalmente no estarán facultados a daños punitivos") (traducción al español)..

A pesar de las complejas y particulares cuestiones que sobrevienen en acciones sobre responsabilidad de productos, muy pocas jurisdicciones en el Hemisferio utilizan una norma específica para determinar la ley aplicable en este área. Aunque los tribunales en estas jurisdicciones sin duda alguna ajustan sus métodos generales cuando se enfrentan con casos de responsabilidad por productos, Québec y Louisiana son las únicas jurisdicciones que han promulgado legislación derogando las normas generales sobre ley aplicable por cuestiones de responsabilidad extracontractual a favor de una norma específica para acciones sobre responsabilidad por productos.

La mayoría de las jurisdicciones del derecho común del Hemisferio, incluyendo aquellas en los Estados Unidos y Canadá, aplican a los casos de responsabilidad por productos sus normas generales que determinan la ley aplicable en casos to responsabilidad extracontractual. Los tribunales de los Estados Unidos tienden a aplicar la norma general de ley aplicable utilizada en casos de violaciones culposas en el estado donde tiene su asiento el tribunal, sea la norma contemplada por el *Restatement*, la de la *lex loci delicti*, o las otras normas ya descritas.²¹⁹ Esto se aplica también a Louisiana.²²⁰ Algunos tribunales de los Estados Unidos utilizan también la *depeçage* por cuenta de la naturaleza única de las acciones sobre responsabilidad por productos. Por ejemplo, los tribunales pueden escoger la ley norteamericana para gobernar la cuestión relativa a los daños. Tal como en los Estados Unidos, la elección de la ley aplicable en acciones de responsabilidad por productos en las provincias del derecho común canadiense está en gran medida sujeta a la norma de cada provincia para escoger la ley aplicable.

De manera similar, la mayoría de los países del Hemisferio regidos por el derecho civil determina la ley aplicable a acciones transnacionales sobre responsabilidad por productos de acuerdo con la norma sobre ley aplicable utilizada en general para los casos de responsabilidad extracontractual. Como se ha observado, la mayoría de los estados del derecho civil siguen la regla de *lex loci delicti*, aunque México adopta la *lex fori*, y Venezuela y Perú han adoptado el principio de ubicuidad. Las únicas jurisdicciones del derecho civil que han adoptado una regla específica para casos de responsabilidad por productos son aquellas jurisdicciones del derecho civil que se encuentran en países donde predomina el derecho común: Québec y Louisiana. La regla de Québec desplaza solamente a la regla general al determinar la ley aplicable a los fabricantes. El código civil de Quebec dispone que la ley aplicable a la responsabilidad del fabricante de un bien mueble puede ser escogida por la víctima, entre la ley del lugar de domicilio del fabricante o el lugar donde fue adquirido el producto.²²¹

La disposición pertinente de la legislación sobre ley aplicable de Louisiana dispone que “[l]a responsabilidad por delitos o cuasi-delitos en caso de daños causados por un producto, así como las indemnizaciones correspondientes, sean compensatorias, especiales o punitivas, se gobiernan por la ley de este estado: (1) cuando el daño fue provocado en este estado por una persona domiciliada o residente en el mismo; o (2) cuando el producto fue fabricado, producido, o adquirido en este estado y que causó el daño sea en este estado o en otro a una persona domiciliada en este estado,” excepto cuando “ni el producto que causó el daño ni ninguno de los productos del demandado del mismo tipo estaban disponibles en este estados a

²¹⁹ *Ver, por ej.*, Sanchez c/ Brownsville Sports Center, Inc., 51 S.W. 3d 643, 668 (Tex. Ct. App. 2001) (aplicando el método del Restatement de las secciones 6 y 145 a acciones de responsabilidad por productos, resultando en la aplicación de la ley del foro a un accidente en México causado por un ATV vendido originalmente en el lugar del foro de Texas); Land c/ Yamaha Motor Corp., U.S.A., 272 F.3d 514 (7^a Cir. 2001) (aplicando la *lex loci delicti* a acciones de responsabilidad por productos, resultantes en la aplicación de SOL de Indiana a un accidente en Indiana causado por un barco que entró a la corriente comercial en Japón).

²²⁰ *Marchesani c/ Pellerin-Minor Corp.*, 269 F.3d 481 (5^a Cir. 2001) (aplicando el método comparativo del desnivel del Código Civil de Louisiana a hechos ilícitos en acciones de responsabilidad por productos).

²²¹ Código Civil de Québec, art. 3128.

través de canales normales de comercio.”²²² Cuando las condiciones especificadas en esta sección no están satisfechas, la ley aplicable debe ser determinada por las reglas generales de Louisiana aplicables a casos de responsabilidad extracontractual.

3. La Jurisdicción

En las acciones transnacionales de responsabilidad por productos, la mayoría de los estados del Hemisferio parecen aplicar las normas que rigen en general la jurisdicción de sus tribunales en casos de responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, los Estados Unidos determinan la jurisdicción en acciones de responsabilidad por productos aplicando las normas jurisdiccionales generales, tal como se interpretan en esta área específica del derecho. Mientras que el elemento de previsibilidad típico de los estatutos de largo alcance de los Estados Unidos puede ser aplicado sin gran dificultad, el segundo requisito – el requisito constitucional del debido proceso - da lugar usualmente a un análisis más complejo. En el caso de 1987 *Asahi Metals*, varios miembros del tribunal anunciaron que, bajo la cláusula del debido proceso, los tribunales solamente poseen jurisdicción sobre demandados no residentes en acciones de responsabilidad por productos, si el demandado inició ex profeso ciertas acciones para aprovecharse de las leyes del estado donde se encuentra el foro.²²³ Este método requiere algo más que solamente la colocación de un producto en la corriente comercial que eventualmente se introduce en el estado del foro. Bajo este punto de vista, se requiere un accionar más positivo, tal como el de diseñar el producto para su uso en el foro, publicidad en el foro, o venta del producto para un distribuidor del cual se sabe que su red de distribución incluye al foro.²²⁴ Dado que el punto de vista no fue anunciado por la mayoría del Tribunal, sin embargo, los tribunales inferiores, desde el caso *Asahi* no han aplicado este método de manera uniforme.²²⁵

Las jurisdicciones del derecho común canadienses utilizan también sus normas generales de jurisdicción en acciones de responsabilidad por productos. Durante algo más de una década, las provincias del derecho común de Canadá han estado utilizando un examen de “conexión real y sustancial” según el cual los tribunales ejercen su jurisdicción solamente sobre los demandados extranjeros que demuestran una conexión real y sustancial respecto del estado del foro, guiado por nociones de “orden y justicia.”²²⁶ La Corte Suprema de Canadá aplicó en consecuencia este estándar en el caso *Hunt c. T&N PLC*, una acción sobre responsabilidad en el caso de productos domésticos.²²⁷ En los casos involucrando demandados situados en países extranjeros, los tribunales canadienses aplican también la doctrina de la deferencia o cortesía en los análisis sobre jurisdicción personal.²²⁸

Al igual que con los Estados Unidos y Canadá, la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas aplican también sus normas generales de jurisdicción sobre casos de responsabilidad extracontractual transnacional. Ni el Código Bustamante ni los Tratados de Montevideo brindan normas jurisdiccionales especiales en el caso de responsabilidad por productos. La regla general es que la acción puede ser incoada en el lugar de residencia habitual del demandado y, además, en el lugar donde se produjo el acto que causó el daño. La

²²² La. Civ. Code Ann. art. 3545 (West 1992).

²²³ *Asahi Metal Indus. Co. c/ Sup. Ct. of Cal.*, 480 U.S. 102 (1987).

²²⁴ *Id.*

²²⁵ Otra cuestión que la Suprema corte debe aún resolver es si el hecho de apuntar un demandado el mercado americano como un todo es suficiente para dar lugar a la jurisdicción personal en todos los estados. Un número de decisiones de tribunales inferiores encontraron contactos nacionales de demandados extranjeras dando lugar a dicha jurisdicción nacional. Ver Alan J. Lazarus, *Jurisdiction, Venue, and Service of Process Issues in Litigation Involving a Foreign Party*, 31 Tort & Ins. L.J. 29, 45 (1995) (revisando casos comprendiendo la separación de sedes sobre este tema).

²²⁶ *Morguard Invs. Ltd.*, [1990] 3 S.C.R. en 1091 (anunciando tests de conexiones real y sustancial).

²²⁷ *Hunt c/ T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, 313 (Can.).

²²⁸ Ver *id.* (La Forest, J., discutiendo como el estándar de “la conexión real y sustancial” debe ser aplicado en el contexto internacional).

falta de una norma específica en estos instrumentos puede ser al menos parcialmente explicada observando cuál es el período de tiempo al entrar en vigencia los instrumentos. Cuando estos tratados quedaron concluidos, la industrialización generalizada no se había producido aún en el Hemisferio y la responsabilidad por daños causados por productos no era un asunto común, como lo es hoy en día. Dado el advenimiento de la integración regional del comercio, desde la adopción de estos instrumentos, puede haber llegado el momento de reconsiderar el tema en el ámbito regional.

La Regla de Mozambique no sería aplicable en los casos de responsabilidad por productos. La doctrina del *forum non conveniens*, sin embargo, se aplica a veces para rechazar los casos transnacionales de responsabilidad por productos incoados ante los tribunales de los Estados Unidos,²²⁹ aunque el tema surge con menos frecuencia en tales casos que en casos involucrando daño ambiental transfronterizo. Una tentativa de armonizar la jurisdicción en el área de la responsabilidad por productos podría así brindar una oportunidad para tratar este tema en un contexto en el cual ejercería menos impacto. Alternativamente, si el tema se volviese insoluble, podría dejar de ser tratado en un instrumento enfocando la responsabilidad por productos

4. Las Tentativas Previas para Armonizar las Reglas que Determinan la Ley Aplicable y la Jurisdicción Competente en este Campo

a. *La Ley Aplicable*

(i) *La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos*

La Conferencia de La Haya produjo el único tratado multilateral relativo a ley aplicable en casos transnacionales de responsabilidad por productos. La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos ha estado en vigencia por más de 25 años. No obstante, como fue observado más arriba, la Convención de La Haya ha sido ratificada solamente por uno en cinco miembros de dicha Conferencia, no habiendo sido nunca suscripta por ningún Estado Miembro en el hemisferio occidental,²³⁰ y no ha sido suscripta por ningún Estado Miembro durante más de una década.²³¹

La Convención de La Haya gobierna a todas las personas en la cadena de preparación o distribución, pero no aplica a la parte que vendió o alquiló el producto dañoso al consumidor.²³² Los principios contenidos en la Convención de La Haya están establecidos en una serie de complejas reglas entrelazadas. Conforme estas reglas, la ley de residencia habitual de la víctima se aplica cuando la misma haya sufrido el daño en dicha jurisdicción, cuando la misma sea también la del domicilio del lugar principal de los negocios o ha sido el lugar de jurisdicción donde fue adquirido el producto.²³³ De otra manera, la ley del lugar del daño se aplica, desde que éste haya sido el lugar donde fue adquirido el producto o donde el demandado tenga el asiento principal de sus negocios.²³⁴ Ninguna de estas normas de ley aplicable rige, no obstante, si el demandado “no podía razonablemente haber previsto que el producto o [sus] propios productos del mismo tipo, estarían disponibles en dicho estado a través de los canales comerciales.”²³⁵ Finalmente, donde estas dos reglas no se aplican, se permite a la víctima

²²⁹ *Ver, por ej.*, *Merrell Dow Pharmaceuticals c/ Thompson*, 478 U.S. 804 (1986).

²³⁰ *Ver* Estado de las Convenciones de La Haya en el Hemisferio.

²³¹ *Ver id.*

²³² Convención de La Haya, arts. 1 y 3(4),

²³³ *Id.* arts. 4 y 5.

²³⁴ *Id.* art. 4.

²³⁵ *Id.* art. 7.

escoger la ley aplicable entre la ley del lugar del daño o el asiento principal de los negocios del demandado.²³⁶

El método de la Convención de La Haya no refleja ninguna norma nacional en particular, sino que combina aspectos de varias normas. La aplicación del principio de la *lex loci delicti commissi* se sujeta a otros “factores de conexión”. De acuerdo con la norma británica de la “ley apropiada”, la Convención requiere al menos dos contactos de relevancia en el mismo estado, a fin de considerar que dicho estado posee la relación más significativa con el litigio de manera tal que su ley deba aplicarse. La regla de la Convención encierra una estrecha semejanza a las normas del *Segundo Restatement* sobre el Conflicto de Leyes en los Estados Unidos, que no debería ser sorprendente, dado que el Relator Jefe de dicho *Restatement*, el Profesor Willis L.M. Reese, fue también Relator de la Convención de La Haya.

Entre los comentaristas, la evaluación crítica de la Convención de La Haya fue mixta. Algunos académicos la consideran como una contribución valiosa al derecho internacional. Otros la vislumbran como un fracaso y pregonan su revisión.²³⁷ Sus disposiciones “han sido criticadas como caleidoscópicas y como desviándose demasiado de las normas usuales de conflictos en casos culposos.”²³⁸ Si el tema de la responsabilidad por productos es escogido como un tema para un posible instrumento de derecho internacional privado en las Américas, será necesario estudiar con gran profundidad las razones para el fracaso de la Convención en atraer adhesiones, especialmente en las Américas. La razón puede estribar en las particulares disposiciones que contiene. En particular, la disposición que permite al demandado escoger la ley más favorable a su caso puede haber sonado para muchos estados como heterodoxa. Tal como lo ha escrito el profesor Symeonides:

La noción de dejar que el demandado escoja la ley aplicable bajo ciertas circunstancias fue primeramente fomentada por la Convención de 1972 de La Haya sobre responsabilidad por productos.... Tan atractivo como puede parecer para el experto en conflictos, esta idea suena bastante herética para el no iniciado. Por esta razón, posee poca o ninguna probabilidad de ser aceptada por la mayoría de las legislaturas de los estados.²³⁹

Aunque el Profesor Reimann observa que Alemania e Italia, así como Estonia y Hungría, permiten al actor escoger la ley más favorable bajo ciertas circunstancias,²⁴⁰ describe esto como una “vuelta peculiar a favor del resarcimiento”²⁴¹ Su utilización de un punto de exclamación al describir la disposición de la ley alemana que contiene este aspecto favorecedor para la actora²⁴² indica que considera que sus lectores la van a encontrar sorprendente. Así, aunque la Convención de La Haya permita a la actora escoger la ley aplicable solamente en circunstancias muy limitadas, es posible que muchos adherentes potenciales a la convención

²³⁶ *Id.* art. 6.

²³⁷ Ver, por ej., Russel J. Weintraub, *Methods for Resolving Conflict-of-Laws Problems in Mass Tort Litigation*, 1989 ILL. L. REV. 129, 156 (1989) (describiendo la Convención como un “buen ejemplo” de cómo los tratados pueden ser utilizados para unificar el tema de ley aplicable referido a los delitos de masa); Willis L.M. Reese, *Further Comments on the Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability*, 8 GA. J. INT’L & COMPL. L. 311 (1978).

²³⁸ Matthias Reimann, *Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective*, 60 LA. L. REV. 1297, 1311 (2000) (citando a GERHARD KEGEL, INTERNATIONALES PRIVATRECHT 558 (7^a ed. 1995), y opinando que las críticas “son bienvenidas”).

²³⁹ Symeon C. Symeonides, *Louisiana’s New Law of Choice of Law for Tort Conflicts: An Exegesis*, 66 TUL. L. REV. 677, 755 n.324 (1992).

²⁴⁰ Ver Riemann, *supra* nota 222, en 1307 n.52. Ver también *supra* texto acompañando la nota 202 (describiendo la ley de Québec); *infra* texto acompañando la nota 234 (describiendo el estatuto suizo).

²⁴¹ *Id.* en 1300.

²⁴² *Id.*

no podrían permitirse adoptar dicho método. Si ésta fuera en realidad la razón por la cual la Convención no ha atraído más adhesiones, es un problema que puede evitarse fácilmente.

En cualquier caso, la Convención de La Haya debería ser aún cuidadosamente estudiada antes de iniciarse cualquier trabajo en este área. Aunque representa una instancia inusual donde los países del derecho común y del derecho civil fueron capaces de concluir un tratado conteniendo normas uniformes sobre ley aplicable en casos de responsabilidad por productos,²⁴³ también por alguna razón no ha sido aceptada en este Hemisferio. Cualquier trabajo sobre el tema en el ámbito regional debe realizarse con conocimiento de por qué ningún Estado Miembro de la OEA ha adherido a la Convención de La Haya.

(ii) *Iniciativas Europeas*

Una razón para el fracaso de la Convención de La Haya en atraer muchas adhesiones europeas desde su adopción en 1973, puede ser el hecho de que los europeos han estado buscando la armonización de la ley sustantiva sobre responsabilidad por productos desde mediados de la década del setenta. “Al menos dentro de Europa, la necesidad de unificación de conflictos de normas en esta área ha disminuído a raíz de la armonización del derecho sustantivo sobre responsabilidad por productos.”²⁴⁴

En 1977, los Estados Miembros del Consejo de Europa suscribieron la Convención Europea sobre Responsabilidad por Productos con relación a Lesiones Personales o Muerte, conocida como la Convención de Estrasburgo.²⁴⁵ En el artículo 3, las partes contratantes concuerdan en reconocer la responsabilidad objetiva de los fabricantes en el caso de productos defectivos que causen la muerte o las lesiones personales, aunque, de acuerdo con el artículo 4, la compensación puede verse reducida si la víctima contribuyó con su negligencia para el hecho. El Artículo 12 dispone que la Convención “no afectará ningún derecho que cualquier persona que sufra un daño pueda tener conforme las reglas ordinarias de la responsabilidad contractual o extracontractual.” Así, los estados-parte pueden continuar aplicando sus leyes sobre responsabilidad por productos, mientras que reconozcan el nivel mínimo de responsabilidad proporcionado por la Convención. Esta Convención nunca entró en vigencia, pero sus disposiciones principales fueron incorporadas a una directiva del Consejo Europeo de 1985, que de la misma manera establece la responsabilidad objetiva de los fabricantes en el caso de productos defectuosos y permite a los Estados Miembros imponer a los fabricantes reglas más rígidas sobre su responsabilidad.²⁴⁶

A raíz de que la Directiva permite a los Estados Miembros desviarse de las disposiciones de la Directiva al imponer reglas más rígidas sobre la responsabilidad, las reglas de conflicto de leyes no son enteramente irrelevantes en dicho Hemisferio. La propuesta regulación de Roma, si adoptada, incluiría una disposición específica en caso de responsabilidad por productos.²⁴⁷ Desde el punto de vista de la Comisión, la elección de la regla sobre ley aplicable en casos de responsabilidad por productos debe “respetar las expectativas legítimas de las partes, [pero también] reflejar la amplia dispersión de posibles factores de conexión (asiento de los negocios del productor, lugar de fabricación, lugar de la primera comercialización, lugar de adquisición por parte de la víctima, residencia habitual de la víctima), acentuados por el desarrollo del comercio y del turismo internacional y de la movilidad de personas y bienes en la Unión.”²⁴⁸ La Comisión consideró que la regla básica de la *lex damni* era inapropiada en el contexto de

²⁴³ Ver Informe por Ana Elizabeth Villalta, agosto de 2002, *supra*.

²⁴⁴ Riemann, *supra*, en 1311.

²⁴⁵ European Treaty Series No. 91, 27 de enero de 1977.

²⁴⁶ Directiva del Consejo de 25 de Julio de 1985 sobre la Aproximación de las Leyes, Reglamentos y Disposiciones Administrativas de los Estados Miembros Relativos a la Responsabilidad por Productos Defectivos (85/374/EEC).

²⁴⁷ Regulación Propuesta de Roma II, *supra*, en 14.

²⁴⁸ *Id.* en 14.

responsabilidad por productos porque el lugar del daño podría en muchos casos ser fortuito y “no relacionarse con la situación real.”²⁴⁹ Con este punto de vista, ‘la movilidad en gran escala de bienes de consumo significa que la conexión con el lugar donde el daño se sufre ya no encuentra la necesidad de certidumbre en la ley o para la protección de la víctima.’²⁵⁰ La Comisión rechazó también las reglas de la Convención de La Haya por ser innecesariamente complejas. Dado que los aseguradores están muchas veces involucrados en casos de responsabilidad por productos, y consecuentemente el índice de conciliaciones extrajudiciales es muy alto, es necesaria una regla simple y previsible.²⁵¹ La Comisión escogió la siguiente regla:

Sin perjuicio del Artículo 3(2) y (3), la ley aplicable a una obligación extracontractual a raíz de un daño o riesgo de daño causado por un producto defectuoso, será aquella del país habitual de residencia de la persona que sufre el daño, a menos que la persona supuestamente responsable pueda demostrar que el producto fue comercializado en dicho país sin su consentimiento, en cuyo caso la ley aplicable será la del país habitual de residencia de la persona supuestamente responsable.²⁵²

Como observado más arriba, una cuestión que debe considerarse antes de iniciar un esfuerzo de armonización en la esfera comercial es si armonizar la ley objetiva, o en su lugar las reglas relativas a jurisdicción y ley aplicable. La experiencia europea demuestra que este tema no necesariamente presenta una alternativa binaria. Nosotros en las Américas podríamos escoger seguir ambas. Aunque los esfuerzos por armonizar la ley sustantiva no necesariamente hacen caso omiso del problema de ley aplicable, ellos bien pueden reducir las ocasiones de tener que elegir entre normas discrepantes. Aunque, en Europa se ha luchado en diferentes foros y en tiempos diversos por tentativas de armonización de la ley aplicable en el campo de la responsabilidad por productos y de la ley aplicable, nada en las Américas nos impide procurar ambas al mismo tiempo. En verdad, el proceso de la CIDIP ha sido innovador en este sentido, habiendo producido un instrumento híbrido relativo a la ley aplicable en los casos de responsabilidad extracontractual.²⁵³ De manera similar, la OEA puede desear un instrumento híbrido sobre a responsabilidad por productos,— uno que trate de armonizar la ley sustantiva hasta algún punto y trate de las cuestiones de jurisdicción y ley aplicable, que permanecerán siendo importantes dado que inevitablemente se producirán diferencias residuales en la ley sustantiva.

(b) *La Jurisdicción*

El tema de la jurisdicción en acciones de responsabilidad por productos no ha sido tratado ni en el ámbito regional ni en el ámbito global. Las negociaciones del proyecto sobre Juicios y Jurisdicción en la Conferencia de La Haya no produjeron ninguna disposición que trate específicamente de la jurisdicción en acciones transnacionales de responsabilidad por productos. Fuimos informados, no obstante, que los puntos en discusión que en última instancia llevaron al fracaso en llegar a un acuerdo sobre una Convención regulando la jurisdicción en

²⁴⁹ *Id.* en 13-14. Daba el ejemplo de “un turista Alemán comprando bienes franceses en el aeropuerto de Roma para llevarlos a un país africano, donde explotan y le obligan a responder por un daño.” *Id.* en 14 n.25.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

²⁵² Regulación Propuesta de Roma II, la regla del art. 4. La regla 3(2) dispone que, si la actora y el demandado poseen un domicilio común, se aplica la ley de dicho estado. La regla 3(3) dispone que, en casos excepcionales, será aplicable la ley de otro estado “de donde resulta claro de todas las circunstancias del caso que la obligación extracontractual es manifiestamente conectada más estrechamente con” dicho estado.

²⁵³ Ver Friedrich K. Juenger, *Contract Choice of Law in the Américas*, 45 AM. J. COMP. L. 195, 206 (1997).

asuntos civiles y comerciales, no guardan relación con casos sobre responsabilidad por productos.

En el ámbito subregional, el MERCOSUR ha adoptado un instrumento referido a las normas jurisdiccionales aplicables en acciones transnacionales de responsabilidad por productos.²⁵⁴ El Protocolo de Santa María del MERCOSUR sobre Jurisdicción Internacional sobre Cuestiones de Relaciones del Consumidor otorga jurisdicción a los tribunales en el domicilio del consumidor por acciones incoadas por el último contra el proveedor. Además, si el consumidor así lo consiente o en caso de aplicación de otras circunstancias excepcionales, la jurisdicción recaerá también en el lugar donde el demandado entrega los productos o en el domicilio del propio demandado.²⁵⁵

5. Otros Modelos Posibles

Además de los estatutos e instrumentos internacionales descriptos más arriba, una tentativa interamericana para armonizar la ley aplicable y la jurisdicción en este campo debería considerar como modelos posibles el estatuto suizo que establece reglas especiales sobre ley aplicable en casos de responsabilidad por productos, así como las propuestas que han sido apoyadas por varios académicos.

El artículo 135(1) del Estatuto Suizo sobre Derecho Internacional Privado de 1987 dispone que "los reclamos basados en un defecto o en una descripción defectuosa de un producto se gobiernan, según lo escoja la víctima, (a) por la ley del estado en el cual el infractor posee el asiento de sus negocios o, en ausencia del mismo, en su residencia habitual, o (b) por la ley del estado en el cual el producto fue adquirido, a menos que el infractor pruebe que el producto había sido comercializado en tal estado sin su consentimiento."²⁵⁶

El profesor Cavers ofreció una solución al tema de la ley aplicable en casos de responsabilidad por productos, según la cual

- (a) el reclamante debe tener derecho a la protección de las normas sobre responsabilidad del Estado donde el producto defectuoso fue producido (o donde su diseño defectuoso fue aprobado).
- (b) Si, no obstante, el reclamante considera las leyes sobre responsabilidad en dicho Estado (i) menos protectoras que las leyes del lugar de residencia habitual del reclamante donde él haya adquirido el producto o donde el mismo haya causado el daño o (ii) menos protectoras que las leyes del Estado donde el reclamante había adquirido el producto y había causando el daño, entonces el reclamante debe tener derecho a fundamentar su reclamo en cualesquiera de estos dos estados donde las leyes sobre responsabilidad sean aplicables a su caso.²⁵⁷

El profesor Kozyris ha propuesto una regla de ley aplicable en casos de responsabilidad por productos, según la cual la ley aplicable sería la del "estado donde se intenta utilizar el producto al tiempo de su entrega al adquirente original."²⁵⁸

²⁵⁴ Cf. Jason Farber, *NAFTA and Personal Jurisdiction: A Look at the Requirements for Obtaining Personal Jurisdiction in the Three Signatory Nations*, 19 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 449, 465-66 (1997) (observando que el NAFTA solamente trata indirectamente el tema de la jurisdicción personal).

²⁵⁵ Protocolo de Santa María Sobre Jurisdicción Internacional em Matéria de Relações de Consumo, Mercosul/CMC/Dec. No. 10/96, arts. 4-5, disponible en: <http://www.mrecic.gov.ar/comercio/mercosur/normativa/decision/1996/dec1096.htm>.

²⁵⁶ 1988 BB I 5, 1988 FF I 5, art. 135(1) (Switz.).

²⁵⁷ David F. Cavers, *The Proper Law of Producer's Liability*, 26 INT'L L. Q. 703, 728 (1977).

²⁵⁸ P. John Kozyris, *Choice of Law for Product Liability: Whither Ohio?*, 48 OHIO ST. L.J. 377, 383 (1987).

En 1990, el profesor Russell Weintraub publicó una propuesta de marco legislativo en casos de acciones internacionales de responsabilidad por productos.²⁵⁹ Esta propuesta, que el profesor Weintraub continuó a apoyar hace cuatro años, pide una regla nítida con la intención de desestimular el “shopping” de foros al reducir la importancia de la autonomía de la parte en la consideración de la ley aplicable:

Determinar la responsabilidad y la medida de los daños compensatorios y punitivos en el caso de daños causados por un producto, aplicando la ley de la residencia habitual, si es que esta ley es más o menos favorable a la víctima que la ley de otros países que poseen contactos con el demandado y el producto, excepto:

1. La víctima no está beneficiada por la ley de su residencia habitual si el demandado no pudo razonablemente haber previsto que el producto o los productos del demandado del mismo tipo estaría disponibles allí a través de canales comerciales.

2. La ley de un país que no es el de la residencia habitual de la víctima, pero es donde el demandado ha actuado y es favorable a la víctima, debe ser aplicada cuando se desea castigar y detener la conducta abusiva del demandado.²⁶⁰

Una década después, el decano Symeonides ofreció un método dando gran peso a la elección del actor:

§ 5. Responsabilidad por Productos.

1. Elección de la víctima. La responsabilidad y daños por lesiones causadas por un producto se gobiernan por la ley del estado elegido por la víctima, siempre que tal estado posea uno de los siguientes puntos de conexión: (a) lugar del daño; (b) domicilio de la parte que sufrió el daño; (c) domicilio del demandado; (d) lugar de fabricación del producto; o (e) lugar de adquisición del producto. [Para los fines de esta alternativa, los puntos de conexión situados en diferentes estados cuya ley sobre el asunto en particular es sustancialmente idéntica, recibirán el tratamiento como si estuvieran situados en el mismo estado.]

Aunque todas estas propuestas giran alrededor de los mismos tipos de contactos, ellos ofrecen diferentes opciones de ley aplicable en circunstancias particulares. Para ilustrar las diferencias, resulta útil considerar como se aplicarían a una problemática particular, e inusual, de hechos: Una persona domiciliada en el estado *A* sufre un daño en el estado *B* a causa de un producto que compró en el estado *C*, que fue fabricado en el estado *D* por un fabricante que tiene su asiento principal de los negocios en el estado *E*. La Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a Responsabilidad por Productos permitiría a la actora escoger entre los estados *B* o *E*.²⁶¹ El estatuto suizo de conflictos dejaría a la actora escoger entre los estados *C* y *E*.²⁶² Bajo la propuesta del Profesor Cavers sería aplicable la ley del estado *D*.²⁶³ El Profesor Kozyris aplicaría la ley del estado *C* como estado de la “entrega original” de presumible “utilización intencional” del producto.²⁶⁴ El profesor Weintraub aplicaría la ley del estado *A*, a menos que el producto no estuviese disponible a través de los canales ordinarios del comercio.²⁶⁵ Finalmente, Dean Symeonides permitiría a la actora escoger la ley de cualquier de los estados arriba

²⁵⁹ Russell J. Weintraub, *A Proposed Choice-of-Law Standard for International Products Liability Disputes*, 16 BROOK. J. INT'L L. 225 (1990).

²⁶⁰ Weintraub, *Choice of Law for Products Liability: Demagnetizing the United States Forum*, 52 ARK. L. REV. 157, 164 (1999), citando Weintraub, *id.*

²⁶¹ La Convención de La Haya, art. 6.

²⁶² *Ver supra* (discutiendo la ley suiza).

²⁶³ *Ver supra* (discutiendo la propuesta del profesor Caversa).

²⁶⁴ *Ver supra* (discutiendo la propuesta del profesor Kozyris).

²⁶⁵ *Ver supra* (discutiendo la propuesta del profesor Weintraub).

mencionados, mientras que por lo menos uno de los otros estados posea la misma ley.²⁶⁶ En resumen, los resultados serían los siguientes: La Haya, *B* o *E*; Suiza, *C* o *E*; Cavers, *D*; Kozyris, *C*; y Weintraub, *A*; Symeonides, *A*, *B*, *C*, *D*, o *E*, si el estado de otro estado posee las mismas leyes.

6. Conclusiones

Aunque los comentaristas no están de acuerdo sobre la mejor solución para los casos complejos, la cuestión ha sido objeto de intenso estudio durante décadas y no es probable que los estudios subsiguientes vinieran a producir un consenso académico. Así, tal vez haya llegado la hora para que se discuta la cuestión en un foro interamericano y que se seleccione una u otra solución entre el rico despliegue encontrado en las leyes nacionales, los instrumentos internacionales (o sus anteproyectos) y las propuestas de los académicos.

C. LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO

Una tercera subcategoría de responsabilidad que es frecuentemente mencionada como posible del tratamiento por separado en un instrumento de derecho internacional privado consiste en las disputas resultantes de accidentes de tránsito.²⁶⁷ Tal como en el caso de responsabilidad por productos, una convención sobre ley aplicable sobre este tema elaborada por la Conferencia de La Haya - La Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a Accidentes de Tránsito - ya está en vigencia. No obstante, tal como con la Convención sobre Responsabilidad por Productos, ningún estado del hemisferio occidental es parte de esta convención. Tal vez entonces haya llegado el momento de hacer una tentativa interamericana para armonizar la jurisdicción y ley aplicable sobre este tema. Por otro lado, la aparente falta de interés en esta Convención en el hemisferio occidental, puede ser indicativo de que los estados miembros no perciben un problema con el estado existente de la ley. Los instrumentos bilaterales y subregionales que tratan de este tema ya se encuentran en el hemisferio. Ya que existe mayor probabilidad de que las disputas involucrando accidentes de tránsito se produzcan entre estados fronterizos, puede ser que este tema sea tratado de manera más apropiada en ámbito subregional.

1. Derecho Sustantivo

Las áreas del derecho sustantivo que tienden a producir conflictos judiciales involucrando accidentes de tránsito incluyen las leyes relativas a pérdida de consorte y muerte indebida, la aplicación de normas foráneas, limitaciones sobre los daños y la disponibilidad de daños punitivos.²⁶⁸ Tal vez en el futuro la falta de adherir a disposiciones estableciendo el uso de cinturones va a demostrar ser un tema importante de ley aplicable, al menos hasta tanto se relacione con la mitigación de los daños y/o responsabilidad por daños causados or accidentes.²⁶⁹ Además, el resarcimiento basado en la responsabilidad mancomunada y solidaria (probablemente aplicable solamente a accidentes involucrando a varios vehículos) puede implicar conflictos de leyes.²⁷⁰

A diferencia de las disputas por contaminación transfronteriza, en los casos de accidentes de tránsito, el lugar de los actos causantes del daño tiende a ser el mismo que el lugar donde fue sufrido el daño. Así, la *lex loci actus* y la *lex damni* serán usualmente las mismas. Los elementos internacionales de la disputa resultaran frecuentemente del hecho de que o el actor o el demandado, o ambos, serán nacionales de estados diferentes a aquél donde se produjo el accidente.

2. La Ley Aplicable

²⁶⁶ Ver *supra* (discutiendo la propuesta del profesor Weintraub).

²⁶⁷ Ver Exposición de Motivos, en 17.

²⁶⁸ Fanselow c/ Rice, 213 F.Supp.2d 1077 (D.Neb. 2002).

²⁶⁹ Ver Noble c/ Moore, 2002 WL 17665 (Con. Super. 2002).

²⁷⁰ Ver Erny c/ Estate of Merola, 792 A.2d 1208 (N.J. 2002).

a. *Normas Nacionales en las Américas*

(i) *Lex loci delicti*

La *lex loci delicti* es la regla más ampliamente adoptada en el Hemisferio Occidental. Es la regla adoptada por todos los países en América Latina excepto Venezuela, Perú México, y los países que componen el MERCOSUR. También es la regla aplicada por diez estados en los Estados Unidos y todas las provincias en Canadá, excepto Québec y la provincia del Yukon. En estados que siguen la regla de *lex loci delicti*, será ley aplicable aquella del estado donde tuvo lugar el accidente.

Venezuela, Perú, y Québec han adoptado el principio de ubicuidad, que en el caso de los accidentes de tránsito tiende a producir el mismo resultado que la *lex loci delicti*. Québec, sin embargo, complementa el principio con una disposición que especifica que, si el infractor y las víctimas son del mismo estado, se aplica la ley de dicho estado. La provincia del Yukón adoptó la *Ley Uniforme sobre Conflictos de Leyes*,²⁷¹ basada en la *Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a Accidentes de Tránsito*, que se discute más abajo.

(ii). *El Método de la “Relación Más Significativa” y el Análisis del Interés*

Veintiún estados en los Estados Unidos y Puerto Rico siguen el la norma de “la relación más significativa” del *Segundo Restatement*. La ley de Puerto Rico, aunque tratándose de un código civil, es el equivalente funcional para este método.²⁷² Además, tres estados aplican el examen estrechamente relacionado de los “contactos significativos”, cinco aplican el método de la “mejor ley” de Leflar, tres aplican el análisis del interés, y seis estados aplican varias combinaciones entre las mencionadas.²⁷³ Aunque todos estos métodos tienden a ser altamente indeterminados, dejan de manera consistente un resultado específico: cuando el actor y el demandado comparten un mismo lugar de domicilio, se aplica la ley del estado de dicho domicilio. Éste fue el resultado en el caso que inició la revolución de la ley aplicable en los Estados Unidos, *Babcock c. Jackson*, que se trataba de un caso de accidente de tránsito.²⁷⁴ Mientras que la revolución de la ley aplicable en los Estados Unidos recibió opiniones diversas, la solución en el caso *Babcock c. Jackson* para los casos de lugar de domicilio común ha sido universalmente alabada,²⁷⁵ y se encuentra ahora consolidada en los Estados Unidos.²⁷⁶ Esta solución ha sido también expresamente incorporada en el estatuto de derecho internacional de Québec,²⁷⁷ y ha sido adoptada por los instrumentos internacionales descriptos más abajo.

(iii). *Doble Accionabilidad*

La mayoría de los estados en el Commonwealth del Caribe, siguiendo el método de la doble accionabilidad siguen la regla de la doble accionabilidad, permitiendo la aplicación de la ley con la “relación más significativa” de la disputa en casos excepcionales.²⁷⁸

(iv). *Lex Fori*

²⁷¹ 1970 Proc. of Unif. L. Conf. 263.

²⁷² Ver Nota de la Haya 2000, en 36-37.

²⁷³ Ver en general Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2002: Sixteenth Annual Survey*, 51 AM. J. COMP. L. 1 (2003) [de ahora en adelante Symeonides, Encuesta 2002].

²⁷⁴ 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).

²⁷⁵ Ver Harold L. Korn, *The Choice of Law Revolution: A Critique*, 83 COLUM. L. REV. 772, 788-89 (1983) (la solución del domicilio común es el “único éxito no calificado” y la “contribución más duradera” de la revolución de la ley aplicable en los Estados Unidos).

²⁷⁶ Ver Symeon C. Symeonides, *The Need for a Third Conflicts Restatement (and a Proposal for Tort Conflicts)*, 75 IND. L. J. 438, 459 (2000).

²⁷⁷ Ver *supra* en 15.

²⁷⁸ *Chaplin c/ Boys*, [1971] App. Cas. 356.

La regla de la *lex fori* es seguida por tres estados de los Estados Unidos. México aplica también la *lex fori*, a menos que otro estatuto o tratado demande específicamente la aplicación de la ley extranjera.

b. *Instrumentos Internacionales sobre Ley Aplicable para Accidentes de Tránsito en las Américas.*

La *Convención sobre Responsabilidad Civil emergente por Accidentes de Tránsito* (entre Uruguay y Argentina) dispone que los accidentes de tránsito serán regulados por la “Ley interna del Estado Miembro en cuyo territorio tiene lugar el accidente.”²⁷⁹ Sin embargo, cuando las personas afectadas se encuentren todas domiciliados en otro Estado Miembro, prevalecerá la ley de dicho Estado Miembro.²⁸⁰

El *Protocolo de San Luis del MERCOSUR sobre Responsabilidad Civil Emergente por Accidentes de Tránsito* (en vigencia entre los Estados Miembros del MERCOSUR) brinda tanto reglas sobre ley aplicable como sobre jurisdicción gobernando las cuestiones resultantes de accidentes de tránsito. Tal como la Convención entre Uruguay y Argentina, el *Protocolo de San Luis* comienza por la ley del Estado en cuyo territorio ocurre el accidente, pero escoge la ley de otro estado solamente si todas las personas afectadas comparten el mismo lugar del domicilio en dicho estado.²⁸¹

c. *Normas Aplicadas Fuera del Hemisferio Occidental*

Fuera del Hemisferio Occidental, existe una tendencia apreciable hacia la adopción de la excepción del domicilio común a la regla de la *lex loci delicti* que se originó en este Hemisferio. La Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado dispone que “[c]uando un infractor y la parte que sufrió el daño poseen su residencia habitual [en la época de comisión del delito] en el mismo estado, los reclamos por dichos delitos se gobiernan por la ley de dicho estado.”²⁸² La ley alemana dispone de manera similar que “[S]i el infractor y la víctima, al tiempo de comisión del delito, poseía su residencia habitual en el mismo estado, se aplica la ley de este estado.”²⁸³ Numerosos otros estados reconocen una excepción al criterio de la *lex loci delicti* en casos en los cuales sus ciudadanos cometen delitos contra conciudadanos en el extranjero.²⁸⁴

El proyecto de convención propuesto por el Grupo Europeo de Derecho Internacional dispone en general que una obligación extracontractual estará gobernada por la ley del país con el cual se encuentra más estrechamente conectada. Continúa disponiendo que “[c]uando el autor del daño o lesión y la persona que sufre el daño o lesión residen habitualmente en el mismo país al tiempo del evento dañoso, se presume que la obligación posee una mayor conexión con dicho país.”²⁸⁵ El proyecto de regulación de Roma II propuesto por la Comisión Europea dispone que la ley aplicable es generalmente la *lex loci delicti*, pero especifica que “[c]uando el autor del delito culposo o doloso y la víctima poseen su residencia habitual en el mismo país donde la infracción o el delito son cometidos, la ley aplicable será la ley de dicho país.”²⁸⁶ Ninguno de los comentarios extensivos recibidos por la Comisión relativos a esta propuesta hacía objeción a esta disposición.

²⁷⁹ Convención de Responsabilidad Civil emergente para Accidentes de Tránsito entre Uruguay y Argentina, art. 2,

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ Protocolo De San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR, Mercosur/CMC/Dec.No. 1/96, art. 3.

²⁸² Art. 133(1), *reproducido en* 37 AM. J. COMP. L. 193 (1989).

²⁸³ Ley Introductoria del BGB (Código Civil), art. 40(2).

²⁸⁴ *Ver en general* Kurt Siehr, *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: Revolution and Evolution in Conflicts Law*, 60 LA. L. REV. 1353, 1354 (2000).

²⁸⁵ *Ver* 7 European Review of Private Law 45, 47 (1999).

²⁸⁶ Propuesta Roma II, art. 3, cl. 2.

La *Convención de La Haya sobre Ley aplicable a Accidentes de Tránsito*, que ha sido adoptada en el Hemisferio Occidental solamente en la provincia del Yukón,²⁸⁷ comienza también con la ley del lugar donde tuvo lugar el accidente.²⁸⁸ El Artículo 4 establece entonces excepciones a esta regla general, que clama por la aplicación de la ley del estado donde se encuentra registrado el vehículo en las siguientes circunstancias:

- (a) cuando solamente un vehículo está involucrado en el accidente y se encuentra registrado en un Estado diferente de aquél donde se produjo el accidente, a fin de determinar la responsabilidad se aplica la ley interna del Estado de registro.
 - con relación al conductor, titular o cualquier otra persona que ejerza el control o posea algún interés en el vehículo, independientemente de su residencia habitual,
 - con relación a la víctima, que sea pasajero y cuya residencia habitual se encuentre en el Estado diferente de aquél donde se produjo el accidente,
 - con relación a la víctima que se encuentra fuera del vehículo en el lugar del accidente y cuya residencia habitual se halla en el Estado de registro.

Cuando hay dos o más víctimas, la ley aplicable se determina separadamente para cada una de ellas.

- (b) Cuando participan en el accidente dos o más vehículos, las disposiciones de a) solamente se aplican si todos los vehículos están registrados en el mismo Estado.
- (c) Cuando una o más personas que se encuentran fuera del vehículo o vehículos en el lugar del accidente participan en el accidente pudiendo ser responsables, las disposiciones de a) y b) son aplicables únicamente si todas estas personas poseen su residencia habitual en el Estado del registro. Lo mismo se aplica aún cuando estas personas sean también víctimas del accidente.²⁸⁹

Esta serie de excepciones producirán el mismo resultado como excepción del domicilio común a la *lex loci delicti* incorporado al Protocolo de San Luis y la ley de Québec, cuando todas las partes afectadas se domicilian en el estado de registro del vehículo, lo cual usualmente ocurre. En otros casos, la excepción a la *lex loci delicti* incorporada en la Convención de La Haya es más amplia que aquélla del Protocolo de San Luis y el estatuto de Québec, puesto que llamaría por la aplicación de la ley del estado de registro, incluso cuando tal estado no sea el estado de domicilio o residencia habitual de la víctima o la persona que ejerce el control sobre el vehículo.

3. La Jurisdicción

El Protocolo de San Luis establece que un proceso puede sustanciarse en los tribunales del lugar donde se produjo el accidente, del domicilio del demandado, y del domicilio de la actora.²⁹⁰ No existe otra ley en las Américas que trate específicamente de la jurisdicción en casos internacionales de accidentes de tránsito. El análisis sería en consecuencia el mismo al establecido en la Sección A, arriba, excepto que la Regla de Mozambique no sería aplicable, y el *forum non conveniens* no sería típicamente relevante a los casos de accidentes de tránsito.

4. Conclusiones

²⁸⁷ Ver *supra* (discusión de la ley de Yukon en el informe del relator de marzo de 2003).

²⁸⁸ La Convención sobre la Ley Aplicable a Accidentes de Tránsito, art. 3.

²⁸⁹ *Id.*, art. 4

²⁹⁰ MERCOSUR Protocolo de San Luis, art. 7.

Las circunstancias parecen ser propicias para tratar de lograr un instrumento interamericano que trate sobre ley aplicable en accidentes de tránsito. Parece existir una aceptación sustancial entre los Estados y académicos de la excepción del domicilio común a la regla de la *lex loci delicti*. Un instrumento interamericano que adopta dicha excepción produciría un cambio bienvenido en las leyes de los estados del Hemisferio que todavía no reconocen esta excepción, incluyendo algunas que han codificado recientemente sus reglas de derecho internacional privado (tal como Perú y Venezuela), así como aquellas que adhieren a la *lex fori* (incluyendo México y algunos estados de los Estados Unidos). La ausencia de ratificaciones de la Convención de La Haya en este Hemisferio puede ser el resultado del hecho que esta excepción a la regla de la *lex loci delicti* es significativamente más amplia que la excepción del domicilio común.

Un acuerdo para unificar reglas de jurisdicción parecería más fácil de alcanzar para accidentes de tránsito que para contaminación transfronteriza o responsabilidad por productos, primariamente porque el *forum non conveniens* no está implicado en casos de accidentes de tránsito. Además, los principales puntos de controversia que en última instancia condujeron al fracaso de la Convención de La Haya sobre jurisdicción y Juicios comprendía a los delitos comerciales. Estas controversias no deberían obstaculizar las negociaciones sobre un instrumento interamericano relativo a los accidentes de tránsito.

Por las razones apuntadas arriba, la negociación de un instrumento interamericano sobre jurisdicción y ley aplicable para casos involucrando accidentes de tránsito sería un ejercicio administrable que podría arrojar avances significativos en el Derecho Internacional Privado en el Hemisferio. Dado que existen pocas complicaciones para este tema si comparado con los temas considerados más arriba, puede resultar preferible comenzar el proyecto de unificación de las reglas de derecho internacional privado del Hemisferio en los casos de responsabilidad extracontractual con accidentes de tránsito. Por otro lado, este puede ser un asunto que será mejor tratado en el ámbito subregional, tal como ha sucedido en el Cono Sur. El interés de los Estados Miembros en este tema deberá ser verificado por los órganos políticos de la OEA.

D. DELITOS A TRAVES DEL INTERNET

Las respuestas recibidas por el Comité Jurídico Interamericano al cuestionario distribuido con el fin de obtener propuestas para temas para la CIDIP-VII evidenció un significativo interés en lograr un instrumento interamericano relativo a algunos aspectos del comercio electrónico.²⁹¹ A la luz de este interés, hemos considerado la posibilidad de buscar un instrumento interamericano sobre jurisdicción y ley aplicable con relación a delitos cometidos a través del Internet. El término “delitos a través del Internet” (o ciberdelitos) será utilizado en esta sección para referirnos a responsabilidad extracontractual por actos cometidos en el espacio cibernético. Así, el término no se refiere a una categoría distinta de responsabilidad extracontractual. En vez de ello, la categoría consiste de una variedad de delitos tradicionales que son perpetrados en un nuevo contexto: el Internet. Los estados, por lo general no han reconocido nuevas causas de acción por infracciones cometidas por el Internet. Ellos han meramente adaptado las causas de acción existentes para tomar cuenta de este nuevo medio a través del cual puede ser canalizada la conducta infractora.

Los litigios extracontractuales se producen generalmente debido a tres formas de actividad que tienen lugar en el Internet (es decir, en el espacio cibernético): operación de páginas en la red, transmisión de correos y otros archivos electrónicos y colocación de mensajes sobre boletines electrónicos o grupos de noticias.²⁹² La amplitud de la conducta

²⁹¹ CIDIP-VII and Beyond, Report of the IJC, CIDIP-VI/doc.10/02.

²⁹² Ver Herbert Kronke, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace*, en Katharina Boele-Woelki & Catherine Kessedjian eds., *INTERNET – WHICH COURT DECIDES? WHICH LAW APPLIES?* 65-87 (1998) (identificando los siguientes grupos de actores en el Internet: los que publican, los emisores, los re-

llevada a cabo por estos tres medios que puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual conforme la ley de los Estados Unidos es bastante dilatada. Entre las causas de acción más comunes entre casos disponibles de responsabilidad extracontractual que dan lugar a resarcimiento encontramos:

- a) Prácticas desleales del comercio (protección al consumidor) tal como propaganda engañosa (por ejemplo, a través de las páginas amarillas de la Internet así como ciertos métodos de inducir a la reserva de líneas aéreas/hotel/alquiler de carros);
- b) Violación de reglamentos de licencia (por ejemplo vender medicinas sin licencia en violación de las leyes de licenciamiento farmacéutico del un estado);
- c) Difamación (por ejemplo, publicación de declaraciones difamantes por correo electrónico, boletines por la Internet, en archivos bajados, o en difusión de medios televisivos o impresos en línea);
- d) Invasión de la privacidad (por ejemplo, compilando información personal utilizando cookies, etc.);
- e) Fraude y conversión (por ejemplo, utilizar la tarjeta de crédito de otra persona en línea o realizar una extracción de dinero de una cuenta bancaria sin autorización);
- f) Violación a la propiedad ajena (por ej, piratería cibernética – *hacking* o requisición entre la página en la red de un tercero);
- g) Negligencia o alteración del orden (por ejemplo, diseminar un virus de computadora que destruya la propiedad intelectual o dañe la propiedad personal; suministrar enlaces a páginas en la red que causan daño²⁹³);
- h) Infligir intencionalmente angustia emocional (por ejemplo, ciertos comentarios difamantes).
- i) Prácticas anticompetitivas comprendiendo violaciones contra las leyes de trust (por ejemplo fusiones y adquisiciones transfronterizas)
- j) Violación a los derechos de propiedad intelectual, tales como:
 - Violación de marca y dilución (por ejemplo *cybersquatting* – registro de un nombre de dominio utilizando la marca de otro).
 - Violación del derecho de autor (por ejemplo, venta en línea de material protegido por otra persona que no es el titular del derecho sin consentimiento de este último – ver, por ejemplo, caso Napster)
 - Violación de patentes (por ejemplo facilitar indebidamente descargas de un producto patentado como ser un software); violaciones de deberes corporativos (por ejemplo, comercialización por un interno utilizando las cuentas de corretaje en línea)

emisores, los bibliotecarios/librerías/kioskos de noticias, re-transmisores, duenos de espacio, y “common carriers”).

²⁹³ La “responsabilidad por enlace” nace también de la ley de agencia y de los principios de la responsabilidad indirecta. Además, aunque la transferencia de productos de software en línea constituye una forma de actividad por la Internet, esta actividad será discutida también en la sección sobre responsabilidad por productos porque los métodos a la jurisdicción en casos de responsabilidad por productos tienden a ser aplicados a los daños causados por defectos de software, aún cuando la responsabilidad provenga de la actividad a través del Internet.

- k) Violación de leyes sobre valores (por ejemplo, venta de valores por la Internet sin licencia o en violación de las leyes federales sobre publicación o contra el fraude, promoción del juego por la Internet como violación de leyes federales de valores o posiblemente leyes contra los juegos de azar).

Esta enumeración de las obligaciones legales comprendidas en el término “ciberdelitos” ilustra la primera dificultad en abordar este tema en un instrumento interamericano. Los temas son casi tan diversos como aquellos comprendidos por la categoría completa de “obligaciones extracontractuales” siendo casi tan difícil abordarlos como la categoría general.

Este problema se encuentra exacerbado por el hecho de que las violaciones en la lista incluyen algunas que levantan en particular asuntos sensibles para algunos Estados Miembros. Por ejemplo, las acciones por difamación levantan cuestiones relativas a la libertad de expresión, que en los Estados Unidos se encuentra protegida por la Constitución Federal. Los Estados Unidos tendrían dificultad en concordar con el reconocimiento de la jurisdicción de otros estados para imponer responsabilidad por difamación por el Internet en circunstancias donde la conducta estaría protegida por la Constitución Federal.

Una tercera dificultad surge de la novedad del medio. El Internet es un fenómeno comparativamente reciente, y los estados recién están comenzando a experimentar con las regulaciones en el espacio cibernético. Existen todavía pronunciadas diferencias de puntos de vista con relación a los tipos y alcance de la regulación que resulta apropiada en el espacio cibernético. Algunos favorecen dejar a la Internet relativamente desregulada, depositando la confianza en las innovaciones técnicas a fin de hacer frente a posibles problemas, mientras que otros fomentan un papel más activo para la regulación estatal.

Una cuarta dificultad afecta en particular al esfuerzo de regular la jurisdicción y la ley aplicable. El espacio cibernético presenta en particular serios desafíos para el derecho internacional privado, porque las normas en esta área han tradicionalmente estado ligadas a nociones de territorialidad. El espacio cibernético es una dimensión completamente nueva, difícil de situar dentro de concepciones tradicionales de territorio. Las reglas que se aplican donde se produjo la conducta causadora del daño o donde la lesión fue sufrida son difíciles de aplicar cuando el simple “clic” de una computadora localizada en un estado que puede ser enteramente desconocido produce un daño a un número potencialmente elevado de personas situadas en diversas partes del globo. Los académicos están en el medio de un intenso debate sobre si los métodos tradicionales del derecho internacional privado se adecuan corretamente al Internet y, en caso negativo, qué métodos alternativos son apropiados.²⁹⁴

Los tribunales no están más cerca en llegar a un consenso sobre la manera apropiada de tratar los asuntos del derecho internacional privado con respecto a reclamos resultantes de conductas en el Internet. Con respecto a la jurisdicción, por ejemplo, algunos tribunales en los Estados Unidos han considerado “la utilización de correos electrónicos ... por una parte en otro

²⁹⁴ Ver, por ej., Matthew R. Burnstein, *Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 75 (1996); Christopher P. Beall, *The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet*, 15 J. MARSHALL J. COMP. & INFO. L. 361, 362 (1997); William Patry, *Choice of Law and International Copyright*, 48 AM. J. COMP. L. 383; Jennifer M. Driscoll, *It's a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway*, 20 U. PA. J. INT'L ECON. L. 939; Daniel P. Schafer, *Canada's Approach to Jurisdiction Over Cybertorts: Braintech v. Kostiuik*, 23 FORDHAM INT'L L.J. 1186 (2000); Charles H. Fleischer, *Will the Internet Abrogate Territorial Limits on Personal Jurisdiction?*, 33 TORT & INS. L.J. 107 (1997); Tapio Puurunen, *The Judicial Jurisdiction of States Over International Business-to-Consumer Electronic Commerce from the Perspective of Legal Certainty*, 8 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 133, 212 (2002); Michael A. Geist, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 BERKELEY TECH. L. J. 1345 (2001).

estado” como constituyendo suficiente base para atraer la jurisdicción personal a ese foro.²⁹⁵ Los tribunales en los Estados Unidos han encontrado también que existe la jurisdicción en un foro distante cuando el demandado ha publicado declaraciones difamantes en un boletín de Internet y las declaraciones fueron recibidas en dicho foro.²⁹⁶ Los tribunales de Australia, de manera similar, han llamado para sí la jurisdicción con base en la recepción en Australia de comunicaciones colocadas en el Internet en Nueva Jersey.²⁹⁷ Pero los tribunales en Canadá se han negado a reconocer sentencias dictadas bajo tales circunstancias, observando que “[C]rearía un efecto catastrófico sobre la libertad de expresión si, en cada jurisdicción del mundo en el que se tuviera acceso a Internet la persona que coloca un comentario justo en un boletín pudiese ser arrastrado a los tribunales de cada uno de los países donde se pudiera obtener el acceso a tal boletín.”²⁹⁸ De manera similar, el Tribunal de Apelaciones de Ontario sostuvo que un dueño de negocio no podría sustanciar una acción contra el dueño de un sitio en la red pasivo con un nombre similar que equivocadamente dirigiese a los usuarios al sitio del primer titular.²⁹⁹

La novedad de la Internet puede haber sido visualizado por algunos como una oportunidad para establecer reglas uniformes sustanciales o de jurisdicción y ley aplicable antes de que los países se aprisionen a soluciones divergentes. En realidad, la naturaleza sin fronteras de la Internet requiere de soluciones armonizadas para los problemas legales. Resulta entonces comprensible que exista un gran número de proyectos en curso procurando establecer leyes uniformes para gobernar los variados aspectos del e-commerce.³⁰⁰ Es muy probable que la CIDIP-VII incluya uno o más temas referidos al e-commerce. Pero parece que estos temas podrán involucrar la armonización de la ley sustantiva.

Los esfuerzos que han sido desplegados hasta ahora procurando tratar los aspectos de e-commerce del derecho internacional privado, tornan claro que las naciones del mundo no están aún preparadas para convenir una solución uniforme sobre estos problemas. Parece que los desafíos emanados de la Internet son responsables por vencer los esfuerzos de una década de la Conferencia de La Haya para elaborar una Convención sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias.³⁰¹ Como resultado de estas dificultades, la Conferencia de La Haya ha abandonado su tentativa ambiciosa para establecer principios uniformes para jurisdicción y ejecución de sentencias en asuntos civiles o comerciales reemplazándolos por reglas uniformes para reconocer las cláusulas contractuales relativas a la elección del foro.³⁰²

²⁹⁵ Ver, por ej., *Hall c/ LaRonde*, 66 Cal.Rptr.2d 399, 400 (Cal. Ct. App. 1997), en el cual el tribunal sostuvo que las comunicaciones por correo electrónico y teléfono satisfacían el requerimiento de los “contactos mínimos” personal.

²⁹⁶ Ver *Blake c/ Continental Airlines, Inc.*, 751 A.2d 538 (N.J. 2000).

²⁹⁷ Ver *Dow Jones & Co., Inc. c/ Gutnick*, [2002] H.C.A. 56.

²⁹⁸ *Briantech v. Kostiuik*, 1999 B.C.D. Civ. J. LEXIS 2020, *32, citado en *Schafer, supra.*, en 1186.

²⁹⁹ Ver *Pro-C Ltd. c/ Computer City, Inc.*, 55 O.R. (3d) 577. La base del proceso de la actora fue que la dirección errática creó un flujo de visitas que abrumó su sistema, lo que en última instancia hizo que su negocio fallase.

³⁰⁰ La mayoría sobre ley sustantiva, aunque unos pocos se refiere a I Derecho Internacional Privado. Ver Grupo de Expertos de la OMPI sobre Aspectos del Derecho Internacional Privado Transmitido a Través de Redes Digitales Globales, Ginebra, dic. de 1998), disponible en <http://www.wipo.org/eng/meetings/1998/gcpic/index.htm>; ver también OMPI, Foro sobre Derecho Internacional Privado y Propiedad Intelectual, Ginebra, enero de 2001, disponible en <http://www.wipo.org/pil-forum/en/documents/index.htm>.

³⁰¹ Ver en general Avril D. Haines, *Why Is It So Difficult to Construct an International Legal Framework for E-Commerce? The Draft Hague Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters: A Case Study*, 3 EUR. BUS. ORG. L. REV. 139 (2002).

³⁰² Ver Report On The Work Of The Informal Working Group On The Judgments Project, en particular On The Preliminary Text Achieved At Its Third Meeting – 25-28 de marzo de 2003, preparado por Andrea Schulz, 1er Secretario, Documento Preliminar No 22 de junio de 2003.

Por las razones que anteceden, concluimos que es prematuro asumir el esfuerzo de armonizar el derecho internacional privado en casos de infracciones por la Internet en las Américas.

E. CONCLUSIONES

El análisis que antecede sirve de fundamento a las siguientes conclusiones relativas a lo apropiado de los temas discutidos para tratamiento en este momento en un instrumento interamericano que regule la jurisdicción y ley aplicable:

El tema de la responsabilidad civil extracontractual por daños resultantes de accidentes de tránsito está ya maduro para ser tratado en un instrumento interamericano. Tal instrumento aportaría una valiosa contribución al adoptar la excepción del domicilio común a la regla de la *lex loci delicti*. Aunque exista ya una Convención de La Haya sobre ley aplicable en este tema, la Convención no ha sido ratificada por ninguna nación del Hemisferio Occidental. Dado que el tema no implica la controvertida doctrina del *forum non conveniens*, y dado que el tema en cuestión no es muy complejo, este asunto produciría probablemente la negociación más tranquila de las posibles categorías de la responsabilidad extracontractual. La cuestión principal es si las naciones del Hemisferio visualizan los problemas en esta área tan merecedores de atención en el ámbito regional, o si en lugar de ello ven que el tema puede mejor ser tratado en el ámbito subregional.

El tema de la responsabilidad por productos es algo más complejo, pero también está maduro para su tratamiento en un instrumento interamericano. Existen diferencias significativas en las leyes del Hemisferio relativas a las normas sustantivas sobre responsabilidad por productos, y la cuestión de la ley aplicable se levanta con frecuencia a raíz de lo altamente globalizado del mercado para tales productos. Aquí, también, existe una Convención de La Haya tratando de la ley aplicable, pero, nuevamente, ninguna nación en el hemisferio occidental es parte de la misma. Existen numerosas soluciones diferentes al problema de la ley aplicable en casos de responsabilidad por productos, pero, hablando en términos amplios, la mayoría de las mismas comparte el método del “agrupamiento de puntos de conexión”. Las soluciones particulares que han sido adoptadas o propuestas en este hemisferio y en todo lugar, producirían resultados algo diferentes en casos altamente complejos, pero no es probable que el trabajo académico adicional revele que una de tales soluciones es necesariamente superior a las otras. La época ha llegado entonces para una negociación interamericana para elegir entre una solución u otra. Con relación a la jurisdicción, la negociación en el contexto de los reclamos por responsabilidad por productos podría brindar una oportunidad para tratar el tópico controvertido del *forum non conveniens*. Pero, dadas las impugnaciones sobre el *forum non conveniens* que son menos frecuentes en casos de responsabilidad por productos que en casos de daño ambiental, el tema podría quedar excluido a las negociaciones si el acuerdo resultara difícil de alcanzar.

La conveniencia del tema sobre daño ambiental transfronterizo es una cuestión más difícil. La existencia de numerosos instrumentos internacionales tratando de la responsabilidad sustantiva en varios sectores, algunos de los cuales también tratan de la jurisdicción y ley aplicable, presentan retos significativos. Los desafíos adicionales se presentan dada la compleja interrelación entre derecho público y privado en esta área, tanto interno como internacional. Otros cuerpos internacionales están tratando en la actualidad de estudiar el tema, más especialmente la Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia de La Haya aunque el trabajo de la última sobre el tema no reviste en estos momentos prioridad. Con relación a la ley aplicable, las negociaciones tienden a requerir posiblemente un debate intenso entre los proponentes de la *lex damni* y los proponentes de la regla de ubicuidad. Respecto de la jurisdicción, el tema del *forum non conveniens* parece resultar difícil de resolver. Que pueda lograrse el acuerdo sobre las soluciones de las cuestiones de derecho internacional privado levantadas por este tema parece es una cuestión sobre cuáles los cuerpos políticos pueden contar con puntos de vista bien fundamentados a la luz del hecho de que este tema fue

considerado durante la CIDIP-VI. En cualquier caso, el éxito de este tema requerirá una extensa labor preparatoria, que debería idealmente incluir la participación de expertos en derecho ambiental así como expertos en derecho internacional privado. El tema debería por consiguiente ser elegido solamente si los cuerpos políticos están dispuestos para comprometer los recursos necesarios para llevar a cabo el trabajo necesario.

El tema de delitos a través de la Internet no es adecuado para su tratamiento en un instrumento de derecho internacional privado interamericano en estos momentos, porque el fenómeno es demasiado nuevo y no existe consenso suficiente sobre el las normas apropiadas a las cuestiones de derecho internacional privado que se presentan. El tema demostró ser causa del fracaso de la Convención de La Haya sobre Jurisdicción y Sentencias y parece que llegaría a un fin similar si se lo considera dentro de un contexto interamericano.³⁰³

e133DII03responsabilidadextracontractual.doc
CMV/msg/receb.por e-mail2/10/03

³⁰³ El autor reconoce con gratitud la ayuda importante del Sr. Owen Bonheimer en la preparación de este Reporte.