

La tutela procesal del ambiente

Mario Reggiardo Saavedra*
Romina Cooper Díaz-Ufano**

El autor nos presenta, mediante un claro y exhaustivo análisis, las fases por las que la política ambiental ha tomado rumbo, señalando, a su vez, cuál de todas ellas demostró ser eficiente en su aplicación. Asimismo, señala cuál ha sido el aporte que ha tenido el derecho civil en esta materia, así como los mecanismos procesales y constitucionales que están a disposición de los ciudadanos para lograr una efectiva tutela del derecho a gozar de un ambiente saludable, todo ello desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

1. INTRODUCCIÓN

Julio García Agapito fue asesinado con ocho tiros en la cabeza y el cuerpo, a tres metros de la carretera que une Brasil y Bolivia con el Perú. Al teniente gobernador de la localidad de Alerta lo mató un traficante de madera después de haber sido intervenido con un cargamento ilegal. Por su conducta en estricto cumplimiento de la ley, la población llamaba a García «Señor Gobierno». Pero dicho apelativo, antes que un reconocimiento a su trabajo, tenía una connotación despectiva. «¡Está bien, carajo, que lo hayan matado! Yo mismo le hubiera dado varios tiros si hubiera estado allí. A esa gente abusiva se la mata», dijo el chofer de un colectivo local comentando el asesinato. Y es que mucha gente no quería al teniente gobernador porque buena parte de la población vive de la tala y venta ilegal de madera. Frente a esto, las autoridades guardaron completo silencio y la prensa nacional tampoco cubrió el hecho¹. Esa es la situación de la protección del ambiente en el Perú.

Una característica de los instrumentos de tutela no solo en el Perú sino en Latinoamérica, es su dispersión y vacíos normativos, al margen de los grandes progresos logrados en los planos constitucionales y de leyes marco. Pero la protección del ambiente no es solo una cuestión jurídica. Tal vez muchos detractores o escépticos de las políticas de protección ambiental no sepan que a través del razonamiento económico del costo-beneficio se puede también

comprobar que ser responsable en el tema ambiental es rentable para un país. Con una buena política ambiental se reducen el número de enfermedades y por tanto de lo que un Estado debe gastar en políticas de salud. Un informe del Banco Mundial del 2006 afirma que el costo de la degradación ambiental en el país es del 3.9% del Producto Bruto Interno del año 2003, cerca de 8.2 billones de soles. Sin embargo, el Estado peruano invierte apenas 0.3% del PBI en el tema ambiental. Esto quiere decir que mientras un peruano pierde 100 soles al año por la contaminación, el Estado sólo gasta 5 soles de los impuestos que pagan los ciudadanos para proteger el ambiente².

2. LAS TRES FASES DE LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. Orden y control

Desde una perspectiva de derecho administrativo, podríamos decir que las políticas de control de la contaminación han pasado por tres fases. La inicial ha sido la regulación legal tradicional, en el cual el «orden y control» es el ejemplo más conocido³. Esta política se caracteriza como una forma de regulación jerárquica de arriba hacia abajo, que busca controlar la contaminación, ya sea estableciendo estándares de performance para contaminadores o controles uniformes para cierto tipo de actividades de contaminación. Muchos consideran que esta política ya no es exitosa y genera retornos decrecientes⁴.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Abogada por la Universidad de Lima.

1 La noticia fue publicada semanas después como resultado de una investigación realizada por el periodista Miguel Gutiérrez. La ley de la selva. En: Domingo. Suplemento de La República. Lima, 6 de abril de 2008.

2 «Mitos que contaminan». Entrevista a Iván Lanegra en Domingo. Suplemento de La República. Lima, 10 de febrero de 2008. p.10.

3 TIETENBERG, Tom. *Disclosure Strategies for Pollution Control*, 11 *Envtl. & Resource Econ.* 587, 587-588 (1998). Citado por: CASE, David. En: *The law and Economics of Environmental Information as Regulation*. p. 10775.

4 CASE, David. *Op.Cit.* p. 10773.

En el Perú todavía existe una fuerte predominancia de esta fase inicial. La política ambiental del país se compone de instrumentos de regulación directa basados en la promulgación de normas de contenido obligatorio, sujetas a coerción y potencial sanción administrativa en caso de incumplimiento. Nuestra regulación se caracteriza por ser dispersa, contradictoria y con vacíos normativos, lo que entorpece la función fiscalizadora del Estado.

Las normas marco son la Ley General del Ambiente (en adelante «LGA»), la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. La regulación en materia ambiental, en virtud del artículo 50° de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, D.L. N° 757, establece que los ministerios o los organismos fiscalizadores, según sea el caso, de los sectores correspondientes a las actividades que desarrollan las empresas, son las autoridades competentes para conocer los asuntos relacionados con la aplicación de las disposiciones ambientales. Asimismo, el artículo 58.1 de la LGA establece que cada autoridad sectorial competente debe establecer qué actividades a desarrollarse dentro de su sector deben contar con normas específicas, establecer obligaciones de cumplimiento, determinar los instrumentos de gestión ambiental previos a la ejecución de la actividad, determinar su estrategia de fiscalización y finalmente sancionar en caso de incumplimiento. Básicamente, cada sector se encarga del «orden y control» de su actividad en materia ambiental, de acuerdo a su norma específica, al parecer sobre la idea que cada sector conoce qué es lo que se necesita en materia de protección al ambiente.

Hacia mayo del 2008, muchas autoridades sectoriales —entre ellas el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo—, no han cumplido con aprobar el Reglamento de Protección Ambiental para las actividades comprendidas dentro de su sector. Es más, en muchos sectores no se ha establecido nunca una reglamentación ambiental propia de su actividad, ni se han fijado los Límites Máximos Permisibles (LMP) y los Estándares de Calidad Ambiental (ECA). Estos tres elementos son los instrumentos básicos para una parcialmente adecuada fiscalización en materia ambiental. En la actualidad, dado que muchos sectores no cuentan con ninguno de estos tres instrumentos de gestión ambiental, quienes contaminan indiscriminadamente no pueden ser sancionados administrativamente, ya que no existen parámetros de cumplimiento obligatorio.

Ni siquiera bajo el paradigma de esta primera fase es posible controlar la contaminación en el Perú, ya que no se conoce cuánto está permitido emitir a cada actor dentro de una actividad específica. La realidad respecto de nuestras normas ambientales es que las obligaciones requeridas sin la base necesaria para

conocer el verdadero daño ocasionado al ambiente, es un acto meramente formal. No se puede conocer en la mayoría de casos si lo que se está emitiendo a la tierra, aire o agua, son valores contaminantes o no.

En el caso de las funciones de carácter transectorial, cada sector debe cumplir con la normativa regulatoria, de carácter transectorial, establecida para recursos como el agua, el suelo o los residuos sólidos. Pero los ministerios no siempre se encargan de fiscalizar o cumplir con lo que estas normas indican. La Ley General de Residuos Sólidos, por ejemplo, debe ser interiorizada por todos los sectores y crearse un mecanismo interno de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones detalladas en dicha norma, procedimientos que hasta el momento no se ha realizado en muchos ministerios.

A manera de ejemplo, el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, autoridad ambiental del Ministerio de Agricultura, no cumple con solicitar la presentación de las obligaciones contenidas en la Ley General de Residuos Sólidos y su reglamento, ni sancionar a las empresas generadoras que no las presentan. Con ello, los desperdicios orgánicos, generalmente procedentes de actividades donde se utilizan en grandes cantidades plaguicidas y fertilizantes altamente contaminantes, son arrojados al mar, ríos o a rellenos sanitarios que no cuentan con licencia otorgada por el gobierno local. Ello puede contaminar los recursos hídricos y de tierras, al ser absorbidos por éstas sin una disposición final adecuada. Justamente, la descomposición de los residuos orgánicos (restos biodegradables de plantas y animales) genera gases que producen el efecto invernadero, incluidos dióxido de carbono y metano.

Actualmente, tras la creación del Ministerio del Ambiente a través del Decreto Legislativo N° 1013, no están claras las competencias en materia ambiental, sean sectoriales o transectoriales, que pasarían a ser reguladas por este nuevo Ministerio. Hasta que no se emitan los reglamentos complementarios y el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Ambiente, se mantendrán vigentes los procedimientos aprobados en los textos únicos ordenados de procedimientos administrativos de las entidades fusionadas o adscritas a dicho Ministerio, así como aquellas funciones transferidas sobre las cuales no se ha especificado el sector de procedencia. En conclusión, en el corto y mediano plazo no se prevé una mejora en nuestra regulación ambiental bajo el paradigma tradicional de «orden y control».

2.2. Políticas de mercado

La segunda fase de la política ambiental se basa en políticas de mercado como los permisos negociables, los bonos de carbono y las cuotas de emisión. Esta fase se caracteriza por aprovechar las fuerzas del mercado para convertirlas en incentivos para el cumplimiento de las políticas ambientales. Este tipo

de proyectos representa una oportunidad para añadir valor ambiental a las inversiones en proyectos como generación de energía, gestión de residuos, transporte, desarrollo forestal, entre otros.

El mercado de créditos de carbono brinda una oportunidad para la elaboración y aplicación de proyectos que contribuyan al desarrollo sostenible, ya que permite el desarrollo de exportaciones no tradicionales como los servicios ambientales. A mayo del 2008, las oportunidades de inversión identificadas por el Fondo Nacional del Ambiente, vinculadas a proyectos de Mecanismos de Desarrollo Limpio (en adelante «MDL»), alcanzaban un monto aproximado de US\$ 900 millones.

En el año 2006, el Perú participó en la «Carbon Expo»⁵, presentando un portafolio de 50 proyectos, los cuales ascendían a US\$ 1,400 millones en inversiones por la venta de certificados. De esta forma el Perú buscaba perfilarse como uno de los principales países para invertir en Latinoamérica⁶. Sin embargo, a febrero de 2008 sólo existían 25 proyectos aprobados por el Consejo Nacional del Ambiente y sólo en 2 se habían emitido Certificados de Reducción de Emisiones.

¿Por qué es que las políticas de mercado, como los créditos de carbono, se han ido posicionando en nuestro país de forma sumamente lenta a diferencia de otros países de Latinoamérica, inclusive al haber sido catalogado como el cuarto país más competitivo para la inversión de proyectos de MDL dentro del mercado de carbono a nivel mundial? A nuestro juicio, la respuesta está en el complejo y engorroso trámite administrativo de aprobación de los proyectos de MDL que existe en nuestro país. Si a eso le añade el riesgo que se asume al comercializar con créditos de carbono emitidos a futuro –parte de casi todo proyecto de MDL-, nos encontramos en desventaja frente a países como Costa Rica y Chile. Una verdadera simplificación en el procedimiento administrativo incentivaría las inversiones, generando beneficios como la creación de puestos de trabajo, flujo de ingresos provenientes de la venta de los Certificados de Emisiones Reducidas (en adelante «CERs») mejora de la imagen internacional del país, acceso a fondos verdes o de responsabilidad social, acceso a nuevos mercados, incorporación de tecnologías que contribuyan al desarrollo sostenido, mejorar nuestros procesos productivos y, sobretodo, mejorar el ambiente y la calidad de vida de la población.

2.3. Regulación informativa

La tercera fase se denomina «regulación informativa» y se empieza a implementar en los Estados Unidos de América cuando su administración buscó alternativas eficaces y económicamente más eficientes que la regulación convencional. Se basa en normas que disponen que las empresas revelen información sobre las actividades que pueden afectar el ambiente o a los trabajadores, consumidores, accionistas y público en general. Busca que actores no gubernamentales complementen e incluso sustituyan las típicas estrategias gubernamentales de fijación de estándares y posterior coacción, mediante creación de incentivos de mercado que afecten positivamente la conducta de las empresas en relación a su performance ambiental. Como señala CASE, las fuerzas de mercado desencadenadas por la publicación abierta de información sobre la performance ambiental, genera incentivos para la auto-regulación, situación que no puede lograr la perspectiva regulatoria tradicional⁷.

El ejemplo más conocido es el artículo 313^o del *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* (EPCRA) de los Estados Unidos de América. Esta norma requiere que las empresas suministren anualmente información a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) sobre las cantidades de ciertos químicos tóxicos vertidos en el aire, agua, tierra o movilizados de un lugar a otro. La EPA almacena esta información en una base de datos computarizada, el Inventario de Emisión de Tóxicos (TRI), a la que puede acceder cualquier persona, sobretodo desde Internet.

Esta tercera fase es más eficiente que las anteriores pues reduce los costos de regulación, permite mayor flexibilidad para alcanzar los fines regulatorios y potencia la capacidad de los ciudadanos para la autotutela como boicots, ostracismo social de los empresarios, publicidad negativa, demandas judiciales, presión política para nuevas regulaciones etc⁸. Los beneficios de este suministro de información es que como la población conoce los efectos adversos en el ambiente, puede reducir el consumo del producto contaminador⁹. Permite que el consumidor tome decisiones de modo informado, lo que ya ocurre como consecuencia de advertencias en cigarrros, productos farmacéuticos, pesticidas, asbestos y sacarina¹⁰. En el caso del TRI, se dice que además provee información a la comunidad financiera sobre como las

5 Convención anual que tiene por finalidad brindar al sector público y privado de países en desarrollo la oportunidad de ofrecer sus carteras de proyectos directamente a inversionistas, fondos de carbono, etc.

6 PROMPERÚ. Boletín de Servicios. N° 5, Año 3.

7 CASE, David. Op.Cit. p.10775.

8 SUSTEIN, Cass. *Informational regulation and informational standing: Akis and Beyond*. University Pennsylvania Law Review. N° 148. pp. 624-626. Ver también KARKKAINEN, Bradley C. *Information as Environmental Regulation: TRI and Performance Benchmarking, Precursor to a New Paradigm?* Geo. L. J. N° 89. 2001. p. 316.

9 KENNEDY, P., LAPLANTE, B., MAXWELL, J. *Pollution Policy: The role for publicly provided information*. Journal of Environmental Economics & Management. N° 26. 1994. p.32.

10 SUSTEIN, Cass. Op.Cit. p. 619.

expectativas de contaminación de las empresas, pueden afectar negativamente el precio de las acciones y por tanto inducir a las empresas a mejorar su performance ambiental¹¹.

Pero las soluciones perfectas son difíciles de encontrar. La estrategia de suministro de información puede imponer costos significativos en las comunidades involucradas. Además, puede ser a veces contraproducente dado la escasa reacción o sobre-reacción de la población como consecuencia de la poca capacidad de procesar información muy técnica¹². En el caso del TRI, se dice que no logra que la población se informe adecuadamente sobre la exacta cantidad de desechos tóxicos ni de los riesgos que ello genera¹³. PEDERSEN sostiene que el costo de dicha estrategia se justifica solo cuando se revela información con una probabilidad realista de activar la nueva regulación o actividades voluntarias de precaución¹⁴. Y si bien esta política puede transformar el rol de las reguladoras reemplazando agencias pasivas por participantes robustos y políticamente independientes, si dichas agencias no adoptan una actitud proactiva, el suministro de información simplemente va a develar la debilidad del actual sistema de «orden y control». La falta de una supervisión estricta y verificación sistemática de las emisiones reportadas para el TRI, socavan la calidad y credibilidad de la información¹⁵.

En el caso peruano se han dado algunos pasos iniciales. Está regulado lo que se conoce como participación ciudadana ambiental, donde los ciudadanos inciden en la toma de decisiones públicas en materia ambiental, así como en su ejecución y control. Esta se puede ejecutar a través del acceso a la información pública.

Las entidades públicas deben promover mecanismos de participación de las personas en la gestión ambiental. Para ello establecen mecanismos de participación en: i) elaboración y difusión de la información ambiental, ii) diseño y aplicación de políticas, de la gestión ambiental, así como de los programas ambientales, iii) evaluación y ejecución de proyectos de inversión, así como de proyectos de manejo de los recursos naturales, iv) seguimiento y monitoreo ambiental, incluyendo las denuncias por infracciones a la legislación ambiental o por amenazas o violación a los derechos ambientales.

La autoridad competente debe poner a disposición del público la información, principalmente en los lugares de mayor afectación por las decisiones a to-

«En el corto y mediano plazo no se prevé una mejora en nuestra regulación ambiental bajo el paradigma tradicional de «orden y control»

marse, con una anticipación razonable, en formato sencillo y claro, y en medios adecuados. La información debe ser colocada a disposición del público en la sede de las direcciones regionales y en la municipalidad provincial más próxima al lugar potencialmente afectado. Igualmente, la información debe ser accesible mediante Internet, aunque esto no ha sido implementado en su totalidad por las sedes de las direcciones regionales de cada sector, gobiernos locales y regionales a nivel nacional. En cambio, el Ministerio de Energía y Minas es el mejor ejemplo de aplicación de esta política, al colocar las Declaraciones de Impacto Ambiental, los Estudios de Impacto Ambiental detallado y los Estudios de Impacto Ambiental semidetallado, en su página web.

Los informes y documentos resultantes de las actividades científicas, técnicas y de monitoreo de la calidad del ambiente y de sus componentes, así como los que se generen en el ejercicio de las funciones ambientales que ejercen las entidades públicas, deben ser incorporados al Sistema Nacional de Información Ambiental - SINIA, a fin de facilitar su acceso, en el marco de las normas y limitaciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Es un sistema de alcance nacional, capaz de recopilar información con el fin de ponerla a disposición de organismos gubernamentales, no gubernamentales y público en general.

Pero a diferencia de la tercera fase, «regulación informativa», el SINIA no contiene información reveladora respecto de las actividades que pueden afectar el ambiente o a los trabajadores, consumidores, accionistas y público en general, de una empresa privada específica.

2.4. El derecho civil

Antes que la regulación ambiental, el derecho civil funcionó –y en alguna medida lo puede hacer, todavía– como el primer mecanismo de control de daños

11 HAMILTON, James. *Pollution as news: media and stock market reactions to the toxics release inventory data*. Journal of Environmental Economics & Management. N° 28. 1995 p.99. KONAR, Shameek & COHEN, Mark. *Information as regulation: The effect of community Right-to-Know Law on Toxic Emissions*. Journal of Environmental Economics & Management. N° 32. 1997. p.123.

12 SUSTEIN, Cass. *Op.Cit.* p. 627.

13 PEDERSEN, William F. *Regulation and information Disclosure: Parallel Universes and Beyond*. Harvard Environmental Law Review. N° 25. 2001. p. 152. Ver también KARKKAINEN, Bradley C. *Op.Cit.* pp. 331-335.

14 PEDERSEN, William F. *Op.Cit.* p. 161.

15 PEDERSEN, William F. *Op.Cit.* p. 152. Ver también KARKKAINEN, Bradley C. *Op.Cit.* pp. 335-336.

ambientales. Instituciones como la propiedad y la responsabilidad civil han servido como mecanismos de mercado para que los sujetos privados decidan el nivel de control de la contaminación, mediante procesos judiciales iniciados por los afectados. Los interdictos de retener y las demandas de indemnización son claros ejemplos de ello.

Una teoría básica del análisis económico de las instituciones jurídicas apoya esta idea. COASE sostiene que la internalización de las externalidades causadas, por ejemplo, por los daños ambientales se pueden lograr estableciendo derechos de propiedad y permitiendo que las partes involucradas negocien hasta llegar a un acuerdo. Si los costos de transacción son lo suficientemente bajos, las partes involucradas pueden llegar a un acuerdo que sea eficiente en los términos de PARETO, sin importar cuál de las partes tiene asignado el derecho a contaminar o no hacerlo. Pero si los costos de transacción son altos, será difícil que las partes lleguen a un acuerdo, con lo cual sí importa qué parte tiene asignado el derecho a fin de llegar a un resultado eficiente¹⁶. En la realidad los costos de transacción suelen ser altos y están compuestos por distintos factores como la asimetría de información entre las partes, el costo de acudir al proceso judicial, el costo de organizar a las víctimas cuando estas son cientos o miles, etc¹⁷.

El Teorema Normativo de COASE sostiene que los legisladores y reguladores deben diseñar el sistema legal de modo que reduzcan los costos de transacción entre las partes y así se facilite la celebración de acuerdos eficientes. Acá es donde el derecho administrativo puede incentivar la celebración de acuerdos eficientes o de procesos judiciales que paralicen la contaminación, a través de la regulación informativa. KLEINDORFER y ORTS sostienen que este tipo de política reduciría las asimetrías informativas entre las empresas contaminantes y los otros agentes del mercado como las víctimas, organizaciones no gubernamentales, jueces, etc. Se reducirían así los costos de transacción que son un impedimento para los

acuerdos e iniciativas privadas para controlar la contaminación¹⁸. Este es un modo concreto de acercarse al mundo ideal de Coase. Se reducirían también los costos regulatorios en el monitoreo y coacción, especialmente en contraste con los procedimientos burocráticos asociados con modelos regulatorios tradicionales¹⁹. Los autores sostienen que «confiar en las presiones del mercado y en las presiones públicas para hacer cumplir los estándares ambientales reemplaza a los reguladores con miles de impagos y proactivos promotores sociales»²⁰.

3. LA REGULACIÓN PROCESAL

Los desincentivos específicos regulados por el derecho administrativo pueden verse sobrepasados por las nuevas tecnologías. Por eso el desincentivo general a los agentes contaminantes a través de deberes genéricos en las normas macro (con su contraparte en el derecho constitucional a un ambiente sano, el derecho civil proveniente del deber general de no causar un daño a otro, etc) que deben ser coaccionados a través del proceso judicial, debe ser lo suficientemente flexible para acomodarse a las necesidades de tutela. Eso pasa no solo por la elasticidad de los procedimientos para ajustarse a las distintas situaciones, sino sobre todo porque el juez no deje de prestar tutela por deficiencias de la ley²¹. En esos casos la interpretación extensiva de las normas y la integración de las lagunas normativas vía analogía y principios generales, son herramientas que deben ser utilizadas de modo permanente por los magistrados.

Dado que muchas veces las normas macro se concentran en principios o declaraciones de buena voluntad, es importante establecer no solo regulaciones efectivas, sino también mecanismos procesales adecuados que aseguren que dichos principios o declaraciones se cumplan realmente cuando tengan que funcionar como desincentivos generales. Para ello vamos a realizar un análisis de los aspectos proce-

16 COASE señala que cuando los costos de transacción son altos y las partes no pueden llegar a una transacción, para arribar a un resultado eficiente, el derecho debe haber sido asignado de modo tal que el beneficio por evitar el daño sea mayor al costo generado por detener la acción que produce el daño. Tal vez dado que en la época en que COASE escribió su famoso trabajo, los daños provocados por la contaminación no eran conocidos en su total magnitud y por tanto la protección del ambiente no era un objetivo con la trascendencia que tiene actualmente, COASE minimizó los costos indirectos generados por la contaminación. De ahí que al momento de hacer el análisis costo-beneficio solo se comparaba las utilidades del contaminador con el costo directo provocado a la víctima individual.

17 En nuestro ordenamiento, el artículo 7° de la LGA dispone el carácter de orden público de las normas ambientales, estableciendo que es nulo todo pacto en contra de lo establecido en las normas legales en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales.

18 KLEINDORFER, Paul & ORTS, Eric. *Informational Regulation of Environmental Risks*. p.160. En: CASE, David. Op.Cit. pp. 10775-10776.

19 KLEINDORFER, Paul & ORTS, Eric. *Op.Cit.* p.161. En: CASE, David. Op. Cit. p. 10776.

20 Loc. Cit.

21 Dicha obligación se encuentra prevista en el artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú, en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, la deficiente formación jurídica de los jueces como consecuencia de la baja calidad de la enseñanza del derecho en la mayoría de facultades peruanas, el temor a cometer el delito de prevaricato, la persistencia de una cultura positivista que ha degenerado en interpretaciones literales de las normas, han generados magistrados timoratos que excepcionalmente sirven justicia solucionando una laguna del sistema mediante la integración de las normas por analogía o uso de principios generales.

sales de la regulación peruana destinada a evitar daños ambientales o repararlos. En este trabajo nos concentraremos en dos procesos civiles y constitucionales donde se pueda tutelar el ambiente.

3.1. Procesos civiles

3.1.1. Patrocinio de interés difuso

Objeto. De acuerdo al artículo 82° del Código Procesal Civil (en adelante «CPC»), los derechos difusos son aquellos pertenecientes a personas en principio indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, pero que están ligadas por circunstancias de hecho genéricas y accidentales, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, entre los que se encuentra el derecho al ambiente saludable.

Lo más importante de este proceso para efectos ambientales es que sirve para obtener órdenes de paralización de actividades dañosas. No está diseñado para tramitar pretensiones de indemnización por daños individuales, aunque sí pretensiones de titularidad difusa, definición que en sí ya trae complicaciones. En este último caso, la indemnización deberá ser entregada a la municipalidad distrital o provincial que hubiera intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la preservación del ambiente de su circunscripción. Si hay daños individuales, las víctimas deben demandar por su propia cuenta.

Legitimidad para obrar. En realidad los titulares de los derechos difusos no son personas indeterminadas ni indeterminables. Lo que ocurre es que al ser un número muy grande, como los habitantes de una ciudad, el costo de individualizar a cada titular es muy alto y se justifica la existencia de un instituto procesal que solucione el problema del costo de identificación y organización. Por ello, el CPC ha determinado que la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público, los Gobiernos Locales o Regionales, las Comunidades Campesinas o Nativas y las instituciones sin fines de lucro que estén legitimadas por ley o decisión motivada del juez.

En principio las entidades estatales no pueden llevar exitosamente este tipo de procesos por diversos motivos que van desde la simple inercia burocrática, el excesivo trabajo y el bajo presupuesto, hasta la falta de capacidad técnica para asumir casos de defensa del ambiente. Afortunadamente se permite que las instituciones sin fines de lucro puedan iniciar estos

procesos. Se trata de organizaciones cuya labor en muchos casos es defender específicamente el ambiente, para lo cual cuentan con personas expertas en el tema y muchas veces financiamiento para contratar asesoría externa especializada.

La legitimidad para obrar restringida en el patrocinio de derechos difusos entra en aparente contradicción con el artículo 143° de la LGA²², que dispone que cualquier persona natural o jurídica está legitimada para plantear una pretensión de indemnización por daños ambientales. La fortaleza de esta posición radica en que la LGA es una norma especial y posterior frente al CPC. Sin embargo, otra interpretación puede ser que dicha norma, concordada con el artículo 142.1 de la LGA²³, dispone que cualquier persona puede iniciar un proceso para obtener una reparación por daño a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio individual, pero no para daños al ambiente no individualizados, donde se aplica la protección de derechos difusos. Por lo demás, a nuestro juicio es conveniente que la facultad de presentar la demanda de patrocinio de derechos difusos no se confiera a personas individuales, pues en una sociedad corrupta y con poca información como la peruana, se presentan incentivos para que los abogados usen este proceso para intentar extorsionar a grandes empresas o incrementar la carga del Poder Judicial mediante demandas inviables.

Por último, cuando el proceso tiene por finalidad proteger el ambiente, el CPC dispone expresamente que se incorporen los gobiernos locales en calidad de litisconsortes necesarios del demandante.

Medidas cautelares. La necesidad de que el Poder Judicial sea flexible en el uso de las medidas cautelares, se desprende del artículo VII del Título Preliminar de la LGA, que dispone que cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

En el caso del patrocinio de derechos difusos, la regulación de las medidas cautelares es la dispuesta para la generalidad de procesos bajo el CPC. Por ello, consideramos que es indispensable que se disponga expresamente la posibilidad de que en materia ambiental se otorguen medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas y de no innovar, dado el carácter excepcional que el CPC otorga a dicho tipo de medidas. Asimismo, en el caso de la medida

22 Para el profesor Juan MONROY GÁLVEZ, no se trata de una legitimidad para obrar extraordinaria, sino un supuesto de representación procesal de origen legal. Ver el prólogo a PRIORI POSADA, Giovanni y BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. «Apuntes de Derecho Procesal». Lima: Ara, 1997, p. 15-16.

23 «Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales.

142.1. Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas (...).

«Es importante establecer no solo regulaciones efectivas, sino también mecanismos procesales adecuados que aseguren que dichos principios o declaraciones se cumplan realmente cuando tengan que funcionar como desincentivos generales»

de no innovar, debe solucionarse la redacción del artículo 687° del CPC, a partir de la cual muchos jueces consideran que sólo debe otorgarse una vez que se admita la demanda a trámite, cuando no existe justificación alguna para que se impida la medida cautelar fuera del proceso como en el resto de situaciones cautelares²⁴.

Sentencia. La sentencia es oponible incluso a quienes no hayan intervenido en este tipo de proceso. El problema se presenta cuando la norma no dispone si esa oponibilidad es para otras víctimas no demandantes o para otros potenciales agresores no demandados. En el primer caso la norma sería inútil, porque la sentencia en este proceso beneficia a toda la colectividad que es titular del derecho difuso. Por eso consideramos que la disposición está prevista para el segundo supuesto. Acá entonces se presenta el problema de la violación al derecho de defensa de los no demandados a quienes se opone la sentencia. Al parecer el razonamiento detrás de esta norma es que el derecho del grupo a no sufrir un daño prevalece sobre el derecho de defensa del agresor. Es decir, el costo generado por el perjuicio con la indefensión de los agresores no demandados es menor frente al beneficio obtenido por la colectividad con la sentencia.

3.1.2. Proceso de responsabilidad civil extracontractual

Objeto. La LGA establece que toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los daños o riesgos que genere sobre el ambiente,

pagando una compensación²⁵. Sin estar establecido con claridad, dicho sistema establece dos tipos de daños, los producidos al ambiente en sí y los producidos a la salud o patrimonio de las personas. En el primer caso el proceso que debe seguirse es el de patrocinio de intereses difusos, mientras que en el segundo caso al tratarse de un daño individualizado debe iniciarse un proceso civil ordinario.

No existe una regulación procesal específica para las pretensiones individuales de indemnización por responsabilidad extracontractual. Las reglas procesales serán las generales del CPC y la vía procedimental se determina a partir de la cuantía de la pretensión. Este es el supuesto que analizaremos.

Legitimidad para obrar activa. Al tratarse de un supuesto de daño individual, estamos frente a un caso de legitimidad para obrar ordinaria donde la demanda de indemnización solo puede ser planteada directamente por la víctima. La legitimidad para obrar extraordinaria dispuesta en el artículo 143° de la LGA, en todo caso, sólo puede ser aplicada para la paralización de actividades dañosas, pero no para el planteamiento de una pretensión indemnizatoria cuando la titularidad del derecho es difusa.

Prueba. La actividad probatoria varía dependiendo del factor de atribución aplicable al caso. Es distinta en el caso de responsabilidad objetiva y en de responsabilidad subjetiva. En el primer supuesto el demandante solo debe probar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el daño, así como el daño en sí. En la responsabilidad subjetiva el demandado debe ofrecer medios de prueba que acrediten que no ha incurrido en dolo o culpa. Sin embargo, dado que ni el artículo 1969° del Código Civil ni el artículo 145° de la LGA presumen el dolo o culpa del agresor, consideramos que el demandante no está exento de probar si el demandado actuó con dolo o culpa.

En materia ambiental peruana, el criterio de diligencia de la responsabilidad subjetiva se establece a partir del Estándar de Calidad Ambiental (ECA), que establece el nivel de concentración o del grado de elementos presentes en el aire, agua o suelo, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas. El ECA es obligatorio en el diseño de las normas legales y las políticas públicas, como referente indispensable en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental²⁶. El artículo 31.3 de la LGA establece expresamente que la auto-

24 «Artículo 687°.- Prohibición de innovar.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley».

25 Artículos VIII del Título Preliminar, 74° y 142° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

26 Artículo 31° de la Ley General del Ambiente. También debe tomarse en cuenta el Límite Máximo Posible (LMP), que es la medida de la concentración o del grado de elementos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser excedida puede causar daños a la salud (artículo 32° de la misma Ley). Por último, la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente establece que en tanto no se establezcan en el país los ECA, LMP y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental, son de uso referencial los establecidos por las instituciones de Derecho Internacional Público, como los de la Organización Mundial de la Salud-OMS.

ridad judicial solo puede hacer uso de los ECA cuando se demuestre que existe una relación de causalidad entre el daño y la transgresión de dichos estándares.

La consecuencia de establecer supuestos de responsabilidad objetiva es que al ser más fácil ganar un caso para el demandante (ya que no tiene que probar el factor de atribución) se indemnizarán más daños ambientales, reasignándose el costo del daño en un número mayor que el de la responsabilidad subjetiva. El costo de probar adicionalmente la falta de diligencia en la responsabilidad subjetiva, genera que el costo de probar sea más alto, que existan menos probabilidades de ganar el caso y por tanto se inicien menos procesos.

Medidas cautelares. La regulación de las medidas cautelares es la general del CPC, por lo que nos remitimos a los comentarios hechos en el acápite 3.1.1. de este trabajo.

Problemas adicionales. Existen varios problemas procesales en relación a las pretensiones de indemnización por daños al ambiente. Por ejemplo, cuando el monto del daño es bajo, no existen incentivos para demandar individualmente. Asimismo, los beneficios de la acumulación (ahorro en los costos del proceso para las partes y el Poder Judicial, especialización de labores, mayor influencia de los demandantes en la negociación por aumento del valor esperado de la pretensión y ejecución forzada eficiente sobre los bienes del demandado) no se presentan porque nadie asume el alto costo de organizar a un alto número de víctimas. Esto se debe a que no existe en el Perú un proceso similar a la *class action* de los Estados Unidos de América. En este tipo de procesos, el hecho que una sola de las víctimas pueda demandar pretensiones individuales de indemnización a nombre del resto de víctimas sin contar con una representación otorgada voluntariamente por éstas, elimina el costo de búsqueda y organización de los potenciales demandantes, incentiva el inicio de procesos para solicitar indemnizaciones por montos bajos (pero altos en conjunto), así como reduce los costos administrativos del proceso para las partes y el Poder Judicial²⁷.

Otro problema muy grave, con serias consecuencias en materia ambiental, es el inicio del cómputo de la prescripción de 2 años. Usualmente se considera que el plazo empieza a correr desde que se genera la actividad dañosa, cuando lo correcto es que el plazo se empiece a contar desde que se genera el daño. No necesariamente la actividad dañosa coincide en el tiempo con el daño efectivamente producido, lo cual es además mucho más notorio en relación al

ambiente y daños a la salud. Siguiendo la posición de que el plazo empieza a correr desde producido el hecho dañoso, se podría llegar al absurdo de que la pretensión podría prescribir incluso antes de que se produzca el daño.

3.2. Procesos constitucionales

3.2.1. Proceso de amparo

Finalidad. Tiene por finalidad proteger, entre otros, el derecho constitucional a la salud y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida²⁸. La sentencia ordena que se reponga la situación al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho, por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio de cualquier autoridad o persona.

Interés para obrar. El proceso de amparo se inicia siempre que no exista una vía procedimental específica que brinde tutela igualmente satisfactoria que el amparo, cuando el justiciable no ha iniciado otro proceso para tutelar su derecho constitucional, cuando se hayan agotado las vías previas para la tutela de ese derecho y siempre que la violación o amenaza no haya cesado ni se haya convertido en irreparable²⁹. En otras palabras, el proceso de amparo no es una vía alternativa sino más bien una residual, que brinda tutela urgente solo donde los remedios ordinarios no son capaces de brindarla oportunamente, y cuya única finalidad es paralizar la conducta dañosa o su amenaza. Si el daño se consumó y no puede ser reparado volviendo a la situación anterior al hecho dañoso o su amenaza, entonces solo cabe solicitar en la vía ordinaria una indemnización, sin perjuicio de las sanciones aplicables a los responsables. Por lo demás, existe una correcta regulación de los supuestos de excepción de agotamiento de la vía previa, permitiendo que el justiciable acceda a tutela urgente cuando el daño empieza a producirse o existe el riesgo de que el daño se vuelva irreparable.

Legitimidad para obrar. La legitimidad para obrar activa recae exclusivamente en el afectado con la violación. Sin embargo, en el caso de daños ambientales, existe una legitimidad extraordinaria de modo que cualquier persona natural, persona jurídica sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del ambiente y la Defensoría del Pueblo pueden interponer la demanda³⁰.

Competencia. La competencia territorial es facultativa. El demandante puede escoger entre iniciar el proceso ante el juez donde aquel domicilia o en el

27 No obstante, el proceso de *class action* también presenta inconvenientes, pues incentiva la presentación de demandas maliciosas, en algunos casos complica la solución del conflicto, así como presenta problemas en la selección del representante y el control del abogado.

28 Artículo 37°, incisos 23 y 24 del Código Procesal Constitucional.

29 Artículos 5.2, 5.3, 5.4 y 5.5. del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

30 Artículo 40° del Código Procesal Constitucional.

del lugar donde se afectó el derecho. Se trata de una salida de mercado que busca recudir los costos de litigio para el demandante afectado, dejando que sea él quien disponga en qué distrito judicial seguirá un proceso más efectivo y eficiente.

Prescripción. El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los 60 días hábiles de producida la afectación (o 30 en el caso de una afectación a través de una resolución judicial), siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y estaba en posibilidad de iniciar el proceso³¹. El hecho que se trate de un proceso excepcional no justifica, a nuestro juicio, que el plazo de prescripción sea tan corto. Por el contrario, si se trata de la protección de un derecho tan importante como el constitucional, el plazo debería ser mayor, como ocurre en el caso de las pretensiones civiles donde la mayoría de plazos son mucho mayores. Así, el interdicto de retener (1 año según el artículo 601° del Código Procesal Civil), la responsabilidad extracontractual (2 años de acuerdo al artículo 2001.4 del Código Civil) y las pretensiones personales y reales en general (10 años según el artículo 2001.1 del Código Civil), a pesar de proteger derechos con menor grado de tutela, en la práctica terminan teniendo un plazo mayor que en la tutela de los derechos constitucionales. Al parecer, se trata de una simple costumbre del Congreso (donde usualmente la mayoría es del partido que gobierna en el ejecutivo) para reducir la posibilidad de que los actos del Estado –principal violador de derechos constitucionales- sean cuestionados por los ciudadanos. El hecho que la afectación a un derecho constitucional sea una situación grave que usualmente implica la reacción inmediata del afectado y la necesidad de tutela urgente, no tiene por qué implicar que se le fuerce a iniciar el proceso con premura.

El artículo 44.3 del Código Procesal Constitucional (en adelante «CPCo») dispone que si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo de prescripción se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución. Esta disposición permite que cuando los daños ambientales sean producto de la acumulación de los efectos de actividades contaminantes en el tiempo, el plazo prescriptorio no corra si es que la actividad dañosa continúa³².

Desistimiento. El artículo 49° del CPCo permite el desistimiento por parte del demandante. La norma no señala si se trata de un desistimiento de la pretensión (que implica una renuncia al derecho constitucional violado) o del proceso (que al no perjudicar el derecho material permite que la pretensión sea planteada posteriormente). Dado que en el caso de

afectación al ambiente nos encontramos frente a una legitimidad extraordinaria por el carácter difuso de la titularidad del derecho al ambiente, debe entenderse que el desistimiento procede solo respecto del proceso. De lo contrario se permitiría que una sola persona disponga la renuncia de un derecho de titularidad difusa, lo que se puede incentivar además fraudes procesales donde demandante y demandado se ponen de acuerdo para obtener beneficios individuales en perjuicio del ambiente.

Medidas cautelares. Uno de los aspectos centrales del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la regulación de las medidas cautelares. Un proceso donde el justiciable obtiene una sentencia favorable es irrelevante para él, si es que en la práctica ha tenido que soportar por años una actividad que viene generando daños al ambiente. La importancia de una buena medida cautelar es que asegura que la sentencia favorable sea materialmente efectiva en la vida real del justiciable.

En el caso del CPCo, la regulación general del artículo 15° asegura una medida cautelar eficiente, tramitada sin conocimiento de la parte contraria y con apelación sin efecto suspensivo en caso sea concedida. El problema viene con la excepción a dicha regla. Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por 3 días con copia certificada de la demanda, de la recaudos y del auto admisorio, con intervención del Ministerio Público. Este procedimiento desnaturaliza por completo la institución de la medida cautelar como instrumento de tutela efectiva, pues pone sobre aviso al agresor de modo que pueda tomar precauciones que puedan significar la continuación de la violación del derecho. Además, impone un trámite innecesariamente largo que alarga la solución temporal del problema en la práctica.

No existe motivo que justifique la diferencia en el procedimiento cuando se trata de una violación cometida por el gobierno central o uno local o regional. Para efectos del justiciable, la violación puede ser igual de grave. Sin duda, esta diferencia responde a intereses populistas de los congresistas que dictaron la ley en diciembre de 2006, quienes para intentar ganarse el favor de sus electores, establecen disposiciones que sin justificación alguna favorecen a los gobiernos locales y regionales, distorsionando las instituciones jurídicas³³.

Destaca también el hecho que en el proceso de amparo, el que solicita una medida cautelar no debe

31 Artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

32 ANDALUZ WETREICHER, Carlos. «Manual de Derecho Ambiental». Lima: PROTERRA, 2006. p. 617-618.

33 Es el caso del artículo 82° del Código Procesal Civil, modificado por Ley N° 27752 de junio de 2003, que desnaturalizó la institución de la protección de derechos difusos no solo al permitir que se pueda plantear pretensiones indemnizatorias, sino sobretudo al disponer que el dinero producto de la indemnización pasa solo a gobiernos locales o regionales.

ofrecer una contracautela o caución. Si bien la medida cautelar está concebida como un eficaz instrumento para evitar que el demandante sufra los daños derivados de la duración del proceso, su indebida ejecución puede ser muy gravosa para el demandado, generándole un daño que luego debe ser indemnizado. Por eso, además de los exigentes requisitos para su concesión en el proceso de amparo (aparición del derecho, peligro en la demora y adecuación de la medida) se debió exigir que el demandante ofrezca una contracautela, la cual funcione como un importante desincentivo para los que solicitan una medida cautelar sin contar con una situación jurídica de ventaja que esté claramente reconocida por el derecho objetivo. Un individuo racional no está dispuesto a asumir el pago de una indemnización si sabe que al final del proceso es muy probable que su pretensión será declarada infundada y, por tanto, la medida cautelar que solicitó seguirá la suerte del principal. La caución aplicada correctamente es entonces un desincentivo a las medidas cautelares indebidas. Esta necesidad es mayor si tomamos en cuenta que en el Perú existe un abuso de las medidas cautelares en los procesos de amparo, las cuales, además de factores como la corrupción, se conceden porque el solicitante no debe ofrecer caución.

Prueba. De acuerdo al artículo 9° del CPCo, no existe etapa probatoria plena. Se permiten solo medios de prueba documentales, lo cual viola el derecho constitucional al debido proceso en su manifestación de derecho de defensa, pues muchas veces no es posible ofrecer medios de prueba documentales que acrediten la violación. En materia de protección de derechos al ambiente, una inspección judicial puede ser el mejor medio de prueba. Pero la ley no permite que el demandante la ofrezca, permitiendo que sea solo un medio probatorio de actuación por disposición exclusiva del juez. En este caso el beneficio de la rapidez del procedimiento, puede ser menor frente al costo de la violación del derecho por la limitación en la iniciativa probatoria de las partes. Una regulación que minimice al mismo tiempo el costo de duración del proceso con el costo de limitar la actividad probatoria, puede ser que se disponga que cuando los medios de prueba documentales no pueden acreditar la violación, el juez puede aceptar el ofrecimiento de un medio de prueba distinto por el demandante.

3.2.2. Hábeas Data

Finalidad. Mediante el proceso de hábeas data se protegen los derechos constitucionales de acceso a la información que mantienen las entidades públicas. También sirve para conocer, actualizar, incluir, suprimir o rectificar la información referidos al afectado, que se encuentren en registros de entidades públicas o privadas que brinden acceso a terceros.

En materia ambiental, el artículo II del Título Preliminar de la LGA, dispone que toda persona tiene dere-

cho a acceder a la información pública sobre las políticas y actividades que pudieran afectar el ambiente, sin necesidad de invocar interés o justificación.

Interés para obrar. El artículo 62° del CPCo establece que «para la procedencia del hábeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta el respeto de los derechos (...), y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento (...)». En principio, sería suficiente una sola comunicación requiriendo la información. Sin embargo, esta norma debe ser concordada con el artículo 11° de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que dispone que toda solicitud de información debe ser dirigida al funcionario designado por la entidad de la Administración Pública para realizar esta labor. Esta es la primera carta de pedido de información que tiene que ser remitida a la entidad pública para poder iniciar un proceso de hábeas data. Es a través de este primer pedido que los ciudadanos ejercitan su derecho constitucional de acceso a la información pública. Una vez que se ejercita el derecho de acceso a la información existen dos posibilidades: (i) que la información requerida a la entidad pública sea entregada o, (ii) que la información solicitada no sea entregada.

Si la información no es entregada por la entidad, la persona que solicitó el acceso a la información debe remitir una segunda comunicación, esta vez de fecha cierta, señalando que se está vulnerando su derecho constitucional de acceso a la información pública. Este segundo pedido es el requisito de procedibilidad para acceder al proceso de hábeas data, mientras que el primer pedido vendría a ser el ejercicio del derecho constitucional. Esto se puede determinar a partir de que el artículo 62° del CPCo señala que el requisito de procedibilidad consiste en que se remita un comunicación de fecha cierta en la que se solicite el respeto del derecho de acceso a la información pública. La única manera de poder solicitar el respeto de un derecho, es que este haya sido vulnerado. Esta vulneración se produce al denegarse la solicitud de acceso a la información pública mediante el primer pedido.

Legitimidad para obrar. La legitimidad para obrar activa es extraordinaria respecto del artículo 61.1 del CPCo, en el sentido que cualquier persona puede tener acceso a la información que obra en poder de la administración pública. Esto es de especial relevancia en materia ambiental, dado que en muchos sectores como Agricultura, Producción y Transporte, la información proporcionada por empresas potencialmente contaminantes no está colgada en una página web ni es de fácil acceso. En cambio, la legitimidad para obrar pasiva es ordinaria respecto del inciso 2 del mismo artículo, pues solo el afectado con la información personal falsa, desactualizada o sensible, puede solicitar el acceso, modificación o supresión de la misma.

Destaca el hecho que de acuerdo al artículo 65° del CPCo, en este proceso judicial no es necesario el patrocinio de un abogado.

Competencia, prescripción, desistimiento y prueba. En estos aspectos la regulación es la misma que la del proceso de amparo, por lo que me remito a lo señalado en el acápite 3.2.1 de este trabajo.

Medidas Cautelares. El artículo 63° del CPCo regula una forma de medida temporal sobre el fondo, al establecer que antes de la expedición de la sentencia, el juez puede requerir al demandado para que remita en un plazo máximo de 3 días la información pretendida por el justiciable. Resalta el hecho que el Juez pueda dictar esta orden de oficio, lo cual no obsta su carácter de medida cautelar y que por tanto el demandante que lo solicite deba acreditar los requisitos de peligro en la demora, apariencia de derecho y adecuación.

3.2.3. Proceso de cumplimiento

Objeto. El proceso de cumplimiento tiene como objeto ordenar que el funcionario público de cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, así como se pronuncie cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o reglamento.

Legitimidad para obrar activa. La legitimidad para obrar es extraordinaria respecto al cumplimiento de normas legales y reglamentarias. Destaca el hecho que en el caso de protección de derechos difusos, como lo es el tema ambiental, el artículo 67° del CPCo expresamente establece que cualquier persona puede interponer la demanda, así como la Defensoría del Pueblo. La legitimidad es ordinaria para el cumplimiento de actos administrativos, por lo que en este caso la demanda puede ser planteada solo por la persona a cuyo favor se expidió el acto o que invoque interés.

Legitimidad para obrar pasiva. La demanda se dirige contra el funcionario renuente al que corresponda el cumplimiento de la norma legal o la ejecución del acto administrativo. Asimismo, el artículo 68° del CPCo dispone una serie de situaciones en caso el funcionario demandado niegue ser el competente. Esta regulación complicada es consecuencia del error del CPCo, pues se debió disponer que no debe ser demandado el funcionario a título personal sino la entidad pública en donde labora dicho funcionario. El funcionario o autoridad es solo un órgano de la entidad pública, por lo que el sujeto de derecho que tiene la condición de parte en la relación jurídica material de conflicto es la entidad y no el funcionario en sí. Es

la entidad y no el funcionario quien debe ser demandado. De esa manera se reduce a cero el costo en tiempo, dinero y aflicción que significa para el justiciable tener que ver cómo el proceso se dilata por la indefinición sobre el funcionario legitimado para ser demandado. Se trata en todo caso de un problema interno de la entidad, que no debía ser trasladado ni al justiciable ni al Poder Judicial.

Interés para obrar. Para presentar la demanda es necesario que previamente el justiciable haya enviado un documento de fecha cierta, solicitando el cumplimiento del deber legal o administrativo. La demanda procede si el funcionario se ratificó en el incumplimiento o no contestó dentro de los 10 días. La finalidad de esta disposición es evitar que se lleven al Poder Judicial conflictos que podían evitarse sin tener que mover el aparato jurisdiccional. No obstante, el hecho que la norma disponga que frente a la carta la autoridad «se haya ratificado» en su incumplimiento, se puede prestar a interpretaciones antojadizas, en el sentido que la ratificación implica un doble pronunciamiento del funcionario y por tanto, previamente, una nueva comunicación del justiciable reiterando el pedido frente a la primera negativa. Se trata de una interpretación incorrecta, pues la ratificación expresa del funcionario se da frente al incumplimiento en el que previamente se encuentra de acuerdo al criterio del justiciable y que motiva la comunicación de fecha cierta. Lo contrario implica un trámite previo más largo, con una especie de solicitud de reconsideración de por medio, que desnaturaliza la tutela de urgencia que se busca en este tipo de procesos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha establecido que para que la demanda de cumplimiento sea procedente, además deberán cumplirse los siguientes requisitos: i) ser un mandato vigente, ii) ser un mandato cierto y claro, que debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo, iii) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, iv) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, v) ser incondicional y vi) excepcionalmente podrá tratarse de un mandato condicional, siempre que su satisfacción no sea compleja ni requiera de actuación probatoria³⁴.

Competencia, prescripción, desistimiento, medidas cautelares y prueba. El CPCo dispone para estos casos la misma regulación que la del proceso de amparo, por lo que me remito a los comentarios hechos en el acápite 3.2.1 de este trabajo.

3.2.4. Acción Popular

Objeto. El proceso tiene por finalidad la defensa de la Constitución y la ley mediante el control en los

34 Sentencia N° 0168-2005-PC.

35 MESÍA RAMÍREZ, Carlos Fernando. «Exégesis del Código Procesal Constitucional». Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, del respeto a la jerarquía normativa o la forma prescrita. A diferencia de lo que ocurre con el proceso de inconstitucionalidad, la sentencia en el proceso de acción popular puede tener efectos retroactivos, determinándose los alcances del tiempo en la misma sentencia.

Legitimidad para obrar. Está regulada una legitimidad activa extraordinaria, de modo que cualquier persona puede interponer la demanda. Esta disposición resulta fundamental para que cualquier persona pueda cuestionar una norma que, violando la constitución o la ley, vulnere el ambiente.

Interés para obrar. No existe un requisito previo que deba cumplir el demandante, pues se entiende que la pretensión se plantea sobre la base del interés general por defender la jerarquía normativa.

Competencia. El artículo 85° del CPCo dispone que son competentes las salas correspondientes de la Corte Superior del Distrito Judicial a las que pertenece el órgano emisor, cuando la norma tiene carácter local o regional. En los demás casos la competencia territorial es del Distrito Judicial de Lima. La norma no dispone cuál es la sala correspondiente en cuanto a la competencia material.

La naturaleza de las normas impugnadas se determina en función (i) del objeto que regula y (ii) los sujetos a los que se dirige. Esto se debe interpretar a partir de cada caso concreto, de modo que si la norma es de derecho público la sala competente debe ser la contenciosa-administrativa, cuando es una norma laboral debe ir a la sala de la misma materia, e igual en los casos penales y civiles. El mismo criterio ha sido confirmado por el magistrado del Tribunal Constitucional, profesor Carlos MESÍA RAMÍREZ, quien señala que «la competencia se determina en razón de la ubicación territorial del órgano que emite la norma impugnada de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Pero también se alude a una competencia por razón de la materia»³⁵. Sin embargo, de modo incorrecto, la práctica judicial ha determinado que las salas competentes para todos los procesos de acción popular son las salas civiles.

Prescripción. Acertadamente, el artículo 87° del CPCo dispone que la pretensión prescribe a los 5 años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

Desistimiento. El CPCo no prevé expresamente el desistimiento en el proceso de acción popular. Pero no estamos ante el caso de una prohibición, sino de una laguna que debe ser integrada vía analogía con las otras normas del sistema, tanto la 49° del CPCo como las del Capítulo IV del Título IX del CPC. Por ello, debe permitirse solo el desistimiento del proceso, pero no el desistimiento de la pretensión, pues de lo contrario se estaría permitiendo que una sola per-

«La consecuencia de establecer supuestos de responsabilidad objetiva es que al ser más fácil ganar un caso para el demandante se indemnizarán más daños ambientales, reasignándose el costo del daño en un número mayor que el de la responsabilidad subjetiva»

sona decida que se mantenga vigente en el ordenamiento una norma reglamentaria que además de afectar la jerarquía normativa, afectaría al ambiente.

Medidas cautelares. El artículo 94° del CPCo dispone que solo se puede solicitar medidas cautelares una vez expedida sentencia favorable al demandante en primera instancia. La norma no dispone expresamente que deba concederse la medida, pero ello sí constituye una interpretación razonable si tomamos en cuenta que la apariencia del derecho está acreditada (incluso con grado de certeza por provenir de una sentencia judicial) y que no es necesario acreditar peligro en la demora sobre un caso particular, dado que se trata de proteger el interés general por el respeto a la jerarquía normativa. La orden cautelar está limitada a la suspensión de la eficacia de la norma considerada como vulneratoria en el proceso.

Prueba. No es necesario ofrecer medios de prueba por tratarse de una pretensión de pleno derecho. Sin embargo, es un requisito de la demanda, la presentación de la copia simple de la norma objeto del proceso.

3.2.5. Proceso de inconstitucionalidad

Objeto. El proceso tiene por finalidad la defensa de la constitución mediante el control en las normas con rango de ley del respeto a la jerarquía normativa. La sentencia que declara fundada la demanda no tiene efectos retroactivos, salvo en materia tributaria donde el Tribunal Constitucional debe declarar los efectos en el tiempo.

Legitimidad para obrar. La regulación de la legitimidad para obrar activa, o de la representación procesal legal en rigurosidad, es la barrera de acceso más importante para dejar sin efecto normas con rango legal que perjudiquen el ambiente.

«Dado que en el caso de afectación al ambiente nos encontramos frente a una legitimidad extraordinaria por el carácter difuso de la titularidad del derecho al ambiente, debe entenderse que el desistimiento procede solo respecto del proceso»

De acuerdo al artículo 203° de la Constitución Política, la demanda solo puede ser planteada por: i) el Presidente de la República, ii) el Fiscal de la Nación, iii) el Defensor del Pueblo, iv) el 25% del número legal de congresistas (30), v) 5000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, es el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda las 5000 firmas, vi) los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia, y vii) los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

En el caso de la iniciativa ciudadana, se presenta un alto costo de organización de las personas que puedan considerar la existencia de un perjuicio ambiental a partir de la aplicación de la norma. Por eso este costo de organización suele ser asumido por organizaciones no gubernamentales que reciben financiamiento para defender el ambiente, las que en realidad asumen la responsabilidad ciudadana de monitorear que las normas con rango de ley no perjudiquen el ambiente.

Interés para obrar. Al igual que en el caso del proceso de acción popular, no existe un requisito previo que deba cumplir el demandante, pues se entiende que la pretensión se plantea sobre la base del interés general por defender la jerarquía normativa.

Competencia. De acuerdo al artículo 98° del CPCo, la demanda se interpone ante el Tribunal Constitucional.

Prescripción. El artículo 100° del CPCo dispone que la pretensión prescribe a los 6 años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

Desistimiento. El CPCo no prevé expresamente el desistimiento en el proceso de inconstitucionalidad. Pero al igual que en el caso del proceso de acción popular, no se trata de una prohibición tácita, sino de una laguna del derecho que debe ser integrada vía analogía con otras normas del sistema, tanto el artículo 49° del CPCo como las disposiciones del Capítulo IV del Título IX del CPC. Por ello debe permitirse solo el desistimiento del proceso que no afecta al tema de fondo, pero no el desistimiento de la pretensión, pues de lo contrario se estaría permitiendo que solo la parte demandante decida que se mantenga vigente en el ordenamiento una norma con rango de ley, que además de afectar la jerarquía normativa, afectaría también al ambiente.

Medidas cautelares. En este proceso no se admiten medidas cautelares, lo cual puede tener consecuencias irreparables en materia ambiental. Por ello, debió regularse un dispositivo similar al previsto para el proceso de acción popular en el artículo 94° del CPCo.

Prueba. Al igual que en el proceso de acción popular, no es necesario ofrecer medios de prueba por tratarse de una pretensión de pleno derecho. Sin embargo, es un requisito de la demanda, la presentación de la copia simple de la norma objeto del proceso. CA