

LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS: UNA INTRODUCCIÓN

Aldo Zela Villegas*

En el presente artículo se discuten distintos temas relativos a la tutela preventiva y a su aplicación. Este tipo especial de tutela de los derechos debe actuar antes de que el daño al derecho material se concrete, por considerar que este tiene una particular importancia y que la protección a posteriori sería irrelevante. Dicho esto, el autor se pregunta hasta qué punto se puede obtener una verdadera tutela preventiva. En caso sea posible, ¿cómo puede un juzgador determinar en un caso concreto cuándo debe conceder una tutela preventiva?

Existen diversas técnicas que deben ser empleadas al momento de decidir qué tipo de protección se otorgará. El análisis costo-beneficio, expresado en la fórmula HAND, o la ponderación de derechos son instrumentos útiles para este fin. Asimismo, es importante recordar que, como sostiene Guido Calabresi, no se busca evitar los daños a cualquier precio. El autor ejemplifica sus ideas con interesantes casos de la jurisprudencia nacional e internacional. Así, se discute el trato frente a derechos como el honor o al medio ambiente, derechos que tienen distintas formas de protección.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Echecopar Abogados.

I. INTRODUCCIÓN: ¡KAMMIONMI CHEKAMUNAM!

El ingeniero Eche copar tenía una misión muy especial: tender una carretera que, por primera vez, una la selva con la costa, para lo cual debía construir inmensos túneles que pasen por debajo de los Andes. Eche copar había hecho de su trabajo un ideal, pues estaba convencido que su labor traería salud, educación y progreso a distintos pueblos del Perú y pretendía dar todo de sí para cumplir con su tarea: “Estoy dispuesto a asfaltar esta carretera con mis huesos y con los de ustedes”, les solía decir a los obreros.

Un día, uno de los capataces informó a Eche copar que grandes cantidades de agua habían desaparecido de Collacocha (la laguna al lado de la cual trabajaban diariamente) y que debían paralizar las obras para evitar una posible inundación del túnel. Sin embargo, Eche copar no lo escuchó, pues no había ninguna certeza de a dónde iba a parar toda esa agua y ya en varias ocasiones anteriores habían paralizado las obras “para nada” y una inundación bien podría ocurrir en días como en años. Cada día de atraso en la obra significaba, para Eche copar, el sufrimiento y hasta la muerte de muchas personas por no recibir las medicinas y los alimentos que la carretera les traería.

¡Kammionmi chekamunam...! (que quiere decir ¡Allí vienen los camiones!) era la manera en que los lugareños celebraron la llegada de los primeros vehículos en atravesar la carretera: “¡Maquinas y medicinas para la selva!” “¡Alimentos y madera para la costa!”. Eche copar estaba logrando unir dos mundos.

Sin embargo, en ese mismo momento se descubren filtraciones de agua en el túnel: Una catástrofe parecía inminente. Eche copar dio la voz de alarma para que todos los obreros abandonen sus labores. El pánico se apoderó de todos, pero Eche copar permaneció firme en su puesto, esperando a que el último obrero saliera a la superficie y sólo cuando el túnel empezó a desmoronarse lo hizo estallar para sellarlo y evitar que el aluvión se expanda.

Esa es, en pocas palabras, la trama de una gran obra del teatro nacional. Nos referimos a “Collacocha” de

Enrique Solari Swayne y resulta un buen inicio para entender de lo que se trata la tutela preventiva de los derechos. ¿Debía Eche copar acaso paralizar la obra a la primera señal de peligro? ¿Tenía razones fundadas para esperar? ¿Acaso podía llevarse el caso ante los Tribunales y estos obligar a Eche copar a detener las obras? Son este tipo de preguntas a las que la tutela preventiva debe dar solución.

II. PRIMER ACERCAMIENTO A LA TUTELA PREVENTIVA

Podemos decir que la tutela preventiva tiene como finalidad actuar antes que un daño se concrete, evitando que continúe la acción dañosa, o evitando que la misma se repita. En tal sentido, se trata de una tutela específica, pues busca proteger en sí mismo el derecho o la situación jurídica de ventaja a la cual sirve y no pretende intercambiarla por un mero derecho a una indemnización. Lo que se pretende, entonces, es evitar que un comportamiento potencialmente dañoso se lleve a cabo (se repita o continúe), para lo cual se deberá imponer al demandado una obligación de hacer o de no hacer. Ello puede ocurrir, como veremos en detalle más adelante, en una gran variedad de casos distintos entre sí, como por ejemplo cuando se pretende evitar la contaminación ambiental o un acto de competencia desleal.

Asimismo, cabe señalar que en doctrina se suele denominar de distintas formas a este tipo de tutela. Así, cuando se habla de tutela preventiva, tutela inhibitoria, tutela específica o tutela de condena de obligaciones de hacer o no hacer, en realidad se está hablando de supuestos similares, pues todas estas figuras se refieren a los mismos fenómenos, aunque, claro está, desde distintos puntos de vista (según el tiempo en el que actúan o del contenido de la tutela).

III. DERECHO A LA INDEMNIDAD Y TUTELA PREVENTIVA

La tutela preventiva o inhibitoria, en adición, es una manifestación del derecho a la tutela diferenciada¹ y, como tal, tiene su propio contenido. Debe tenerse presente que el modo en que está expresada la tutela es lo que determina el derecho material, y no al revés; así, la llamada tutela resarcitoria viene

¹ El derecho a la tutela jurisdiccional diferenciada debe reconocerse esencialmente como un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento, es un derecho hacia los legisladores según el cual estos deben adoptar y prever mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela, y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso (es decir, mecanismos de sumarización) que sean adecuadas para cada caso. De esta manera, por ejemplo, no basta con que el legislador reconozca formalmente el derecho al honor o a la salud cuando no se dispone también de mecanismos para que tales derechos sean protegidos de manera íntegra; pues es necesario crear procedimientos sumarios y establecer mecanismos por los cuales se cumplan las sentencias en sus propios términos. En un segundo momento, el derecho a la tutela diferenciada es un derecho de los justiciables frente a los jueces. Los justiciables no sólo tienen derecho a que existan diferentes tipos de tutela y a elegir la tutela que consideren más efectiva; sino también tienen derecho a que los jueces, obligatoriamente, den una tramitación adecuada a las pretensiones que se presentan ante ellos.

a sustituir el derecho primigenio por un derecho consistente en la reparación pecuniaria de los daños producidos (daño emergente y lucro cesante). Es evidente, entonces, que la tutela resarcitoria no hace sino tutelar un derecho de crédito del sujeto dañado (en otras palabras, transforma el derecho primigenio en un derecho de crédito). Así, por ejemplo, si alguien atenta contra un bien de mi propiedad y por tal motivo este bien se extingue, perderé igualmente mi derecho de propiedad, pero nacerá un derecho de crédito a ser reparado pecuniariamente por los daños causados.

Ahora bien, si la tutela inhibitoria pretende la prevención de la ocurrencia de un daño, no hay duda de que la situación jurídica subjetiva que se crea es un derecho a la intangibilidad de la esfera jurídica; es decir, a que una determinada situación no se modifique, el mismo que ya algunos autores han denominado de diversas maneras: derecho a la integridad², derecho material a la seguridad³ o derecho a la indemnidad⁴.

Luigi Corsaro define el derecho a la integridad como “el derecho (la pretensión) a que otro no haga nada que atente contra la situación, es decir, el derecho a que otro no transforme o altere la situación propia”⁵. El derecho acotado, además, es de antigua data y tiene su origen en una manera distinta de entender el viejo adagio romano *neminem laedere* o *alterum non laedere*. Este principio puede traducirse en dos deberes específicos: (i) el no lesionar deliberadamente dicha integridad (un no hacer) y (ii) adoptar las medidas necesarias para no lesionar la integridad ajena (un hacer). Para este autor, la “integridad” no es un simple tipo de tutela: se trata de un derecho autónomo que no puede ser confundido con la situación jurídica subjetiva a la cual sirve, sea ésta un derecho de propiedad, de la persona, o cualquier otro. El derecho a la integridad y la tutela preventiva son dos caras de la misma moneda. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad implica la satisfacción de un interés mediante el uso y disfrute de un bien específico. Sin embargo, al ser amenazado, hace nacer un nuevo interés, distinto del primigenio –por el que se pretende que cierta circunstancia no se modifique–, lo que da lugar, a su vez, a una nueva situación jurídica subjetiva que es el derecho a la integridad y que, por tanto, despliega sus propios mecanismos de tutela, como por ejemplo, los derivados del interdicto de retener

(evitando un daño) o de recobrar (evitando que el daño se prolongue).

IV. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

Ahora bien, aun cuando la tutela preventiva tiene actualmente una gran importancia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, tiene también una problemática compleja que se presenta en distintos aspectos. La primera cuestión a plantearse está referida a determinar hasta qué punto se puede obtener una verdadera tutela preventiva, pues en nuestro ordenamiento se han regulado sólo algunos supuestos específicos, pero no se ha establecido dicha tutela de manera generalizada y, sobre todo, atípica (es decir, aplicable incluso en casos no recogidos expresamente por una norma). En segundo lugar, aun cuando una norma establezca una tutela preventiva para un determinado derecho, ello no necesariamente significa que tal tutela se puede hacer efectiva a nivel del proceso, pues éste puede no tener un diseño adecuado para brindar la protección que la norma material ha dispuesto. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

V. LA TUTELA PREVENTIVA EN ACCIÓN

¿Qué casos y qué derechos pueden ser susceptibles de tutela preventiva? ¿Cuándo se debe declarar procedente una pretensión de este tipo? Como hemos visto, la tutela preventiva tiene como finalidad actuar antes que un daño se concrete, antes que continúe la acción dañosa, o antes que la misma se repita. Sin embargo, ¿cómo puede un juzgador determinar en un caso concreto cuándo debe conceder una tutela preventiva?

En primer lugar, el juzgador debe analizar la actividad que se pretende vedar o prohibir. En este sentido, resultaría ideal que dicha actividad esté expresamente prevista en una norma; así, la labor del juzgador se simplificaría notablemente, puesto que sólo se limitaría a verificar que dicha actividad se está llevando a cabo (ello en tanto el juicio de ponderación, sobre si una actividad es dañosa, ya ha sido realizado por el legislador). Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 26856 establece que las playas “son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles”, por tanto bastará que el juzgador verifique que alguna persona está ejerciendo (o

² CORSARO, Luigi. “Neminem laedere y derecho a la integridad”. En: Proceso & Justicia. Revista de derecho procesal 3. 2002. pp. 146 y siguientes.

³ DA SILVA, Ovidio. “Racionalismo y tutela preventiva en proceso civil”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal 5. 2002. pp. 285 y siguientes.

⁴ LLAMAS POMBO. “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”. En: CABANILLAS, Antonio. “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”. Tomo II. Madrid: Civitas. 2003. p. 2206.

⁵ CORSARO, Luigi. Op. cit. p. 156.

pretende ejercer) un dominio privado sobre tales zonas para que dicha actividad sea inmediatamente vedada.

Sin embargo, en los casos en que no existe una normativa expresa, el juzgador debe determinar, de acuerdo a algún método de solución de conflictos (como por ejemplo el análisis costo-beneficio o la ponderación de derechos), cuál es el interés que debe prevalecer. Ello, por ejemplo, ocurre a menudo en los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión, o entre el derecho al medio ambiente y la libertad de empresa, en que el juzgador debe ser muy cuidadoso en determinar hasta qué punto debe restringir la libertad de expresión o de empresa.

Sigamos el siguiente ejemplo bajo los postulados del análisis costo-beneficio: En el célebre caso *Adams v. Bullock*, un niño de doce años de edad cruzó un puente llevando en la mano un cable de aproximadamente tres metros de longitud. Mientras meneaba el cable, éste tomó contacto con el alambrado del tranvía –que corría por debajo del puente– y la consiguiente descarga eléctrica provocó múltiples quemaduras en el niño. Los familiares decidieron demandar una indemnización a la compañía de tranvías. Ahora bien, supongamos que, además de solicitarse la indemnización, se hubiese demandado la eliminación del cableado aéreo –ya de por sí peligroso– o el cambio de éste por otro sistema más seguro. El demandado alegó que, al usar un tranvía alimentado por cables elevados, estaba ejerciendo de manera legal su derecho de concesión y que sólo una casualidad extraordinaria podía convertir al cable en un objeto peligroso. Nótese que en el presente caso no existía una norma específica que determinara cómo debía construirse el sistema de cableado del tranvía (lo cual hubiera permitido argumentar el incumplimiento de dicha norma). El juez que resolvió el caso consideró que la compañía demandada no había sido negligente y que, por tanto, no era necesario cambiar el sistema de cableado aéreo. El razonamiento que el juez utilizó se basó en el costo de tomar precauciones y el costo del daño (del potencial daño). En primer lugar, las probabilidades de causar un daño con el sistema de cableado aéreo son relativamente escasas; resulta muy difícil que alguien toque un cable de alta tensión que está a dos o tres metros por encima del nivel de la calle. Claro está que, por otro lado, si el accidente ocurre, la magnitud del daño puede ser muy grande (alguien puede morir). Por otra parte, ¿qué medidas de precaución se podían

tomar? ¿Cuánto costaría tomar precauciones? No se puede forrar el cable porque tiene que estar descubierto para que el tranvía funcione. Por otra parte, colocar un cableado subterráneo hubiera sido muy costoso y complicado, y en la práctica, tal cosa era irrealizable. También resultaba excesivamente costoso colocar un vigilante cada veinte metros para impedir que alguien toque el cable. Por tanto, dado que la posibilidad del accidente es remota, y dado que el costo de precaución es demasiado alto, no se puede decir que hubo negligencia. La compañía propietaria del tranvía, entonces, no es responsable ni tiene por qué cambiar su sistema de cableado aéreo.

De este razonamiento se extrae la famosa fórmula HAND, que se puede expresar –a los fines que nos interesan– de la siguiente manera: podría otorgarse una tutela preventiva (o *injuction* como es denominada en el derecho norteamericano) cuando $P \times D > C$ y no se deberá otorgar la misma cuando $P \times D < C$ (en donde “P” representa a la probabilidad de que ocurra un accidente, “D” representa el daño o la magnitud del mismo si se produjera el accidente, y “C” representa el costo de la prohibición de la actividad potencialmente dañosa). Resumiendo: un juez podrá conceder una tutela preventiva en aquellos casos en que la probabilidad de causar un daño multiplicada por la magnitud del mismo sea mayor al costo de precaución del accidente⁶.

Cabe resaltar que no toda actividad dañosa debe ser prohibida ya que puede tener una gran utilidad social. Por ejemplo, como se sabe, en nuestro país, los accidentes automovilísticos son una de las principales causas de muerte. Sin embargo, a nadie se le ocurriría demandar que se prohíba el uso de automóviles aduciendo que atentan contra la integridad de las personas. Aunque los accidentes de este tipo pueden ser muy graves, no resultaría adecuado vedar de manera absoluta esta actividad, sino establecer incentivos para que dicha actividad se desarrolle de manera adecuada. De hecho, esto nos demuestra que la tutela preventiva, en el fondo, no es otra cosa que un análisis de probabilidades. El prohibir la circulación de automóviles reduciría a 0% las muertes por esta causa. Sin embargo, se prefiere un sistema extremadamente regulado (por las reglas de tránsito) que, si bien no reduce a 0% los accidentes, los disminuye en gran medida. Por eso también Calabresi señala que la sociedad no busca evitar los daños a cualquier precio y que, más bien, permite determinadas actividades a pesar de que estadísticamente son dañinas⁷.

⁶ TRIMARCHI, Pietro. “Illecito”. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XX. Milano: Giuffrè. 1970. p. 99. Trimarchi realiza un análisis muy similar. Sostiene que, para determinar si un riesgo es justificado o no, debe “confrontarse con la utilidad social de la actividad con la cual se relaciona, teniendo en cuenta el costo de remoción de tal actividad: cuanto más grande sea la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado”.

⁷ CALABRESI, Guido. “El costo de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”. Barcelona: Ariel. 1984. p. 35.

En un segundo momento, una vez que el juzgador advierte que determinada actividad no debe ser fomentada (actividad que podemos considerar ilícita, negligente o culposa), aquél debe realizar un nuevo análisis y establecer si debe otorgarse una tutela preventiva o una tutela resarcitoria. La tutela resarcitoria resulta útil cuando, si bien se desea proteger el derecho del demandante, no se quiere dar una tutela demasiado exigente que prohíba totalmente la actividad dañosa. Por otra parte, conceder la tutela preventiva no significa –en todos los casos– prohibir totalmente la actividad objeto de la pretensión; antes bien, puede implicar utilizar un mecanismo de prevención que disminuya la potencialidad dañosa de dicha actividad. Por ejemplo, en casos de protección del medio ambiente, puede resultar mucho más útil condenar a la empresa infractora a utilizar o instalar filtros anti-contaminación en sus chimeneas que prohibir que realice cualquier actividad empresarial. La prohibición total de una actividad debe ser el último recurso del juez; sólo justificable en situaciones extremas y cuando no haya otra manera de tutelar el derecho del demandante.

En pocas palabras, tanto la tutela preventiva como la tutela resarcitoria tienen como presupuesto la determinación de la licitud de una actividad. En un momento posterior se determina si esa conducta amerita una tutela preventiva o una resarcitoria. En el primer momento, la elección entre uno u otro interés en juego puede ser sumamente difícil; del mismo modo, en el segundo momento –en determinados casos–, puede no ser tan clara la necesidad de privilegiar la tutela preventiva. Un autor ya ha señalado que los distintos operadores jurídicos (especialmente legisladores y jueces) se encuentran, con frecuencia, frente “elecciones trágicas”⁸.

Como veremos a continuación, la tutela preventiva involucra tal diversidad de fenómenos y elementos distintos como para que se pueda dar, en determi-

nados casos, una respuesta concluyente y unívoca respecto de su admisión o rechazo. Sin embargo, es indudable que la tutela preventiva no puede ser reducida a unos cuantos supuestos en que la norma específicamente ha prohibido una determinada conducta, a riesgo de tener un campo de acción prácticamente excepcional.

VI. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES NO PATRIMONIALES

La tutela preventiva se presenta como idónea para proteger aquellos derechos que no tienen un equivalente pecuniario o que, teniéndolo, no cumplen con una función patrimonial. Resulta importante recalcar que el hecho de calificar un derecho como patrimonial depende, finalmente, del ambiente jurídico-social en que éste se desenvuelve (podría decirse, incluso, que la patrimonialidad es un concepto más “sociológico” que “jurídico”)⁹. Por otro lado –como bien afirma Proto Pisani–, los derechos que, a pesar de tener un contenido patrimonial, no cumplen con una función similar, son aquellos que “garantizan al titular el goce de una situación de libertad o de satisfacción de necesidades primarias que no pueden ser satisfechas de otra manera”¹⁰.

Los principales derechos no patrimoniales son casi todos los derechos fundamentales; en especial, los llamados derechos de la personalidad, tales como: la vida, la integridad física, la libertad, la voz, el nombre, el seudónimo, la imagen, el domicilio, el honor, la buena reputación, la intimidad y la salud. Por su parte, los derechos que, si bien tienen un contenido patrimonial, no cumplen una función similar son: el derecho a la remuneración (u otros derechos laborales), el derecho al disfrute de un servicio público, el derecho a una pensión (llamado derecho previsional)¹¹, etc.

Los llamados derechos de la personalidad están protegidos expresamente mediante una tutela preventiva que se deriva de la cláusula general del

⁸ CALABRESI, Guido y Phillip BOBBITT. “Tragic choices”. Nueva York. 1978. Citado en: FERRANINI, Guido. “Scelte tragiche nuovi sviluppi dell’analisi economica del diritto”. En: MACIONE, Francesco. “La responsabilità civile nei sistemi di Common Law”. Padova: Cedam. 1989. Dicha obra trata sobre la problemática de la distribución de recursos escasos en situaciones en que, por diversos factores, la elección de una determinada sociedad se presenta como particularmente difícil.

⁹ FORNO, Hugo. “Apuntes sobre el contenido de patrimonial de la obligación”. En: Revista *Advocatus* 10. 2004. p. 182. Ver también: GIORGIANNI, Michele. “La obligación”. Barcelona: Bosch. 1958. pp. 43 y 44. En este sentido se expresa el profesor Hugo Forno, quien –siguiendo a Giorgianni– afirma que “para establecer si una prestación específica tiene carácter patrimonial debe observarse el ambiente jurídico social en el que la obligación surge (...). Los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación, y esto puede tener lugar sin ofender los principios de la moral y de los usos sociales”.

¹⁰ PROTO PISANI, Andrea. “Los proveimientos de urgencia en el derecho italiano”. En: Revista *Peruana de Derecho Procesal* 9. 2006. pp. 421-424.

¹¹ Esta diferencia explica, por ejemplo, por qué en nuestro país se acepta una gran cantidad de procesos de amparo de pensionistas. Las pretensiones de los pensionistas no buscan sino el pago de una suma de dinero adeudada por el Estado. Este derecho tiene un claro contenido patrimonial (pues es un típico derecho de crédito) y, en principio, no compartiría la naturaleza de los derechos que pueden ser tutelados mediante el amparo; sin embargo, en esta vía, se ha admitido este tipo de pretensiones, subsumiéndolo en el derecho constitucional a la seguridad social (lo que resulta no poco cuestionable). Creemos que no habría mayor inconveniente en reconocer su carácter de derecho de crédito; no obstante, como no cumple una función patrimonial sino una función de satisfacción de necesidades primarias, creemos que no existiría mayor inconveniente en ser admisible en la vía del amparo.

artículo 17 del Código Civil¹², el cual se refiere a la “acción de cesación”. De manera similar, el artículo 686 del Código Procesal Civil¹³, cuando establece el “restablecimiento y preservación” de tales derechos, permite una tutela contra la amenaza de un daño, pero sólo en los casos de derechos a la intimidad, a la imagen y a la voz (pero perfectamente aplicable a los otros derechos de la personalidad).

Por otra parte, si bien resulta correcto afirmar que la tutela *in natura* o preventiva se presenta como idónea para tutelar estos derechos, ello no significa que en todos los casos corresponde otorgar este tipo de tutela, pues pueden entrar en conflicto con otros derechos fundamentales no patrimoniales o con otros bienes jurídicamente protegidos. Se revela, entonces, una vez más, la importancia que asume el juzgador en este tipo de casos en los que su ámbito de discrecionalidad puede ser bastante amplio.

Para graficar este punto analicemos los conflictos que se presentan entre el derecho al honor y la libertad de expresión: Remitámonos a los siguientes casos presentados ante nuestros tribunales:

- a) Caso Caja de Ahorro y Crédito de San Martín.- En este caso, la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín demandó a los propietarios de Radio Imagen y solicitó el cese de la violación a su derecho a la buena reputación (Exp. 0905-2001-AA/TC)¹⁴. En concreto, se solicitaba que dicha radioemisora se abstuviera de seguir difundiendo informaciones que vinculaban a la demandante con una red de corrupción, lo que estaría provocando pánico financiero y el retiro masivo de ahorros de su institución.
- b) Caso Julia Medina Díaz.- En este proceso, Julia Estela Medina Díaz demandó al diario “El Clarín”. Pretendía el cese de publicaciones que cuestionaban sus funciones como alcaldesa de la Municipalidad Provincial de San Miguel de Cajamarca, por considerarlas lesivas de su derecho al honor, a la buena reputación y a la intimidad (Exp. 748-2000-AA/TC).

En estos casos (y en otros similares), como se puede entrever, se buscaba la protección preventiva o *in natura* del derecho al honor, a la buena reputación y a la intimidad. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional consideró que debían desestimarse las pretensiones incoadas. El fundamento del Tribunal, en ambos casos, fue similar: “Cuando, como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida que un medio de comunicación social (...) pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y (...) la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo” (Exp. 0905-2001-AA/TC).

En otras palabras, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, se debe negar toda posibilidad de actuar una tutela preventiva para proteger el derecho al honor y a la intimidad, incluso en aquellos casos en que el abuso del derecho a la libertad de expresión e información sea manifiesto (ejemplos que sobran en nuestra sociedad). De este modo, sólo cabría un mero resarcimiento dinerario¹⁵ o un derecho a la rectificación.

Desde nuestro punto de vista, la solución de estos casos resulta bastante cuestionable: optar por la “posición preferente” del derecho a la libertad de información y de expresión implica otorgar a estos derechos un contenido absoluto que ni siquiera otros derechos fundamentales poseen. Por otra parte, se llegaría a una paradójica conclusión: la protección de un derecho constitucional como el honor (o la intimidad) no podría ser exigida –en ningún caso– mediante un proceso de amparo (sino, mediante un proceso de responsabilidad en la vía civil)¹⁶. Asimismo, se tendría que concluir que el artículo 17 del Código Civil antes citado no sería aplicable al derecho al honor y a la intimidad. Por ello compartimos la posición de Eguiguren, para quien la intervención judicial a través del amparo

¹² Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos (...).

Para un análisis de este artículo ver: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Nuevos alcances sobre la protección preventiva, unitaria e integral de la persona en el ordenamiento jurídico peruano”. En: Revista Jurídica del Perú 33. 2002. pp. 61 y siguientes.

¹³ Artículo 686.- Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.- Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.

¹⁴ El texto íntegro de todas las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que citamos aquí puede ser consultado en la página web de dicha institución: www.tc.gob.pe

¹⁵ Como se puede colegir, en ninguno de los casos señalados se procedió a examinar el fondo de la causa (es decir, si es que el demandado hizo abuso de su libertad de expresión) sino, simplemente, se esgrimió que la pretensión preventiva era, en realidad, un imposible jurídico.

no debería ser calificada como censura previa, y que es posible obtener la prohibición de difusión de determinada información violatoria, al menos, del derecho a la intimidad¹⁷.

Por otra parte, y a pesar de lo mencionado, en el conocido caso “La Señito” se llegó a un resultado radicalmente distinto de los que hemos señalado, pero en la vía civil. La animadora de televisión, Gisela Valcárcel, demandó –ante un juez competente en lo civil– a Carlos Vidal y San Borja Ediciones Sociedad Anónima, solicitando el cese de los actos lesivos de su derecho a la intimidad y, en consecuencia, la prohibición de la divulgación y comercialización del libro titulado “La Señito”, por contener información de su vida familiar y personal cuya publicación nunca autorizó. La base legal para sustentar el petitorio señalado fue, precisamente, el artículo 17 del Código Civil. A diferencia de lo que viene ocurriendo en la llamada jurisdicción constitucional, en el presente caso se amparó la demanda (Exp. 4643-99) sin mayores cuestionamientos, procediéndose al secuestro de la citada publicación.

Cabe señalar que ni siquiera en el ordenamiento norteamericano existe una protección absoluta de la libertad de expresión. Así, Posner señala que “el carácter de bien público de la información crea situaciones donde la regulación *ex ante* [rectius: la tutela preventiva] puede ser necesaria para evitar un daño irreparable. Supongamos que una revista está a punto de publicar un artículo que explicará al terrorista más estúpido un procedimiento viable para el ensamblaje de una bomba atómica a bajo costo”¹⁸.

VII. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DIFUSOS

Como ejemplos de este tipo de derechos, podemos mencionar el derecho al medio ambiente, la tutela

del consumidor, la salud pública y la competencia desleal (cuando afecta al mercado en general).

La Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716) habla de un derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que representen riesgos o peligro para la salud. Entendemos, por tanto, que puede deducirse la naturaleza esencialmente preventiva de este tipo de derecho¹⁹.

Por otra parte, el derecho al medio ambiente es un ejemplo claro de un derecho de contenido negativo; es decir, un derecho a la abstención, por parte de un tercero, de ejercer un comportamiento nocivo al medio ambiente. Así, la Ley General del Ambiente establece que toda persona tiene derecho a una acción rápida para *preservar* la ecología²⁰.

Con respecto a la competencia desleal, la norma positiva es bastante clara cuando establece la no necesidad de un daño, bastando el perjuicio potencial²¹.

Ahora nos detendremos en un caso relativamente reciente. Nos referimos al “caso Nextel” (Exp. 2004-00308-130201, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 16 de setiembre de 2005).

Un grupo de vecinos interpuso una demanda de amparo contra la empresa Nextel, solicitando se le conmine a desmantelar una antena para telefonía móvil instalada cerca de sus viviendas. El fundamento de la demanda se basaba en el “potencial” daño que dicha antena podría causar en la salud de las vecinos demandantes, debido a que el campo electromagnético que aquélla genera influiría directamente sobre las neuronas cerebrales.

¹⁶ EGUIGUREN, Francisco. “Libertades de expresión e información y el derecho a la intimidad personal”. Lima: Palestra. 2004. p. 246. En este sentido se expresa Francisco Eguiguren: “el criterio de interpretación asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional, de considerar a un mandato judicial como una forma de censura previa, torna improcedente e ineficaz toda utilización del amparo (sea preventivo, correctivo, o reparador) en defensa de la intimidad cuando es indebidamente vulnerada por el ejercicio abusivo de las libertades de expresión e información”.

¹⁷ EGUIGUREN, Francisco. “Estudios Constitucionales”. Lima: Ara. 2002. pp. 170 y siguientes.

¹⁸ POSNER, Richard A. “El análisis económico del derecho”. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 626.

¹⁹ Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física (...).

Artículo 9.- Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes (...).

²⁰ Artículo IV.- 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 jurisdiccionales, 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.

²¹ Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

Este caso resultó de difícil solución, incluso para los mismos juzgadores, pues se resolvió con votos en discordia. Así, finalmente, se declaró infundada la demanda con el voto de tres magistrados. Sin embargo, uno de los juzgadores consideraba que la demanda debía declararse fundada; otros dos magistrados, a su vez, votaron por la improcedencia de la misma.

Uno de los fundamentos principales de la sentencia fue que “no existe un consenso sobre los daños a la salud que pudieran causar la instalación de antenas telefónicas en lugares cercanos a grupos de población, pues si bien está demostrado que generan radiación (...) no está demostrado cabalmente que éstas causen perjuicio a la salud”. Asimismo, se argumentó que la empresa demandada contaba con licencias municipales para la construcción de las mencionadas antenas y que las mismas no se encontraban ubicadas en un centro urbano, sino a las afueras de éste²².

Sin duda, se trata de un caso polémico²³. Sin embargo, en principio, estamos de acuerdo con la jurisprudencia reseñada. En primer lugar, resulta importante resaltar que el simple cumplimiento de requisitos administrativos (si bien son importantes) no enerva las facultades del juez para conocer el fondo del asunto. En segundo lugar, con respecto al ejemplo citado, nos parece adecuada la labor “preventiva” que cumple la administración (en estos casos se solicita un informe técnico sobre el posible impacto de este tipo de tecnologías en la salud

de los vecinos). Se trataba, entonces, de un tema técnico²⁴.

Asimismo, en el caso comentado, la antena objeto de litis cumplía con las disposiciones administrativas y estaba situada en las afueras de un centro poblado, con lo cual se redujo, en gran medida, el peligro de daños. En otras palabras, el cumplimiento de determinados requisitos puede hacer que un bien que, en principio, es peligroso, se torne “inofensivo”.

VIII. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE CARÁCTER PATRI-MONIAL

Dentro de este ámbito podemos encontrar a la llamada “tutela aquiliana” del crédito, la propiedad, la posesión y ciertos tipos de obligaciones contractuales. Asimismo, bajo este rubro podemos ubicar a los derechos de autor, la propiedad industrial, las marcas y los signos distintivos.

Con respecto a los derechos de autor, debe destacarse lo hecho en materia legislativa, donde sí observamos claras medidas de tutela preventiva, tanto a nivel administrativo como judicial²⁵. Cualquier titular de derechos de autor o similar puede pedir “el cese inmediato de la actividad ilícita”²⁶, y la autoridad administrativa puede ordenar medidas cautelares²⁷. Asimismo, en caso se decida acudir al INDECOPI, no se cierran las puertas para que un juez civil goce de las mismas facultades, otorgándole amplia libertad de acción en esta materia²⁸.

²² Cabe señalar que, ya en un caso anterior, el Tribunal Constitucional (Exp. 0964-2002-AA/TC) había fallado ordenando a la misma empresa Nextel que proceda al desmantelamiento de una de sus antenas. Sin embargo, el fundamento de ese caso fue que la empresa demandada no contaba con una licencia municipal y que la antena se ubicaba en una zona residencial.

²³ El jurista Jorge Peyrano señala que en la jurisprudencia argentina sí se ha procedido a ordenar el desmantelamiento de este tipo de antenas, pues se creía que causaban leucemia en los niños. Ver: Entrevista a Jorge Peyrano. En: Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial “El Peruano”. No. 52. Año 2. 28 de junio del 2005. p. 7.

²⁴ Uno de los temas técnicos que se menciona en la sentencia (aunque sin hacer un análisis profundo) es el siguiente: estas antenas, se dice, generan radiación horizontal no ionizante, de manera que no irradian mucha energía hacia abajo. En este sentido, cuanto más alta sea una antena, menor será la posibilidad de que cause un eventual daño.

²⁵ Sin embargo, compartimos las consideraciones de Alfredo Bullard, para quien el actual contenido de los derechos de autor y de propiedad intelectual en general debería ser, al menos, reformulado. Según Bullard, si bien resulta atrevido sugerir que la propiedad intelectual debería eliminarse, hay que dudar de las distintas “bondades” que justifican su existencia (o ciertas formas de ella). Sobre el tema ver: BULLARD, Alfredo. “Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales 1. Lima: Palestra Editores. 2005. pp. 327-357.

²⁶ Artículo 176.- Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo 807, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta Ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos en este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces para: Evitar una infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente ley y, en particular, impedir la introducción en los circuitos comerciales de mercancías presuntamente infractoras, incluyendo medidas para evitar la entrada de mercancías importadas al menos inmediatamente después del despacho de aduanas. Conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.

²⁷ Artículo 181.- La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas.

²⁸ Artículo 195.- Cuando por motivo de la violación de las disposiciones contenidas en la presente ley, el interesado opte por acudir a la vía civil, se tramitará de acuerdo a lo establecido en el procedimiento abreviado previsto en el Código Procesal Civil y las disposiciones contenidas en la legislación especial.

Artículo 196.- Los titulares de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta ley, sus representantes o las sociedades de gestión colectiva, sin perjuicio de otras acciones que les correspondan, podrán pedir el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados por la violación, así como el pago de las costas procesales.

Se podría decir que la tutela preventiva de las situaciones jurídicas patrimoniales es un ámbito poco trabajado (por los procesalistas, al menos), donde aún quedan muchas cosas por tratar, y que, sin duda, merece un trabajo aparte. Por ello sólo vamos a delinear algunos rasgos generales.

Para empezar, vamos a referirnos a la tutela aquiliana del crédito, mediante la cual se pretende evitar que un comportamiento de un tercero incida de tal manera en la relación obligatoria que provoque su incumplimiento. Así, en este rubro encontramos casos como la instigación a violar un contrato preliminar de venta, un contrato de exclusividad, la inducción a violar deberes de confidencialidad, etc.²⁹. Por ejemplo, en el *Common Law* ha sucedido el siguiente caso: una compañía cinematográfica famosa demandó a otra compañía del mismo rubro por instigar a una de sus actrices a incumplir su contrato de exclusividad (contrato que la obligaba a grabar películas sólo para la compañía demandante) y, en la sentencia, consiguió que el juez condene a la demandada a abstenerse de realizar en el futuro cualquier acto de instigación al incumplimiento, bajo apercibimiento de fuertes multas dinerarias. Como se puede inducir del ejemplo, se logra proteger el crédito de manera íntegra (aunque aquí no podemos detenernos a discutir los pormenores de esta figura³⁰). Nuestra legislación recoge esta

figura específicamente, pero limitada al ámbito de la competencia desleal, donde se le conoce como “acto de sabotaje empresarial”³¹.

El caso de la posesión es paradigmático, y se encuentra expresamente regulado por la normativa del denominado interdicto de retener³². Por otra parte, la propiedad –en tanto implica también posesión– puede ser protegida mediante el mismo mecanismo; y las inmisiones a la propiedad están protegidas de manera preventiva por el artículo 961 del Código Civil³³. En este rubro también podemos ubicar la pretensión contra las obras que amenazan ruina, contenida en el artículo 956 del Código Civil³⁴.

Ahora bien, otro tema poco tratado es el referido a los contratos que son susceptibles de una tutela preventiva; es decir, aquéllos en que se pretende evitar el ilícito contractual (lo cual no es otra cosa que el incumplimiento). Se debe analizar en cada caso la conveniencia de una tutela preventiva, pues, en este ámbito, el daño puede ser minimizado por las mismas partes a través de distintos mecanismos, llámese cláusula penal, fianzas, garantías reales, etc. A diferencia de la tutela aquiliana del crédito, donde el mandato de abstención estaba dirigido a un tercero ajeno a la relación contractual, en el ilícito contractual está dirigido específicamente al deudor³⁵. Esta

²⁹ Sobre estos supuestos ver: FRANZONI, Massimo. “La tutela aquiliana del contrato”. En: THEMIS-Revista de Derecho 35. 1997. pp. 219 y siguientes. y VISINTINI, Giovanna. Op. cit. pp. 167 y siguientes.

³⁰ Sin duda se trata de una figura polémica y, si bien ha tenido un reconocimiento en ordenamientos extranjeros, habría que hacer un análisis profundo para determinar la pertinencia de su inclusión en el ordenamiento peruano.

³¹ Artículo 15.- Actos de sabotaje empresarial.-
15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.
15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

³² Artículo 606.- Interdicto de retener.- Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos (...).

³³ Artículo 961.- El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias.

³⁴ Artículo 956.- “Si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas.

³⁵ En el derecho anglosajón se regula el instituto de la *specific performance*, que es una especie de *injunction* para el cumplimiento de obligaciones contractuales de hacer infungibles; normalmente, actividades artísticas. En este sentido, por ejemplo, si un cantante se rehúsa a brindar una presentación previamente pactada, este artista podrá ser conminado por la autoridad judicial a realizar su actividad bajo apercibimiento de aplicársele el *contempt of court* (multa pecuniaria o, incluso, prisión). Al respecto: GRECO, Leonardo. “A execução civil no do direito comparado”. En: Revista de direito comparado 2. Volumen 2. Belo Horizonte: Universidad Federal de Minas Gerais. 1998. pp. 202 y siguientes. Por su parte, los conocidos Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT) -en el viejo continente- han optado por la solución contraria. Si bien los principios UNIDROIT establecen que la tutela específica es la regla general, se han fijado excepciones: la imposibilidad material o jurídica, el gasto no razonable, el carácter personal de la obligación, y la alternativa de que la pretensión sea satisfecha en otra vía. Por tanto, tras la aplicación de las excepciones mencionadas, “el derecho a obtener el cumplimiento de la prestación por parte del deudor queda limitado a las obligaciones de dar una cosa no fungible. En efecto, si se ha incumplido una obligación de hacer, el acreedor no puede ejercer su derecho al cumplimiento”. Ver: GUILLAMET, Joan Marsal y Elena LACASA. “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en el futuro derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”. En: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo 2. Madrid: Civitas. 2003. p. 2463.

tutela, por ejemplo, está específicamente prevista en el artículo 594 del Código Procesal Civil³⁶. En este tipo de casos, la tutela preventiva tendría como fin la protección de la parte más débil de la relación contractual.

IX. TUTELA PREVENTIVA Y VÍAS PROCEDIMENTALES

En este punto, debemos reparar en la vía procedimental idónea para la tramitación de pretensiones preventivas. El ordenamiento judicial nos otorga, en general, dos grandes vías generales a través de las cuales podemos hacer posible la tutela preventiva de los derechos: el proceso constitucional de amparo y el proceso civil.

A. El proceso de amparo

En el proceso de amparo se intenta siempre una tutela de condena³⁷ cuyo contenido no es una "obligación de dar suma de dinero"; así, se deduce que este proceso es una manifestación de una tutela específica y preventiva de los derechos fundamentales y no de la tutela resarcitoria.

Por otra parte, decir que el proceso de amparo es un proceso "urgente" o de trámite "acelerado" no es sino reconocer que se trata de un proceso eminentemente sumario (y cuyo trámite está hoy regulado en el artículo 53 del Código Procesal Constitucional³⁸).

Así, desde nuestro punto de vista, el proceso de amparo es un mecanismo de tutela mediante el cual se hace valer, esencialmente, la tutela preventiva (o inhibitoria) de los derechos fundamentales, mediando un procedimiento sumario.

Por otra parte, no podemos dejar de señalar el peculiar diseño del procedimiento del amparo. Casi no se han realizado estudios de naturaleza procesal respecto del proceso de amparo, pero se puede indicar que este tipo de proceso está basado esencialmente en una sumarización procedimental; es decir, en una simple reducción de plazos procesales así como en la concentración de actividades judiciales. El trámite del proceso de amparo carece, en principio, de etapa conciliatoria, de etapa probatoria e, incluso, de una audiencia (que se ha convertido en una verdadera excepción).

³⁶ Artículo 594.- Sentencia con condena de futuro.- El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.

Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso.

Sobre este punto, debemos rescatar la opinión de Proto Pisani, para quien estos casos, en estricto, no serían una expresión de la tutela preventiva (a menos que se le use en un sentido muy amplio) ya que no estaría dirigida a prevenir la violación de un derecho sino la diferencia de tiempo entre el momento de la violación y la posibilidad de usar un proceso ejecutivo. PROTO PISANI, Andrea. "Le tutele giurisdizionali dei diritti: Studi". Napoli: Jovene. 2003. p. 133.

³⁷ Si bien la tutela que brinda el amparo es esencialmente una "tutela de condena", existen un par de casos *sui generis* que no caben dentro de dicho calificativo. Nos referimos al caso en que se intenta la defensa del derecho al debido proceso y al caso en que se impugna un acto administrativo por afectar un derecho constitucional. En estricto, la sentencia de amparo que acoge una pretensión por infracción al debido proceso (sea que se trate de otro proceso judicial o de un procedimiento administrativo o, incluso, privado) no es de condena, sino que tiene efectos "nulificantes"; en este sentido, deberíamos hablar, más bien, de una tutela meramente declarativa. Por ejemplo, si en un proceso se ha obtenido una sentencia mediando fraude procesal, se puede obtener una sentencia en el amparo que "declare" que dicha sentencia carece de efectos jurídicos por afectar el debido proceso. En el sentido de que la sentencia obtenida con afectación de debido proceso es nula. Ver: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos fundamentales y proceso justo". Lima: ARA. 2001. p. 323 y ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada". En: Proceso & Justicia 1. 2001. p. 17.

Por otra parte, también se suelen tramitar, en vía de amparo, pretensiones que, si bien pueden ser claramente materia de un proceso contencioso-administrativo (pensemos, por ejemplo, en los casos del llamado derecho previsional), son admitidas en la vía constitucional por afectar (indirectamente) un derecho constitucional. Por tanto, en estos casos, la sentencia del amparo comparte la naturaleza de la sentencia del contencioso-administrativo. En este orden de ideas, la sentencia suele tener, también, efectos nulificantes sobre el acto administrativo, por lo cual cabría en la definición de tutela meramente declarativa. En casos similares en donde además se solicita las llamadas pretensiones de "plena jurisdicción" mediante el amparo, puede decirse también que estamos ante una sentencia constitutiva, puesto que esta resolución viene a reemplazar el contenido del acto administrativo declarado nulo.

³⁸ Artículo 53.- Trámite.- En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.

Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un Auto de Saneamiento Procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta. El Juez en el auto de saneamiento, si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo subsane, vencido el cual expedirá una sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

En este proceso, prácticamente, no se emiten autos y, aunque la norma no lo indica con precisión, sólo sería apelable la sentencia.

Sin duda, el simplísimo diseño demanda-contestación-sentencia le otorga al amparo un dinamismo apreciable. Incluso, el amparo es un proceso más “acelerado” que el mismo proceso sumarísimo civil. Nunca se ha dudado -y nos incluimos- de la constitucionalidad de este procedimiento, pues la tutela de los derechos fundamentales así lo exige. Entonces, cabría preguntarse: ¿por qué no se puede simplificar de modo similar el proceso civil?³⁹

B. El proceso civil

Obviamente, el proceso civil viene a ser la vía ordinaria para la tutela de la mayoría de derechos. Sin embargo, a diferencia de los procesos constitucionales, difícilmente podría decirse que los procesos civiles poseen una estructura adecuada para hacer viable cualquier tutela preventiva o inhibitoria. Esto se debe a que los institutos que nos brinda el proceso civil, en gran parte, están abocados únicamente a la tutela del derecho de crédito, pero no responden de manera adecuada ante otro tipo de derechos. Estas deficiencias se manifiestan específicamente no sólo respecto de la vía procedimental a seguir, sino también respecto de las medidas cautelares y de la actuación de sentencias.

En la actualidad, a través de nuestro vetusto proceso civil de cognición, se puede pretender

obtener una tutela preventiva, la misma que, después de mucho batallar, obtendría su amparo en una sentencia de primer grado. Y contra esta sentencia, la contraparte podría proponer una apelación y, así, lograr que sea revisada. Por si fuera poco, esta última decisión puede ir en casación. Una vez que la sentencia haya quedado firme, constituirá un título ejecutivo, en base al cual se debe proponer un proceso de ejecución para lograr el cumplimiento de la sentencia (si es que esto aún es posible) y, por fin, la satisfacción del derecho del demandante. Como afirma Trimarchi, el proceso jurisdiccional así descrito es largo, costoso e imprevisible⁴⁰.

Sin lugar a dudas, la tutela preventiva debería ser tramitada -al menos, en casi todos los casos- en la vía del proceso sumario. Como afirma Proto Pisani, el recurso a procesos sumarios está justificado por la exigencia de evitar que la duración del proceso de cognición plena cause un daño irreparable al actor que probablemente tiene la razón⁴¹. Este jurista, además, señala tres motivos específicos que hacen necesario el recurso a la tutela sumaria:

- (i) Evitar (a las partes y a los juzgadores) el costo de un proceso de cognición plena.
- (ii) Evitar el abuso del derecho de defensa (a través de los instrumentos previstos en el proceso de cognición plena) de parte del demandado.
- (iii) Asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional referida a aquellos derechos no patrimoniales o con función no patrimonial, que sufrirían, por definición,

³⁹ Nótese que otros ordenamientos, generalmente europeos, carecen absolutamente de un procedimiento como éste: el proceso de amparo es una “invención” netamente latinoamericana. El llamado recurso de amparo español, en realidad, funciona, en la mayoría de los casos, como una impugnación extraordinaria ante el Tribunal Constitucional español, pues los particulares no pueden acudir a él directamente sino sólo a través de la revisión de otro proceso civil; que difícilmente puede ser calificado como sumario. En otros casos, el amparo español se comporta como un verdadero proceso contencioso-administrativo (de hecho, el amparo español está regulado en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa). Otro caso peculiar es el italiano, en donde se carece de un “proceso especial” de defensa de los derechos fundamentales (salvo el caso del hábeas corpus). Así, en el ordenamiento italiano, todos los derechos fundamentales son tutelados únicamente a través de los procesos civiles (pues los derechos fundamentales son también, al fin y al cabo, derechos de naturaleza civil y están regulados por el Código Civil). Asimismo, para la gran mayoría de la doctrina italiana, la idea de contar con un proceso sin audiencia y sin etapa probatoria resulta extrañísima (y tal vez hasta inconstitucional). Por otro lado, la ventaja de la regulación italiana es que evita una innecesaria duplicidad de competencias y consigue un sistema internamente coherente. Se piensa que, por ejemplo, en nuestro ordenamiento, las pretensiones del amparo podrían ser fácilmente tramitadas a través de los procesos civiles o de los contenciosos-administrativos, y que los justiciables muchas veces acuden al amparo para poder “saltarse” el engorroso diseño de otros procedimientos. Sin embargo, la gran desventaja del diseño ordinario es la morosidad del proceso, que no puede ser totalmente resuelta por las medidas cautelares; así, el promedio de duración del proceso civil italiano es de 10 años (y va en aumento).

Esta duplicidad de vías ante un mismo conflicto se reconoce en la misma legislación peruana, que le ha dado carácter residual al proceso de amparo; es decir, no serán tramitados por este conducto aquellas pretensiones que tengan “una vía procedimental específica” (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional). En otras palabras, el amparo estará reservado para aquellos conflictos constitucionales que no tienen una regulación específica o que tienen una regulación deficiente. A decir verdad, mediante el proceso de amparo siempre se han resuelto aquellos conflictos sociales que no han podido ser solucionados por la legislación. De este modo se entiende por qué, hasta hace poco, alrededor del ochenta por ciento de los amparos en trámite corresponden a materias previsionales y el resto corresponde a pedidos de reposición en el puesto de trabajo (tanto en entidades públicas como privadas), dejándose un pequeñísimo porcentaje para otros derechos constitucionales. Algunas consideraciones sobre este tema y otros relacionados en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “El código procesal constitucional peruano y la procedencia o improcedencia del amparo: sus alcances y los retos que plantea el nuevo escenario previsto”. En: Revista Jurídica del Perú 59. 2004. pp. 26 y siguientes.

⁴⁰ TRIMARCHI, Pietro. “Istituzioni di diritto privato”. Milano: Giuffrè. 1969. p. 614.

⁴¹ PROTO PISANI, Andrea. “Le tutele giurisdizionali dei diritti”. Napoli: Jovene. 2003. p. 193.

un perjuicio irreparable si permanecen en un estado de insatisfacción durante todo el tiempo que dura el proceso de cognición plena⁴².

X. EPÍLOGO: EL CASO DE LA MINERA HUARÓN

Muchas veces la literatura se nutre de la realidad, pero otras pocas veces es la propia realidad la que se vuelve un remedo literario. Es esa la relación que creemos se dio entre "Collacocha" y el caso de la Minera Huarón.

Los hechos son como siguen: Durante el año de 1997, la Compañía Minera Huarón interpuso una demanda contra Chungar S.A., otra compañía minera, solicitando se disponga y ejecute la colocación de tapones de seguridad en la concesión minera que ambas partes compartían. Se entiende que los mencionados tapones de seguridad que Huarón pretendía colocar iban a impedir que Chungar realice normalmente sus actividades mineras. Esta medida tendría, además, como finalidad, evitar la inundación que la concesión minera podría sufrir producto de la presión que ejercía la laguna Naticocha, que se encontraba justamente encima de la mina; la inundación podría causar serias pérdidas

materiales e incluso humanas. Se trataba pues de una pretensión claramente preventiva.

Si bien en el caso nunca se determinó fehacientemente que tantas posibilidades existían que efectivamente se produzca una inundación en la mina, en el transcurso del proceso, el Juez de Primera Instancia concedió la pretensión planteada. Dicha sentencia fue revocada por la Corte Superior y, posteriormente, la Corte Suprema desestimó el recurso de casación, quedando firme la revocación. Paradójicamente, y de manera contraria a lo resuelto por los tribunales, días antes de expedirse la resolución suprema, se produjeron precisamente los hechos que se buscaban evitar; es decir, al igual que en la obra de teatro mencionada en la introducción de este artículo, la mina cedió a la presión de la laguna Naticocha y se produjeron cuantiosos daños materiales y lamentables pérdidas de vidas humanas.

En suma, en este caso no sólo se dio una decisión judicial absolutamente tardía y por tanto inútil, sino que además dicha decisión resultó injusta y claramente contraria a la realidad de los hechos. Ello nos debe llevar a pensar acerca de las radicales repercusiones que una sola sentencia puede llegar a tener en este tipo de casos.