

El arbitraje ambiental y sus implicancias



ROGER VIDAL RAMOS*

Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.
Titulado en Segunda Especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Postgrado en Derecho de Arbitraje en la Universidad de Lima.
Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El arbitraje ambiental.
- III. El convenio arbitral.
- IV. Materias arbitrables ambientales.
- V. Controversias sometidas a competencia del tribunal arbitral:
 1. Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales;
 2. Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo;
 3. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales;
 4. Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP);
 5. Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles.
- VI. Límites del laudo.
- VII. Erin Brockovich.
- VIII. Conclusiones.



* A mi abuelo Raúl Vidal Salazar, por su ejemplo de honestidad y su vida dedicada al servicio de su pueblo.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad brindar un panorama general de la doctrina y legislación arbitral en materia ambiental. Dentro de los puntos de análisis se examinará la Ley General del Ambiente peruana (en adelante, la LGA) que legisló sobre la posibilidad de acudir a un arbitraje ambiental bajo ciertos supuestos muy específicos y expresa las formas bajo las cuales se podría emitir un laudo. Este aporte tiene la esperanza de generar expectativas respecto al arbitraje ambiental en el Brasil, considerando que la defensa ambiental del Amazonas representa un interés binacional y mundial por cuanto cualquier daño ambiental o amenaza a la biodiversidad amazónica representa en la actualidad, y en un futuro próximo, puntos que generan e intensifican los conflictos ambientales, sociales y económicos que exigen a la Justicia Ambiental que asuma una finalidad preventiva, indemnizatoria y correctiva.

Las explotaciones mineras son, indubitablemente, las actividades productivas que más severo impacto producen en el medio ambiente, por lo que su adecuación al mismo resulta todo un ensayo para las restantes. La existencia en diversos Estados de Sudamérica de la llamada minería informal vinculada a yacimientos no energéticos, como el oro o la plata, está paulatinamente diezmando la superficie forestal de amplios espacios de altísima significación ecológica¹.

Sin embargo, no solo las explotaciones mineras generan impactos negativos al medio ambiente. Las actividades de explotación en recursos naturales en general, como la explotación de hidrocarburos o concesiones forestales, generan impactos y daños irreparables en supuestos que se excedan y acaten las normas ambientales establecidas. Además, la industria en general, representada por fábricas;

la construcción; las telecomunicaciones; entre otras actividades empresariales-industriales, generan daños ambientales.

En la experiencia peruana, el crecimiento económico y las inversiones sobre explotación de los recursos naturales se encuentran hoy en día en el ojo de la tormenta respecto a la adecuación a las normas ambientales. Así, la Ley de la Consulta Previa o la implementación del mecanismo de gestión ambiental "Estudio de Impacto Ambiental" en las diversas actividades extractivas e industriales, se tornan cada vez más rigurosos y técnicos, siendo éstos algunos motivos que a criterio de un sector empresarial estarían generando incertidumbre en los inversionistas a seguir apostando por la explotación de recursos naturales en el Perú.

Sin duda, una de las lecciones que se deberá aprender respecto a los conflictos ambientales se encuentra representada por la paralización del proyecto Minero Conga-Minera Yanacocha (Cajamarca-Perú), siendo el recurso hídrico (aguas de lagunas) el punto no negociable por las comunidades campesinas, los actores políticos (el Gobierno Regional de Cajamarca) y la empresa minera que logró que el Ministerio de Energía y Minas apruebe el Estudio de Impacto Ambiental logrando la viabilidad del proyecto minero.

La falta de capacidad del Estado peruano de convocar a un diálogo serio y con los verdaderos actores del conflicto ambiental, demuestra la necesidad de implementar nuevos mecanismos de solución de conflictos y controversias ambientales que permitan al Estado, los inversionistas, las comunidades y diversos actores de un conflicto ambiental, resolver el mismo. En buena cuenta, esto no sería novedoso por cuanto la LGA regula dos instituciones procesales como lo son la conciliación y el arbitraje ambiental², mecanismos alternativos de solución de conflictos ambientales que cobran fundamental importancia debido al

1. JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. *Derecho Ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, p. 111.

2. *Idem.*, p. 112.

rol protagónico que deberían desempeñar ante los numerosos conflictos ambientales generados y en proceso de generación.

Según el Reporte de Conflictos Sociales 108 de la Defensoría del Pueblo, en el mes de febrero se registraron 222 conflictos sociales. De esa cifra, 165 (74,3%) se encuentran activos y 57 (25,7 %), en estado latente.

Del total de conflictos, 147 son de carácter socioambiental (66,2% del total), al igual que en enero pasado. Le siguen los conflictos por asuntos de gobierno regional, que suman 20 casos (9 %), y por demarcación territorial, 14 casos (6,3%). Las regiones Áncash (32), Apurímac (20) y Puno (19) son las que concentran la mayor cantidad de casos. Estas estadísticas efectuadas por la Defensoría del Pueblo solo demuestran el incremento de numerosos conflictos ambientales.

Consideramos que debido a nuestra categoría de país exportador de materia prima y su explotación (minería, hidrocarburos y forestal), la institución del arbitraje ambiental debería ejercer un rol protagónico ante la solución y prevención de los diversos conflictos ambientales.

Uno de los principales problemas que padecen las empresas que invierten y explotan recursos naturales, es la presencia de numerosos conflictos ambientales en diferentes zonas del Perú, que por diversos motivos cuestionan las actividades extractivas. El arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos que sería importante para proteger a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados.

La LGA, dentro de su capítulo de solución de conflictos ambientales, incorpora al arbitraje y

la conciliación, siendo la premisa general que pueden someterse las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros de libre disposición. El principio de "libre disposición" en materia ambiental se encuentra de acuerdo y en concordancia con el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, legislación que dentro de sus principios rectores, indica que puede someterse a arbitraje cualquier controversia de libre disposición conforme a derecho nacional o internacional³.

II. EL ARBITRAJE AMBIENTAL

En el derecho comparado, los Estados Unidos de América cuentan desde hace años con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental (*Administrative Dispute Resolution Act-ADR* de 1996), técnica que prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental, usualmente utilizado por su agencia de protección en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos) de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral⁴.

España y la Unión Europea, en las últimas décadas, vienen utilizando el arbitraje ambiental administrativo como solución de controversias. En España existe la posibilidad de culminar los procedimientos administrativos ambientales a través de los cauces arbitrales a los que hemos hecho referencia y guiándose por los criterios de fondo que apuran el punto de encuentro

3. "Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen."

4. JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. "Arbitraje ambiental: avances y desafíos". En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Volumen 8 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre/Palestra Editores, 2009, p. 180.

entre la protección ambiental y la defensa del desarrollo económico, aunque dichas soluciones queden habitualmente a disposición de las propias administraciones y no dejen tampoco en manos de los ciudadanos el derecho subjetivo a impetrar dicho desenlace arbitral⁵.

En estos casos, no obstante no estamos propiamente ante una fórmula arbitral *sensu stricto* en el sentido apuntado por la Ley española de Arbitraje, sino ante actos administrativos (sometidos por tanto al derecho administrativo) que se producen a través del uso instrumental de mecanismos arbitrales por parte de la administración. Una vez producidos son enteramente susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción contenciosa, a pesar de que en dicha sede se pueda oponer - al menos de forma especulativa- que la solución arbitral en lo tocante al fondo del asunto es materia ajena al juez contencioso sobre la base de la propia ley arbitral española, que limita dicho enjuiciamiento a supuestos tasados⁶.

En efecto, en España existe la posibilidad de que una administración pública pueda celebrar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos, ambientales o no. Incluso prevé más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendadas las propias administraciones, entre ellas la protección del medio ambiente y el desarrollo socioeconómico⁷.

En noviembre de 1984, en México D.F. se creó la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (CIACA) con la participación de 28 juristas de 22 países y responden a lo

que doctrinalmente se conoce como arbitraje institucional.

En materia de arbitraje ambiental, cumple esta Corte con la función de constituir tribunales conformados por cinco árbitros, previa solicitud que por escrito le formule cualquier entidad privada o pública.

El tribunal resolverá la diferencia de acuerdo con el derecho aplicable y las normas acordadas por las partes. El tribunal, además, y si las circunstancias lo exigen, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar el medio ambiente o los derechos de las partes.

De igual modo, las partes podrán dirigirse a las instituciones gubernativas o jurisdiccionales del país donde radique el conflicto a solicitar la adopción de tales medidas.

El laudo se dictará por escrito y contendrá una declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal y será motivado en derecho⁸. Esta motivación del laudo deberá ser enmarcada dentro del contenido constitucional y especializado de conglomerado de normas ambientales vigentes.

A entender de Gaitán Ochoa⁹, el arbitraje ambiental debería tener como finalidad resolver las controversias, respecto a la protección del derecho de la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocadas por terceros. Es justo en este último donde, eventualmente, el procedimiento arbitral tendría posibilidades de desarrollarse, agregamos que podría tener un mayor desarrollo si el arbitraje se aplica en con-

5. *Idem.*, p. 191.

6. JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. *Derecho Ambiental en el Amazonas*. pp., 105-106.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

9. GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. "Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos". En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 259.

flictos sobre recursos naturales y como forma de terminar un conflicto ambiental.

A manera de ejemplo, si dos petroleras y un concesionario de ecoturismo tienen derechos superpuestos sobre las tierras donde realizan sus actividades, sería mucho más beneficioso acudir a un arbitraje ambiental para determinar el espacio o las áreas de titularidad respecto a la superposición de derecho. Nos parece que en vía judicial -en el mejor de los escenarios- se lograría obtener una sentencia en el plazo entre 6 a 10 años, siendo lo más optimista. Este litigio extenso en recursos económicos y tiempo logrará que se frustren las oportunidades de negocios debido a que los inversionistas buscarán invertir sus capitales en otros países que presenten normas ambientales más claras o ambiguas, y un sistema judicial mucho más eficiente.

Y respecto a otro ejemplo, si la empresa minera tiene indicios de algunas posibles actividades contaminantes o algunas dudas, la forma de concluir el conflicto ambiental sostenido entre la comunidad campesina/indígena con la empresa minera, podría ser a través del mecanismo procesal de la conciliación o el arbitraje. Del mismo modo, las partes en conflicto podrán tener la oportunidad de decidir el tiempo que puede durar el conflicto y adecuar el arbitraje con sus necesidades procesales.

Otras de las diversas razones que justifica la necesidad de implantar un arbitraje ambiental administrativo es el referente a la tutela del interés público, cuyos alcances según Francisco Junceda¹⁰ se establecen en los siguientes párrafos:

El punto de interés público que puede gravitar en torno a toda solución arbitral o pactada de los procedimientos administrativos con sustancia ambiental, acaso proceda volver a recordar lo que ut supra quedó reseñado respecto de la tensión medio ambiente-desarrollo económico,

toda vez que el análisis de cuantas controversias jurídicas se susciten en materia socioambiental habrá de partir de una premisa clásica aristotélica, por la que *in media virtus est*: nada es blanco ni negro, sino de una infinita gama de grises.

Con todo el asunto ambiental es sumamente propicio el sistema arbitral. No son pocos los temas que en esta materia se resisten a admitir más de una conciliación de posturas. El punto de encuentro entre el desarrollo económico y protección del medio ambiente natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje: la clave del arco del derecho ambiental consiste justamente en la convergencia de factores económicos y ecológicos, como lo revelan cuantas proclamaciones internacionales existen y que se mueven, justamente, en esos delicados y a veces difuminados parámetros.

Estos dilemas bien podrían ser resueltos a través de fórmulas paccionadas derivadas de un arbitraje, facultando al propio tiempo el desarrollo de la vida en estos parajes y la defensa de la singular naturaleza que ellos radica. En estos controvertidos escenarios podrían y deberían aplicarse desenlaces propios del arbitraje, posibilitando al tiempo el estricto control ambiental con los daños sufridos por las poblaciones que residen en entornos ambientales.

Indubitablemente, el tema ambiental es significativamente idóneo para ser abordado desde el arbitraje, toda vez que en nuestro entorno jurídico constitucional no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de aquella que propicie un mejor desarrollo económico, debiéndose siempre vetar cualquier actuación pública o privada unidireccional o radical en alguno de esos dos sentidos.

El Tribunal Constitucional peruano¹¹, en la sentencia de "Las regalías mineras", establece la necesidad de imponer fórmulas de conciliación

10. JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. Op. cit., pp. 108-109.

11. Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0048-2004-PI/TC. «Medio Ambiente y empresa».

y promover la justicia ambiental en el desarrollo equilibrado de la Nación.

III. EL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral representa la columna vertebral del arbitraje, por cuanto los sujetos de derecho, de manera voluntaria, expresan de forma indubitable su decisión de acudir a una vía jurisdiccional especial y privada como es el arbitraje. Siendo el primer efecto la renuncia a los fueros judiciales y, el segundo, la voluntad que un tercero o tribunal pueda resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica generada en virtud de una relación contractual o de algún acontecimiento dañoso dentro de los supuestos de responsabilidad extracontractual prescritos en el Código Civil peruano. Siendo pues en este supuesto de daños extracontractuales en el que se podría suscribir o negociar el "pacto arbitral" frente a daños ambientales, por cuanto su esencia de pacto libre y voluntario sobre derechos ambientales patrimoniales permitiría la tutela de daños ambientales en la jurisdicción arbitral.

El principio de autonomía viene a ser la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional. Por el principio de autonomía, el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal, siendo que de existir vistos

de nulidad del contrato principal, el pacto arbitral no sufre las consecuencias de esta nulidad, pues el pacto arbitral constituye un acto jurídico independiente por excelencia¹².

Cabe resaltar que dentro del uso estricto de la autonomía privada, los sujetos de derecho son quienes deciden a iniciativa de parte, renunciar a los fueros jurisdiccionales de la justicia tradicional para someterse a una justicia privada o justicia arbitral¹³.

En la doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que el acto realizado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato¹⁴.

Uno de los puntos más discutidos y que podría presentar un problema para que un caso de contaminación o daños ambientales pueda someterse a un tribunal arbitral, se representa en el principio de autonomía de la voluntad que tiene la cláusula arbitral o el convenio arbitral¹⁵, por lo cual es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral ante las eventuales controversias surgidas de las relaciones contractuales.

38. En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Ello exige que el Estado -a través de la Administración como gestora pública- asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44, consistente en "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.»

12. VIDAL RAMOS, Roger. "Alcances generales respecto al convenio arbitral". *Revista Jurídica La Ley Thomson Reuters*. 2003, Año I, número 5, p. 7 y ss.

13. *Ibid.*

14. MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tomo I. Tercera edición. Navarra: Editorial Thomson/Civitas, 2006, p. 257.

15. El convenio arbitral constituye la puerta de entrada; o mejor dicho, la aduana que permite el paso de controversias relativas a derechos disponibles, a un proceso; el cual desde luego debe desarrollarse con pleno respeto de las garantías del derecho a un debido proceso.

Según lo que Trelles sostiene, ¿podrían incluirse como aspectos arbitrables controversias relativas a materia ambiental?¹⁶

Bajo este contexto, podemos advertir una clara discusión en el origen mismo del arbitraje en materia ambiental, pues éste, en principio, no podría realizarse sin la celebración de un convenio o el sometimiento al fuero arbitral debido a que únicamente se podría acudir al arbitraje ambiental con el pacto o acuerdo de las partes.

Para ello se requeriría de la participación de todos los involucrados en la controversia, pues la exclusión de alguno significaría la posibilidad de activar la vía administrativa o judicial, y crear el consecuente conflicto competencial entre los fueros, dilema que nacería doctrinariamente desde la posibilidad de su existencia y concluiría jurídicamente en el tema de fondo.

Sin embargo, debemos señalar que los derechos ambientales se dividen en derechos ambientales colectivos, individuales, patrimoniales y no patrimoniales. En especial, los daños ambientales patrimoniales individuales son a toda luz factibles de ser arbitrables con la suscripción de un convenio o cláusula arbitral posterior al acontecimiento del daño ambiental.

Los daños ambientales pueden generar secuelas desastrosas en la disminución del patrimonio de los sujetos de derecho, lo cual infringe daños económicos cuantiosos. Al hablar de patrimonio incluimos todos los bienes, deudas o derechos de una persona¹⁷.

El origen de este pericance se debe a que en materia ambiental no existe un colectivo determinado e incluso determinable que posibilite su válida actuación como parte en un proceso arbitral, pues la legitimación procesal involucra el carácter positivo de participación y negativo de exclusión de los terceros ajenos a la controversia y cuyos derechos supuestamente se encuentran desvinculados.

Teniendo en cuenta dicho colectivo, en materia arbitral sólo se encontrarían legitimados¹⁸ para accionar quienes hubieran suscrito el convenio arbitral, o quienes se sometieran al proceso arbitral, teniendo efectos excluyentes hacia los terceros. En ese supuesto, tendríamos que entender que sólo quienes se sometan al proceso arbitral podrían tener legitimidad, siendo el acuerdo y la decisión final -laudo arbitral- exigible y oponible sólo a éstos.

Sin embargo, no compartimos esta posición. Debemos recalcar que los supuestos para que se acuda a un arbitraje según la LGA son amplios.

16. TRELLES CASTILLO, José Antonio, "Arbitraje y medio ambiente: Una relación que contamina". <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=227>>.

17. VIDAL RAMOS, Roger. *Op. cit.*, p.109.

18. Pero, el inconveniente de la determinación de las partes en el proceso, llevaría a otra dificultad respecto a la designación y composición del árbitro único o del tribunal arbitral, debido a que según la normativa arbitral, las partes son las facultadas para designar al tercero dirimente, siendo cualquier defecto en la composición una válida causal de anulación del laudo arbitral.

En cambio, en materia ambiental, la universalidad de la acción deriva del legítimo interés de cualquier persona de proteger el bien jurídicamente tutelado y derecho constitucionalmente reconocido, debido a que cualquier afectación al medio ambiente no tiene únicamente repercusiones directas en una comunidad exclusiva y temporal.

Entonces, el primer aspecto a tomar en cuenta es que los intereses involucrados en un proceso arbitral y uno ambiental son distintos, pues al último se vinculan los intereses difusos y al primero, los de contenido patrimonial y de libre disposición de los intervinientes.

En ese entendido, la afectación del medio ambiente no puede excluir a aquéllos que no se encuentren directamente afectados por un hecho o circunstancia, debido a que cualquier persona se encuentra legitimada para exigir la suspensión del hecho que estuviera afectando el medio ambiente.

Si bien la falta de convenio arbitral o la complejidad de los daños ambientales por las numerosas personas -partes procesales- y los numerosos problemas procesales, no existirían trabas, por cuanto el arbitraje ambiental administrativo está regulado en el sistema peruano, no siendo una figura aislada al ordenamiento jurídico o que contravenga la Constitución o la LGA.

En esencia, el Estado, los abogados y la sociedad civil son quienes tienen las facultades e interés de institucionalizar el arbitraje ambiental administrativo, siempre fiscalizado y tramitado por el Estado; es decir, el Ministerio del Ambiente. Si siempre optáramos por los fueros judiciales, estaríamos condenados a un litigio inacabable de penosos y largos años, terminando la causa ambiental en algún Pleno Casatorio.

IV. MATERIAS ARBITRABLES AMBIENTALES

La LGA ha establecido un *numerus clausus* respecto a cuáles son los supuestos que podrían ser materia arbitrable, siendo estos casos muy particulares y precisos, los mismos que señalamos a continuación:

- Cuando se quieran determinar los montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales;
- Cuando se trate de definir obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean pecuniarias o no;
- Aquellas controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales;
- A efectos de precisar aquellos casos de limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida;
- Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental.

La LGA, en su artículo 153, establece cuáles son los límites de laudo arbitral o del acuerdo conciliatorio:

- El laudo arbitral o el acuerdo conciliatorio no puede vulnerar la normatividad ambiental vigente ni modificar normas que establezcan límites máximos permisibles, u otros instrumentos de gestión ambiental, ni considerar estándares de calidad ambiental diferentes a los establecidos por la autoridad ambiental competente. Sin embargo, en ausencia de éstos, son de aplicación los establecidos a nivel internacional, siempre que medie un acuerdo entre las partes, o en ausencia de éste, a lo propuesto por la Autoridad Nacional Ambiental; y
- De igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, la misma que deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

Coherente con la importancia que representan para nuestro país las inversiones en recursos naturales y las actividades extractivas, es necesario que el arbitraje ambiental cobre mayor importancia debido a que el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, y la LGA, concuerdan entre sus principios rectores que es factible que mediante un tribunal arbitral pueda ventilarse controversias ambientales. Todo esto depende de que exista la voluntad de acudir al arbitraje ambiental por parte de las empresas, los entes administrativos, las personas o asociaciones que consideren que se vulneran o vulneraron sus derechos ambientales.

De establecerse en el Perú la práctica de arbitrajes ambientales, será fundamental otorgar un rol protagónico al Estado, por cuanto obligatoriamente sería un arbitraje ambiental-administrativo, y dotar de un personal administrativo capacitado de árbitros y secretarios especializados en Derecho Ambiental y Recursos Naturales. Este arbitraje ambiental podría recaer

en el Tribunal de Solución de Controversias Ambientales¹⁹, que representaría la autoridad administrativa que se encargaría del trámite procesal de los arbitrajes ambientales como la autoridad ambiental arbitral –tal como sucede con el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE)–, por cuanto una solución a las controversias que surgen sobre recursos naturales sobre superposición de derecho o por el pago del justiprecio en expropiaciones, podría ser de gran utilidad.

V. CONTROVERSIAS SOMETIDAS A COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales

Entendemos que la LGA es precisa en determinar que todas aquellas controversias o conflictos de intereses que versen sobre daños ambientales podrían ventilarse en un proceso arbitral, sobre todo cuando se trata de problemas entre privados, como podría ser el ocasionado por una fábrica que, mediante sus emanaciones, ruidos y afluentes, perjudique los derechos ambientales patrimoniales y no patrimoniales de un determinado vecindario.

Asimismo, puede ser considerado dentro de estos supuestos, cualquier tema de daños ambientales por contaminación de actividades extractivas (minería e hidrocarburos).

En sede nacional, el caso Yanacocha²⁰ hubiera podido ser tramitado en vía arbitral. Muchos recordamos que se establecieron procesos judiciales en los que uno de los petitorios de los pobladores afectados por el derrame del mercurio, se refería a los daños ambientales indemnizables.

Respecto a los delitos ambientales, creemos que sería mejor que el monto de la reparación civil pueda verse en vía arbitral con participación del Ministerio Público, pero la persecución y sanción por la comisión de los delitos ambientales debería seguirse en la correspondiente vía judicial.

Lo complejo y excesivamente oneroso que podría resultar litigar en un proceso judicial por indemnización de daños ambientales ante los tribunales de justicia, de por sí carecería de especialistas en derecho ambiental, peritos y presupuesto para financiar diligencias e inspecciones oculares. Buen ejemplo lo encontramos en el Caso 2003-0002 Chevron vs. Ecuador²¹, sentencia de primera instancia que representa

19. Decreto Legislativo 1013, Creación del Ministerio del Ambiente.

"13.1. El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales es el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental.

13.2. Las funciones y la organización del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales se rigen por lo establecido en la Ley 28245, Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental y demás normas pertinentes."

20. El famoso caso del derrame de mercurio de la Minera Yanacocha en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, no sólo es escandaloso y cuestionable en los términos de las diversas transacciones extrajudiciales suscritas. Sucede que los campesinos realizaron una transacción con la Minera Yanacocha, por la cual la empresa se obliga a efectuar el pago de una suma irrisoria como compensación por los daños ambientales y personales que ocasione el derrame de mercurio en desmedro de los campesinos de Choropampa, quienes, a su vez, se obligan a no establecer ninguna otra acción procesal por los daños ambientales.

21. La Sentencia de primera instancia del Caso Chevron vs. María Aguinda y otros (Ecuador), considera dentro de los fundamentos de la sentencia las medidas de reparación, enfocadas a que pueden ser aplicadas a los daños materiales: "considerando que éstas pueden ser tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo

un fallo ejemplar a nivel mundial respecto a la sanción por la alta contaminación realizada por actividades petroleras de la subsidiaria (Chevron) de la Compañía Norteamericana Texaco. El Juez ecuatoriano Nicolás Zambrano²², frente al daño ambiental y cultural condenó a Chevron al pago de más de US\$ 8,646,000,000 por reparación, a fin de costear la recuperación de las condiciones naturales del suelo (US\$ 5,396,160), de aguas subterráneas (US\$ 600,000,000), de especies nativas al menos por 20 años (US\$ 200,000,000), mitigar -al ser un daño de imposible reparación- los daños de salud en las poblaciones afectadas (US\$ 150,000,000); crear un sistema de salud (US\$ 1,400,000,000), la provisión de un plan de salud que incluya un tratamiento para las personas con cáncer (US\$ 800,000,000), y la reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para mitigar el irreparable daño cultural ocasionado (US\$ 100,000,000)²³.

2. Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo

Podemos considerar a todos los procedimientos administrativos sancionadores establecidos por el Ejecutivo en contra de empresas de diversos rubros comerciales e industriales.

A manera de ejemplo, si el Ministerio de la Producción sancionara con una multa a una fábrica de cartón por incumplimiento de no declarar el estado de sus estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles, las multas y compensaciones derivadas del procedimiento administrativo podrían ser derivadas a un arbitraje de derecho.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), hoy en día adolece de un problema por cuanto sus resoluciones administrativas sancionadoras son apeladas ante un proceso contencioso administrativo en la vía judicial. Consideramos que se podría aplicar el arbitraje ambiental administrativo en estos supuestos, a fin de que un tribunal arbitral especializado pueda conocer esta controversia entre las empresas sancionadas y el OEFA (Ministerio del Ambiente).

A manera de referencia del rol que cumple el OEFA, se podría resaltar la multa de 56 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), equivalente a S/. 207 200.00, imputada a la Compañía Minera Antamina S.A., por infringir la legislación ambiental a consecuencia del derrame de cobre ocurrido el 25 de julio de 2012²⁴.

es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación.

22. Sentencia Caso 2003 -00002. Ecuador Vs. Texaco.

23. VIDAL RAMOS, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil/Lex & Iuris, pp. 184-290.

24. Ver: <<http://www.oefa.gob.pe/?p=26889>>

Lima, 5 de junio de 2013.- Mediante Resolución Directoral 262-2013-OEFA/DFSAL, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA sancionó con una multa de 56 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), equivalente a S/. 207 200.00 a Compañía Minera Antamina S.A., la cual le fue impuesta por infringir la legislación ambiental a consecuencia del derrame de cobre ocurrido el 25 de julio de 2012, a la altura del kilómetro 110 de la ruta Pativilca-Conococha, en el caserio Santa Rosa, perteneciente al distrito de Cajacay, provincia de Bolognesi, departamento de Ancash. Del derrame de las 45 toneladas de cobre, producto de la rotura del codo de una tubería en la estación de válvulas VS-01 del mineroducto de la Compañía Minera Antamina, tres toneladas de mineral impactaron negativamente en el ambiente, ocasionando problemas ambientales sobre el suelo natural y flora, como árboles de eucalipto y pino, los cuales tuvieron que ser talados. El titular minero fue sancionado por esta infracción con una multa de 50 UIT, al haberse determinado la existencia de daño ambiental. Asimismo, la compañía minera no cumplió con proporcionar de manera completa los datos e información del accidente ambiental, ni con adecuar la comunicación presentada al OEFA al formato de reporte de emergencias (Formato 3 "Aviso de Accidente Ambiental"), por lo que además se le sancionó con una multa ascendente a 6 UIT.

3. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales

Es factible poder resolver cualquier controversia que surja de la ejecución e implementación de los contratos, desde el acceso al recurso natural y en forma posterior a su aprovechamiento.

A nuestro entender, éstas podrían generarse por discrepancias derivadas de concesiones forestales, concesiones mineras y otorgamiento de licencias y contratos para la explotación de hidrocarburos.

Según el profesor Blanco Uribe²⁵, al tratar el tema de la responsabilidad civil contractual en materia ambiental proveniente del incumplimiento de un contrato en el cual se ha pactado una cláusula de arbitramento, el conflicto estaría siendo resuelto por el tribunal que se designe para estos fines.

4. Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP)

Sin duda alguna, el derecho de propiedad y las áreas naturales protegidas representan un problema de primordial importancia, por cuanto la falta de catastro forestal, condiciones perjudiciales y agrestes de la geografía nacional, la falta de coordinación entre el gobierno central y los gobiernos locales-regionales, son la causa de que se proponga la creación de áreas naturales protegidas en lugares donde existen derechos de propiedad otorgados con mucha anticipación.

Esto deviene siempre en numerosos problemas administrativos y judiciales.

En países con una selva muy extensa, colmada de biodiversidad y con pocas informaciones de

coordenadas geográficas tal como lo podría ser Perú y Brasil, surge siempre la posibilidad que surjan conflictos y superposiciones de derechos con las establecidas áreas naturales protegidas, y otros derechos de propiedad de personas jurídicas o naturales.

Sobre este tema en particular, el Tribunal Constitucional se pronunció en una sentencia sobre el Expediente 03343-2007-PA/TC, proceso que versa sobre una interposición de una demanda de amparo en protección de un área de conservación regional en contra de las actividades de exploración y posible posterior explotación petrolera por parte de un consorcio empresarial²⁶.

La sentencia del Tribunal trae consigo muchas interrogantes y disyuntivas desde dos ópticas. La primera de ellas referida a la importancia estratégica y territorial del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera la importancia de proteger las reservas de agua, la biodiversidad y la protección de la propiedad e identidad de las comunidades indígenas y, la segunda posición se enmarca en la defensa del derecho preexistente del Consorcio Petrolero demandado, en su interés de desarrollar sus actividades de exploración y explotación petrolera y, el interés del Estado de brindar seguridad jurídica a las diversas inversiones en actividades extractivas.

5. Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles

Consideramos que los incisos d) y e) del artículo 152 de la LGA vienen a tener la misma finalidad, en el sentido de que los dos buscan tener competencias arbitrales respecto a los conflictos sobre superposición de derechos e incompatibilidades y, frente aquellas formas de limitación del derecho de propiedad frente a la preexistencia o creación de un área natural protegida.

25. GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 259.

26. VIDAL RAMOS, Roger. "Las áreas naturales protegidas y las actividades en Hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera". En *Gaceta Constitucional*. Tomo 22. Lima: 2009, pp. 338-339.

En los últimos años son numerosos los conflictos que se presentan por la superposición de derecho sobre concesiones sobre los recursos naturales frente a áreas naturales protegidas, los cuales, de no tener una especializada y rápida solución, estamos seguros de que conllevarán a inseguridad jurídica en nuestro país.

Inevitablemente, todo conflicto ambiental y superposición de derecho sobre recursos naturales sólo genera falta de seguridad jurídica.

El otorgamiento o la asignación de derechos reales siguen generando en el Perú seria susceptibilidad, donde no sólo las empresas como las de hidrocarburos reclaman sus derechos otorgados sobre los recursos naturales frente a lo que consideran un clima de inestabilidad jurídica, sino que esto también se extiende a otras actividades, en donde concesionarios mineros o madereros, de conservación o de ecoturismo, ven amenazada su inversión por el otorgamiento de derechos superpuestos a los suyos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones frente al Estado²⁷.

El Estado está obligado a brindar seguridad jurídica a las compañías que invierten en actividades extractivas. De no ser coherente con esta política de promover las inversiones y ser el Estado el primer interesado en establecer sólidos lazos entre las inversiones y las políticas ambientales (nacionales y regionales), se podría estar abriendo "la caja de Pandora" y dejando abiertas innumerables posibilidades de desconocimiento total de los derechos adquiridos en recursos naturales por parte de sus titulares o la población, por la creación de cualquier ANP, sea cual sea su modalidad en forma posterior a la concesión minera o al contrato de exploración en hidrocarburos.

¿Qué sucedería si los municipios, en ejercicio de sus facultades ambientales, deciden conformar una nueva área de conservación municipal o, por voluntad política de los gobiernos regiona-

les, conformar un área de conservación regional, en un lugar donde existe un petitorio minero o un contrato de exploración de petróleo o gas?

Estamos seguros de que estos supuestos representarían una señal de inseguridad jurídica que repercutiría seriamente en las actividades extractivas, en desmedro de las inversiones en beneficio del país.

VI. LÍMITES DEL LAUDO

El tribunal arbitral tiene una prohibición de laudar en contra de la normatividad ambiental vigente, impidiendo la modificación de Límites Máximos Permisibles (LMPs), Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y otros instrumentos de gestión ambiental. El tribunal tiene que fundamentar y motivar el laudo, primero aplicando en todo el proceso arbitral el principio de legalidad, y segundo, cumpliendo con laudar en base a la numerosa normativa ambiental sectorizada y del Ministerio del Ambiente. Lo ideal sería emitir un laudo debidamente motivado en estricta sujeción a la normativa ambiental vigente y el conjunto de tratados internacionales de protección al medio ambiente y los recursos naturales.

Otro punto que se tiene que considerar al momento de laudar y durante el proceso arbitral, es que no se puede modificar los ECAs y los LMPs, por cuanto son los márgenes tolerables que se deben tener en cuenta para efectuar actividades industriales, y los mismos son considerados como las expectativas de mejoramiento de las condiciones ambientales.

De no existir normativa ambiental, límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental u otro mecanismo de gestión ambiental, en forma excepcional, serían de aplicación los principios del Derecho Internacional Ambiental, siempre que medie un acuerdo entre las partes, o en ausencia de dicho acuerdo entre las partes, se estaría a lo propuesto por el Ministerio del Ambiente.

27. *Ídem*, p. 347.

Otra disposición de "acuerdo común" se encuentra prevista en el artículo 153.2 de la LGA, la misma que señala lo siguiente:

"De igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, quien deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente."

En atención a lo anterior, podríamos destacar que esta norma permitiría que las partes afectadas puedan estar en posición de establecer compromisos de adecuación a normas ambientales, siempre que cuenten con la participación y aprobación del Ministerio del Ambiente.

Por los puntos descritos, el laudo en materia ambiental deberá de conservar criterios esenciales, como los derechos ambientales fundamentales y tutela de los derechos difusos, por lo que se estaría predisponiendo el diseño de un laudo con observancia estricta de las normativas ambientales y a la vez depositando una plena confianza en la alta especialidad en derecho ambiental de los árbitros, que se podrá evidenciar en un correcto criterio de interpretación de los hechos, medios probatorios y fundamentos legales de las partes procesales.

VII. ERIN BROCKOVICH

La recordada y taquillera película "Erin Brockovich" (Julia Roberts), relata la historia de la investigación realizada por Erin, quien no es abogada y solamente impulsada por la injusticia que presencia al constatar los engaños urdidos por la empresa causante de daños ambientales colectivos o difusos (Pacific Gas & Electric). Para que los habitantes de la zona descubran la contaminación, inicia una investigación exhaustiva que la llevará a descubrir que se trata

de una contaminación gigantesca, que afecta a centenares de personas y que estaría generado daños a la salud y muertes.

Con brillante astucia, esfuerzo y persuasión, Erin logra obtener la confianza de todas las personas que sufrían en forma prolongada los daños ambientales y logra conseguir las primeras evidencias (testimonios, informes internos de la empresa e información personal) de que la actividad contaminante causa enfermedades cancerígenas generadas por el agua.

A pesar de la nula experiencia en controversias ambientales del abogado y Erin, y la falta de recursos económicos que financie el largo litigio judicial, éstos logran concretar una alianza estratégica al unirse a una firma de abogados que sí podrían brindar el soporte legal ambiental y económico en un proceso de tutela de derechos difusos por la acción de clase (*class action*).

Casi al término de la película es que, por acuerdo de los abogados, se opta por acudir a un arbitraje ambiental a fin de que el litigio pueda tener mayor especialidad y celeridad. El tribunal arbitral otorgó una cifra indemnizatoria sin precedentes.

El caso llega a final (¿feliz?) cuando, conseguido el consenso con la clase, las partes se someten a un arbitraje voluntario vinculante (*binding voluntary arbitration*) para medir los daños y la cuantía de la reparación. En realidad lo que hacen es someter a un juez la determinación de la indemnización, sin jurado. El monto final es de US\$ 333, 000, 000, repartidos entre las distintas personas (alrededor de 600). ¿Por qué los signos de pregunta en "feliz"? Porque como en la mayoría de los juicios por daños, la reparación se estima en dinero, pero el "daño" no es reparable. A la familia que dio origen al caso le tocaron US\$ 5 millones ("suficiente para que puedan vivir sin problemas ustedes, sus hijos, y los hijos de sus hijos"), pero a la mujer que perdió el útero nadie se lo devolvió²⁸.

28. <http://www.actioliberalincausa.com.ar/2010/09/cine-y-derecho-erin-brockovich-2000_08.html>.

La película simboliza hechos que prestan una connotación real: las actividades industriales (mineras, hidrocarburos, nucleares, manufactureras o afines) pueden en cualquier momento desencadenar en actividades contaminantes que hagan necesario acudir a una justicia especializada y con celeridad frente a la prevención o indemnización de los daños ambientales. Puesto que sería muy complicado y oneroso que la justicia tradicional (Poder Judicial) que ofrece el Estado pueda otorgar una tutela ambiental adecuada. Es por esta razón que el arbitraje ambiental representa un mecanismo de solución de controversias ambientales vigente y especializado al que se podría acudir en supuestos de suscitarse daños ambientales patrimoniales, sean individuales o colectivos.

VIII. CONCLUSIONES

- Existe una necesidad apremiante de institucionalizar el arbitraje ambiental administrativo en el Perú y otros países, que permita constituir un mecanismo de solución de controversias ambientales, ante la constante generación de diversos conflictos socioambientales que representa graves problemas entre sus principales actores: el Estado, las comunidades (campesinas, nativas y sociedad civil) y las empresas extractivas y diferentes industrias.
- El arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos, que podría generar mayor seguridad jurídica a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados.
- El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales podría representar una vía administrativa que coadyuve a que los conflictos ambientales puedan tener en un primer momento el acercamiento inmediato entre los actores directos del conflicto, y segundo, que el conocimiento de este conflicto ambiental tenga la presencia y

participación de un conjunto de profesionales (abogados, ingenieros, médicos, psicólogos, sociólogos, etc.) que, junto a la conformación de un tribunal arbitral con árbitros especializados en derecho ambiental, permitan que la emisión del laudo arbitral tenga la rigurosidad y especialidad por el conocimiento del conflicto ambiental.

- El OEFA (entidad autónoma del Ministerio del Ambiente), presenta una dificultad por cuanto sus resoluciones administrativas sancionadoras son apeladas ante un Proceso Contencioso Administrativo en la vía judicial; razón por la cual surge la necesidad, ante estos supuestos, de recurrir al arbitraje ambiental administrativo, a fin de que un tribunal arbitral especializado pueda conocer esta controversia entre las empresas sancionadas y el OEFA. De esta forma, el tribunal arbitral puede determinar si el fallo administrativo presentó vulneraciones al debido procedimiento, o si adolece de una defectuosa motivación o indebida interpretación de la normativa ambiental.
- La conformación de un tribunal especializado en derecho ambiental podrá lograr la reducción de los extensos años de litigio en la vía judicial sobre materia ambiental. De esta forma se estaría coadyuvando en la aplicación del principio de acceso y generación de la justicia ambiental regulado en el título preliminar de la LGA.
- El arbitraje ambiental podrá representar una ventaja y protección del prestigio de las Empresas o Compañías Industriales y Extractivas, debido a que la información sobre los discutidos daños ambientales, por el principio de confidencialidad del arbitraje, no podría filtrarse de las diversas actividades procesales. De esta manera, se estaría conservando una buena imagen corporativa frente a las poblaciones, la sociedad y el Estado.