

# **UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**

## **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

### **Escuela Profesional de Derecho**



**UPLA**  
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

## **TESIS**

### **LA GENERALIDAD DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y LOS MECANISMOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA**

- Para Optar : El título profesional de abogado
- Autores : Kleiby Justina Bacilio Mallaopoma  
: Miguel Angel Gomez Huaynate
- Asesor : Mg. Roly Quiñonez Inga
- Línea de Investigación  
Institucional : Desarrollo Humano y Derechos
- Área de Investigación : Ciencias Sociales
- Fecha de Inicio y  
de Culminación : 31-07-2022 a 31-10-2022

**HUANCAYO – PERÚ**  
**2022**

## HOJA DE REVISORES DOCENTES

Dr. LUIS ALBERTO POMA LAGOS

Decano de la Facultad de Derecho

Mg. Vivanco Vasquez, Hector Arturo

Docente Revisor Titular 1

Mg. Calderon Villegas Luis Alfredo

Docente Revisor Titular 1

Mg. Santivañez Calderon Katya Luz

Docente Revisor Titular 1

Dra. Córdoba Mayo Miriam Rosario

Docente Revisor Suplente

**DEDICATORIA**

A nuestros familiares que nos apoyaron en alcanzar nuestros objetivos.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Peruana Los Andes y a los docentes de la Facultad de Derecho, por habernos orientado en nuestra formación académica.



**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



## **CONSTANCIA DE SIMILITUD**

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

### **Deja Constancia:**

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **BACILIO MALLAOPOMA KLEIBY JUSTINA**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: **“LA GENERALIDAD DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y LOS MECANISMOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA.”**, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el **porcentaje de 25 %** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 17 de noviembre del 2022.

**DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS**  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN  
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.



**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



## **CONSTANCIA DE SIMILITUD**

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

### **Deja Constancia:**

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **GOMEZ HUAYNATE MIGUEL ANGEL**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: “**LA GENERALIDAD DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y LOS MECANISMOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA.**”, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el **porcentaje de 25 %** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 17 de noviembre del 2022.

**DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS**  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN  
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

## CONTENIDO

HOJA DE REVISORES DOCENTES .....	ii
DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
CONTENIDO .....	vii
RESUMEN .....	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN .....	xiv

## CAPÍTULO I

### DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática.....	18
1.2. Delimitación del problema.....	24
1.2.1. Delimitación espacial. ....	24
1.2.2. Delimitación temporal. ....	24
1.2.3. Delimitación conceptual. ....	24
1.3. Formulación del problema .....	24
1.3.1. Problema general. ....	24
1.3.2. Problemas específicos.....	24
1.4. Justificación de la investigación .....	25
1.4.1. Justificación Social. ....	25
1.4.2. Justificación Teórica.....	25
1.5.3. Justificación Metodológica.....	25
1.5. Objetivos de la Investigación.....	26
1.5.1. Objetivo General.....	26
1.5.2. Objetivos Específicos. ....	26
1.6. Supuestos de la investigación .....	26
1.6.1. Supuesto General.....	26
1.6.2. Supuestos Específicos.....	26
1.6.3. Operacionalización de Categorías. ....	27
1.7. Propósito de la investigación .....	28
1.8. Importancia de la investigación .....	28
1.9. Limitaciones de la investigación.....	29

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación .....	30
2.1.1. Nacionales. ....	30
2.1.2. Internacionales.....	35
2.1.3. Locales.....	39
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	41
2.2.1. La generalidad del Ejercicio Abusivo de Derecho. ....	41
2.2.1.1. Concepto de Abuso de derecho. ....	41
2.2.1.2. Naturaleza jurídica del abuso de derecho.....	42
2.2.1.3. Tesis del abuso de derecho.....	44
2.2.1.3.1. Tesis Negativa.....	44
2.2.1.3.2. Tesis Positivas.....	45
2.2.1.3.3. La buena fe Como límite en el ejercicio de los derechos. ....	48
2.2.1.4. Fundamento constitucional del abuso de derecho.....	49
2.2.1.5. El abuso del derecho y el orden público. ....	50
2.2.1.6. Actos ilegales, abusivos y excesivos.....	52
2.2.1.7. Presupuestos para fundamentar el ejercicio abusivo de derecho. ....	53
2.2.1.8. Ámbito de aplicación del abuso de derecho.....	55
2.2.1.8.1. El abuso de derecho contractual. ....	55
2.2.1.8.2. Abuso de derecho y las libertades.....	56
2.2.1.9. Consecuencias del ejercicio abusivo de derecho.....	57
2.2.1.9.1. Nulidad e imposibilidad del acto abusivo.....	57
2.2.1.9.2. Resarcimiento del daño por abuso .....	58
2.2.1.9.3. Cese del ejercicio abusivo de derecho. ....	59
2.2.1.9.4. La inoponibilidad.....	60
2.2.1.10. Formas de abuso de derecho. ....	61
2.2.1.10.1. Ejercicio abusivo del derecho de propiedad. ....	61
2.2.1.10.2. Ejercicio abusivo del derecho a contratar. ....	62
2.2.1.10.3. Ejercicio abusivo del poder de presentación.....	63
2.2.1.10.4. Ejercicio abusivo del derecho de receso.....	64
2.2.1.10.5. Ejercicio abusivo de derechos en las relaciones familiares. ....	64
2.2.1.11. Derecho Comparado.....	65

2.2.1.11.1. Europa.....	65
2.2.1.11.2. Argentina.....	66
2.2.1.11.3. Venezuela.....	66
2.2.1.11.4. Brasil.....	67
2.2.1.11.5. Guatemala.....	67
2.2.2. Mecanismos de la tutela jurisdiccional.....	68
2.2.2.1. Tutela sustancial.....	68
2.2.2.1.1. Teoría de los derechos públicos subjetivos.....	69
2.2.2.1.2. Teoría de la lógica jurídica.....	69
2.2.2.1.3. Los derechos fundamentales.....	70
2.2.2.1.4. Derechos constitutivos institucionales.....	70
2.2.2.1.5. Tutela jurisdiccional antes del proceso.....	71
2.2.2.1.6. Acceso a la justicia.....	71
2.2.2.1.7. Tutela jurisdiccional durante el proceso.....	72
2.2.2.1.8. Garantías de carácter sustancial.....	73
2.2.2.1.9. Principio de unidad de la función jurisdiccional.....	73
2.2.2.1.10. Principio de exclusividad jurisdiccional.....	74
2.2.2.1.11. Principios y derechos de la función jurisdiccional.....	74
2.2.2.2. El derecho de acción como manifestación de tutela jurisdiccional.....	77
2.2.2.2.1. La pretensión material.....	78
2.2.2.2.2. La pretensión procesal.....	78
2.2.2.3. El derecho de contradicción como manifestación de tutela jurisdiccional.....	79
2.2.2.4. Tutela procesal.....	80
2.2.2.4.1. Tutela cognitiva.....	80
2.2.2.4.2. Tutela declarativa.....	81
2.2.2.4.3. Tutela constitutiva.....	82
A. Subtítulo 1 del componente “a”. Tutela adquisitiva.....	82
B. Subtítulo 2 del componente “a”. Tutela modificatoria.....	83
C. Subtítulo 3 del componente “a”. Tutela extintiva.....	83
2.2.2.4.4. Tutela cognitiva de condena.....	83
2.2.2.4.5. Tutela ejecutiva.....	84
2.2.2.4.6. Tutela cautelar.....	85
A. Subtítulo 1 del componente “a”. Los presupuestos de las medidas.....	86
B. Subtítulo 2 del componente “a”. Tutela asegurativa.....	87

C. Subtítulo 3 del componente “a”. Tutela anticipatoria.....	88
D. Subtítulo 4 del componente “a”. Tutela transformativa .....	89
E. Subtítulo 5 del componente “a”. Tutela conservativa.....	90
2.3. Marco conceptual.....	91

### **CAPÍTULO III**

#### **METODOLOGÍA**

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	93
3.2. Metodología.....	95
3.3. Diseño metodológico .....	98
3.3.1. Trayectoria del estudio. ....	98
3.3.2. Escenario de estudio. ....	98
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	98
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos. ....	99
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos. ....	99
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos. ....	99
3.3.5. Tratamiento de la información. ....	100
3.3.6. Rigor científico.....	101
3.3.7. Consideraciones éticas. ....	101

### **CAPÍTULO IV**

#### **RESULTADOS**

4.1. Descripción de los resultados.....	102
4.1.1. Análisis descriptivo del primer objetivo específico. ....	102
4.1.2. Análisis descriptivo del segundo objetivo específico.....	108
4.2. Contrastación de los supuestos .....	111
4.2.1. La Contrastación del primer supuesto específico.....	111
4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.....	114
4.2.3. Contrastación del supuesto general. ....	118
4.3. Discusión de resultados .....	119
4.4. Propuesta de mejora.....	122
4.4.1. Proyecto de ley de modificación. ....	123
CONCLUSIONES .....	127
RECOMENDACIONES.....	128
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	129
<b>ANEXOS.....</b>	<b>134</b>

<b>Anexo 1:</b> Matriz de consistencia .....	135
<b>Anexo 2:</b> Matriz de Operacionalización de categorías .....	136
<b>Anexo 3:</b> Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo para el enfoque cualitativo empírico).....	136
<b>Anexo 4:</b> Instrumento de recolección de datos .....	136
<b>Anexo 5 hasta el 10:</b> (Sólo para el enfoque cualitativo empírico) .....	137
<b>Anexo 11:</b> Declaración de autoría.....	138

## RESUMEN

La presente investigación tiene planteado como **problema general**: ¿De qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana?, como **objetivo general** analizar de qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil, objetivo que se plantea debido a que hasta la actualidad no se determina correctamente el ejercicio abusivo de derecho, en el Código Procesal Civil vigente; en ese orden de ideas se aplicó en el enfoque metodológico de la investigación el enfoque cualitativo teórico de corte propositivo, en el diseño del método paradigmático se aplicó la interpretación exegética a fin de analizar los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil, el instrumento de recolección de datos se aplicó a través de la técnica del fichaje, del mismo modo para el procesamiento y análisis de datos se usó la argumentación jurídica a fin de fundamentar el verdadero sentido del ejercicio abusivo de derecho y otras categorías que tengan relación, como los intereses protegidos, lineamientos de protección, mecanismos de la tutela jurisdiccional, tutela procesal, del mismo modo se fundamentó la determinación del ejercicio abusivo de un derecho frente a los conceptos de abuso del proceso, abuso procesal y otros, que nos ayudó a establecer los criterios para la determinación del ejercicio abusivo de un derecho. El **resultado** más destacado de la investigación fue que el abuso del derecho surge como una forma de control al ejercicio desmedido de los derechos de las personas. La **conclusión** más destacada fue: la falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil. Finalmente, la **recomendación** que se dio son criterios para identificar a la institución del abuso del derecho.

**Palabras Claves:** Ejercicio abusivo de derecho, intereses protegidos, lineamientos de protección, mecanismos de la tutela jurisdiccional, tutela sustancial, tutela procesal, abuso del proceso, abuso procesal.

## ABSTRACT

The present investigation has raised as a general problem: How does the generality of the abusive exercise of law influence the jurisdictional protection mechanisms in Peruvian civil legislation?, as a general objective, to analyze how the generality of the abusive exercise of law influences the mechanisms of jurisdictional protection in civil legislation, an objective that arises due to the fact that until now the abusive exercise of law is not correctly determined, in the current Code of Civil Procedure; In this order of ideas, the theoretical qualitative approach of a propositive cut was applied in the methodological approach of the investigation, in the design of the paradigmatic method, the exegetical interpretation was applied in order to analyze articles 3 and 4 of the Civil Procedure Code, the instrument of Data collection was applied through the signing technique, in the same way for data processing and analysis, legal argumentation was used in order to substantiate the true meaning of the abusive exercise of law and other categories that are related, such as interests. protected, protection guidelines, jurisdictional protection mechanisms, procedural protection, in the same way the determination of the abusive exercise of a right was based on the concepts of abuse of the process, procedural abuse and others, which helped us to establish the criteria for the determination of the abusive exercise of a right. The most outstanding result of the investigation was that the abuse of the right arises as a form of control to the excessive exercise of the rights of the people. The most outstanding conclusion was: the lack of determination of the protected interests negatively influences the mechanisms of substantial protection in civil legislation. Finally, the recommendation that was given are criteria to identify the institution of the abuse of the right.

**Keywords:** Abusive exercise of law, protected interests, protection guidelines, jurisdictional protection mechanisms, substantial protection, procedural protection, abuse of process, procedural abuse.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación intitulada “La generalidad del ejercicio abusivo de derecho y los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana”, tiene como propósito analizar los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil y las conductas contrarias a la buena fe, en nuestro ordenamiento procesal civil, en la que se debe incluir el abuso del derecho y el fraude procesal, ya que existen defectos en nuestra legislación procesal aunado a la pasividad de los magistrados con el fundamento de no recortar el derecho a la defensa, lo que da como consecuencia la creación de un perfecto escenario para el desarrollo de conductas fraudulentas o abusivas además de ser maliciosas.

Si bien es cierto en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, se propone la modificación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido de que “El abuso del derecho, no contiene, de forma expresa la indicación de los mecanismos de tutela jurídica sustancial con los que cuenta aquel que se vea afectado por el ejercicio u omisión abusiva de un derecho; por el contrario, sólo hace una referencia genérica a la posibilidad del dictado de medidas cautelares”, esta propuesta ha servido para realizar el presente trabajo de investigación, pero en otro sentido, ya que en la Constitución Política del Perú, en el artículo 103, último párrafo, señala que: “la Constitución no ampara el abuso del derecho”, es muy “genérico y no se encuentra tampoco mecanismos que eviten este abuso en la legislación procesal civil, de manera que erróneamente interpretados permiten ese ejercicio abusivo del derecho”, por lo que se plantea la modificación de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil, ya que “solo ampara el abuso de derecho contra el derecho de acción y no con otras instituciones como el de contradicción y tutela ejecutiva, que son continuamente afectados por las dilaciones innecesarias de los malos litigantes”, esto con la finalidad que pueda existir coherencia en la interpretación del artículo 103 de la Constitución con los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

Hoy en día es conocido el famoso abuso del derecho, el mismo que está indicado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, mientras que en el Título Preliminar del Código Procesal Civil se encuentra inexistente, es por ello, que, esta institución tiende a generar grandes controversias, respecto a su contenido y su subsiguiente aplicación.

En ejercicio abusivo del derecho es una figura tan importante que merece de la delimitación correspondiente, pues, gracias a este se evitan que se cometan excesos en el ejercicio de los derechos, al punto de llegar a ser incluso catalogados como ilícitos, en donde evidentemente ya no se está bajo el amparo del derecho, pues, un derecho termina donde empieza el de otro.

Sin embargo, aquella determinación de los intereses protegidos de la institución en mención, abre la posibilidad de transgredir los mecanismos de tutela jurisdiccional, pues, al tener un contenido incierto, la misma institución podría ser mal interpretada y consecuentemente afectar la tutela jurisdiccional efectiva.

El proceso está destinado a resolver una situación de conflicto, sin embargo, alguna de las partes procesales con el apoyo de sus abogados aplican prácticas judiciales que sirven para la defensa normal, pero, son éticamente incorrectas que conducen al desarrollo de un proceso fraudulento y desleal generándose así el fraude procesal y el abuso del proceso.

En el **capítulo primero**, señalado como determinación del problema se desarrollan puntos importantes como la descripción, delimitación, formulación del problema, así como el propósito de la investigación, la justificación y otros.

En este capítulo se formula como problema general: ¿De qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana?, de igual manera, el objetivo general de la investigación se plantea: Determinar de qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana.

En el **capítulo segundo**, mencionado como marco teórico, se desarrollan los antecedentes de la investigación, a fin de analizar los trabajos de investigación que tienen relación con el nuestro y conocer el estado de hecho de la problemática respecto a las categorías de estudio que son la generalidad del ejercicio abusivo del derecho y los mecanismos de tutela jurisdiccional. Asimismo, se desarrollan las bases teóricas de la investigación, las mismas que se analizaron y sistematizaron de conformidad a las categorías de investigación.

En el **capítulo tres denominado metodología**, se desarrolla el enfoque metodológico de la investigación, siendo este de enfoque cualitativo teórico; la metodología paradigmática de la investigación, en el que se explica la razones por las que se considera que es una investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo; el diseño del método paradigmático, así como la forma de procedimiento de recaudación de la información y el procesamiento de la misma, por lo que, en nuestro trabajo de investigación, se hizo uso de la hermenéutica jurídica para fundamentar el procesamiento y análisis de la investigación; asimismo, se utilizó la técnica del análisis documental mediante el instrumento de la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

En el **capítulo cuatro denominado resultados**, “Resultados”, en este capítulo como su mismo nombre lo indica, se plasmaron los resultados de la presente investigación. En ese sentido, se llegó a ordenar los datos del marco teórico. Siendo los resultados más destacados fueron:

- El abuso del derecho es una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad.
- La buena fe constituye un límite al ejercicio de los derechos.
- El abuso del derecho surge como una forma de control al ejercicio desmedido de los derechos de las personas.

Por otra parte, también se ha teorizado sobre las unidades de análisis cuyas conclusiones fueron:

- Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil.
- La falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil.

En el apartado denominado **Análisis y la discusión** de los resultados se ha sometido a una discusión con los antecedentes de investigación.

Es así que, el trabajo de investigación llegó a ciertas **conclusiones y recomendaciones** para que la tesis tenga el mejor alcance académico y una mejor comprensión.

## CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

### 1.1. Descripción de la realidad problemática

La presente investigación denominada “La generalidad del ejercicio abusivo de derecho y los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana” tuvo como propósito analizar la generalidad del concepto abuso del derecho y si este genera categorías como “abuso procesal”, “abuso del proceso”, “abuso de medidas cautelares” o “abuso de la tutela cautelar”, a fin de que no surja una confusión al momento de calificar si un acto procesal incurre en una de estas categorías o si se debe considerar como un “ejercicio abusivo de un derecho” material o subjetivo; del mismo modo, se analizó los artículo 3 y 4 del Código Procesal Civil, que nos permitió establecer su congruencia constitucional.

Al realizar el diagnóstico del problema, que es el siguiente: se tiene muchos actos procesales que son calificados como ejercicio abusivo del derecho, también se tienen actos fuera de un proceso en donde también existe un ejercicio abusivo del derecho y aunado a que existen posiciones contradictorias con respecto al contenido de esta institución.

En ese sentido, detectó que en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Civil, no se hace mención al concepto “abuso del proceso” o “abuso procesal”, solo en el artículo 685 del Código Procesal Civil se refiere a abuso de derecho, “cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable”.

El pronóstico del problema, es respecto a que se nos hizo dificultoso comprender que, en el análisis de la generalidad del ejercicio abusivo de derecho, es grave si es que no se llega a determinar el alcance del contenido del abuso del derecho, pues, solamente se llegaría a afectar la tutela jurisdiccional efectiva que merecen las personas. Y, evidentemente **la solución** gira en torno a determinar los alcances de esta institución a fin de poder identificar cuándo

estamos ante esta institución y cuando no. Además de las modificaciones de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

En ese contexto, la generalidad del ejercicio abusivo del derecho afecta a los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil, ya que, en el Código Procesal Civil, no se hace alusión a los conceptos: “comportamiento adecuado” o “conducta inadecuada”, que son expresiones utilizadas cuando una de las partes no realiza una conducta leal, proba, veraz y de buena fe.

En este contexto, es necesario indicar que, si existen conceptos como “abuso del derecho” y “ejercicio abusivo de un derecho” y que para determinar cada una de estas categorías, se ha establecido aspectos generales y criterios de calificación de las conductas al existir una laguna del Derecho, en el que, no existe “el abuso del proceso” o el “abuso procesal”, como categorías jurídicas, lo que sí existe es “el ejercicio abusivo de un derecho”.

Entonces, crear categorías a partir de un lenguaje común se desnaturaliza el Derecho, las instituciones jurídicas y se complica haciendo más complejo el Derecho.

El ejercicio abusivo de un derecho material o subjetivo, se encuentra inmerso en el ámbito de una laguna de Derecho, por consiguiente, no se encuentra en el texto de la ley, por tratarse de conductas ilícitas atípicas.

Cuando se habla del abuso del proceso o abuso procesal, se está haciendo uso del lenguaje en sentido común al acto de abusar, es decir, de hacer uso excesivo, injusto de algo o alguien, o hacer un acto deshonesto, pero, si aplicamos estos conceptos al campo jurídico serían incorrectos, ya que no se podría distinguir entre los actos ilícitos típicos como sanciones o correcciones expresas, y los actos ilícitos atípicos.

El concepto ejercicio abusivo de un derecho, no se encuentra en los artículos del Código Procesal Civil, donde se prescribe conductas prohibidas expresamente, sino que se tiene que

identificar en cada caso concreto cuando la conducta es ilícita y atípica, es decir cuando se presenta la laguna del Derecho.

Lo que sí existe en el Código Procesal Civil son conductas típicas e ilícitas como la de los artículos 109 y 112 del Código Procesal Civil y que el Juez puede sancionar imponiendo una multa pecuniaria a las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados que cometen conductas típicas y antijurídicas de los artículos antes mencionados.

Por otro lado, se ha detectado una corriente que asumen otros juristas señalando que sí existen las categorías de abuso procesal, abuso del proceso, abuso de medidas cautelares o abuso de la tutela cautelar, que sí se encuentran tipificados en los artículos 109 y 112 del Código Procesal Civil, y que el incumplimiento de los supuestos establecidos asumen la denominación de inadecuada conducta procesal concordante con el artículo 110 del Código Procesal Civil, y que esta inadecuada conducta procesal se convierte en un abuso del proceso, cuando la intención del que interpone la demanda es de causar perjuicio a la otra parte o a un tercero.

Se agrega, además, que la intencionalidad de este abuso del proceso debe ser analizada en otro proceso, con una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, diferenciando al inadecuado comportamiento que puede ser sancionado con el artículo 110 del Código Procesal Civil.

El abuso del derecho y el fraude procesal son categorías genéricas identificadas como infracción a la buena fe procesal, por lo que es necesario determinar los límites entre estas categorías e identificar que conductas corresponden a cada uno de estos institutos y las consecuencias que se pueden derivar de cada uno de ellos.

La doctrina estudia con mucha prudencia el abuso de actos jurídicos procesales y señala que los límites entre abuso del derecho, fraude procesal y buena fe son muy difíciles de distinguir, ya que son categorías genéricas, a ello se debe agregar que la judicatura mantiene una excesiva cautela ante la presentación de estos casos que manifiestan abuso, que a veces se

convierte en cómplice y hasta en promotora del abuso de derecho, lo que finalmente debemos agregar que mantenemos una legislación que no determina adecuados mecanismos para hacer frente al abuso aplicado por litigantes maliciosos.

Estas dos posiciones, generan serios problemas y que, como consecuencia de ello, es decir, por la falta de determinación de estos intereses protegidos se puede afectar los mecanismos de tutela sustancial, además que los lineamientos de protección constitucional, erróneamente interpretados pueden afectar los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil peruana.

En el presente trabajo de investigación, se ha detectado esta problemática que se debe despejar a fin de brindar seguridad jurídica en el desarrollo del proceso y de no crear confusiones tanto a los órganos jurisdiccionales especializados, como a los abogados y a las partes procesales, a fin de no usar de manera indistinta una u otra categoría sin determinar su existencia o no en el ámbito procesal civil.

En consecuencia, al haberse establecido anteriormente el diagnóstico de la problemática que es lo siguiente: “se tiene muchos actos procesales que son calificados como ejercicio abusivo del derecho, se tienen actos fuera de un proceso en donde también existe un ejercicio abusivo del derecho y aunado a que existen posiciones contradictorias con respecto al contenido de esta institución”.

Se debe precisar, que el abuso de derecho se encuentra prescrito en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, donde señala que no se ampara el abuso de derecho sin distinguir o referirse a la naturaleza procesal o sustancial, sin embargo, esta acción se encuentra prohibida. En el artículo 4 del Código Procesal Civil, se hace referencia al abuso de derecho, el mismo que debe entenderse al ejercicio abusivo del derecho de acción, sin tomar en consideración otras situaciones procesales como la del derecho de defensa o la tutela cautelar, por lo que nuestro ordenamiento mantiene un texto deficiente que puede generar en el juez el

hecho de que no es posible el ejercicio abusivo del derecho de defensa y también en el derecho de acción, ya que el artículo 3 del Código Procesal Civil prescribe: “los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”.

Ante lo señalado, debemos indicar que ningún derecho constitucional es ilimitado, en el que se deben incluir los derechos procesales, que admiten límites, es por eso que el artículo 103 de la Constitución prescribe que no se ampara el abuso del derecho. Por tal razón, la deficiencia del artículo 3 del Código Procesal Civil, debe ser analizada conjuntamente con el artículo 103 de la Constitución, de lo contrario el artículo 3 puede ser sustento normativo del abuso del derecho procesal.

En el supuesto caso, que se produzca el abuso del derecho, es problemático, ya que no existe una norma en el Código Procesal Civil que lo determine, por ello, si un proceso se ha iniciado con un ejercicio abusivo del derecho, este debe ser anulado, tal como se aplica en un proceso fraudulento. Por tal motivo, es necesario una modificación en el artículo 3 y 4 del Código Procesal Civil, a ello debemos agregar que el artículo 621 del Código Procesal Civil sanciona con una multa pecuniaria en los casos que la medida cautelar se puede haber obtenido de manera maliciosa, sin embargo, no prescribe sobre la posibilidad de impedir que se concrete el abuso con el ejercicio del derecho a la tutela cautelar o finalmente que se deje sin efecto la resolución cautelar expedida en base al ejercicio abusivo del derecho.

Al haber determinado que el pronóstico básicamente es grave si es que no se llega a determinar el alcance del contenido del abuso del derecho, pues, solamente se llegaría a afectar la tutela jurisdiccional efectiva que merecen las personas. Y que, evidentemente **la solución** gira en torno a determinar los alcances de esta institución a fin de poder identificar cuándo estamos ante esta institución y cuando no. Además de las modificaciones de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, tenemos a la investigación que lleva por título: “*La Aplicación del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Administrativo*”, por Gonzáles (2016), el mismo que tuvo como objetivo principal demostrar la posibilidad de extender la aplicación del abuso del derecho al ordenamiento jurídico público administrativo; asimismo, se tiene a la investigación titulada: “*El derecho a la tutela judicial efectiva y su aplicación al medio de control reparación directa en Colombia*”, por Melón & Ortega (2017), el que tuvo como objetivo principal analizar la conceptualización jurisprudencial de la tutela judicial efectiva como derecho y garantía en Colombia y su aplicación al medio de control reparación directa.

Con respecto a antecedente nacionales, se tiene a la investigación titulada: “*Criterios para la calificación del ejercicio abusivo del derecho en la administración de justicia en la Corte Superior de Ancash, periodo 2006 – 2008*”, Jara (2016), que tuvo como objetivo principal evaluar si el establecer criterios para la calificación del ejercicio abusivo del Derecho, favorece a una mejor Administración de Justicia por parte de los Magistrados de la Corte Superior de Ancash. Además, se tiene a la investigación titulada: “*El ejercicio abusivo de derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales*”, por Rodríguez (2019), que tuvo por objetivo realizar una adecuada interpretación del artículo 690-D del Código Procesal Civil, a efectos de incluir el abuso de derecho como sustento de contradicción de los procesos de ejecución de garantías reales, otorgándose así una adecuada tutela jurisdiccional al ejecutado, y generándose un criterio judicial sistemático para su identificación y posterior sanción, es por ello, que en la presente investigación, se analizó el concepto “abuso procesal”, “abuso del proceso”, “abuso de medidas cautelares” o “abuso de la tutela cautelar”.

En consecuencia, se formuló la siguiente pregunta general: ¿De qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil?

## **1.2. Delimitación del problema**

### **1.2.1. Delimitación espacial.**

La presente investigación se encuentra enmarcada dentro del ordenamiento procesal civil del ámbito territorial del Perú, específicamente en el ejercicio abusivo de un derecho en los mecanismos de tutela jurisdiccional del Código Procesal Civil, con la finalidad de establecer un orden sistemático y específico en nuestro ordenamiento normativo procesal.

### **1.2.2. Delimitación temporal.**

La presente investigación se llevará a cabo en el desarrollo del año 2021 y 2022, mientras se encuentren vigentes los mecanismos de tutela jurisdiccional que se aplican en el proceso civil peruano.

### **1.2.3. Delimitación conceptual.**

La delimitación conceptual del presente trabajo de investigación se encuentra circunscrito en la categoría generalidad del ejercicio abusivo de derecho y la categoría los mecanismos de tutela jurisdiccional, a través de sus temas y subtemas como la determinación de los intereses protegidos, los lineamientos de protección constitucional, los mecanismos de tutela sustancial, los mecanismos de tutela procesal y otros pertinentes a dichas categorías.

## **1.3. Formulación del problema**

### **1.3.1. Problema general.**

- ¿De qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana?

### **1.3.2. Problemas específicos.**

- ¿De qué manera la falta de determinación de los intereses protegidos influye en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil peruana?

- ¿De qué manera los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil peruana?

#### **1.4. Justificación de la investigación**

##### **1.4.1. Justificación Social.**

El desarrollo del presente trabajo de investigación y su ejecución son de utilidad social porque al determinar los intereses protegidos en el ámbito procesal y los lineamientos de su protección acerca del ejercicio abusivo de un derecho, se podrá evitar este en la aplicación de los mecanismos de tutela jurisdiccional, de aquellos ciudadanos que pueden verse involucrados en un proceso judicial solo por la mala fe de su contraparte de causarle un perjuicio, de manera que si se determina con precisión cuando se está frente a un ejercicio abusivo de un derecho, el juez pueda determinar con facilidad este hecho ilícito atípico y brindar seguridad jurídica.

##### **1.4.2. Justificación Teórica.**

La presente investigación brinda un aporte importante al sistema de determinación del ejercicio abusivo de un derecho en el ámbito procesal, ya que en la actualidad existe una gran confusión al estar presente dos hipótesis, una de ellas que considera que sí existe las categorías de abuso procesal, abuso del proceso, abuso de la medida cautelar o abuso de tutela cautelar; y otra, que niega la existencia de dichas categorías, por lo que una vez concluido el presente trabajo de investigación se logrará determinar los intereses protegidos y lineamientos de protección en el ámbito procesal civil peruano. Además, se debe mantener el principio de congruencia entre el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

##### **1.5.3. Justificación Metodológica.**

Por la naturaleza de la presente investigación, se aplicará como método general el analítico-sintético y como método específico el hermenéutico jurídico, a fin de analizar el

sistema de determinación del ejercicio abusivo de derecho en el Código Procesal Civil vigente, en concordancia con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, así como los criterios de su determinación en los intereses protegidos y lineamientos de protección que nos ayudarán a cumplir los objetivos planteados y contrastar las hipótesis mediante la argumentación jurídica para justificar la posición que se ha de proponer.

## **1.5. Objetivos de la Investigación**

### **1.5.1. Objetivo General.**

- Analizar de qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana.

### **1.5.2. Objetivos Específicos.**

- Identificar de qué manera la falta de determinación de los intereses protegidos influye en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil peruana.
- Determinar de qué manera los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil peruana.

## **1.6. Supuestos de la investigación**

### **1.6.1. Supuesto General.**

- La generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil.

### **1.6.2. Supuestos Específicos.**

- La falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil.
- Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil.

### 1.6.3. Operacionalización de Categorías.

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	INDICADORES
La generalidad del ejercicio abusivo de derecho (Concepto jurídico número uno)	Determinación de los intereses protegidos	La tesis al mantener un enfoque cualitativo teórico, en el cual se debe analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPÍRICOS
	Lineamientos de protección constitucional	
Los mecanismos de tutela jurisdiccional (Concepto jurídico número dos)	Los mecanismos de tutela sustancial	
	Los mecanismos de tutela procesal	

El concepto 1: “La generalidad del ejercicio abusivo de derecho”, con sus dimensiones se ha correlacionado con las dimensiones del concepto 2: “Los mecanismos de tutela jurisdiccional” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Determinación de los intereses protegidos) de la Categoría 1 (La generalidad del ejercicio abusivo de derecho) + Subcategoría 1 (Los mecanismos de tutela sustancial) de la Categoría 2 (Los mecanismos de tutela jurisdiccional).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (Lineamientos de protección constitucional) de la Categoría 1 (La generalidad del ejercicio abusivo de derecho) + Subcategoría 2 (Los mecanismos de tutela procesal) de la Categoría 2 (Los mecanismos de tutela jurisdiccional).

Se debe precisar que cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3.2. del presente proyecto de tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Categoría 1 (La generalidad del ejercicio abusivo de derecho) y la Categoría 2 (Los mecanismos de tutela jurisdiccional), por ello es que la pregunta general del presente proyecto de tesis es:

¿De qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil?

### **1.7. Propósito de la investigación**

El propósito, de la presente investigación es evitar las decisiones antagónicas en la determinación del ejercicio abusivo de un derecho en el ámbito procesal, ya que existen dos posiciones entre los juristas que además del ejercicio abusivo de un derecho señalan que existen otras categorías como abuso procesal, abuso del proceso, abuso de la medida cautelar o abuso de tutela cautelar y otra posición de los juristas que niegan tal existencia e indican que solo existe el ejercicio abusivo del derecho y abuso de derecho como una categoría atípica e ilícita que deviene de la laguna de Derecho.

Otro propósito de la presente investigación es determinar los criterios específicos derivados de los criterios generales para la evaluación del ejercicio abusivo de un derecho, a fin de que se eviten las decisiones disímiles. Además, la modificación de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil, a fin de que tengan concordancia con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

### **1.8. Importancia de la investigación**

El presente trabajo de investigación es importante porque en la actualidad ante la necesidad de hacer uso del derecho de acción y recurrir al órgano jurisdiccional en busca de tutela y los demás presupuestos procesales, surge en las partes procesales el deber de un comportamiento adecuado no sólo de ellos sino de sus abogados, ya que se deben comportar con lealtad, probidad, veracidad y buena fe, pero, que sin embargo, al estar establecido en el Código Procesal Civil en los artículos 109 y 112 conductas ilícitas y tipificadas en el ámbito

procesal civil son confundidas como una inadecuada conducta procesal, que después se convertirá en abuso procesal creando las categorías de abuso del proceso y otros conceptos similares que se usan de manera indistinta, creando confusión al momento de determinar el ejercicio abusivo de un derecho, en el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional. Además, es importante que exista congruencia entre el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y la legislación procesal civil como por ejemplo con los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

Entonces, para evitar las confusiones antes indicadas y determinar cuando estamos frente a un ejercicio abusivo de un derecho se propondrá una serie de criterios idóneos para determinar lo que efectivamente es el ejercicio abusivo de un derecho en el ámbito procesal civil. Además, la modificación de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

### **1.9. Limitaciones de la investigación**

En la presente investigación no se han presentado limitaciones para el cumplimiento de los objetivos planteados, ya que, por la naturaleza de la investigación de enfoque cualitativo teórico, se ha aplicado la hermenéutica jurídica, precisando que no se ha realizado el trabajo de campo, debido al estado de emergencia sanitario que se encuentra actualmente el país, pero que será reemplazado por la importancia que genera la argumentación jurídica de los temas tratados.

## Capítulo II: Marco Teórico

### 2.1. Antecedentes de la investigación

#### 2.1.1. Nacionales.

Jara (2016), desarrolló la tesis titulada: *“Criterios para la calificación del ejercicio abusivo del derecho en la administración de justicia en la Corte Superior de Ancash, periodo 2006 – 2008”*, sustentada en Ancash, para optar el Grado de Maestro en Derecho Mención en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo; la cual tuvo como objetivo principal evaluar si el establecer criterios para la calificación del ejercicio abusivo del Derecho, favorece a una mejor Administración de Justicia por parte de los Magistrados de la Corte Superior de Ancash; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Los Derechos buscan preservar valores que no necesariamente están expresadas en las normas, es por ello que en el ejercicio o la omisión de los derechos debe mantenerse esos fundamentos y cuando se transgreden o se hacen un ejercicio abuso de ellos nuestro ordenamiento jurídico prevé la forma como se puede lograr equilibrarlos e incluso indemnizarlos en caso de daños”.
- “En síntesis, el ejercicio abusivo de derecho es una figura que tiene muchos años en la Legislación Civil Nacional, sin embargo, su aplicación en la práctica judicial aún es tímida e incipiente. Una razón podría ser que dentro de la función judicial se tuviera el viejo recelo al uso de cláusulas generales y un apasionamiento excesivo al formalismo que tanto daño hace al mundo del derecho”.
- “Por otro lado, queda claro que el ejercicio abusivo de derecho es una figura de carácter general aplicable no solo al Derecho Civil sino a otras ramas del derecho: Laboral, Constitucional, Mercantil, Consensual, Penal, Familia, etc. Así como su

alcance no sólo se circunscribe a las relaciones jurídicas patrimoniales, sino también a las extrapatrimoniales”.

La metodología utilizada en la tesis es dogmático, hermenéutico, exegético, fenomenológico, matemático, estadístico, con un tipo de diseño no experimental y transversal, descriptivo-explicativo y el tipo de investigación mixta: dogmática y empírica denominada también jurídica social; como se puede corroborar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque en ambos se refiere a que el ejercicio abusivo del derecho, importa reconocer que no puede haber un ordenamiento positivo perfecto, sino que además éste debe complementarse con Normas Meta - jurídicas, valores y nutrirse de la realidad.

**Rodríguez (2019)** desarrolló la tesis titulada: *“El ejercicio abusivo de derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales”*, sustentada en Chiclayo, para optar el título de Abogado, por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo; la cual tuvo por objetivo realizar una adecuada interpretación del artículo 690-D del Código Procesal Civil, a efectos de incluir el abuso de derecho como sustento de contradicción de los procesos de ejecución de garantías reales, otorgándose así una adecuada tutela jurisdiccional al ejecutado, y generándose un criterio judicial sistemático para su identificación y posterior sanción; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “El ejercicio abusivo de derecho es un principio general del derecho ligado al principio matriz de la buena fe, consagrado en el artículo 103 de la Constitución peruana y artículo II del Título Preliminar del Código Civil. El acto ilícito se puede presentar en el hecho generador de la relación sustantiva (contrato de mutuo o crédito garantizado con hipoteca) o en el proceso de ejecución de garantías, cuando se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional para

solicitudes no conformes al ordenamiento jurídico, o lesivos al orden público y fines del proceso”.

- “En la jurisprudencia nacional y local se aprecian situaciones configurativas del ejercicio abusivo de derecho, como es la realización de las liquidaciones de saldo deudor por parte de las entidades bancarias, tasaciones convencionales desactualizadas, ejecución de una garantía que no fue constituida válidamente, o inicio del proceso ejecutivo cuando la obligación aún estaba vigente, situaciones que fueron sancionadas con el archivamiento del proceso o la nulidad de lo actuado”.

La metodología utilizada en la tesis es cualitativa, tipo básica o fundamental, con diseño descriptivo, analítico, causal-explicativo; según se puede corroborar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque el ejercicio abusivo de derecho, atendiendo a que esta figura resulta de aplicación general en los procesos judiciales (no excluye al proceso de ejecución de garantías), y configura el límite en el ejercicio de derechos subjetivos de naturaleza sustantiva y procesal, situación que no puede ser tolerada por el órgano jurisdiccional.

**Zapata** (2018), desarrolló la tesis titulada: *“El decreto legislativo 1070 y su repercusión en el derecho a la tutela jurisdiccional en los juzgados especializados civil de la Corte Superior de Justicia de Puno-2016”*, sustentada en Puno, para optar el título de Magister en Derecho, por la Universidad Nacional del Altiplano; la cual tuvo como objetivo principal identificar y precisar en las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1070 a la Ley de Conciliación y el Código Procesal Civil los fundamentos de las consecuencias jurídicas que afectan la Tutela Jurisdiccional efectiva en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno; de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “Las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N° 1070 a los artículos. 445 del Código Procesal Civil, 15 y 6 de la Ley de conciliación No. 26872 cuando se trata de materias conciliables imponen la exigencia de verificar la asistencia a la audiencia de conciliación y la incorporación de la pretensión de una probable reconvencción en el acta de conciliación; instituyendo requisitos de procedibilidad que ponen en situación de desventaja al demandado provocándole indefensión, afectando su derecho de acceso a la jurisdicción y de defensa; mientras que la regulación establecida en el artículo 636 del Código Procesal Civil sanciona con la caducidad de la medida cautelar cuando el demandante no cumpla con solicitar la conciliación e interponga la demanda en los plazos establecidos; cuyo cómputo se encuentra sujeta a la discrecionalidad del juez, así como su verificación en un procedimiento previo al proceso; situaciones que limitan el acceso a la jurisdicción y la real efectividad de la sentencia”.

La metodología utilizada en esta tesis es de diseño mixto, es decir cualitativo y cuantitativo, con un tipo de investigación como la fenomenología hermenéutica; tal como se puede corroborar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque el derecho a la tutela jurisdiccional tiene por contenido los derechos de acceder al órgano jurisdiccional, a un proceso con garantías mínimas, que en concreto es el debido proceso, a una decisión motivada y congruente y finalmente a la efectividad de la sentencia.

**Espinoza** (2017), desarrolló la tesis titulada: “*La tutela judicial efectiva y la duración del proceso de amparo en los juzgados constitucionales de Lima, 2016*”, sustentada en Lima, para optar el título de Abogado por la Universidad César Vallejo; la cual tuvo como objetivo principal determinar la manera en que la duración del proceso de amparo vulnera el derecho a

la tutela judicial efectiva en los juzgados constitucionales de Lima, 2016; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Se ha determinado que el principal factor por la cual se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en los juzgados constitucionales de Lima es la excesiva carga procesal, ya que, actualmente no se respeta la capacidad máxima de demandas que deben ser ingresadas a los juzgados constitucionales, impidiendo que el juez pueda atender todos los casos con la urgencia que se requiere al tratarse de derechos que han sido amenazados o vulnerados”.
- “Se ha determinado que los plazos que ha establecido el código procesal constitucional para resolver un proceso de amparo si son razonables, a pesar de la excesiva carga procesal que afronten los juzgados constitucionales. Sin embargo, estos plazos solo se encuentran en la teoría porque resolver un proceso de amparo demora como mínimo 3 años”.

La metodología utilizada en esta tesis es de enfoque cualitativo, tipo de investigación explicativa, y diseño de teoría fundamentada y análisis documental, según se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque el derecho a la tutela judicial efectiva no solo se vulnera por las malas prácticas de los abogados litigantes, sino que también se produce por el desconocimiento de estos acerca de los requisitos que deben cumplir sus demandas.

**García** (2018), desarrolló la tesis titulada: “*El ejercicio abusivo del derecho de posesión de zonas intangibles*”, sustentada en Lima, para optar el título de Abogado, por la Universidad César Vallejo, la cual tuvo como objetivo conocer si existe un ejercicio abusivo del derecho de posesión de zonas intangibles, puesto que con el paso de los años este fenómeno

ha ido en aumento ante la gran permisividad por parte de las autoridades; de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “Puede afirmarse que hay un daño a tercero pues se lesiona un bien jurídico como, patrimonio histórico, reservas naturales y zonas arqueológicas, ya que estas son deterioradas por la constante posesión que hacen las personas que habitan el lugar. Además, estas lesiones son hechas con pleno conocimiento de que ese lugar es importante para todos los peruanos y no debe ser alterado bajo ningún motivo”.

La metodología utilizada en la presente tesis es de enfoque cualitativo, con un método inductivo, diseño fenomenológico; conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque al existir un sobrepaso a los límites de derecho, se puede observar que no hay una convivencia social armoniosa entre estos poseedores ya que se genera conflicto no solo entre ellos mismos, sino con las autoridades y personas que protegen esas zonas, se podría decir que en muchos casos estos poseedores son informales ocasionando así el desorden social y la paz social y al no cumplirse con los objetivos de los valores jurídicos tampoco se cumple con los objetivos del derecho.

### **2.1.2. Internacionales.**

**González** (2016), desarrolló la tesis titulada: “*La Aplicación del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Administrativo*”, sustentada en el país de Costa Rica, para optar el título de Licenciatura en Derecho, por la Universidad de Costa Rica; la cual tuvo como objetivo principal demostrar la posibilidad de extender la aplicación del abuso del derecho al ordenamiento jurídico público administrativo: de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “En el abuso del derecho no se ataca el acto, es más, en la mayoría de casos, el mismo es perfectamente válido y eficaz, lo que se pretende juzgar son los efectos que produce, porque sus consecuencias no respetan el principio de la equidad. En

consecuencia, solo se puede aspirar a atenuar las consecuencias del obrar que generó un menoscabo, mediante su reparación, e impedir que continúe, creando otra fuente de responsabilidad para la Administración pública”.

La metodología utilizada en la presente tesis de tipo descriptivo, con una metodología de análisis y confrontación de textos legales y doctrinales; según se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque a pesar de que en jurisprudencia no se excluye la aplicación del abuso del derecho en las relaciones jurídico-públicas, su estimación es bastante limitada, y el problema radica en que la normativa, doctrina y jurisprudencia sobre el tema es limitada, sin embargo, se logra identificar una evolución en el proceso hacia una justicia material en materia administrativa.

**Melón & Ortega** (2017) desarrolló la tesis titulada: *“El derecho a la tutela judicial efectiva y su aplicación al medio de control reparación directa en Colombia”*, sustentada en el país de Colombia, para optar el título de Abogado por la Universidad Cooperativa de Colombia; la cual tuvo como objetivo principal analizar la conceptualización jurisprudencial de la tutela judicial efectiva como derecho y garantía en Colombia y su aplicación al medio de control reparación directa; de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “El derecho a la Tutela Judicial Efectiva, es una construcción omnicomprensiva dentro del ordenamiento jurídico nacional, elevada a rango constitucional que se materializa con el acceso a la administración de justicia, el respeto por el debido proceso y la ejecución de la providencia, pero que se ve abatida ante barreras que hacen ilusoria en algunos casos tal efectividad, en las distintas instancias de la jurisdicción”.

La metodología utilizada en la presente tesis es de tipo descriptivo y el método cualitativo; conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque en materia administrativa, con diversos factores, como la congestión, el deficitario presupuesto y el reducido número de despachos administrativos, que conllevan a la mora, se afecta el derecho a la Tutela judicial efectiva.

**Granados** (2019) desarrolló la tesis titulada: “*Tutela Judicial Efectiva como Núcleo Esencial del Sistema de Principios en el Código General Del Proceso: <<Una perspectiva de constitucionalización del ordenamiento procesal en Colombia>>*”, sustentada en el país de Colombia, para optar el título de Maestría en Derecho Privado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja-Colombia; la cual tuvo como objetivo el determinar si la integración de reglas y principios en el entorno del nuevo esquema procesal introducido en el Código General del Proceso, se consolida como el punto de encuentro o afianzamiento entre el derecho sustancial y el derecho procesal, en procura de una tutela judicial efectiva; de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “Con la incorporación en el ordenamiento jurídico Colombiano de la tutela judicial efectiva como núcleo esencial del sistema de principios en el Código General del Proceso, se logra estructurar un fenómeno complejo a diferencia del concebido con antelación en otros ordenamientos procesales, en tanto que en ella confluyen otros preceptos que son de observancia obligatoria desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho (acceso a la justicia, debido proceso, igualdad procesal, primacía del derecho sustancial, entre otros), por ello la razón de atribuírsele la incorporación y estructuración de un derecho procesal constitucionalizado, lográndolo a través de mecanismos legislativos e institucionalizados tales como la norma procesal”.

La metodología utilizada en la presente tesis es teórico cualitativo, bibliográfico y jurisprudencia, desde el punto de vista analítico, descriptivo; tal como se puede corroborar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque la integración de las reglas, valores y principios en el entorno del esquema procesal actual, constituyen una fuerte influencia ideológica, que garantiza la coherencia entre el derecho sustancial y el derecho procesal en el escenario del proceso, en procura de una tutela judicial efectiva.

**Zucal** (2017), desarrolló la tesis titulada: *“La Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Procesal Administrativo de Río Negro. Análisis crítico de los requisitos procesales para la habilitación de la instancia judicial”*, sustentada en el país de Argentina, para optar el grado de Maestría en Derecho Administrativo Global, por la Universidad Nacional de Río Negro; la cual tuvo como objetivo determinar si el ordenamiento jurídico provincial garantiza el principio de tutela judicial efectiva, bajo la nueva óptica del Derecho Administrativo Global, consagrado en los tratados internacionales, estudiando en detalle los distintos requisitos que deben cumplirse para poder acceder a la instancia judicial; de tal forma que llegó a las siguiente conclusión:

- “Que la normativa provincial actualmente vigente, mediante la cual se regulan los requisitos procesales antes detallados, no ha acompañado la evolución jurídica que produjo la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional argentino. Esta situación ubica al ciudadano rionegrino en una posición de inferioridad legal, al momento de hacer valer sus derechos por ante algún poder del Estado Provincial”.

La metodología utilizada en la presente tesis, no se señala, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque el principio de tutela judicial efectiva, se ve agravada por la disgregación del fuero contencioso administrativo en diferentes tribunales no especializados en la materia, quienes intervienen y resuelven en temas para los cuales no se encuentran preparados, menoscabando sensiblemente el derecho de la tutela judicial.

Asimismo, tenemos a la investigación titulada: *“El abuso del derecho y el desconocimiento de la buena fe en las relaciones contractuales de la Empresa Colombiana de Petróleos S.A”*, por **Pineda** (2017), Universidad Santo Tomás, Bucaramanga; el objetivo de la investigación fue la de demostrar que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. abusa del derecho en algunas de sus relaciones contractuales por desconocer el principio de buena fe, utilizando de esa forma referentes casuísticos, con la finalidad de reivindicar la importancia del principio antes indicado. La conclusión más resaltante fue la siguiente:

- “En el ámbito de las relaciones contractuales, el principio de la buena fe juega un papel señalado no solo en el campo del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes; admite la necesidad de una conducta leal, honesta; aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona”.

Lo único indicado en la investigación antes citada referente al enfoque metodológico es que se empleó el método de estudio del caso.

Se relaciona con la presente investigación, pues, en ambas se tratará de identificar cómo el abuso del derecho puede ir afectando a los derechos de las personas, y en el presente caso se estudiará su extensión y ver su repercusión en la tutela jurisdiccional.

### **2.1.3. Locales**

**García** (2019) desarrolló la tesis titulada: *“Incidencias del abuso del derecho en las liquidaciones de los costos del procedimiento, a luz del Indecopi”*, sustentada en Huancayo,

para optar el título de Abogado, por la Universidad Continental; la cual tuvo como objetivo determinar en qué medida incide el abuso del derecho en las liquidaciones de los costos del procedimiento a la luz del Indecopi; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Respecto a los cuatro elementos desarrollados por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, no es otra, que lo desarrollado por la jurisprudencia de España hace más de 52 años, la misma que ha quedado desfasado, por la posición objetiva que surge ante la imposibilidad de probar el *animus nocendi* del titular del derecho subjetivo”.
- “La Autoridad Administrativa sí puede graduar los costos del procedimiento en una liquidación, porque ello no implica una fijación de precios, si entendemos que la suerte de su reembolso no determina la obligación contraída con su abogado, al perfeccionarse antes de la liquidación; no obstante, ante la duda de los alcances del artículo 414° del Código Procesal Civil se debe preferir la que más favorezca al consumidor”.

La metodología utilizada en la presente tesis es cualitativa e inductiva, y el diseño es bajo el estudio de casos; conforme se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque la autoridad administrativa (INDECOPI) debe identificar y determinar el exceso de los costos solicitados; para luego analizar, si tal exceso supone un abuso del derecho conforme lo preceptúa el Principio de Verdad Material.

## **2.2. Bases teóricas de la investigación**

### **2.2.1. La generalidad del Ejercicio Abusivo de Derecho.**

#### **2.2.1.1. Concepto de Abuso de derecho.**

Rescigno (1987) sostuvo que: “El abuso de derecho fue necesario para controlar los excesos y contradicciones de la sociedad liberal y la economía capitalista” (p. 218).

La terminología del abuso proviene del latín “*abusus*” pero en esencia existe un mal uso o uso excesivo del derecho generando controversia ya que si el acto llega a ser abusivo no puede ser conforme a derecho, ya que si llegamos a ejecutar un derecho es algo lícito más no abusivo o llamado también ilícito.

En la realidad se utiliza el significado de derecho de forma distinta, como en el caso del derecho subjetivo y del derecho objetivo, en donde un acto es ejercible en función al derecho subjetivo y al mismo tiempo puede ser extraño al orden jurídico desde el derecho objetivo, ya que es muy distinto el medio y el fin.

En la actualidad disfrazan al abuso utilizando el término exceso en el ejercicio del derecho, ya que donde comienza el abuso va a terminar el derecho aun cuando sea un derecho subjetivo, según algunos doctrinarios consideran que el comportamiento que a lo largo de la historia fue definido como abuso no sería ni más ni menos que la superación de los límites del derecho propio y por lo tanto lo que parece correcto es solo limitarse a la figura del exceso en el ejercicio del derecho. (Breccia Et Al. 1992, p. 481).

Asimismo, es necesario indicar que toda noción de derecho necesita de dos elementos esenciales para que pueda funcionar; el primero es el material que consiste en las relaciones humanas, el segundo elemento esencial es el formal, es aquella organización de la sociedad a través de normas de conducta. Por lo tanto, consideramos que el derecho no llega a ser solo aquella forma, sino que está incluida en una realidad social, económica y respaldada por los valores.

Según Ordoqui (2014) indica que:

“El derecho se funda en principios básicos que explican su génesis, el fundamento del derecho no puede hallarse en nada que sea esencialmente jurídica pues es indiscutible que nada puede apoyarse en sí mismo sino en otra realidad ajena (...)” (p. 110).

Estamos de acuerdo con el autor cuando indica que el derecho siempre se debe fundamentar en principios jurídicos, tales como la paz, la justicia y sobre todo la seguridad, ya que también son considerados elementos esenciales del sistema jurídico. No se debe confundir el contenido con los fines que percibe el derecho, ya que el primero está incluido dentro de él, mientras que el segundo marca donde tiende su aplicación y los efectos esperados. Para mejor entender el abuso de derecho, es necesario ubicar donde se ubica el fin del derecho.

Por lo que, cuando se llega a ejercer un derecho sin respetar su finalidad, la cual da a conocer su existencia, así como también no se conoce el orden jurídico, se entiende a esta figura como lo ilícito y lo abusivo, ya que el derecho no está encubierto por sus fines.

La figura del abuso de derecho a lo largo de la historia cumplió una función de acuerdo a la racionalización de las orientaciones interpretativas, con el propósito de brindar a la norma una necesaria elasticidad, por lo que a través de la jurisprudencia se llegan a establecer ciertos criterios que intervienen para adecuar y aplicar las normas que regulan el orden jurídico.

Por lo tanto, la importancia de abuso de derecho se constata en superar la visión individualista, patrimonialista del orden solidarista y personalista, es decir, no solo se protegerá los patrimonios y los bienes, sino a personas que convivan de forma pacífica en función del bien común.

#### **2.2.1.2. Naturaleza jurídica del abuso de derecho.**

Desde el punto de vista doctrinario el abuso de derecho, es aquel principio general del derecho o también considerado como un pensamiento director de una regulación existente o posible. También es considerado por algunos doctrinarios como la sustancia de los principios

generales, que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convenciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización.

Como ya lo indicamos en líneas anteriores la figura del abuso de derecho está situado en la ciencia jurídica. Partiendo de que estamos ante un acto jurídico, el que surge de la voluntad de las partes, el mismo en principio puede ser lícito o ilícito. A continuación, daremos a conocer tres puntos distintos de cómo es considerado la naturaleza jurídica del ejercicio abusivo de derecho:

**a) Como acto ilícito:** Según Ordoqui (2014) especifica que: “(...), toda forma de exceso o de abuso en el ejercicio de un derecho lleva a la ilicitud” (p. 154).

“El Código Civil portugués en su artículo 334, califica de ilegal el ejercicio del derecho, pero cuando su titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho. Por lo que se entiende que existen normas que prohíben el abuso, de darse esta situación estamos ante un ilícito”.

**b) Zona intermedia de lícito y lo ilícito:** Como lo indicamos en el párrafo anterior el ejercicio abusivo de derecho parte de un derecho del que se es titular, es decir, de una situación lícita, el dilema surge cuando se ejercita este derecho se convierte en ilicitud, es por ello que el ejercicio abusivo de derecho se encuentra bajo un enfoque gris, es decir, se encuentra ente lo lícito y lo ilícito.

Según Bernal (1982). Indica: “Lo que se lesiona en el abuso de derecho no es el derecho objetivo sino la conciencia social. No se puede establecer una antítesis radical, sino que exista como una zona intermedia (...)” (p. 154).

Se ha entendido que el acto abusivo de derecho es ilícito en relación a un aspecto formal e ilícito ya que va transgredir netamente en los valores implícitos en la norma. Estos criterios son muy distintos tanto los formales y los materiales ya que

todo está englobado en una realidad jurídica ya que desde este punto el comportamiento es solo lícito o ilícito.

- c) **Como acto *sui generis* o atípico:** los criterios de imputación de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, serán el dolo, la culpa y la garantía, es decir, el riesgo creado. De esa manera los magistrados calificarán si existió un ejercicio abusivo de derecho, la conducta y los intereses del abusado. Quienes aplican la tesis intermedia o también llamado figura *sui generis*, deben tener en cuenta que dentro del derecho todo acto está permitido o prohibido, por lo que no hay ninguna alternativa intermedia.

Según Atienza & Manero. (2000) indican que: “El abuso de derecho junto al fraude a la ley y a la desviación de poder como un ilícito o “*sui generis*”. Se caracteriza por presentar discordia entre distintas normas del orden jurídico (...)” (p. 155).

El ejercicio abusivo de derecho juntamente con el fraude a la ley, se inician de cuatro supuestos, el primero cuando se acciona, pero bajo el respaldo de una norma. Segundo, producción de un daño generado con intención o no. Tercero, cuando el daño es injustificado de acuerdo a los principios generales del derecho y por último la generación del daño es un criterio regulador ya que dichas acciones están prohibidas.

### **2.2.1.3. Tesis del abuso de derecho.**

#### *2.2.1.3.1. Tesis Negativa.*

La tesis negativa según plantea Planiol, señala que esta teoría es un procedimiento que a lo largo de la historia fue sostenido por juristas para salvar o atenuar los efectos que se genera del ejercicio del derecho de la propiedad, tomando la postura del derecho subjetivo de carácter absoluto. Desde mi punto de vista considero que el derecho llega a cesar, cuando el abuso

comienza ya que no habrá abuso excesivo de derecho ya que no hay un acto que sea conforme y contraria a derecho.

La frase donde se señala que el derecho cesa donde el abuso comienza, se entiende que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario a derecho, por lo tanto, el término ejercicio abusivo de derecho es una logomaquia, es decir, si uso de mi derecho, mi acto es lícito, y cuando es ilícito es porque yo traspaso mi derecho y actúo sin derecho. (Ordoqui. 2014, p. 111)

Por lo tanto, Planiol según la aplicación de esta teoría precisa que todo acto abusivo, no es considerado el ejercicio de un derecho ni tampoco este constituye el abuso de derecho una categoría diferente a la del acto ilícito. Ante ello el doctrinario Josserand refuta dicha postura indicando que se incurre en un sofismo generado de una confusión verbal, es decir, que una a la misma vez no puede ser contrario ni conforme a derecho es contrario al mismo sentido de lo que es derecho, el que está constituido por un derecho objetivo y un derecho subjetivo.

Critica como considera el abuso de derecho con el derecho con la moral, indicando Josserand (1999) que:

“Más que una crítica es un acierto pues la moral y el derecho no están para presentarse subdivididas sino para influirse recíprocamente. No es compatible el esfuerzo de separar el derecho de la moral (...)”. (p. 113)

En la actualidad, el ejercicio abusivo de derecho no es más que la aplicación de los principios como la buena fe o el principio de equidad, aunque ya enfocando más a profundidad, no deja de ser un principio general que es obtenido por remisión de otros, como el principio indicado de buena fe, pero eso no quiere decir que no sea un principio con autonomía de contenido.

#### *2.2.1.3.2. Tesis Positivas.*

Según la tesis positivista que es contrario a lo planteado por Planiol, considera que el abuso de derecho debe superar aquel enfoque meramente formal del orden jurídico y ser

considerado con los fines, valores y sobre todo los principios propios de la norma que está siendo cuestionada y del orden jurídico que este considerado como un todo.

Según Alterini (1963) señala que: “El campo de la transgresión normativa es mayor que el del ilícito y no todo lo lícito es honesto y correcto” (p. 22).

En el ámbito del derecho, se desarrollaron por los doctrinarios cuatro criterios que ayudarán a fundar el abuso de derecho, el primero, es el intencional porque existe una intención de dañar el ejercicio de derecho; segundo, es el criterio técnico, este criterio tiene la característica por existir culpa en el ejercicio de derecho para que se pueda declarar la existencia del abuso de derecho; tercero, es el criterio económico, cuando no hay ningún interés legítimo para ejercer el derecho subjetivo; por último, está el criterio social o también llamado finalista, se da cuando el acto abusivo es ejercido por un derecho desviado de la función social que lo identifica.

A pesar de tener una lógica aparente la tesis negativista, no logró desarrollar en su totalidad el abuso de derecho en el mundo contemporáneo ya que tiene una esencia de un verdadero postulado de justicia de la cual no se pudo impedir los argumentos.

Si desacreditar que en la actualidad la teoría de abuso de derecho se encuentra consagrada, pero no hay ningún detector o criterio de guía que nos permite hallar los derechos que fueron ejercidos de modo abusivo, para lograr determinar los alcances del abuso de derecho, quienes firman que existe esta figura establecieron ciertos criterios objetivos y subjetivos que serán desarrollados a continuación.

En el criterio subjetivo, su postura señala que habrá abuso de derecho cuando el derecho subjetivo se pone en ejercicio con la intención de perjudicar a la otra parte interviniente, o, en cualquier caso, sin que su actuación un beneficio propio, es decir, el acto llega hacer abusivo cuando su móvil principal es dañar a otro, aun cuando puede existir otros fines secundarios.

La crítica dada al criterio subjetivo, es en cuanto al perfil probatorio, es decir, cómo logramos probar la intención de dañar o cómo acreditar la falta de interés del sujeto. Además, al exigir el dolo o la culpa implica una limitación del ámbito del abuso de derecho del derecho que no parece correcto.

En el criterio objetivo el abuso de derecho se entiende cuando se ejerce con anormalidades o irregularidades, surgiendo cuando se aparte del fin o función del que fue reconocido. En este criterio llegan a colindar los intereses de ambas partes, comparando la significación real de cada uno y cómo no, priorizando uno sobre el otro, y recién poder llegar a concluir que ejercicio fue abusivo.

Según Josserrand. (1946) considera: “Que todo derecho debe responder a su ejercicio a un motivo legítimo. La legitimidad de la función o del fin con el que se contrata o se ejerce un derecho representa una verdadera función de política jurídica (...)” (p. 248)

Para este autor los derechos subjetivos no siempre van a ser absolutos y casi siempre cumplen una función social. Pero, se da el caso cuando se ejerce el derecho se pierde el fin social justificándose de esta manera su reconocimiento, podrá actuarse con un interés legítimo y si se llega a dañar a un tercero se configurará abuso de derecho y responsabilidad.

La doctrina ha considerado dos aspectos en uno solo para individualizar el ejercicio abusivo del derecho, el objetivo y subjetivo creando de ambos un criterio mixto, el jurista Josserrand (1999) indica:

Como abusivo todo ejercicio del derecho que implique una desviación con relación a la función social que debe cumplir ese derecho y que implique una actuación en atención a un motivo ilegítimo del agente. (pp. 5-6)

Como lo hemos venido indicando el ejercicio abusivo de derecho se caracteriza por la desviación de su función y sobre todo porque hay un móvil ilegítimo que guía al titular del

derecho, puede asumir este móvil una forma de solución, concierto fraudulento o una negligencia.

Por lo tanto, cuando falta el interés o es ilegítimo, nos damos cuenta que el derecho se está usando de forma abusiva o irregular, es decir, sin interés legítimo no podrá haber acción, este interés no solo engloba la forma personal o económica, sino que también el interés social, general y colectivo es legítimo.

#### *2.2.1.3.3. La buena fe Como límite en el ejercicio de los derechos.*

La mayoría de los Códigos Civiles tales como, Alemania en el artículo 242, Portugal en el artículo 7 y el Código Español establecen que el límite del ejercicio de los derechos está en el proceder de buena fe. Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

La buena fe es el límite, tanto del orden público con las formas de relacionamiento de intereses entre particulares, asimismo, la buena fe es aquella directiva de conducta que está establecida bajo los parámetros de lealtad, honestidad y diligencias que se presentaran en un plano subjetivo, mientras en el plano objetivo se aplica el patrón de conducta que engloba la honestidad, lealtad, confianza y sobre todo solidaridad, las cuales están respaldadas por las pautas de ética, moral que son el sustento de la vida en sociedad.

Según Ordoqui. (2014). Indica:

“La buena fe regula no solo todas las relaciones contractuales desde el principio al final, sino que se exige en toda interrelación subjetiva de orden jurídico, limitando la conducta debida y posible”. (p. 127)

La buena fe tiene distintas funciones, que son aplicadas por los que conocer, ya que facilita la interpretación e integración del contrato otra de las funciones es actuar como límite o contralor de la forma como debe ejercerse un derecho subjetivo.

Según Passarelli (1951). Indica que:

“La figura del abuso de derecho pierde cierto sentido pues, existiendo en el derecho subjetivo una prohibición general de ejercerlo para fines contrarios a la corrección, a la buena fe y a la solidaridad (...)”. (p. 60)

Para fundamentar jurídicamente el abuso de derecho no solo se deberá tener en cuenta el principio general amparado en el artículo 1321 del Código Civil, que señala:

“(...) que no será posible ejercer un derecho con exceso, sino que podrá respaldarse con otro principio llamado principio de buena fe. Toda conducta abusiva pone en evidencia una transgresión por acción u omisión al principio de buena fe objetiva en su proyección a todo el ámbito del derecho de las obligaciones, sabiendo que dicho principio pone en evidencia o de refuerzo el principio de idoneidad para reprimir el ejercicio abusivo de un derecho”.

En síntesis, el principio de la buena fe, especialmente en su proyección objetiva como norma de conducta debida, honesta, leal, transparente, de colaboración. Es considerado sin duda uno de los fines más importantes para determinar los contornos dentro de los cuales el ejercicio de derecho es posible y correcto y particularmente, cuando se debe calibrar el ejercicio sobre un derecho sobre otro, delineándose si existió o no abuso en su ejercicio.

#### **2.2.1.4. Fundamento constitucional del abuso de derecho.**

Dentro de nuestra Constitución Política del Perú se estableció los fundamentos en base a los daños del derecho. Ciertos doctrinarios aluden que existe un verdadero Derecho Civil Constitucional, en relación con el abuso de derecho se asume una real transcendencia jurídica del momento, para qué, para determinar un acto abusivo tenemos que determinar qué intereses están protegidos por el orden jurídico, dicho intereses están establecidos en la Constitución donde hay lineamientos claros de los intereses y valores los cuales buscan proteger, la persona en su integridad, la propiedad bajo una función social, la libertad de expresión, de contratar, los cuales van hacer referentes a los intereses y derechos que deben ser protegidos sin ningún ejercicio abusivo.

Es necesario entender antes de análisis saber en qué consiste la Constitución, ya que es aquella fuente normativa, que en casos excepcionales es usado por el derecho privado, ya sea por las diferencias que suelen presentarse entre el derecho privado y el derecho público, pero en realidad ambos estas más vinculados.

Según Perlingieri (2008) recomienda:

“Una relectura del Código Civil a la luz de los principios (...). La norma nacional no solo marca límites o cumple una función residual, sino que es de aplicación directa o sistemática en el derecho civil (...)”. (p. 513)

Los valores que han sido consagrados en la Constitución permiten en la mayoría de los casos detectar abusos en el ejercicio de los derechos, es por ello que es necesario partir de un sistema jurídico y centralismo a partir de la Constitución. De la mano con el principio de igualdad ya que podrá garantizar la paridad de trato entre las hipótesis de abuso que pueden estar legisladas o son aceptados socialmente, ya que en la actualidad en la mayoría de países no se cuenta con un respaldo legislativo y concreto, y si lo tiene no se aplica como tal.

El ejercicio abusivo de derecho está establecido en nuestra Constitución en el artículo 29, cuando regula la libertad de prensa, asimismo, se indican los criterios al indicar que los derechos no son absolutos y no pueden ser interpretados ninguno de forma constitucional, por otro lado, se indica otro criterio que permite dar un uso razonable a los derechos los cuales están permitidos coexistentemente con otros derechos.

Pensamos que el criterio indicado es de aplicación no solo a este derecho sino, con carácter general y por representar un principio general de derecho, a todos los derechos que están establecidos en la Constitución Política vigente.

#### **2.2.1.5. El abuso del derecho y el orden público.**

El ejercicio abusivo de derecho, así como también el orden público, son pautas que delimitan el ámbito de ejercicio de los derechos. Tanto la normativa como la doctrina señalan

que el orden público delimita la autonomía privada en el ejercicio del derecho de contratar y poder responder a la tutela de valores esenciales que son decepcionados por la sociedad con el propósito de lograr el bien común.

Según Ordoqui. (2014). Indica:

“El abuso de derecho por su parte, limita el ejercicio de los derechos subjetivos de forma que con ellos no se transgreda el fin perseguido por la norma, la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el mismo orden público”. (p. 142)

Si son separados los derechos de los valores, será complejo poder presentar la figura del abuso de derecho y su fundamentación, así como también será difícil aplicar los límites indicados por el orden público. A lo largo de la historia el orden público no solo está reflejado por la Constitución sino también por el derecho privado, operando como limitante de lo que el sujeto haga en la sociedad, en el ejercicio de cualquier derecho, así como también se establecerá cualquier otro interés para priorizar a la norma. El abuso de derecho se encuentra bajo ese mismo lineamiento, marcan que los derechos no pueden ejercer de cualquier forma y se deben respetar los intereses de forma general.

En la actualidad cuando el legislador al analizar un caso, ve temas sustanciales se remite al orden público y al interés general, pero como pautas que están regulados en la conducta debida. Tanto la Constitución y el Código Civil regula el orden público, señalando que tiene características flexibles y variables y otras que alude a lo que abarca. El orden público marca límites, de él procede indicaciones que no existen expresamente en la norma sino en los valores propios de la persona y de la sociedad.

El orden público también se da en el ámbito de la economía, pero es muy distinto al orden público de protección ya que este último tiene por finalidad proteger a los débiles ya que está estructurado económicamente. Asimismo, surge exigencias de defensa de la persona y

tutela del interés general, como también surge la necesidad de equilibrio y razonamiento en el relacionamiento de intereses.

#### **2.2.1.6. Actos ilegales, abusivos y excesivos.**

El doctrinario Josseerand en su libro “El espíritu de los derechos y su relatividad”, realiza la diferencia que existe entre actos ilegales, abusivos y actos excesivos que a continuación detallaremos:

- **“Los actos ilegales:** Este tipo de acto es ejecutado de forma violenta una disposición reglamentaria, al ser ejecutado el propietario transgrede ciertos límites objetivos de sus derechos fundamentales. Como es el caso cuando una persona planta árboles en un terreno ajeno, incurriendo en una responsabilidad objetivamente, sin importar la intención que no tenga la obligación el demandante de probar el perjuicio, de todas maneras, la situación establecida contra el derecho, sin derecho debe terminar. En este caso de deberá cortar los árboles de forma inmediata”.
- **“Los actos abusivos:** Estos actos son aquellos en que el propietario ha ejercido una prerrogativa que le pertenecía, por lo que no se excedió de sus límites objetivos, construyó o hizo una excavación de su propio fundo, el acto llega a ser legal, irreprochable si se logra examinar si se separa de la voluntad del que lo realizó, de los móviles que los determinaron, asimismo el juez tiene la obligación de remontarse a estos móviles, por lo que el propietario podrá incurrir en responsabilidad por causa de abuso ya que se trata de una responsabilidad subjetiva y más bien de una responsabilidad mixta”.
- **“Los actos excesivos:** Para referirse aquellos que, realizados en virtud de un derecho indiscutible y con un fin legítimo, causan, sin embargo, un perjuicio excesivo a un tercero, constitutivos de riesgos, imponiendo a su autor una

responsabilidad objetiva, como la que se refiere a los actos de la primera categoría, pero se diferencia porque está subordinada a la existencia y a la prueba de un perjuicio excesivo hasta el grado de ser injusto”. (Josserand. 1946, p. 33)

Por lo tanto, en los actos indicados hay casos en donde existe un daño que en la mayoría de los casos debe ser resarcido, no por una dirección incorrecta al ejercicio del derecho sino intensidad del daño causado, que es generado del riesgo particular más no de un delito.

#### **2.2.1.7. Presupuestos para fundamentar el ejercicio abusivo de derecho.**

Para incurrir en un ejercicio abusivo de derecho en el aspecto práctico se requiere la existencia de ciertos presupuestos.

Primero; la existencia de un derecho subjetivo, que autorice a un sujeto capaz de accionar u omisión. Es necesario indicar que, al ejercitar este derecho, en principio ocurre en el marco de la licitud, siendo muy distinto ya que en el ejercicio u omisión del derecho subjetivo se puede violentar aquel interés legítimo de una tercera persona o de la contraparte cuya tutela se prioriza, en un principio el derecho es ejercicio de forma lícita pero llega a transformarse en ilícito, ya que no se llega a lesionar el derecho de un tercero sino se lesiona un interés que carece de legitimidad, la buena fe y sus derivados.

Por lo tanto, para llegar a plantear el ejercicio abusivo de derecho se debe determinar un derecho subjetivo ya que cuando se llega a ejercer se determina la transición a la esfera de lo ilícito, afectando de esa manera los intereses de un tercero que está jurídicamente protegido.

Segundo; el ejercicio de un derecho subjetivo genera conflicto de intereses ajenos ya que no llega a colisionar un derecho subjetivo con otro derecho subjetivo sino el interés patrimonial ajeno. Según Fernández (1992), indica: “En el abuso de derecho existe la transgresión de un deber genérico implícito en todo derecho subjetivo, consistente en el respeto debido de ciertos principios generales de derecho que marca la conducta debida al ejercer el derecho” (p. 144).

Como ya lo estábamos indicando el abuso de derecho se genera por la transgresión de un deber de conducta que se genera de un orden jurídico y que a lo largo se proyectará a través de ciertos principios generales, tales como la buena fe, la razonabilidad, la solidaridad, entre otros.

Tercero; el ejercicio del derecho subjetivo de forma irregular y antisocial, es decir, ejercitar el derecho de forma ilícita violentando la buena fe la moral y sobre todo lo socialmente admisible.

Cuarto; la consecuencia del ejercicio abuso de derecho es la afectación de un interés ajeno que no está tutelado por la norma de forma específica, generando a un tercero un daño relevante jurídicamente, es decir, debe tener una entidad este daño. La acción del orden jurídico por el abuso de derecho surge porque perjudica a un tercero o contraparte, determinando un daño con entidad suficiente para ser calificado como tal.

Quinto; la existencia de la relación causal entre el ejercicio del derecho y la afectación del interés del tercero.

Sexto; el daño generado llega a ser imputable para quien lo ejerce bajo diversos aspectos como; por proceder en forma dolosa o culpable, uso del derecho de forma anormal, no hay interés legítimo, el caso se aparta de la buena fe y las buenas costumbres, por último, la lesión de un derecho sin causa alguna.

Por lo tanto; al estar frente a un ejercicio abusivo de derecho subjetivo general, el principio rector o también llamado principal es la libertad, salvo abusos claros y definidos. Ya que el acto abusivo tiene la característica de ejercitar un derecho de forma irregular, lo que puede estar determinado en ejercer el derecho sin utilidad, necesidad o al margen de un fin serio o legítimo.

### **2.2.1.8. Ámbito de aplicación del abuso de derecho.**

El abuso de derecho tiene su ámbito de aplicación solo en lo que expresa la norma, donde se indica que solo aplicará en la responsabilidad extracontractual, ya que de acuerdo al artículo 1321 del Código Civil surge un principio general del derecho que no solo es aplicado en la esfera extracontractual sino también en todo el ordenamiento jurídico y de forma particular en el derecho contractual.

En el ámbito contractual el ejercicio abusivo de derecho se presenta con el nombre abuso de poder, ya sea en el aspecto de representación que actuará al margen de poder, no solo en ese ámbito hay abuso de derecho sino también en el ámbito comercial, laboral, procesal y en el derecho de familia como se tiene que realizar un reconocimiento de paternidad.

Por lo tanto, se aplica la teoría de abuso de derecho en distintas disciplinas jurídicas, lo que da una visión de la relevancia del tema a tiempos puntuales prevaleciendo su carácter de principio general, a continuación, daremos a conocer el abuso de derecho en el ámbito contractual y las libertades.

#### *2.2.1.8.1. El abuso de derecho contractual.*

El abuso de derecho se da en la etapa de las tratativas, es decir al momento de informar induciendo a error o engaño, bien cuando se proponen ciertas cláusulas al momento de ejercer el derecho de contratar de forma que se evidencia la imposición de fuerte sobre el débil, estableciendo ciertas condiciones pocas transparentes y muy desequilibradas.

Mazeaud. (1962) citado por Ordoqui (2014) indica:

“Considera que cuando el abuso se comete en la ejecución o en la interpretación de un contrato, (...) el perjuicio no se causa con el incumplimiento contractual, lo que es indispensable para que haya responsabilidad contractual sino con su ejecución”. (p. 169)

Si se llega a abusar de las facultades que el contrato otorga a las partes se estaría dando un incumplimiento de forma imperfecta, lo que en sana lógica es un incumplimiento a la luz

del orden jurídico, ya que todo contrato que se realiza debe estar estructurado bajo el principio de buena fe, por lo que no puede abusar o ejercer injustificadamente con interés de dañar, el cual está establecido en el Código Civil en los articulados 16 y 1291. Ya que como sabemos actúa como límite en el ejercicio de un derecho, aunque se genere un contrato o de una relación intersubjetiva.

Por lo tanto, en el ámbito contractual el ejercicio abusivo de derecho, no tiene la finalidad de ser invocado para la realización de malos negocios sino el aprovechamiento u obtener ventajas deshonestas ya sea de forma inmoral o maliciosa, como, por ejemplo; al celebrarse un contrato se impone cláusulas abusivas o restringir derechos inherentes.

#### *2.2.1.8.2. Abuso de derecho y las libertades.*

El ejercicio abusivo de derecho se genera y se llega a plantear solo cuando dos derechos están afectados tanto el del autor del daño y el de la víctima. ya que el individuo derechos subjetivos definidos tales como la libertad que engloba a realizar las actividades que desee, como por ejemplo circular con vehículo por la calle. Nos amparamos a lo mencionado por varios actores ya que indican que el abuso de derecho solo se plantea cuando el autor del daño a ejercicio un derecho definido. Ya sea un derecho objetivo u subjetivo.

En nuestra opinión, el abuso de derecho se aplica en el derecho de la libertad y en distintos derechos subjetivos que estén amparados jurídicamente, ya que la libertad general tiene la función de no lesionar un interés ajeno, asimismo se aplica los principios generales que prohíben el ejercicio abuso que esté protegido. Para entender mejor el abuso de un derecho se requiere realizar varias precisiones tales como:

Primero; para abusar de un derecho se requiere que tengas ese derecho y que se trate de uno subjetivo determinado, por ejemplo, plantar árboles en el jardín de un vecino colindante no es abuso de derecho sino de falta de derecho, ya que no tienes el derecho de plantar en su jardín.

Segundo; es necesario que se trate de un derecho determinado o netamente subjetivo, mas no puede ser un derecho vago o indeterminado, como ejemplo, si manejo en estado de ebriedad y atropello a alguien, no se configura el abuso de derecho sino una ilicitud en el ejercicio de la libertad de manejar su vehículo.

Tercero; es necesario tener en cuenta que hay ciertos derechos encausados con los cuales es más difícil incurrir en abuso, como sucede en el derecho a solicitar la cesación de un condominio. Tratándose de un derecho que carece de regulación expresa, ya que existen casos de abuso de derecho regulados, por último, es necesario asumir que el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para un fin. Si se llega a usar el derecho o se omite hacerlo, y se daña cuando se pudo y debió haber evitado el perjuicio, no se le está dando al derecho el fin para el que fue pensado y legitimado.

#### **2.2.1.9. Consecuencias del ejercicio abusivo de derecho.**

Ante una situación de abuso de derecho, nuestro ordenamiento jurídico propone distintas posibles consecuencias, establecido que todo lo actuado quede nulo, o también la aplicación de medidas de detención o de prevenir, con el objetivo de exigir el resarcimiento de los daños cuando fueron generados.

Las consecuencias del ejercicio abusivo de derecho son: despojar de toda virtualidad al acto derivado, impedir el ejercicio de una acción judicial que este fundada en el abuso, genera el derecho al resarcimiento del daño, asimismo surgen consecuencias del abuso los efectos como, imposibilidad o ilegibilidad del acto, cese del ejercicio abusivo del derecho, resarcimiento del daño por acto abusivo, la imposibilidad del acto abusivo, a continuación detallaremos cada uno de las consecuencias del acto abusivo:

##### *2.2.1.9.1. Nulidad e imposibilidad del acto abusivo.*

Como ya lo señalamos en párrafos anteriores el abuso de derecho comienza cuando la conducta del obligado pretendida por el titular del derecho, no es exigible.

Según Larenz (1994) indica: “La posibilidad de la inexigibilidad puede sobrevenir cuando ello es exigido por la tutela de los más altos intereses, especialmente en consideración de la vida y la salud del deudor o de sus familiares”. (p. 176).

Por lo tanto, el abuso del derecho es una representación ya operativa en el ámbito del proceso civil. Ello en función, entre otros motivos de constituir un principio consecuencia del unánimemente aceptado principio de moralidad.

#### *2.2.1.9.2. Resarcimiento del daño por abuso*

Como consecuencia del ejercicio de un derecho en forma abusiva al causar un daño debe ser resarcido tal como lo establece la responsabilidad civil extracontractual. Ya que dicha acción u omisión puede causar daños personales y patrimoniales, sabiendo que el abuso de derecho es calificado como aquella conducta ilícita, que al estar relacionado causalmente con un daño se va determinar cuál es el origen que deberá ser resarcido.

Hay muchos casos en donde el abuso de derecho no genera daño al interés de terceros o a la sociedad, llegando hacer el daño transcendente para el aspecto resarcitoria, pero, por ejemplo, en la tutela preventiva para evitar la contaminación ambiental es aplicada sobre la base de pautas de ejercicio abusivo con ciertos criterios de prevención para que el daño no llegue a operar, como sabemos en estos casos el daño se llega a ponderar una vez interpuesta la demanda, criticamos dicho criterio ya que desde el momento que se genera un daño debe ser resarcido, con algún medio probatorio que lo pueda acreditar.

Como ya veníamos indicando el daño puede ser personal o material según el interés afectado, asimismo también el abuso debe ser de forma individual, colectivo o difuso. Por lo tanto, el interés tanto moral como material debe ser legítimo y tutelado por el orden jurídico, también puede causar un daño moral ya que genera sufrimiento y dolor en la calidad de vida del agraviado en el ejercicio abusivo.

Una de las consecuencias más frecuentes es el abuso a la serenidad familiar; este tipo de abuso se genera entre colindantes, por ejemplo, exceso de ruido u olores insoportables, generado daño a la salud, afectando al bienestar psicológico. En esencia, se están causando lo que la doctrina ha determinado dolo existencial. Mientras el abuso de derecho como factor de atribución, esta forma de abuso de derecho aparece relacionado causalmente con un daño y actuando como factor de atribución.

Es necesario entender que el abuso de un derecho opera como uno de los principios generales de todo el sistema jurídico. Mientras en la responsabilidad civil no solo va actuar como factor de atribución contra el responsable sino también en contra de las prestaciones de la víctima, como, por ejemplo, si la víctima exagera los montos de los daños reclamados no procede, ya que, se estaría ejerciendo un derecho de manera abusiva.

#### *2.2.1.9.3. Cese del ejercicio abusivo de derecho.*

El cese del ejercicio abusivo de derecho al ser un acto ilícito busca primero, como impedirlo y prevenirlo y, si ya se logró tener claro como eliminar sus consecuencias, ante una amenaza de un peligro inminente, el orden jurídico no debe quedar inactivo.

Dentro de este punto no solo nos debemos concentrar en determinar un posible resarcimiento por el daño causado, sino en la denominada tutela sustancial inhibitoria, que se encuentra especificada en los artículos 612, 614 y 620 del Código Civil que refieren a la posibilidad de hacer cesar molestias que pueden convertirse en abusivas. Mientras en el artículo 2339 del Código Civil se establece formas de prevención del daño que se pueda generar, permitiendo al acreedor del hipotecario asegurar sus créditos por la pérdida de valor del bien hipotecado, con la finalidad de prevenir posibles daños y posibles exigencias de mejora de algún patrimonio. (Ordoqui, 2014, pp. 180- 181).

Mientras, en el ámbito procesal el daño causado por un abuso de derecho, se da la posibilidad de aportar medidas preventivas cautelares con el propósito de evitar que se siga

violentado los derechos de la víctima, es por ello que tanto el Código como la Constitución Política del Perú prevé tutela inhibitoria tales como; la acción de amparo como medidas cautelares.

Según Zavala de Gonzales (1991) señala que la tutela inhibitoria contra daños es: “Un acto o hecho que pone en serio peligro el goce de un derecho es una perturbación que, en rigor significa por sí misma un empeoramiento del interés o afectación del mismo (...)” (p. 1).

Por lo que, el daño no solo implica el daño ya causado sino también la situación de inminente peligro que va estar traducido en una perturbación que afecta en su totalidad el interés de un sujeto. Ante ello, es que se regula el proceso cautelar, medio por el cual se podrá adoptar medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para proteger derechos fundamentales siempre que surja un peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso judicial.

A modo de conclusión, cuando un acto es abusivo surge el daño injusto inminente, existiendo una relación causal entre ambos y la posibilidad de poder evitar el daño, ante ello se da la posibilidad de solicitar judicialmente la aplicación de medidas cautelares con el propósito de prevenir o de mitigación del daño, cuando este ya ha comenzado y pueda comenzar su ejecución.

#### *2.2.1.9.4. La inoponibilidad.*

En ocasiones, ante el abuso en el ejercicio del derecho, mediante el empleo de ciertas formas el orden jurídico dispone la inoponibilidad de la figura jurídica que se plantea, de manera que el afectado por la forma puede prescindir de su existencia y llegar al que busco, con esa forma una cobertura indebida. (Ordoqui, 2014, p. 183).

Por lo tanto, el derecho de la persona que fue favorecida podrá ser exigidos sin ninguna traba, pese a que existe ciertas formas que fueron interpuestas, es por ello, que es inoponibilidad

la ineficacia de un tercero, ya que dicho derecho se generó de un acto jurídico irregular, es decir, actos no realizados por ciertas personas intervinientes.

Este principio de inoponibilidad, se relaciona intrínsecamente con el principio de la relatividad del contrato, ya que los actos convencionales no le son oponibles respecto de quienes no participaron en su formación. El efecto que produce la inoponibilidad se llega a perder si el derecho se llega a ejercer de forma abusiva, por lo que los terceros estarán obligados a tener en cuenta la existencia del contrato, es decir, no lo podrán desconocer.

“La inoponibilidad es aquella medida de solución para disipar el posible conflicto de interés entre las partes y terceros, más que nada en los casos en que lo actuado por aquellos pueda derivar en perjuicio sobre estos”. (Ordoqui. 2014, p. 184)

#### **2.2.1.10. Formas de abuso de derecho.**

Las formas en la que se configura el ejercicio abusivo de derecho, ya que dicho principio general es aplicable en distintos ámbitos del derecho como: en el derecho civil se encuentra el aspecto contractual, extracontractual, así también en derecho de familia, en la tutela de derecho de propiedad, asimismo, en la ponderación de ejercicio abusivo en la personería jurídica. A continuación, detallaremos cada uno ellos:

##### *2.2.1.10.1. Ejercicio abusivo del derecho de propiedad.*

El derecho de propiedad es considerado como un derecho individual ya que tiene como derechos el uso absoluto y disposición de un bien, sus atributos esenciales son inviolable, sagrado, del que se puede usar u disponer libremente. Al ser titular de un derecho de propiedad, se presentan ciertos estragos ya que desde una propiedad se podría contaminar el agua, el aire, realización de ruidos constantes, entre otros actos que son realizados por colindantes al propietario llamado ejercicio abusivo de derecho.

Josserand (1999). Indica:

“Quizás es el derecho de propiedad el primero que ha servido de campo experimental a la teoría del abuso, por lo menos el derecho relativo a la propiedad de bienes inmuebles, es un derecho tradicionalmente absoluto, es el *dominium* por excelencia (...)”. (p. 7)

El ser propietario de un bien inmueble no te permite realizar ciertos actos, ya que las demás propiedades también tienen ciertos derechos que están consagrados por la Constitución y el Código Civil, por ejemplo, no se permite establecer un matadero en la propiedad privada, ya que contaminará el aire de los vecinos y de las demás personas circunscritas en dicho territorio.

En síntesis, conforme a lo planteado por la doctrina sobre la propiedad existe una verdadera hipoteca social en la medida en que no es posible con el ejercicio de este derecho dañar a terceros. Ya que dicho derecho está amparado por nuestra carta magna en el artículo 32, donde se realiza una valoración social de la propiedad, cuando expresa que puede incluso llegar a expropiarse en caso que exista un interés general.

#### 2.2.1.10.2. *Ejercicio abusivo del derecho a contratar.*

El derecho a contratar, está establecido en la Constitución Política del Perú en el artículo 36 donde se indica conductas ordenadas del inicio hasta el fin de la relación por el principio general y fundamental de la buena fe. Para verificar, si se cumple con todos los requisitos la conducta contractual ya sea para perfeccionar, ejecutar o extinguir, se deberá tener en cuenta el alcance del deber de proceder de buena fe en cada circunstancia concreta.

“Al momento de contratar es necesario constatar una nueva dimensión de la teoría del ejercicio abusivo de derecho ya que con dicha aplicación se podrá limitar prerrogativas que en un tiempo se presentaron o pretendieron como absolutos sin llegar ser”. (Josserand, 1946, p. 103).

El derecho a contratar tiene un fin que no puede dejarse de lado al momento de celebrar un contrato y que solo su contemplación justifica el reconocimiento del ejercicio de este

derecho. Este fin se encuentra en la distribución de ciertos intereses que se da de forma equilibrada, es decir, actuando de buena fe bajos los parámetros de responsabilidad y justicia, por lo tanto, un contrato debe celebrarse, interpretarse, ejecutarse y terminarse bajo los parámetros de una atmósfera saludable más no una viciada.

Tanto el derecho de propiedad, el derecho de contratar y los distintos derechos que nuestra normativa regula, al momento de ser ejecutado no puede convertirse en un instrumento de fraude o abuso, del mismo modo tampoco se podrá ejecutar el derecho a contratar de forma abusiva o violenta ya que dicho abuso se podrá constatar en las distintas etapas que tiene el contrato.

#### *2.2.1.10.3. Ejercicio abusivo del poder de representación.*

El ejercicio de poder de representación se puede ejercer en diferentes situaciones patológicas o anormales que corresponde considerar. Dicho poder puede ser ejercido con normalidad, pero bajo los parámetros establecidos del representante y la figura de representación sin poder, es figura es una situación patológica ya que se caracteriza porque se llega a actuar a nombre ajeno, pero careciendo de poder de representación.

Si se presenta la figura en donde el tercero y el representante, son conocedores de la falta de poder y contratar sobre la idea de lograr, luego la ratificación que está previsto en el Código Civil ya que dicho contrato podrá tener una eficacia provisoria sujeta a la condición. Si se presenta el caso donde el representante con dolo induce al tercero a pensar que el poder existe, podrá llegar a impugnarse el contrato ya sea por dolo o error del representante.

Si existió el ejercicio abusivo de poder donde el tercero lo ignoraba, el negocio realizado según el Código Civil es válido y sobre todo oponible, teniendo la facultad el representado de poder iniciar un proceso solicitando la indemnización sobre los daños y perjuicios producidos contra el representante. Por lo tanto, el ejercicio abusivo de poder si se presenta por cualquiera de las partes se declara sin efecto lo actuado.

#### *2.2.1.10.4. Ejercicio abusivo del derecho de receso.*

El derecho de receso ya sea legal o convencional tiene ciertas particularidades relevantes ya que de ello surge la extinción del vínculo obligacional que va existir entre las partes, pero como todo derecho subjetivo puede ser ejercido de forma abusiva. Dentro de este derecho el abuso se caracteriza por presuponer el ejercicio del derecho sin ningún motivo legítimo, así como también ninguna causa real de justificación.

Según Ordoqui (2014), indica:

“El ejercicio abusivo de derecho de receso (renuncia, despido), se presenta no solo cuando se actúa de mala fe sino también cuando se actúa sin motivo justificado. (...) se determina (...), por la falta de justificación, independientemente de toda malevolencia”. (p. 294)

Dicho derecho de receso tiene su fuente no solo en la ley, sino también en el principio del derecho en el contrato, pero en cualquiera de estas fuentes se puede llegar a ejercer el derecho de forma abusiva o sin justa causa. Los efectos que se requiere para determinar el ejercicio abusivo de derecho, se da bajo la tesis de los dos tiempos; en el primero, se indica que hay ejercicio abusivo ya que se basa en el preaviso; y, en el segundo, la duración de la relación donde se permite la amortización de las inversiones y obtención de ganancia, debiéndose ponderar la existencia del titular que ejerce ese derecho.

Por lo tanto, es necesario que se llegue a ponderar el entorno donde se ejercerá el derecho de receso, el interés que existe en el que lo ejercita, la eventual intención de dañar, de poder obtener un beneficio indebido, la regularidad, la normatividad y la racionalidad con el que se debe actuar.

#### *2.2.1.10.5. Ejercicio abusivo de derechos en las relaciones familiares.*

En las relaciones familiares la figura del abuso de derecho, tiene un especial destaque ya que, como por ejemplo en la patria potestad lo que anteriormente se buscaba era evitar que

los jueces intervengan en las decisiones que puedan tomar los padres, o bien que el Estado no constituyera a estos en relaciones de familia.

En la patria potestad se configura el ejercicio abusivo de derecho cuando llega a afectar a la integridad ya sea física o psíquica del menor generado por la agresión, coerción o cuando estuviera en situación de peligro. Mientras el abuso en la relación conyugal, cuando cualquiera de las partes actúa con violencia, con la intención de dañar al otro en algunos casos opera el chantaje. Pero es necesario recordar que no cualquier violación a los deberes conyugales causa un daño relevante jurídicamente.

Hay ciertos derechos y deberes, que surgen de aquella relación matrimonial y otras que van a surgir de las situaciones del cónyuge, pero como persona y titular de derechos esenciales y personalísimos, como son el de la tutela de integridad psicofísica, el de la imagen, el del honor y el del nombre, que son derechos que ya no corresponden a una relación familiar, pero sí corresponde ser resuelta una que se está ejerciendo un abuso de derecho.

#### **2.2.1.11. Derecho Comparado.**

A continuación, realizaremos un breve análisis normativo de algunos ordenamientos jurídicos, que dentro de su normativa han acogido el ejercicio abusivo de derecho, Perú como es sabido se encuentra regulado en el Código Civil en el Título Preliminar en el articulado II, siendo el primero en establecer de forma concreta la posibilidad de que el juez adopte las necesarias medidas cautelares para anticiparse a la consumación de un acto abusivo.

##### *2.2.1.11.1. Europa.*

En el Código Civil Italiano vigente en el artículo 833, se ordena que el propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que la de perjudicar o producir molestias a otros. Es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que enseña que el ejercicio de una acción con base de un precepto legal a través del procedimiento señalado por la Ley para la efectividad de un derecho, cuando media un interés perfectamente lícito y se encamina al logro de una

pretensión verdaderamente normal, dentro del orden jurídico-social establecido, no implica ni puede entenderse como abuso del Derecho.

A partir del año 1974 se incorpora una nueva disposición en el artículo 7, ubicado en el título preliminar del Código Civil español. Este artículo cumple la función jurídica de constituirse en una cláusula general, abierta, prohibitiva del acto antisocial denominado abuso del derecho.

#### *2.2.1.11.2. Argentina.*

Son tres las normativas del Código Civil Argentino que están vinculados con el abuso de derecho, uno de ellos en los actos ilícitos y los dos últimos están amparados bajo el dominio. Pero hay doctrinarios que criticaron al Código de 1869 ya que el abuso de derecho no estuvo excluido en ese cuerpo legal, por lo que no era viable recurrir a esta teoría para controlar los excesos cometidos en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Para establecer esta conducta en el Código Argentina, se estableció ciertos criterios, como la buena fe, la moral y las buenas costumbres que son interpretados para verificar la conducta del titular en todos los casos y sobre todo en los casos donde hay una relación de dominio.

Anota, además, que, si bien es cierto el acto abusivo para ser ilícito, no se requiere precisamente que estén presentes en todos los casos el dolo y la culpa, si no que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por el artículo 1071.

#### *2.2.1.11.3. Venezuela.*

El Código Civil Venezolano de 1982 en el libro cuarto denominado de los hechos ilícitos, señala una disposición de forma expresa la reparación del daño a consecuencia de una intención, negligencia o imprudencia. En su artículo 1185 inciso 2 señala que: “Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su

derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido ese derecho”.

Ese articulado obliga a una de las partes a reparar el daño generado, cuando se presenta un exceso en el ejercicio de un derecho en relación con los criterios fijados. Se ha analizado en la doctrina sobre los alcances de la noción exceso en función de la teoría del abuso del derecho. En todo caso debe interpretarse que la disposición del Código Civil venezolano instituye que los derechos subjetivos están restringidos, externamente, por el genérico principio de la buena fe e, internamente, por la finalidad o función que el legislador acordó a cada uno de los derechos subjetivos. Es cierto que quien actúa su derecho en oposición con aquellos límites está abusando de la facultad que, dentro de un argumento u horizonte social, le concede el ordenamiento positivo.

#### *2.2.1.11.4. Brasil.*

El Código Civil de Brasil en su articulado 187, en la parte general establece ciertos actos ilícitos indicando: “También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”.

Añade en relación al artículo 187, que éste no acumula el criterio subjetivista, que aún continúa vigente en los recientes Códigos Civiles de Bolivia de 1976 y de Paraguay de 1987. En consecuencia, no se alude dentro de su texto a la intención de dañar de parte del titular del derecho. Exclusivamente son criterios objetivos, concernientes a la conducta intersubjetiva del agente, como son lo referido a la moral, bajo la expresión de buenas costumbres, a la buena fe y al destino o finalidad socio- económica propia de cada derecho.

#### *2.2.1.11.5. Guatemala.*

El Código Civil de Guatemala vigente desde el año 1964 en el título VII, libro de Obligaciones que procede de hechos y actos ilícitos, en el artículo 1653 indica: “El exceso y

mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.

Este articulado a consecuencia del ejercicio abusivo de derecho obliga al titular a indemnizar el daño y perjuicio generado. cuando éste se excede en dicho ejercicio o actúa de mala fe. Así en el texto del citado artículo se conciertan la tradicional noción de exceso con el principio de la buena fe, medio por el cual se encaja un ingrediente moral como criterio para juzgar la presencia del acto abusivo. Asimismo, de la norma recién citada, acertamos en el Código Civil de Guatemala, en el Título II de la propiedad, el artículo 465, que incluye la temática del abuso del derecho.

### **2.2.2. Mecanismos de la tutela jurisdiccional.**

Los mecanismos de la tutela jurisdiccional, son aquellos que se encuentran como un sistema de elementos en interacción hacia una integración de protección jurisdiccional de los ciudadanos de un Estado de derecho democrático moderno, entre los que se encuentran los mecanismos de tutela sustancial y de tutela procesal, que son materia de análisis de la presente investigación.

#### **2.2.2.1. Tutela sustancial.**

Para tratar sobre la tutela sustancial y distinguirla de la tutela procesal es necesario precisar que nos debemos remitir al derecho material o sustancial con un ordenamiento normativo preestablecido por el Estado a fin de que el ciudadano se encuentre protegido cuando sus derechos fundamentales y otros derivados de este puedan ser afectados ante un inminente peligro o definitivamente afectados, de manera que, el Estado a través de la jurisdicción cumpla con el deber de protección a través del derecho material o sustancial, en este caso referido a la legislación civil, por lo tanto se debe comprender la función de la jurisdicción.

Al respecto Monroy (1996) señala: “La jurisdicción es un poder, pero también un deber. (...) porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento. Basta que un sujeto de derecho lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica” (p. 57).

En este contexto, todo sujeto de derecho tiene el derecho a la tutela jurisdiccional, por su naturaleza de ser humano, y que puede exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional.

#### *2.2.2.1.1. Teoría de los derechos públicos subjetivos.*

En un Estado moderno se debe reconocer al individuo como persona y como sujeto de derecho, con las facultades constitucionales para reclamar la tutela jurídica del Estado, por ello, el individuo al pertenecer al Estado y al mantener esa relación surgen las pretensiones jurídicas conocidas como derechos subjetivos públicos.

En este sentido, la teoría de los derechos públicos mantiene una conexión con la tutela jurisdiccional de los derechos, en tal sentido la pretensión dirigida contra el Estado como titular de la soberanía, no es un efecto reflejo del derecho objetivo, debido a que el deber del Estado de otorgar jurisdicción se enfoca en el interés de quién busca la satisfacción de su derecho ante el órgano judicial, que debe ser tomada como una protección imperativa que pueda resultar favorable o no, por esta razón el juez no puede eximirse de prestar jurisdicción señalando que no está claro el derecho solicitado.

#### *2.2.2.1.2. Teoría de la lógica jurídica.*

El surgimiento de la lógica jurídica a mediados del siglo XIX originó cambios profundos en la normatividad que fueron determinantes para la declinación del normativismo legalista, que era posición importante del positivismo jurídico; entonces, lo aportado por Theodor Viehweg, Chain Pererman, Toulmin y otros, fortalecieron los derechos fundamentales que hicieron que las normas de principio, conceptos jurídicos indeterminados y juicios de equidad, asuman una posición importante en la aplicación del derecho.

La aplicación de la lógica jurídica en ese sentido ocasionó una disminución del valor de la seguridad y la previsibilidad de lo que se venía desarrollando a través del positivismo jurídico, ya que se empezó a colisionar el derecho legislado con los derechos de libertad y demás derechos fundamentales y sobre todo cuando el juez accedió a la facultad de descubrir el derecho en la tarea de adaptación al caso concreto.

#### *2.2.2.1.3. Los derechos fundamentales.*

La fuente jurídica de las normas de principio son los derechos fundamentales, por lo tanto, las normas programáticas que son las directivas materiales permanentes se deben vincular de forma positiva con todos los órganos jurisdiccionales en todas sus actividades sustanciales y procesales.

Los derechos fundamentales como normas objetivas de jerarquía suprema en el ordenamiento normativo tienen una gran importancia, por ello, el Estado debe abstenerse en todo lo que está protegido por los derechos fundamentales y llevar adelante toda actividad que sirva para proteger esos derechos, inclusive cuando éstos no lo reclamen a través de su derecho subjetivo mediante una pretensión.

#### *2.2.2.1.4. Derechos constitutivos institucionales.*

Anteriormente se consideraba a los derechos fundamentales como garantías de defensa del ciudadano ante la arbitrariedad que podía ejercer el Estado, sin embargo, en la actualidad la doctrina reconoce a los derechos fundamentales instrumentalizados como derechos constitutivos institucionales, cuya característica es que se considera normas de mayor jerarquía que los jueces y operadores jurídicos tienen el deber de aplicar vía interpretación y que si no lo realizan, el ciudadano puede ejercer la libertad de exigir la aplicación de los derechos fundamentales y de esa forma evitar agresiones lesivas ante la omisión de los órganos jurisdiccionales de tomar en cuenta en primer lugar los derechos fundamentales.

En esta línea evolutiva el proceso no debe ser visto como el realizador del derecho material y procesal, si no que se debe tomar en cuenta su valor intrínseco, complementario y que integra tanto el derecho material como el procesal y de esta manera servir para la producción de decisiones justas.

#### *2.2.2.1.5. Tutela jurisdiccional antes del proceso.*

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por tener las características de derecho público y subjetivo tiene dos planos de existencia, que se ubican antes y durante el proceso.

Al respecto Monroy (1996), señala: “La tutela jurisdiccional antes del proceso consiste en aquel derecho que tiene toda persona, (...), de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias”. (p. 245).

En ese sentido la estructura y sistema destinada a la solución de conflictos de intereses intersubjetivos y de incertidumbres jurídicas que se aplica en el derecho y que debe corresponder al caso concreto, debe estar orientado a conceder a los justiciables la posibilidad de un procedimiento certero, eficaz y homogéneo a su solicitud de justicia.

#### *2.2.2.1.6. Acceso a la justicia.*

El acceso a la justicia, es el derecho por el cual, el ciudadano en tanto titular de tal derecho puede exigir al Estado su cumplimiento o las medidas para que sean efectivos, por lo que el Estado debe plantear estrategias de políticas públicas en materia de justicia, para superar las barreras de acceso a la justicia.

En este contexto, es necesario que el órgano estatal con característica autónoma, capaz y objetiva, debe proveer con anticipación la vigencia de normas tanto sustantivas como procesales que aseguren un procedimiento sencillo y expeditivo si se produce un conflicto o una incertidumbre jurídica. Además, debe proveer a la sociedad de una infraestructura

adecuada con la finalidad de que el servicio de justicia sea otorgado satisfactoriamente al ser requerido.

En ese sentido, Monroy (1996) señala: “El Estado se comporte como lo haría una empresa de seguros respecto de sus asegurados. Es decir, teniendo y manteniendo las condiciones necesarias para dar atención inmediata al asegurado en el caso que lo requiera”. (p. 246)

Lo señalado por el autor, tiene relación con las políticas de gobierno en materia de justicia, ya que es innecesario si todas o ciertas personas han de litigar alguna vez, sin embargo, el derecho de acceso a la justicia y en este caso de la tutela jurisdiccional antes del proceso, le exige al Estado ese deber de cumplir con sus objetivos de protección tutelar a los ciudadanos con los elementos necesarios para que al presentar su pretensión sea admitida de la manera más idónea y oportuna.

#### *2.2.2.1.7. Tutela jurisdiccional durante el proceso.*

Al respecto Monroy (1996) indica: “El Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. Este mismo derecho puede desdoblarse –teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad- en derecho al proceso y derecho en el proceso”. (p. 247)

El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso, tienen que representar el fundamento supremo y la razón esencial a fin de que los derechos y la libertad del ciudadano no sean vulnerados en un proceso, ya sea por el propio Estado o por cualquiera que pretenda hacer un ejercicio abusivo de aquel, por ello, cuando se señala que el derecho al proceso, es que el ciudadano tenga esa facilidad de que cuando exista un inminente peligro de vulneración de sus derechos fundamentales o cuando éstos ya han sido vulnerados pueda recurrir al Estado en busca de tutela y, cuando se refieren el derecho en el proceso, se debe entender que el órgano

jurisdiccional debe cumplir con todas las garantías de la administración de justicia para conseguir una solución justa al conflicto de intereses.

#### *2.2.2.1.8. Garantías de carácter sustancial.*

Las garantías de carácter sustancial se reúnen en una serie de conceptos lógico jurídicos adscritos a una específica materia constitucional y sirve de punto de apoyo para comprender una temática en base a categorías básicas.

Al respecto García (2021) al referirse sobre las garantías de carácter sustancial señala:

“Son definidas como aquellos géneros conceptuales que subsumen y agrupa a una pluralidad de nociones afines y que permiten regular una situación jurídica de manera sistemática, lógica y armónica, en el seno de una convivencia pacífica y razonada (...)”. (p. 923)

De conformidad a lo señalado anteriormente, la Constitución Política del Perú, en lo que corresponde a la tutela procesal efectiva, asume dos categorías básicas, la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

En lo que corresponde a la tutela jurisdiccional efectiva, se encuentran enmarcados, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución firme funda en derecho y vinculada con la pretensión planteada judicialmente y finalmente el derecho a la ejecución de la pretensión.

#### *2.2.2.1.9. Principio de unidad de la función jurisdiccional.*

Según este principio, son los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial los que ejercen esta función, García (2021) al respecto señala:

El principio de unidad de la función jurisdiccional (...) impone al Estado a establecer las normas y mecanismos, que resguarden que los conflictos jurídicos entre los justiciables sean tramitados y resueltos en los juzgados y salas jurisdiccionales del Poder Judicial. (p. 928)

Es necesario, que la potestad de solución de conflictos intersubjetivos e incertidumbres jurídicas sean los órganos de fallo del Poder Judicial, sin dejar de lado el caso de competencias asignadas a otros órganos jurisdiccionales especiales.

El principio de unidad jurisdiccional no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se altere, por ello la Constitución Política del Perú ha prescrito que corresponde al Poder Judicial, avocarse al estudio y solución de los conflictos jurídicos, para asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 2.2. de nuestra Constitución.

#### *2.2.2.1.10. Principio de exclusividad jurisdiccional.*

Los principios de exclusividad jurisdiccional se encuentran prescritos en el artículo 139.1 de la Constitución Política del Perú, en este también se encuentra el principio de unidad de la función jurisdiccional, esta mantiene en el caso de exclusividad dos vertientes, una negativa y otra positiva. La primera, se encuentra prescrita en el artículo 136 de nuestra Constitución; por ello, los que ejercen la judicatura solo pueden ejercer la docencia universitaria y no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional. La segunda, se encuentra establecida en el artículo 139.1 de nuestra Constitución, en atención a ello, el Poder Judicial tiene la facultad de ejercer la función jurisdiccional, con excepción de algunos casos establecidos en la propia ley.

#### *2.2.2.1.11. Principios y derechos de la función jurisdiccional.*

La función jurisdiccional debe ser ejercida, en base a lo establecido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

2. “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.
3. “La inobservancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.
4. “La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y de los que se refiere de derechos fundamentales garantizados por la Constitución son siempre públicos”.
5. “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los Decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.
6. “La pluralidad de la instancia”.
7. “La indemnización, en la forma que determine la ley o los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar”.

8. “El principio de no dejar de administrar justicia, por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.
9. “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.
10. “El principio de no ser penado sin proceso judicial”.
11. “La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales”.
12. “El principio de no ser condenado en ausencia”.
13. “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.
14. “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado de proceso. Toda persona será informada inmediatamente o por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.
15. “El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención”.
16. “El principio de la gratuidad de la administración de la justicia, y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos en los casos que la ley señala”.
17. “La participación popular en el nombramiento y en la revocación de los magistrados, conforme a ley”.

18. “La obligación del Poder Ejecutivo de prestar colaboración que en los procesos le sea requerida”.
19. “La prohibición de ejercer función judicial por quién no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad”.
20. “El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones de las sentencias judiciales, con las limitaciones de la ley”.
21. “El derecho de los reclusos o sentenciados de ocupar establecimientos adecuados”.
22. “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto, la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad”.

#### **2.2.2.2. El derecho de acción como manifestación de tutela jurisdiccional.**

Al respecto Monroy (1996), señala: “El derecho de acción no tiene una naturaleza puramente procesal. Si bien esta es su expresión concreta, se trata de un derecho tan estrechamente vinculado al ser de un sujeto de derechos, que su naturaleza es constitucional”. (p. 249).

El derecho de acción es uno de los conceptos lógicos, más complicados de ser definidos en el derecho contemporáneo, algunos juristas señalan, se sabe qué es, pero no se sabe dónde está, en algunos casos se asume como sinónimo de derecho cuando el actor carece de acción o cuando éste carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar, del mismo modo es sinónimo de pretensión, es decir, mantiene una serie de sinónimos que es necesario precisar.

Al respecto Monroy (1996), señala: “El derecho de acción, es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto –en cuanto es expresión esencial de este- que le faculta exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto”. (p. 271).

De conformidad a lo antes mencionado, el derecho de acción asegura al ciudadano la oportunidad de exigir la eficacia de sus derechos materiales que son reconocidos constitucionalmente, por lo que se destacan sus características de ser público, subjetivo, abstracto y autónomo.

#### *2.2.2.2.1. La pretensión material.*

Es la exigencia material y concreta de otra persona o de otro sujeto de derecho, cuando se tiene un interés con relevancia jurídica respecto de un bien tutelado y que es resistido por otro.

En ese sentido Monroy (1996) señala: “El acto de exigir algo-que debe tener por cierto la calidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídico-a otro antes del inicio de un proceso se denominada pretensión material”. (p. 272)

En este caso la pretensión material no es el punto de partida de un proceso, ya que, una persona puede exigir a otra la satisfacción de su pretensión antes del proceso y luego si es que ésta no es cumplida lo puede hacer dentro del proceso.

Podemos evidenciarlo mediante un ejemplo, si un acreedor solicita el cumplimiento de la devolución de dinero prestado y sus intereses y el deudor solicita un plazo adicional mínimo para cumplir con su obligación, si en ese plazo el deudor devuelve el dinero y sus intereses, no se habrá producido un conflicto de intereses dado que la pretensión material del acreedor ha sido satisfecha primariamente.

#### *2.2.2.2.2. La pretensión procesal.*

Si la pretensión material no es satisfecha y el titular carece de alternativas extrajudiciales para exigir el cumplimiento no queda otra alternativa de acudir a la jurisdicción, en este caso se utiliza el derecho de acción a través de la pretensión procesal, precisando que la pretensión procesal es la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derechos, exige

algo a otros a través del Estado, utilizando sus órganos especializados para la solución de sus conflictos con relevancia jurídica.

La pretensión procesal tiene una estructura externa con elementos que la conforman, entonces, debe tener fundamentación jurídica, debe sustentarse en la ocurrencia de hechos, es decir, fundamentación de hechos, que apreciados de manera conjunta se conocen como *causa petendi*, que significa la causa o razón de pedir.

### **2.2.2.3. El derecho de contradicción como manifestación de tutela jurisdiccional.**

Al respecto, Monroy (1996) señala: “El derecho de contradicción es, al igual que el derecho de acción, una expresión de derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción. (...)”. (p. 283)

En este caso estamos ante un derecho que tiene naturaleza constitucional y es un derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo, que faculta al sujeto de derechos emplazado exigirle al Estado que le preste tutela jurisdiccional. Se distingue con mayor nitidez la naturaleza constitucional del derecho de contradicción que es elemental para la existencia de un Estado de derecho.

La tutela jurisdiccional del Estado, solo será efectiva cuando se emita la sentencia en un proceso judicial válido en el que debe haberse hecho efectivo en su interior una serie de derechos con base constitucional denominado debido proceso legal.

Al respecto Devis (1983) indica:

“(...) contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, (...) que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante”. (p. 208)

En este sentido, podemos precisar que el derecho de contradicción no es una modalidad del derecho de acción, tal como lo señala Devis, ya que, el derecho de acción y contradicción son autónomos aun cuando son expresión del derecho a la tutela jurisdiccional, en este caso, el

derecho de contradicción carece de libertad en su ejercicio, en cambio, el derecho de acción se puede ejercitar cuando uno quiera, por lo tanto, el derecho de acción es el inicio de un proceso, mientras el derecho de contradicción solo es posible ejercitar cuando el proceso ya se ha iniciado. El derecho de contradicción se encuentra prescrito en el artículo 2 y 3 del Código Procesal Civil.

#### **2.2.2.4. Tutela procesal.**

La tutela jurisdiccional, se encuentra en la teoría de sistemas, denominado sistema de tutela jurisdiccional y está compuesto por tres elementos que son la acción, jurisdicción y proceso que se interactúan y tienen como unidad fundamental la tutela jurisdiccional.

Asimismo, Sumaria (2017) señala: “Por otro lado, las distintas manifestaciones de este derecho a la tutela jurisdiccional de acuerdo a su funcionalidad y ubicación en este sistema que son la tutela cognitiva, la tutela ejecutiva y la tutela cautelar, que conformaría subsistemas entre sí”. (p. 42).

Además, se debe mencionar que la vía procedimental o herramienta para materializar los sub sistemas de la tutela jurisdiccional se encuentran los procesos cognitivos, los procesos ejecutivos y los procesos cautelares.

##### *2.2.2.4.1. Tutela cognitiva.*

La tutela cognitiva tiene como propósito permitir una declaración de certeza ante una situación de incertidumbre jurídica inicial provocada por el ejercicio del derecho de acción y luego de culminado el proceso en todas sus etapas adquiere la denominación de tutela cognitiva. (Sumaria, 2017, p. 53).

Esta tutela puede ser de distintos tipos de acuerdo al objeto de la declaración de certeza y al paradigma funcional que el título desarrolle ya sea de contenido declarativo, constitutivo o de condena. (Sumaria, 2017, p. 53)

Se dice que es cognitivo por la forma en que se desarrolla el proceso, en el cual se debe investigar y buscar la verdad, por lo que se requiere un proceso de cognición que se destaca en la actividad jurisdiccional a través de sus etapas, plazos que permiten la aplicación de los mecanismos procesales de ataque y defensa en los que se puede mencionar las excepciones, reconvención, tachas, oposiciones, apelaciones con diferentes efectos, que se presenta entre las partes, que esperan la emisión de la sentencia del conflicto jurídico puesto a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, las mismas que han sido determinadas por sus respectivas pretensiones que posteriormente dará lugar a la cosa juzgada material, a través de sus efectos internos y externos al proceso, como la imposibilidad de revisión, modificación y alteración de lo resuelto en la sentencia por el órgano jurisdiccional originario o por los órganos en grado de jerarquía de este.

A. 2.2.2.4.2. *Tutela declarativa.*

En cuanto a la tutela declarativa Sumaria (2017) indica: “El mecanismo para la actividad jurisdiccional cognitiva declarativa, es el proceso de conocimiento, sin embargo, siendo especies del mismo género el proceso abreviado (plenario rápido) y el sumarísimo (sumario), se ha establecido para ciertos tipos de pretensiones materiales”. (p. 55)

El proceso de conocimiento es un proceso amplio o lato que ha sido elaborado específicamente para el proceso mantiene todas las categorías básicas que se encuentran en el Código Procesal Civil para otorgar la misma oportunidad tanto al demandante como al demandado, sobre todo en el ofrecimiento de sus medios probatorios. Este se encuentra previsto en el artículo 475 del Código Procesal Civil.

El proceso abreviado es una derivación del proceso de conocimiento que se encuentra destinado a la solución de asuntos menos complejos que requieren de una atención rápida debido a la naturaleza de los asuntos que se tramitan en el artículo 486 del Código Procesal

Civil, en el que se puede advertir que los plazos aplicables a este proceso, son menores que en el proceso de conocimiento.

El proceso sumarísimo, está orientado a la solución de conflictos de menor complejidad y menor estimación patrimonial, pero, además, por la tutela de urgencia que requieren las partes procesales. Este se encuentra prescrito a partir del artículo 546 del Código Procesal Civil, en la que también se destaca la exclusión de ciertas categorías básicas como la reconvencción y los informes sobre los hechos.

*B. 2.2.2.4.3. Tutela constitutiva.*

La tutela constitutiva es la que altera o modifica una situación de hecho jurídica válida como la pretensión de prescripción adquisitiva, la declaración de filiación extramatrimonial, la declaración de muerte presunta, la declaración de unión de hecho, el divorcio, entre otros.

Al respecto Sumaria (2017) indica:

“La tutela jurisdiccional va dirigida a reconocer los efectos de un hecho constitutivo como la muerte, la posesión, la convivencia (...) que se despliega sobre el titular de esos derechos como los sucesores, el propietario o el conviviente y que excluye a terceros del goce de los efectos de esta nueva situación creada por el derecho y reconocida por el juez”. (p. 80).

La situación jurídica debe entenderse como el efecto jurídico que en un ordenamiento normativo se atribuye a un determinado supuesto de hecho de forma automática. Para su resultado debe operar una valoración jurídica de hechos con trascendencia jurídica que tiene como aspecto principal una situación preexistente y que luego se transforma en una situación nueva pero final que constituye una nueva posición jurídica.

*A. Subtítulo 1 del componente “a”. Tutela adquisitiva*

La tutela adquisitiva como parte de la tutela constitutiva, está referida a la adquisición de derechos, como por ejemplo el hecho de que una persona permanezca por más de diez años

en un predio de manera pacífica, pública y continua adquiere un derecho de titularidad a través de la prescripción adquisitiva de dominio, que se tramita ante un proceso abreviado.

*B. Subtítulo 2 del componente “a”. Tutela modificatoria*

La tutela modificatoria como parte de la tutela constitutiva, está referida a la modificación de una nueva situación jurídica como la situación jurídica de divorciado de una persona que inicialmente ingresó al proceso en la situación jurídica de cónyuge y que, por la acreditación de medios probatorios, que sustentan la causal de divorcio se adquiere tal condición.

*C. Subtítulo 3 del componente “a”. Tutela extintiva*

La tutela extintiva como parte de la tutela constitutiva, está referida a la extinción de un derecho que puede ser permanente o transitorio como por ejemplo la interdicción civil, en la que el juez le restringe derechos de disposición y otros a una persona que debido a una alteración en el discernimiento ya sea genético o de traumatismo por accidente, pierde el conocimiento real y procede a disponer sus bienes patrimoniales en perjuicio de los herederos forzosos, por lo que éstos proceden en defensa de sus derechos a solicitar la restricción de los derechos de disposición, la misma que debe ser inscrita en los registros públicos en el libro de Personas, a fin de que opere el principio de publicidad y tenga la condición de *erga omnes* para otorgar seguridad jurídica a los terceros que puedan ser afectados Artículo 625 del Código Procesal Civil.

*C. 2.2.2.4.4. Tutela cognitiva de condena.*

Al respecto Sumaria (2017) señala: “Tiene como supuesto de un crédito u obligación por un lado y del hecho de incumplimiento de la prestación, y (...) la satisfacción de cumplimiento de una obligación que puede ser de carácter convencional o de carácter legal”.

(p. 84)

Este tipo de tutela cognitiva de condena, viene a ser una relación jurídica establecida entre un deudor y un acreedor, el que solicita satisfacer un interés que puede ser patrimonial o no.

En la tutela de condena lo esencial es la conducta del deudor, por lo que es necesario una declaración de certeza que pueda vencer la resistencia del deudor y la necesidad de recurrir a instrumentos de ejecución para la obtención de resultados que finalmente serán económicos y que el acreedor hubiera obtenido si se hubiese cumplido la prestación voluntaria del deudor.

En este caso, se presenta las obligaciones de dar, hacer y no hacer que son materia de ser ejecutadas siempre y cuando exista una sentencia definitiva que obligue al deudor cumplir con la prestación de dar, hacer y no hacer, la misma que obtiene la calidad de título ejecutivo, que en un determinado momento si no es cumplida dicha prestación necesariamente se convertirá en una obligación de dar suma de dinero.

#### *2.2.2.4.5. Tutela ejecutiva.*

En relación a la tutela ejecutiva en la que se modifica la realidad en base al principio de ejecución, se debe precisar la distinción entre tutela ejecutiva o de ejecución, al respecto Monroy (2008) señala:

La distinción entre tutela “ejecutiva” o de “ejecución”, se basa sobre el tipo de herramienta que se va a utilizar para este fin, es decir, si se trata de un proceso “ejecutivo” o de “ejecución” y en cuanto al “título materia de la actividad jurisdiccional ejecutiva”. La diferencia de estas denominaciones, se crean en dos distintas tradiciones, en principio el *processus executivus* vigente entre los siglos XIII y XIV, en el cual como fase siguiente a la actividad declarativa jurisdiccional, exigía una “revisión cognitiva” del título dentro de la fase de ejecución, al haber equiparado los efectos de los denominados títulos civiles o extrajudiciales con los títulos emanados del proceso judicial, sistema que siguió la Escuela Italiana, España y en consecuencia las colonias latinoamericanas. Mientras que, en Francia, se

siguió una tradición distinta, en tanto la actividad de ejecución no era jurisdiccional sino administrativa, y por ello no había revisión cognitiva del título. (p. 18)

De acuerdo a lo antes mencionado, se debe apreciar, si el sistema procesal acepta una revisión cognitiva posterior al título materia de ejecución, para determinar si se está ante un proceso ejecutivo o de ejecución, en nuestro ordenamiento procesal se encuentra con la denominación de procesos de ejecución en el Título V del Código Procesal Civil.

#### 2.2.2.4.6. *Tutela cautelar.*

El derecho procesal se encuentra en continua evolución pasando del practicismo al científicismo, en la actualidad está superado por el efecticismo, en la que ya no se busca el estudio del proceso como ciencia, sino que fundamentalmente se analiza qué instrumentos procesales hacen realidad el principio de tutela judicial efectiva.

En ese sentido, es importante el estudio de las medidas cautelares, ya que se evidencia un instrumento que coadyuva a la efectividad de la tutela judicial.

Autores reconocidos sostienen que el primer rasgo singular del tema cautelar en el Perú, es su abandono en materia legislativa, además el casi desconocimiento de los aspectos doctrinarios referidos al tema, por ello se obtiene el rechazo o revocación de una medida cautelar, se puede evidenciar que es procesado por diversos criterios de los jueces y hasta solicitado de manera diferente por los justiciables.

Monroy (2002) señala: “La tutela cautelar no es más que una forma de protección procesal (al igual que cognitiva o la ejecutiva) que resuelve las controversias destinadas a asegurar la mencionada efectividad”. (pp. 49, 128, 129).

La tutela cautelar, ha pasado por problemas en sus términos que se ha prestado a equivocaciones, sin embargo, debemos entender que pasa por distintas facetas del procedimiento cautelar destinadas a garantizar la efectividad en el proceso.

*D. Subtítulo 1 del componente “a”. Los presupuestos de las medidas*

Al respecto, Priori (2006) señala: “Son exigencias para el dictado de una medida cautelar. (...)”. (p. 99).

En este caso, los presupuestos de las medidas cautelares no son criterios que puedan ser aplicados por el juez a fin de superar algún vacío, por lo que los presupuestos deben presentarse hasta en un grado suficiente a fin de que se justifique su mandato cautelar.

En este contexto, Hurtado (2006) afirma:

“Las medidas cautelares, como cualquier institución de derecho están sujetas a elementos necesarios para su procedencia, estos requisitos resultan indudablemente imprescindibles para el otorgamiento o denegatoria de una medida cautelar y, a la vez, se constituyen en una barrera que evita el abuso que de ellas pretendan hacer los justiciables, y la arbitrariedad del órgano jurisdiccional de concederlas indiscriminadamente. Las medidas cautelares tienen requisitos o presupuestos sustanciales y presupuestos genéricos”. (pp. 245-246).

De conformidad a lo señalado anteriormente, los requisitos para las medidas cautelares en primer lugar se encuentra la apariencia del derecho y el peligro en la demora y luego la necesidad de un proceso principal, cumplido ello, entonces, las medidas cautelares requieren de requisitos intrínsecos y extrínsecos. Entre ellos, se encuentra la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela; y, como extrínsecos el requisito de exponer de forma ordenada y enumerada los fundamentos de la pretensión cautelar y otros aspectos que se requieren para su dictamen.

- **Verosimilitud del derecho**

También denominado *fumus boni iuris*, en este caso el juez, no tiene la certeza que la pretensión principal se declare fundada, por eso implica un prejuzgamiento

que indica una posibilidad de que, al culminar el proceso principal, el juez resolverá mediante una sentencia favorable a quién solicitó la medida cautelar.

- **El peligro en la demora**

También denominado *periculum in mora*, y que para Ortels (2000), el peligro en la demora: “Es el temor de que la necesaria demora del proceso genere que la sentencia a dictarse en él no sea efectiva”. (p. 983)

El peligro en la demora es una desventaja en aquella persona que solicita el cumplimiento de una obligación y que acude al órgano jurisdiccional para que de forma celeré solucione el conflicto, sin embargo, el esperar demasiado tiempo que dure el proceso judicial, sería ilusorio, ya que, el obligado podría disponer de sus bienes, por esta razón solicita tutela con la seguridad de que cuando sea declarado fundada su pretensión pueda ver satisfecho su derecho.

- **La contracautela**

También denominada caución, al respecto Priori (2006) señala que:

“Una vez realizado el juicio de procedencia en la medida cautelar, hay que pasar a un segundo momento, que es el de la ejecución de aquella medida cautelar que ha sido concedida por el órgano jurisdiccional. (...)” (p. 95).

La caución no viene a ser otra cosa que la garantía que se concede a favor del afectado con la medida cautelar, en el caso que haya sido ejecutada de mala fe y que en el proceso principal se declare infundada la demanda, por ello, si el afectado ha sido perjudicado con dicha medida, entonces, será resarcido para aliviar el perjuicio que se le ha causado.

#### *E. Subtítulo 2 del componente “a”. Tutela asegurativa*

Al respecto Ariano (2003) señala: “La tutela cautelar no puede estar limitada solo a asegurar la eficacia de una forma de tutela jurisdiccional (la de condena y la subsiguiente

ejecución) o, en general a neutralizar los perjuicios irreparables que amenazan la situación cautelar. (...). (pp. 604-605)

Las medidas cautelares que se peticionan deben lograr la finalidad de la tutela, por lo que el Juez debe emitir la resolución correspondiente de forma adecuada y razonable.

Nuestro ordenamiento procesal civil, se evidencia la tutela asegurativa a través de las leyes correspondientes como, por ejemplo, los artículos 642, 643, 647, 647-A, 649, 650, 651, 652, 656, 657, 661 del Código Procesal Civil.

Para entender mejor, transcribiremos el siguiente artículo:

“Artículo 642 del Código Procesal Civil. – Embargo”

“Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley”.

En el presente caso, se solicita la medida cautelar de embargo, a fin de afectar un bien del presunto obligado, para asegurar que la pretensión principal sobre obligación de dar suma de dinero, cuando se emita una sentencia favorable al demandante, no sea ilusoria.

*F. Subtítulo 3 del componente “a”. Tutela anticipatoria*

Es el mecanismo que orienta a la satisfacción de manera inmediata, total o parcial de una pretensión que se encuentra presentada en la demanda, sobre todo cuando la falta de satisfacción inmediata pueda ocasionar un perjuicio irreparable.

En nuestro ordenamiento procesal civil se encuentra prescrita en los siguientes artículos 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680 y 681 del Código Procesal Civil.

Para entender mejor, transcribiremos el siguiente artículo:

“Artículo 674 del Código Procesal Civil. - Medida temporal sobre el fondo”

“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.

La tutela anticipada, pretende dar satisfacción anticipada del objeto que se pretende, se concede excepcionalmente, es decir, no es suficiente una simple verosimilitud, sino una probabilidad certera de quien solicita la pretensión, sin necesidad que se compruebe el riesgo de perjuicio irreparable.

*G. Subtítulo 4 del componente “a”. Tutela transformativa*

La tutela transformativa, concede al peticionante convertir o transformar una medida cautelar ya otorgada por otra que le pueda traer mejor beneficio.

En nuestro ordenamiento procesal civil se encuentra prescrita en los siguientes artículos 664, 670, 672, del Código Procesal Civil.

Para entender mejor, transcribiremos el siguiente artículo:

“Artículo 670 del Código Procesal Civil. - Conversión a administración de unidad de producción o comercio”

“A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o administradores, según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo”.

En el presente supuesto, el titular de la medida de intervención en recaudación, ve por conveniente, convertir o transformar dicha medida en una intervención en administración, a fin

de que pueda asumir la representación y gestión de la empresa y de esta manera lograr el cumplimiento de la obligación del demandado.

*H. Subtítulo 5 del componente “a”. Tutela conservativa*

La tutela conservativa, concede al peticionante que se mantenga el derecho que le asiste a fin de que no sea menoscabado, es decir, consolidar una situación de derecho.

En nuestro ordenamiento procesal civil se encuentra prescrita en el artículo 687 del Código Procesal Civil.

Para entender mejor, transcribiremos dicho artículo:

“Artículo 687 del Código Procesal Civil. - Prohibición de innovar”

“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

En el presente supuesto, el peticionante solicita al juez conservar la situación de hecho o de derecho de la cual va a solicitar en una pretensión principal a través de una demanda, a fin de conservar la situación actual en que se encuentra.

### 2.3. Marco conceptual

- **Abuso del derecho.** – “Se entiende por abuso del derecho a una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad”. (Fernández, 1999, p. 163)
- **Antijuricidad.** – “Elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho”. (Cabanellas, 2010, p. 35)
- **Daño.** – “Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra”. (Ossorio, 1982, p. 194)
- **Debido proceso.** – “Conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso, para hacer posible la aplicación de la justicia en un caso concreto”. (Machado de Bernardis, 1999, p. 110)
- **Derecho subjetivo.** – “Conjunto de facultades que corresponden al individuo, y que éste puede ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales le reconocen”. (Ossorio, 1982, p. 240)
- **Ilícitud.** – “Toda forma de exceso o de abuso en el ejercicio de un derecho lleva a la ilicitud”. (Ordoqui, 2014, p. 154).
- **Tutela.** – “Si tomamos el vocablo en el sentido muy generalizado de la legislación de algunos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas”. (Ossorio, 1982, p. 766)
- **Tutela jurisdiccional.** – “Por otro lado, las distintas manifestaciones de este derecho a la tutela jurisdiccional de acuerdo a su funcionalidad y ubicación en este sistema que

son la tutela cognitiva, la tutela ejecutiva y la tutela cautelar, que conformaría subsistemas entre sí”. (Sumaria, 2017, p. 42)

## Capítulo III: Metodología

### 3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

En el enfoque metodológico del presente trabajo de investigación se debe definir: “qué se entiende por el **enfoque cualitativo**”, es decir, a su nomenclatura como tal (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 4) como aquellas investigaciones que: “(...) no se llega por procedimientos estadísticas u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), sino que su alcance final es: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (p. 18); esto es que, el propósito de una investigación cualitativa es: “comprender el por qué sucede una determinada acción social o simplemente interpretar una determinada realidad teórica (el fenómeno complejo), a fin de poder mejorar o brindar una solución al problema analizado”.

La presente investigación es de corte **cualitativo teórico**, porque de conformidad a lo señalado por Witker (c.p. García, 2015, p. 455) una investigación **teórica-jurídica** es: “(...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión”; lo cual implica que: “éste tipo de investigación promueve el análisis de dispositivos normativos individuales o en su conjunto (ley)”.

En ese orden de ideas se analizarán y cuestionarán dispositivos normativos, juntamente con sus respectivos conceptos jurídicos, con la finalidad de evidenciar las incoherencias interpretativas respecto a sus cualidades, la presente investigación **analizará el artículo 103** de la Constitución Política del Perú, **los artículos 3 y 4** del Código Procesal Civil vigente.

En ese sentido, es necesario la delimitación conceptual para utilizar un “lenguaje o discurso en base al **iusnaturalismo** (racional kantiano), de tal manera que, fundamentaremos el porqué de dicha **postura epistemológica jurídica**”.

La **escuela del iusnaturalismo** ha tenido varios representantes y movimientos, siendo que incluso han existido: “dos tipos: (1) teológico y (2) racional, de los cuales, nos centraremos en el segundo, porque ello compete a los intereses de la investigación, asimismo, el **(a) objeto**, **(b) método** y **(c) fin de estudio** se justifican a razón de que cada escuela jurídica debe tener en claro qué es lo que va a estudiar, cómo lo va a estudiar y finalmente, si esos dos elementos se ajustan a la finalidad o propósito de la escuela en mención” (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

Así, el “(a)” del iusnaturalismo [racional] es la legislación externa, esto es cualquier norma, tratado, principio o propósito, mientras “(b)” realiza una valoración de correspondencia entre “la legislación externa con la legislación interna (los deberes de cumplimiento según el imperativo categórico), para que finalmente el “(c)” que las personas y/o el Estado realicen acciones acordes a derecho por el deber ser (observando al hombre como un fin en sí mismo)” (Kant, 2008, pp. 24 y 25, 39 y 40).

Por lo tanto, para los propósitos de la presente investigación “(a)” sería **el artículo 103** de la Constitución Política del Perú y los **artículos 3 y 4** del Código Procesal Civil, “(b)” valorar si existe una correspondencia del artículo en analizarse con el cumplimiento de los imperativos categóricos que es la legislación interna universal, esto es que la norma no haya sido instrumentalizada para fines políticos, egoístas u análogas, siendo que “(c)” sería llegar que tanto el Estado como las personas realicen acciones acorde al deber ser (sin instrumentalizar a nadie), es decir, que no se preste a vulnerar derechos fundamentales de las partes procesales, “al aplicar el ejercicio abusivo del derecho, porque la ley se los permite y aunado a una errónea interpretación de abogados y magistrados que no cumplen con la ética y moral que se requiere” y además porque “los operadores de justicia al no tener claro la finalidad de las normas protegidas, que en muchos de los casos se llegan a través de la interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, no pueden llegar a aplicar correctamente instituciones como la del ejercicio abusivo del derecho”.

### 3.2. Metodología

Al haberse precisado, que la presente investigación es teórica jurídica con una tipología de corte propositivo, tal como lo precisa Witker en los párrafos anteriores, debido a que las metodologías paradigmáticas tienen una división de investigaciones teóricas y empíricas, entonces, haremos uso de la modalidad teórica jurídica antes indicada.

En este contexto, debemos explicar por qué nuestra investigación se encuentra dentro de una tipología propositiva jurídica, la cual no viene a ser otra cosa que: “(...) analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (Aranzamendi, 2010, p. 163); siendo que para nuestro caso estamos cuestionando una norma, pero desde un punto de vista o postura epistemológica iusnaturalista.

En el presente trabajo de investigación, existe una relación entre “el paradigma metodológico teórico jurídico con tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iusnaturalista (racional)”, por lo que es compatible y viable, ya que en ambos sistemas tratan de cuestionar y valorar una norma, que en éste caso vienen a ser los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil, los cuales son cuestionados por su valor intrínseco, ya que al estar en un Estado Constitucional de Derecho podemos anticipar que los artículos en cuestión, en la actualidad no cumplen con el principio de congruencia constitucional.

En ese orden de ideas, al no existir en el Código Procesal Civil de forma precisa la prohibición del abuso del derecho, de forma similar en el derecho de acción, contradicción y tutela cautelar, lo cual desde el imperativo categórico de Kant es totalmente reprochable, porque no se ajusta a los valores inmutables que el iusnaturalismo promueve; por lo tanto, el ejercicio abusivo de un derecho será materia de investigación, tanto en la Constitución Política del Perú como en el Código Procesal Civil.

Debemos precisar que según la estructura de una tesis de enfoque cualitativo no se exige señalar cada uno de los métodos, sino realizar un comentario metodológico al respecto, pero según la naturaleza de la presente investigación hemos visto por conveniente sustentar los siguientes métodos:

En el presente proyecto de tesis, como **método general** se aplicó el analítico-sintético, en el que el método del análisis es el procedimiento mental de descomposición de un todo en sus partes, y como cognición de cada una de ellas. En tanto, el método de la síntesis es el procedimiento, que, materialmente, permite unir las partes del fenómeno que se estudia, a fin de apreciar su esencia que lo distingue de otros fenómenos. (Zelayaran, 2009, p. 90).

La aplicación de este método, constituyó dos momentos como un único proceso de conocimiento, cada uno con sus propias funciones, pero que se complementaron mutuamente, para el presente caso, en un primer momento se hizo una descomposición del ejercicio abusivo de un derecho, para luego apreciar su naturaleza en distinción con los conceptos abuso procesal y otros similares, a fin de determinar la esencia de este fenómeno.

Como **método específico** se aplicó la hermenéutica jurídica que según Aranzamendi (2013) indica: “En sentido epistémico, el método básico del conocimiento científico es la observación de los hechos o fenómenos de hechos fácticos y su interpretación (hermenéutica) para determinar su significado y sentido. (...)” (p. 101).

Es necesario que al lado de la observación se encuentre la interpretación, ya que toda ciencia como es el caso del derecho procesal se aplicó técnicas especiales en las observaciones sistemáticas y se garantizó una correcta interpretación. De esta manera, se pudo interpretar el verdadero sentido del ejercicio abusivo de un derecho.

El **tipo de estudio** del presente trabajo de investigación es tipo básico o fundamental, al respecto Carrasco (2013) señala: “es la que realiza con la finalidad de producir nuevos conocimientos para ampliar y profundizar las teorías sociales, no está dirigida al tratamiento

inmediato de un hecho concreto, (...), sino, que únicamente es una investigación para profundizar la información (...)." (p. 49.)

En el presente proyecto de investigación, es de **nivel explicativo** debido a que, nos permitió determinar las causas, para explicar por qué, el contenido del ejercicio abusivo del derecho en la Constitución Política al ser mal interpretado en concordancia con los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil genera el permiso legal para que los operadores jurídicos de mala fe puedan aplicar el ejercicio abusivo del derecho procesal y otros al respecto Hernández et al. (2010) afirman: "Los estudios explicativos (...), están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. (...), o por qué se relacionan dos o más variables" (pp. 83-84).

**El diseño** del presente proyecto de tesis, es **no experimental**, que según Carrasco (2013, p. 73) señala: "(...) permitir al investigador, analizar y estudiar la relación de hechos y fenómenos de la realidad (variables), para conocer su nivel de influencia (...)".

Al ser nuestra investigación no experimental, ya que no se manipuló las variables, sino que se estudió el ejercicio abusivo del derecho, es la razón por la que se ha optado por aplicar el diseño no experimental con la finalidad de analizar la relación de hechos y fenómenos establecidos mediante las categorías de estudio a fin de conocer el nivel de influencia que tienen también los problemas específicos.

El diseño que corresponde a la presente investigación es:

M <sub>1</sub>	O <sub>x</sub>
r	r
M <sub>2</sub>	O <sub>y</sub>

En el presente caso M está referido a los textos jurídicos sobre ejercicio abusivo del derecho; la O estará referida a la data de la información; O<sub>x</sub> estará referida a la información obtenida de la técnica del fichaje; y, la O<sub>y</sub> está referida al número de fichas trabajadas.

### **3.3. Diseño metodológico**

#### **3.3.1. Trayectoria del estudio.**

La trayectoria metodológica está referida a cómo se procedió desde el planteamiento de la metodología. En orden a la naturaleza de la investigación se empleará la interpretación exegética, la cual es considerada como la búsqueda de la voluntad del legislador (Miró-Quesada, 2003, 157), a fin de analizar los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil, asimismo se realizará una interpretación doctrinaria jurídica a la deontología kantiana, pues según Tarello (2015), quien señala: “se entiende como la interpretación llevada a cabo por los juristas de analizar las diversas posiciones doctrinarias, incluso de una corriente filosófica, de comentarios a una determinada norma, entre otros” (p. 73).

Por lo tanto, luego de identificar el problema, se determinó que la información será recabada, mediante los instrumentos de recolección de datos, a través de fichas bibliográficas, de resumen y textual. Por último, se estudió las características de las categorías de investigación, para determinar la influencia o desarrollo de uno sobre el otro, y, gracias a la argumentación jurídica, se responderán las preguntas planteadas.

#### **3.3.2. Escenario de estudio.**

El presente trabajo de investigación, al ser de enfoque cualitativo teórico de corte propositivo, tuvo como escenario el ordenamiento normativo peruano por lo que se analizaron los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil en comparación con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

#### **3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.**

La caracterización de fenómenos del presente proyecto se obtuvo a través de la aplicación de la hermenéutica jurídica que nos ayudó a desentrañar el sentido de los artículos 3, 4, 109, 112 del Código Procesal Civil y de igual manera el artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

Al ser la presente investigación de enfoque cualitativo, se analizó a los fenómenos jurídicos que surgen de las instituciones jurídicas referidas a los mecanismos de la tutela jurisdiccional en el proceso y al ejercicio abusivo del derecho, con la finalidad de saber si su influencia es positiva o negativa para el ordenamiento jurídico peruano, en caso de que sea negativa la influencia se pueda realizar una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano.

### **3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

#### **3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.**

Se hizo uso de la técnica del análisis documental, orientado a la determinación del ejercicio abusivo de un derecho como un hecho ilícito atípico frente a los hechos ilícitos tipificados en los artículos 109 y 112 del Código Procesal Civil, asimismo de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil, en contraste con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, los mismos que nos ayudaron a interpretar si lo contenido en dichos artículos vienen a ser conductas inadecuadas que luego se convertirán en abuso procesal o de lo contrario son hechos ilícitos prohibidos y además, si existe concordancia con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, Velásquez, A., y Rey, N. (2010, p. 183) indican: “(...) los documentos constituyen las fuentes principales de datos por lo que, también pueden jugar un papel importante en el proceso de comprobación de hipótesis y solución de problemas científicos”.

De conformidad a lo indicado por los autores, el análisis documental fue extraído de libros especializados de juristas expertos en el tema de investigación.

#### **3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.**

La recolección de datos se realizó por medio de las fichas textuales y de resumen, a fin de recopilar los datos que se encuentran en los diferentes textos jurídicos referidos a la determinación del ejercicio abusivo de un derecho que nos orientó a determinar si los conceptos

abuso procesal, abuso del proceso y otros son categorías que pertenecen al ámbito procesal civil o son simplemente hechos ilícitos tipificados.

### 3.3.5. Tratamiento de la información.

El tratamiento de la información obtenida mediante “la técnica del fichaje” se ha llevado a cabo en el presente trabajo de investigación a través de la “hermenéutica jurídica” con lo que se ha logrado indagar el verdadero sentido y alcance de las disposiciones normativas, que nos ha permitido explicar mediante la argumentación jurídica por ser el presente trabajo de investigación eminentemente de corte cualitativo.

En ese sentido se empleó un análisis formalizado o de contenido, con el fin de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos dispusimos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las categorías en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se usará el siguiente esquema:

**FICHA TEXTUAL o RESUMEN:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

“.....  
 .....  
 .....”

Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tendrán un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento a usar en nuestra investigación será la argumentación jurídica. Aranzamendi (2010, p. 112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: “(a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones”; “(b) Razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a

conclusiones materiales y formales”; “(c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición”; y “(d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible”.

### **3.3.6. Rigor científico.**

El rigor científico está sustentado en la lógica de la científicidad del paradigma metodológico antes señalado, la científicidad se respalda en lo señalado por Witker y Larios (1997) que en el método iusnaturalista: “Se trata de privilegiar los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y normas jurídicas, para lo cual recurre a los modelos epistemológicos más cercanos a lo metafísico y filosófico” (p. 193).

Asimismo, en el rigor científico se debe observar en la argumentación los resultados y sobre todo al contrastar los resultados que se ha tenido que debatir sobre el impacto del fundamento de los imperativos categóricos ante los presupuestos o razones de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil; asimismo, que en la exposición de las razones que ingresaron al debate, tal como ocurre como en una sentencia, en la parte considerativa, es que se arribe a una conclusión consistente y coherente, esto es que, se cumpla con los principios de la lógica jurídica: “principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido”, situación que cualquier interesado pueda refutar la inconsistencia de los argumentos dados

### **3.3.7. Consideraciones éticas.**

Al ser una investigación cualitativa teórica, “no es necesario presentar una justificación para salvaguardar la integridad o el honor de algún entrevistados o encuestados o cualquier otra modalidad fáctica-empírica”.

## Capítulo IV: Resultados

### 4.1. Descripción de los resultados

#### 4.1.1. Análisis descriptivo del primer objetivo específico.

El primer objetivo ha sido el siguiente: “Identificar de qué manera la falta de determinación de los intereses protegidos influye en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil.”; y sus resultados fueron:

**PRIMERO.** – El abuso del derecho como se ha podido indicar durante todo el marco teórico, se refiere a aquella conducta que valiéndose o sustentándose en un derecho subjetivo, que evidentemente lo respalda *a priori*, se sobrepasa en el ejercicio u omisión del mismo (ejercicio abusivo del derecho) convirtiéndose dicha conducta en antisocial.

Básicamente, surge como una forma de control al ejercicio desmedido de los derechos de las personas, que cabe indicar también que para muchos doctrinarios la terminología “abuso del derecho” sería incorrecto, pues, cuando empieza el abuso ya no se está frente al derecho, pero fuera de toda esta discusión, esta institución es una forma de control al ejercicio abusivo de los derechos a fin de que las personas sepan coexistir unas con otras.

**SEGUNDO.** - Asimismo, se tiene que tener en consideración que, el derecho requiere de dos elementos para poder funcionar, el primero está referido a las relaciones humanas dentro de una sociedad; mientras que el segundo elemento está referido a la organización de la sociedad como tal a través de normas.

Se ha de resaltar esto pues, el derecho no solo debe de ser entendido desde un ámbito puramente formal, sino que, se funda de una realidad social, por lo tanto, también la finalidad que persigan tendrá la misma suerte, y, cuando aquel derecho es ejercido desconociendo los fines de estos, se puede indicar con acierto que se incurre en un abuso del mismo.

Ordoqui (2014) con la siguiente cita describe lo indicado en este considerando: “El derecho se funda en principios básicos que explican su génesis, el fundamento del derecho no puede hallarse en nada que sea esencialmente jurídica (...)”. (p. 110)

**TERCERO.** – Con respecto a la naturaleza jurídica del abuso del derecho se exponen tres puntos de vista, pues, primero lo consideran como un acto ilícito, otros lo consideran o ubican dentro de una zona intermedia entre lo lícito y lo ilícito y otros como un acto *sui generis* o atípico.

Básicamente, bajo el primer punto de vista, al abuso del derecho lo consideran como un acto ilícito, pues, indica que todo exceso o abuso en el ejercicio de un derecho conlleva ilicitud; mientras que, la postura que lo ubica entre lo ilícito y lo lícito, refiere que, en el abuso del derecho en esencia se parte de un derecho del que se es titular, es decir, desde una posición lícita, pero en la medida que se ejercita pasa a ser ilícita.

En resumidas cuentas, con la siguiente cita se llegará a entender este segundo punto de vista; Bernal (1982) refiere que: “Lo que se lesiona en el abuso de derecho no es el derecho objetivo sino la conciencia social. No se puede establecer una antítesis radical, sino que exista como una zona intermedia (...)” (p. 154).

Por el tercer punto de vista, como un acto *sui generis* en principio se indica que un acto o está prohibido o permitido, por lo tanto, no cabe términos medios; lo que refiere esta postura es que el abuso del derecho se sitúa casi igual que el fraude a la ley, pues, primero inician con una acción bajo el respaldo de una norma, pero posteriormente, se produce un daño con intención o no, el mismo que es injustificado bajo los parámetros de los principios generales del derecho.

Es necesario precisar que el ejercicio abusivo de un derecho, es muy distinto a una actividad ilícita, ya que en esta actividad ilícita se debe “constatar en absoluto y en abstracto la

inexistencia de un derecho”, mientras que, en el abuso del derecho se debe considerar que: “una evaluación que se limita a excluir la legitimidad de la modalidad de ejercicio del derecho en las circunstancias de hecho”, por ello es que el presupuesto para el abuso del derecho es que éste exista y que quién lo ejerza sea su titular, de lo contrario no estaríamos ante un abuso de derecho, sino de otro tipo de ilícito.

Mediante un ejemplo, podemos comprender, si una persona tiene como propósito dilatar de manera innecesaria un proceso de ejecución, el ejecutado interpone un recurso de apelación contra la resolución que emite la Sala Civil de la Corte Suprema que resuelve un recurso de casación en su contra, entonces, esto no se puede considerar como abuso de derecho, ya que no tiene el derecho a apelar esa decisión, el actuar de esta manera es una actividad ilícita. Por el contrario, si la persona por dilatar el tiempo de la ejecución interpone un recurso de casación contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior, ese acto es un supuesto de ejercicio abusivo de derecho, ya que la medida que está aplicando es un derecho que está amparado en la ley, pero con fines distintos a aquellos que prevé el ordenamiento normativo procesal.

Por eso, no toda infracción de una norma procesal es un abuso, sino solo el ejercicio impropio, aquel comportamiento inadecuado de cualquier situación jurídica procesal activa.

**CUARTO.** – A su vez, existen tesis del abuso del derecho, por una parte, la tesis negativa, niega la posibilidad de existencia de un ejercicio abusivo del derecho, pues, cuando el derecho ejercido de forma desmedida o abusiva este mismo cesa, pasando al ámbito de lo ilícito; por lo tanto, el ejercicio del derecho no es más que un principio general con un contenido autónomo, pero que también puede obtener dicho contenido gracias a otros principios.

La tesis positiva indica básicamente que, el abuso del derecho va más allá de la concepción meramente formal del ordenamiento jurídico, pues, se debiera considerar los fines,

valores y los principios de cada norma cuestionada o analizada, es por ello que se resalta lo que Alterini (1963) referiría: “El campo de la transgresión normativa es mayor que el del ilícito y no todo lo lícito es honesto y correcto” (p. 22).

Por lo tanto, llegando a una pequeña síntesis de ambas tesis, en el abuso del derecho se actúa desviándose de la función social del derecho, además, de la existencia de una móvil ilegítimo al titular del derecho.

**QUINTO.** – La buena fe constituye un límite al ejercicio de los derechos, es decir, será una directiva de conducta basada en valores como la lealtad, honestidad, solidaridad y hasta diligencia, que las personas deberán de tener en cuenta dentro sus relaciones con otras personas.

También se puede referir de la buena fe como un principio general del derecho que no puede ser eludido por las personas, un claro ejemplo es lo que prescribe el artículo 1362 del Código Civil peruano cuando indica: “Los contratos deben de negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

**SEXTO.** – Los presupuestos para la configuración del abuso del derecho básicamente son los siguientes:

El primer presupuesto evidentemente está referido primero a la existencia de un derecho subjetivo, pues, el mismo nombre de la figura lo da a entender, ya que se refiere al ejercicio abusivo de un derecho que una persona *a priori* tiene, pero que ciertamente se excede en el ejercicio del mismo, es decir, sobrepasa los límites de lo permitido al afectar a otras personas.

El segundo presupuesto, se refiere al conflicto de intereses ajenos, es decir, el segundo presupuesto está orientado a la existencia de una transgresión de un deber genérico implícito en el ejercicio de todo derecho subjetivo.

El tercer presupuesto está referido al ejercicio del derecho subjetivo de forma irregular, es decir, que se ejercite contrario a lo socialmente admisible.

El cuarto presupuesto está referido a que en el ejercicio abusivo de un derecho se afecte un interés ajeno que no esté especificado en la norma de forma expresa, es decir, se tutela supuestos atípicos, pero en donde aquel daño causado o interés ajeno afectado sea relevante jurídicamente.

Finalmente, los últimos presupuestos están referidos a la existencia de una relación de causalidad entre el ejercicio del derecho y la afectación del interés ajeno; y, el último presupuesto referido a que el daño generado sea imputable al que ejerce el derecho de forma abusiva y que este sea ejercido sin una causa justa alguna.

**SÉPTIMO.** – El ámbito de aplicación no solo se circunscribe a la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de un derecho de forma abusiva tras el acaecimiento de daños que transgredan el deber general de no dañar a otro, pues, evidentemente, al ser un principio general del derecho, es posible aplicarlo en cualquier supuesto en donde se ejerza el abuso de un derecho, porque este tipo de principios son generales, es decir, se podrían aplicar de manera supletoria o de forma directa tras el ejercicio abusivo de un derecho.

**OCTAVO.** – En general, el ejercicio abusivo del derecho no se refiere a todos aquellos supuestos atípicos ilícitos que son rechazados evidentemente por el ordenamiento jurídico, no son atípicos pues el supuesto como tal no está previsto en el ordenamiento jurídico, sino que, se llega a él a través de un análisis, el mismo que girará en torno a los presupuestos antes analizados, pero que tienden a confundirse en esencia con aquellos actos ciertamente abusivos dentro de un proceso por ejemplo, pero que estos supuestos son típicos, porque el Código Procesal Civil los regula e incluso prevé la sanción que se esperaría frente a estos casos. Por ello, el ejercicio abusivo de un derecho es diferente de una actividad ilícita.

**NOVENO.** – Los mecanismos de tutela jurisdiccional son aquellos que se encuentran como un sistema de elementos en interacción hacia una integración de protección jurisdiccional de los ciudadanos de un Estado de derecho democrático moderno; es decir, que la tutela jurisdiccional está orientada a la protección de los derechos de las personas, a través de la jurisdicción que tiene el Estado, entendida como un poder y un deber que posee para solucionar o tratar de resolver los conflictos de intereses y/o incertidumbres jurídicas.

**DÉCIMO.** – Para el entendimiento de la tutela sustancial, se debe de indicar que, lo que se protege en esencia son los derechos materiales o sustanciales de las personas, es decir, ante cualquier afectación o inminente peligro, estos puedan recibir tutela por parte del Estado gracias a la jurisdicción que este posee.

El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano refiere respecto a la tutela jurisdiccional efectiva lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. Es decir, las personas tienen la posibilidad de defender sus derechos o en todo caso ejercitarlos gracias a la tutela que brinda el Estado.

**DÉCIMO PRIMERO.** – Ahora bien, también el Estado provee tutela antes y durante el proceso; este último resalta pues, mediante esta forma de tutela espera que los derechos y libertades de las personas no sean vulnerados en el proceso, ya sea por el mismo Estado o por cualquier otra personas que realice un ejercicio abusivo de su derecho; es por ello que, también es justo indicar que el órgano jurisdiccional correspondiente cumpla ya haga cumplir todas las garantías de la administración de justicia para impartir soluciones justas. El “artículo 103 de la Constitución Política del Perú” no ampara el ejercicio abusivo de un derecho.

**DÉCIMO SEGUNDO.** - El Estado impone las normas y demás mecanismos que serán necesarias para la solución conflictos jurídicos e incertidumbres jurídicas, los mismos que

evidentemente serán tramitados ante el Poder Judicial, sin desconocer a los otros órganos de jurisdicciones especiales.

Asimismo, indicado que toda la función jurisdiccional se ejerce bajo los parámetros que el mismo ordenamiento jurídico ha establecido, y sobre todo lo que ordena la Constitución.

Debemos precisar, que entre el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y los artículos 3 y 4 del Código Procesal vigente, no existe concordancia, debido a que la norma constitucional no ampara el ejercicio abusivo de un derecho, sin embargo, el artículo 3 del Código Procesal Civil prescribe: “Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admite limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”. Por lo tanto, el artículo 3 permite el ejercicio abusivo de un derecho, mientras que el artículo 4 solo ampara el ejercicio abusivo de un derecho al interponer una demanda irregular, con solo el resarcimiento de una indemnización y con el pago de costas y costos, así como las multas, pero no anula el proceso.

#### **4.1.2. Análisis descriptivo del segundo objetivo específico.**

El objetivo dos ha sido: “Determinar de qué manera los lineamientos de protección constitucional influye negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil.”; y sus resultados fueron:

**PRIMERO.** – En los considerandos primero al octavo del objetivo primero, se ha desarrollado la información pertinente referido al ejercicio abusivo del derecho, detallando cuestiones importantes sobre esta institución, por lo que, ya no se volverá a tocar este tema; en tal sentido, solo faltaría por desarrollar lo referido a los lineamientos de protección constitucional.

**SEGUNDO.** – Los principios y derecho de la función jurisdiccional están indicados principalmente en la Constitución Política del Perú en su artículo 139, pues, indica principios

importantes como el de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el principio de independencia, el debido proceso, de publicidad y demás.

**TERCERO.** – Ya habiéndose desarrollado lo referido a los mecanismos de tutela en líneas generales en el objetivo primero, en su considerando noveno, ya no se tocará este tema, pero en el siguiente considerando se tratará lo referido a la tutela procesal.

**CUARTO.** – Como lineamientos de protección constitucional debemos citar al artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que expresamente dispone que no se ampara el abuso del derecho sin distinguir si los derechos a los que se refiere son de naturaleza procesal o no, sin embargo, el abuso del derecho se encuentra prohibido.

En ese orden de ideas, el “artículo 4 del Código Procesal Civil” se refiere al ejercicio abusivo de derecho de acción, sin embargo, no toma en consideración otros derechos como el derecho de defensa o la tutela cautelar. Del mismo modo, como ya indicamos el artículo 3 del Código Procesal Civil permite que se pueda aplicar el ejercicio abusivo de un derecho, por lo que no está con concordancia con el artículo 103 de la Constitución.

**QUINTO.** - En principio, la tutela procesal está compuesta por la acción, jurisdicción y proceso; que de forma conjunta tiene como finalidad la tutela jurisdiccional evidentemente.

En ese sentido, para materializar la tutela jurisdiccional esperada se han de dividir los procesos en diferentes tipos, que responden a la naturaleza de la pretensión; encontrándose de esta forma los procesos cognitivos, ejecutivos y cautelares, o también llamados por otra parte de la doctrina como tutela cognitiva, ejecutiva y cautelar, pero en ambos casos la esencia es la misma.

**SEXTO.** – En la tutela cognitiva, como su mismo nombre lo sugiere, se trata de conocer una situación jurídica, es decir, lo que se espera es investigar o buscar cierta verdad para así dictar una sentencia declarativa, constitutiva o de condena.

Dentro de la tutela cognitiva también podemos encontrar a la tutela declarativa, constitutiva y cognitiva de condena; mediante la primera lo que se busca es declarar un derecho existente, mediante el segundo lo que se busca es modificar una situación jurídica y por el último, lo que se busca el cumplimiento, imposición o satisfacción de una obligación, que en su mayoría es de dar una suma dineraria.

**SÉPTIMO.** – Por tutela cautelar, se busca coadyuvar en la efectividad de la tutela judicial, o como indicaría Monroy (2002) señala: “La tutela cautelar no es más que una forma de protección procesal (al igual que cognitiva o la ejecutiva) que resuelve las controversias destinadas a asegurar la mencionada efectividad” (pp. 49, 128, 129). Entonces, lo que se busca es asegurar la decisión judicial que se vaya a tomar.

Es por ello que, los presupuestos para la obtención de una medida cautelar son: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida y otorgar contracautela.

**OCTAVO.** – Mediante la tutela ejecutiva lo que se busca es satisfacer una situación jurídica de ventaja o ya cierta (en teoría), pues, de por medio existe un título ejecutivo, que adquirió tal mérito gracias al mismo ordenamiento jurídico.

## 4.2. Contrastación de los supuestos

### 4.2.1. La Contrastación del primer supuesto específico.

El primer supuesto específico es el siguiente: “La falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

**PRIMERO.** – En realidad, cuando se está bajo el ejercicio abusivo de un derecho, se está ante un evidente el ejercicio de un derecho subjetivo, que *a priori* o desde una concepción externa está dentro de los límites objetivos de una norma, es decir, en apariencias parece ser lícito, pero no lo es porque se ejerce fuera de la finalidad que la misma norma tiene o de los principios que inspiran al mismo ordenamiento jurídico, como la buena fe.

En esencia, con el ejercicio abusivo de un derecho se atropella un interés legítimo, pero que aún no está protegido jurídicamente, es por ello que se dice que el ejercicio abusivo del derecho se refiere a un supuesto atípico ilícito; y, pues no identificar aquellos intereses protegidos e incluso los presupuestos para la configuración de un ejercicio abusivo de un derecho se perdería una efectiva tutela jurisdiccional, pues contrariamente a ello se reafirmaría en muchos aspectos el desmedido ejercicio de un derecho a fin de dañar.

**SEGUNDO.** – La tutela sustancial esperada, es decir, aquella que vela por la protección de los derechos sustanciales o materiales se ven seriamente comprometidos por la falta de determinación de los intereses comprometidos, pues, una persona podría estar ejerciendo de forma abusiva su derecho y no recibir la consecuencia esperada frente a tal situación, es más, ni consecuencia alguna podría acaecerse.

Lo que se busca con no amparar el ejercicio abusivo de un derecho es que, no se exceda o transgreda la finalidad para la que fue conferida el derecho, así como también para evitar

sobrepasar los límites de la buena fe, es decir, como indica Ordoqui (2014): “El abuso de derecho salvaguarda la coherencia y sistematización de los principios generales y la aplicación de los derechos subjetivos” (p. 155).

**TERCERO.** – Entonces, con acierto se puede llegar a indicar el ejercicio abusivo de un derecho surge como consecuencia de la aplicación anormal, irregular o de un derecho subjetivo, por lo que aquel ejercicio que en principio era lícito, luego transgrede fines, valores, principios o intereses ajenos que pueden no estar expresamente en la norma, pero que merecen de tutela.

También equivaldría a decir, con acierto que, el ejercicio abusivo del derecho no es una actividad ilícita, esto último porque se actúa ciertamente invocando un derecho, pero transgrediendo principios generales o valores que pueden no estar expresamente en la misma norma, sino que, se llega a ella algunas veces interpretando, pero trasgrediendo fines para los que no estaba prevista esa norma.

**CUARTO.** – Entonces, los límites protegidos cuando se alega un ejercicio abusivo del derecho pueden o no estar expresos dentro de un ordenamiento jurídico, en realidad si lo está o no, no debería de afectar la esencia de la misma institución, que es como se indicó citando a Ordoqui (2014) “[Es la] salvaguarda [de] la coherencia y sistematización de los principios generales y la aplicación de los derechos subjetivos”; y, si por ejemplo, aquellos principios generales están representados de forma expresa en el ordenamiento jurídico no habría problema alguno, incluso facilitaría la labor de determinación si estamos ante un ejercicio abusivo del derecho.

Pero evidentemente si falta la determinación de lo que se protege o trata de proteger mediante esta institución, las personas serían víctimas de abuso de derecho, *ergo*, sus derechos materiales tampoco podrían ser tutelados, pues, peor aún sería el caso si estamos ante un

ejercicio abusivo del derecho dentro de un proceso en donde se trate de reconocer por ejemplo un derecho esencial como el de alimentos.

**QUINTO.** - Además, a causa de la falta de determinación de los intereses tutelados, se podría tener concepciones o posiciones dispares, que se traduciría en falta de seguridad jurídica, puesto que, la forma de resolver casos similares podría llegar a tener caminos o soluciones diferentes.

Es necesario identificar los intereses tutelados, para poder determinar cuándo estamos frente a un supuesto ilícito o cuando ante un ejercicio abusivo del derecho, para que así se pueda solicitar la tutela correspondiente para este caso, que normalmente se solicita indemnizaciones y sumado a la solicitud de alguna medida cautelar con la finalidad de modificar la situación jurídica que pueda estar afectando o en general asegurar los efectos de la sentencia, en el caso de un supuesto ilícito y si es el ejercicio abusivo de un derecho sancionar dicha conducta y sin permitir dicho ejercicio, pero que tenga que estar establecido expresamente en la norma.

**SEXTO.** – En general cuando no se tienen en cuenta los intereses protegidos con cualquier institución jurídica, su aplicación será defectuosa, pues, al no saber su verdadero alcance, se pueden limitar los aplicadores del derecho a resolver u optar por la aplicación de la institución en estudio siguiendo una línea equívoca o incompleta, el mismo que se traduce en una tutela poco efectiva de los derechos sustanciales de las personas.

Asimismo, la determinación de los intereses protegidos ayuda en el caso en concreto a ir más allá de la protección de los derechos de forma ciertamente automatizada y superficial, pues, para el caso del ejercicio abusivo del derecho se espera que primero se tenga en consideración los fines mismos de los derechos y los principios generales del derecho, siendo

el más común el principio de buena fe, que debe de imperar en todas las relaciones entre las personas.

En conclusión, **la falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil**, pues, si no se puede determinar qué intereses se protegen no se podrán aplicar las instituciones jurídicas correctamente, tomando en ocasiones posturas disparejas que lo único que realizan es afectar la seguridad jurídica de las personas e influenciar negativamente en la tutela de los derechos sustanciales o materiales de una persona.

Por lo tanto, el primer supuesto específico que señala: **“La falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil”**, **SE CONFIRMA**, porque se ha demostrado que, al determinar los intereses protegidos constitucionalmente, no existen los conceptos jurídicos en el Código Procesal Civil referidos al “abuso procesal”, “abuso de tutela ejecutiva”, lo que afecta a los mecanismos de tutela sustancial en nuestra legislación civil.

#### **4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.**

El segundo supuesto específico es el siguiente: “Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

**PRIMERO.** – En primer lugar, se tiene que dejar por sentado que *a priori* los lineamientos de protección constitucional en teoría ayudan al resguardo como su mismo nombre lo da a entender de la Constitución, sin embargo, para el caso en específico, con respecto al ejercicio abusivo del derecho, aquellos lineamientos son mal interpretados por la complejidad o en ocasiones por el desconocimiento al parecer de esa institución, que

evidentemente los efectos que en teoría se esperarían no las generan, al contrario tienden a ser negativos para la tutela jurisdiccional efectiva que las personas merecen.

**SEGUNDO.** – El problema surge al interpretar el “artículo 103 de la Constitución Política del Perú” que, en la parte final señala: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”, taxativamente no indica si se refiere al derecho material o procesal, sin embargo, queda entendido que se encuentra prohibido el abuso del derecho.

**TERCERO.** – En cuanto a los principios y derechos de la función jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se encuentran por ejemplo en el numeral 3 la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en el numeral 14 el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, son interpretados por los abogados y magistrados en concordancia con el “artículo 3 del Código Procesal Civil” que indica lo siguiente: “ Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”.

**CUARTO.** – Como se puede advertir entre los lineamientos de protección constitucional y la legislación procesal civil, cuando son erróneamente interpretados permiten que la persona por intermedio de su abogado pueda aplicar el ejercicio abusivo de un derecho en contra de otra persona aplicando los mecanismos establecidos en la legislación procesal civil, como por ejemplo a sabiendas que es ocupante precario en un proceso de desalojo, puede interponer contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior un recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, solo con el fin de dilatar innecesariamente el proceso y seguirse beneficiando en la posesión del bien inmueble, solo porque se lo permite la ley procesal y no existe mecanismos específicos que eviten este ejercicio abusivo del derecho, solo el artículo 103 de la Constitución, que señala que la Constitución no ampara el abuso del derecho, es muy genérico y no se encuentra tampoco

mecanismos que eviten este abuso en la legislación procesal civil, de manera que erróneamente interpretados permiten ese ejercicio abusivo del derecho.

**QUINTO.** – Los lineamientos de protección constitucional deben ser interpretados en favor de no aplicar el ejercicio abusivo del derecho, pero para que esto resulte efectivo, es necesario modificar no solo el “artículo 3 del Código Procesal Civil”, sino también el artículo 4 del mencionado Código, ya que solo ampara el abuso de derecho contra el derecho de acción y no con otras instituciones como el de contradicción y tutela ejecutiva, que son continuamente afectados por las dilaciones innecesarias de los malos litigantes que aplican el ejercicio abusivo del derecho, porque la ley se los permite y aunado a una errónea interpretación de abogados y magistrados que no cumplen con la ética y moral que se requiere.

**SEXTO.** - Los operadores de justicia al no tener claro la finalidad de las normas protegidas, que en muchos de los casos se llegan a través de la interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, no pueden llegar a aplicar correctamente instituciones como la del ejercicio abusivo del derecho, pues, como se indicó citando a Ordoqui (2014)

(...), es una de las formas o de las modalidades de la ilicitud que se caracteriza por partir del ejercicio de un derecho subjetivo y transgredir fines, valores o intereses de terceros que, si bien pueden no estar referidos expresamente en la norma, están protegidos por el orden jurídico.

Por lo tanto, si aquellos fines, valores no son delimitados debidamente, los operadores del derecho seguirán con las mismas dudas y seguirán optando por interpretaciones diferentes que lo único que generarán son decisiones diferentes y por tanto se vulneraría el principio de seguridad jurídica, así como también las personas estarían expuestas a no recibir una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

**SÉPTIMO.** – La existencia de lineamientos de protección constitucional sin un contenido específico o sin un norte claro no ofrecen garantías suficientes de cumplimiento efectivo y/o uniforme por todos los operadores de justicia.

Pues, por ejemplo, si durante un proceso judicial alguna de las partes realiza actos temerarios o con mala fe a fin de prolongar o retardar un proceso, pues, existe una intención de dañar a la otra parte, en aquel supuesto el juez al no tener claro si se está ante un ejercicio abusivo del derecho y cómo aplicarlo, puede presentarse normalmente tres supuestos, el mismo que es multar a la parte que realizó actos temerarios sin más, o también podría ser que se multe a la parte temeraria y que la parte afectada interponga una demanda por indemnización por daños y perjuicios y último supuesto es que no haga nada.

Evidentemente, se presenta tres supuestos que fácilmente podrían suceder, que, al fin y al cabo, el que podría verse más perjudicado es el afectado por el ejercicio abusivo del derecho de la contraparte, que normalmente es el demandante; pero nada obsta que sea viceversa, pero en todo caso la tutela procesal en ambos casos estaría afectada.

En conclusión, **“Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil”**, debido a la errónea interpretación que realizan los operadores jurídicos sobre los lineamientos de protección constitucional, ya que por un lado, los conceptos jurídicos referidos al ejercicio abusivo de derecho, no se encuentran debidamente delimitados en su acepción, lo que ocasiona que los mecanismos de tutela procesal al no estar incorporados dichos conceptos jurídicos, los mecanismos de defensa no son suficientes como para evitar el ejercicio abusivo de derecho.

Por lo tanto, el segundo supuesto específico que señala: **“Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil”**, **SE CONFIRMA**, porque se ha demostrado que, los mecanismos de

defensa constitucional como el abuso de derecho es, un concepto muy generalizado, sin especificar si es sustancial o procesal, por lo que afecta a los mecanismos de tutela procesal en nuestra legislación civil.

#### **4.2.3. Contrastación del supuesto general.**

El supuesto general es el siguiente: **“La generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil”**.

Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

**PRIMERO.** - Con el ejercicio abusivo de un derecho se vulnera un interés legítimo, pero que aún no se encuentra protegido jurídicamente, siendo el ejercicio abusivo del derecho un supuesto atípico ilícito; y, al no encontrarse determinado los intereses protegidos e incluso los presupuestos para su configuración, se perdería una efectiva tutela jurisdiccional y se confirmaría el excesivo uso del ejercicio de un derecho a fin de dañar.

**SEGUNDO.** – En este contexto, al no determinarse qué intereses se protegen no se podrán aplicar las instituciones jurídicas eficazmente, surgen distintas interpretaciones de los operadores jurídicos que afectan la seguridad jurídica en un Estado de derecho democrático y también afecta a la tutela de los derechos sustanciales o materiales de una persona.

**TERCERO.** - Al interpretar el “artículo 103 de la Constitución Política del Perú” que, en la parte final señala: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”, de forma expresa no prescribe si se encuentra referido al derecho material o procesal, sin embargo, se entiende que se encuentra prohibido el abuso del derecho en general.

**CUARTO.** - Los lineamientos de protección constitucional y la legislación procesal civil, cuando se interpreta erróneamente permiten que la persona por intermedio de su abogado pueda aplicar el ejercicio abusivo de un derecho en contra de otra persona, ya que el artículo 3 del Código Procesal Civil, al señalar que no admite limitación ni restricción por el ejercicio de

derecho de acción y contradicción no contiene en su texto el ejercicio abusivo de un derecho, que sería el límite para ocasionar daño a las personas; del mismo modo, el “artículo 4 del Código Procesal Civil”, solo ampara el ejercicio irregular del derecho de acción, pero no ampara el derecho de contradicción.

En conclusión, **“La generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil”**, debido a que se vulnera un interés legítimo, que no se encuentra protegido jurídicamente, siendo el ejercicio abusivo del derecho un supuesto atípico ilícito y al no determinarse qué intereses se protegen, se interpretan de forma errónea los lineamientos de protección constitucional y la legislación procesal civil.

Por lo tanto, el supuesto general que señala: **“La generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil”**, **SE CONFIRMA**, porque se ha demostrado que, el artículo 103 de la Constitución vigente, contiene el concepto abuso del derecho que es muy genérico y que los “artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil”, que mantienen en su texto omisión del ejercicio abusivo de derecho y protección de forma parcial correspondientemente, afectan los mecanismos de tutela jurisdiccional.

### **4.3. Discusión de resultados**

De esta manera se ha llegado a demostrar que la generalidad del ejercicio abusivo del derecho influye negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de la tutela jurisdiccional en la legislación nacional, esto debido a que, el ejercicio abusivo del derecho tiende a tener una interpretación tan dispareja que sectores de la doctrina han tomado posiciones contrarias, los mismos que han llegado a tener diferentes interpretaciones dentro de

los operadores del derecho, el mismo que influye negativamente en la tutela de los derechos de las personas.

El ejercicio abusivo de un derecho debe de ser respetando los límites que el mismo ordenamiento jurídico enmarca y solo ello, sino que, también se tiene que tener en cuenta los fines, valores o intereses ajenos que evidentemente muchos de estos no están expresamente en la norma, sino que se encuentran implícitos, como el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y otros que al ser interpretados en concordancia con los “artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil vigente”, permiten que las personas puedan aplicar un ejercicio abusivo del derecho con fines diferentes a los que la ley indica como la justicia, probidad, equidad, etc., en cambio cuando se aplica el ejercicio abusivo del derecho se realiza con fines dilatorios innecesarios o para perjudicar a la parte contraria o a terceros, porque al no existir en la ley mecanismos que eviten este ejercicio abusivo del derecho, entonces los lineamientos constitucionales erróneamente interpretados seguirán perjudicando a los ciudadanos de buena fe.

Ahora, tenemos que tener en cuenta que la falta de determinación de los intereses protegidos mediante el ejercicio abusivo del derecho, trae peligrosamente a colación la creación de otras formas de pseudo instituciones jurídicas referidas arbitrariamente, que tienden a confundirse con lo que propiamente debe de ser abuso del derecho.

Ante aquella falta de determinación de los intereses protegidos los únicos que se llegan a perjudicar son los que fueron y solicitaron tutela jurisdiccional “efectiva”, que evidentemente en su mayoría son las víctimas del ejercicio abusivo de un derecho, que pudieron haber sido víctima durante un proceso judicial o fuera de él, pero en todo caso, se afecta a aquel tercero.

Es en ese sentido que, el ejercicio abusivo de un derecho transgrede un interés legítimo, que aún no está protegido jurídicamente, pero que la falta de determinación de los intereses

protegidos y aunado a la errónea interpretación de los lineamientos de protección constitucional, influyen negativamente en la tutela jurisdiccional efectiva. Es así que, se ha llegado a se llega a indicar que:

- La falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil.
- Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil.

Ahora, también se tiene que reconocer que se pudo haber seguido ahondando con respecto a la institución mal llamada abuso del derecho, teniendo en cuenta más que nada su evolución histórica, para poder así avizorar de mejor forma en qué momento y contexto se llega a reconocer dicha institución.

Ahora bien, tenemos a la investigación que lleva por título: “La Aplicación del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Administrativo”, por Gonzáles (2016), el mismo que tuvo como objetivo principal demostrar la posibilidad de extender la aplicación del abuso del derecho al ordenamiento jurídico público administrativo; asimismo, se tiene a la investigación titulada: “El derecho a la tutela judicial efectiva y su aplicación al medio de control reparación directa en Colombia”, por Melón & Ortega (2017), el que tuvo como objetivo principal analizar la conceptualización jurisprudencial de la tutela judicial efectiva como derecho y garantía en Colombia y su aplicación al medio de control reparación directa.

Con respecto a antecedente nacionales, se tiene a la investigación titulada: “Criterios para la calificación del ejercicio abusivo del derecho en la administración de justicia en la Corte Superior de Ancash, periodo 2006 – 2008”, Jara (2016), que tuvo como objetivo principal evaluar si el establecer criterios para la calificación del ejercicio abusivo del Derecho, favorece

a una mejor Administración de Justicia por parte de los Magistrados de la Corte Superior de Ancash. Además, se tiene a la investigación titulada: “El ejercicio abusivo de derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales”, por Rodríguez (2019), que tuvo por objetivo realizar una adecuada interpretación del artículo 690-D del Código Procesal Civil, a efectos de incluir el abuso de derecho como sustento de contradicción de los procesos de ejecución de garantías reales, otorgándose así una adecuada tutela jurisdiccional al ejecutado, y generándose un criterio judicial sistemático para su identificación y posterior sanción.

Finalmente, se sugiere estudiar lo referente a la delimitación y consecuencia derivadas del fraude a la ley y su relación con el principio de buena fe.

#### **4.4. Propuesta de mejora**

Se recomienda tener en cuenta los siguientes presupuestos a tener en cuenta para identificar si se está ante un ejercicio abusivo de un derecho:

- El primer presupuesto evidentemente está referido primero a la existencia de un derecho subjetivo.
- El segundo presupuesto, que se esté ante un conflicto de intereses ajenos.
- El tercer presupuesto, que se esté ante un ejercicio del derecho subjetivo de forma irregular.
- El cuarto presupuesto está referido a que en el ejercicio abusivo de un derecho se afecte un interés ajeno que no está especificado normalmente en la norma de forma expresa.
- Es necesario la modificación del artículo 3 y 4 del Código Procesal Civil, a fin de que exista concordancia con el artículo 103, parte final, de la Constitución Política del Perú.

- Es necesario que se apliquen mecanismos procesales para evitar el ejercicio abusivo del derecho, siempre que la ley lo permita y los operadores jurídicos interpreten los verdaderos fines que protegen los lineamientos constitucionales como es buscar justicia, verdad, celeridad y honestidad, y no buscar la dilación innecesaria o el perjuicio de la parte contraria o de terceros.

#### **4.4.1. Proyecto de ley de modificación.**

### **PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

El abuso de derecho se encuentra prescrito en el “artículo 103 de la Constitución Política del Perú”, que en el último párrafo señala: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”, en este caso, no se precisa si es de naturaleza sustancial o procesal, pero se debe entender que se encuentra la conducta prohibida, en ese sentido, el artículo 3 del Código Procesal Civil prescribe: “los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admite limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”, como se puede advertir, los derechos de acción y contradicción no tienen limitación alguna para su ejercicio, sin embargo, ningún derecho constitucional es ilimitado, y en ese sentido el artículo 103 de la Constitución no ampara el abuso del derecho, por lo que el “artículo 3 del Código Procesal Civil”, no tiene congruencia con el artículo 103 de la Constitución vigente.

En cuanto al “artículo 4 del Código Procesal Civil”, que prescribe: “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio de derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido (...)”, como se puede inferir el mencionado artículo se refiere al ejercicio abusivo del derecho de acción y excluye al derecho de defensa y la tutela cautelar, por lo que deviene en deficiente lo regulado en el mencionado artículo.

Por lo tanto, si en la realidad fáctica se genera el abuso del derecho, se presenta un problema ya que, en el Código Procesal Civil, no existe una norma que determine de forma precisa dicho agravio, solo en el caso que se inició un proceso en el que se aplique el ejercicio abusivo del derecho, este sería materia de nulidad a través del artículo 178 del Código Procesal Civil referido al proceso fraudulento. Del mismo modo, el artículo 621 del Código Procesal Civil que sanciona por medida cautelar innecesaria o maliciosa, no trata sobre la posibilidad de impedir el ejercicio abusivo del derecho a la tutela cautelar o que se deje sin efecto la resolución cautelar que se expide en base al ejercicio abusivo del derecho.

### **ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO**

La modificación de los “artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil”, beneficiará a las personas que son perjudicadas al aplicarse el ejercicio abusivo de un derecho, ya que si se encuentra debidamente determinado en el Código Procesal Civil, se evitará decisiones disímiles, debido a una inadecuada interpretación, por no contar dicha legislación la determinación precisa y la prohibición del ejercicio abusivo de un derecho, por lo que la modificación de los mencionados artículos brindará seguridad jurídica y existirá entre estos artículos y el artículo 103 de la Constitución, la congruencia constitucional en un Estado de derecho democrático.

Al haberse fundamentado el beneficio a los ciudadanos de una parte de la sociedad, la modificación no genera pérdida de costos en lo que corresponde a las atribuciones o facultades de los ciudadanos.

## I. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

### Propuesta modificatoria:

CÓDIGO PROCESAL CIVIL	Formula normativa propuesta
<p>Artículo 3. - Regulación de los derechos de acción y contradicción Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código.</p> <p>Artículo 4. – Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción 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 establecidos en el proceso terminado.</p>	<p>“<b>Artículo 3.</b> - Regulación de los derechos de acción y contradicción Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código. <b>Este Código no ampara el abuso del derecho en el ejercicio del derecho de acción y contradicción.</b></p> <p><b>Artículo 4.</b> – Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción 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 establecidos en el proceso terminado. <b>Del mismo modo, no se ampara el ejercicio del derecho de contradicción y de tutela cautelar, los afectados pueden accionar conforme lo señala el primer párrafo.</b></p>

En esta propuesta se exige que cuando se aplica el abuso del derecho prescrito en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, ya sea sustancial o procesal, los artículos correspondientes a los derechos de acción, contradicción y tutela cautelar del Código Procesal Civil, incorporen en los dispositivos pertinentes la prohibición del abuso del derecho y si es

que ya se produjo sancionar con una indemnización por daños y perjuicios, con lo que se conseguirá la congruencia constitucional entre los dispositivos de menor jerarquía del Código Procesal Civil con la Constitución Política del Perú.

## CONCLUSIONES

1. Se identificó que la falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil, pues, al no poder determinar qué intereses se protegen no se podrán aplicar las instituciones jurídicas correctamente, tomando en ocasiones posturas disparejas que lo único que hacen es afectar la seguridad jurídica de las personas e influenciar negativamente en la tutela de los derechos sustanciales o materiales de una persona.
2. Se determinó que los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente al ser erróneamente interpretados en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil, pues, tampoco estos lineamientos son lo suficientemente claros al punto que permitan una aplicación correcta de la institución jurídica del abuso del derecho, a fin de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, como es el caso de los artículos 103 y 139 inciso 3 y 14 de la Constitución Política del Perú que al ser interpretados con los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil permiten el ejercicio abusivo del derecho.
3. Se analizó que la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil, pues, el ejercicio abusivo del derecho es un instituto demasiado amplio que no solo se remarca dentro de lo que expresamente vaya a indicar un norma, sino que, para determinar si es un ejercicio abusivo o no del derecho se tiene que ver la finalidad, valores e incluso principios del mismo ordenamiento jurídico que no siempre estará de forma explícita dentro de la norma, por tal indeterminación se tiende a tergiversar y la aplicación del mismo influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda la **difusión** de los resultados de la presente investigación en diversos espacios académicos.
- Se recomienda tener en cuenta los siguientes criterios para la identificación de cuándo se está ante un ejercicio abusivo de un derecho:
  - El primer presupuesto evidentemente está referido primero a la existencia de un derecho subjetivo. -El segundo presupuesto, que se esté ante un conflicto de intereses ajenos. -El tercer presupuesto, que se esté ante un ejercicio del derecho subjetivo de forma irregular. -El cuarto presupuesto está referido a que en el ejercicio abusivo de un derecho se afecte un interés ajeno que no está especificado normalmente en la norma de forma expresa. Asimismo, la modificación de los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil a fin de que exista concordancia con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, de conformidad a los fines que establece la ley como la justicia, la verdad y celeridad.
- Se recomienda **a otros investigadores** realizar nuevos estudios referente a la delimitación y consecuencia derivadas del fraude a la ley y su relación con el principio de buena fe.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alterini. (1963). *El incumplimiento considerado en si propio*. Argentina. Editorial Abeledo Perrot
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica; Diseño del proyecto de investigación; Estructura y redacción de la tesis*. Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo Teórico-Práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Perú: Editora y Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Ariano, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista.
- Atienza & Manero, L. (2000). *Ilícitos Atípicos*. Madrid. Editorial 2 Ed. Trotta.
- Bernal, M. (1982). *El abuso de Derecho*. Madrid. Editorial Montecorvo.
- Breccia, Et Al (1992). *Derecho Civil*. Colombia: Editorial Universidad Externada.
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Cortés, M. e Iglesias, M. (2004). *Generalidades sobre metodología de la investigación*. México: Universidad Autónoma del Carmen.
- Devis, H. (1983). *Compendio de Derecho Procesal Civil, Parte General*. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Espinoza, D. (2017). *La tutela judicial efectiva y la duración del proceso de amparo en los juzgados constitucionales de Lima, 2016*. Tesis para título de Abogado. Universidad César Vallejo. Recuperado de:  
[https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/15144/Espinoza\\_CDM.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/15144/Espinoza_CDM.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Fernández, S. (1992). *Abuso del derecho*. Argentina
- Fernández, C. (1999). *Abuso del derecho*. 2da. Edición. Perú. Editorial Grijley.

García, A. (2018). *El ejercicio abusivo del derecho de posesión de zonas intangibles*. Tesis para título de Abogado. Universidad César Vallejo. Recuperado de:

[https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/47486/Garc%c3%ada\\_TA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/47486/Garc%c3%ada_TA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

García, A. (2019). *Incidencias del abuso del derecho en las liquidaciones de los costos del procedimiento, a luz del Indecopi*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Continental. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/20.500.12394/6384>

García, V. (2021). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Perú: Pacífico Editores S.A.C.

Gonzáles, D. (2016). *La Aplicación del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Administrativo*. Tesis Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Recuperado de:

[https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/dunia\\_gonzalez\\_calero\\_tesis\\_completa.pdf](https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/dunia_gonzalez_calero_tesis_completa.pdf)

Granados, A. (2019). *Tutela judicial efectiva como núcleo esencial del sistema de principios en el código general del proceso: “Una perspectiva de constitucionalización del ordenamiento procesal en Colombia*. Tesis para optar el título de Maestría en Derecho Privado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja-Colombia. Recuperado de:

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/19981/2019adrianageranados.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hurtado, M. (2006). *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra.

Jara, F. (2016). *Criterios para la calificación del ejercicio abusivo del derecho en la administración de justicia en la Corte Superior de Ancash, periodo 2006 – 2008*. Tesis de Maestría Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Recuperado de:

[http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2589/T033\\_31606703\\_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2589/T033_31606703_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Josserand, L. (1999). *Del Abuso de los derechos y otros ensayos*. Colombia. Editorial Temis.
- Josserand, L. (1946). *El espíritu de los derechos y su relatividad*. México, Editorial Puebla.
- Larenz (1994). *Derecho Justo*. Madrid.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Perú: Gaceta Jurídica.
- Mazeaud, T. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Argentina.
- Machado, L. (1999). *La garantía procesal del debido proceso*. Perú: Editorial Cuzco.
- Maletta, H. (2011). “*Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*”. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Melón, Y. & Ortega, E. (2017). *El derecho a la tutela judicial efectiva y su aplicación al medio de control reparación directa en Colombia*. Tesis para título de Abogado por la Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado de:  
<https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/1671/1/TUTELA%20JUDICIAL%20EFFECTIVA%20Y%20SU%20APLICACION%20AL%20MEDIO%20DE%20CONTROL%20REPARACION%20DIRECTA%20EN%20COLOMBIA.pdf>
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Lima: Editorial Temis S.A.
- Monroy, J.J. (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.
- Monroy, J. (2008). Notas para el estudio sobre el juicio ejecutivo, en *Derecho & Sociedad*, N° 18. Lima: agosto del 2008, p. 18.
- Ordoqui, G. (2014). *Abuso de Derecho: en Civil Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Perú: Editorial Legales Instituto.
- Ortels, M. (2000). *Las medidas cautelares*. Madrid: La ley.
- Ossorio, M. (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Passarelli (1951). *Dottrina generale del diritti civile*. Milano. Editorial Porrúa S.A.

- Perlingieri. (2008). *El derecho Civil en la legalidad constitucional*. Madrid. Editorial Dykinson.
- Picó, J. (2003). *El principio de la buena fe procesal*. España: J.M. BOSCH EDITOR.
- Pineda, L. (2017). El abuso del derecho y el desconocimiento de la buena fe en las relaciones contractuales de la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. (Tesis de posgrado, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia)  
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/10693>
- Priori, G. (2006). La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental. Lima: ARA
- Ramos, J. (2008). *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. Perú: Segunda Edición; Editorial San Marcos E.I.R.L., editor.
- Rescigno, P. (1987). *L'abuso del diritto*. Milano: Editorial Revista di diritto civile.
- Reggiardo, M. et al (2013). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Perú: Editorial San Marcos.
- Rodríguez, J. (2018). *El ejercicio abusivo de derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de:  
<http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/2488>
- Sumaria, O. (2017). *La tutela cautelar, análisis y revisión*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Velásquez, A. y Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Villegas, L., Marroquín, R., Del Castillo, V. y Sánchez, R. (2011). “*Teoría y praxis de la investigación científica; Tesis de Maestría y Doctorado*”. Lima-Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Vivanco, P. (2017). “*Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas*”. (Maestría). Recuperado de:

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco\\_Nu%c3%b1ez\\_Fundamentos\\_concepci%c3%b3n\\_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Zapata, R. (2018). *El decreto legislativo 1070 y su repercusión en el derecho a la tutela jurisdiccional en los juzgados especializados civil de la Corte Superior de Justicia de Puno-2016*. Tesis de Maestría en Derecho. Universidad Nacional del Altiplano. Recuperado de:

[http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/8616/Zapata\\_Coacalla\\_Roxana.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/8616/Zapata_Coacalla_Roxana.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Zavala de Gonzales (1991). *Responsabilidad y Seguros*. Argentina: Editorial Alveroni.

Zelayaran, M. (2009). *Metodología de la investigación jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas.

Zucal, S. (2017). *La Tutela Judicial Efectiva en el Derecho Procesal Administrativo de Río Negro. Análisis crítico de los requisitos procesales para la habilitación de la instancia judicial*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo Global. Universidad Nacional de Río Negro. Recuperado de:

<http://rid.unrn.edu.ar/handle/20.500.12049/1092>

# ANEXOS

## Anexo 1: Matriz de consistencia

### “La generalidad del ejercicio abusivo del derecho y los mecanismos de la tutela jurisdiccional en la legislación civil peruana”

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<b>PROBLEMA GENERAL</b>	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>SUPUESTO GENERAL</b>	<p><b>Categoría 1</b> La generalidad del ejercicio abusivo de derecho</p> <p><b>Subcategorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinación de los intereses protegidos.</li> <li>• Lineamientos de protección constitucional.</li> </ul> <p><b>Categoría 2</b> Los mecanismos de tutela jurisdiccional</p> <p><b>Subcategorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los mecanismos de tutela sustancial.</li> <li>• Los mecanismos de tutela procesal.</li> </ul>	<p><b>Enfoque metodológico de la investigación</b> “La investigación es de un enfoque cualitativo teórico”</p> <p><b>Metodología paradigmática de la investigación</b> “Investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo”</p> <p><b>Diseño del método paradigmático</b> Se aplicará la interpretación exegética para analizar los artículos 3 y 4 del Código Procesal Civil</p> <p><b>Escenario de estudio</b> “Ordenamiento jurídico peruano”</p> <p><b>Caracterización de sujetos o fenómenos</b> “Se analizará las estructuras normativas y las posturas doctrinarias del ejercicio abusivo de derecho y tutela jurisdiccional”</p> <p><b>Técnicas e instrumento de recolección de datos</b> “La técnica del análisis documental y se hará uso del instrumento la ficha textual y de resumen, para recopilar datos de los libros y textos legales”.</p> <p><b>Procesamiento y análisis</b> “Mediante la hermenéutica se procesarán los datos del fichaje para interpretar y fundamentar racionalmente los supuestos”.</p>
¿De qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil?	Analizar de qué manera la generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil.	La generalidad del ejercicio abusivo de derecho influye negativamente en los mecanismos de tutela jurisdiccional en la legislación civil.		
<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>SUPUESTOS ESPECÍFICOS</b>		
¿De qué manera la falta de determinación de los intereses protegidos influye en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil?	Identificar de qué manera la falta de determinación de los intereses protegidos influye en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil.	La falta de determinación de los intereses protegidos influye negativamente en los mecanismos de tutela sustancial en la legislación civil.		
¿De qué manera los lineamientos de protección constitucional influyen en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil?	Determinar de qué manera los lineamientos de protección constitucional influyen en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil.	Los lineamientos de protección constitucional influyen negativamente en los mecanismos de tutela procesal en la legislación civil.		

## Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
La generalidad del ejercicio abusivo de derecho	Falta de determinación de los intereses protegidos
	Lineamientos de protección constitucional
Los mecanismos de tutela jurisdiccional	Los mecanismos de tutela sustancial
	Los mecanismos de tutela procesal

## Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por ser de enfoque cualitativo teórico.

## Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

**FICHA TEXTUAL:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

“.....”

[Transcripción literal del texto]

**FICHA RESUMEN:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

.....  
 .....  
 ..... [Resumen de  
 lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera:

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para teorizar los conceptos.

**Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)**

No es aplicable al presente caso por un enfoque cualitativo teórico.

**Anexo 11: Declaración de autoría****DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En la fecha, yo Kleiby Justina Bacilio Mallaopoma, identificada con DNI N° 71281397, domiciliada en el jirón Bolognesi N° 669, del distrito y provincia de Jauja, departamento de Junín, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA GENERALIDAD DEL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO Y LOS MECANISMOS DE TUTELA JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL” se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 02 de diciembre del 2022



---

Kleiby Justina Bacilio Mallaopoma  
DNI 71281397

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

En la fecha, yo Miguel Angel Gómez Huaynate, identificado con DNI N° 70550286, domiciliado en el Pasaje Cunas N° 180 del distrito de Pilcomayo, provincia de Huancayo y Departamento de Junín, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA GENERALIDAD DEL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO Y LOS MECANISMOS DE TUTELA JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 02 de diciembre del 2022



---

Miguel Angel Gómez Huaynate  
DNI 70550286