

LA TUTELA DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DE MASAS: SOBRE LOS DERECHOS DIFUSOS

ALDO ZOLA VILLEGAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*"Las class action son una estafa, un atraco al consumidor,
una lotería organizada por la cadúcia que algún día nos
perjuicará a todas"*
John Grisham, en "The king of torts"

SUMARIO:

- I. Introducción.- II. Estado de la cuestión.- III. Derechos difusos, Derechos colectivos y Derechos individuales homogéneos: 1. Los Derechos difusos: 1.1. Los Derechos difusos como bienes jurídicos: 1.1.1. La Tutela preventiva de los intereses difusos; 1.1.2. Los Derechos colectivos; 1.1.3. Los Derechos individuales homogéneos.- IV. Derechos difusos y Class Action.- V. Los Derechos difusos en el ordenamiento nacional: 1. La tutela de los derechos difusos en la vía civil: 1.1. Respecto de la pretensión; 1.2. Respecto de la legitimidad para obrar activa; 1.3. Respecto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada; 2. La tutela de los derechos difusos en la vía administrativa: 2.1. Respecto de la pretensión; 2.2. Respecto de la legitimidad para obrar activa; 2.3. Respecto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada; 3. La tutela de los derechos difusos en la vía contencioso-administrativa: 3.1. Respecto de la pretensión; 3.2. Respecto de la legitimidad para obrar activo; 3.3. Respecto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada; 4. La tutela de los derechos difusos en la vía constitucional: 4.1. Respecto de la pretensión; 4.2. Respecto de la legitimidad para obrar activa; 4.3. Respecto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada.- VI. Los derechos difusos en la legislación comparada: 1. Los derechos difusos en el derecho español; 2. Los derechos difusos en el derecho norteamericano; 3. Los derechos difusos en el derecho italiano.- VII. La jurisprudencia nacional y los derechos difusos: 1. Caso Pantano de Villa (Luchini); 2. Caso Intereses Bancarios; 3. Caso indemnización por contaminación ambiental; 4. Caso museo de arte contemporáneo; 5. Caso Costa Verde; 6. Caso planta AMBEV.- VIII. Repensando la tutela de los derechos difusos: 1. La legitimación "extraordinaria" o amplia y el abuso de los derechos difusos; 2. Sobre el peritaje en tutela de los derechos difusos.

I. INTRODUCCIÓN

"The King of Torts" (titulada en español "El Rey de Los Pleitos") (2003) es un bestseller del autor norteamericano John Grisham. La novela gira alrededor de un personaje llamado Clay Carter quien, a pesar de su juventud, ve su futuro con cierto escepticismo. Él es un joven abogado que lleva 5 años como defensor de oficio, de lo cual está bastante hastiado, pues asume casos difíciles en los que tiene pocas esperanzas de ganar, y por los que se trabaja mucho y se cobra poco. En cierta ocasión, Clay, casi por casualidad, como consecuencia de ser el único abogado de oficio disponible, asume la defensa de T. Watson, un drogadicto de 20 años que sin saber por qué ha cometido un asesinato. Cuando Clay empieza a indagar en el pasado de su cliente, se entera de que este se encontraba bajo los efectos de un fármaco en experimentación cuando cometió el crimen. La empresa que había creado este producto (destinado a eliminar la adicción a las drogas) había descubierto, con anterioridad, que el mismo tiene efectos secundarios sobre algunas personas que lo toman, entre ellas, T. Watson. Esta empresa se contacta con Clay y le propone un acuerdo multimillonario y la oportunidad de fundar su propia firma de abogados; para lo cual, obviamente, debe olvidarse de defender a Watson y, por supuesto, de sacar a la luz el nombre del medicamento defectuoso y las consecuencias del mismo. A pesar de sus dudas iniciales, Clay acaba aceptando la propuesta, al entender que puede ser la única oportunidad de su vida. Asimismo, esta compañía farmacéutica le brinda información privilegiada a Clay con respecto a los defectos de los medicamentos de las empresas competidoras con la única finalidad que incite contra ellas grandes demandas "colectivas" o "class action". De este modo, todos estos actos tienen como prioridad llevar a la bancarrota a la competencia, en lugar de reparar a las víctimas y consumidores de los medicamentos defectuosos, mediando, por supuesto, grandes campañas publicitarias. Así, de la noche a la mañana,

Clay se encuentra patrocinando casos importantes, contra importantes empresas lo que hará que los medios de comunicación lo cataloguen como el nuevo "king of torts".

Esta novela, es una crítica social sutil, pero directa, que grafica las grandes distorsiones del Sistema Judicial Norteamericano, en que la extorsión, el soborno, el espionaje, el abuso, los acuerdos bajo la mesa y las demandas multimillonarias son hechos cotidianos. Y es además una estupenda introducción al tema del presente artículo: La tutela jurisdiccional de los derechos difusos.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La regulación de la tutela de los llamados derechos difusos fue, que duda cabe, una de las novedades que el Código Procesal Civil de 1993 introdujo en nuestro ordenamiento. Hoy, a casi 15 años de su vigencia, es pertinente (y me atrevería a decir, necesario) hacer un balance de su aplicación por parte de nuestros tribunales. Es importante señalar que en este lapso la tutela de los derechos difusos no se ha reducido al plano procesal civil; siendo regulada también en el ámbito administrativo y constitucional. Así, sobre esta temática hay aciertos pero lamentablemente, también retrocesos cuyo comentario es precisamente el principal objeto del presente artículo.

Por su parte, la doctrina no ha sido esquiva a este tema, sino más bien lo ha tratado de forma generosa, pudiéndose encontrar suficiente bibliografía, que, al contrario de lo podría creerse, no ha sido una ayuda suficiente para eliminar las dudas y hasta contradicciones, que sobre el particular se generan y otras veces incluso ha coadyuvado a incrementar la confusión al respecto.

Las principales dificultades que se presentan –y que en esta ocasión nos planteamos tratar– nacen de la (forzada) vinculación de la tutela de los intereses difusos con la celeberrima –y también muy criticada– "class action" del derecho norteamericano. Afirmamos ello, con cargo a explicarlo en profundidad más adelante, en tanto que asimilar ambas figuras es similar a comparar dos tipos de tutelas virtualmente distintas como son la tutela preventiva y la tutela resarcitoria de los derechos. Más aún, en la regulación y desarrollo de los derechos difusos se suelen mezclar instituciones de derecho público y derecho privado muchas veces incompatibles entre sí.

En este contexto, debemos referirnos en primer lugar a un breve marco teórico general que nos permita contar con algunos conceptos operativos básicos que nos ayuden a desentrañar algunos de los problemas que la tutela de los derechos difusos presenta.

III. DERECHOS DIFUSOS, DERECHOS COLECTIVOS Y DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

En doctrina y en ciertas legislaciones se suele diferenciar entre estos tres tipos de derechos: a) derechos difusos, b) derechos colectivos y c) derechos individuales homogéneos. La diferenciación resulta pertinente: como veremos, cada uno de estos derechos amerita un tipo de tutela particular y no necesariamente similar.

I. Los derechos difusos

La tutela de los llamados derechos difusos (e incluso la propia definición de "derecho difuso") es un tema que aún no genera consenso, no solo por su singular contenido, sino también por los mecanismos legales que buscan hacerlos efectivos. Sin embargo, existen meritorias definiciones que tratan de delimitar su contenido. Así, se ha señalado que: "Los intereses difusos son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligados por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una región, ser consumidores de un mismo

producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc. Lo que hace difusos a este tipo de interés es precisamente la imposibilidad de determinar el alcance del grupo social afectado".¹

Si bien la definición acotada nos parece correcta, no nos llega a satisfacer del todo. En primer lugar, no queda aclarada la idea de un "derecho" sin titular, pero más importante aún, desde el punto de vista procesal, queda en el aire una pregunta fundamental: ¿Cuál es el tipo de tutela que el ordenamiento le reconoce a estos derechos?

1.1 Los derechos difusos como bienes jurídicos

Sobre la primera interrogante solo queremos dejar sentada nuestra posición, pues no es tema determinante para el futuro de la institución misma. Como sabemos ninguna definición va a ser perfecta, sin embargo, debe ser lo suficientemente útil para permitir una razonable comprensión de las instituciones jurídicas. Asimismo, las definiciones suelen contener abstracciones de los elementos comunes de diversas situaciones o fenómenos, y en el caso específico de los derechos difusos se ha querido ver ese elemento común y característico en la titularidad de tales supuestos "derechos". Así, como vimos, el derecho difuso es aquel que "es de todos" o de un grupo indeterminado de personas.

Resulta conveniente entonces remitirnos a aquellos casos típicos de derecho difusos. El derecho difuso por excelencia es el derecho al medio ambiente, pero también podemos mencionar a los "derechos del consumidor", "derecho a la salud pública", "derecho del orden público", etc. De los ejemplos se desprende que no estamos, entonces, ante típicos derechos (tal y como se suelen entender los derechos individuales); es decir, no estamos ante instituciones perfectamente delimitadas de las cuales podamos extraer un contenido específico, ni se trata de derechos que otorgan a cada individuo una facultad de obrar para satisfacer intereses propios. ¿Se justifica que se siga definiendo a los derechos difusos en función de sus supuestos titulares?

Concordamos con A. Gidi cuando señala que "es legalmente irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo y quién es en última instancia el titular del derecho transindividual [o difuso]. Un derecho 'transindividual', tal y como la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario, o la seguridad de los productos, pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al gobierno. En términos económicos consiste en un 'bien público'.² Incluso nosotros iríamos más lejos, no solo los derechos difusos son transindividuales (es decir, van más allá de los sujetos), sino que operarían mejor si los consideramos como simples "bienes jurídicos", o más precisamente, como "bienes constitucionalmente protegidos" (tal y como se les conoce en la doctrina constitucional). Si entendemos derecho al medio ambiente o derecho a la salud pública como un bien (sobre el que la sociedad en su conjunto tiene especial interés), y no como un "derecho" en estricto, podríamos superar la contradicción de decir que su titularidad le pertenece a todos en la sociedad en su conjunto, pero que, sin embargo, solo algunos pueden intentar su tutela judicialmente. Si el medio ambiente es un "bien" esencial para la sociedad, entonces queda claro que la principal preocupación del ordenamiento se reduce a determinar a quién o a quiénes se les va a otorgar legitimidad para defenderla.

1.2 La tutela preventiva de los intereses difusos

Ahora bien, ¿cómo es que debería tutelarse los derechos difusos? De manera general, los derechos (o los bienes jurídicos) pueden ser tutelados de dos maneras: a) mediante una "tutela preventiva" o inhibitoria o b) mediante una "tutela resarcitoria".

¹ PRIORI POSADA, Giovanni. La tutela jurisdiccional de los derechos difusos. En: *Apuntes de derecho procesal*, Lima, Arik, 1997, p. 31.

² GIDI, Amelio. *Los intereses colectivos y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2004, p. 53.

La tutela preventiva (o *ex ante*, como la denominan algunos autores) busca esencialmente, como su nombre lo indica, prevenir la ocurrencia de daños (o que los mismos se repitan), actuando frente a una amenaza y obteniendo de este modo el mismo bien debido, que es objeto del derecho. En otras palabras, esta tutela trata de brindar al titular del derecho exactamente la misma utilidad garantizada por la ley y no otra utilidad equivalente. La importancia de la tutela preventiva radica en que se trata de un mecanismo de tutela de los derechos distinto y adicional al mero resarcimiento de los daños.

Por contraposición, la tutela resarcitoria (o *ex post*) opera cuando ya se ha producido un daño a un derecho y que, por tanto, no queda otra alternativa que tratar de compensar a la víctima a través de una indemnización pecuniaria.

Como trataremos de explicar en los siguientes apartados, esta distinción es vital para entender la diferenciación entre los derechos difusos y las *class action*. Ello en tanto, la tutela de los intereses difusos es esencialmente preventiva o inhibitoria.

2. Los derechos colectivos

Por su parte, se habla de derechos colectivos cuando estamos ante una situación jurídica que pertenece a un grupo o conjunto de personas determinado o determinable. De este modo, en tanto el interés tutelado es colectivo, su protección alcanzará a todos sus integrantes de manera uniforme; es decir, no implicará un pronunciamiento respecto de derechos individuales. Es en el derecho laboral en donde se encuentran los mejores ejemplos de este tipo de derechos; así, tenemos la "negociación colectiva", el "derecho de huelga" o cualquier tipo de beneficio laboral. Asimismo, en tanto no existe una norma en el ordenamiento nacional –salvo en materia laboral– que de manera expresa regule la legitimidad para obrar en tutela de este tipo de derechos, el colectivo deberá organizarse a fin de lograr una adecuada representación de sus miembros para hacer valer sus derechos.

3. Los derechos individuales homogéneos

A diferencia de los derechos colectivos, los derechos individuales homogéneos pertenecen a personas perfectamente identificables y determinadas. El titular de este derecho es cada persona en particular. Lo que hace "homogéneo" a este tipo de derecho es que generalmente nacen de un mismo hecho generador o, en términos procesales, tiene una misma *causa petendi*. Es decir, estos derechos (si bien son individuales) comparten un mismo fundamento de hecho y/o de derecho. Asimismo, el ordenamiento nacional no contiene ninguna norma de derecho material que regule este tipo de derechos; sin embargo, sí se encuentra contemplada en el derecho brasileño.³

³ Código Brasileño del Consumidor: Título III, Protección del consumidor ante los tribunales: Artículo 81.- La protección de los intereses o derechos de los consumidores puede ser otorgada ante los tribunales individual o colectivamente. Párrafo único. La protección colectiva estará permitida en el caso de:

I. Derecho o intereses difusos, así entendidos, para efectos de este Código, los transindividuales e indivisibles, pertenecientes a personas indeterminadas unidas por circunstancias de hecho;
II. Derecho o intereses colectivos, así entendidos, para efectos de este Código, los transindividuales e indivisibles, pertenecientes a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o frente a otra parte opuesta por una relación jurídica común; o
III. Derechos o intereses individuales homogéneos, así entendidos aquellos que derivan de un origen común.

Artículo 82. Para los propósitos de promover una acción colectiva en protección de los derechos descritos en el artículo 81,

párrafo único, las siguientes entidades tienen legitimación colectiva:
I. El Ministerio Público;
II. Los gobiernos federales, estatales o municipales y el Distrito Federal;
III. Las entidades y agencias de la administración pública directa o indirecta, incluyendo aquellas sin entidad legal, especialmente diseñada para la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código; y
IV. Las asociaciones legalmente establecidas por lo menos durante un año, cuyos propósitos institucionales incluyan la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea.

IV. DERECHOS DIFUSOS Y CLASS ACTION

Es usual que la doctrina (incluso nacional) suele asimilar los derechos difusos con la conocida *class action* del derecho norteamericano, e incluso se ha dicho que la primera se basa en esta última. También se suele creer que la figura de la *class action* se encuentra regulada en el artículo 82 de nuestro Código Procesal Civil. Así, por ejemplo, el profesor Priori Posada, señala que las *class action* serían un tipo de legitimidad para la tutela de derechos difusos⁴, concluyendo que "en el caso peruano no se encuentra expresamente regulada esta forma de legitimación para la tutela de los derechos difusos; sin embargo, a nuestro juicio no sería necesaria la regulación de la *class action* si es regulada la acción popular".⁵ Sin embargo, tenemos la convicción de que no solo existen diferencias entre ambas figuras sino que se tratan de instituciones radicalmente diferentes.

Se ha dicho que las acciones de clase o *class action* "constituyen un medio de obtención de tutela jurisdiccional basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente situadas que constituyen una clase. (...) Esta institución pretende servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando una visión individualista de los perjuicios".⁶

Asimismo, se ha dicho que las *class action* "son pretensiones colectivas que buscan acelerar la resolución de los conflictos sufridas por una multiplicidad de personas y abaratar los costos de acceso a la justicia permitiendo a esta multiplicidad de personas agrupar sus intereses en una sola pretensión".⁷ Como se puede observar, la doctrina del *civil law* parece más preocupada en la particular "titularidad" o "legitimidad" que brindan las *class action*. Sin embargo, ¿es ello suficiente para asimilarlo a la tutela de intereses difusos (al menos tal y como se regula en el ordenamiento peruano)?, ¿acaso son las *class action* un tipo de tutela preventiva?

Quizás la mejor definición de la *class action* la encontremos en la misma norma que la regula en el derecho norteamericano. Así, la conocida *Rule 23* señala que: "Uno de los miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como partes representativas de todos solo si: (1) la clase es tan numerosa que el litisconsorcio es impracticable, (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase (...)"⁸ De la norma acotada parece evidenciarse que en realidad no se están tutelando intereses generales de "la sociedad", sino un gran número de intereses individuales. En efecto, las *class action* no serían más que un supuesto de un gran litisconsorcio facultativo activo (o incluso pasivo).

Y además de ello, respondiendo la pregunta anterior, se debe recalcar que las *class action* no buscan alcanzar una tutela preventiva de ningún derecho, sino simplemente el resarcimiento de daños y perjuicios de un gran número de personas. Es decir, una *class action* es una simple demanda de responsabilidad extracontractual iniciada por un número singularmente elevado de demandantes. En tal sentido, y siguiendo la clasificación antes vista, la *class action* no tutela derechos difusos, sino simplemente derechos individuales homogéneos.

Para graficar lo antes señalado resulta conveniente remitirnos a un ejemplo representativo. Nos referimos al caso *Dukes vs. Wal-Mart Stores*. Este caso fue iniciado por Betty Dukes, en el año 2000, alegando haber sido discriminada por ser mujer por la conocida empresa de supermercados

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 43.

⁵ *Ibid.* p. 45.

⁶ SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. La tutela de los intereses difusos colectivos a través de la legitimación de los grupos. Madrid, Dykinson, 1995, p. 371.

⁷ BERTOLOTTI, Adriano y otros. Breve introducción a las pretensiones de grupo. En: *Revista Archivo Procesal*, No. 1, Lima, 2006, p. 161.

⁸ Federal Rule 23 - Class Action: "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class..."

Wal-Mart en la que laboraba, al habersele negado la posibilidad de ascender en su empleo y de esa manera obtener mayores salarios. La demandante representó, además, a más de un millón de mujeres que trabajan en Wal-Mart y se solicitó el pago de una indemnización ascendente a US\$ 11 billones de dólares. Como puede parecer obvio, este caso es conocido también como la más grande *class action* del derecho norteamericano.⁹

En resumen, las diferencias más relevantes entre la tutela de los derechos difusos y las *class action* son las siguientes:

- a) Mientras la tutela de los intereses difusos es una manifestación de la tutela preventiva (que busca evitar que un daño se concrete o se siga llevando a cabo), la *class action* es una expresión de la tutela resarcitoria. Es decir, la *class action* no es otra cosa que un gran litisconsorcio facultativo que pretende una indemnización por responsabilidad extracontractual.
- b) La tutela de los intereses difusos tiene como objeto la protección de un bien constitucionalmente protegido (o si se quiere de un derecho cuyo titular es la sociedad en su conjunto). Por su parte, la *class action* busca la tutela de una sumatoria de derechos individuales de crédito (la indemnización).
- c) En este mismo orden de ideas, mientras la tutela de los intereses difusos se vincula de mejor manera al derecho público, la *class action* pertenece totalmente al derecho privado.

V. LOS DERECHOS DIFUSOS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

No puede decirse que nuestro ordenamiento nacional carezca de una regulación de la tutela de derechos difusos, no son pocas las normas que la contemplan. Sin embargo, como veremos a continuación, no podemos decir que dicha regulación sea sistemática y armónica, sino que más bien presenta ciertas contradicciones.

I. La tutela de los derechos difusos en la vía civil

Una de las normas precursoras en lo que a regulación de los derechos difusos se refiere es el artículo 82 de nuestro Código Procesal Civil de 1993. Sin embargo, como veremos, la importancia de esta norma se ha visto radicalmente reducida por una modificación legislativa llevada a cabo el año 2002.

De la actual la norma bajo comentario se desprenden los aspectos que detallamos a continuación.

I.1 Respeto de la pretensión

El original artículo 82 del Código Procesal Civil, si bien no lo decía expresamente, no dejaba dudas respecto de la tutela preventiva que se concedía a los derechos difusos¹⁰, es decir, dirigida a que un daño contra estos derechos no se verifique. Sin embargo, una modificación legislativa parece haber cambiado el contenido de lo que se puede pretender en este tipo de procesos.

⁹ Como se sabe, las *class action* no solo son comunes en los tribunales, sino que además son muy populares en el negocio del entretenimiento, siendo material para más de una decena de dramas (algunos muy buenos), muchas veces basadas en sucesos reales. Así por ejemplo, podemos mencionar las siguientes películas: *A civil action* (con John Travolta), *Nerfi Casey* (con Charlize Theron), *Backway jury* (con Dustin Hoffman) y *En la literatura* (con John Graham).

¹⁰ Artículo 82.- Patrimonio de intereses difusos.-
Inocua difusa se aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, talca como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

En efecto, la nueva norma señala que: "La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso".¹¹ Es decir, esta norma admite que mediante este tipo de procesos se pueda pretender una indemnización dineraria. Al parecer los legisladores no tuvieron en cuenta cuál era el objeto del artículo 82, creyendo que este regulaba una tutela meramente resarcitoria. En otras palabras, como hemos indicado, se creyó que nuestra norma regulaba alguna especie de *class action*, en lugar de una tutela preventiva. Al respecto, es ilustrativo leer la exposición de motivos de los dos proyectos de ley que dieron lugar al artículo 82 hoy en vigencia.¹² Ambos proyectos parten de una premisa errada o al menos no contemplada en nuestro ordenamiento. Así, el Proyecto de Ley 994 señalaba que "ante el daño ambiental se tiene la indemnización (...) es decir, el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto con el hecho dañoso". Sin embargo, tal supuesto no se encontraba regulado en la norma original. Es decir, por ejemplo, una asociación no podía solicitar una indemnización monetaria por daños al medio ambiente, en tanto que ninguna norma material la hacía titular un derecho semejante. Por otro lado, resulta curioso que el proyecto de ley mencionado se refiera a un "equilibrio patrimonial roto", sin tener en cuenta que los derechos difusos son por definición "no patrimoniales"; es decir, no cuantificables en dinero.¹³

Si bien es una opción del legislador el considerar que en este tipo de casos las Municipalidades pueden ser considerados acreedores a una indemnización por daños al medio ambiente, no entendemos porqué ello tiene relación con el artículo 82 del Código Procesal Civil. Si lo que quiere es una indemnización, ello debería ser sustanciado a través de un proceso de conocimiento común y corriente que tenga como objeto el cálculo (seguramente complicado) de los daños ocasionados. El proceso y las normas procesales específicas sobre la tutela de los derechos difusos no tienen ninguna relación con el cálculo de daños.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del juez, esta última por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial "El Peruano" y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

11 Artículo 82.- Patrocinio de Intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o el patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del juez, esta última por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existen o no se hayan openionado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el juez deberá incorporarlos en calidad de litigantes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial "El Peruano" o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieron intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.

¹² Véase referencias a los Proyectos de Ley 994 y 1231.

¹³ Eso no hace sino reflejar el error de querer abordar el instituto de los derechos difusos desde una perspectiva patrimonialista o mediante los principios del derecho civil patrimonial (específicamente, el de responsabilidad civil) cuando es claro que los derechos difusos responden más a un tipo de derecho público: es un interés público al que se encuentra a la base de su propia concepción.

En conclusión, actualmente no solo se puede intentar la tutela preventiva de los intereses difusos, sino también una cuestionable tutela resarcitoria. Así, sobre el particular no podemos sino compartir las consideraciones de Busnelli cuando señala que pretender que la responsabilidad extrcontractual pueda tener funciones tan amplias como tutelar al medio ambiente, es semejante a un indeseable y "morstruoso" cruce entre instituciones de derecho privado y derecho público.¹⁴

1.2 Respeto de la legitimidad para obrar activa

Sobre este punto, y al margen de si lo dispuesto por la norma resulta positivo y si ha funcionado en la práctica (cuestión que trataremos más adelante), la norma establece que pueden iniciar una demanda de este tipo el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas y las asociaciones sin fines de lucro. En este sentido, no se ha otorgada legitimidad a cualquier particular. Nótese que en el caso de las asociaciones no se requiere "requisito" adicionales, como sucede en otras legislaciones, como por ejemplo que la asociación haya sido constituida con cierta anterioridad a la interposición de la demanda o que su fin social esté directamente relacionado con la pretensión intentada en la demanda.

Por otro lado, si bien la misma norma deja entrever que la legitimidad de las asociaciones depende además de "la ley" o "el criterio del juez", no debe quedar duda que dichos requerimientos deben ser lo más flexibles posibles, pues la orientación de la norma es hacia la promoción de este tipo de tutelas, y no al contrario. En suma, en nuestro ordenamiento es posible que una asociación se constituya exclusivamente para tutelar un derecho difuso en un proceso determinado o que una asociación que tiene como fin la tutela del medio ambiente, pueda tutelar también los intereses de los consumidores o el patrimonio cultural.

Habría que agregar que la modificación legislativa del año 2002 complicó la manera de comprender la legitimidad para obrar en estos casos. Así, la actual norma regula que, únicamente en los casos en que se pretenda la tutela del medio ambiente, deben intervenir los Gobiernos Locales en calidad de "litiscosortes necesarios" del demandante. Como señalamos, esta decisión parte del error de considerar que, en todos los casos, se va pretender una indemnización cuyo acreedor va a ser dicho gobierno local. Pero, respecto de la legitimidad para obrar en específico, la calificación de los gobiernos locales como litiscosortes necesarios podría traer algunos problemas. Ello se debe a que el litiscosorcio necesario activo supone que dos o más sujetos deben prestar su consentimiento expreso y ejercer su derecho de "acción" de manera conjunta. El extremo de la norma bajo comentario lo "ordena" al juez que incorpore al gobierno local al proceso conminándolo a usar su derecho de acción, obligándolo a ser parte demandante, aún cuando no se haya solicitado indemnización alguna y este pueda no tener interés en el proceso. Más aún, bajo este supuesto y en tanto estamos ante litiscosortes necesarios, si es que el gobierno local incorporado al proceso renuncia expresamente a ejercer su derecho de acción, la demanda decaería pues el proceso no podría seguir con solo uno de los supuestos litiscosortes (lo contrario nos llevaría a concluir que simplemente no son necesarios).

Por ejemplo, si una asociación demanda a una empresa para que deje de arrojar desechos tóxicos en una zona ecológica, tendría que incorporarse al proceso al gobierno local correspondiente.

¹⁴ "Intentar, más bien destacar que la atribución al Estado de la legitimación para obrar en materia de daño ambiental, la identificación de ese daño con el comprometerse del medio ambiente, la acentuación del aspecto ambiental de la latipascia de responsabilidad (...) generadores del daño ambiental, son, en conjunto, factores que permiten calificar este daño como un daño público, y atribuir naturaleza pública a la función asignada a la relativa latipascia de responsabilidad civil, que para estos efectos ha sido deformado de su orden estructural, a fin de permitir que un instrumento de protección de intereses privados se transforme en un medio de protección de interés público.

El producto de esta transformación es semejante a un matrimonio cruzo entre categorías del Derecho Público y categorías del Derecho Privado". BUSNELLI, Francisco Donato. La peribola de la responsabilidad civil. En: *Themis, Revista de Derecho*, No. 24, Lima, junio-2002, p. 24.

aun cuando (como no podía ser de otra manera) no se haya solicitado indemnización alguna (puesto que la norma no hace distinción entre la tutela preventiva y la resarcitoria). Asimismo, bajo este supuesto, se estaría autorizando, por ejemplo, a que cualquier asociación demande el pago de una indemnización por daños al medio ambiente, pese a que no es titular de dicho cobro, puesto que el "acreedor" es el Gobierno Local correspondiente.

Finalmente, habría que hacer una pequeña precisión. Como señalamos la norma procesal civil no permite que cualquier particular inicie una demanda en tutela de intereses difusos; sin embargo, ello tendría una excepción. En efecto, la "Ley General del Ambiente" (Ley 28611) que, de manera similar al anterior "Código del Medio Ambiente", regula el acceso a la defensa de este bien constitucionalmente protegido; señala que le corresponde a "toda persona" su defensa, sin necesidad de contar con un "interés económico" sino solo "interés moral".¹⁹ Es decir, según la norma acotada, no importando de qué vía se trate, cualquier particular puede iniciar un proceso en tutela del medio ambiente.

En conclusión, tiene legitimidad para iniciar un proceso en tutela de derechos difusos: a) el Ministerio Público; b) los Gobiernos Regionales y/o Locales; c) las Comunidades Campesinas y/o Nativas, y d) las personas jurídicas sin fines de lucro. En adición a ello, en los casos en que se pretenda tutelar el medio ambiente, además tendrá legitimidad para obrar activa cualquier persona (natural o jurídica). Finalmente, si se pretende tutelar el medio ambiente y/o "bienes o valores culturales", los gobiernos locales deberán ser incorporados al proceso como "litisconsortes necesarios activos". Por su parte, y como veremos más adelante, si se trata de tutelar los derechos del consumidor, también tendrá legitimidad para obrar el INDECOPI.

1.3 Respecto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada

La norma bajo comentario nos dice laxamente que: "La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso". De ello se pueden derivar dos conclusiones bastante relevantes:

- En primer lugar, la norma nos dice que la sentencia que declara fundada una demanda en tutela de derechos difusos podrá ser ejecutada, incluso contra aquellos que no fueron demandados;
- En segundo lugar, de una interpretación a contrario, se tiene que cualquier otra persona legitimada distinta del demandante puede intentar una nueva demanda que tenga un petitório idéntico, sin que pueda oponerse en su contra una excepción de cosa juzgada.

Si bien se ha pretendido justificar la extensión de los efectos subjetivos de la cosa juzgada respecto de los demandados (por los cuales solo podría afectarse a los que específicamente son parte pasiva) en la mayor "relevancia" de este tipo de "derechos"²⁰, ello no es suficiente para ejecutar directamente la sentencia contra aquellos "terceros" que no intervinieron en el proceso.

En efecto, debe ponderarse adecuadamente los efectos "ultra partes" de la sentencia y el derecho de defensa de los terceros implicados. En tal sentido, consideramos que para pretender

¹⁹ Artículo IV del título preliminar de la Ley General del Medio Ambiente: Del derecho de acceso a la justicia ambiental.- Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y judiciales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

²⁰ "... ¿Si de lo que se trata es de borrar todo o diversos sujetos civiles son indistintamente, considerando legitimación o abstracción? Sentencias, ejecutorias o personas: es preciso que los efectos de la sentencia que se dice al término del proceso se extiendan a todos los afectados y - como es obvio - no sólo a quienes han sido parte del proceso". PRIORI POSADA, Cj. ck. p. 49

oponer (y sobre todo, ejecutar) la sentencia contra un tercero, debe procederse a iniciar un "incidente", que tenga por objeto determinar que dicho tercero se encuentra exactamente en una posición igual o similar a la del demandado, lo que no necesariamente resulta una cuestión sencilla de determinar. De este modo, estimamos que a efectos de no transgredir el derecho de defensa del tercero, este debe ser notificado necesariamente con el pedido del demandante por el cual pretende ejecutar la sentencia en su contra, teniendo la oportunidad de pronunciarse al respecto. Con la absolución del tercero o sin ella, y de ser necesario, mediando una audiencia especial en caso haya algún medio probatorio que actuar, el juez está en aptitud de resolver si es que se debe ampliar a dicho tercero los efectos de la cosa juzgada, decisión que en cualquier caso (y como todo auto) podrá ser impugnada para que sea resuelta definitivamente por el superior jerárquico (en estos casos, la Corte Superior correspondiente). De este modo, se podrá lograr darle plenos efectos "ultra partes" a la sentencia en tutela de derechos difusos, sin violar el derecho de defensa de los terceros.

Por ejemplo, si una sentencia ha ordenado el cierre temporal o definitivo de una fábrica por contaminar el medio ambiente, ello no significa necesariamente que las fábricas colindantes también deban ser cerradas, pues estas últimas pueden demostrar durante el trámite del "incidente" que sus niveles de contaminación se encuentran dentro de los límites permitidos legalmente (cuestión técnica que puede no ser simple y que merece, al menos, un mínimo de actividad probatoria).

2. La tutela de los derechos difusos en la vía administrativa

El ámbito administrativo tampoco ha sido ajeno a la regulación de los derechos difusos, estableciendo procedimientos para su tutela a dicho nivel, especialmente, para la tutela de los derechos del consumidor. Así, por ejemplo tenemos el artículo 30 y 51 de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716)¹⁷ que a continuación pasamos a comentar.

¹⁷ Artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor.- El procedimiento administrativo para hacer cumplir las disposiciones de la presente Ley se iniciará de oficio, a pedido del consumidor afectado, o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una Asociación de Consumidores, y se regirá por lo dispuesto en el Título Quinto del Decreto Legislativo 807. En el caso de productos adquiridos o servicios contratados por una sociedad conyugal u otros patrimonios autónomos, y cuando se solicite la imposición de una medida correctiva de devolución o reposición, la legitimidad para obrar corresponderá al patrimonio autónomo, mientras que la representación procesal será de cada uno de sus integrantes, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 65 del Código Procesal Civil.

La interposición de denuncia por parte de las Asociaciones de Consumidores por infracción a las normas administrativas de protección al consumidor queda sujeta a la reglamentación que apruebe el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual.

Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor.- El INDECOPI, previo acuerdo de su Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado por el artículo 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán en la vía sumaria. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las prestaciones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra prestación necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde coherencia con aquéllas. El INDECOPI podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores. El juez atenderá la legitimidad para obrar de la entidad respectiva, sin más trámite que la presentación del documento en que consta la delegación otorgada por INDECOPI. El juez conferirá traslado de la demanda al mismo día que se efectúan las publicaciones a la que se hace referencia en la norma mencionada en el párrafo anterior. El INDECOPI representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funda el petitorio si aquéllos no manifestaran expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realzadas dichas publicaciones, vencido el cual se citará a la audiencia de conciliación.

Una vez conformada o ejecutada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta será cobrada por el INDECOPI, quien luego prorrogará su monto o velará por su ejecución entre los consumidores que se apersonen ante dicho organismo, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

Transcurrido un año desde la fecha en que el INDECOPI cobre efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destinará a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses difusos.

Mediante Decreto Supremo se establecerán los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso del fondo mencionado en el párrafo anterior, así como para regular los procedimientos de distribución del monto obtenido o de ejecución de las obligaciones en favor de los consumidores afectados.

2.1 Respeto de la pretensión

En relación a este ámbito, también resulta pertinente referirnos a "lo que se puede pedir" a nivel administrativo en tutela del derecho de los consumidores. El derecho de los consumidores es amplio: es decir, tiene diversas manifestaciones, algunas de las cuales han sido recogidas legislativamente. Así, resulta importante centrarnos en dos de esas manifestaciones. El artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor señala que:

"Los consumidores tienen los siguientes derechos:

- a) *Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representan riesgo o peligro para la salud o la seguridad física (...).*
- e) *Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo (...).*

De tal norma se desprende dos tipos de tutelas claramente diferenciadas. Mientras que el derecho a la "protección eficaz" contra productos que "representan riesgo para salud" puede ser identificado como un real y verdadero derecho difuso (y por tanto expresión de la tutela preventiva), el denominado derecho "a la reparación de daños y perjuicios" solo puede ser catalogado como un derecho individual, perteneciente a cada consumidor en particular. En suma, ambas "pretensiones" pueden ser solicitadas a nivel administrativo frente al INDECOPI.

Sin embargo, el artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor, de manera similar a lo señalado respecto del actual artículo 82 del Código Procesal Civil, vuelve a confundir la tutela preventiva de los intereses difusos con la tutela resarcitoria de los intereses particulares. De este modo, dicha norma señala que el INDECOPI podrá "promover procesos judiciales" (además de los procedimientos administrativos correspondientes) en tutela de intereses difusos, en los que "podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios (...), y en general, cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados". Es decir, el INDECOPI no solo podrá reclamar la tutela de los consumidores en general, sino también de los particulares afectados individualmente.

En buena cuenta, la norma autoriza a que el INDECOPI se subrogue en el derecho de crédito de cada uno de los consumidores afectados por un producto determinado y pretenda su cobro en la vía judicial. En tal sentido, se puede decir que se le otorga al INDECOPI una "representación legal" de estos derechos individuales. Luego de cumplida la eventual sentencia estimatoria, se entregará la indemnización al INDECOPI, que "prorrateará" dicho monto entre los consumidores que lo soliciten. Cómo es que el INDECOPI podrá identificar a estas víctimas y cómo es que procederá a hacer un cálculo de sus daños, es un verdadero problema que hasta donde tenemos conocimiento –felizmente– todavía no se ha planteado en la práctica.

2.2 Respeto de la legitimidad para obrar activa

El artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece que tiene legitimidad para iniciar un procedimiento administrativo el propio consumidor afectado, una "Asociación de Consumidores"¹⁸ o incluso la misma Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

¹⁸ Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, el INDECOPI podrá representar los intereses individuales de los consumidores ante cualquier autoridad pública o cualquier otra persona o entidad privada, bastando para ello la existencia de una simple carta poder susrita por el consumidor afectado. Tal poder faculta a INDECOPI a exigir y ejecutar cualquier derecho del consumidor en cuestión.

¹⁹ El artículo 1 de la Ley 17846 establece requisitos adicionales para que estas asociaciones de consumidores puedan contar con legitimidad para obrar activa, como por ejemplo ser debidamente reconocidas por el INDECOPI. Asimismo, se autoriza a dichas asociaciones a presentar denuncias, además del INDECOPI, ante OSINERG, SUNASS, OSIPTEL, y OSITRAN.

En efecto, se puede iniciar ante el INDECOPI un procedimiento en tutela de los derechos del consumidor tanto de oficio como a pedido de parte. El procedimiento de oficio estará a cargo de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y se entiende que esta solo podrá hacer valer derechos difusos; así dicha Comisión podría solicitar la salida del mercado de cierto producto nocivo para la salud, pero no puede pedir un indemnización para los afectados pues este derecho solo le pertenece a ellos (las víctimas). Ahora bien, el procedimiento a pedido de parte puede ser iniciado por un particular (persona natural) o por una Asociación de Consumidores. Si el procedimiento es iniciado por un particular, este solo podría solicitar las medidas correctivas de las cuales es titular; es decir, un derecho individual, pero no puede solicitar la tutela de un derecho difuso mediante este proceso administrativo. Sin embargo, la Comisión de Protección del INDECOPI puede aprovechar este procedimiento para intentar algún tipo de tutela para el derecho difuso que pueda estar en discusión; ello en tanto, la Comisión no pierde su potestad sancionatoria. Por su parte, las asociaciones de consumidores pueden iniciar este procedimiento "siempre que: (i) sea en defensa de intereses difusos y/o colectivos de los consumidores, sin que sea necesaria la afectación de un consumidor en particular, sino la afectación potencial para cualquier consumidor; y (ii) sea en representación de consumidores afectados o potencialmente afectados, miembros de la misma asociación",¹⁷

2.3 Respeto de los efectos subjetivos de la cosa decidida

Respecto de este aspecto el mismo INDECOPI (mediante el artículo 5 de la Resolución de la Presidencia del Directorio No. 049-2001-INDECOPI-DIR) ha precisado que: "La resolución final que declare inadmisibile o improcedente una denuncia promovida por una Asociación de Consumidores únicamente surtirá efectos para dicha asociación, no existiendo impedimento para que la acción sea nuevamente ejercitada por otra asociación o en su caso, por consumidores de manera individual".

3. La tutela de los derechos difusos en la vía contencioso-administrativa

Por otra parte, también la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584) ha contemplado expresamente la tutela de los derechos difusos.

3.1 Respeto de la pretensión

A través de la vía bajo análisis se puede pretender cuestionar un acto u omisión de la administración pública que, directa o indirectamente, afecte o amenace afectar un derecho difuso.¹⁸

¹⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (al cuidado de). *Ley de protección al consumidor*. Comentarios. Rhodas, Lima, 2004, p. 367.

¹⁸ Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584): Artículo 4. - *Acciones impugnables*. Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.

2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.

3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.

4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decide, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

3.2 Respeto de la legitimidad para obrar activa

Por su parte el artículo 12 de la Ley bajo análisis²¹ otorga legitimidad para obrar en esta vía, expresamente, al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo y a cualquier persona natural o jurídica. Es decir, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, la vía contencioso administrativa ha sido más audaz, otorgando una legitimidad absolutamente amplia para iniciar un proceso en tutela de los intereses difusos.

3.3 Respeto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada

La Ley en comentario no regula específicamente los efectos de la cosa juzgada recaídas en los procesos en tutela de derechos difusos; sin embargo, en tanto a este tipo de casos le es de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil²², deberían llegarse a las mismas conclusiones ya señaladas en el punto 1.3.

4. La tutela de los derechos difusos en la vía constitucional

Dentro del conjunto de vías con las que contamos para la tutela de los derechos difusos, sin duda, la constitucional es una de las más relevantes. Ello en tanto los derechos difusos tienen una naturaleza predominantemente constitucional. De este modo, mediante la tutela de los intereses difusos no sólo se busca justicia en un caso en concreto, sino también se permite la participación de la sociedad civil en los métodos pacíficos para la resolución de conflictos que afectan un interés público.

4.1 Respeto de la pretensión

En el proceso de amparo se intenta reponer "los cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional". Por ello el amparo es una tutela cuyo contenido no es una "obligación de dar suma de dinero"; así, se deduce que este proceso es una manifestación de una tutela preventiva de los derechos fundamentales y no de la tutela resarcitoria.

En tal sentido, en la vía del amparo —a diferencia del proceso civil— la confusión entre los dos tipos de tutela señaladas —o entre *class action* y tutela de derechos difusos— se encuentra superada, pues simplemente en el amparo no cabe solicitar ningún tipo de indemnización dineraria.

4.2 Respeto de la legitimidad para obrar activa

El Código Procesal Constitucional regula de manera expresa la legitimidad para obrar en la vía del amparo en tutela de derechos difusos, otorgándosela a toda persona (natural o jurídica). Así, el artículo 40 del Código Procesal Constitucional señala: "(...) puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos".

Sobre el particular nuestro Tribunal Constitucional ya ha afirmado, sobre los derechos difusos, lo siguiente: "Conviene, asimismo, dejar establecido que el cuestionamiento que se ha hecho a quienes

²¹ Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27524): Artículo 12.- Legitimidad para obrar activa en tutela de intereses difusos: "Cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo:

1. El Ministerio Público, que en otros casos actúa como parte.
2. El Defensor del Pueblo.
3. Cualquier persona natural o jurídica.

²² Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27504): Disposiciones Finales: PRIMERA.- El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente Ley.

han promovido la presente demanda, so pretexto de que no les asistía legitimidad procesal, carece de todo asidero, los derechos objeto de reclamo se sustentan en lo que la doctrina califica como intereses difusos y por tanto, vinculan a título de derecho subjetivo a cualquier persona, grupo humano o sector de la sociedad".²² (El resaltado es nuestro)

4.3 Respeto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada

El Código Procesal Constitucional tampoco ha regulado de manera expresa cómo es que la cosa juzgada en el amparo afecta a los terceros que no fueron parte. Sin embargo, si se regula la aplicación supletoria de los "Códigos Procesales"²³, por lo que también puede ser predicable de este tema lo ya mencionado respecto del proceso civil.

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos que incluso podría considerarse aplicable a estos casos, lo regulado en el artículo 60 del Código Procesal Constitucional²⁴ que contempla los denominados actos homogéneos. Ello en tanto, que si bien la norma deja en claro que no deben ser permitidos los actos homogéneos del demandado, no ha vedado la posibilidad de que los mismos actos llevados a cabo por un tercero sean materia de un pronunciamiento en virtud de lo establecido en la cláusula señalada.

VI. LOS DERECHOS DIFUSOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En este acápite consideramos pertinente referirnos brevemente a la regulación de los derechos difusos en el derecho extranjero.

I. Los derechos difusos en el derecho español

Entre las principales características de este sistema podemos señalar las siguientes:

a) Respecto del tipo de pretensiones que pueden intentarse la norma española no parece ser determinante, y más bien se asemeja mejor a la *class action* norteamericana que la tutela preventiva. De hecho, aunque la misma norma se refiere textualmente a "intereses difusos" algún autor ha preferido llamarlas (creemos correctamente) "*acciones colectivas indemnizatorias*"²⁵, lo que refleja claramente su naturaleza de tutela meramente resarcitoria, más no preventiva de los derechos. Así se señala que "en derecho español es posible el ejercicio de una acción de clase para obtener el resarcimiento de daños patrimoniales o personales, incluidos dentro de estos últimos los morales. Tampoco existe un límite cuantitativo para el ejercicio de una acción de clase, ni superior ni inferior. De este modo, sea cual fuere la cuantía de los daños que se reclamen, su articulación procesal por la vía de una acción de clase resulta en principio posible".²⁶ Cabe precisar que las normas no regulan la "tutela" de todo "derecho difuso", sino que únicamente se refieren a los derechos de "los consumidores".

²² Sentencia No. 0921-2003-AA/TC, del 12 de agosto de 2003 (Tercer considerando).

²³ Código Procesal Constitucional: Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales alines a la materia decidida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y les ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

²⁴ Código Procesal Constitucional: Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos: Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez co-actuado.

Electo el reclamo, el juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es oponible sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de proyección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

²⁵ Así MARÍN LÓPEZ, Juan José. Las acciones de clase en el derecho español. Artículo disponible en internet: www.ingretr.com.

²⁶ *Ibid.*, p. 6.

b) De este modo, al no hacer una distinción clara entre la tutela preventiva y la tutela resarcitoria, no se puede desprender de las normas de dicho ordenamiento a quién le corresponde a legitimidad para obrar. Así, por ejemplo el artículo 6 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) señala que tienen legitimidad para obrar recae en "la mayoría de los afectados".²⁸ Por otra parte, el artículo 11 de la misma LEC señala que, además de la legitimación individual del perjudicado (entendamos a solicitar una indemnización), las asociaciones de consumidores pueden "defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".²⁹ De dicha norma se entendería que estas asociaciones podrían solicitar tanto una tutela preventiva como resarcitoria.

Sin embargo, si bien la norma estaría autorizando a las asociaciones a solicitar una indemnización, la norma no la autoriza a su cobro, según lo establecido en ella, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso.³⁰ En tal sentido, la sentencia debe individualizar a las víctimas a efectos de que hagan efectivo su derecho a la indemnización de manera personal, o de ser ello posible establecer las pautas para su determinación.³¹ Como se puede observar, nuevamente se trata simplemente de

²⁸ Ley de enjuiciamiento civil española. Artículo 6. Capacidad para ser parte.

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: (...)

2.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

²⁹ Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legítimamente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legítimamente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

³⁰ Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicitando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, para solo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precedido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos interesados que hagan acudido al llamamiento, no perjudicados la persuasión individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que estos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 319 de esta Ley.

³¹ Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.º Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria desestimará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá las bases, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, iniciar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.º Si, como presupuesto de la condena o como presupuesto principal o único, se declarara ficto o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los

un peculiar y complejo proceso de obligación de dar suma de dinero por responsabilidad extracontractual.

2. Los derechos difusos en el derecho norteamericano

Como hemos señalado, las *class action* no pueden ser consideradas una expresión de la tutela de los derechos difusos. Ello no significa que no se de este tipo de tutelas en el *common law*. En efecto, en el derecho norteamericano se regula la figura de la "injunction" que puede ser perfectamente asimilable a la tutela preventiva de los derechos. Si bien la "injunction" no tutela exclusivamente derechos difusos, sin duda sería la "vía" por la cual alcanzar dicho objetivo. Asimismo, la "injunction" es un remedio de "equity"; es decir, se otorga de manera discrecional por parte del juzgador, acudiendo a los principios de su propio ordenamiento antes que a las normas específicas o jurisprudencias vinculantes. Como ejemplo, podemos citar el caso de la NHTSA (*National Highway Transportation Safety Bureau*)³¹, contra la Ford Company, en que se solicitó el retiro del mercado de los automóviles "Ford Pinto" por tener un sistema de combustible peligroso. Como se evidencia, en este proceso se estaba solicitando una tutela inhibitoria en defensa de los derechos de los consumidores frente a un producto defectuoso.

3. Los derechos difusos en el derecho italiano

El derecho italiano adolece de una doble problemática en lo que a tutela de derechos difusos se refiere. Por un lado, en el ordenamiento de dicho país, no existe ninguna norma expresa que, directa o indirectamente, sustente la aplicación de la tutela preventiva y mucho menos que regule de manera general la tutela de derechos difusos. Por otro lado, en "el derecho procesal italiano, al igual que el resto de los ordenamientos europeos, se basa en la tutela resarcitoria de los derechos subjetivos. Lo cierto es que la tutela de los intereses colectivos requiere una nueva perspectiva, más preventiva que resarcitoria, en definitiva menos patrimonialista".³² Aunque, cabe resaltar, cierto sector de la doctrina italiana aboga (loablemente) por interpretaciones amplias de las normas y su adaptabilidad a las nuevas situaciones jurídicas, que permitan este tipo de tutelas (y por supuesto también hay sector que lo niega).

VII. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LOS DERECHOS DIFUSOS

Paulatinamente, distintos casos referidos a la tutela de intereses difusos se están haciendo presentes en nuestra jurisprudencia. Y si bien aún no es posible encontrar un número significativo de este tipo de procesos, si se han presentado casos sumamente representativos, que merecen algunos comentarios.

1. Caso Pantanos de Villa (Luchetti)

En este caso se pretendía la tutela del derecho difuso al medio ambiente y generó, en su momento, posiciones encontradas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

Podemos resumir los hechos del caso de la siguiente manera: durante el año 1996 la empresa Luchetti Perú S. A. adquirió un inmueble en el Distrito de Chorrillos e inició, en dicho lugar, la construcción de una planta de pastas y fideos. Dos años más tarde, en 1998, la Municipalidad Metropolitana de Lima decidió cancelar las licencias de construcción de Luchetti (declarándolas nulas), porque esencialmente, la planta en cuestión se encontraba ubicada en la zona de influencia

consumidores y usuarios, la declaración de emitir acciones procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

31 Si se hubieran presentado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habría de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

32 Entidad administrativa encargada de fijar los estándares a seguir en el diseño de automóviles.

33 SUGUERO ESTAGNAN, Joaquín, Op. cit. p. 216.

de los llamados Pantanos de Villa, y en dicha zona solo podían operar industrias livianas (escala de zonificación denominada I-2) y no grandes industrias (cuya zonificación corresponde a la escala I-3) como era el caso de Luchetti. Debido a estos hechos, Luchetti inició un proceso de amparo contra la Municipalidad de Lima en el que se buscaba la tutela de su derecho de propiedad. En este sentido, se solicitó la inaplicación de los acuerdos tomados por la Municipalidad de Lima. En febrero de 1998 se declara fundada la demanda de Luchetti y en mayo del mismo año se confirma la sentencia en segunda instancia.

Lo curioso del caso es que pocos días antes de emitirse la sentencia de primera instancia en el proceso de amparo mencionado, se presentaron "en la vía civil" veintidós solicitudes de medidas cautelares mediante las cuales se buscaba exactamente la pretensión contraria a la que era objeto del proceso de amparo; es decir, se solicitó que la empresa Luchetti se abstenga de continuar la construcción y puesta en funcionamiento de su planta industrial (pues atentaba contra el medio ambiente). Dos de las medidas cautelares fueron admitidas en sede civil, provocándose resoluciones judiciales contradictorias.

En el presente caso, Luchetti habría contravenido una norma administrativa "que aparentemente era bastante clara" por la cual no podían ubicarse grandes industrias en la zona de influencia de los Pantanos de Villa y por tanto, el objeto del proceso debió ser bastante simple de determinar (era pues un caso de Derecho Urbanístico antes que un caso de Derecho al Medio Ambiente). Sin embargo, la determinación de si la planta industrial de Luchetti correspondía a una gran industria (zonificación I-3) o a una industria liviana (zonificación I-2) nunca quedó aclarada del todo, a pesar de estar definidos por normas supuestamente técnicas como son el Reglamento Nacional de Construcciones y el Reglamento de Zonificación General de Lima Metropolitana. En conclusión, resulta cuestionable que se haya ordenado la total paralización de las actividades económicas de Luchetti, pues parecía más eficiente condenar a dicha empresa a tomar medidas preventivas (como el uso de tecnología e instrumentos no contaminantes o, en el peor de los casos, debió ser condenada a reducir su producción).

2. Caso intereses bancarios

En septiembre del 2005, la Asociación de Usuarios del Servicio Eléctrico de Arequipa Edgar Pinto Quintanilla interpuso un proceso de cumplimiento contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) con propósito que el BCRP cumpla con su función constitucional de fijar las tasas máximas de interés para las operaciones activas y mínimas de las operaciones pasivas del Sistema Financiero, así como los topes a las comisiones y demás tarifas que por cualquier concepto cobran las entidades bancarias.

Los fundamentos de la demanda, en resumen, eran los siguientes:

- Que, la Asociación demandante es una institución sin fines de lucro facultada para ejercer la defensa de los intereses difusos de los consumidores.
- Que, la función del BCRP de "regular el crédito del sistema financiero" (constitucionalmente prevista) se llevaría a cabo "mediante la fijación de los límites máximo y mínimo de las operaciones activas y pasivas correspondientes del sistema financiero".
- Que el Tribunal Constitucional (Exp. No. 1328-2004/AA/TC) ya ha reconocido "el estado abusivo" que sufren los usuarios del sistema financiero.
- Que el BCRP al no regular las tasa de interés no estimula la creación de riqueza ni garantiza la libertad de trabajo de las pequeñas empresas.

Por su parte, el BCRP sostenía, entre otras cosas, que:

- Ninguna de las normas invocadas en la demanda obliga al BCRP a fijar las tasas de interés máximas y mínimas. Por el contrario, existen normas que declaran la libertad para fijar intereses.
- La función del BCRP de "regular la moneda y el crédito" se efectúa a través de la política monetaria, utilizando los mecanismos habituales para sus operaciones.

En noviembre del 2005, se expidió sentencia de primera instancia declarando "fundada en parte" la demanda incoada y ordenando al BCRP que "haga cumplir con su función constitucional de regular el crédito del Sistema Financiero, fijando los límites máximos de las tasas de interés, así como los topes máximos de comisiones y demás tarifas que fijan las entidades financieras". Sin embargo, cuando el caso llegó hasta el Tribunal Constitucional, este confirmó la sentencia de vista que declaró improcedente la demanda por no ser el proceso de cumplimiento la vía idónea para tramitar la pretensión incoada, sino el proceso contencioso administrativo (Exp. No. 10231-2006-AC/TC).

Como se puede desprender de lo señalado, lo que se discutía en este proceso podría ser de vital importancia para la situación económica de todo el país, confirmando nuevamente la trascendencia de los intereses sociales que están en la base de los derechos difusos.

3. Caso indemnización por contaminación ambiental

El año 2004, una Asociación de Municipalidades interpuso una demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual contra diversas empresas mineras, por los supuestos daños y perjuicios causados a la Cuenca Hidrográfica del Río Mantaro, por el exterminio total de su flora y fauna, y por la contaminación del medio ambiente. Específicamente, la Asociación en cuestión solicitó una indemnización hasta por la nada despreciable suma de US\$ 5,000'000,000.00 por los daños generados por la actividad minera realizada por las empresas demandadas.

Tratándose de un caso aún en trámite no podemos dar una opinión definitiva del mismo. Sin embargo, como se puede colegir, este no es en estricto un caso de tutela de intereses difusos, pero sí estuvo basado en la nueva redacción del artículo 82 del Código Procesal Civil. En efecto, el Código Procesal Civil, al hacer a las Municipalidades titulares de derechos de crédito por los daños generados al medio ambiente, les ha dado más que buenas razones para iniciar procesos de este tipo.

4. Caso Museo de Arte Contemporáneo

En este caso la Cuarta Fiscalía Provincial de Lima, alegando tener legitimidad para iniciar una demanda en defensa de derechos difusos, conforme a lo dispuesto en el Artículo 82 del Código Procesal Civil, demandó al Instituto de Arte Contemporáneo, mediante un interdicto de retener, solicitando que se ordene el cese de la demolición de la Casona del Centro Cultural Manuel Beltroy Vera del Distrito de Barranco, así como el de su entorno paisajista, ya que tendrían la condición de Patrimonio Cultural de la Nación. Asimismo, la fiscalía solicitó que se ordene el pago de una indemnización por los daños causados al patrimonio cultural del distrito y a su medio ambiente.

Como es de conocimiento público en dicha zona se había iniciado la construcción del futuro Museo de Arte Contemporáneo.

Esta demanda fue declarada improcedente en su oportunidad, conforme a lo señalado en el artículo 598 del Código Procesal Civil, solo está legitimado para interponer una demanda de interdicto de retener aquel que se considere perturbado o despojado de su posesión. Es decir, el interdicto es un proceso que solo puede ser iniciado por un poseedor. Si alguien no es poseedor de un bien, no puede interponer una demanda de interdicto respecto de dicho bien, puesto que carecería de

VIII. REPENSANDO LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS

I. La legitimación "extraordinaria" o amplia y el abuso de los derechos difusos

Como hemos señalado, en nuestro país cualquier persona (podríamos decir, por el solo hecho de serla) puede intentar, judicialmente, la defensa del medio ambiente. Este es un hecho ya aparentemente zanjado. Este tema se encontraba expresamente previsto en la anterior ley que regulaba el proceso de amparo y se ha recogido en el artículo 40 del hoy vigente Código Procesal Constitucional y también se puede desprender del Código del Medio Ambiente.³¹ Asimismo, la vía del proceso constitucional y del proceso contencioso administrativo está abierto para la tutela de los demás derechos difusos.

Es por este hecho que se señala que existe una legitimidad para obrar extraordinaria o una representación atípica (pequeño matiz que en la práctica es casi siempre lo de menos).

Desde un primer acercamiento, esto resulta positivo pues (como dicen algunos autores) de este modo se da una mejor protección a este importante derecho.³²

Cabe acotar, sin embargo, que este no es el único modo de configurar la llamada "legitimidad para obrar" de este tipo de derechos y, más bien, el caso peruano pertenece a una posición minoritaria. Nos explicamos.

El problema de la representación procesal de los intereses públicos que se hallan detrás de los derechos difusos ha sido abordado desde distintos enfoques. Así, siguiendo lo señalado por Cappelletti y Garth, en otros ordenamientos jurídicos, la tutela de los derechos difusos puede conformarse del siguiente modo:

- a) El enfoque gubernamental: Por el cual solo las instituciones del Estado tienen representación o legitimidad para exigir judicialmente la tutela de los derechos difusos, como por ejemplo el Ministerio Público, las agencias públicas reguladoras o los Defensores del Pueblo.
- b) El enfoque del procurador general privado organizacional: Mediante esta, se admite la participación de ciertos grupos de particulares que son representativos de la sociedad y que tiene un nivel importante de organización, como por ejemplo las asociaciones de consumidores. Sin embargo, en algunas legislaciones la sola conformación de estos entes privados organizados no es suficiente, sino que además requieren tener la autorización de una entidad Estatal o se someten a una serie de controles *ex ante* y *ex post* del Estado.
- c) El enfoque del procurador general privado: Mediante al cual se autorizan que los procesos sean iniciados por cualquier particular.
- d) La solución mixta: Mediante la cual se permite no solo la actuación del Estado, a través de sus propias entidades, sino también de los particulares.³³

De estas opciones, ¿cuál es la más adecuada? Lo que hemos denominado legitimidad amplia acarrea dificultades y problemas poco afortunados. Esto no solo desde el punto de vista meramente teórico, por el evidente peligro de sentencias contradictorias al permitirse la tramitación de más de un proceso con peticiones similares.

³¹ Artículo 11.- Toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. (...)

³² En este sentido se pronuncia Giovanni PRIORI: *La tutela judicial de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*, PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. pp. 42-43.

³³ CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH. *El acceso a la justicia. La litigación en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996, pp. 35-45.

Creemos que uno de los principales problemas, en la práctica, es el que se deriva del gran "incentivo perverso" que genera este tipo de legitimidad, lo que conviene graficar con un ejemplo no desconocido: Imaginemos que una importante empresa empieza la construcción de una gran planta industrial en determinada zona de Lima. Desde la literalidad de nuestra normativa, cualquier vecino de Lima podría demandar a dicha empresa si considera que la planta en construcción va a stentar contra la ecología del distrito, e incluso podrían iniciarse no una sino diez o veinte demandas al respecto. Hasta este punto no parece haber mayor inconveniente, si es que consideramos que "los demandantes" obran de buena fe. Lamentablemente, esto no suele pasar en una realidad tan variopinta como la nuestra, pues los demandantes pueden estar siguiendo otras intenciones no tan loables. Nos explicamos nuevamente. Como se sabe el demandante puede en cualquier momento desistirse de la pretensión que ha iniciado o incluso conciliar o transar sobre la misma. Pues bien, ¿cómo obraría una persona, que sabe que de iniciar una demanda, le es más barato a la empresa cuestionada transar con el accionante, que contratar un abogado que la defienda? En otras palabras lo que genera la norma es un "incentivo perverso" para que cualquier vecino "aprovechador" pueda "extorsionar" legalmente a una gran empresa, mediante su derecho de acción, y así obtener algún beneficio económico (incluso la "inversión" del vecino aprovechador podría no tener costo si es que se intenta un proceso de amparo ya que en este ni siquiera se pagan tasas). De este modo, si una empresa se ve acorralada por demandas contra el medio ambiente, y sabe, por ejemplo, que un abogado le va a cobrar hasta US\$500 por defenderla en cada una de ellas, lo lógico y económico para la empresa sería ofrecer hasta US\$499 al demandante para que se desista de su pretensión en vez de contratar al abogado; obviamente, este vecino oportunista estaría abusando de su derecho de acción y su demanda debería ser desestimada de plano, pero esto no se puede saber *a priori* por el simple hecho que las intenciones del demandante pueden no ser evidentes y saber si, en realidad, le interesa defender la ecología o solo quiere ganar dinero.³⁸

Por otra parte, esta legitimidad amplia tampoco garantiza la calidad del trámite del proceso, por el simple hecho que, por ejemplo, una asociación bien organizada puede invertir mucho más dinero en el proceso, que un simple particular que se considere agraviado. En suma, una empresa demandada puede verse asfixiada por una avalancha de pretensiones totalmente infundadas, pero igualmente se vería obligada a hacer un enorme gasto de recursos en defenderse, lo que obviamente no resulta deseable.

En este orden de ideas, y en virtud de lo señalado, nos atreveríamos a afirmar que la legitimidad absolutamente amplia en tutela de los derechos difusos no ha tenido como resultado una mejor tutela de los mismos, siendo muchas veces objeto de abusos por parte de los particulares. Por ello, plantearíamos que en una eventual reforma se restrinja la legitimidad de obrar en tutela de los derechos difusos a unas pocas instituciones privadas previamente organizadas (como lo planteaba inicialmente el Código Procesal Civil), que tengan una finalidad perfectamente definida y delimitada y que cuenten con el financiamiento necesario para recabar la suficiente información que requiera cada caso. Ello al menos representaría algún avance en esta materia, recuérdese que en otros ordenamientos no solo la tutela de los derechos difusos le corresponde a las asociaciones sino que además, por ejemplo, se les exige tener un mínimo de años de existencia y/o haber ganado determinado "reconocimiento social" y/o haber sido autorizada por una entidad estatal, teniendo estas medidas claramente la finalidad de eliminar la posibilidad de que estas puedan abusar de la importante labor de defender un interés público.

³⁸ Y no se crea que las personas no actúan de esta manera, a la fecha ya se han registrado no pocos casos en que estos hechos han sido denunciados.

2. Sobre el petitorio en tutela de los derechos difusos

Es común encontrar (en este tipo de casos) pretensiones en que se solicita que determinada empresa "cierre su planta industrial" o "se abstenga de realizar su actividad productiva". El simple hecho de plantear de este modo el petitorio de la demanda en tutela de los derechos difusos, expresa una manera de expresar la concepción del medio ambiente u otro derecho que no necesariamente es correcta. El Derecho al Medio Ambiente (o cualquier otro derecho difuso) no es absoluto, es decir, no existe (ni puede existir) un mandato legal que impida "contaminar de cualquier forma" el medio ambiente, pues las actividades productivas exigen que cierto nivel de contaminación deba ser tolerado. Esto ha sido recogido, por ejemplo, en el artículo 96 I del Código Civil que regula las inmisiones, señalando que solo serán vedadas aquellas que superen la normal "tolerancia"; sin embargo, como hemos visto, las pretensiones en este tipo de casos no reparan en este detalle. Más bien resulta difícil pensar en un caso en que toda la actividad empresarial (cualquiera que fuese) deba ser paralizada a fin de evitar la violación del Derecho Ambiental.

Por tanto, "la orden de paralización no debe producirse cuando existen medidas correctoras capaces de evitar el daño y, cuando a pesar de no existir medidas que impidan el daño, la actividad se considere de importancia vital para la sociedad. No pueden perderse de vista las graves consecuencias que la paralización de la actividad industrial ocasiona, no tanto para el conjunto de la sociedad, sino para los empresarios y trabajadores involucrados en dicha actividad. A este respecto conviene indicar que, si bien la legislación administrativa de carácter ambiental prevé como medida sancionadora la suspensión temporal o la clausura definitiva de las actividades industriales o instalaciones causantes de un daño ambiental (...), la doctrina pone de relieve la dificultad práctica a que se enfrenta la imposición de tales medidas en tanto que afectan perjudicialmente a terceros ajenos a la infracción, como son los trabajadores o los proveedores de las empresas sancionadas. Es más, el TS [Tribunal Supremo español] ha considerado necesario en algunos casos suspender los actos administrativos que decretaban el cese de ciertas actividades industriales por entender que ello ocasionaría perjuicios de imposible o difícil reparación derivadas de la desaparición del medio de vida de los propietarios de las instalaciones y la extinción de los contratos laborales ligados al ejercicio de dicha actividad"³⁹

De manera similar G. VENTINI comenta favorablemente un fallo de la Corte de Casación italiana en que se "negó a condenar a una empresa industrial (dedicada a la fundición metálica) a adoptar mecanismos para reducir las inmisiones, no obstante el hecho que se había determinado su carácter perjudicial contra la salud de los vecinos. En dicho caso se optó por la técnica de la indemnización".⁴⁰

En este sentido el juzgador debe tener cuidado en no amparar demandas que pretendan la paralización total de una determinada actividad empresarial, si es que se puede utilizar otros medios adecuados para reducir el riesgo de contaminación, como por ejemplo la reducción de la producción o la adquisición de equipos anticontaminantes.

³⁹ SANTOS MORÓN, María José. Acerca de la tutela civil del medio ambiente. Algunas reflexiones críticas. En: Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Piçoz. Civitas, Madrid, 2001. Tomo II, p. 3029 y 3036.

⁴⁰ VENTINI, Giovanni. Responsabilidad contractual y extracontractual. Ara, Lima, 2002. p. 447.