

CAS. N 1848-2009 ANCASH¹. Lima, diecisiete de diciembre del dos mil nueve.- **LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: VISTOS;** con los acompañados; vista la causa en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los Jueces Supremos Mendoza Ramírez Rodríguez Mendoza Acevedo Mena, Vinatea Medina y Salas Villalobos; luego de verificada la votación con arreglo a la ley, se emite la siguiente sentencia: **1.- MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Nicéforo Fernández Rodríguez a fojas ochocientos veintidós, contra la sentencia de vista de fojas ochocientos nueve, su fecha dieciséis de septiembre del dos mil ocho, que revocó la sentencia apelada del treinta de enero de dos mil ocho, de fojas setecientos cuarenta y reformándola declaró infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios promovida contra don Ricardo Huerta Rodríguez y otra. **2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Mediante resolución de fecha veintiuno de septiembre del dos mil nueve, obrante a fojas sesenta y tres del cuaderno de casación formado en este Supremo Tribunal se ha declarado procedente el recurso de su propósito, por las causales contenidas en los incisos 1 y 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas a la aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, al haberse alegado: **I. La aplicación indebida de los artículos 1970, 1971 del Código Civil, así como de los dispuesto en los artículos 1351, 1361 y 1362 del citado Código Civil,** toda vez que, en la sentencia de vista se han aplicado indebidamente los artículos 1970 y 1971 del Código Civil concordante con el artículo 1985 del mismo cuerpo normativo, con la finalidad de eximir de responsabilidad extracontractual a los demandados, quienes han actuado de manera deliberada y malintencionada al interponer en su contra una demanda de interdicto de retener y recobrar y que al haberse declarado infundada dicha demanda, se pone al descubierto la mala fe procesal de aquellas personas, por lo que, en virtud del artículo 4 del Código Procesal Civil es posible demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio del pago de las costas y costos del proceso. Además se ha incurrido en aplicación indebida de los artículos 1351, 1361 y 1362 del Código Civil citados en el fundamento veintiuno de la sentencia de vista, ya que dichos preceptos están encuadrados dentro de las obligaciones contractuales y no en la responsabilidad extracontractual que se debate en el presente proceso, y; **II. Inaplicación de los artículos 1969, 1984 y 1985 del Código Civil,** ya que en autos está demostrado que los demandados han actuado en ejercicio irregular de un derecho, por lo tanto, existe responsabilidad civil. **3.- CONSIDERANDO: Primero:** A través de la presente demanda el recurrente pretende que se le indemnice con la suma de quince mil dólares americanos por los conceptos de daño personal, daño moral, daño emergente y lucro cesante, además de los intereses legales que dicha suma genere, sustentando su demanda en el hecho de que los demandados sin tener derecho alguno promovieron en su contra un proceso de interdicto de retener y recobrar a fin de que se les restituya un supuesto camino peatonal que atravesaba parte de su propiedad de nombre Cashacancha, ubicado en el pueblo de Mallqui, distrito y provincial de Aija. **Segundo:** La sentencia de vista ha considerado que en el presente caso no se configura la existencia de los daños y perjuicios alegados, ni la relación de causalidad entre el acto de los demandados y el resultado producido, puesto que tanto el dolo y el accionar de los demandados han sido desestimados por la sentencia del proceso sobre interdicto de recobrar y retener cuyo resultado motivó la interposición de esta demanda indemnizatoria.

¹ Publicado en el diario oficial *El Peruano* 30 de julio de 2010, pp. 28184-28185.

Tercero: En efecto, para llegar a dicha conclusión la Sala Superior ha meritado lo actuado y las sentencias recaídas en el referido proceso de interdicto de retener y recobrar, signado con el expediente N 2001-0043, en el que expresamente se exime del pago de costos y costas a los hoy demandados al haber tenido motivos atendibles para litigar, de la que se ha inferido que los demandados no han actuado de mala fe, sino en ejercicio regular de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva previsto en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 1971 no hay responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho. **Cuarto:** A ello debe agregarse que la sentencia de vista ha concluido que no se configurado daño al recurrente, al tener en consideración que el certificado médico de fecha ocho de octubre del dos mil dos, en el que se indica que el recurrente presenta “cefalea permanente por secuelas de traumatismos cráneo cervical con tratamiento quirúrgico antiguo y síndrome ansioso depresivo actual”, no acredita que haya sido resultado del proceso judicial entablado en su contra, dado que la fecha de presentación de esta demanda indemnizatoria es anterior en dos meses a la fecha de expedición del referido certificado médico. Finalmente en lo que se refiere a la producción de daños materiales, la Sala Superior ha meritado las anotaciones efectuadas en el acta de inspección judicial llevada a cabo en este proceso, obrante a fojas trescientos sesenta y seis, en el que el *A quo* no advirtió la producción de daños en el predio materia de inspección, más aún cuando a criterio de las instancias judiciales de mérito no se ha acreditado con exactitud las parcelas que les corresponde a cada parte. **Quinto:** En tal sentido, de lo actuado en este proceso se ha determinado que los demandados al interponer la demanda de interdicto de retener y recobrar contra el hoy recurrente procedieron en ejercicio regular de un derecho, siendo de aplicación el supuesto de inexistencia de responsabilidad civil previsto en el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil de manera que esta norma resulta pertinente y aplicable en función de los hechos acreditados en el proceso, que resultan incontrovertibles en esta sede de casación, por lo que la causal de aplicación indebida del artículo 1971 inciso 1) del Código Civil deviene en infundada, careciendo de objeto la referencia del artículo 1970 del Código Civil, que define la responsabilidad por riesgo, en razón de no haber sido aplicada para resolver la presente litis. **Sexto:** En cuanto a la invocada aplicación indebida de los artículos 1351, 1352 y 1362 del Código Civil, que hacen referencia a la definición del contrato, su fuerza vinculante entre las partes y la buena fe que debe primar en la negociación, celebración y ejecución del contrato, respectivamente, debe precisarse que no han servido en modo alguno para sustentar la conclusión a la que se ha arribado en la sentencia de vista, por lo que si errónea referencia en el fundamento veintiuno de dicha sentencia en modo alguno invalida o altera el sentido de su decisión, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 397 del Código procesal Civil en cuanto señala que no se casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho. **Sétimo:** Finalmente, en cuanto a la causal referida a la aplicación de los artículos 1969, 1984 y 1985 del Código Civil, que hacen referencia a los supuestos de responsabilidad subjetiva, la noción de daño moral y el contenido de la indemnización, respectivamente, debe reiterarse que habiéndose acreditado por la Sala Superior sobre el mérito de lo actuado que no existe responsabilidad civil de los demandados al haber procedido en ejercicio regular de un derecho, deviene en inaplicable lo dispuesto en dichos artículos que presuponen la acreditación de la responsabilidad subjetiva de los demandados, así como la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, lo que sin perjuicio de no haberse acreditado durante el transcurso del proceso, no resulta posible en esta sede casatoria determinarlo por corresponder a un aspecto ajeno a los fines de

este recurso casatorio, deviniendo por tanto en infundada la causal propuesta; por lo que, el recurso resulta evidentemente infundado. **4.- RESOLUCIÓN: Declararon: INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante Nicéforo Fernández Rodríguez a fojas ochocientos veintidós, contra la sentencia de vista de fojas ochocientos nueve, su fecha dieciséis de septiembre del dos mil ocho; **CONDENARON** al recurrente al pago una multa de una unidad de referencia procesal, así como al pago de las costas y costos del recurso; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos contra don Ricardo Huerta Rodríguez y otra, sobre indemnización por daños y perjuicios; **Juez Supremo Ponente Acevedo Mena; y los devolvieron.-** SS. MENDOZA RAMIREZ, RODRIGUEZ MENDOZA, ACEVEDO MENA, VINATEA MEDINA, SALAS VILLALOBOS. **C-523127-164.**

EL EJERCICIO IRREGULAR DEL DERECHO DE ACCIÓN: ¿SE FUNDAMENTA EN NORMAS SUSTANTIVAS O PROCESALES?

* Erick Veramendi Flores²

«En el presente artículo el autor busca identificar el fundamento de la pretensión de indemnización por ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción regulado en el art. 4.º del Código Procesal Civil, poniendo en evidencia que la misma no sólo se fundan en las normas del Código Civil, sino también en las normas que inspiran el principio procesal de moralidad regulado en el Código Procesal Civil. Asimismo, hace una reflexión sobre la aplicación de la exclusión de la responsabilidad civil por ejercicio regular de un derecho»

I. INTRODUCCIÓN

Hemos seleccionado el comentario de la presente jurisprudencia con la finalidad de poner en evidencia las consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción del proceso judicial, como consecuencia de la conducta desarrollada por las partes procesales y demás sujetos procesales. El principio procesal de moralidad como fundamento del abuso del proceso, exige a los sujetos procesales conducirse con probidad, lealtad, buena fe, etc. Dentro de nuestro sistema jurídico su incumplimiento conlleva a que los organismos competentes establezcan las responsabilidades correspondientes. Así, el Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de imponer sanciones disciplinarias que se deriven de las actuaciones irregulares de los magistrados en el proceso. El Colegio de Abogados correspondiente impone las sanciones disciplinarias a sus agremiados³. Dentro de este contexto, el Tribunal Constitucional viene imponiendo sanciones a las partes⁴ y abogados que participan irregularmente en el proceso constitucional⁵, en ocasiones ponen de conocimiento al Órgano de Control por las presuntas irregularidades que pueda observar a efectos de que se realice las acciones correspondientes⁶. No cabe duda que el principio procesal de moralidad esta cobrando fuerza dentro del sistema jurídico.

En coherencia con este fenómeno jurídico de control del proceso del ejercicio irregular del derecho de acción en el proceso judicial, se verifican las siguientes responsabilidades: la nulificación de los actos jurídicos procesales, la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil

² Asistente en la Función Fiscal de la Segunda Fiscalía Superior de Familia de Lima. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco. Cursando estudios de Maestría con mención en Derecho Procesal por la Universidad Privada San Martín de Porras. Egresado de PROFA primer nivel AMAG.

³ Véase exp. 03954-2006-AA/TC, exp. 08094-2005-AA/TC.

⁴ Véase exp. 06712-2005-HC/TC. El TC ha calificado la conducta de las partes como obstruccionista en el exp. 4496-2006-PHC/TC, toda vez que en ella solo se buscaba la prescripción de la acción penal.

⁵ Véase exp. 4496-2006-PHC/TC, exp. 02016-2005-AA/TC, exp. 03815-2005-AA/TC.

⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que al hacerse un uso abusivo de los procesos constitucionales, de un lado, se restringe *prima facie* la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver las causas de quienes legítimamente acuden a este tipo de procesos a fin de que se les tutele prontamente sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y de otro lado, constituye un gasto innecesario para el propio Estado que tiene que premunir de recursos humanos y logísticos para resolver tales asuntos; en concreto, con este tipo de pretensiones, lo único que se consigue es dilatar la atención oportuna de las auténticas demandadas justicia constitucional y a la vez frustrar la administración de justicia en general [fundamento 15], STC 5740-2008-PA/TC].

contractual y extracontractual. A efectos del presente trabajo nos interesa la responsabilidad civil extracontractual por abuso del proceso regulado en el art. 4.º del Código Procesal Civil⁷. Norma que responde a los hechos controvertidos en la jurisprudencia materia de comentario. A partir del cual nos formulamos las siguientes interrogantes: *¿cuál es la naturaleza de la pretensión de indemnización por ejercicio irregular o arbitraria del derecho de acción?, ¿se trata de una responsabilidad que se regula únicamente por las reglas del Código Civil o también debe ser resuelta teniendo en cuenta las normas del Código Procesal Civil?, ¿existe exclusión de la obligación de reparar los daños en caso de ejercicio irregular del derecho de acción?* En el presente trabajo pretendemos dar algunas luces al respecto. No obstante ello, debemos advertir que se trata de un tema complejo que merece mayor profundización, por ello, procederemos a desarrollar algunos conceptos previos.

II. DERECHO SUBJETIVO Y ABUSO DEL DERECHO

El derecho subjetivo es la potestad o facultad conferida al individuo por el ordenamiento jurídico. De otro lado, el derecho objetivo se refiere a las normas, que está constituido por la normatividad jurídica en general –ordenamiento legal de un país–. Según JORGE LLAMBIAS, citado por EUGENIO M. RAMÍREZ CRUZ, el derecho subjetivo «es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de las demás personas un determinado comportamiento», continúa afirmando: «[p]odemos definir al derecho subjetivo como facultad, poder o atribución que, orientado a satisfacer intereses o bienes humanos, el derecho objetivo confiere y tutela a toda persona premunida de toda voluntad. Se habla así de un derecho subjetivo de propiedad, derecho de la autoridad a mandar, el juez a juzgar, del acreedor a exigir una prestación a su deudor, etcétera»⁸.

El profesor CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO afirma: «el derecho subjetivo es amparado por el ordenamiento subjetivo, más se prohíbe que en su ejercicio se afecte el interés de un tercero [...] al abuso del derecho es un principio general del derecho [...] en todo derecho subjetivo subyacen deberes, y éstos, conllevan derechos. Dentro de los deberes que surgen en cada derecho subjetivo cabe distinguir uno que es genérico; por lo que aparece en cualquier derecho subjetivo. Se trata del deber de “no dañar” al ejercitarse el respectivo derecho»⁹. Refiere que el denominado “abuso del derecho” *no es de aplicación en casos de colisión de dos derechos subjetivos*, pues se presenta únicamente cuando se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece sin embargo de una expresa norma del derecho positivo que le permita, en este nivel de derecho fundamentar su posición. El abuso del derecho se presenta como un caso especial o *sui generis* de acto ilícito. No se confunde por lo tanto, con el genérico acto ilícito. Las cuestiones que la distinguen son: (i) el abuso del derecho se parte siempre de la pre existencia de un derecho subjetivo del cual es titular el actor. El agente del ejercicio o la omisión abusivos posee, siempre y necesariamente, un derecho

⁷ Art. 4.º del Código Procesal Civil: «Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos, y multas establecidas en el proceso terminado».

⁸ RAMÍREZ, Eugenio. *Fuentes del Derecho Civil peruano: Teoría del Derecho Civil peruano*. Editorial Rodhas, Lima 2003, p. 39.

⁹ FERNÁNDEZ S., Carlos. *Constitución Comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima 2006, pp. 171-173.

subjetivo. (ii) En el ejercicio u omisión abusivos de un derecho no se lesiona un preexistente derecho subjetivo. Lo que se afecta, de alguna manera y medida, es un interés patrimonial ajeno no protegido por norma jurídica expresa. (iii) Tratándose del abuso del derecho no es necesario que se produzca un daño, que es indispensable presupuesto de la genérica responsabilidad civil. El daño no es elemento esencial de dicha figura. (iv) En la responsabilidad genérica, a diferencia del abuso del derecho, el agente actúa sin poseer derecho subjetivo alguno, causando un daño como resultado de una colisión de dos o más derechos subjetivos. (v) Si el acto ilícito *sui generis* en que consiste el denominado abuso del derecho se identifica, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratarse dentro de los principios y dispositivos que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse según sea el caso, la exigencia del dolo, culpa, riesgo u otro factor de atribución de parte del agente. Ello, sin embargo, no es así en el caso del abuso del derecho, donde no es indispensable indagar por tales factores de atribución sino centrar la tención en el uso o ejercicio irregular de un derecho en detrimento del interés de un tercero¹⁰.

De allí que se afirme que todo derecho subjetivo coexiste con la parición de ciertos deberes a cargo de su titular. Así, los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas subjetivas no son absolutas, y encuentran su límite en los derechos o en los legítimos intereses de los demás¹¹. No ahondaremos mas sobre el tema porque no es objeto del presente trabajo, por lo que ahora corresponde referirnos al abuso del proceso contenido en el art. 4.º del Código Procesal Civil.

III. ABUSO DEL PROCESO

A nivel doctrina se determina que el abuso procesal es una especie del abuso del derecho, cuya autonomía se desprende de los principios procesales. ABRAHAM L. VARGAS, citando a JORGE W. PEYRANO, afirma que los principios generales no se encuentran condicionados a su positivización por ello, el principio de abuso del proceso se desprende del principio procesal de moralidad, la misma que se ha normativizado a través de la instrumentalización legal de los deberes procesales con contenido ético (habitualmente los de conducirse con lealtad, probidad y buena fe); este principio también se desprendería del principio de económica. Para el indicado autor, no es necesario recurrir al derecho civil para dar contenido al principio de abuso del proceso y solucionar las dificultades que se presenten de su aplicación¹².

Según la autora argentina MARIELA ÁLVAREZ: «Hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes-deberes funcionales, derechos facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal)»¹³. La autora GRICELDA NOEMÍ FERRARI aclara: «En este sentido debemos enfatizar que este instituto de la proscripción del abuso del derecho en materia

¹⁰ *Ibidem*, p. 172-174.

¹¹ LÉPORI, Inés. *Abuso procesal: la función de los jueces y el abuso procesal*. En *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2006, p. 45.

¹² VARGAS, Abraham L. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina 1999, pp. 255-257.

¹³ ALVAREZ, Mariela. *Abuso del proceso*. En *Abuso del proceso*. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Argetina 2006, p. 121.

procesal no debe ser colocado en un pedestal, por encima de los demás principios procesales, sino que, por el contrario, debe aplicarse con carácter *restrictivo y excepcional*, no para contraponerse a éstos, sino para tratar, por su intermedio, de que tengan aplicación plena»¹⁴ –resaltado nuestro–.

El ejercicio abusivo de un derecho procesal se presenta cuando una de las partes en litigio utiliza un mecanismo procesal apartándose de la finalidad que inspira a dicho instrumento, excediéndose así de su legítimo derecho de acción o contradicción, al ocasionar un perjuicio o daño a la otra parte. COUTURE considera al abuso de los derechos procesales como la forma excesiva o ventajosa de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa¹⁵.

3.1. RELACIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE MORALIDAD Y EL ABUSO DEL PROCESO

El deber de no utilizar el proceso, los medios y recursos legales, sino de conformidad con los fines lícitos para los cuales está instituido permite el reconocimiento de una gama de deberes morales, que se han recogido como normas jurídicas y una serie de sanciones para su incumplimiento en el campo procesal¹⁶. Así, para el maestro MAURINO el principio de moralidad es el fundamento del abuso del proceso¹⁷. La proscripción del accionar procesal abusivo es por lo menos un principio que se desprende como consecuencia de otro principio procesal que es unánimemente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, como es el principio de moralidad, que fue normativizado a través de la institucionalización legal de deberes procesales de contenido ético, como los de conducirse en el proceso con lealtad, probidad, y buena fe, tal como lo afirma el doctor JORGE PEYRANO. Es decir, respecto del principio de moralidad del proceso ya no hay discusión alguna entre el legislador, la doctrina y la jurisprudencia que unánimemente lo aceptan¹⁸.

El principio de moralidad se caracteriza por la implantación de deberes jurídicos-procesales con contenidos éticos, es decir, dar juridicidad procesal a la norma ética. En el proceso judicial todos los derechos subjetivos, potestades y facultades que el ordenamiento ritual atribuye a los sujetos que intervienen en él, como las cargas y deberes que se imponen normativamente a esos mismos sujetos, corresponde sean ejercitados y observados en función de la finalidad última y esencial, de obtener, del modo exigido por las normas constitucionales y legales, una sentencia que actúe el derecho en el caso concreto. El ejercicio del poder jurídico con un objetivo diferente implica un desvío del propósito para el cual ha sido conferido y, por tanto, un abuso que justifica la adopción de medidas que tiendan a suprimir los efectos negativos de aquél y eventualmente a reparar los daños producidos. MARIO MASCOTRA refiere que constituyen violación a este principio: (i) el deber de

¹⁴ FERRARI, Griselda N. *Abuso del proceso*. En *Abuso del proceso*. Editorial Rubinsal-Culzoni Editores, Argetina 2006, p. 277.

¹⁵ CACHO, Guisseppi. *El ejercicio abusivo de los derechos procesales*. En *Actualidad Jurídica*, tomo 89, abril 2001. Gaceta Jurídica, p. 274.

¹⁶ VARGAS, Abraham L. *Estudios de Derecho Procesal*. Ob. cit., pp. 260-261.

¹⁷ MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el Proceso*. La ley, Buenos Aires 2001, p. 19.

¹⁸ ARRASCA Ivana M. *Algunas reflexiones sobre el abuso procesal*. En: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/web/doctrina/doc006.htm>: 20/03/2009.

colaboración con la marcha del proceso; (ii) el deber de utilizar el proceso para la satisfacción de intereses lícitos; (iii) el deber de información correcta y plena; (iv) el deber de prestarse a reconocimientos o inspecciones; (v) el deber de exhibición documental¹⁹. El indicado autor hace notar que el abuso del proceso constituye un nuevo principio del proceso. Señala que la relación entre el principio de moralidad y el abuso del proceso es de género a especie. El primero protege la correcta administración de justicia en su conjunto, estableciendo sanciones generales que no implican una desventaja procesal para los sujetos procesales. El segundo, tipifica conductas particulares en un determinado proceso que implica un desborde o desviación, previniendo el legislador sanciones de carácter procesal que generan una situación desventajosa al infractor a fin de equilibrar el desajuste ocasionado por el abuso en el proceso. En ese sentido, ALBERTO LUIS MAURINO refiere que el principio de abuso del proceso nace del principio de moralidad²⁰, se trata de un principio derivado. Algunas normas procesales que regulan el principio de moralidad son: art. IV del T.P., 13.º, 46.º, 52.º, 53, 105.º, 109.º, 110.º, 111.º, 112.º, 165.º, 178.º, 186, 232.º, 241.º, 247.º, 254.º, 261.º, 270.º, 282.º, 304.º, 316.º, 398.º, 424.º, 446.6, 451.º, 502.º, 509.º, 518.º, 538.º, 621.º, 624.º, 805.º del Código Procesal Civil; art. 8.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.2. ABUSO DEL PROCESO Y ABUSO EN EL PROCESO

3.2.1. El abuso del proceso supone abusar del derecho a la jurisdicción, del derecho a acceso a la justicia, del derecho de acción, imperando las siguientes demasías: (i) proceso innecesario (cobro de un crédito que el deudor quiere satisfacer), el proceso se utiliza inútilmente con dispendio de energías de los sujetos que intervienen²¹; (ii) el proceso crasamente infundado, donde es evidente *ab initio* la sinrazón del actor; (iii) el proceso desviado (denuncia de estafa para formar la solución, solicitud de quiebra para forzar el cobro individual de un crédito); y, (iv) el proceso excesivo (por ejemplo la elección de la vía más amplia, lenta y costosa cuando bastaría otra más breve). GELSI BIDART citado por MARIO MASCOTRA afirma que el abuso del proceso se configura cuando se utiliza el proceso con negligencia o dolo existiendo un claro divorcio entre el derecho invocado y el que efectivamente se tiene; o, se simula un proceso o se incurre en él, en fraude a la ley sustantiva o procesal, es decir, cuando se utiliza el proceso como instrumento de una finalidad diversa e ilícita a la formulada por ley. Ellas se encuentran en la instauración de “aventuras judiciales” en las que se reclaman montos exorbitantes, se alegan infinidad de hechos (muchas veces irrelevantes) y se ofrecen numerosas pruebas que generaran elevados costos, acompañadas coetáneamente del incidente de beneficio de litigar sin gastos, con fines extorsivos tendientes a una rápida y lucrativa resolución del conflicto, pues la sustanciación de la *litis* puede resultar en ocasiones más perjudicial que cualquier solución que se adopte a través de los métodos de autocomposición (v. gr., procesos de amparo con amplia cobertura de medios masivos de comunicación; cuestionamiento de la reputación comercial o industrial)²². El mismo autor citado por ALBERTO LUÍS MAURINO distingue las siguientes categorías: (1) *proceso infundado*, como aquel que comienza con un fundamento limitado, donde se dan los requisitos sustantivos y procesales, pero

¹⁹ MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires 2005, pp. 47-48.

²⁰ MAURINO, Alberto Luís. *Abuso del derecho en el proceso*. Editorial La Ley, Buenos Aires 2001, p. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 14.

²² MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Ob. cit., pp. 54-55.

que luego se revela, a lo largo del proceso, como insuficiente para sustentarlo; (2) *procesos innecesarios*, se refiere al conjunto de situaciones jurídicas en que se utiliza inútilmente el proceso con dispendio de las energías de los sujetos que en él intervienen; (3) *proceso inadecuado*, cuando se utiliza un proceso para lograr más de la finalidad programada, es decir, otra finalidad, que ya la ley tiene prevista, pero con medios diferentes²³. Sobre este punto ABRAHAM L. VARGAS advierte no encontrándose dilucidado si la acción es un derecho, es riesgoso hablar de abuso porque podría vulnerarse un derecho constitucional²⁴.

3.2.2. El abuso en el proceso se trata siempre del ejercicio abusivo del derecho de acción, pero parcializado en diversos momentos de un juicio; todas aquellas conductas de los sujetos procesales que impliquen disfuncionalidad o que importen agravios a la buena fe, lealtad y probidad procesal. El mismo MASCOTRA afirma que se presenta cuando las partes utilizan los medios procesales que la normativa le confiere, desnaturalizando el fin al que están destinados. Por ello algunos lo denominan *abuso de las vías o instituciones procesales*, pues comprenden tanto los supuestos en que el proceso todo configura ejercicio abusivo de derechos, como aquellos en que un proceso sano produce ciertos actos u omisiones abusivos o contrarios a la buena fe. Al respecto, también advierte ABRAHAM L. VARGAS que aún esta pendiente de resolver la naturaleza de las relaciones que se desarrollan dentro del proceso (facultades, atribuciones, cargas).

3.3. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL ABUSO PROCESAL

Para el argentino GARDELLA «Todas esas conductas procesales, que impliquen abuso del o en el proceso, pueden contener el ingrediente subjetivo de la malicia, o temeridad, o descuido inexcusable; en terminología civil, dolo o culpa. Pero estos componentes subjetivos no son indispensables, bastará con atenerse a las pautas objetivas del art. 1071.º del Código Civil, o sea que se compruebe la existencia de un desvío o de un exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos públicos procesales»²⁵

3.3.1. Tesis objetiva (teleológica, finalista u funcional): un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culposa cuando se desvíe del fin que le asigne el ordenamiento al derecho ejercido. Lo único que se requiere es la exteriorización del acto que haya provocado un daño jurídico. El autor argentino MARIO MASCOTRA señala las siguientes características: (i) ruptura de equilibrio, (ii) sistema funcionalista o del fin económico y social del derecho, (iii) ejercicio de un derecho contrariando su espíritu, (iv) sistema de ejercicio de incompatible con la regla moral.

3.3.2. Tesis subjetiva (eticista): se fundamenta en el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe, pues éste sólo permitiría sancionar las conductas calificables

²³ MAURINO, Alberto Luís. *Abuso del derecho en el proceso*. Ob. cit., p. 14

²⁴ VARGAS, Abraham L. *Estudios de Derecho Procesal*. Ob. cit., pp. 265-267.

²⁵ BELISIO, Juliana y G. GASPARINI, Marisa. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. En *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2006, p. 18.

de dolosas o culposas. El autor argentino MARIO MASCOTRA señala las siguientes características: (i) intención de perjudicar, (ii) sistema de culpa, (iii) sistema de la falta de interés legítimo o utilidad. El abuso de las vías procesales tiene su fundamento subjetivo en tanto es relevante el *animus* del sujeto que lo comete, conocido como *animus nocendi* (intención de perjudicar), esto se presenta por ejemplo en aquellos casos de violación del principio de lealtad, probidad y buena fe procesal²⁶.

3.3.3. Tesis mixta. Conjugan las diferentes ideas para definir el abuso, y que dejan librado a la apreciación que los jueces hagan en cada caso concreto para ver si se ha operado o no un abuso, y para ello éstos pueden combinar los criterios objetivos con los subjetivos, según las circunstancias particulares de cada caso.

3.4. LIMITES PARA CALIFICAR EL ABUSO DEL PROCESO

Consideramos que la regulación de la responsabilidad por ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción, busca fortalecer los límites del principio de tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, es necesario tener presente algunas limitaciones a fin de que los procesos no se vuelvan indeterminados. La argentina MARCELA GARCÍA SOLÁ²⁷ propone tener en cuenta los siguientes criterios.

- a) La declaración oficiosa del abuso debe ser excepcional.
- b) La duda razonable acerca de la calificación de una conducta como abusiva debe resolverse a favor de su regularidad.
- c) No debe merecer sanción el uso de mecanismos procesales, aun irregular, cuando no ha provocado perjuicio, sea éste de orden patrimonial, moral o aún puramente procesal, expresado en términos de obstrucción o dilación de la causa.
- d) A salvo los supuestos excepcionales de declaración oficiosa, el acto abusivo queda subsanado por la falta de denuncia oportuna de la parte que se ha visto perjudicada por él.
- e) Aún adoptándose un criterio objetivo para detectar el acto abusivo, deben descartarse las apreciaciones que reposen en criterios abstractos o generales.
- f) Cuando no surge del análisis de la conducta abusiva ningún factor subjetivo de atribución (solo, culpa, malicia o temeridad, etc.), no habrá lugar a responsabilidad aquiliana de su autor y, por lo mismo, a la reparación indemnizatoria extraprocesal del daño causado.

IV. RESPONSABILIDADES QUE SE DERIVAN DEL ABUSO DEL PROCESO

Como hemos mencionado anteriormente, se dan las siguientes responsabilidades: 1) la nulificación de los actos jurídicos procesales; 2) la responsabilidad penal, siempre y cuando configuren los tipos previstos en la ley sustantiva; 3) la responsabilidad administrativa «endógena» (o sea la aplicada por el juez como

²⁶ CACHO, Guisseppi. *El ejercicio abusivo de los derechos procesales*. Ob. cit., p. 274.

²⁷ GARCIA, Marcela. *De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del abuso del derecho con la garantía de defensa en juicio*. En *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2006, pp. 37-38.

director del proceso mediante llamados de atención, prevenciones, apercibimientos, multas, etc.); 4) la responsabilidad administrativa «exógena» (esto es, la reprimida por los Colegios Profesionales respectivos ante el giro de copias de las actuaciones jurisdiccionales donde luce el mal desempeño de los curiales); 5) la responsabilidad civil contractual (entre el abogado, procurador o letrado patrocinante y su mandante o poderdante); 6) la responsabilidad civil extracontractual (de las partes y sus apoderados o bien, de cualquier otro sujeto procesal por el ejercicio abusivo del o en el proceso)²⁸. Consideramos que el art. 4.º del Código Procesal Civil regula una responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción.

Afirma ABRAHAM L. VARGAS que «[...] para nosotros, la Teoría del Abuso del Derecho sirve específicamente para fundamentar la “responsabilidad extracontractual” derivada de las inconductas procesales. Ello en buen romance, *implica desplazar la problemática* a las normas generales sobre la responsabilidad que acunan en el Derecho Civil, sin necesidad de abundar dentro del Derecho Procesal propiamente dicho con el trasplante de modelos teóricos extrapolares de otras esferas»²⁹. Frente a ello, refiere que existen dos posiciones procesales. El primero, admite la responsabilidad extracontractual subjetiva, encontrando su basamento independiente y autónomo para la responsabilidad por abuso en el proceso como lo sería la violación de las normas que imponen el deber de lealtad y probidad en el proceso. La segunda posición, entiende que no cabe esta responsabilidad por abuso del derecho en el ámbito del proceso civil, correspondiendo únicamente atenderse a las condenaciones procesales y su régimen. Citando a RICARDO REIMUNDIN afirma que la responsabilidad procesal por abuso del proceso debe ser coherente con lo regulado en la responsabilidad civil regulada por el Código Civil, concluye señalando que el abuso de los derechos de acción y de defensa constituye un acto ilícito con la consiguiente responsabilidad civil y obligación de resarcir los daños³⁰.

V. EL EJERCICIO IRREGULAR O ARBITRARIO DEL DERECHO DE ACCIÓN REGULADO POR EL ART. 4.º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Teniendo en cuenta los criterios desarrollados, consideramos que el abuso del proceso regulado en el Código Procesal Civil se encuentra fundado en la tesis subjetiva de abuso del proceso, tal y como se desprende de los arts. IV del Título Preliminar³¹, 109.^{o32}, 110.^{o33}, 112.^{o34} del Código Procesal Civil, en concordancia del

²⁸ VARGAS, Abraham L. *Estudios de Derecho Procesal*. , ob. cit., pp. 274-275.

²⁹ *Ibidem*, p. 275.

³⁰ *Ibidem* p. 277.

³¹ Art. IV del T.P. del Código Procesal Civil: «El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria».

³² Art. 109.º del Código Procesal Civil: «Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;

2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;

3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;

4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;

5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y

6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal».

art. 8.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁵. No obstante ello, debemos aclarar que la responsabilidad civil por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa regulada en el art. 621.º del mismo cuerpo normativo, establece una responsabilidad objetiva en caso la demanda sea declarada infundada, sin necesidad de calificar la parte subjetiva. Entonces el juez para establecer la irregularidad o arbitrariedad en el ejercicio del derecho de acción deberá tener en cuenta las normas procesales antes referidas, además de las demás reguladas en el Código Procesal Civil.

Comentando el art. 4.º del Código Procesal Civil los autores CARLOS A. HERNÁNDEZ LOZANO y JOSÉ P. VÁSQUEZ CAMPOS realizan un análisis partiendo el concepto de acción. Afirma que el derecho de acción es el derecho público subjetivo que corresponde a cualquier persona, y que tiene por objetivo obtener del Estado la prestación de su actividad jurisdiccional mediante una sentencia. Para ser amparada debe cumplir ciertas condiciones: (i) la existencia de la voluntad de la ley que asegure al actor algún bien y lo obligue al demandado a una prestación; (ii) el interés de conseguir el bien; (iii) calidad, es decir, la identidad del actor con la persona favorecida por la ley y el demandado con la persona obligada. El ejercicio de tal acción debe ser regular y sin arbitrariedades, de lo contrario el afectado con dicho ejercicio puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, además de costas, costos y multa del proceso, sancionándose así la mala fe en el proceso³⁶. A decir de VÍCTOR TICONA POSTIGO este ejercicio ilícito del derecho de acción tiene obvia vinculación con el abuso del derecho³⁷.

Dentro de la doctrina nacional VÍCTOR TICONA POSTIGO comentando el artículo en mención afirma que: «[...] el numeral que examinamos (Art. 4) se refiere a la litis temeraria, y a la litis dolosa; es decir a la conducta culposa o dolosa del actor al formular e interponer su demanda. El actor, entonces, abusando del derecho que tiene toda persona a la jurisdicción, ejercida este derecho no obstante estar convencido o ser consiente de la sin razón de la pretensión que hace valer contra el demandado, comportándose como *improbis litigador*, y, esta conducta culposa o dolosa será sostenida durante el proceso ya que ni siquiera se arrepentirá de ello, mediante el desistimiento de la pretensión o del proceso. Consecuentemente los daños y perjuicios que se irroge al demandado debe resarcirlos, además de su obligación de pagar las costas del proceso (costas y costos), como las multas impuestas en el proceso fenecido [...] los daños pueden producirse dentro del proceso (daños procesales) y fuera de éste (daños extraprocesales). Estos últimos daños están contemplados y sancionados por la norma jurídica sustantiva (Código

³³ Art. 110.º del Código Procesal Civil: «Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal».

³⁴ Art. 112.º del Código Procesal Civil: «Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso;
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación».

³⁵ Art. 8.º Ley Orgánica del Poder Judicial: «Todos los que intervienen en un proceso judicial tienen el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe.

Los Magistrados deben sancionar toda contravención a estos deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal».

³⁶ HERNANDEZ, Carlos y VÁSQUEZ, José. *Código Procesal Civil*. Tomo II. Ediciones Jurídicas, Lima 1995, pp. 101-108.

³⁷ TICONA, Víctor. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Grijley, Lima 1996, pp. 99.

Civil, esencialmente); en tanto que los primeros (daños procesales) se regulan en la norma procesal, en donde se establecen las sanciones e indemnizaciones, como las costas, las nulidades, y ahora en el nuevo Código la indemnización de los daños y perjuicios, en la norma que analizamos (art. 4)»³⁸. Continúa señalando el autor «[...] La responsabilidad por daño procesal está inserta dentro de la llamada responsabilidad extracontractual, y en especial la del ejercicio irregular y arbitrario del derecho de acción (así como del derecho de contradicción en proceso). Por consiguiente, el abuso o ejercicio irregular y arbitrario del derecho de acción se rige por la teoría y normas de la responsabilidad extracontractual (art. 1969.º y ss. del C.C.)». El mismo autor señala que las conductas que exige el art. 4.º del Código Procesal Civil son dos: el ejercicio irregular y el ejercicio arbitrario del derecho de acción. Refiere que el **ejercicio irregular** se configura por el ejercicio con culpa grave o leve, o como también se dice temeridad procesal. El actor, si bien no tiene plena conciencia de su falta de razón en el ejercicio del derecho de acción, pero tampoco puede ser irresponsable de los daños y perjuicios que cause con tal conducta culposa, si aquéllos van más allá de los gastos ordinarios que ha realizado el demandado y ha actuado en el proceso con ligereza o negligencia inexcusable (o con dolo). Si se determina que el ejercicio del derecho de acción fue regular no corresponde indemnizar aún así se causen daños en aplicación del inciso 1) del art. 1971.º del Código Civil. El **ejercicio arbitrario** del derecho de acción importa una acción dolosa del actor, con la intención y fin de causar daños procesales y extraprocesales al demandado. Por consiguiente, el actor tiene plena conciencia de su falta absoluta de razón y no obstante ello, ejerce la acción, o bien, luego de iniciado el proceso llega a tener esa conciencia malévolamente en el curso del proceso, y a pesar de ello lo prosigue, causando daños y perjuicios al demandado³⁹. Nosotros consideramos que los daños procesales están regulados por el art. 4.º del Código Procesal Civil, en tanto, que los daños extra procesales están regulados por el art. 621.º del Código Procesal Civil, en el segundo caso se trata de los daños extra procesales que se generan como consecuencia de la ejecución de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.

La profesora MARIANELLA LEDESMA comentando el art. 4.º del Código Procesal Civil refiere: «Técnicamente se discute si la norma prohibitiva del abuso del derecho debe contener parámetros que sirvan al juez para caracterizar dicho abuso. Un sector de la doctrina, se inclina por una precisión normativa del abuso para afianzar la certeza y evitar arbitrariedades judiciales. Otro sector, confiando en la prudencia del juez, considera que es recomendable que este tenga la libertad de estudiar casuísticamente los casos sometidos a su consideración. Frente a estas posiciones diremos que el juez tiene pautas concretas que orientan su función, no necesariamente en el mismo texto de la ley pero si tomadas de la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, por tanto, no es del todo cierto que el juez pueda actuar de modo arbitrario cuando tiene precisión normativa»⁴⁰.

Nosotros consideramos en primer lugar que la norma en mención se trata de una norma sustantiva por sus consecuencias, pero que se encuentra fundada en principios procesales. Ahora, si una pretensión se encuentra sustentada en el art. 4.º del Código Procesal Civil, lo primero que habrá que probarse es el ejercicio

³⁸ *Ibidem*, pp. 100-101 y 106.

³⁹ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁰ LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 93.

irregular o arbitrario del derecho de acción, sea del proceso o en el proceso. La irregularidad o arbitrariedad tendrá que determinarse por la infracción del principio procesal de moralidad, que se manifiesta de las diversas normas que describe el Código Procesal Civil [conducta antijurídica]. Luego deberá verificarse la aplicación de todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por culpa [art. 1969.º del Código Civil], toda vez que el abuso del proceso dentro de nuestro sistema adopta la tesis subjetiva. Cabe tener en cuenta que el proceso es dinámico, por ende, los supuestos en que se puede presentar la conducta irregular o arbitraria debe ser entendida *numerus clausus*.

VI. ¿EL EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO EXCLUYE AL EJERCICIO IRREGULAR?

Por ejercicio regular de un derecho previsto en el numeral 1) del art. 1971.º del Código Civil se entiende, aquella que se realiza respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin y que se encuentran inspirados por el principio general de buena fe. El ejercicio regular de un derecho es considerado como un acto antijurídico, más precisamente, un hecho dañoso justificado; por ello, quien actúe dentro de los parámetros que el derecho ostenta, aún cuando cause daño, no responde civilmente. A partir de lo señalado se concluye que quedan excluidos del supuesto antes mencionado, tanto el abuso del derecho, como el uso antijurídico del mismo⁴¹. En ese mismo sentido, GUIDO ALPA afirma que la doctrina y la jurisprudencia separan del ejercicio regular de un derecho del ejercicio del derecho las hipótesis del exceso del derecho y del abuso del derecho⁴². En esa misma línea consideramos que en el abuso del proceso no es aplicable la exclusión de la responsabilidad civil por el ejercicio regular de un derecho, prevista en la norma antes mencionada. Considero que la clave se encuentra en entender que los daños ocasionados por el ejercicio regular de un derecho se “excluye” de la responsabilidad civil porque la ley lo autoriza, no pasa lo mismo en el ejercicio irregular de un derecho, donde no existe norma que excluya la responsabilidad civil. De modo tal que, la norma en comentario solo es aplicable cuando el ejercicio de un derecho es regular.

Queda claro, que si denunciemos el ejercicio irregular o arbitrario de un derecho no podremos exonerar de la responsabilidad civil. Carece de toda lógica responder a una denuncia de conducta irregular señalándole que es regular porque ambas son antagónicas, una excluye a la otra; puesto que si yo estoy denunciando que pese a tener apariencia de regular un derecho ésta realmente constituye un irregular o arbitrario ejercicio de un derecho. Por ello, consideramos que el razonamiento del Supremo Tribunal no resulta correcto, puesto que entendió que el tema se trataba de un acto ilícito regulado por las normas de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil, sin tener en cuenta que se trata de un tema de abuso del proceso regulada por el artículo 4.º del Código Procesal, por tanto, debía resolver el caso partiendo de la idea de que la norma hace referencia a una conducta irregular o arbitraria. Este error parte de que no se ha definido correctamente la naturaleza de la norma antes mencionada. Para mejor entendimiento podemos citar la responsabilidad civil por denuncia calumniosa regulada en el art. 1982.º del Código

⁴¹ PAZOS, Javier. *Código Civil comentado*. Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima 2005, p. 109.

⁴² ALPA, Guido. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Jurista Editores, Lima 2006, p. 440.

Civil, supuesto en el cual el demandado fácilmente podría neutralizar la demanda bajo el argumento de que la denuncia penal constituye un ejercicio de su derecho de petición, argumento que no resulta acorde a Derecho.

6.1. Algunas normas jurídicas sobre indemnización por abuso del proceso regulado en el Código Procesal Civil y Código Civil

- Art. 4.º del Código Procesal Civil (Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción). *«Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado».*

- Art. 621.º del Código Procesal Civil (indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa). *«Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.*

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo».

- Art. 257.º del Código Civil: *«Si se declara infundada la oposición, quien la ejecuto queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. Si la denuncia hubiera sido maliciosa, es igualmente responsable quien la formula. En ambos casos, la indemnización la fija prudentemente el juez, teniendo en cuenta el daño moral».* El profesor MANUEL MURO ROJO⁴³ haciendo comentario del referido artículo pone en evidencia de que este artículo resulta contrario al numeral 1) del art. 1971.º del Código Civil, ya que no resulta aplicable la exclusión de responsabilidad civil por el ejercicio regular de un derecho, pues se trataría de una responsabilidad objetiva, es decir, opera por el mismo hecho de ser declarada infundada la oposición. El autor considera que esta norma resulta contraria al derecho de petición y acceso a la justicia o tutela jurisdiccional previstos en la Constitución, por lo que propone realizar control difuso de la norma en comento. Pues considera que se trata del ejercicio regular de un derecho.

VII. EL ART. 4.º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL: ¿UNA NORMA SUSTANTIVA O PROCESAL?

⁴³ MURO, Manuel. *Código Civil Comentado*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima 2003, pp. 84-86.

Previamente, resulta necesario realizar una diferencia entre norma sustantiva y procesal⁴⁴. Al respecto el profesor ANIBAL TORRES VÁSQUEZ⁴⁵ afirma que las *normas sustanciales o sustantivas o materiales* son las que estatuyen los derechos y deberes de los sujetos de Derecho, en su vida de relación social, por ejemplo, las normas contenidas en los Códigos Civil, Penal, Tributario, etc. Las *normas procesales o adjetivas* regulan el desarrollo del proceso, o sea, la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de obtener un pronunciamiento que ponga fin a un conflicto; no determinan qué es justo sino cómo se debe pedir justicia. Están contenidas especialmente en lo que se denomina los Códigos procesales. La distinción entre normas sustanciales y procesales no siempre resulta de su inclusión en determinado código, sino de su naturaleza, por ejemplo el Código Sustantivo contiene numerosas normas procesales y normas de carácter mixto, por ejemplo el art. 1641.º del Código Civil que en la primera parte concede al donatario o sus herederos el derecho de contradecir las causas de revocación de la donación (norma sustantiva) y luego establece el plazo para interponer la acción (norma procesal).

La jurisprudencia nacional ha calificado que el art. 4.º del Código Procesal Civil regula una norma procesal. Así la Corte Suprema de la República ha expresado: «[...] limitándose a citar una disposición de carácter adjetiva como resulta ser el artículo cuatro del Código Procesal Civil, que faculta a demandar la indemnización por daños y perjuicios a la parte contra quién se interpuso una demanda en forma irregular o arbitraria [...]»[Casación N.º 4784-2007 Lima]⁴⁶. No compartimos el criterio asumido por nuestros tribunales. En efecto, el artículo 4.º del Código Procesal Civil otorga el derecho o facultad de reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios si considera que la el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario. Por ende, se subsume en la definición de una norma sustantiva, no pudiéndose hablar de regula el desarrolla el proceso. Cuestión diferente es que para establecer la conducta irregular o arbitraria el juzgador debe fundarse en normas procesales, conforme hemos detallado anteriormente. Una norma similar la encontramos en el art. 257.º del Código Civil. Esta definición resulta trascendente a efectos de que en los futuros casos se denuncien correctamente en vía de casación las normas para que el supremo tribunal las desarrolle.

JURISPRUDENCIA

«[...] En tal sentido, teniendo en cuenta que durante el proceso de prescripción adquisitiva de dominio el señor Gualberto Sánchez Castillo actuó como representante de la Asociación demandante y a su vez en representación del Ministerio de Agricultura, aparentemente habría actuado con temeridad y mala fe, toda vez que habría permitido que en su oportunidad no sea apelada la resolución que declaro infundada la nulidad deducida por la parte demandada, así tampoco dio a conocer que la designación efectuada por el Procurador Público, era indebida, omisión que podría configurar vulneración al derecho de defensa del Ministerio de Agricultura, lo cual debe ser valorado por el órgano superior. **Undécimo.-** Cabe precisar que corresponde al caso de autos la aplicación supletoria y concordada del

⁴⁴ «[...] Este Supremo Tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido que las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y reglas que se deben obtener para activar la potestad jurisdiccional del Estado; a las primeras se les denomina normas materiales o sustantivas, y a las segundas procesales, formales o adjetivas, y que su naturaleza se aprecia independientemente del cuerpo legal que se encuentre [...]»[Cas. N.º 188-2002 Lima. *El Peruano* 02.02.2004, p. 11430]

⁴⁵ TORRES, Anibal. *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho*. Idemsa, Lima 2008, pp. 228-229.

⁴⁶ Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de diciembre de 2008, pp. 23276-23577.

Código Procesal Civil, que en sus artículos IV del Título Preliminar, 109º y 112º, regulan la conducta, deberes y responsabilidades de las partes y sus abogados, en las cuales se establece que éstos deberán adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad, buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso, no debiendo actuar temerariamente en el ejercicio sus derechos procesales; como evidentemente no ha procedido el señor Gualberto Sánchez Castillo. **Duodécimo.** También, se advierte de lo actuado que el juzgador lejos de advertir las irregularidades, continuo con el proceso hasta la etapa de emitir sentencia, incumpliendo los deberes procesales que le exige el artículo 50º incisos 1 y 5 del Código Procesal Civil [...]»

VIII. CONCLUSIONES

1. Consideramos que en la Casación analizada la Corte Suprema de la República no ha aplicado el art. 4.º del Código Procesal Civil.
2. El ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción regulado en el art. 4.º del Código Procesal Civil se encuentra fundado en el principio de abuso del proceso. La misma que se configurará cuando se violentan las normas procesales de las cuales se desprende el principio de moralidad, por tanto, esta responsabilidad debe ser determinada a la luz de las normas procesales y sustantivas.
3. La exclusión de la responsabilidad civil por ejercicio regular del derecho de acción, prevista en el numeral 1) del art. 1971.º del Código Civil no es aplicable al ejercicio irregular del derecho de acción prevista en el art. 4.º del Código Procesal Civil. Los daños generados por el ejercicio irregular del derecho de acción siempre deben ser reparados.

Bibliografía

- ALPA, Guido. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Jurista Editores, Lima 2006.
- ALVAREZ, Mariela. *Abuso del proceso*. En *Abuso del proceso*. Editorial Rubinsal-Culzoni Editores, Argetina 2006.
- ARRASCA Ivana M. *Algunas reflexiones sobre el abuso procesal*. En: <http://defenpo3.mpd.gov.ar/web/doctrina/doc006.htm>: 20/03/2009.
- BELISIO, Juliana y G. GASPARINI, Marisa. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. En *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni Eitores. Buenos Aires 2006.
- CACHO, Guisseppi. *El ejercicio abusivo de los derechos procesales*. En *Actualidad Jurídica*, tomo 89, abril 2001. Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ S., Carlos. *Constitución Comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima 2006.
- FERRARI, Griselda N. *Abuso del proceso*. En *Abuso del proceso*. Editorial Rubinsal-Culzoni Editores, Argetina 2006.

- GARCIA, Marcela. *De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del abuso del derecho con la garantía de defensa en juicio*. En *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2006.
- HERNANDEZ, Carlos y VÁSQUEZ, José. *Código Procesal Civil*. Tomo II. Ediciones Jurídicas, Lima 1995.
- LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2008.
- LÉPORI, Inés. *Abuso procesal: la función de los jueces y el abuso procesal*. En *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2006.
- MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el Proceso*. La ley, Buenos Aires 2001.
- MASCIOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires 2005.
- MAURINO, Alberto Luís. *Abuso del derecho en el proceso*. Editorial La Ley, Buenos Aires 2001.
- MURO, Manuel. *Código Civil Comentado*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima 2003.
- PAZOS, Javier. *Código Civil comentado*. Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima 2005.
- RAMIREZ, Eugenio. *Fuentes del Derecho Civil peruano: Teoría del Derecho Civil peruano*. Editorial Rodhas, Lima 2003.
- TICONA, Víctor. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Grijley, Lima 1996.
- TORRES, Anibal. *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho*. Idemsa, Lima 2008.
- VARGAS, Abraham L. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina 1999.