

# Reflexiones sobre la Resolución Alternativa de Conflicto (ADR) en los Estados Unidos de América: su virtualidad en el Derecho Ambiental\*

ANTONIO JOSÉ SÁNCHEZ SÁEZ

*Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público.  
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (ADR) EN EL DERECHO AMBIENTAL NORTEAMERICANO. III. ALGUNAS CAUSAS DE ENCADENANTES DEL EMPLEO DE FÓRMULAS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS: A) Causas; B) Algunos argumentos a favor; C) Algunos argumentos en contra. IV. EL MARCO NORMATIVO DE LA ADR PARA LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS: A) En particular, el del Arbitraje administrativo. V. EL SOMETIMIENTO A ADR DE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR LA ACTIVIDAD DE LA E.P.A. (*ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY*): A) En general; B) El empleo de técnicas de ADR para la solución de problemas ambientales dentro de la *Superfund Act*. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN.

El recurso al Derecho Administrativo de los EE.UU. suele ser visto con recelo por los investigadores del viejo continente. Se aduce —no sin cierta razón— que las peculiaridades del Ordenamiento jurídico norteamericano son demasiadas como para alumbrar un parámetro fiable de comparación con el derecho público europeo, que ha tenido, desde siempre, el timón del Consejo de Estado francés. En efecto, la tradición del “common law”, las diferencias de la organización administrativa (basadas no en un esquema jerarquizado de tipo napoleónico-weberiano sino en una red de Agencias independientes y especializadas), la flexibilidad con que los tribunales recrean principios que en Europa son tratados como dogmas (revisión judicial, soberanía, potestades administrativas), la ausencia de una jurisdicción contenciosa en sentido estricto, así como la importancia concedida al derecho nacido del foro (*case law*), hacen del Derecho Administrativo de los Estados Unidos un *quid alltud* que pocas veces sirve de espejo para buscar soluciones a problemas comunes.

Esos temores se desvanecen sobremanera cuando hablamos del Derecho Ambiental. En esta concreta rama del Derecho Administrativo norteamericano encuentra la Unión Europea y sus países integrantes savia nueva en la que vivificar sus cansados miembros. Las experiencias estadounidenses acaban trasladándose irremediamente a nuestro derecho con la sencilla naturalidad que supone el

---

\*Agradecemos al Profesor Cary Coglianese (profesor de Policía Ambiental de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Harvard) sus comentarios a esta comunicación y su ayuda logística *in situ* para acceder a algunas de las fuentes que nos han permitido escribirlo.

reconocimiento de su supremacía en la ordenación jurídica del entorno. Avances tan importantes como el control integral del ciclo de la contaminación, el régimen jurídico de los espacios protegidos, la evaluación de impacto ambiental o la comercialización de derechos de emisión han sido o están siendo adoptados con éxito en nuestros países<sup>1</sup>. A esa pléyade de instituciones y figuras pertenece también la resolución extrajudicial de conflictos ambientales, de clara filiación norteamericana y cuyo injerto en nuestro Derecho Administrativo está siendo más traumático, por traer causa de un replanteamiento del Derecho Administrativo basado más en la autorregulación, la participación de los administrados y la colaboración con los particulares que en la imposición de sanciones o en la legiferación clásica.

En particular, el encaje de esta segunda migración de instrumentos de tutela basados en la cooperación de los particulares (los acuerdos voluntarios entre ellos) está resultando más complicado en el Derecho Público patrio, de honda raigambre francesa y asentado en los pilares rocosos de la indisponibilidad de las potestades administrativas y en la exclusividad del control de la Administración por los Tribunales de Justicia<sup>2</sup>.

## II. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (ADR) EN EL DERECHO AMBIENTAL NORTEAMERICANO.

A pesar de que el empleo del arbitraje fue inicialmente visto, desde finales del siglo XVII, tanto por los jueces ingleses como por los de las colonias norteamericanas, como una intromisión (*encroachment*) en la jurisdicción de los Tribunales<sup>3</sup>, los antecedentes de la aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos ambientales pueden cifrarse, para los Estados Unidos, en el arbitraje y mediación empleados en materia de seguros, divorcio y derecho penal<sup>4</sup>. Actualmente, su empleo

<sup>1</sup> Este último mecanismo, en el que se pueden cifrar todas las esencias de la política ambiental estadounidense, está en pleno proceso de importación, como lo demuestra el debate abierto por el Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea (Bruselas, 08.03.2.000, COM(2000) 87 final), que pretende implantar el sistema en el ámbito comunitario a partir de 2.005.

<sup>2</sup> El impacto que ya están produciendo en Europa los instrumentos paccionados de protección ambiental (acuerdos voluntarios, convenios o reglamentación paccionada) no se explica con esa misma lógica, ya que los primeros intentos fueron franceses y alemanes, paradójicamente, en los años setenta y ochenta. Eso sí, su potencialidad se ha visto enormemente incrementada en los Estados Unidos, donde estos instrumentos han encontrado el caldo de cultivo propicio para desarrollarse, liberados de los frenos del estricto Derecho Administrativo continental, y cuyos efluvios nos llegan ahora incrementados y transformados.

<sup>3</sup> Vid. CARBONNEAU, T. E., *Arbitral Justice: The Demise of Due Process in American Law*, Tulane Law Review, n.º 70, págs. 1.945 a 1.947, 1.995, donde indica que, todavía en el siglo XIX, el arbitraje se consideraba como un "remedio bastardo, incapaz de ser integrado en la respetable familia de la jurisdicción".

<sup>4</sup> El arbitraje de seguros data de 1.817, fecha en que el *New York Exchange Constitution* preveía la solución de conflictos fuera de los Tribunales. Posteriormente, la *Federal Arbitration Act* de 1.925 concedía validez a las cláusulas de sometimiento a arbitraje en los contratos de seguros. Respecto a su empleo en el derecho penal, baste decir que en 1.993, se resolvieron a través de mediación 16.500 casos en los Estados Unidos, en el seno del Programa *Victime-Offender Mediation* (VOM), al que pueden acogerse los delincuentes juveniles, incluso en delitos de robo a mano armada o de sangre (*felonies*). Junto

[continúa]

se ha hecho extremadamente popular en el derecho laboral y parece que la fiebre de la resolución alternativa de conflictos (comúnmente conocida como ADR: *Alternative Dispute Resolution*) se va extendiendo a otros campos, como el derecho de la propiedad intelectual<sup>5</sup>, y a los pequeños problemas surgidos en colegios, prisiones, hospitales, relaciones entre razas y otros conflictos de comunidades<sup>6</sup>.

Debemos dejar claro que con el acrónimo ADR se hace referencia tanto a conflictos entre particulares como a aquéllos en que una de las partes es una Administración. Aunque en esta comunicación nos centremos en estos segundos, la construcción jurídica es compartida en ambos casos y, lo que es más, la resolución extrajudicial de conflictos tiene su origen en los pleitos puramente civiles.

Los orígenes de la ADR en sede ambiental son relativamente recientes. Su utilización comienza a ser habitual desde los primeros años de la década de los setenta, una vez que los prácticos del derecho se hicieron eco del éxito que su uso estaba teniendo, por ejemplo, en el derecho laboral. Uno de los primeros ejemplos de mediación ambiental fue el caso *Snoqualmie River*, de 1.974<sup>7</sup>. Otra experiencia parecida se dio en 1.962, en el caso *Scenic Hudson Preservation Conference v. FPC (Federal Power Commission)*, 354 F.2d 608 (2d Cir. 1965), en el que tres asociaciones ambientales, cuatro Agencias públicas y cinco compañías eléctricas se enfrentaron durante 17 años por la construcción de una central hidroeléctrica en las faldas de la Montaña Storm King. La FPC había concedido la licencia, pero los ciudadanos se oponían por las implicaciones ecológicas de la obra. La solución, tras eternizarse en los Tribunales, llegó de una mediación planteada ante el presidente de la WWF, y antiguo miembro de la EPA (la Agencia de Protección del Medio Ambiente), en la que ambas partes realizaron concesiones<sup>8</sup>.

Un tercer ejemplo de las primeras ADR en materia ambiental lo constituye el caso *Footbills*, resuelto mediante mediación en 1.980, pero datando el litigio de

[continuación]

con su empleo en cuestiones de divorcio, conforman un campo abonado para la ADR, si bien parte de su éxito se explica por tratarse de cuestiones inter privados, sin los impedimentos que después encontraría el sometimiento a ADR de la actuación de las Administraciones. Sobre los orígenes del arbitraje en aquellos campos, véase, a. ex., URBAN GUILL, T., *A Framework for Understanding and Using ADR*, Tulane Law Review, n.º 71, marzo 1.997, págs. 1.313-1.331.

<sup>5</sup> El uso de las diferentes técnicas de ADR se ha multiplicado en los últimos años en los EE.UU. Se estima que sólo el 4% de los casos penales y entre un 5 a un 10% de los civiles acaban en los Tribunales. El resto son finiquitados mediante negociaciones y transacciones, intra o extraprocesalmente. El dato lo da BLOMQUIST, R. F., *Some (Mostly) Theoretical and (Very Brief) Pragmatic Observations on Environmental Alternative Dispute Resolution In America*, Valparaiso University Law Review, n.º 34, 2.000, en la nota n.º 12, citando a Carolyne Kleiner.

<sup>6</sup> Vid. LAKE, L. M., *Characterizing Environmental Mediation*, en *Environmental Mediation: The Search for Consensus*, editado por la autora, West View Press, Boulder (Colorado), 1.980, pág. 60, reseñando la última incorporación del derecho ambiental al empleo de técnicas de ADR.

<sup>7</sup> En el que se enfrentaron el Cuerpo de Ingenieros de los EE.UU. y los ciudadanos y grupos ambientales del entorno de este río (apoyados por el gobernador de Washington), por el deseo de aquél de construir un dique para evitar las inundaciones. Una de las primeras instituciones privadas que patrocinaron la mediación fue la conocida Fundación Rockefeller, de Nueva York.

<sup>8</sup> Para una mayor profundización sobre los antecedentes y el iter procesal de este importante hito del éxito de la ADR en las lides ambientales, puede consultarse la importante obra de GRAD, F. P., y MINTZ, J. A., *Environmental Law*, Lexis Publishing, fourth edition, 2.000, págs. 1.167-1.179.

1.972. Aquí una Agencia, la *Denver Water Board* (DWB), propuso construir una planta de tratamiento de aguas cerca de Denver, Colorado. La iniciativa fue contestada por los ciudadanos, el Cuerpo de Ingenieros y la propia EPA, por sus consecuencias para el entorno. La complejidad de la situación fue tal, que durante la contienda, que duró ocho años, dos diferentes Agencias federales aprobaron cuatro distintas evaluaciones de impacto, y seis Agencias más se enfrentaron incluso internamente, como también hicieron entre sí otras Agencias estatales y locales<sup>9</sup>.

Nótese que en los tres casos citados, a pesar de tratarse de conflictos nacidos de actos administrativos, la ADR no se sujeta a ninguna normativa administrativa especial, al ser ésta aún inexistente en las fechas en que surgieron tales altercados. Nos encontramos en una situación de quasi-alegalidad, en la que la flexibilidad y la informalidad de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos fue la nota predominante hasta que se aprobó la Ley de Resolución de Conflictos Administrativos, en 1.990, que encauza por el camino del derecho los contenciosos ambientales en los que participe una Administración, y a cuya solución se llegue lejos del foro. En efecto, la *Administrative Dispute Resolution Act* (5, U.S.C., que se refundió en 1.994 en el Código de los Estados Unidos, al que añadió los artículos 571 a 583) fue aprobada junto con la Ley de Normativa Negociada (*Negotiated Rulemaking Act*, también de 1.990, que hizo lo propio en 1.994, añadiendo a dicho Código los arts. 561-570)<sup>10</sup>.

Con anterioridad, la norma más conocida que invocaba el uso de la ADR para cuestiones ambientales de la Administración era la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, de 1.986 (S.A.R.A.), que modificaba la *Comprehensive Environmental Compensation, Response, and Liability Act*, de 1.980 (CERCLA), y cuya virtualidad veremos más adelante.

Actualmente, casi todos los Estados tienen su propia Ley de ADR. Además, han sido varias las Agencias y Departamentos que han adoptado o están en vías de adoptar sus propias normas reglamentarias al respecto, como la propia EPA o los Departamentos de Justicia, Interior o de Defensa, y cuya aprobación ha sido impulsada por la Fiscal General de los EE.UU., Janet Reno, inspirada, sin duda, por el énfasis que el presidente Clinton pusiera en desarrollar una política ambiental de colaboración, no de confrontación (“collaboration, not confrontation”)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Para RYAN, M., *Alternative Dispute Resolution In Environmental Cases: Friend Or Foe?*, *Tulane Environmental Law Journal*, n.º. 10, 1.997, págs. 404 y 405, que ha glosado en profundidad los casos citados, el éxito obtenido en estas iniciales situaciones ha sido fundamental para que, tanto la Federación como los Estados se decidieran a aprobar sus legislaciones sobre ADR.

<sup>10</sup> A ese momento esencial de la legislación norteamericana, que ya dejaba traslucir el nuevo cariz que la Administración ambiental estaba tomando hacia la pactación y el consenso, sucedieron varias leyes estatales sobre ADR, como la de Massachusetts, Rhode Island, Virginia o Wisconsin, toda ellas de 1.996, para la limpieza de lugares contaminados. En el primer Estado citado, la resolución de conflictos ambientales mediante ADR se ha institucionalizado de tal manera que existe un prestigioso Programa de entrenamiento de mediadores y árbitros en el Massachusetts Institute of Technology (Boston), dirigido por el profesor Lawrence Susskind, y cuya merecida fama he tenido la suerte de conocer. Se puede decir que, en general, es en toda Nueva Inglaterra donde la ADR ambiental está más desarrollada en los EE.UU.

<sup>11</sup> Instigado, sin duda, por el vicepresidente Al Gore, ambientalista convencido, quien recomendó en septiembre de 1.993 a las Agencias Federales que “incrementaran el uso de medios alternativos de resolución de conflictos”. *National Performance Review, Recommendation RED06*, sept., 7, 1.993.

### III. ALGUNAS CAUSAS DESENCADENANTES DEL EMPLEO DE FÓRMULAS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.

#### A) Causas.

A pesar de que la extensión de las técnicas de solución alternativa de conflictos ha sido un proceso lento, con los antecedentes y orígenes explicados, podemos decir sin temor a equivocarnos que no es sino hasta los comienzos de la década de los ochenta cuando la inicial animosidad judicial hacia estas fórmulas facultativas de auto y heterocomposición se ha visto despejado definitivamente. A ello ha coadyuvado, sin duda, la emanación de una normativa *ad hoc* y la comprobación experimental de algunas de sus indudables ventajas. Retenemos, sin embargo, que las razones primordiales del aumento de su uso han sido las mismas que han provocado las quejas y el descrédito hacia la administración tradicional de justicia en litigios relacionados con la protección del Medio Ambiente.

La mayoría de ellas son sentidas de manera general también en los sistemas jurisdiccionales europeos. Podemos resaltar las siguientes:

1. El “atasco” de casos ante los Tribunales, provocada, a su vez, por la lentitud con que actúan y por la cantidad de acciones de todo tipo que se interponen: la existencia de acciones populares y de clase incluidas en casi todas las leyes estatales y federales hacen que cada Ley o reglamento sea sistemáticamente recurrido por la asociación o la profesión de turno, lo que ralentiza la resolución del resto de demandas. La legitimación de los *lobbies* es una peculiaridad del sistema norteamericano, que implica que un grupo de ciudadanos busque la complicidad de un sector o partido del Parlamento para que éste haga suya la causa y acose, hasta derribarla, una determinada actuación del Presidente o de su Administración. En ayuda de esta litigiosidad crónica del sistema normativo de las Agencias ha venido la *Negotiated Rulemaking Act* de 1.990, ya citada, que intenta pactar los reglamentos antes de que estos sean aprobados, pero cuyos resultados, hasta ahora, están dejando mucho que desear<sup>12</sup>.
2. La complejidad de los asuntos es una de las características comúnmente asumidas de las cuestiones ambientales de hoy en día: varias Agencias pueden tener competencias superpuestas sobre un mismo bien jurídico a proteger. A ello hay que añadir la tensión entre Medio Ambiente y desarrollo, que en los

<sup>12</sup> Se da aquí la paradoja de que la mayoría de las normas negociadas en consenso han supuesto un aumento de la litigiosidad. Ello se explica desde la perspectiva de las expectativas creadas por la misma. Si el resultado final de las negociaciones no satisface a una de las partes o al público, que esperaba objetivos más elevados o extensos, la sensación de frustración o engaño se suele traducir en acciones procesales contra la norma. Cfr. COGLIANESE, C., *Rethinking Consensus: Is Agreement a Sound Basis for Regulatory Decisions?*, artículo presentado en la Conferencia *Environmental Contracts and Regulation: Comparative Approaches in Europe and the United States*, University of Pennsylvania Law School, septiembre 24-25, 1.999, pág. 9. Menos escéptico sobre la reducción de la litigiosidad de la normativa negociada, vid. STENSVAAG, J.-M., *Materials on Environmental Law*, American Casebook Series, editorial West Group, Saint Paul (Minnesota), 1.999, pág. 559.

EE.UU. se deja sentir especialmente dada la extrema sensibilidad ambiental del ciudadano medio norteamericano y el brutal desarrollo tecnológico a ultranza gracias al que ocupa el liderato económico mundial. Esta complejidad no se compadece demasiado bien con la justicia ordinaria, y ha encontrado en los especialistas y expertos de la mediación o del arbitraje a las personas idóneas para conocer y resolver asuntos demasiado técnicos para los jueces.

3. De manera paralela a la anterior característica se ha detectado también un aumento del número de partes que componen el litigio ambiental determinado. Grupos de ciudadanos enfrentados a la instalación de fábricas, asociaciones ambientalistas, partidos políticos y diferentes Agencias se ven las caras repetidamente en pleitos enormes, para los que los cauces ordinarios de participación de la justicia ordinaria se quedan pequeños, haciendo la composición de una solución justa cada vez más difícil<sup>13</sup>. La filosofía ganador-perdedor (*winner-loser*) de los Tribunales deja insatisfechas a muchas personas cada vez que se sentencia un conflicto, por lo que muchas veces las partes prefieren ceder algo en sus pretensiones pero acabar obteniendo un acuerdo que contente a la mayoría (*winner-winner*), cosa que generalmente es accesible más fácilmente a través de la ADR<sup>14</sup>.
4. Muchas veces, la ausencia de intereses públicos importantes en juego hace del foro un lugar demasiado rígido para que las partes negocien adecuadamente sus intereses, incluso cuando una de ellas es una Agencia, como los relativos a la propiedad privada<sup>15</sup>.
5. Los altos honorarios de los abogados en EE.UU. es también un factor disuasivo del sometimiento de un pleito ante los Tribunales. Los abogados especializados en temas ambientales suelen cobrar sumas exorbitantes, y sus remuneraciones suelen escapar del presupuesto, por ejemplo, de los vecinos o de las ONGs ambientalistas, que se ven abocadas a emplear la ADR<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Sobre la influencia de este rasgo endémico de los problemas ambientales, véase BINGHAM, G., *Resolving Environmental Disputes. A decade of Experience*, The Conservation Foundation, Washington, 1.986, págs. 78-80. Para este autor, la atomización de los intereses e interesados ambientales complica la pacificación de la litigiosidad de la actividad administrativa, así como su correcta representatividad en todos los foros, entre ellos, los de la ADR.

<sup>14</sup> Hay autores que, sin embargo, entienden que también gana en fiabilidad y se compatibiliza mejor la mediación la existencia de pocas partes, perfectamente representadas, como SUSSKIND, L., BACOW, L. y WHELER, M. (editores), *Resolving Environmental Regulatory Disputes*, Schenkman Publishing Company, 1.983, Cambridge, Massachusetts, pág. 152. Según estos autores, junto a estos requisitos iniciales, se dan otros factores más accesorios -pero no por ello menos determinantes- catalizadores del éxito de la ADR, como la participación en las conversaciones de personalidades, que generan un clima de confianza en la validez del proceso. Para HAGER, G., *Legal Theory of Voluntary Agreements in the Field of the Environment*, CAVA Working Paper n.º 2.000/2/14, Bruselas, febrero de 2.000, págs. 5 y 6, los conflictos más susceptibles de emplear la ADR son los por él llamados "conflictos policéntricos", esto es, que tratan de dilucidar problemas que pueden resolverse de muchas formas diferentes, no sólo de dos (dándole la razón a uno o a otro contendientes).

<sup>15</sup> Vid. URBAN GUILL, T., *A Framework for...*, opus cit., pág. 1.333.

<sup>16</sup> Cfr. BLOMQUIST, R. E., *Some (Mostly) Theoretical and (Very Brief) Pragmatic Observations...*, opus cit., pág. 357, que asiente ante la evidencia de la causa apuntada, si bien relativiza la supuesta baratura de la ADR, en la que se suelen emplear también a abogados y expertos, a lo que se suma la remuneración debida al árbitro o mediador.

6. El exceso de publicidad al que están sometidas las decisiones ambientales por parte de los medios de comunicación es contraproducente para que las pretensiones de las grandes empresas se suavicen. Está demostrado que la confidencialidad que otorgan los procedimientos alternativos suele ser un lenitivo para que las partes lleguen a acuerdos cuando el problema de fondo es delicado o sensible para una compañía o sociedad.
7. El escaso conocimiento de la realidad social y ecológica de una comunidad concreta, en un país tan vasto como los EE.UU., especialmente cuando el litigio se reduce a problemas locales, incita a las partes a acudir a terceras personas más relacionadas con ese entorno, en la confianza que la decisión, forzosamente, ha de ser más justa<sup>17</sup>.

## B) Algunos argumentos a favor.

Una vez decantadas algunas posibles razones que han provocado una cierta huida de los Tribunales de los conflictos ambientales, estamos en condiciones de citar brevemente (el limitado marco de esta comunicación así lo demanda) varios argumentos que han despejado las dudas que pesaban sobre las técnicas de ADR, y que sumadas a las anteriores han llevado a algún autor a hablar de que en estos momentos la excepción (la ADR) se ha convertido en la regla general de terminación de los conflictos relacionados con la protección del Medio Ambiente<sup>18</sup>.

Uno de esos argumentos es que con la ADR se limita el tiempo del que se dispone para llegar a un acuerdo, lo cual no es cosa baladí teniendo en cuenta la urgencia que suelen llevar aparejados los problemas ambientales, cuya reversibilidad depende en gran medida de la prontitud de la respuesta tomada<sup>19</sup>. A éste podemos añadir la simplificación de las formalidades de intervención de las partes, que pueden intervenir al margen de las ajustadas normas procesales de réplica y súplica, y las limitaciones que ambas partes pueden pactar antes de que comience la ADR: cabe pactar los máximos a los que puede llegar el propio laudo -cosa impensable en la jurisdicción- o la admisibilidad de las pruebas, así como los hechos sobre los que cabe admitirlas, cosas que contribuyen a crear una mayor confianza y seguridad de las partes, relajando el clima de confrontación inicial. Sobre estas limitaciones ahondaremos más adelante.

<sup>17</sup> Es por ello por lo que los Colegios o Universidades donde se forman mediadores en cuestiones ambientales exigen un alto conocimiento de la realidad de las regiones y Comunidades del país. Vid. ALLEN, J. C., *Training Environmental Mediators: A Community-Based Approach*, en la obra colectiva BLACKBURN, W y BRUCE, W. M. (editores), *Mediating environmental conflicts: theory and practice*, Quorum Books, 1.995, págs. 51 y 52.

<sup>18</sup> Cfr. RUHL, J. B., *Alternative Dispute Resolution Symposium: Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System*, Brigham Young University Law Review, n.º 777, 1.997, pág. 785, in fine. En su opinión, el auge de la resolución extraprocesal de conflictos es tal que se podría decir que la forma alternativa de resolución de las disputas es ya la sentencia judicial, no la ADR.

<sup>19</sup> Vid. SMITH, D. R., *Rough Justice, "Fairness," and the Process of Environmental Mediation*, Valparaiso University Law Review, n.º 34, 2.000, pág. 374. Este autor abunda también en la necesidad de flexibilidad de los pleitos ambientales como otro argumento a favor de la ADR. *Ibidem*, pág. 374.

Además, frente a los estrictos requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo para admitir a juicio una acción privada que contravenga un acto o resolución administrativa en sede ambiental (haciendo depender la defensa de los valores ecológicos del Medio de la afectación de intereses económicos de los demandantes, las más veces), la ADR se alza como una instancia más informal de protección de los intereses ambientales en sentido estricto<sup>20</sup>.

### C) Algunos argumentos en contra.

Hasta aquí las bondades de la resolución extraprocesal de los conflictos ambientales, porque, aunque menos que en Europa, también existen autores que se muestran abiertamente hostiles a abandonar el sagrado altar de la justicia, institucionalizada como tercer poder del Estado, por las veleidades de una "justicia sin derecho", del sometimiento de cuestiones ambientales ante terceros no investidos de la púrpura judicial.

Entre ellos podemos citar a KIM DAYTON, a CARRIE MENKEL-MEADOW o a JOHN BLACKMAN. Estos autores argumentan, en resumidas cuentas, que los cacareados beneficios de la ADR se han exagerado, son ilusorios y responden a una generalización de los casos que han resultado exitosos<sup>21</sup>. Otro autor, DOUGLAS AMY, niega la mayor, y aduce recientes estudios para probar que los Tribunales no están tan sobrepasados de asuntos como oficialmente se dice<sup>22</sup>.

Más finamente, podemos citar el análisis realizado por MICHAEL MCCLOSLEY, en un artículo de reciente aparición<sup>23</sup>. En resumidas cuentas, este autor se muestra en contra de la cesión de soberanía que implica la salida de la justicia de los

<sup>20</sup> Para que un Tribunal se arrogue jurisdicción sobre un caso en que se ventilen intereses públicos de naturaleza ambiental, se exige que el daño producido (*injury*) sea actual o inminente, pudiendo ser físico, económico, estético, recreativo o de otra naturaleza ambiental (según la doctrina sentada en el caso *Sierra Club v. Morton*, 405 US 727, 2 ELR 20192 (1.972). Esto último ha venido siendo interpretado en sentido estricto, desde el momento en que se entiende insuficiente una reclamación en la que sólo se alegue que los recursos serán afectados por la actuación administrativa, disminuidos o perjudicados. Será necesario probar que se incide negativamente sobre un área de actual o necesaria utilización por determinadas personas, como se desprende de la doctrina del caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 112 Ct 2.130, 22 ELR 20.913, 20.196 (1.992) y *Wilderness Society v. Griles*, 824 F.2d 4, 12-16 (DC Cir 1.987). Sobre los requisitos de las demandas contra actos administrativos nocivos para el Medio Ambiente, vid. ROBINSON, D. y DUNKLEY, J. (editores), *Public Interest Perspectives in Environmental Law*, Chancery Law Publishing Ltd., Chichester, 1.95, págs. 12-16.

<sup>21</sup> Opiniones recogidas por RUHL, J. B., *Alternative Dispute Resolution Symposium...*, opus cit., nota 9.

<sup>22</sup> Vid. AMY, D., *The Politics of Environmental Mediation*, Columbia University Press, New York, 1.987, pág. 68. Bastante crítico con cualquier forma de ADR, llega a la conclusión, compartida por otros autores, que sólo un 10% de los casos ambientales de las Administraciones podrían ser resueltos a través de mediación, no sólo por sus limitaciones intrínsecas, sino por la alternancia en la Administración de republicanos y demócratas, con posturas opuestas al respecto (págs. 215 y 216).

<sup>23</sup> MCCLOSKEY, M., *Problems with using Collaboration to Shape Environmental Public Policy*. Puede resultar chocante -teniendo en cuenta el momento de euforia en el que se encuentran los partidarios de la ADR en los EE.UU.- la existencia de autores que se postulan tan claramente en contra de la administración de justicia ordinaria, teniendo en cuenta, además, que en este país no existe la tradición continental de salvaguarda a ultranza de los intereses públicos y demás dogmas del derecho Administrativo clásico. Sin embargo, no les falta razón en muchos de sus argumentos.

Tribunales. Además, refuta la atribuida bondad predicada de la ADR para facilitar la participación de los ciudadanos apelando a la claridad, si bien lenta, del proceso ordinario, a la publicidad que supone, a la inserción de los pronunciamientos judiciales (*adjudications*) en el sistema del precedente -que redundaría en el interés público y en la objetividad- y a la posibilidad de crear lobbies en defensa de una actuación administrativa que ponga en peligro la salvaguarda del Medio Ambiente<sup>24</sup>.

En la misma línea se mantiene CARY COGLIANESE, para quien el arbitraje supone una claudicación de los intereses administrativos en la medida en que suele implicar ciertas renunciaciones por parte de la Administración para llegar a un acuerdo (sobre todo cuando se trata de la mediación), que suele ser de mínimos<sup>25</sup>. NAPIER, más moderado, entiende que existen circunstancias que hacen aconsejable el arbitraje y otras que no. Entre éstas podemos cifrar: cuando subyacen en el conflicto grandes dosis de intereses públicos ambientales, cuando ése afecta a muchas personas de una misma zona, cuando la importancia del caso requiere que el conflicto trascienda a la sociedad (a través de los medios de comunicación), así como cuando la parte privada quiera acceder a todo el expediente administrativo en cuyo marco se encuadra la actuación recurrida, circunstancias todas ellas exclusivamente garantizables en un juicio<sup>26</sup>.

A estas críticas de fondo, añadiremos nosotros la posible subjetividad de los árbitros o mediadores, algunas veces tendenciosos, volubles, sometidos a presiones fortísimas de las multinacionales y generalmente carentes de la preparación jurídica necesaria para atender a la legalidad vigente, sin la cual los laudos arbitrales, por ejemplo, pueden ser apelados ante los Tribunales y anulados por éstos.

## IV. EL MARCO NORMATIVO DE LA ADR PARA LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS.

Ya hemos citado que fue la *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1.990, la ley que abrió las puertas del derecho a un arbitraje administrativo, entendido como una forma de resolución alternativa de los conflictos al margen de la jurisdiccional<sup>27</sup>. Esta norma fue sustituida seis años más tarde por la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1.996, más conocida por su acrónimo (ADRA), y que se

<sup>24</sup> *Ibidem*, págs. 13-16.

<sup>25</sup> COGLIANESE, C., *Assessing Consensus: The promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, *Duke Law Journal*, n.º 46, 1.997, págs. 1.309-1.310. A veces, pueden ser los propios ciudadanos los no interesados en negociar, intentando así, v. gr., retrasar una gran obra pública que estiman atenta contra su entorno. Vid. BACON, L. S., y WHEELER, M., *Environmental Dispute Resolution*, Plenum Press, New York, pág. 28, donde expone otros posibles obstáculos para negociar, como el no reconocimiento de la legitimidad de la otra parte o los costes en cesiones que pueden implicar las negociaciones.

<sup>26</sup> Vid. NAPIER, C., *The resolution of Commercial Environmental Disputes Using Mediation*, *International Company and Commercial Law Review*, volumen II, entrega 2ª, febrero de 2.000, pág. 50.

<sup>27</sup> Es, por tanto, el concepto estricto de arbitraje que sostiene caballero en nuestra doctrina LÓPEZ MENDUO, F., *Arbitraje y Derecho Público*, *Justicia Administrativa*, n.º 2, 2.000, pág. 7, y que denomina enfáticamente como "verdadero arbitraje", en oposición a lo que sería un arbitraje puramente sustitutivo de las vías de revisión del acto en sede administrativa.

ha integrado en el *United States Code* en los artículos 571 a 584. En lo referente al arbitraje, hay que citar, también, la Ley de Arbitraje Federal, que si bien se aprobó por vez primera en 1.925, integrándose en el Título IX del U.S.C. (arts. 1-14), ha sido sucesivamente reformada en 1.947, 1.954, 1.970, 1.988 y, por último, en 1.990. Está organizada en tres capítulos, de los cuales nos interesa el primero, de prescripciones generales, compuesto por 16 artículos. Los otros dos hacen referencia a la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos de Árbitros Extranjeros y a la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional. Otras normas más accesorias que informan el marco legal de la ADR en los EE.UU. han sido la *Uniform Arbitration Act*, de 1.955, y reformada un año más tarde, cuya principal virtualidad es la de estar sirviendo de inspiración para la aprobación de normas estatales de arbitraje, y la *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1.998, norma general que no tiene especificaciones propias para los pleitos extrajudiciales de la Administración. Por último, hemos de citar la *Civil Justice Reform Act* de 1.990, que autorizaba a los jueces de los Tribunales de Distrito a requerir a las partes a intentar la mediación antes de entablar el pleito<sup>28</sup>.

En el art. 571 (3) de la ADRA, se define la ADR como cualquier procedimiento que se emplee para resolver cuestiones en controversia, incluyéndose entre éstos, pero de manera no exhaustiva, la conciliación, la mediación, la facilitación, el *fact-finding*, los minijudicios, el arbitraje y el recurso a un *ombudsman*, así como cualquier combinación de éstos. Se aclara también en el punto 8 del mismo artículo que por desacuerdo se entenderá cualquiera que se produzca entre una Agencia y personas que serían sustancialmente afectadas por una decisión de éstas<sup>29</sup>.

Para que una Agencia pueda sujetar a ADR la resolución de un conflicto es necesario que a ello asienta el funcionario (generalmente de alta instancia) que tenga atribuida esa autoridad dentro de la misma (vid. art. 575). Al tratarse de métodos absolutamente voluntarios, en el que ambas partes deben consentir, puede traer causa de una cláusula contractual, de una petición de la parte privada que se siente afectada por la decisión administrativa, o a instancia de un juez, quien en un

<sup>28</sup> También, la Orden Ejecutiva n.º 12.988, 3, C.F.R. 157, 157, de 1.997, sobre Reforma de la Justicia Civil, promueve acuerdos y el empleo de técnica de ADR para mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

<sup>29</sup> El arbitraje implica la sumisión (generalmente vinculante) a un árbitro de la disputa, debiendo éste decidir el asunto, muchas veces basándose también en argumentos jurídicos; la mediación es otra forma de heterocomposición en la que el mediador se limita a asistir a las partes, pero sin tener autoridad para decidir el asunto por sí mismo, y facilitando, a través de un proceso formal, que las partes acuerden la solución, basada más en la equidad que en el derecho; la conciliación es una mediación más informal, en la que se intenta que el conciliador suavice las tensiones de las partes para que éstas lleguen a un acuerdo amistoso; la *facilitation* es muy parecida a la anterior y en ella el *facilitator* se abstiene de realizar contribuciones sustantivas para erigirse en mero espectador externo de las negociaciones, que puede reconducir en un momento dado si fuera necesario; la *fact-finding*, en la que el *fact-finder* trata de proponer una solución concreta a cada una de las cuestiones en litigio. Tiene un carácter no vinculante y supone un primer paso para posteriores mediaciones o arbitrajes; los *ombudsmen*, institución de origen escandinavo, como sabemos, que recibe quejas sobre la actividad de instituciones o Agencias, que investiga *per se*, para ponerlas de relieve ante las altas instancias administrativas, advirtiendo posibles soluciones a las mismas. Existen otras muchas técnicas de ADR, que pueden conocerse en BLOMQUIST, R. F., Some (Mostly) Theoretical and (Very Brief) Pragmatic Observations..., opus cit., nota 6ª.

proceso judicial ya entablado puede referir a ADR la resolución de una determinada cuestión en litigio, si lo estima conveniente. Tal voluntariedad tiene implícita una fase propedéutica en la que la propia Agencia se plantea acceder o no a la ADR. Algunos parámetros para la conformación de esa voluntad lo da la ley en su art. 572. Así, tratándose de cuestiones de autoridad, en que es importante que la solución quede como precedente de litigios parecidos, cuando el conflicto ventile importantes cuestiones de policía administrativa que requieran posteriores procedimientos antes de llegarse a una solución final, cuando se trate de mantener una actuación administrativa que se considera esencial para la Administración, cuando se afecte a personas que no sean partes en el procedimiento, cuando sea necesario el acceso del público al proceso o cuando se considere que la cuestión pendiente trae causa de una política de la Agencia sobre la que se quiere seguir manteniendo el control para poderla modificar según las circunstancias, no se debe someter una cuestión a ADR sino a la justicia ordinaria.

En lo tocante a los *neutrals* o terceras personas encargadas de facilitar la solución final (en la que se engloban todas las figuras conocidas como mediadores, árbitros, *facilitators*, *fact-finders*, etc.), podrán ser elegidos por las partes, de mutuo acuerdo, o encargarse su elección a una organización tercera, pública o privada. También cabe que se constituya un órgano colegiado (panel), dos de cuyos miembros son propuestos por cada una de las partes, que, a su vez, nombrarán a un tercero<sup>30</sup> (art. 573).

La confidencialidad es una de las características principales de cualquier forma de ADR a la que se someta la Administración. Ni las partes ni el tercero neutral pueden hacer públicas las declaraciones (communications) vertidas por las partes durante el proceso, a menos que consientan en ello, la resolución se haya hecho ya pública, lo exija una Ley o un juez estime que deba serlo para prevenir una injusticia, ayudar a esclarecer una violación de la ley o por razones de interés público (art. 574).

### A) En particular, el Arbitraje administrativo.

Los anteriores preceptos son totalmente aplicables al arbitraje, que es la forma de ADR más cercana a la administración de justicia por los Tribunales, ya que puede ser vinculante (adquiriendo la causa sobre la que recae el valor de cosa juzgada) y cuenta con especialidades propias de procedimiento (arts. 575-581) paralelas a un proceso ordinario, con asistencia y representación de letrado por cada parte y con fases de alegaciones y prueba, que encauzan los acontecimientos hacia la sujeción de la controversia a la decisión de un tercero, que además suele ser jurista. Muy recientemente ha visto la luz un documento informativo, que podríamos llamar Libro Blanco, redactado en el seno del Departamento de Justicia por el Consejo

<sup>30</sup> Para asuntos muy técnicos se prefiere este tipo de órganos, si bien tiene el inconveniente de encarecer mucho el procedimiento, con lo que desaparece una de las principales ventajas de la ADR en comparación con la administración normal de justicia ante los Tribunales. Los arbitrajes colegiados se conocen como party arbitrations.

Federal de Resolución Alternativa de Conflictos (*Federal ADR Council*), con entrada el 16 de agosto en el Registro Federal (volumen 65, número 159), que contiene, a su vez, dos importantísimos documentos para entender el estado actual del arbitraje administrativo en los EE.UU.:

1. Uno primero, que hace alusión a los principios nucleares sobre los Programas de Arbitraje no vinculante;
2. Uno segundo, más interesante aún, que desarrolla una Guía para el Arbitraje vinculante, que se erige como un Libro de Consulta para las Agencias Federales a la hora de emplear este medio concreto de ADR en sus propios ámbitos, según exige el art. 575 c) de la ADRA.

El *Federal ADR Council* es un grupo de oficiales de alto nivel de varias Agencias federales (14 en total), presididos por la Fiscal General Janet Reno (secundada por un vicepresidente, lo que hace un número de 16), y que tienen una función consultiva sobre ADR administrativo, a la vez que facilitan el aprendizaje y extensión del uso de la ADR entre las Administraciones Federales de los EE.UU.

A pesar de que el arbitraje vinculante ha sido sólo recientemente autorizado de manera general por la ADRA, la Ley de Resolución de Conflictos Administrativos de 1.990 institucionalizaba ya el empleo de las técnicas de ADR para la Administración, como medio sustitutivo del recurso a los Tribunales de Justicia. La ADRA, por tanto, legitima el empleo de la resolución extrajudicial de conflictos en los que participe una Administración, cualquiera que sea la materia administrativa en que se dé el litigio (y en la que se incluye, por supuesto a la EPA, como Agencia encargada de actuar para la protección del Medio Ambiente). Se trata de una Ley muy avanzada, que podría ser perfectamente europea, ya que intenta salvar los problemas de legitimidad, autoridad, ejecución de laudos y revisión judicial de los mismos que pueden encontrarse también en cualquier país de nuestro continente. Consideramos, por tanto, que una futura Ley de Arbitraje Administrativo en España debe tener en cuenta esta norma de manera irrenunciable y algunos de cuyos hallazgos serían insertables, en puridad, casi de manera automática en nuestro Ordenamiento<sup>31</sup>.

Puesto que el arbitraje concede a la parte privada el derecho a apelar el laudo, las Administraciones suelen preferir otras formas menos estrictas de ADR, como la mediación. Con ello se sobreentiende que las demás formas de ADR no son vinculantes para ninguna de las dos partes, dejándose imprejuicados los derechos de las mismas y la controversia en sí, que puede ser impulsada de nuevo ante los Tribunales ordinarios. He aquí la grandeza y la miseria del arbitraje vinculante, hasta ahora poco extendido en el mundo ambiental por las desconfianzas referidas.

Ya hemos advertido que la ADRA de 1.996 legitima el empleo por las Administraciones del arbitraje vinculante en general, cosa que no hacía la ADRA de 1.990, que concedía a las Agencias la facultad de casar el laudo recaído cuando lo

<sup>31</sup> Y cuyo defensor principal en nuestro país es ALFONSO PÉREZ MORENO, Catedrático de Derecho Administrativo en Sevilla, que avanza muchas ideas sugerentes *de lege ferenda* en PÉREZ MORENO, A., Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso, R.A.A.P., n.º 37, págs. 25 a 37.

estimaran oportuno. Además, el acuerdo por el que las partes (la Agencia y su contraparte) acceden a someter el litigio a arbitraje es vinculante, y en caso de que una de las mismas no lo reconozca, podrá ser ejecutado por la corte de distrito correspondiente a través de una acción civil (art. 4 del Título IX del U.S.C.)

El art. 575 limita el acceso discrecional de las Agencias al arbitraje vinculante, para evitar así que el Gobierno pueda verse desahogado por los árbitros del control político de los presupuestos federales, que podrían verse comprometidos si los laudos fueran reiteradamente negativos a las Agencias. Para ello, sólo permite que el arbitraje sea posible si existe el acuerdo favorable de los directores de las Agencias, permitiendo, además, que las partes limiten las cuestiones que van a someter al juicio del árbitro y estableciendo (la reiteración no es gratuita) el máximo o techo (*cap*) al que éste puede llegar en su resolución (expresable, generalmente, en una cifra en dólares). Con ello la Agencia salvaguarda sus intereses generales, matizándose así el principal handicap que han puesto de relieve las críticas vertidas por autores contrarios al arbitraje administrativo vinculante, y que es otro que la contractualización de la actividad administrativa al margen del poder judicial (Vid. COGLIANESE, supra).

A favor de las Administraciones, se limita también las posibilidades de revisión judicial de los laudos, cuestión que el art. 581 remite a los arts. 9 a 13 del título IX del U.S.C. (redactados por la citada Ley Federal de Arbitraje). Allí se prescribe que las partes pueden, en el plazo de un año una vez dictado el laudo, recurrir a los Tribunales para que lo confirmen, que, por lo general, será el del distrito competente para conocer de la controversia. El Tribunal estará obligado a hacerlo a no ser que el laudo sea casado, modificado o corregido por el propio Tribunal. Un laudo sólo es casable o anulable por el Tribunal (artículo 10 del Título IX U.S.C.) por estrictas causas tasadas, tales como que el árbitro haya incurrido en corrupción, exista fraude o medios ilícitos para conformar su voluntad (se entiende fuerza, amenazas, etc.), que el laudo sea evidentemente parcial o los árbitros sean culpables de rehusar o posponer las audiencias de alguna de las partes, o de admitir pruebas pertinentes o si actuó de manera torticera respecto de los derechos de las mismas. También si los árbitros se excedieron de los poderes atribuidos por la ley (por ejemplo, en el art. 578). Si el laudo resultara casado y aún no ha vencido el plazo de tiempo dado al árbitro para resolver el caso, podrá el Tribunal discrecionalmente volver a referir el asunto a arbitraje. Salvando las convenientes distancias, podríamos hablar aquí de causas de nulidad radical, a sabiendas de que el término es impreciso (ya que no se trata de anular un acto administrativo) pero que sugiere los motivos por los que el laudo es inválido *de radice*.

Otros defectos de menor sustantividad en el laudo lo hacen susceptible de corrección o modificación, pero no de casación. Para que un laudo sea modificado o corregido (art. 11) debe existir un error material en la descripción de las personas, cosas o propiedades referidas en él, o haber recaído el laudo sobre materias sobre las que las partes no concedieron derecho al árbitro a pronunciarse (en este caso, aunque la ley no lo diga, parece que se anulará sólo la parte exorbitante), y cuando, en

general, el pronunciamiento arbitral haya sido material o formalmente imperfecto de una manera que no afecte a la controversia. La parte que haya instado la casación, modificación o corrección del laudo deberá comunicar esta circunstancia a la otra parte en el plazo de tres meses. Si el Tribunal corrigiera, modificara o casara el laudo, la otra parte podrá, a su vez, apelar contra la decisión del juez (art. 16, 1, E).

El plazo que el art. 579 establece subsidiariamente para que el árbitro dicte el laudo será de 30 días desde que se cerraron las comparecencias de las partes, plazo que ellas pueden reducir convencionalmente. El árbitro, además, tendrá potestad para interpretar las leyes, reglamentos y precedentes legales (art. 579, 5). A su vez, el laudo sólo podrá ser tenido como precedente en casos relacionados fácticamente (art. 580, 3).

Quede claro que algunas de estas prescripciones legales sólo se aplicarán cuando las partes hayan decidido que el arbitraje sea vinculante, cosa que no suele ser habitual por parte de las Agencias, por las razones explicadas. El propio Libro Blanco del Consejo Federal de la ADR apoya una mayor extensión de fórmulas no vinculantes de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación<sup>32</sup>.

La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, ya citada, prevé también el sometimiento de las Agencias a arbitraje vinculante.

## V. EL SOMETIMIENTO A ADR DE LAS COPNTROVERSIAS SUSCITADAS POR LA ACTIVIDAD DE LA E.P.A. (ANVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY).

### A) En general.

La Agencia de protección Ambiental de los EE.UU. ha empleado fórmulas de ADR en el marco de la CERCLA, de la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos, de la Ley de Planeamiento de Emergencia y del Derecho a la Información, de la Ley de Aire Limpio, de la Ley Federal de Control de la Polución de las Aguas, de la Ley Federal sobre Insecticidas, Fungicidas y Rodenticidas y de la Ley de Control de Sustancias Tóxicas.

Actualmente, animada por el Libro Blanco del Consejo Federal de la A.D.R., y siguiendo los consejos de la A.D.R.A. de 1.996, varias Agencias han suscrito sus propios planes de ADR. Así, en julio de 1.996, La Oficina del Consejo Mayor para la ADR del Departamento de Justicia publicó su Política para el Uso de la ADR<sup>33</sup>. Poco

<sup>32</sup> A la vez que permite el empleo de fórmulas híbridas de arbitraje y mediación: que tiene en común el tener una primera fase de mediación -no vinculante- que, de fracasar, conduciría a un arbitraje propiamente dicho (a su vez, vinculante o no). También puede darse el llamado *Administered arbitration*, consistente en que las partes ceden a una organización pública o privada la completa organización del procedimiento de ADR, quien selecciona al/ a los árbitro/s, delimita sus facultades y límites, las reglas a seguir, etc, sistema que el Consejo Federal de ADR no aconseja para el arbitraje administrativo, ya que puede suponer mayores condicionamientos del pleito. Sí están a favor, por el contrario, de que la propia Agencia, siempre que la contraparte lo consienta, diseñe su propio arbitraje en cada caso concreto, según sus necesidades (en lo que se ha venido a llamar *Ad hoc arbitration*).

<sup>33</sup> El día 15 de julio de 1.996 tuvo su entrada en el Registro Federal, volumen 61, n.º. 136, con la intención de informar y promocionar el empleo de estas técnicas para los litigios civiles en los que sea

[continúa]

después, el 2 de agosto de 1.996, la Oficina de la Secretaría del Departamento del Interior publicaba su Política de ADR<sup>34</sup>. También la Agencia de Defensa Logística (D.L.A.) del Departamento de Defensa ha propuesto una norma interna sobre ADR, en mayo de este año<sup>35</sup>.

La EPA ha publicado su programa de ADR el 6 de octubre de este año<sup>36</sup>. Se trata de un documento puramente informativo, que no adjudica tampoco derechos ni deberes a particulares, y que ha de servir para someter a ADR los posibles conflictos que, en su actividad administrativa interna y frente a terceros, puedan resultar. Con él, la EPA afirma su apuesta personal por la resolución extrajudicial de sus pleitos, invocando su mayor celeridad, menor coste y por lo que tiene de aumento de la confianza de los administrados.

La EPA ofrece a sus propios empleados capacitados para actuar como mediadores o árbitros (aunque también cabe recurrir a expertos externos), y se remite a la ADRA de 1.996 en todo lo que no se comprenda en este informe. Para ayudar a solucionar y a impulsar el empleo de la ADR en el ámbito interno (solucionando los posibles conflictos que pudieran nacer entre las infinitas unidades, regiones o centros administrativos de la EPA, algo que ha venido siendo desgraciadamente habitual en la aplicación de sus últimos programas, como el controvertido XL, verbigracia) o externo, ha creado el Centro de Prevención y Resolución de Conflictos (C.P.R.C.). Este centro y las propias instancias administrativas de la EPA (*Office Administrative Law Judges*) están aplicándola ya para resolver conflictos entre la Agencia y otras entidades reguladas.

El grado de confidencialidad, por ejemplo, es algo que queda sometido a la voluntad de las partes antes de someterse a una A.D.R.

### B) El empleo de técnicas de ADR para la solución de problemas ambientales dentro de la *Superfund Act*.

La *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, de 1.986 (S.A.R.A.), modificó en 1.986 la *Comprehensive Environmental Compensation, Response, and Liability Act*, de 1.980 (CERCLA), más conocida como Ley Superfund.

[continuación]

parte. En su introducción, expone que las razones de una tal política se basan en la sobrecarga del sistema de justicia federal, en el que los retrasos son comunes, privando al público de una justicia veloz, eficiente y justa (valga la paradoja). Además, el Departamento de Justicia de los EE.UU. es uno de los mayores usuarios de los Tribunales Federales y uno de los litigantes más prolíficos. Todo ello resumido hacen pensar en un doble efecto benéfico de esta postura: por un lado, los propios pleitos del Departamento de Justicia se tramitarán más rápidamente, y, por otro, se dará a los Tribunales Federales un enorme respiro para que puedan centrarse en otras demandas entabladas por los particulares.

<sup>34</sup> Volumen 61, n.º. 150 del Registro Federal. Se trata de un documento que no crea derechos ni obligaciones, puramente informativo, que ya venía gestándose de manera interina desde 1.994.

<sup>35</sup> Clasificada en el Registro Federal el día 16 de mayo de 2.000, volumen 65, n.º. 95, que, tras ser informada públicamente, está actualmente en trámite de adopción.

<sup>36</sup> Con entrada en el Registro Federal en el volumen 65, n.º. 195. Esta publicación ha sustituido el programa interino de ADR, de marzo de 2.000.



Descrita brevemente, se trata de una Ley revolucionaria que ha invitado a la EPA a establecer una lista de los principales sitios contaminados con vertidos peligrosos a lo largo y ancho de los EE.UU.<sup>37</sup>, y para cuya limpieza, la Agencia deberá investigar quiénes –y en qué grado– son los responsables civiles de su contaminación, entre los que distribuirá proporcionalmente el coste de la misma. Además, crea un Superfondo, alimentado con tasas y contribuciones especiales, que subvendrá al pago de los costes de limpieza en sustitución de las partes no descubiertas o en lo que reste para sufragar el total de la limpieza del lugar. La Reforma de 1.986 (S.A.R.A.) estimulaba la negociación previa entre las partes potencialmente responsables (PRPs) y la EPA para pactar su parte de responsabilidad. Es con base en esta reforma donde se puede anclar el uso de la ADR en la restauración de sitios contaminados.

La CERCLA provocó, desde su aprobación, un incremento exponencial de la litigiosidad ambiental, debido a que las PRPs se mostraban sistemáticamente en desacuerdo con la atribución de costes y responsabilidades realizada por la EPA, accediendo a los Tribunales para dilucidar su inocencia o menor participación en la degradación de un sitio contaminado, con lo que la virtualidad de la ley se ha puesto en entredicho, dada la lentitud con que avanzan los procedimientos<sup>38</sup>.

Para evitar estos problemas crónicos, la EPA recientemente ha comenzado a ensayar un sistema de resolución extrajudicial de conflictos, de modo que las cuotas de responsabilidad de las PRPs se ventilen por medio de mediaciones, arbitrajes o negociaciones.

El art. 107 de la ley explica quiénes pueden ser PRPs: propietarios actuales y operadores de instalaciones, antiguos propietarios y operadores, partes que decidieron la disposición o el transporte de las sustancias peligrosas y transportistas (que aceptaron transportar dichas sustancias y las vertieron en ese sitio<sup>39</sup>).

En un primer momento, corresponde a la EPA determinar quiénes son las PRPs en un sitio determinado<sup>40</sup>. Hecho lo cual, ellas y la EPA deberán llegar a un acuerdo para la limpieza del sitio, para lo que disponen de un plazo de 120 días, expirado el cual debe quedar claridad qué cantidad va a pagar cada uno para sufragar el

<sup>37</sup> La N.P.L. o *National Priority List*, enunciando los sitios contaminados, ordenados por una prioridad basada en la urgencia de su limpieza. En 1.994, eran más de 1.300 los sitios registrados. Para ello, la CERCLA encarga a la EPA la realización de un N.C.P. (*National Contingency Plan*), con el que proceder a su restauración.

<sup>38</sup> Hasta 1.994, sólo 240 de esos más de 1.300 sitios habían sido completamente limpiados. La opinión generalizada de despilfarro de dinero y tiempo son acicates para el empleo de nuevas fórmulas, más flexibles. Cfr. FELSETHAL, S., *Superfund Reauthorization: Program Funding, Dispute Resolution, Local Control and Tax Incentives*, *Fordham Environmental Law Journal*, n.º. 7, 1.996, pág. 518.

<sup>39</sup> La responsabilidad establecida en la CERCLA es puramente civil, nunca penal, y es, a la vez, solidaria y mancomunada, por lo que una parte puede pechar con la carga de pagar todo el coste de las operaciones de aseo. Además, se trata de una ley retroactiva, lo que implica que actividades de vertidos que en su día fueron perfectamente legales pueden ser revisadas con apoyo en la CERCLA e incurrir en responsabilidad.

<sup>40</sup> Vid. SAMSON, S. A., *Using Alternative Dispute Resolution to Streamline Superfund*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n.º. 15, 2.000, pág. 523, recordando que, dada la complejidad de esta operación (que puede llegar a tener que perseguir a cientos de personas y empresas), la EPA suele contratar a empresas especializadas que realicen el trabajo.

monto de la operación<sup>41</sup>. Es en esta fase donde la S.A.R.A. incentiva aún más los acuerdos, directriz que la EPA viene entendiendo últimamente como una legitimación al empleo de formas de ADR.

Tres son los tipos de instrumentos que la CERCLA pone a disposición de la EPA para llegar a acuerdos con las PRPs:

- a. *Mixed funding*, en los que las PRPs acuerdan con la EPA que ésta pague parte de la limpieza del lugar, con cargo al Superfondo, con varias posibilidades al respecto (art. 122 (b)(1));
- b. *Nonbinding allocation of responsibility* (N.B.A.R.), en la que las PRPs y la EPA llegan a un acuerdo sobre el total de la responsabilidad para la limpieza del sitio, ex art. 122 (e)(3) y
- c. *De Minimis settlements*, en la que las partes que no produjeron residuos o que lo hicieron de manera escasa llegan a un acuerdo con la EPA, que les ofrece ventajas considerables (art. 122 (g)).

Para llegar a estos acuerdos de distribución de responsabilidades, la EPA ha venido usando cinco formas distintas de ADR: la mediación, la *allocation*, el *fact-finding*, el *convening* y el arbitraje<sup>42</sup>, que suelen funcionar bien dada la complejidad técnica de los casos y la presión por llegar a un entendimiento que impone la severidad de la responsabilidad solidaria que pesa sobre las cabezas de las PRPs. Predomina el empleo de la mediación, que, por ejemplo, desde 1.984 a 1.989 fue usada en 70 ocasiones<sup>43</sup>.

Aparte el arbitraje, las demás son formas parecidas no vinculantes de llegar a acuerdos. La EPA puede entrar en arbitraje vinculante para recuperar deudas de hasta 500.000 dólares (art. 122(h)(2), 42 USC art. 9622(h)(2)). El empleo del arbitraje vinculante ha sido recomendado por la Comisión Nacional del Superfondo. Además, siempre queda expedito como cláusula de cierre de las demás fórmulas de ADR, que, en caso de fracasar, pueden remitirse a un árbitro o a un juicio sumario ante un juez<sup>44</sup>.

Durante los Congresos 103 y 104, de signos ideológicos distintos, se intentó modificar la CERCLA para aumentar los fondos a la disposición del fondo y para ceder mayores poderes a los Estados y Agencias locales, pero ambas reformas fueron desestimadas.

<sup>41</sup> Si una parte estima que ha pagado más de lo que le corresponde en relación con los otros, puede interponer una acción contra ellas (*contribution suits*), que los jueces deberán resolver con base en criterios objetivos como el volumen de residuos vertidos por cada parte, su toxicidad, movilidad o grado de cooperación para evitar sus efectos nocivos, por ejemplo. La propia CERCLA protege de este tipo de acciones a aquellas partes que hayan suscrito el acuerdo (*settlement*) del reparto de responsabilidades con la EPA.

<sup>42</sup> Como hemos avanzado arriba, toda Nueva Inglaterra (Región 1 de la EPA) se ha postulado abiertamente a favor del empleo de la ADR, también para llegar a acuerdos de reparto de responsabilidades con las PRPs.

<sup>43</sup> Vid. AUERBACH, D., *Superfund & the Use of ADR*, junio 1.992, págs. 1 y 2, para quien las técnicas de ADR son más útiles cuando existen problemas entre las PRPs y la Agencia sobre hechos, más que sobre derechos, y la desaconseja cuando las posturas de las partes se han hecho demasiado enconadas.

<sup>44</sup> Cfr. FELSETHAL, S., *Superfund Reauthorization: Program...* opus cit., pág. 533.

## VI. CONCLUSIONES.

Más allá de los endemismos del sistema jurídico de los EE.UU. -cuyo Derecho Administrativo goza de una caracterización diversa de la de nuestro Ordenamiento Público continental-, el Derecho Ambiental de este país se mantiene a la vanguardia mundial por la imaginación de sus instrumentos de tutela, su flexibilidad, su vocación de exhaustividad y el alto estándar de calidad que proponen sus normas.

Inserto en el marasmo de herramientas que lo conforman, el sistema de resolución alternativa de conflictos (compuestos por técnicas que se conocen convencionalmente como ADR) luce con especial brillo en esta rama del Ordenamiento norteamericano, donde viene jugando un papel cada vez más solvente como mecanismo agilizador de la justicia ordinaria y proveedor de mayores dosis de eficacia y economía procesales.

Actualmente, establecido ya desde 1.990 el marco jurídico principal de estas otras vías de solución de controversias administrativas con la *Administrative Dispute Resolution Act* (reformada en 1.996), la inicial situación de alegalidad ha quedado definitivamente despejada, pasándose al fin a una etapa de confianza en que cada vez son más las Agencias que se proveen de programas (informativos o normativos) para fomentar su empleo en su actividad cotidiana (en el seno de la *Superfund Act*, de manera paladina).

Entre todas ellas, sin duda la de mayor calado técnico y la que despierta mayores recelos jurídicos entre los autores es el arbitraje vinculante, cuyo uso está condicionado por la ley en determinados casos, y que, de darse, lo hará sujeto a una serie de garantías quasi-procesales. El valor de cosa juzgada que se le atribuye ha levantado desconfianzas entre las Agencias, quienes suelen acudir a formas más melifluas de ADR como la mediación o la conciliación.

Además, el sistema de sometimiento de la actividad administrativa de las Agencias (entre ellas la EPA) norteamericanas a formas de resolución alternativa de conflictos puede servir de apoyatura a una posible Ley de Resolución extrajudicial de conflictos administrativos en España.