

El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en materia de daños ambientales.

(Primeras aproximaciones con referencia al derecho argentino).

Eduardo Mertehikian

SUMARIO: I. Los ejes del problema. II. Causas en las que procede el arbitraje. III. Tipologías posibles del daño ambiental. Daño individual, daño colectivo y situaciones individuales homogéneas. IV. Aplicabilidad del arbitraje a las situaciones descriptas. V. Reflexiones finales.

I. Los ejes del problema.

Conforme se expone desde el propio título del presente trabajo, su finalidad está orientada a formular algunas primeras aproximaciones con el propósito de establecer la factibilidad de emplear en nuestro medio jurídico, y en su caso bajo qué condiciones y circunstancias, al arbitraje como procedimiento para resolver las disputas o conflictos que reconozcan como origen cuestiones relacionadas con el daño al medio ambiente y de tal modo verificar si constituye un sucedáneo apto al proceso judicial para dirimir esas contiendas.

Debo decir desde un comienzo que, a mi modo de ver, las ventajas de adoptar el arbitraje en el orden interno para la solución de los conflictos originados en el daño ambiental son ostensibles, particularmente teniendo en cuenta la especificidad de las cuestiones involucradas, la necesidad de rápida resolución de los conflictos¹, la reducción de los costes asociados a los procesos, especialmente si se emplearan pautas bien

¹ A menos claro que la prolongación de los procesos judiciales constituya una estrategia para no resolver nunca los problemas.

conocidas y comúnmente aceptadas en el tráfico internacional del comercio (verbigracia, reglas CCI), la adopción de estándares internacionales en las soluciones y, además, que la actuación de los jueces públicos quede reservada a aquellos asuntos que estrictamente requieran de su participación, tales como los que involucren materias que en principio podrían estimarse no disponibles por las partes y en todos aquellos aspectos en los cuales en virtud del carácter de órgano auxiliar del arbitraje que revisten² su participación fuese necesaria.

Aclaremos que el asunto no es extraño en el arbitraje internacional y muy particularmente es este el procedimiento de solución de conflictos diseñado para el espacio regional integrado por los Estados parte en el ámbito del Mercosur para dirimir también los conflictos que involucren daños ambientales entre los Estados³.

En cualquier caso, incluso por prudencia, es aconsejable ir tomando nota y estar atentos a los paradigmas que finalmente habrán de imponerse en vista del ostensible fenómeno de la unidad del orden jurídico mundial, fenómeno que la doctrina viene desde hace tiempo describiendo⁴ y tratar de adoptar (antes que nos vengan impuestos por las circunstancias) mecanismos que concilien el desarrollo económico con la protección del medio ambiente y en caso de daño proveer a su justa compensación a través de la utilización de procedimientos ágiles y eficaces.

Calificada doctrina ha intentado responder la legítima inquietud de si el derecho de acudir a un juez, que toda persona posee, puede ejercerse indistintamente ante un juez público o ante un juez privado, en cuyo caso –se dice– se vería indiscutiblemente legitimado el derecho de todo interesado a recurrir al arbitraje⁵.

En ese orden y partiendo de la base del carácter jurisdiccional del arbitraje, no obstante su origen convencional, deben establecerse las condiciones bajo las cuales tal mecanismo podría ser empleado útilmente y –en tal caso– cuáles serían los efectos jurídicos de la decisión obtenida teniendo en vista –especialmente– el alcance general que la legislación argentina le asigna a la sentencia obtenida en el *proceso de incidencia colectiva* reglado en los Artículos 27 y siguientes de la Ley General del Ambiente –en adelante LGA– N° 25.675; única especie de proceso judicial del cual se ocuparía dicha norma legal, según ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su jurisprudencia recaída en la conocida causa “Mendoza, Beatriz”⁶.

² Respecto de la necesaria convivencia de jueces y árbitros me remito a Rivera, Julio César, “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 5, Bogotá, Legis, julio-diciembre 2006, pp. 193-221, especialmente pp. 216-217.

³ Para un análisis de la cuestión ver Dreyzin de Klor, Adriana, “La normativa sobre Medio Ambiente en el derecho del Mercosur y su aplicación a los laudos arbitrales”, ponencia presentada en el *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1° al 3 de octubre de 2009.

⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Capítulo XXII, t. 2, 9ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

⁵ Oppetit, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 36-42, especialmente pp. 39.

⁶ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, del 20-6-2006, *Fallos*: 329:2316.

Es válido señalar desde un comienzo que en la raíz de un tema semejante seguramente podrán hallarse cuestiones atinentes al *orden público* y ciertamente que una respuesta desfavorable a la proposición que encierra este trabajo, cerrando así definitivamente el debate podría esgrimirse, a modo de atajo, con sustento en que al encontrarse presentes cuestiones de tal naturaleza, aparejaría como consecuencia necesaria que se trata de asuntos *no arbitrables*, por comprender derechos que no son de libre disposición por las partes y –consecuentemente– únicamente de ser deferidas al conocimiento de los jueces públicos.

Pero una respuesta semejante –me parece– no solamente se quedaría en la superficie del problema sino que, además, desde una visión extremadamente local del fenómeno y renuente al arbitraje⁷, estaría asimilando –en una simplificación extrema– el *orden público* con las *cuestiones no arbitrables*, omitiendo de paso que la noción de *orden público* no es una noción clara y precisa, que aun cuando se admitiese como impedimento quedaría por establecer si se trata del *orden público interno* o del denominado *orden público internacional*; que no todo asunto en el cual estuviese involucrado el *orden público* encierra necesariamente una materia *no arbitrable*⁸; que aun en casos en los cuales normas de orden público estuviesen involucradas, quedarían por fuera de la exclusión las consecuencias de contenido netamente patrimonial de la aplicación de tales disposiciones; y –finalmente– que de estar frente a un arbitraje internacional, la elección de la sede del arbitraje por las partes será la que determine –en definitiva– si la cuestión es o no arbitrable, es decir, no susceptible de ser sujeta su resolución por medio del arbitraje, pues el eventual control judicial –si cabe– que se hiciera del laudo en vía de recurso de anulación, se llevaría a cabo por el juez de la sede elegida por las partes y conforme al derecho aplicable en ella⁹. De últimas; y a pesar de que admito la complejidad del problema, soslayaría que no caben de ser confundidas las *normas de orden público*, de las *normas imperativas* y de las regulaciones o *leyes de policía*¹⁰.

No hay que olvidar que en la misión de juzgar el caso y resolver el diferendo que las partes han deferido a los árbitros, éstos deben interpretar y aplicar –como principio– el ordenamiento que las partes hubiesen fijado y el cual incluye –de seguro– disposiciones calificadas por el propio sistema como normas de orden público¹¹; criterio este que, más allá de las críticas que la decisión ha suscitado en razón del debilitamien-

⁷ Advertida certeramente por Gordillo, *op. cit.*, Capítulo XVIII y especialmente XXII.

⁸ González de Cossio, Francisco, “Orden Público y Arbitrabilidad. El dúo dinámico del arbitraje”, *Revista Internacional de Arbitraje* N° 9, Bogotá, Legis, julio-diciembre 2008, pp. 61-83.

⁹ Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 342.

¹⁰ Respecto de la complejidad del asunto y de las imprecisiones terminológicas en las que se incurren con relación a los conceptos señalados ver, por todos, Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial*, *op. cit.*, p. 555.

¹¹ Suescún Melo, Jorge, “De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público”, en AA VV, *El Contrato de Arbitraje*, Eduardo Silva Romero –Director Académico–, Fabricio Mantilla Espinosa –Coordinador Académico–, 1ª edición, Bogotá, Legis, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2005, pp. 255-284, especialmente p. 268.

to que provoca al carácter definitivo que –por principio– posee el laudo arbitral, en última instancia es también admitido por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Cartellone”¹² cuando allí expresamente dice: “[...] La apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros [...]” (ver Considerando 14, párrafo final).

Conviene también advertir que en virtud del carácter autonómico primario que revisten las Provincias argentinas, éstas conservan todos los poderes no delegados en el Gobierno federal y los que expresamente se hubieren reservado al tiempo de su incorporación a la federación (Artículo 121 Constitución Nacional), siendo una de tales materias la regulación de los procesos judiciales aun cuando se trate –como se sabe– de la aplicación de un asunto regido por la legislación de derecho común pues no se altera la jurisdicción provincial sobre esas materias (Artículo 75, inciso 12, Constitución Nacional).

De tal manera que como principio general y en el ejercicio de sus poderes autonómicos retenidos, las Provincias argentinas –al igual que ahora sucede con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir del estatus que le reconoce la Constitución Nacional de 1994– poseen la competencia para regular, en sus respectivos ámbitos territoriales, toda la materia adjetiva de aplicación del derecho vigente, y esta facultad comprende no sólo el proceso judicial sino también el proceso arbitral de orden doméstico o interno.

Cabría interrogarse si tal afirmación sigue siendo válida en aquellos procesos que involucran cuestiones relacionadas con el denominado *daño ambiental colectivo* (tipología sobre la que luego volveremos) o si, por el contrario, dicha materia ha sido –al menos parcialmente– extraída del ámbito de las facultades que conservan las Provincias. La duda es válida a partir del carácter que se le asigne a la LGA como estatuto legal que completa la previsión constitucional del Artículo 41, por cuanto esta última disposición establece que es competencia del legislador nacional dictar la legislación de contenidos o *presupuestos mínimos de protección*, y de las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales, tarea que el legislador federal ha cumplido con la sanción de la citada LGA (Ley N° 25.675).

Podría sostenerse que frente a la expresa previsión constitucional del párrafo final del Artículo 41, la ley avanza sobre las autonomías provinciales, y que sólo sería aplicable –claro está– en aquellos conflictos que por su naturaleza o por los sujetos involucrados, surtan la jurisdicción federal (Artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional). Sin embargo, sí, como creo y así lo expuse anteriormente¹³, dicha regulación legal –que viene a completar el cuadro normativo iniciado por la indicada norma constitucional– configura una reglamentación no sólo sustancial sino también adjetiva de la

¹² CS, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidronor S.A.”, del 1-6-2004, *Fallos*: 327:1881.

¹³ “La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano”, en AA VV “Primeras Jornadas Ítalo-Argentinas de Derecho Administrativo” publicadas en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 350:239 y sigs., Año XXX.

cláusula constitucional, a través de la cual el Congreso Nacional cumple con el mandato del constituyente de dictar la normativa de contenidos que resulte uniforme para todo el ámbito del territorio argentino, entonces las provincias no podrían apartarse de sus estándares mínimos, pero sí podrían legislar –conforme con el principio de congruencia fijado en el Artículo 4º de la LGA– con criterios de mayor amplitud en los aspectos sustanciales y también en los aspectos adjetivos en los cuales la legislación nacional no incursione o no se pronuncie, tal como sucedería, por ejemplo, si regulasen el proceso arbitral como mecanismo de solución de conflictos ambientales, aunque se trate de los denominados *procesos de incidencia colectiva*.

II. Causas en las que procede el arbitraje.

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias surgidas entre particulares y, en ciertos supuestos, de las que podrían suscitarse entre una parte estatal y un sujeto privado, no puede ser reducido –como se dijo– a un puro fenómeno contractual, pues en general se encuentra aceptado –como lo ha señalado la doctrina– que su origen convencional no modifica ni altera su *función jurisdiccional*¹⁴.

Sin ánimo de entrar en debates polémicos, cabría decir, no obstante, que una visión un tanto parcial de la realidad nos quiere mostrar que la justicia nació siendo estatal, pero esa visión ha suscitado fuertes opiniones contrarias, a tal punto que se ha llegado a afirmar que en rigor nació como una institución privada que fue posteriormente estatizada a través del ejercicio del poder estatal y que éste fenómeno aconteció hace pocos siglos atrás¹⁵. Con todo, constituye una evidencia histórica que el arbitraje y las fórmulas de justicia “privada” se encontraban presentes en el derecho romano antes de la organización de la administración de la justicia¹⁶ y que en la etapa del derecho clásico se lo puede ubicar a través de la figura de la *litis contestatio*, verdadero contrato en el cual las partes fijaban la cuestión litigiosa y se designaba a un tercero para que la resolviera¹⁷.

Pues bien, a pesar de los variados intentos y de los proyectos legislativos existentes, nuestro sistema jurídico federal carece de un régimen legal orgánico y general que regule el proceso arbitral¹⁸ y solamente cuenta con algunas disposiciones dispersas insertas en la legislación reguladora de los procesos de naturaleza civil y comercial (ver-

¹⁴ Oppetit, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, op. cit., p. 57.

¹⁵ Bullard González, Alfredo, “Enemigos Íntimos. El Arbitraje y Los Contratos Administrativos” en *Revista Peruana de Arbitraje 2-2006*, con cita de Bruce L. Benson, *Justicia sin Estado*, Madrid, Unión Editorial, 2000, pp. 155-225, especialmente pp. 171.

¹⁶ Fernández de Buján, Antonio, *Derecho Público Romano (Recepción, Jurisdicción y Arbitraje)*, Séptima Edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 397-398.

¹⁷ Fenochietto-Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 499 y sigs.

¹⁸ Carencia que ciertamente ofrece dificultades para el análisis que nos hemos propuesto y que de otra parte –dicho sea– nos aleja de aquellos países que sí han adoptado normas reguladoras orgánicas y modernas, especialmente cuando han estado inspiradas en los estudios y recomendaciones de foros internacionales especializados (verbigracia, Ley Modelo UNCITRAL).

bigracia, Artículos 736 a 765 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)¹⁹. Hay que reconocer que tal carencia, sumada a la circunstancia de que –como ha sido señalado²⁰– nuestra tradición jurídica parece no ser proclive al arbitraje, dificulta este análisis particular, aunque tampoco cabe omitir que en nuestro país el arbitraje como mecanismo de solución de controversias contractuales estuvo incorporado en el ámbito de los contratos estatales desde muy temprana época y tuvo allí una actuación destacada²¹.

Al igual que sucede con otras legislaciones²², la nuestra (Art. 737 Código Procesal) determina la materia arbitrable con sujeción a lo que puede ser objeto de una *transacción*, lo cual obliga necesariamente a definir qué cuestiones son susceptibles de someterse a dicho contrato, pues ellas podrán ser objeto de un *arbitraje*. Ello a su vez nos remite a las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil y que según lo ha dejado expuesto una también conocida jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (“*Bear Service*”)²³ comprende los asuntos respecto de los cuales *las partes* poseen o –más propiamente dicho– conservan²⁴ *su libre disposición*.

En ese terreno conviene decir de antemano que a pesar de estar legislada dentro de los modos de extinción de las obligaciones y dentro de la teoría general –técnica que ha merecido crítica–²⁵, en la opinión dominante *la transacción es un contrato*, y está definida en nuestro medio como “*el acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas*” (Art. 832, Código Civil), que “*son aplicables a ellas todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad para contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas [...]*” en las normas del

¹⁹ Caivano, Roque, *Arbitraje*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 54 (número 2.3.2). Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en Latinoamérica*, 1ª edición, Madrid, Iustel, 2008, pp. 235-236.

²⁰ Gordillo, *op. cit.*, Capítulo XVII, pp. XVII-4.

²¹ Me remito a lo que he dejado expuesto en mis anteriores trabajos: “El Tribunal Arbitral de Obras Públicas y la naturaleza de sus decisiones”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 190:7 y siguientes, incluido en mis *Estudios Sobre Contratación Pública*, pp. 211-231, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, y en “La inviabilidad de la revisión de los laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 250:29 y siguientes. En la actualidad no deben omitirse como referencias obligadas en ese sentido las previsiones contenidas en los Decretos Nros. 966/2005 y 967/2005 del Poder Ejecutivo Nacional que, en el orden nacional y de los Estados provinciales que han adherido expresamente, regulan el Régimen de las Iniciativas Privadas y de las Asociaciones Público Privadas, ya que ambos regímenes facultan a establecer como mecanismos de solución de controversias, el avenimiento, la conciliación y el arbitraje.

²² Por ejemplo, para el derecho colombiano véase Suescún Melo, Jorge, “De las facultades de los árbitros...”, *op. y lug. cit.*

²³ *Fallos:* 328:781, “Recurso de hecho deducido por Carlos Alberto Lisola en la causa ‘Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A. de C.V.’”, del 5-4-2005.

²⁴ La distinción no es semántica y a efectos puramente académicos sino que está en la raíz del asunto, pues la cuestión está regida por el Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional cuya interpretación permite sostener que la fuente primaria de creación de la regla jurídica es la autonomía de la voluntad de las partes.

²⁵ Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. III, número 1805, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977.

propio código que las regula (Art. 833, Código Civil) y que “*por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen al objeto de las diferencias sobre que ella interviene*” (Art. 836, Código Civil).

En cuanto al objeto sobre el que ellas pueden recaer, no pueden serlo –en general– *las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención* (Art. 844, Código Civil) y en lo que aquí interesa, puede serlo *la acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito* (Art. 842, Código Civil).

Sin embargo, y en cualquier caso, conviene aclarar –como lo ha señalado la doctrina²⁶– que la regla general en esta materia es la establecida en el Artículo 849 del Código Civil cuya redacción expresamente nos está indicando que, en tanto no exista un impedimento expresamente dispuesto, pueden sujetarse al contrato de transacción *toda clase de derechos, cualquiera que fuere su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición*. Puede que esta visión nos enrolle en un optimismo²⁷ exagerado, pero la regla de una interpretación amplia es la que mejor se corresponde con lo dispuesto en la indicada norma.

Sentado lo anterior, pasemos ahora al capítulo referente al concepto de daño ambiental y sus diferentes variantes.

III. Tipologías posibles del daño ambiental. Daño individual, daño colectivo y situaciones individuales homogéneas.

No es éste el lugar para ocuparse del factor de atribución del daño ambiental a su autor, aunque cabría decir, con todo, que parece estar imponiéndose en este campo el carácter *objetivo* de dicha atribución²⁸, alejándose de la noción primaria y civilista de la *culpa* como factor subjetivo y posando la mirada en la consideración excluyente de la *víctima* de la acción u omisión dañosa, de tal manera que –en el contexto del Artículo 29 de la LGA– habrá responsabilidad a menos que los daños se hubieren producido por culpa *exclusiva* de la víctima o de un tercero por quien no exista el deber de responder y “[...] a condición de que se tomaron todas las medidas tendientes a evitar el daño y no medió concurrencia culposa del causante del perjuicio ambiental”²⁹; lo cual –en mi opinión– equivale a decir que el resarcimiento o compensación será procedente siempre que no pese sobre la víctima el deber jurídico de soportar el perjuicio que le infringe la conducta que lo perjudica³⁰.

²⁶ Rivera, Julio César, “El orden público en el Arbitraje”, disponible en <http://www.arbitrajecomercial.com> documento del 17-2-2009.

²⁷ Ver el agrupamiento que hace Gordillo, *op. cit.*, Capítulo XVIII, pp. XVIII-2.

²⁸ Saux, Edgardo Ignacio, “La Culpa en el Daño Ambiental”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1 La culpa – I*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, pp. 79-101.

²⁹ Saux, Edgardo Ignacio, “La Culpa...”, *op. cit.*, pp. 92.

³⁰ Deber jurídico que para nosotros únicamente puede sustentarse en una *ley formal* con base en lo establecido en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y así lo dejamos expuesto en *La Responsabilidad Pública, análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2001, pp. 164 y pp. 286.

En aquello que estrictamente resulta de interés para el presente análisis, cabe citar que según se ha dicho³¹, la LGA excluye de su ámbito de aplicación el daño ambiental individual, el cual se encuentra regido por las disposiciones de orden general aplicables en materia de los actos ilícitos civiles (Artículos 1109, 1113, 2º párrafo, 2618 y concordantes del Código Civil) por la remisión que efectúa la Ley N° 25.612 de Residuos Peligrosos³², disposición que ha sido también pasible de severas críticas por algunos autores³³.

Ahora bien, el Artículo 27 de la LGA ha definido al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos. La doctrina debate³⁴ si la ley se ha constreñido a la definición del “daño ambiental colectivo”, “daño ambiental de incidencia colectiva”, o “daño al ambiente en sí mismo”, o si en cambio resulta también aplicable al daño ambiental individual y afirma –con razón– que la cuestión no deja de tener importantes efectos de orden práctico³⁵.

Hay que decir en ese sentido, que cuando la decisión de la Corte Suprema recaída en la citada causa “Mendoza” resuelve que el único proceso reglado por las disposiciones contenidas en los Artículos 27 y siguientes de ese estatuto, es el denominado *proceso de incidencia colectiva* y que en cambio las acciones individuales que en esa misma demanda se plantearon por los damnificados particulares debían tramitarse por los cauces procesales ordinarios, parece estar inclinándose –en el estricto contexto de esa ley– por una noción del *daño ambiental* reservada al daño colectivo.

A los fines de este estudio interesa también decir que en esa misma jurisprudencia, nuestro Alto Tribunal ha fijado el criterio de que el ambiente, en tanto configura un bien colectivo, es, por su naturaleza jurídica, un bien “*de uso común, indivisible y tutelado de una manera no disponible por las partes*, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (Art. 28, ley citada)” (el destacado es añadido).

Sin dejar de señalar que en tal expresión puede ubicarse una mirada del problema desde el plano local no susceptible de ser trasladado forzosamente al terreno internacional³⁶, lo cierto es que aun de admitirse, ello no implica que la conducta lesiva que provoca esa alteración relevante en el ambiente por acción u omisión, lícita o ilícita, de su autor, no pueda generar, además y en forma directa, circunstancias individuales y

³¹ Lago, Daniel H., “Asociación de Superficiarios de La Patagonia c/ YPF S.A. Una batalla judicial inédita”, *Revista de Derecho Ambiental*, n° 2, abril - junio 2005, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 243 y sigs.

³² Cafferatta, Néstor A., “Teoría general de la responsabilidad civil ambiental”, Capítulo I, “Daño Ambiental”, en AA VV *Derecho Ambiental y Daño*, Ricardo Luis Lorenzetti –Director–, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 26.

³³ Bec, R. Eugenia – Franco, Horacio J., “Residuos Industriales: La fallida Ley de Presupuestos Mínimos”, *Revista Rap Provincia de Buenos Aires*: 75/76, 2009, Año VII, pp. 15-22.

³⁴ Cafferatta, *op. cit.*, especialmente pp. 27 y 33.

³⁵ Ídem anterior.

³⁶ Me remito a lo expuesto al comienzo del presente trabajo.

perfectamente divisibles en las cuales la o las víctimas, en tanto no recaiga sobre ellas el deber jurídico de soportar el perjuicio (Art. 19 Constitución Nacional), tienen derecho a obtener una indemnización en caso de que se verifique un daño resarcible en los términos que lo tornen admisible (verbigracia, Art. 1068 y concordantes del Código Civil en el orden interno).

De allí que el cuadro jurisprudencial del análisis en el orden interno no puede soslayar las importantes definiciones dadas por la reciente sentencia también emanada de la Corte Suprema recaída en el caso “Halabi”³⁷ y aun cuando una conclusión semejante ya podía desprenderse de la decisión pronunciada en la causa “Mendoza”, ahora el Alto Tribunal federal ha sentado el criterio según el cual de una afectación al medio ambiente puede derivarse no solamente un daño de incidencia colectiva, sino también y de manera directa situaciones individuales de contenido patrimonial, todas ellas singulares, aunque homogéneas en un grupo identificable de personas, afectadas todas ellas por la misma conducta de hecho o de derecho, pero respecto de las cuales el daño puede ser diferenciado.

De tal suerte, siendo la causa generadora una sola, “lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”³⁸. La precedente afirmación del Alto Tribunal ha llevado a decir a la doctrina que esos “intereses homogéneos pueden dar lugar a la interposición de una demanda única a favor de la clase o colectivo de personas afectadas, pero el alcance y extensión de los daños de cada uno deberán probarse por cada quien, en procedimientos especiales o en la ejecución de la sentencia”³⁹.

Esta última situación, identificable entonces con las *acciones de clase* del derecho americano⁴⁰, hay que decir que no poseen una regulación legal específica en nuestro sistema federal, carencia que la Corte Suprema específicamente señala pero que igual resuelve, creando –como ella misma se ocupó de hacerlo con la acción de amparo– el cauce adecuado para canalizar pretensiones de esta naturaleza.

³⁷ CS, “Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional. Ley N° 25.873, Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo”, del 24-2-2009 (H.270.XLII). Disponible en www.rapdigital.com.

³⁸ Considerando 12° del voto mayoritario.

³⁹ Gelli, María Angélica, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, *La Ley Suplemento Constitucional* del 30 de marzo de 2009, p. 29 y siguientes, especialmente p. 35.

⁴⁰ Ver, por todos, el análisis que ha llevado a cabo hace ya algunos años en nuestro medio el profesor Alberto B. Bianchi, “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 235:13 y siguientes. Las ventajas de un proceso judicial de tales características son cualitativamente ostensibles y evitan como ha sido señalado la ociosa repetición de fallos judiciales idénticos con la consiguiente merma del valor justicia que ello implica (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Capítulo III, t. 2, 9ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, pp. III-1 y siguientes, especialmente en pp. III-15, número 5 y nota 95 en la edición citada).

IV. Aplicabilidad del arbitraje a las situaciones descriptas.

Conforme con ese cuadro de situación someramente expuesto, pueden distinguirse entonces tres situaciones diversas:

(1) Por un lado, la *acción civil de responsabilidad por el daño individual*, la cual habrá de regirse por las disposiciones relativas a la disciplina (Artículos 1109, 1113, 2º párrafo, 2618 y concordantes del Código Civil y, en su caso por la Ley N° 25.612 de Residuos Peligrosos), que corresponde a su titular y que puede resolverse tanto por las vías procesales que resulten aplicables en la jurisdicción de que se trate, como por medio del juicio de árbitros.

(2) Por el otro, la acción por *el daño ambiental de incidencia colectiva* o también llamado “daño ambiental puro”, el cual tramitará por las reglas de los Artículos 27 y siguientes de la LGA y cuyos legitimados son el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones constituidas con el fin de proteger el medio ambiente (Art. 30 LGA) y sin perjuicio de que tal acción de recomposición o de indemnización pertinente corresponde también a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso producido en su jurisdicción (Art. 30 LGA, primer párrafo, *in fine*).

(3) Finalmente, situaciones que tienen como causa originaria una conducta o un hecho común y en las cuales se verifica la presencia de una *pluralidad de sujetos* que se encuentran en una *situación de naturaleza homogénea* pero respecto de los cuales son identificables los daños individualmente resarcibles en cada uno de sus integrantes.

No obstante la ausencia de una regla legal específica, se encontraría legitimado para su promoción –como principio– quien acredite su condición de individuo integrante de la *clase* y –según los términos del voto mayoritario pronunciado en “Hala-bi”– las asociaciones defensoras del medio ambiente y el Defensor del Pueblo⁴¹.

Sin olvidar, por constituir un aspecto de clara significación en el asunto tratado, que conforme lo establecen los Artículos 839 y 1881, inciso 3º, de nuestro Código Civil, son necesarios poderes especiales para transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones y renunciar al derecho de apelar, no encuentro prescripciones legales que en los términos del Artículo 849 del Código Civil antes examinado, impidiesen que los conflictos suscitados en los supuestos contemplados en los apartados (1) y (3) precedentes pudieran someterse al arbitraje. La circunstancia de que en virtud de lo establecido en el Artículo 841, inciso 1º del Código Civil, no puedan hacer transacciones los agentes del Ministerio Público, no impide que sean autorizados especialmente para formalizarla, pues lo contrario implicaría –como se ha dicho– establecer una incapacidad de derecho contra el Estado, que la ley no sanciona ni hay razón para sancionar⁴².

⁴¹ Como bien lo ha señalado Gelli, *op. cit.*, la legitimación del Defensor del Pueblo no es reconocida en el voto concurrente pronunciado por la Juez Highton de Nolasco.

⁴² Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado... Obligaciones, op. cit.*, número 1818, a), p. 101 y sus citas.

En cuanto al supuesto contemplado en el apartado (2) habría que diferenciar, cuando menos, lo atinente a la dilucidación de los hechos o situación jurídica que genera la responsabilidad por el denominado “daño ambiental puro”, de las consecuencias económicas y patrimoniales directas que del mismo pudieran derivarse, respecto de cuya determinación tampoco cabe excluir *a priori* el arbitraje como procedimiento válido de solución de esos extremos.

Pero también cabría advertir que aun cuando se considerase que el bien es objeto de una *tutela no disponible por las partes* y siempre que limitemos el punto de vista al orden doméstico o interno, ello no implica que las consecuencias económicas que involucra toda acción de recomposición o –en su caso– de la pertinente indemnización, no pudiese dirimirse por medio de la intervención de árbitros, pues en tal supuesto lo que quedaría fuera de la disponibilidad de las partes sería la acción dirigida a la *tutela*, mas no sus derivaciones una vez ejercida aquella y menos aun cuando por sus características la determinación de las acciones dirigidas a la recomposición del medio ambiente afectado, estarán discernidas sobre la base de criterios que –por principio– son ajenos a la función judicial.

V. Reflexiones finales.

Este análisis parte de la premisa básica de que son perfectamente conciliables la función judicial y la función arbitral. En ese marco de armoniosa y necesaria convivencia, la jurisdicción arbitral puede colaborar útilmente con el valor *justicia* en la procura de aproximar los beneficios de promover un desarrollo económico que sea respetuoso del entorno en el que se desenvuelve y, especialmente, intentar resolver los diferendos que tienen origen en la tensión que provocan los términos de esa proposición, encauzándolos hacia soluciones eficaces que atiendan las exigencias de una realidad cada vez más compleja.

En definitiva, parte de la base de que son necesarias soluciones pragmáticas para conflictos complejos, siempre que –claro está– exista una real vocación por resolverlos pronta y eficazmente.

