

LITIGACIÓN INTERNACIONAL Y DAÑOS AL AMBIENTE

Laura CARBALLO PIÑEIRO*

Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN: La protección del ambiente es esencial para el desarrollo sostenible y, sin embargo, los métodos de reclamación privados están infra-desarrollados en la mayoría de los sistemas jurídicos. Tras el reconocimiento del daño ecológico puro como categoría de derecho privado, la exigencia de responsabilidad civil debería canalizarse a través de acciones colectivas que pudieran entablar no sólo los estados perjudicados, sino también organizaciones no gubernamentales y particulares interesados en la defensa del ambiente. Este trabajo analiza las bases jurídicas sobre las que construir dicha legitimación procesal en el plano doméstico y en el internacional, para examinar a continuación el juego de las acciones colectivas en su dimensión transfronteriza. Por ello, el trabajo se cierra con el examen de los foros de competencia judicial internacional para entablar acciones colectivas por daños ambientales, así como qué ley sería la aplicable en su caso.

PALABRAS CLAVE: daño ecológico puro; responsabilidad civil ambiental; acciones colectivas; legitimación procesal competencia judicial internacional; normas de conflicto.

ABSTRACT: Environmental protection is essential to sustainable development. However, private enforcement is not a priority in most legal systems; while it is nowadays possible to seek redress for environmental damage, standing to bring collective actions before courts is not usually granted to NGOs and private persons; although it should be in an attempt to enhance the oversight system over potential and actual polluters. This paper discusses the legal basis upon which the said standing could be established, both at domestic and international levels, as well as the role that cross-border collective redress could play in environmental matters. Accordingly, the paper moves to examine to which heads of international jurisdiction could be resorted when it comes to claiming for collective redress, and which would then be the applicable law.

KEYWORDS: environmental damage; civil liability, collective redress; legal standing; international jurisdiction; conflict of laws.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Acceso a la justicia en materia ambiental. 2.1. El Principio 10 de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y su desarrollo normativo. 2.2. El reconocimiento

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (USC). Grupo *De Conflictu Legum*. Este trabajo se ha beneficiado de los Fondos FEDER y las aportaciones de la Xunta de Galicia.

del daño ecológico puro. 2.3. Quién puede reclamar por daño al ambiente. – 3. Responsabilidad ambiental transfronteriza. 3.1. Daño ecológico puro y ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales sobre responsabilidad extracontractual. 3.2. Competencia judicial internacional. 3.2.1. Foro general, de conexidad y autonomía de la voluntad. 3.2.2. *Forum delicti commissi*. 3.3. Ley aplicable. – 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de distintos niveles de protección ambiental da lugar al bien conocido fenómeno del *dumping* ecológico que, básicamente, consiste en la deslocalización de empresas en aquellos países donde los estándares ambientales son más bajos y, por tanto, también los costes de fabricación y producción¹. Las consecuencias de este proceder están dando lugar a demandas de responsabilidad civil dirigidas contra grupos de empresas por violaciones graves de derechos humanos. Sirva de ilustración a estos efectos la litigación frente al grupo Shell como consecuencia de la contaminación derivada de las perforaciones petrolíferas en el Delta del Níger (Nigeria) y su impacto en los pueblos que ocupan la zona, con sentencias en los Estados Unidos², Países Bajos³, y Reino Unido⁴. En estos supuestos, los litigantes buscan demandar

¹ Ambiente o medio ambiente se utilizan como sinónimos aunque el segundo es redundante. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 15, nota 1.

² *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S. CT. 1659 (2013). Vid. entre otros muchos, MARULLO, M.^a C., y ZAMORA CABOT, F. J., “Transnational Human Rights Litigation. Kiobel’s Touch and Concern: a Test under Construction”, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2016-1, accesible en <https://redtiempodelosderechos.com/publicaciones-2/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/> (último acceso, 14 de mayo de 2016); WHYTOCK, C. A., CHILDRESS III, D. E., y RAMSEY, M. D., “Forward: After Kiobel - International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law”, *UC Irvine Law Review*, Vol. 3, 2013, pp. 1-8.

³ El Tribunal de Distrito de La Haya aceptó en un pronunciamiento interlocutorio su competencia judicial internacional sobre la base del art. 2 del Reglamento (CE) 44/2001, relativa a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, puesto que el primer demandado estaba domiciliado en los Países Bajos; y sobre la base del art. 7 del Código de Proceso Civil holandés que formula el foro conexo de pluralidad de demandados. Vid. Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank 's-Gravenhage*), 24 febrero 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1470 (*Barizaa Manson Tete Dooch and Vereniging Milieudedefensie v. Royal Dutch Shell Plc. and Shell Petroleum Development Company Ltd.*). En su decisión final, este tribunal concluyó que Royal Dutch Shell Netherlands no era responsable de los vertidos de petróleo en Nigeria, pero la filial nigeriana sí. Vid. su decisión de 30 de enero de 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845, y comentario de JÄGERS, N., JESSE, K. D., y VERSCHUUREN, J., “The future of corporate liability for extraterritorial human rights abuses: The Dutch case against Shell”, *American Journal of International Law*, 2014(1), pp. 36-41. En junio de 2017 y tras el fracaso de la *class action* entablada en los Estados Unidos, Ester Kiobel y las demás viudas de los activistas colgados por el Gobierno nigeriano en 1995 por sus protestas contra el expolio medioambiental presentaron demanda contra Shell en los Países Bajos en junio de 2017. Vid. *The Guardian*, 29 de junio de 2017, accesible en <https://www.theguardian.com/global-development/2017/jun/29/ogoni-widows-file-civil-writ-accusing-shell-of-complicity-in-nigeria-killings> (último acceso, 10 de octubre de 2017).

⁴ Vid. *Bodo Community v Shell Petroleum Development Company (Nigeria) Ltd* (“SPDC”) presentada ante la *High Court* de Londres, pero de la que este tribunal no llegó a conocer al llegarse a un acuerdo extrajudicial. Vid. la noticia en *The Guardian*: <http://www.theguardian.com/environment/2015/jan/07/shell-announces-55m-payout-for-nigeria-oil-spills> (último acceso, 14 de mayo de 2016). Más recientemente, el tribunal londinense ha fallado *Okpabi and others v Royal Dutch Shell*, [2017] EWHC 89, (England & Wales, High Court) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2017/89.html>), entendiendo que no existe competencia judicial internacional para conocer de este supuesto.

a los grupos empresariales que han causado el daño en países que, en principio, se caracterizan por sus altos estándares ambientales. Sin embargo, estas demandas se topan con una simple norma de conflicto, la *lex loci delicti commissi*, que acaba bloqueando sus pretensiones de reducir el impacto del *dumping* ecológico.

Aunque los casos reseñados se examinan normalmente desde la perspectiva de la exigencia de responsabilidad empresarial por violaciones graves de derechos humanos, este trabajo se centra en los mecanismos privados de protección transfronteriza del ambiente y, por tanto, en las reglas de Derecho internacional privado dispuestas para ello. A estos efectos, parece preciso introducir el análisis de las normas de competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de responsabilidad ambiental examinando el contenido de esta última en Derecho comparado. Es por ello que el siguiente apartado examina algunos avances en la protección del ambiente que incluyen la objetivación de la responsabilidad y la ampliación del concepto de daño para incluir un tipo particular, el daño ecológico puro. Este concepto obliga, además, a discutir quién tiene legitimación activa para reclamar por este último, lo que nos lleva a tratar brevemente el papel de las acciones colectivas en la protección transfronteriza del ambiente.

El siguiente apartado de este trabajo se centra ya en los aspectos tradicionales de Derecho internacional privado. La primera cuestión a tratar es esclarecer que las peticiones de que cese o se repare el daño ecológico puro también son reclamaciones de Derecho privado y, por tanto, encajan en el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales que se ocupan de la materia extracontractual. La precisión es necesaria porque, en muchos ordenamientos, siguen siendo los Estados los que se encargan en exclusiva de su reclamación, causando la impresión de que no se trata de una cuestión que deba incluirse en los instrumentos de Derecho privado. A continuación, se examinan las normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable a esta materia. El trabajo se cierra con unas breves conclusiones sobre el papel que los tribunales están llamados a jugar en este terreno.

2. ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL

2.1. El Principio 10 de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y su desarrollo normativo

La protección del ambiente ocupa un lugar destacado en la agenda política y económica por muchas razones que se ponen en el disparadero en la Conferencia de las Naciones Unidas, sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992. A partir de este hito histórico, la protección jurídica del ambiente también recibe un impulso importantísimo dado que una de las conclusiones de dicha Conferencia es que el desarrollo sostenible pasa por garantizar al público el acceso a los procesos de toma de deci-

siones y a la justicia⁵. La transparencia se convierte, así, en una de las claves de cualquier negociación comercial – en particular, la contratación pública –, lo que hace de ella, a día de hoy, una de las cuestiones más controvertidas en, por ejemplo, la gestión de los tratados bilaterales de inversiones⁶. De hecho, la implementación de esta política de transparencia no es, precisamente, sencilla y de ahí que sean esenciales instrumentos internacionales como el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998⁷. Allí se desarrollan normativamente los derechos en los que se desglosa el Principio 10 de la Conferencia de Río de Janeiro, derechos que, de todos modos, precisan ulterior desarrollo normativo.

En lo que atañe al acceso a la justicia existen todavía a día de hoy limitaciones muy importantes que, claramente, entorpecen la protección del ambiente. Así, la Unión Europea es firmante del Convenio de Aarhus y ha adoptado distintos actos legislativos dirigidos a su implementación que incluyen una Directiva sobre acceso público a la información ambiental⁸, y otra relativa a la participación pública en la toma de decisiones⁹, así como un Re-

⁵ Vid. Principio 10, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development*, U.N. Document, 3-14 June 1992, <http://www.un.org/documents/ga/conf/151/aconf15126-1annex1.htm> (en adelante, Declaración de Río), donde se apunta, según traducción del inglés al español, disponible en la página de Naciones Unidas, que “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

⁶ La literatura al respecto es ingente y baste aquí remitir a la agenda del grupo de trabajo que se ocupa del Convenio de Aarhus y en la que aparece como preocupación fundamental la cuestión de la transparencia y las negociaciones de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI). Vid. <http://www.unece.org/environmental-policy/conventions/public-participation/aarhus-convention/news/envppaarhusaarhusweek.html> (último acceso, 3 de mayo de 2016).

⁷ El Convenio de Aarhus, 2161 UNTS 447, entró en vigor el 30 de octubre de 2001 y ha sido ratificado por 47 Estados que conforman la región UNECE compuesta por países de Europa, Asia, Estados Unidos y Canadá. Ningún país de América Latina es parte en este Convenio por lo que ha de ser muy bienvenida la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, firmada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), realizada en Río de Janeiro en junio de 2012. Allí los países signatarios se comprometen a negociar un instrumento similar al Convenio de Aarhus. Las negociaciones ya están en marcha y avanzadas bajo el liderazgo de Chile y el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Más información accesible en CEPAL <http://www.cepal.org/es/temas/principio-10> (último acceso, 3 de mayo de 2016).

⁸ Directiva 2003/4/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, *DOUE*, núm. L 041, 14.2.2003.

⁹ Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (*DOUE*, núm. L 156, 25.6.2003).

glamento relativo a la aplicación de las disposiciones del Convenio de Aarhus a las instituciones y órganos comunitarios¹⁰. Pero no ha sido todavía capaz de aprobar una Directiva sobre acceso a la justicia en materia de ambiente. De hecho, la adhesión de la entonces Comunidad Europea al Convenio de Aarhus fue acompañada de una declaración en la que señaló que era imposible llegar a un consenso sobre la aplicación de su art. 9.3¹¹. Este precepto se ocupa del acceso a la justicia en materia de protección ambiental señalando que se han de habilitar procesos de reclamación frente a contaminadores privados y públicos. Y un problema clave es quién tiene legitimación activa para interponer dichos procesos, si solo entidades públicas o también privadas, en particular organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONGs). Es, justamente, en este punto donde existían, y existen, grandes divergencias al respecto entre los Estados miembros de la Unión Europea, que llevan a que todavía no exista a día de hoy una Directiva sobre acceso a la justicia en materia de ambiente¹²; algunos Estados miembros aceptan el principio de acción popular, mientras que otros restringen el acceso a los tribunales a través de la imposición de diferentes requisitos procedimentales. Incluso la entonces Comunidad Económica Europea ha sido acusada en el pasado de restringir el acceso a los tribunales en materia de ambiente¹³, y la aplicación de las normas ya emanadas ha suscitado controversia¹⁴.

¹⁰ Reglamento (CE) núm. 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DOUE*, núm. L 264, 25.9.2006).

¹¹ La adhesión de la Comunidad al Convenio de Aarhus fue adoptada el 17 de febrero de 2005, acompañada de la siguiente declaración: "(...)los instrumentos legales vigentes no abarcan totalmente la puesta en práctica de las obligaciones derivadas del art. 9, apartado 3, del Convenio, por cuanto se refieren a los procedimientos administrativos y judiciales para impugnar acciones u omisiones de personas privadas y de autoridades públicas distintas de las instituciones de la Comunidad Europea a que se refiere el art. 2, apartado 2, letra d), del Convenio; por tanto, los Estados miembros son responsables de poner en práctica dichas obligaciones para la fecha en que la Comunidad Europea apruebe el Convenio, y seguirán siéndolo a menos o hasta que la Comunidad, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Tratado CE, adopte disposiciones de Derecho comunitario que engloben la puesta en práctica de dichas obligaciones". *Vid.* Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

¹² En 2003 fue presentada una propuesta de Directiva [Bruselas, 24.10. 2003, COM (2003) 624 final], centrada en acciones judiciales contra entidades públicas por el incumplimiento de la legislación ambiental, que solo contiene un simple recordatorio, el de que ha de aplicarse el art. 9.3 del Convenio de Aarhus a las personas privadas, en el entendimiento de que su aplicación es responsabilidad de los Estados miembros. El art. 4.1 de esta propuesta autoriza a las ONGs a demandar Estados, tal y como ahora lo hace el art. 12.1 de la Directiva 2004/35/EC.

¹³ *Vid.* STJUE 2.4.1998, Asunto C-321/95, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and Others v Commission of the European Communities*, en la cual se denegó legitimación a Greenpeace para recurrir la decisión de financiar dos centrales eléctricas con cargo a los fondos FEDER. *Vid.* también la crítica de JANS, J. H., "The Rule of Law and European Environmental Policy", pp. 301-312; SOMSEN, H., "Current Issues of Implementation, Compliance and Enforcement of EC Environmental Law", pp. 415-428, ambos en KRÄMER, L. (ed.), *Recht und Um-Welt. Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003.

¹⁴ Aunque la participación pública es obligatoria, argumentos en torno a la prioridad gubernamental están llegando a los tribunales. *Vid.* MORROW, K., "On Winning the Battle, but Losing the War", *Environmental Law Review*, Vol. 10, núm. 1, 2008, pp. 65-71.

2.2. El reconocimiento del daño ecológico puro

Sí se ha avanzado en la Unión Europea, en cambio, en otra cuestión clave en materia de protección del ambiente: qué se entiende por daño al ambiente. Como es sabido, el principio de prevención y precaución tiene un papel protagonista en esta materia y relega a un papel complementario a la responsabilidad extracontractual. Ahora bien, la utilidad de esta última en prevenir y reparar el daño ambiental no puede ser obviada y así es reconocido por la mayoría de los sistemas legales¹⁵. De hecho, el reseñado principio de prevención y precaución también tiene impacto en este campo y determina que el análisis comparado del Derecho muestre una tendencia hacia la generalización de regímenes objetivos de responsabilidad y hacia la ampliación del concepto de daño.

Más concretamente, el principal obstáculo que encuentra el derecho privado a la hora de proteger el ambiente es que su intervención se limita generalmente a los supuestos en los que hay propiedad afectada o daños personales; en otras palabras, se limita a los casos en que existe derecho a indemnización frente a un particular. Ahora bien, esta es una limitación obsoleta en la sociedad actual. Por ello, se han desarrollado muchas teorías para intentar superar este obstáculo, buscando otorgar a los particulares el derecho a reclamar por los daños al ambiente¹⁶, y de las que ha resultado una noción esencial, la del “daño ecológico puro”, cuyo reconocimiento como causa de daño es una victoria del movimiento ecologista. La noción se puede encontrar ahora, por ejemplo, en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales¹⁷, o en la Ley General del Ambiente de Argentina¹⁸.

¹⁵ El tópicus ha sido también discutido en el seno de la Conferencia de La Haya, al tiempo que se discutía sobre la elaboración de una Convención en materia de responsabilidad civil por daño medioambiental. Vid. “Civil Liability Resulting from Transfrontier Environmental Damage: A Case for the Hague Conference?”, 5-6 Preliminary Doc. 8 (prepared by Ch. BERNASCONI), http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf, pp. 55-65. Sobre la discusión, vid. ABRAHAM, K. S., “The Relation Between Civil Liability and Environmental Regulation: An Analytical Overview”, *Washburn Law Journal*, Vol. 41, 2002, pp. 379-398; ANDERSON, M., “Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?”, *Washburn Law Journal*, Vol. 41, 2002, pp. 399-426. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, vid. M. G. FAURE, “Regulatory strategies in environmental liability”, F. CAFAGGI, H. MUIR WATT (eds.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2009, pp.129-187.

¹⁶ Vid. BRANS, E., *Liability for Damage to Public Natural Resources*, Rotterdam, Erasmus University, 2001; RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

¹⁷ El art. 2 de esta Directiva define ‘daño medioambiental’ como “a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies.[...]; Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes [... +, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza; b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos

[Nota 18 en página siguiente]

2.3. Quién puede reclamar por daño al ambiente

La identificación del daño ecológico puro como fuente de responsabilidad extracontractual pone sobre la mesa la cuestión de quién puede reclamar dicha responsabilidad. En el caso de que el daño al ambiente se produzca en la persona o propiedad de un particular, la cuestión de la legitimación activa está, en principio, resuelta. Pero si el daño es ecológico puro y, por tanto, nos enfrentamos a la vulneración de un interés difuso, determinar quién puede reclamar se torna más complicado. La respuesta más inmediata es que corresponde a los Estados y las entidades u órganos públicos correspondientes realizar tal defensa. Ahora bien, una respuesta más elaborada y acorde con el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro apunta a que también debe corresponder a particulares y asociaciones la defensa del ambiente.

A pesar de que esta respuesta parece evidente y de simple puesta en práctica, los intereses en presencia son múltiples y contradictorios, y se suelen manifestar en forma de veto a las acciones colectivas y el ejercicio de democracia participativa que comportan, como ha sucedido en la Unión Europea donde se han frustrado todos los intentos de acordar una Directiva sobre acceso a la justicia en materia ambiental. El compromiso alcanzado es la Directiva 2004/35/CE que, como hemos visto, recoge una noción amplia de daño al ambiente, pero solo reconoce a los Estados la posibilidad de actuar contra los contaminadores, en tanto que las asociaciones y las organizaciones no gubernamentales solo pueden reclamar en contra de la inactividad de un Estado, pero no directamente contra los particulares que realizan actos contaminantes¹⁹.

La parálisis relativa a la interpretación del art. 9.3 llevó al Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus a emitir una declaración en la cual se ponía de relieve la diferencia entre el art. 9.2 y su referencia a “miembros del público interesados”, y el art. 9.3, que se refiere a “los miembros del público”. En este sentido, el Comité sugirió una interpretación amplia del art. 9.3 a fin de incluir las organizaciones ecologistas: es cierto que el Convenio de Aarhus no requiere el establecimiento de una acción popular, puesto que el art. 9.3 indica que la legitimación se concede a aquellos que cumplan con “los criterios, en su caso, establecidos en la legislación nacional”; sin embargo, el Comité advierte que “las Partes no podrán utilizar esta [...] cláusula como excusa para introducir o mantener unos criterios tan estrictos que efectiva-

en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico [...]; c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo”.

¹⁸ Vid. art. 27 de la Ley 25.675, de 6 de noviembre de 2002, donde se define daño ambiental como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

¹⁹ Vid. art. 12 de la Directiva 2004/35/CE que, además, solo permite demandar al Estado cuando no haya tomado medidas para prevenir o reparar los daños medioambientales, a ONGs que cumplan los requisitos establecidos por la propia Directiva.

mente impidan a todas o casi todas las organizaciones ecologistas impugnar los actos u omisiones que contravengan la legislación nacional relativa a la protección del medio ambiente²⁰. Aprovechando el impulso recibido por el citado Comité, la Comisión Europea puso en marcha un estudio dirigido a obtener una visión global de las distintas medidas adoptadas por los Estados miembros en orden a aplicar el art. 9.3 del Convenio de Aarhus y disposiciones relacionadas²¹. El estudio llegó a una conclusión muy similar a las formuladas por el Comité, incluso proponiendo la introducción de una acción popular, ya que no había sido posible identificar abusos notables en aquellos Estados miembros que han adoptado este sistema. Sin embargo y como se ha dicho, este estudio no ha tenido traducción legal dentro de la Unión Europea.

Por definición, los intereses difusos conciernen al público en general, lo que debería conducir al establecimiento de una acción popular, ya que, además, la protección del ambiente mejoraría si las ONGs pudieran demandar directamente a los contaminadores, sean entidades públicas, sean personas privadas, puesto que aumentaría la vigilancia sobre los mismos y, con ello, la persecución de posibles infractores de la legislación ambiental²². Este enfoque se ha visto como demasiado liberal por la mayoría de Estados que se mantienen firmes en la preservación del principio *point d'intérêt, point d'action*, esto es, solo se ha de actuar en caso de interés propio²³. Pero la situación ha ido cambiando con el paso de los años y lo apremiante de los retos que plantea la contaminación para las economías. A ello ha contribuido la noción de "daño ecológico puro" y la consideración de la protección del ambiente como un interés difuso que conduce a la admisión de la legitimación activa de las ONGs, si bien con limitaciones importantes debido al temor a una avalancha de demandas, potencialmente paralizante de la economía. Así, con la excusa de abuso de proceso²⁴, los legisladores restringen el acceso a los tribunales a

²⁰ Informe de la reunión: *Findings and Recommendations adopted by the Compliance Committee on the Aarhus Convention on 16 June 2006*, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 26.6.2006, para. 35, <http://www.unece.org/env/documents/2006/pp/ece.mp.pp.c.1.2006.4.add.2.e.pdf>.

²¹ *Summary Report on the Inventory of EU Member States' Measures on Access to Justice in Environmental Matters*, comisionado por la Unión Europea e informes nacionales individuales, http://ec.europa.eu/environment/aarhus/study_access.htm.

²² *Vid.* sobre *citizen suits* en los Estados Unidos, DERNBACH, J. C., "Citizen Suits and Sustainability", *Widener Law Review*, Vol. 10, 2004, pp. 503-526.

²³ Es el caso de España donde el art. 41 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 255, 24 octubre de 2007) donde el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental depende exclusivamente del Estado que lo puede iniciar de oficio o a instancia de otros interesados. Ahora bien, estos últimos solo pueden pedirle al Estado que actúa, pero no reclamar responsabilidad medioambiental en tribunales puesto que la legitimación activa solo la ostenta el Estado español.

²⁴ El ejemplo utilizado para ilustrar el supuesto abuso de proceso es el que proporciona una asociación constituida por abogados, sus empleados y esposas. Pero como destaca KOCH, H., "Group and Representative Actions in West German Procedure", en JAYME, E. (ed.), *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal 1990*, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, pp. 27-40, p. 35, "if an association is only established for fee-collection purposes by an attorney, this might be a problem of professional ethics but should not be controlled by rules of standing".

través de imponer la necesidad de que el demandante sea representativo de los intereses que dice representar²⁵.

La “representatividad” es un concepto nuevo tomado de las acciones colectivas en los Estados Unidos. Allí es uno de los requisitos exigidos para la interposición de una *class action*, conocido como *adequacy of representation* 26, y obliga al tribunal a comprobar que la pretensión del demandante-representante es similar a la de los miembros de la clase ausentes con el fin de asegurarse de su motivación para defender el caso de la mejor manera posible²⁷. Por el contrario y aun tomando la noción del proceso estadounidense, la interpretación en los países de *civil law* de este requisito es un poco diferente, ya que lo convierte en un concepto formal, al ser la ley la que lo llena de contenido; en cambio, en los Estados Unidos el cumplimiento del requisito ha de ser controlado judicialmente caso por caso. Y la formalidad del concepto tiene como consecuencia una restricción en el acceso a la justicia, solo posible para aquellas formaciones que cumplan los requisitos establecidos legalmente²⁸.

De hecho, esta proliferación de acciones colectivas es muy poco probable que se vaya a reproducir en países de *civil law*. Así lo demuestra el número de demandas presentadas en países donde se admite la acción popular en materia ambiental como Portugal²⁹, o Suecia donde la noción de legitima-

²⁵ Un planteamiento que se mantiene en la Consulta pública “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, como se advierte en su punto núm. 25. En España, esta exigencia de representatividad se extiende incluso a aquellos interesados que se limitan a llamar la atención del Estado sobre la posible responsabilidad medioambiental, es decir, que carecen de acceso a la justicia colectiva. *Vid.* art. 42 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

²⁶ *Vid.* YEAZELL, S. C., “Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action”, *Columbia Law Review*, Vol. 77, 1977, pp. 866-896, pp. 199-212.

²⁷ Esta afirmación no implica que la legitimación procesal sea interpretada de forma más amplia que en Europa. *Vid.* proponiendo la ampliación del concepto, OWENS, J., “Comparative Law and Standing to Sue: A Petition for Redress for the Environment”, *Environmental Law*, Vol. 7, 2001, pp. 321-377, donde el autor realiza un análisis de la jurisprudencia australiana al respecto, pp. 348-353; PARKER, D., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 33, 1995, pp. 259-318. Una aproximación más estricta se puede encontrar en ALBERT, P., “Comment: Citizen Suits under the Clean Air Act: Universal Standing for the Uninjured Private Attorney General?”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 16, 1988, pp. 283-328. *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 112 S.Ct. 2130 (1992), suscita muchas dudas, pero las *citizen suit* son presentadas en su mayoría por asociaciones.

²⁸ *Vid.* BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, p. 196; CALAIS-AULOY, J., “Les actions en justice des associations de consommateurs”, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1988, pp. 193-198; GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, 2004, *passim*; GHIDINI, G., “L’intérêt des consommateurs comme intérêt ‘diffus’, et sa défense”, *Rivista del diritto commerciale*, 1978-I, pp. 33-40 y p. 37; KOCH, H., “Cross-Border Consumer Complaints and the Public Interest. The German Perspective”, MICHLITZ, H., REICH, N. (eds.), *Public Interest Litigation before European Courts*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 427-436; JESSURUN D’OLIVEIRA, H. U., “Class Actions in Relation to Cross-Border Pollution. A Dutch Perspective”, *op. cit.*, pp. 26-27, p. 38; SILGUERO ESTAGNAN, J., “Las acciones colectivas de grupo”, *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 2003, pp. 615-640, p. 625.

²⁹ *Vid.* la presentación del sistema portugués realizada por ANTUNES, H., “Class Actions, Group Litigation and Other Forms of Collective Litigation. Portuguese Report”, 2007, <http://globalclassac>

ción también es interpretada en sentido amplio³⁰. Esta escasa proliferación de acciones colectivas se debe a la falta de incentivos para litigar, siendo muy difícil encontrar un Don Quijote dispuesto a reclamar³¹. Aunque de alguna manera las ONGs consiguen llenar este vacío, incluso ellas tienen que luchar contra la falta de fondos y recursos³². De ahí que haya de preferirse un modelo amplio de legitimación activa como el establecido por el art. 30 de la Ley General del Ambiente argentina donde, además de entidades públicas y ONGs, también particulares pueden solicitar la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Estas diferencias entre Estados significan, en particular, un problema en los casos transnacionales. La cuestión es qué ley ha de aplicarse a la legitimación activa, si la *lex fori processus* o *lex causae*, lo que se ha hecho depender de la caracterización de las acciones colectivas. Por lo general, las acciones colectivas han recibido la caracterización de materiales y, por tanto, sometidas a la *lex causae*³³, porque la acción se ha identificado con un interés difuso o colectivo y con quien está habilitado para su defensa. Esta caracterización no se concilia, sin embargo, con el hecho de que las acciones colectivas son procedimientos y, por tanto, han de someterse a la *lex fori processus*. En cualquier caso, atendiendo solo a la cuestión de quién puede entablarlas, nos encontramos con que, más allá de normas específicas, entran en juego la *lex*

tions.stanford.edu/PDF/Portugal_National_Report.pdf, pp. 1-32. La Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular, establece que “São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e associações e fundações defensoras dos (...)interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público, (...)para a prevenção, (...)para a cessação ou a perseguição judicial das infracções previstas no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição” (arts. 1 e 2).

³⁰ Vid. la traducción al inglés de la Ley sueca de procedimientos colectivos, y su comentario en LINDBLOM, P. H., “Group Litigation in Sweden”, 2007, http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Sweden_National_Report.pdf, pp. 1-43.

³¹ Tal es así que la Unión Europea lleva años discutiendo la necesidad de regular la tutela colectiva de una forma transversal, esto es, no ceñido a materia alguna como derecho de consumo, sino relativo a todo tipo de intereses difusos y colectivos, incluida de forma destacada la protección del medio ambiente. La falta de consenso al respecto ha hecho que toda la discusión se haya quedado en una Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión [(2013/396/UE)], DOUE L 201, 26.7.2013. Vid. comentario de CARBALLO PIÑEIRO, L. en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 65, 2013-2, pp. 395-399.

³² A diferencia de otras *class actions*, las *citizen suits* no permiten el pacto de *quota litis*, puesto que lo que se recupere va al Estado. Las ONGs encuentran recursos porque en la mayoría de los casos llegan a un acuerdo con el demandado, empleándose lo obtenido bien en continuar litigando o en implementar proyectos medioambientales cuando no es posible restaurar a su situación anterior el medioambiente. Vid. GREVE, M.S., “Private Enforcement of Environmental Law”, *op. cit.*, pp. 351-359.

³³ Vid. PALAO MORENO, G., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 129-131; VON BAR, C., “Environmental Damage in Private International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 278, 1997, pp. 291-411. Von Bar en las pp. 356-359 acepta la aplicación de la *lex fori processus* a las acciones de grupo, pero no a las acciones de cesación. Y, en la medida en que las asociaciones ostentan un derecho propio, no atribuible a individuos, debe aplicarse la *lex causae*, lo que, en último término, lleva al argumento expuesto en texto. También parece que apuesta por la *lex causae* GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales... op.cit.*, pp. 87-151.

causae, que ha habilitado a la susodicha entidad o asociación para entablar la correspondiente acción colectiva, y la *lex fori*, rectora del proceso colectivo. La legitimación *ad processum* se rige por la *lex fori*, ley procesal que también debería determinar si una entidad extranjera, también pública, o una persona, física o jurídica, puede entablar una acción colectiva en el foro (determinando su equivalencia con las designadas por el propio foro). En cambio, a quién pueden “representar” estas entidades es una cuestión que es determinada, en principio, por la *lex causae*. Así, en el caso de los entes públicos, su actuación procesal depende de su ley rectora, y en el caso de las asociaciones “representativas” depende que se considere por tal, también definido por la correspondiente ley habilitadora.

Evidentemente, la acumulación de leyes representa un obstáculo a la protección transfronteriza del ambiente en la medida en que se requiere pasar por dos tamicos, cuando lo cierto es que la calificación procesal de las acciones colectivas es la que debiera pesar y dejar esta cuestión solo sometida a la *lex fori processus*, asumiendo que la protección del ambiente es, a día de hoy, un interés difuso global que no puede depender de la *lex causae*. Esta es la dirección adecuada y así lo demostró el Tribunal de Distrito de La Haya al admitir la legitimación de la ONG Amigos de la Tierra Países Bajos (*Milieu-defensie*), para reclamar por el daño ambiental causado en Nigeria por los vertidos petrolíferos en el Delta del Níger³⁴.

3. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL TRANSFRONTERIZA

3.1. Daño ecológico puro y ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales sobre responsabilidad extracontractual

La evolución normativa antes reseñada a propósito de la noción de daño ecológico puro tiene también su plasmación en la protección transfronteriza del ambiente en la medida en que ha de ampliarse el ámbito de aplicación material de los instrumentos que rigen esta materia para darle cabida³⁵. La cuestión puede ser controvertida en la medida en que, como se ha visto, son los Estados los que, por regla general, se ocupan de proteger el ambiente en tanto que interés difuso y, por tanto, ello podría condicionar una comprensión de esta cuestión como de Derecho público y no como una materia de Derecho privado. La decisión sobre cómo calificar este daño condicionaría, por

³⁴ Vid. Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank's-Gravenhage*), 24 febrero 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1470 (*Barizaa Manson Tete Dooh and Vereniging Milieudefensie v. Royal Dutch Shell Plc. and Shell Petroleum Development Company Ltd.*).

³⁵ El objeto de este trabajo no comprende por razones de espacio supuestos especiales de responsabilidad ambiental transfronteriza como la producida por daños causados a las aguas de mar por hidrocarburos o por la energía nuclear. Existen muchos trabajos al respecto, pero por ocuparse de este y también el tema aquí tratado, permítasenos recomendar la obra de GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de empresas*, Granada, Comares, 2016.

tanto, la intervención de instrumentos de Derecho privado internacionales a efectos de determinar tanto qué tribunales son competentes para decidir sobre acciones de prevención o reparación de daño ecológico puro, como sobre qué ley nacional ha de decidir estas cuestiones³⁶.

La ya comentada Directiva 2004/35/CE apoya este planteamiento en la medida en que remite al Reglamento (UE) núm. 44/2001, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento Bruselas I)³⁷, para determinar la competencia judicial internacional, a fin de establecer qué tribunal ha de conocer de las acciones en defensa del medio ambiente³⁸. Cuando se publicó esta directiva todavía no había reglamento europeo sobre la legislación aplicable a las obligaciones no contractuales, por lo que la directiva se limita a declarar que no contiene normas de conflicto aplicables a daño al ambiente. No obstante, afirma que “cuando un Estado miembro identifique dentro de sus fronteras un daño que no se haya ocasionado dentro de ellas podrá (...) intentar, de conformidad con la presente Directiva, recuperar los costes que le haya supuesto la adopción de medidas preventivas o reparadoras”³⁹. Estos costes serán recuperados de los operadores que han causado el daño desde el extranjero, o que tienen su domicilio en un país extranjero. Por tanto, la directiva reconoce que esto también incluye los casos típicos de contaminación transnacional y, para estos supuestos, no impone reglas de competencia judicial internacional o de conflicto, pero sí declara su compatibilidad con el sistema Bruselas-Lugano⁴⁰. Así que la interpretación de la Directiva lleva a la conclusión de que los casos de daño medioambiental son, de hecho, “materia civil y comercial”⁴¹.

³⁶ Sobre las implicaciones de la propia noción de daño ecológico puro a la hora de elegir la conexión aplicable, *vid.* BOSKOVIC, O., “The law applicable to violations of the environment – regulatory strategies”, en CAFAGGI, F., MUIR WATT, H. (eds.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2009, pp. 188-204, pp. 192-192, y 197.

³⁷ *DOUE*, núm. L 12, 16.1.2001.

³⁸ *Vid.* TJUE 16.12.1980, Asunto 814/79, *Netherlands State v. Ruffer*, Rec. 10.

³⁹ Art. 15.3 Directiva 2004/35/EC.

⁴⁰ El Reglamento Bruselas I ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (en adelante, Reglamento Bruselas I bis), *DOUE* núm. L 351, 20.12.2012. Estos instrumentos traen su origen del Convenio de Bruselas de 1968 del mismo nombre y se compatibilizan con el Convenio de Lugano de 1988, también del mismo nombre, ahora Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007, también del mismo nombre y que vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea con Suiza, Noruega e Islandia.

⁴¹ Que algunos países también concedan legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales para recuperar los costes incurridos en las labores de prevención o reparación de daños al medio ambiente, refuerza esta conclusión en la medida que se debilita el papel exclusivo concedido por la Directiva al Estado en la recuperación de estos costes, exclusividad que hubiera podido dar lugar a la idea de que, efectivamente, estamos ante un poder de Derecho público. Como ya ha sido mencionado, el legislador europeo se planteó conceder legitimación procesal a las ONGs, pero la Comisión no estuvo de acuerdo. El art. 3.3. de la Directiva deja claro que los particulares no tienen derechos dentro de su ámbito de aplicación, aunque la apostilla “sin perjuicio de la legislación nacional” implica que esos derechos pueden ser potencialmente concedidos.

El Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁴², confirma esta conclusión. La norma de conflicto sobre daño al ambiente instituida en Roma II distingue entre “daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño” (art. 7), entendiéndose por daño medioambiental “el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos”⁴³, coordinándose en esta definición con lo avanzado por la Directiva 2004/35/CE. En definitiva, no importa que los Estados sean los únicos con derecho a iniciar acciones contra los operadores de acuerdo con esta directiva; tales acciones son “materia civil y mercantil” y entran, por tanto, en el ámbito material de aplicación del sistema Bruselas-Lugano y Roma II⁴⁴.

Téngase, por otra parte, en cuenta que las acciones colectivas son un instrumento de Derecho procesal y que, por tanto, también se deben encuadrar en el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales que se ocupen de materia extracontractual. La cuestión planteó dudas a propósito de la aplicabilidad del sistema Bruselas-Lugano a las acciones de cesación⁴⁵, pero que fueron resueltas en sentido positivo por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Henkel*⁴⁶. De hecho, el art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis ya deja claro que incluye las acciones de cesación en su ámbito de aplicación cuando dispone que la acción se puede plantear “ante el tribunal del lugar donde [...] *puddere* producirse el hecho dañoso” (la cursiva es mía). Es más, el Reglamento Roma II establece una regla general para aclarar que se aplica “asimismo a cualquier obligación extracontractual que pueda surgir” (art. 2.2), y cualquier daño que pueda ocurrir [art. 2.3, a) y b)]. Por tanto, no importa si la demanda colectiva reclama indemnización o cesación, la ley aplicable viene determinada por estos instrumentos de Derecho internacional privado⁴⁷.

⁴² *DOUE*, núm. L 199, 31.7.2007.

⁴³ *Vid.* Reglamento Roma II, Considerando 24.

⁴⁴ *Vid.* art. 8.3,b) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, relativo a daños transfronterizos y por el que se habilita al Ministerio correspondiente a “Iniciar los trámites para la recuperación de los costes ocasionados por la adopción de medidas preventivas o reparadoras, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en las restantes disposiciones aplicables”.

⁴⁵ *Vid.* FACH, K., “Acciones preventivas en supuestos de contaminación transfronteriza y aplicabilidad del art. 5.3 CB”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 1999, pp. 590-607.

⁴⁶ *Vid.* STJUE 1.10.2002, Asunto C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation* y *Karl Heinz Henkel* Cons. 9-50.

⁴⁷ En relación con la calificación de la acción de cesación cuando se trata de daño medioambiental procedente de derechos reales inmobiliarios, *vid.* KADNER GRAZIANO, T., “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment”, *loc. cit.*, p. 77, quien acepta la aplicación del Reglamento.

3.2 Competencia judicial internacional

3.2.1. Foro general, de conexidad y autonomía de la voluntad

En la medida que estamos ante responsabilidad extracontractual, la demanda reclamando por daños al ambiente, incluido el daño ecológico puro, podría plantearse en el domicilio del demandado o en el lugar donde se hubiera producido el daño, y en ambos lugares podría pedirse tanto la prevención como la cesación de la conducta dañosa, así como la indemnización correspondiente por el daño causado (y los gastos de reparación del ambiente)⁴⁸.

Tratándose de una persona jurídica, el *forum rei* puede localizarse en la sede de la empresa, su administración central o allí donde tenga su centro de actividad principal⁴⁹. En el caso de que pudieran identificarse varios responsables del daño al ambiente, ha de tomarse en consideración la posibilidad de recurrir al foro de pluralidad de demandados. Este *forum connexitatis* permitiría atraer a otros responsables frente a los tribunales del domicilio del co-demandado. Significativamente, el tribunal de La Haya que afirmó su competencia frente a Royal Dutch Shell y Shell Petroleum Nigeria lo hizo sobre la base de que el domicilio de la primera compañía se halla en los Países Bajos ya que su sede está en Londres, pero su centro de actividad principal en La Haya; en tanto que aceptó competencia sobre la segunda, la filial nigeriana, precisamente con base en el foro de pluralidad de demandados en caso de demandas conexas⁵⁰.

La *High Court* londinense ha sido más cautelosa, sin embargo, en *Okpabi and others v Royal Dutch Shell 51*, puesto que entró a analizar si realmente existía conexidad en las acciones acumuladas, esto es, si Royal Dutch Shell podría ser considerada responsable de la contaminación en Ogoniland en tanto que existía una relación tal con la filial nigeriana como para influir en las actividades realizadas en este país; como no llegó a demostrarse su existencia no cupo establecer la competencia sobre la base del foro del domicilio de la empresa matriz y, por tanto, ya no hubo lugar a la atracción de la co-demandada, la filial nigeriana, ante la jurisdicción inglesa⁵². Esta inter-

⁴⁸ También son de interés los foros de acumulación de la acción civil a la acción penal, al igual que la posibilidad de adoptar medidas cautelares. No se hace referencia detallada a los mismos aquí dado su carácter residual en la práctica actual.

⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, art. 63 Reglamento Bruselas I bis.

⁵⁰ Concretamente, arts. 2 del Reglamento Bruselas I en relación con Royal Dutch Petroleum y 7 del Código de Proceso Civil holandés en el caso de Shell Petroleum Nigeria. *Vid.* Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank 's-Gravenhage*), 30 diciembre 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616 y 24 febrero 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM147.

⁵¹ *Vid.* *Okpabi and others v Royal Dutch Shell*, [2017] EWHC 89, (England & Wales, High Court) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2017/89.html>).

⁵² Tomando en consideración el peso de empresas canadienses en los sectores gasístico y minero a nivel mundial también cabe reseñar la actividad litigiosa en dicho país, donde también se están admitiendo demandas contra empresas multinacionales. *Vid.* *García v. Tahoe Resources Inc.*, 2017 BCCA 39 (Canada) (CanLII), <http://canlii.ca/t/gx49k>; *Araya v Nevsun Resources Ltd*, 2016 BCSC 1856 (Canada), <http://canlii.ca/t/gv11z>; *Anvil Mining Ltd. c. Association canadienne contre l'impunité*, 2012 QCCA 117

pretación de la relación de conexidad entre las acciones dirigidas contra los distintos demandados está sujeta, de todos modos, a evolución en la medida en que podría llegar a verse influida por el deber de prevenir y reparar que, en desarrollo de la responsabilidad social corporativa, pesa sobre las empresas matrices en relación con toda la cadena de producción y suministro, esto es, en relación no solo con sus filiales o posibles co-contratantes, sino también con terceros que participen en la misma⁵³.

Además, no ha de olvidarse que el juego de la autonomía de la voluntad no está excluido en estos supuestos, por lo que podría funcionar tanto la sumisión tácita como la expresa si todas las partes estuvieran conformes. Precisamente y por la necesidad del acuerdo de todas las partes existen importantes dudas a propósito de cómo funciona la autonomía de la voluntad en el contexto de una acción colectiva, en la medida en que están en juego los derechos de los miembros ausentes de la colectividad que funciona como demandante. Esta reflexión restringe severamente las posibilidades de que funcionen las sumisiones en aquellos supuestos en los que la acción colectiva se refiere a intereses difusos como el aquí discutido. Pero el debate está abierto cuando la acción colectiva persigue la reparación de un daño causado a un número de víctimas. Aquí cabe traer a colación de nuevo el ejemplo de Holanda, donde existe una acción colectiva, que solo funciona a efectos de formalizar el acuerdo alcanzado por el demandante-representante y el demandado antes del procedimiento judicial⁵⁴; cualquier acuerdo sobre cualquier materia de Derecho privado puede presentarse ante el Tribunal de apelaciones de Ámsterdam, siempre y cuando se presente por el demandado y por una fundación o asociación holandesa como demandante-representante. A través de este procedimiento también cabría encuadrar la responsabilidad ambiental transfronteriza, incluso cuando la relación del caso con los Países Bajos fuera mínima, a través de la inclusión de una cláusula de elección de foro en el acuerdo⁵⁵. Como ya he reseñado, la cuestión está abierta, en particular después de que allí se hubiera presentado un acuerdo concluido en beneficio de inversores no residentes en Holanda con una compañía suiza, Converium, la cual habría hecho declaraciones falsas que influyeron en el precio de sus acciones negociadas en un mercado suizo⁵⁶. Sin embargo, la posibilidad permanece.

(CanLII), <http://canlii.ca/t/fpr75>; *Das v George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 (CanLII), <http://canlii.ca/t/h4pcg>.

⁵³ Vid. apartado 3.3 de este trabajo y, en particular, la referencia al *Global Compact* de Naciones Unidas.

⁵⁴ Vid. VAN LITH, H., "The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law", 2010, accesible en <http://english.wodc.nl/onderzoeksdatabase/internationaal-privaatrechtelijke-aspecten-van-de-wet-collectieve-afhandeling-massaschade-wcam.aspx?cp=45&cs=6796> y financiado por el Ministerio van Justitiee holandés. Contiene un anexo con la citada ley traducida al inglés.

⁵⁵ Vid. la amplia discusión sobre el tópico en VAN LITH, H., "The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law", *loc.cit.*, pp. 26-50, en esp. pp. 45-47.

⁵⁶ El caso está todavía pendiente, pero admitido a trámite ante el Tribunal de apelaciones de Ámsterdam el 12 noviembre 2010 (LJN: BO3908, Gerechtshof Amsterdam, 200.070.039/01).

3.2.2. *Forum delicti commissi*

En materia extracontractual es bien conocida la regla especial de competencia judicial internacional que permite reclamar ante “el tribunal del lugar donde se hubiere producido o puede producirse el hecho dañoso”, el conocido como *forum delicti commissi*.

El daño ambiental transnacional deriva de, y da lugar a, situaciones diferentes, lo que ha obligado a interpretar el principio *forum delicti commissi*. El primer escenario posible, en el que tanto el evento que da lugar al daño como el daño en sí mismo se encuentran en diferentes países, fue abordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en *Bier en Reinwater cs. v. Mines de Potasse d’Alsace*⁵⁷. Los hechos del caso pueden resumirse de la siguiente manera: la reclamación versaba sobre la afirmación de que propietarios de minas, operando en Francia, vertían cloruros en el Rin y, como consecuencia de esta contaminación, los negocios de horticultura situados río abajo, ya en los Países Bajos, sufrieron importantes daños en sus cultivos. Los horticultores holandeses interpusieron recurso contra los dueños de las minas ante los tribunales de Rotterdam (Países Bajos), impugnando los demandados su competencia judicial internacional, ya que allí no se localizaría “el lugar del hecho dañoso”. El TJUE falló en contra de esta objeción señalando que la expresión “lugar del hecho dañoso” debe entenderse como el lugar donde ocurrió el daño y el lugar del hecho que lo causa. De este modo, el TJUE da opción al demandante de demandar, tanto ante el tribunal del lugar donde se ha producido el daño (en este caso, los Países Bajos) como ante los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho que da origen al daño (en este caso, Francia).

Las razones detrás de la interpretación del TJUE en *Mines de Potasse d’Alsace* son bien conocidas, pero vale la pena recordar aquí dos de ellas. La primera está relacionada con los objetivos perseguidos con la adopción de foros especiales por razón de la materia, esto es, se trata de proporcionar un tribunal cercano al objeto del proceso en términos de proximidad, para ayudar en la recopilación de pruebas y así sucesivamente. Cuando se trata de contaminación transfronteriza, tanto el lugar donde se produce el evento que causa el daño, como el lugar donde el daño se produce, cumplen este objetivo. En caso de incertidumbre sobre cuál es la mejor opción, el Tribunal de Justicia da elección al demandante. Ahora bien, ha de subrayarse que esta interpretación no busca proteger a la parte más débil, sino la eficacia. Esta elección deja espacio a la segunda razón, basada en motivos políticos, esto es, el foro del domicilio del demandado y el foro especial en materia extra-

⁵⁷ STJUE 30.11.1976, Asunto 21/76. Vid. más ampliamente, BOUREL, P., *Revue critique de droit international privé*, 1977, pp. 563-576; DROZ, A., *Recueil Dalloz Sirey*, 1977, pp. 613-615; HUET, A., *Journal du droit international*, 1977, pp. 728-734; REST, A., “Plaintiff Can Choose his Court”, *Environmental Policy and Law*, 1977, pp. 41-45; *idem*, “Wahl des zuständigen Gerichtes bei Distanzdelikten nach dem EG-Zuständigkeits und Vollstreckungsübereinkommen-Ein erster Schritt zum Schutz des Geschädigten im internationalen Umweltrecht”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1977, pp. 669-674.

contractual no deben solaparse a fin de que el demandante pueda tener a su disposición un tribunal distinto del domicilio del demandado, foro que suele coincidir con el *locus actus*.

Teniendo en cuenta estas razones, el TJUE ha establecido algunos límites a su propia interpretación. De una parte, el demandante que ha sufrido un daño como consecuencia de los daños sufridos por los demás (y, por tanto, no una víctima directa) no puede interponer un recurso contra el infractor ante los tribunales del lugar donde se ha producido el daño a sus bienes o a su persona⁵⁸. De otra parte, el “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no debe interpretarse como el “lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante”⁵⁹.

El TJUE también ha interpretado el *forum delicti commissi* en el caso de que el daño se haya manifestado en distintos países. En esta situación, el demandante puede reclamar la reparación total ante el tribunal de la jurisdicción donde se ha producido el evento que dio lugar a daño. Sin embargo, si el demandante optara por el tribunal del lugar donde se ha manifestado el daño (un tribunal diferente), solo puede reclamar una reparación por los daños sufridos en ese país⁶⁰.

El Tribunal de Justicia no ha tenido, sin embargo, la oportunidad de decidir un caso en que el hecho dañoso haya tenido lugar en diferentes países. Esta es una situación particularmente interesante en el caso de daños al ambiente. Un fallo no europeo en esta situación es el conocido caso Bhopal: después de una fuga de gas en una planta de pesticidas en la ciudad india de

⁵⁸ STJUE 11.1.1990, Asunto C-220/88, *Dumez France SA and Tracoba SARL v Hessische Landesbank and others*, y comentarios de FONTS SEGURA, A., “La disociación y los daños indirectos en la aplicación del art. 5.3 del Convenio de 1968 de Bruselas”, *Noticias CE*, 1990, pp. 131-136; GAUDEMET-TALLON, H., *Revue critique de droit international privé*, 1990, pp. 363-379; HUET, A., *Journal du droit international*, 1990, pp. 498-503. En Australia incluso se sugiere que el daño incidental o consecuencial es suficiente para asumir competencia judicial internacional; por ejemplo, en *Darrell Lea Chocolate Shops Pty. Ltd v Spanish-Polish Shipping Co*, 25 NSW LR 568 (1990), New South Wales ha aceptado competencia judicial internacional sobre la base de pérdidas sufridas en Alemania como consecuencia de daños en la maquinaria y que fueron reflejadas en la contabilidad del demandante, que se llevaba en sus oficinas de Sydney. En *Flaherty v. Girgis*, 4 NSW LR 248 (1985), el demandante seguía sufriendo daños en New South Wales después de que hubiera sido perjudicado en Queensland.

⁵⁹ STJUE 19.9.1995, Asunto C-364/93, *Antonio Marinari v Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company*. Vid. HOHLOCH, G. “Erfolgsort und Schadensort- Abgrenzung bei Ansprüchen auf Ersatz von primären und sonstigen Vermögensschäden”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1997, pp. 312-314.

⁶⁰ STJUE 7.3.1995, Asunto C- 68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd vs Presse Alliance SA*; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Los supuestos de tráfico privado internacional en los medios de comunicación social”, *Cursos de Derecho Internacional de Victoria Gasteiz*, 1985, http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/1985/1985_7.pdf; CRESPO HERNÁNDEZ, A., *REDI*, 1995, pp. 389-393; KREUZER, K., KLÖTGEN, P., “Die Shevill-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktortsgerichtsstands des art. 5.3 EuGVÜ für ehreverletzende Streudelikte”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1997, pp. 90-96; LAGARDE, P., *Revue critique de droit international privé*, 1996, pp. 487-503; PALAO MORENO, G., “La aplicación de la regla *forum delicti commissi* en supuestos de difamación por prensa”, *Noticias de la Unión Europea*, 1996, pp. 75-80.

Bhopal, fue presentada una demanda colectiva ante los tribunales estadounidenses contra la empresa matriz. Se argumentaba en el caso que la sociedad matriz tomó decisiones que fueron las que, finalmente, provocaron los daños al ambiente, así como una importante pérdida de vidas humanas. Finalmente, el caso fue inadmitido con base en el *forum non conveniens*⁶¹. Sin embargo, este argumento debería ser tomado en consideración en la Unión Europea. El lugar donde la empresa matriz toma las decisiones, proporciona el *know-how*, así como recursos financieros y humanos para la sociedad que es la que contamina materialmente, debería ser también considerado como el lugar donde se produce el daño⁶².

Ello ha sido aceptado por algunos tribunales y en algunos casos, como la decisión estadounidense *Dow Chemical Co. v. Castro Alfaro*, en el que el principio de *forum non conveniens* fue considerado incompatible con la protección del ambiente⁶³. Este resultado ha sido considerado positivamente por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y su Grupo de trabajo sobre la Guía de Tratamiento de los grupos de empresas en insolvencia⁶⁴.

El *forum non conveniens* ha sido también relegado en el caso *Owusu*⁶⁵, de acuerdo con el cual el TJUE no deja a los tribunales nacionales flexibilidad en la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional. Por tanto, al menos cuando la empresa matriz se encuentra en la Unión Europea, el domicilio del demandado provee competencia para plantear demanda frente a la misma, sin que sea posible descartarla de acuerdo con el *forum non*

⁶¹ *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December 1984*, 809 F 2d 195, cert. den. 484 US 871 (1987). *Vid.* sobre la reciente evolución del caso, COOPER, D., "Symposium: The Bhopal Disaster Approaches 25: Looking back to Look Forward: Thinking about Justice 'Outside the Box': Could Restorative Practices Create Justice for Victims of International Disasters?", *New England Law Review*, Vol. 42, 2008, pp. 693-700.

⁶² *Vid.* MUCHLINSKI, P., "The Bhopal case: Controlling ultrahazardous industrial activities undertaken by foreign investors", *The Modern Law Review*, 1997, pp. 545-587; SEWARD III, A. C., "After Bhopal: Implications for Parent Company Liability", *The International Lawyer*, 1987, pp. 695-707; WESTBROOK, J., "Theories of Parent Company Liability and the Prospects for an International Settlement", *Texas International Law Journal*, 1985, pp. 321-331.

⁶³ 786 S. W. 2d 674, 679 (Tex. 1990). Para un análisis más complete de responsabilidad medioambiental y *forum non conveniens*, *vid.* ANDERSON, M., "Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?", *op. cit.*, pp. 410-414; JUENGER, F., "Environmental Damage" en MCLACHLAN, C., y NYGH, P. (eds.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 201-214. WARD, H., "Governing Multinationals: The Role of Foreign Direct Liability", 3 February 2001, accesible en http://www.chathamhouse.org.uk/files/3028_roleoffdl.pdf, pp. 1-6, destaca demandas planteadas frente a grupos de sociedades en los Estados Unidos, Australia, Canadá y el Reino Unido, aventurando que los múltiples casos que aquí se plantean se deben a las reglas de *discovery* (p. 1).

⁶⁴ Working Document, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V09/860/81/PDF/V0986081.pdf?OpenElement>. Este documento toma en consideración ejemplos donde las leyes podrían prever la consolidación de grupos de sociedades, en particular, por "Misfeasance, where any person, including another group member, can be required to compensate for any loss or damage to an entity arising from fraud, breach of duty or other misfeasance, such as actions causing significant injury or environmental damage", A/CN.9/WG.V/WP.90, p. 42.

⁶⁵ STJUE 1.3.2005, Asunto C-281/02, *Owusu v. Jackson*.

*conveniens*⁶⁶. En este sentido, el resultado de *Owusu* apoya las demandas de los grupos de presión que abogan por la responsabilidad de las multinacionales, introduciendo con este foro un límite a la externalización de riesgos ambientales.

3.3. Ley aplicable

A la vista de lo indicado a propósito del *forum delicti commissi*, poco cabría reseñar a propósito de la ley aplicable a la responsabilidad ambiental. La regla usual es, a día de hoy, la ley del lugar de manifestación del daño. Sin embargo, y en aras de la protección del ambiente, cabe valorar el que, de una parte, pueda existir la posibilidad de que las partes pacten la ley aplicable al ilícito civil, y, de otra parte, se ofrezca a la víctima la opción de aplicar sea la ley del lugar donde se ha cometido el ilícito, sea la ley del país donde se manifiesta el daño⁶⁷.

Ambas posibilidades ya están normativamente previstas en el Reglamento Roma II que vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca. Más concretamente, los arts. 14, 7 y 4.1 establecen la norma de conflicto sobre responsabilidad ambiental y, en primer lugar, se permite el juego de la autonomía de las partes se permite dentro de ciertos límites; en segundo lugar y en defecto de elección de la ley, la responsabilidad ambiental se somete a la ley del lugar donde ocurre el daño, a menos que la víctima opte por la ley del lugar donde se originó el evento.

Roma II permite la elección de la ley que decidirá sobre la responsabilidad ambiental siempre y cuando se produzca “mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño” o “cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes

⁶⁶ El Reino Unido ha experimentado un incremento en las demandas contra grupos de sociedades. El departamento del *Lord Chancellor* ha llegado a argumentar en una carta de acceso restringido que admitir jurisdicción cuando la demanda podría ser mejor llevada en el extranjero podría desincentivar el establecimiento de sociedades en el Reino Unido. *Vid.* WARD, H., “Governing Multinationals: The Role of Foreign Direct Liability”, *loc.cit.*, p. 4. Después de *Owusu*, no hay, sin embargo, alternativa, ya que la competencia judicial internacional viene determinada por el Reglamento Bruselas I. Si la sociedad matriz no estuviera situada en la Unión Europea, pero sí una filial o el lugar donde se ha producido el hecho dañoso estuviera allí, la demanda frente a la matriz dependerá de la regulación nacional de los *fora connexitatis*, tal y como se desprende del art. 4 del Reglamento Bruselas I. *Vid. más ampliamente*, BETLEM, G., *Civil Liability for Transfrontier Pollution. Dutch Environmental Tort Law in International Cases in the Light of Community Law*, London, Kluwer Law, 1993, pp. 108-112; FACH, K., “Acciones preventivas en supuestos de contaminación transfronteriza y aplicabilidad del art. 5.3 CB”, *loc.cit.*, pp. 583-607.

⁶⁷ El art. 2.657 del Código Civil argentino establece la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual también remitiendo la cuestión a la ley del lugar de manifestación del daño salvo que las partes tengan su residencia habitual común en el mismo Estado. No existe, por tanto, una norma de conflicto específica como la aquí reseñada. En cualquier caso, las consideraciones que se hagan a propósito del lugar de manifestación del daño en este trabajo también debieran servir para interpretar la disposición argentina.

el hecho generador del daño”⁶⁸. Estas limitaciones se comprenden a la luz de los intereses en presencia y, en particular, la necesidad de proteger a la parte débil, normalmente la víctima del suceso. También es de prever que esta opción será poco usada, en particular cuando la víctima quiera demandar de acuerdo con una ley que sea severa en la exigencia de responsabilidades ambientales, puesto que no contará con la aquiescencia del presunto responsable.

En defecto de elección de ley, la primera parte del art. 7 Roma II establece que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño” será “la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”⁶⁹. La ley del lugar donde ocurre el daño tiene, entre otras virtudes, la de tratar a todas las víctimas e infractores por igual; las víctimas sean indemnizadas conforme a la ley del lugar donde sus intereses han sido dañados, y los infractores también son tratados de forma similar, sin importar el lugar desde el que han actuado⁷⁰. En algunos casos, las consecuencias indirectas de las acciones del demandado no pueden ser tomadas en cuenta por razones de previsibilidad. Sin embargo, este principio exige una interpretación amplia en esta materia, de modo que la exigibilidad de las acciones de los demandados no depende de que sus consecuencias sean previsibles o no para ellos. Esto es muy importante en materia de protección de ambiente, ya que, como el accidente de Chernóbil ha demostrado, las partículas transportadas por el aire y las emisiones pueden tener efectos muy perjudiciales, además de su largo alcance, sobre el ambiente⁷¹.

La aplicación de la *lex loci damni* no siempre es la más protectora del ambiente, tal y como pone de manifiesto, de nuevo, la serie de litigios contra Shell. Los tribunales de La Haya aceptaron su jurisdicción, como se ha visto, sobre la matriz con domicilio en los Países Bajos y la filial nigeriana, pero, en aplicación de la regla aquí examinada, aplicaron en el supuesto la ley de Nigeria para condenar a la segunda por alguno de los vertidos de petróleo denunciados y eximir de cualquier tipo de responsabilidad a la primera, ya

⁶⁸ Art. 14 Roma II. Además, la elección de ley no está permitida si no hay contactos internacionales relevantes en el momento de la comisión del hecho ilícito, aparte de la propia elección de una ley extranjera. Igualmente, si todos los elementos pertinentes a la situación se localizan en el espacio europeo de justicia en dicho momento, la elección de la ley de un tercer país para decidir sobre el ilícito no desplaza la legislación europea en materia medioambiental.

⁶⁹ Art. 4.1 Reglamento Roma II.

⁷⁰ Sobre las políticas y valores que subyacen a la norma de conflicto en materia medioambiental, *vid.* por todos VON BAR, C., “Environmental Damage in Private International Law”, *loc.cit.*, *passim*; FACH, K., *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 2002.

⁷¹ *Vid.* KADNER GRAZIANO, T., “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment”, *loc. cit.*, p. 73; SYMEONIDES, S., “Tort Conflicts and Rome II: A View from Across”, H. MANSEL, *et al.* (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Vol. 1, München, Sellier, 2004, p. 951.

que no se la puede considerar responsable de los actos de la segunda según la ley nigeriana⁷².

Es por ello que es interesante explorar la segunda parte del art. 7 Roma II, que otorga opción a “la persona que reclama el resarcimiento de los daños”, quien puede “basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”. Esta opción unilateral tiene como objetivo mejorar la protección del ambiente, en la medida en que el demandante optará por la ley más favorable a su demanda, ejerciendo esta elección un efecto disuasorio sobre aquellos demandados que operan en más de un país⁷³. Cuando el demandado es un grupo de empresas, ese lugar puede estar situado en, al menos, dos países, allí donde se toma la decisión y allí donde se ejecuta y se causan los daños ambientales. Así, hay una amplia gama de argumentos para que el demandante pueda elegir entre estas leyes también⁷⁴, pero aquí es suficiente con mencionar una, el interés difuso que subyace a la citada regla, la protección del medio ambiente.

La jurisprudencia citada anteriormente, a propósito del *forum delicti commissi*, refleja bien la problemática que se esconde tras esta interpretación. Sin embargo, la preocupación global por derechos humanos básicos permite sumar otros argumentos a este paso interpretativo, de la mano de la responsabilidad social corporativa. Baste citar aquí los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, elaborados por John RUGGIE y sancionados por Naciones Unidas, donde se pone el acento en la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos en cualquiera de sus actuaciones y actividades, incluidas sus relaciones con otras empresas, poniendo los medios necesarios para prevenir su violación⁷⁵. Si el desarrollo de mecanismos de gobierno corporativo está relacionado con las lagunas de regulación que abren los procesos globalizadores, el mismo no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de aplicar el Derecho y definir la ley aplicable, sea a la prevención, sea a la reparación de las graves consecuencias del *dumping* ecológico⁷⁶.

⁷² Vid. las tres sentencias que pronunció el Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank's-Gravenhage*) 30 enero 2013, ECLI:NL: RBDHA:2013:BY9845; ECLI:NL: RBDHA:2013:BY9850 (rechazando todas las demandas) y ECLI:NL: RBDHA:2013:BY9854 (concediendo indemnización a pagar por la demandada nigeriana). Sobre estas decisiones, vid. ENNEKING, L., “The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case”, *Utrecht Law Review*, Vol. 10, 2014, pp. 1, pp. 44-54.

⁷³ Vid. KADNER GRAZIANO, T., “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment”, *loc.cit.*, pp. 74-76, quien también cita jurisprudencia alemana que ya ha aplicado la opción y, dada su eficacia, ha sido finalmente asumida por el legislador europeo.

⁷⁴ Vid., ampliamente, ANDERSON, M., “Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?”, *op. cit.*, pp. 415-425; BETLEM, G., y BERNASCONI, C., “European Private International Law, the Environment and Obstacles for Public Authorities”, *loc. cit.*, pp. 137-144.

⁷⁵ Vid., en particular, los principios 10, 13, 19, 23 y 26.

⁷⁶ El principio 25 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos indica, igualmente, que se han de establecer mecanismos de reclamación extrajudicial eficaces y apropiados. En este contexto, cabe recordar el acuerdo alcanzado por Shell en el marco del caso *Bodo Community v Shell Petroleum Development Company (Nigeria) Ltd* (“SPDC”).

El concepto de “persona que reclama el resarcimiento de los daños” es lo suficientemente amplio para cubrir cualquier tipo de acción colectiva. Esto incluye las acciones interpuestas por entidades públicas, o particulares que tratan de recuperar los costes incurridos a la hora de prevenir o reparar el daño causado⁷⁷. Cuando se trata de acciones colectivas, esta opción evita los problemas que causa el que varias leyes sean aplicables en el mismo procedimiento: si el daño al ambiente ocurre en más de un país, la regla del *locus damni* conduce a las leyes de todos los países afectados, convirtiendo a las acciones colectivas en de muy difícil manejo. Para evitar este problema, los tribunales tratan de someter el caso a una sola ley, a través de la interpretación de la norma de conflicto. La cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Phillips Petroleum vs. Shutts* 78, donde se rechaza la creación de normas de conflicto particulares, además de interpretaciones dirigidas a que se aplique una sola ley. En definitiva, el Tribunal Supremo estadounidense sostuvo que, por el hecho de que el procedimiento sea una acción colectiva, no cabe modificar la situación de fondo; en otras palabras, no cabe alterar los intereses que subyacen a la norma de conflicto⁷⁹. Pero ha de tenerse en cuenta que la opción dada por el art. 7 del Reglamento Roma II permite que el solicitante de la indemnización por daños al ambiente opte por la ley del lugar donde se ha producido el evento que da lugar a daño, evitando, por tanto, la multiplicación de las leyes aplicables⁸⁰.

Exploradas las conexiones de la norma de conflicto, queda claro que no siempre se conseguirá la aplicación de las normas más favorables a la protección del ambiente; de hecho, este no es el objetivo prioritario de la norma de conflicto, sino el de aplicar una ley próxima y, por tanto, previsible para el responsable. Ahora bien, la opción que se da a la víctima entre la ley del hecho y la del daño se fundamenta claramente en la consecución de objetivos ambientales y, si ello está en la agenda, puede postularse ir más allá en la norma de conflicto. En esta dirección, se ha propuesto añadir otra conexión

⁷⁷ Las acciones de grupo plantean dudas porque, a su través, se reclaman las indemnizaciones de los miembros del grupo, la mayoría de ellos ausentes del proceso. Ello significa que la decisión depende del demandante-representante, pero no realmente de quién es titular de esos derechos. Ahora bien, una vez admitida su posibilidad, no se puede negar que el demandante-representante es “la persona que busca compensación por el daño causado” (Art. 7 Reglamento Roma II).

⁷⁸ *Phillips Petroleum vs. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985).

⁷⁹ En este campo particular es muy tentador pensar en una regla específica, ya que el daño ocurre en varios países y, por tanto, varias leyes serán aplicables y, por tanto también, las víctimas serán tratadas de modo diferente. Así lo considera, por ejemplo, la Conferencia de La Haya. *Vid.* “Civil Liability Resulting from Transfrontier Environmental Damage: A Case for the Hague Conference?”, 5-6 Preliminary Doc. 8 (preparado por Ch. BERNASCONI), p. 38. Pero esta específica norma de conflicto dará lugar a un injustificado *forum shopping*, porque las víctimas podrán optar por traer su caso ante los tribunales, sea como un caso colectivo, sea como uno individual (o colectivo, pero no implicando los daños en otros países) y, al final, la norma de conflicto será diferente en función del tipo de procedimiento iniciado.

⁸⁰ Para el caso de que el hecho que produce el daño ocurre en Internet, como la difamación, se ha propuesto aplicar la ley de la residencia habitual de la víctima, siguiendo la regla *lex loci damni*. Por ejemplo, *vid.* Art. 10.4 *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, The Hague Conference - <http://hcch.e-vision.nl>.

a la opción de la víctima entre las leyes reseñadas; concretamente, permitir que el demandante elija como la ley rectora de su reclamación la de la residencia habitual del responsable⁸¹. Las objeciones a esta otra ley añadida al elenco de leyes antes reseñado son evidentes, en particular en términos de previsibilidad. Sin embargo, el argumento se diluye a la luz de los bienes en presencia y del hecho de que no deja de ser la ley “natural” del demandado. En mi opinión, los intereses en presencia se atienden mejor a través de la ley del lugar donde se produce el hecho que causa daño que acaba, normalmente, coincidiendo con la ley de la residencia habitual del demandado. La clave está en que, tratándose de empresas que forman parte de un grupo, ha de determinarse el evento dañoso en función de cada una de ellas, sea la matriz que toma decisiones sobre el modelo de negocio, sea la filial que explota directamente la industria.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La combinación de fragmentación jurídica y procesos globalizadores afecta severamente al bien común y pone en evidencia la incapacidad política de afrontar retos que conciernen a la Humanidad. De una parte, siguen vigentes los principios de soberanía y no interferencia en los asuntos de otros Estados, de otra, los Estados ya no son los únicos actores en la escena internacional, sino que individuos y, en particular, multinacionales utilizan con largueza las libertades de circulación y establecimiento para optar por aquel ordenamiento jurídico que más beneficie a sus intereses particulares. La lucha por el desarrollo sostenible se libra también en tribunales que pueden tener mucho que decir al respecto: aunque las reglas tradicionales de Derecho internacional privado pueden no ser las más adecuadas para tratar la amenaza real que representa el *dumping* ecológico, la interpretación judicial puede hacerlas evolucionar para proteger bienes y valores que son auténticamente globales, como el ambiente y los derechos humanos⁸².

En esta dirección apuntan los autores que recuerdan el papel que pueden jugar los tribunales internacionales en la protección del medio ambiente⁸³, como viene demostrando jurisprudencia de, por ejemplo, el Tribunal Euro-

⁸¹ Vid. BOSKOVIC, O., “The law applicable to violations of the environment – regulatory strategies”, *loc. cit.*, pp. 197-198.

⁸² Vid. sobre la necesidad de estos avances desde la perspectiva del Derecho internacional privado CARBALLO PIÑEIRO, L., KRAMER, X., “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, 2014-3, pp. 109-112.

⁸³ Así, se ha propuesto la creación de un tribunal internacional *ad hoc*. Vid. SPIER, J., “The Urgent Need of Judicial Cooperation to Map Solutions to Come to Grips with the Major Global Challenges”, en MANKOWSKI, P., y WURMNEST, W., *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München, Sellier, 2014, pp. 105-114, citando a MAGNUS, U. (p. 105). El autor rechaza la creación de un tribunal internacional *ad hoc*, pero sí se pronuncia a favor de un mayor activismo judicial. Cabe recordar, además, que ya existió una sección especial dentro del Tribunal Internacional de Justicia a la que se puso fin porque los Estados no presentaban casos.

peo de Derechos Humanos⁸⁴. Sean estos tribunales o los nacionales los que se ocupan de estas cuestiones, el activismo judicial – y el arbitral⁸⁵– ha de ser promovido en esta materia, así como la cooperación judicial internacional: estamos ante una materia muy compleja que exige especialización y constante aprendizaje por parte de los operadores del Derecho, pero también una importante dosis de imaginación a la hora de abordar problemas que escapan de los estrechos confines de las leyes nacionales⁸⁶.

⁸⁴ Como en *Öneryildiz v. Turkey* (Núm. solicitud 48939/99).

⁸⁵ *Vid.* sobre las razones FACH GÓMEZ, K., “Environmental Protection and International Trade: Greening the Investment Arbitration?”, 2009, accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1434376> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.143437>> (último acceso, 14 de mayo de 2016); SANDS, Ph., “Litigating environmental disputes: courts, tribunals and progressive development of international law”, *Contribution to the Liber Amicorum of Judge Thomas Menash – 2007*, accesible en <www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf (último acceso, 6 de mayo de 2016).

⁸⁶ DE SOUSA SANTOS, B., “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, 1987, p. 279, p. 281 ya señalaba que el Derecho no es solo positivismo, sino “imagination, representation and description of reality”.