



**DE RIPLEY: ABUSANDO DEL DERECHO,
IMPIDIENDO LA TUTELA JURÍSDICCIONAL Y
APELANDO A LA VEZ VULNERACIÓN DE
DERECHOS DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO**

Jorge Isaac Torres Manrique *

SUMARIO:

I. Resolución a comentar.- **II.** Breve preliminar.-
III. Sobre el derecho de defensa.- **IV.** Acerca del
debido proceso.- **V.** Tutela jurisdiccional
efectiva.- **VI.** Abuso del derecho.- **VII.** Debido
proceso y tutela jurisdiccional efectiva.- **VIII.**
Resumen del caso.- **IX.** Análisis.-

I. RESOLUCION A COMENTAR:

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE N° 378-2007

* Ex Secretario General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Doctorando en Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado del Doctorado en Derecho, de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la misma Casa Superior de estudios; y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura. Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex Conciliador del Centro de Conciliación Extrajudicial Paz y Vida, Arbitro de Derecho y Conciliador Extrajudicial. Post grado en Derecho Registral y Notarial. Especialista en Comercio Exterior y Aduanas, Análisis del Código Procesal Civil, Derecho Penal Aplicado, Perfil Académico para la Magistratura y en Derecho Público. Diplomado en Razonamiento Jurídico y Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional, Enseñanza Superior del Derecho, Litigación Avanzada, Oratoria y Presentaciones de Impacto, Derecho Empresarial, Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Penal, Derecho de Familia del Niño y del Adolescente; y en Civil y Procesal Civil. Estudios de Filosofía, Psicología, Marketing, Italiano, Inglés y Traductor Intérprete del Idioma Portugués avanzado. kimblellmen@hotmail.com

Demandante : SCOTIABANK PERU S.A.A.
Demandados : ELITRANS S.A.C.
Materia: : OBLIGACION DE DAR
Cuaderno : Principal
Proceso : Ejecución

RESOLUCIÓN NÚMERO: CUATRO

Miraflores, veinticinco de mayo del año dos mil siete.

VISTOS:

Es materia de grado la apelación interpuesta por la ejecutada ELITRANS S.A.C., contra la resolución número nueve de fojas cien a fojas ciento dos, que Declara Infundada la contradicción y Fundada la demanda sobre Obligación de Dar, en consecuencia Ordena llevar adelante la ejecución hasta que la ejecutada, cumpla con entregar al ejecutante el vehículo materia del contrato leasing; con costas y costos del proceso. Interviniendo como Vocal ponente la Doctora Palacios Tejada, y;

ATENDIENDO:

PRIMERO: Que, la ejecutada sustenta la apelada, en el sentido que la misma le causa agravo al haber sido emitida sin que pudiera asistir su representante a la audiencia única, pues según el certificado médico adjunto a fojas ciento siete, su representante se encontraba delicado de salud, y al realizarse dicha audiencia en su ausencia se ha vulnerado su derecho de defensa y su derecho a un debido proceso.

SEGUNDO: Que, la presente relación contractual nace de un Contrato de Arrendamiento Financiero, normado por el Decreto Legislativo número 299, teniendo dicho contrato el mérito ejecutivo en virtud del artículo 100 de dicha norma donde se precisa que: "El contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas y su rescisión, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio ejecutivo.

TERCERO: Que, la apelada se sustenta en la ausencia del representante de la ejecutada, en la audiencia por razones de salud, sin embargo el certificado médico que corre a fojas ciento siete, fue presentado el mismo día en que se realizó la audiencia, esto es el catorce de noviembre del año dos mil seis, documento que fue recepcionado a las 16:45 horas, cuando la audiencia estuvo programada para las 10:00 horas, además que de la fecha y hora de dicha diligencia tuvo conocimiento la apelante oportunamente, según el cargo que obra a fojas noventa y siete.

A lo cual debemos agregar que el artículo 141° de la norma procesal, establece que las actuaciones judiciales se practican puntualmente en el día y hora hábil señalados, sin admitirse dilación, y en concordancia del artículo 146° del Código Procesal Civil "los plazos previstos en este Código son perentorios..:", en consecuencia no es posible aceptar una prórroga o postergación de la audiencia, tampoco puede ampararse el argumento de ausencia en la audiencia, como causa de revocatoria de la apelada.

CUARTO: Que, toda apelación importa el sustento de los agravios, conforme lo precisa el artículo 366° del Código Procesal Civil, esto es que se impone al recurrente fundamentar la carga de su apelación indicando error de hecho o de

derecho en que incurre la apelada, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria, lo cual no se evidencia de la impugnación analizada.

QUINTO: Que, la obligación de dar que surge del acotado contrato de arrendamiento financiero y contiene una obligación cierta, expresa y exigible, de conformidad con lo señalado por el artículo 689° del Código Procesal Civil.

SEXTO: Que, asimismo de lo expuesto en la apelación del estudio de la alzada y los actuados no se evidencia que se haya vulnerado el derecho de defensa ni el derecho a un debido proceso de la ejecutada, igualmente la impugnación no abona a la finalidad que refiere el artículo 364 del Código Procesal Civil, en consecuencia no se ha desvirtuado los fundamentos de la sentencia apelada, por lo que esta debe confirmarse.

Por estas consideraciones,

SE RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución número Nueve de fecha catorce de noviembre de dos mil seis, que declara infundada la contradicción y Fundada la d -Irlanda; en consecuencia Ordena llevar adelante la ejecución hasta que la ejecutada cumpla con entregar al ejecutante el vehículo materia del Contrato Leasing, con costos y costas del proceso, en los seguidos por SCOTIABANK PERU .A.A. contra ELITRANS S.A.C. sobre EJECUCION DE GARANTIAS - Obligación Dar; Notificándose y devolviéndose consentida y/o ejecutoriada que sea la misma, conforme al primer párrafo del artículo 383° del Código Procesal Civil.

BETANCOUR BOSSIO

LAMA MORE

PALACIOS TEJADA

II. BREVE PRELIMINAR.-

En antiguo, hacia los inicios de la existencia del *derecho*, se remontan prácticamente los orígenes de la humanidad misma¹, sin embargo, respecto de los comienzos del *proceso*² la doctrina mayoritaria es conteste que corresponden a tiempos inmemoriales.

¹ Cabe precisar que el derecho en el inicio de la humanidad era conducente con el *estado de naturaleza* (ante la inexistencia del Estado, Estado que debió su aparición o fue producto del *contrato social* que en su obra del mismo nombre Jean-Jacques Rousseau, desarrolló ampliamente), es decir, con el ejercicio de la justicia privada o venganza privada.

² Proceso es un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la explicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de la personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces, oficio judicial)... proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, *sirve al derecho*; por otra parte, en cuanto esa formación o actuación, en razón de los conflictos de intereses que tienden a regular y también de los otros en que se resuelve el proceso mismo, está regulada por el derecho, el *proceso es servido por el derecho*, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca. (Véase CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, pp. 21- 22).

Empero el principio del *derecho procesal*³ (al margen que, al igual que el *proceso*, tampoco sea posible precisar una fecha determinada) estuvo determinado cuando ante la aceptación o legalidad del ejercicio de la venganza privada⁴ (por el hombre primitivo) ésta rebasa sus límites, viendo por conveniente dotar de poder de decisión o autoridad a un jefe que brinde orden y justicia; pero esta autoridad pronto se convirtió en autoritaria: es en ese momento que aparece la necesidad que dicho jefe de grupo también tenga que someterse a una orden o autoridad; consecuentemente es en ese momento es que nace el *derecho procesal*, específicamente en el derecho romano.

En nuestro medio, el derecho procesal civil peruano es conteste con la perjudicial corriente procesal decisionista (que se caracteriza por ejemplo, por facultar al magistrado poder legalmente- más no legítimamente- solicitar prueba de oficio). Así entonces, es opuesta a la corriente jurídico procesal garantista.

Sin embargo, adicionalmente a lo señalado, la actual manera de litigar no solamente en el Estado peruano, hay que decirlo, se encuentra muy venida a menos y lo peor de todo es que para nada parece detenerse, si no mas bien, continuar en una lamentable como aparentemente incontenible caída libre.

Es cierto, poco parecen importar los *valores*⁵, los *principios*⁶, la *ética*⁷, las *reglas de juego jurídicas-debido proceso/(fair play*⁸ *law)*⁹, el

³ Consideramos que el *derecho procesal* es la rama del derecho público cuya finalidad es la constitución de órganos estatales de tutela jurídica a los justiciables, así como las condiciones, formas y efectos de desenvolvimiento de los actos procesales; en el marco de un sistema jurídico determinado y a la luz de un debido proceso. Este derecho adjetivo tiene por fuentes a: i) la ley ii) la costumbre iii) la jurisprudencia y iv) la doctrina.

⁴ Si bien es cierto que el Estado peruano se encuentra regido por un *estado de derecho* dejando muy atrás al, en su momento, *estado de naturaleza* del hombre primitivo, es ciertamente paradójico que en el actual *estado de derecho* persistan legalmente resquicios del antiguo y casi extinto a nivel mundial *estado de naturaleza*; claros ejemplos de ello advertimos en el inciso 2. del art. 1971 del Código Civil peruano que contempla inexistencia de responsabilidad: “*en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno*”, y el art. 920 del mismo código indica acerca de la defensa posesoria extrajudicial: “*el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias*”. En ese sentido, queda claro que en dichos supuestos es perfectamente legal y legítimo (en un *Estado de Derecho* como el nuestro, actuar abierta y justificadamente en sentido opuesto, es decir, conforme o de acuerdo a un *estado de naturaleza*) hacer uso impunemente de la auto justicia, auto tutela o justicia por mano propia para hacer valer individualmente nuestros derechos, sin necesidad de recurrir a la vía judicial).

⁵ Verbigracia: i) justicia, ii) verdad, iii) igualdad, etc. Increíblemente, es común escuchar frecuentemente a no pocos abogados autodenominarse representantes y defensores de los mismos, cuando en la praxis, su comportamiento se encuentra muy alejado de ellos (dentro de los cuales podemos encontrar a magistrados, funcionarios de instituciones tutelares del

*derecho*¹⁰. Lo único que parece importar es la obtención de un provecho o beneficio (no necesariamente para el patrocinado- utilizándolo-, si no mas bien para el abogado) o en su caso ocasionar un perjuicio a la parte que legítimamente reclama un derecho, en sede judicial o no.

Consecuentemente, el *debido proceso* lamentablemente se desnaturaliza o enturbia sobremanera, cuando somos testigos que fenómenos como la malicia y temeridad (en el presente caso, temeridad) procesales hacen su permanente y nefasta aparición en él; es más, dichos fenómenos del proceso no solo se han limitado a elevar su incidencia (así como su correspondiente cuota de perjuicio en los procesos), en las ramas procesales tradicionales, tales como: el derecho procesal civil (derecho

sistema de administración de justicia, litigantes y docentes- los mismos que muchas veces tienen a su cargo asignaturas como: introducción al derecho, teoría general del proceso, derecho procesal, práctica forense, derechos humanos, derecho constitucional, derecho judicial, derecho administrativo y ética y deontología forense, principalmente-), lo cual es sumamente preocupante, como pendiente de urgente e insoslayable “carta” en dicho asunto.

⁶ Se entiende por *principios generales del derecho*, a las normas, presupuestos, reglas, bases o inferencias lógicas de diversa índole que, extraídas por la vía de las generalizaciones o abstracciones de las normas jurídicas particulares del sistema, constituyen un mecanismo de auxilio al juez para que éste resuelva los casos que se le presentan en la mas amplia esfera de las relaciones jurídicas. Tales reglas o principios son extraídos del derecho positivo, sean ellos principios jurídicos particulares, semánticos, metapositivos y doctrinarios, si bien algunos de ellos (como los metapositivos o teleológicos), exceden la ley positivista, al mismo tiempo en función de ella. (Cfr. RAMÍREZ CRUZ, Eugenio M^a. *Fuentes del derecho civil peruano. Teoría general del derecho civil*. Editorial Rodhas. Lima, 2003, pp. 228-229).

⁷ Ciencia de las costumbres. Parte de la filosofía que trata sobre moral y de las obligaciones del hombre. (Ver CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 23^a edición. Tomo III. 1994, p. 600).

⁸ *Fair play* es la realización de la actividad deportiva de forma digna sin perjudicar o dañar intereses ajenos, actuando con la mayor rectitud y probidad, con un comportamiento adecuado y esperado; bajo estos lineamientos el deporte debe ser realizado honradamente, sin dañar a la otra parte, presupone justicia, igualdad, lealtad, honestidad, aceptación y respeto al adversario y por las diferencias de cada uno, entre otros valores morales. (Véase VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El juego limpio y la incertidumbre de nuestro derecho*. Legal Express. Año 6. N° 67, Lima –Perú. Julio del 2006, p. 19.).

⁹ Consideramos que la vulneración del *fair play law* en el proceso como tal, deviene, se desnaturaliza o se convierte en *not fair play law*.

¹⁰ El *derecho* es un sistema u ordenamiento jurídico de normas obligatorias, sistemáticamente jerarquizadas, que regulan el desenvolvimiento de la vida humana en sociedad. Es un arte, una disciplina que crea, desarrolla, interpreta, ordenamientos y principios jurídicos. No es ya un mero conjunto de normas (positivismo), tampoco fue o posee carácter de ciencia. El derecho (al margen que actualmente la doctrina mayoritaria peruana sea conteste con la tridimensionalidad- i) hecho, ii) derecho y iii) norma- del mismo) debe ser ya entendido, estudiado, interpretado y enseñado, como mínimo, desde una naturaleza octodimensional inescindible (según el profesor José Antonio Silva Vallejo, el derecho presenta ocho dimensiones: i) *normas* (conjunto de leyes positivas) ii) *hechos* (realidades del derecho) iii) *valores* (justicia, libertad, seguridad, igualdad, etc.) iv) *tiempo jurídico* (plazos, tiempos, condiciones, retroactividad, ultractividad, etc.) v) *espacio jurídico* (lugar donde se concreta o manifiesta el derecho) vi) *historia* (épocas y periodos determinados) vii) *ideologías* (intereses detrás del derecho) y viii) *vivencias* (experiencias que determinan situaciones y actitudes frente al justiciable). A la citada visión octodimensionalista del derecho, le agregamos que el derecho tiene que ser abordado además, a la luz de sus *fuentes y principios generales*.

procesal raíz o matriz, originario o primigénio- dado que de él nacen o adoptan su estructura los demás derechos procesales no únicamente peruanos-), derecho procesal penal, derecho procesal laboral, derecho procesal registral, derecho procesal notarial, entre otras; sino que han ingresado también a manifestarse y ganar terreno (cada vez más) en las nuevas, novedosas y recientes, tales como: el derecho procesal empresarial, derecho procesal constitucional, derecho procesal empresarial constitucional, derecho procesal administrativo, derecho procesal deportivo, derecho procesal electrónico, derecho procesal regulador, derecho procesal global, derecho procesal ambiental, derecho procesal penal económico, derecho procesal internacional, derecho procesal comercial, derecho procesal tributario aduanero, derecho procesal societario, entre otras.

Empecemos, pues a desentrañar los temas de relevancia de la presente Resolución (la misma que sin remilgos pone implícitamente sobre el tapete la problemática reseñada en la parte introductoria del presente trabajo) como son: i) el derecho de defensa, ii) el debido proceso, iii) la tutela jurisdiccional efectiva, y iv) el abuso del derecho; para ulteriormente proceder a analizarla.

III. SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA.-

El Profesor Alvarado Velloso, refiere acerca del *derecho de defensa*, coloca a actor y demandado en igualdad, de tal manera que todo lo que una parte (demandante) afirma o confirma respecto de la otra (demandado) sea conocida por ésta a fin de poder controvertir o no la afirmación (por eso es diálogo –principio fundamental, ya que sin el mismo no habría proceso– y no monólogo), lo cual garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio¹¹.

IV. ACERCA DEL DEBIDO PROCESO.-

El *debido proceso*, estatuido genéricamente como *garantía*, salió a la luz del mundo del derecho, en primer lugar: en el *common law* inglés, en la Carta Magna de Inglaterra del 15/06/1215 (*Concesión Real* o cédula del rey Juan Sin Tierra inglés, por la cual se comprometió con los nobles ingleses, a respetar sus fueros e inmunidades y a no disponer su muerte, prisión y confiscación de sus bienes, mientras dichos nobles no fuesen juzgados por sus iguales); y en segundo lugar: aparece expresamente en la Quinta Enmienda de la Constitución Política de EE. UU. de 1787- *Carta de Derechos*- (la misma que prohíbe los juicios repetidos por el

¹¹ Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera parte. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, pp. 178-179.

mismo delito y los delitos sin el debido proceso legal, así como también, el que una persona acusada no esté obligada a atestiguar contra sí misma).

Para Devis Echandía, citado por Sagástegui Urteaga¹², el concepto del debido proceso puede estar integrado por las siguientes condiciones: i) dotar al juez para que procure hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, protegiendo al débil que siempre es el más pobre, ii) intermediación del Juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso, iii) aceleración del proceso, en cuanto sea posible dentro del sistema parcial de la escritura, iv) carácter dispositivo del proceso en cuanto a su iniciación y a la libertad para concluirlo por transacción o desistimiento, si las partes son incapaces son incapaces mediante licencia previa, v) carácter inquisitivo en materia de pruebas, vi) valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y mediante una adecuada motivación, vii) una combinación del impulso del juez de oficio y del secretario, una vez iniciado el proceso con la perención por incumplimiento de la carga de las partes de promover su trámite si aquello no cumplen oficiosamente, viii) responsabilidad civil de los jueces, partes y apoderados por sus acciones en el proceso, ix) amplias facultades al Juez para prevenir y sancionar el fraude procesal con el proceso y en el proceso y todo acto de deslealtad o mala fe de las partes, los apoderados y los terceros, x) simplificación de los procesos especiales innecesarios, xi) el principio de las dos instancias como regla general, y xii) gratuidad de la justicia civil.

Por nuestra parte, consideramos que el *debido proceso* es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente, queda claro que, *prima facie*, el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente, debido.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el *debido proceso* detenta tres modalidades: i) “*jurisdiccional*”, que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral, militar y comunal, ii) “*administrativo*”, que garantiza lo propio en sede de la administración pública, y iii) “*corporativo particular*”, que garantiza también un debido proceso entre particulares.

Asimismo, el *debido proceso* posee dos dimensiones: i) “*adjetiva o*

¹² Cfr. SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Exégesis y sistemática del código procesal civil*. Volúmen I. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, pp. 08-09.

formal”, como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido, y ii) “*sustantiva o material*”, como garante de una decisión judicial basada o enmarcada tanto en la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, garantiza una sentencia justa.

V. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.-

El Tribunal Constitucional peruano, a través de sentencia vinculante (Exp. N° 015-2001-AI/TC, f.j. 9), define a este derecho como un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan al acceso a la justicia, es decir el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan solo garantice un proceso “intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capáz de consentir los resultados alcanzados, con rapidéz y efectividad.”¹³

En ese sentido, la tutela jurisdiccional efectiva, es la garantía del justiciable a que i) su accionar o petición judicial sea admitido (tutela judicial), el mismo que posteriormente ii) sea materializado o resuelto en una sentencia y finalmente, que iii) dicha sentencia sea oportuna y debida como efectivamente ejecutada (tutela efectiva).

VI. ABUSO DEL DERECHO¹⁴.-

Es preciso señalar, que el proceso evolutivo de la aceptación o reconocimiento de la conducta procesal abusiva o excesiva como tal, ha sido motivo de arduas y encendidas discusiones entre: i) la doctrina procesal liberal individualista y ii) su homóloga contemporánea; donde la primera alegaba que no había motivo de positivizarla ya que sus efectos únicamente tenían que ser aceptados so pretexto del deber de asumir el costo del proceso, y a su vez la segunda abogaba por la necesidad de proscribir dicha inconducta procesal, vía prohibición y sanción legal. Ganadora de dicha confrontación resultó faustamente

¹³ Véase GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, p. 832.

¹⁴ Consideramos, respecto del *nomen juris* “*abuso del derecho*”, que las denominaciones más apropiadas son: “*abuso del proceso*”, “*abuso en el proceso*” o “*abuso de los derechos procesales*”, dado que si bien es cierto que lo que se persigue es modificar, prolongar o postergar- sacando ventaja de manera ilegítima- la sentencia o sus efectos, para tal propósito se hace uso abusivo de inconductas a nivel procesal.

trionfante la segunda, es decir, la contemporánea/moralizadora del proceso propia de la Escuela eficientista del proceso civil; además de contener un loable propósito jurídico social solidario.

El jurista Henri Capitant, entiende que el abuso del derecho es un “acto material o jurídico dañoso, que sería considerado lícito si se atendiese a un exámen objetivo y formal de él, pero que es ilícito porque el titular del derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otra persona (proceso vejatorio)”¹⁵.

Señalamos que el abuso del derecho, se presenta como opuesto o antagónico al principio de la proscripción del abuso del proceso- este principio se fundamenta en el deber de lealtad, probidad y buena fe procesales- y es el producto de la consecuencia de la temeridad procesal. Dicha dañosidad (probada) se efectiviza al limitar la aplicación de la finalidad del derecho que es la justicia; así, el- en su momento- invocamiento de Piero Calamandrei, acerca del insoslayable retorno de la priorización de la justicia en el proceso; corrobora lo dicho.

Cabe aclarar que la ausencia de intervención o denuncia oportuna de inconductas procesales conllevará a su convalidación, y su advertimiento debe arribar a la eventual nulidad de las mismas, además de las responsabilidades civil, penal y administrativa en que incurre el sujeto del proceso abusivo del derecho. Así también, se debe tener en cuenta que la sanción al abuso del derecho debe ser entendida y aplicada con una naturaleza excepcional y no prioritaria o generalizante, ya que básicamente desvirtuaría su función correctiva.

Esta teoría refiere que cuando se acciona procesalmente con mala fe (malicia) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, antifuncional, impropia o inadecuada.

Dejamos constancia que generalmente dichas inconductas perturbadoras del proceso (que son producto del uso irregular, exagerado e ilimitado de un derecho subjetivo) no son abiertamente antijurídicas y requieren en consecuencia una supervigilia minuciosa y permanente del proceso. Por otro lado, señalamos que el referido acto denominado o calificado como *abuso* atenta o es contrario al análisis económico del derecho y a la sociedad, al margen de ser abiertamente alejado de la finalidad de la ley, legalidad y justicia.

¹⁵ Cfr. CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1986, p. 07.

VII. DEBIDO PROCESO Y TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.-

En primer término es preciso señalar que tanto el *debido proceso* como la *tutela jurisdiccional*, son reconocidos en el inc. 3 del art. 139 de la Constitución Política peruana, que señala: “son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Si bien es cierto que erradamente dichas instituciones procesales muchas veces son utilizadas como sinónimos, señalamos que lo único que tienen en común es que ambos son “*derechos continente*”. Así, el *debido proceso* es un *derecho continente*, pues, contiene, agrupa o engloba otros derechos, y por su parte, la *tutela jurisdiccional* efectiva es *derecho continente* del debido proceso.

Así también, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia vinculante (Exp. N° 2802-2005-AA/TC, f.j. 13), refiere al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como continente del debido proceso, que conforme lo señala el Art. 4 del Código Procesal Constitucional, el cual define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan , sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada, ni sometida a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos , a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un *iter procesal* diseñado en la ley, están previstas en la Constitución.¹⁶

En ese sentido, consideramos que entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia, es decir, mientras que el primero, se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal (*iter procesal*), la segunda, se manifiesta al comienzo (cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable- tutela jurídica) y final (al ejecutarse la sentencia debida y oportunamente) de dicho devenir procesal. Ergo, existe pues entre ellos, una relación muy estrecha.

¹⁶ Cfr. VELEZMORO PINTO, Fernando. *Precedentes vinculantes del tribunal constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, pp. 61-62.

Finalmente, proceso y tutela referidos se complementan, pero no significan lo mismo.

VIII. RESUMEN DEL CASO.-

En la presente resolución (Nº Cuatro-25/05/07, Exp. Nº 378-2007 de la Primera Sala Civil Sub especialidad Comercial de Lima) que nos ocupa se aprecia de manera muy clara, como paradójica, por decir lo menos, que la parte ejecutada en una Obligación de Dar un vehículo materia de Contrato Leasing o Arrendamiento Financiero, apela, aduciendo vulneración de los derechos de defensa y debido proceso; empero, además, que viola o impide el libre acceso de la tutela jurisdiccional efectiva de la parte ejecutante.

Señalamos que impidió al ejecutante el libre acceso a la efectivización de dicha tutela, porque la ejecutada apeló sustentando agravio al haber sido la resolución supuestamente emitida en ausencia de su representante.

Empero, tal y como lo señala el Colegiado, la ejecutada fue debidamente notificada con anterioridad para dicha audiencia, sin embargo, ésta presentó un certificado médico justificando la inasistencia de su representante por razones de salud, con el clamoroso inconveniente que fue presentado con casi siete horas de retraso de programada la misma. Consecuentemente, la Sala referida, confirmó la apelada.

IX. ANÁLISIS¹⁷.-¹⁸

Cabe dejar constancia que el hecho que la parte ejecutada haya tratado de impedir, vía apelación, que se lleve a cabo la ejecución de la entrega al ejecutante del vehículo materia del Contrato Leasing, implica que no violó el debido proceso. Ya que, el debido proceso es, como ya señalamos, el conjunto de actuaciones procesales inmersas en el todo el devenir del trayecto procesal, excepto el inicio y el fin. Consecuentemente, lo que violó o impidió la parte ejecutada/apelante, fue el ejercicio a libre acceso a la tutela jurisdiccional efectiva de la parte ejecutante/demandante.

¹⁷ Tal y como lo señala el Art. 139, inc. 20 de la Constitución de 1993, repitiendo así el aserto consagrado en la anterior Carta de 1979, en el sentido que toda persona tiene derecho de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (con las limitaciones de ley), lo que debe entenderse no limitado al Poder Judicial, sino también el Tribunal constitucional (Véase GARCÍA, Ob. Cit, p. VII).

¹⁸ El Tribunal Constitucional peruano (Exp. Nº 04-2006-AI/TC, f.j.18) ha señalado que el derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades. Así también, que entre los límites al derecho a la crítica de las resoluciones judiciales, destaca, entre otros, que ésta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues, éste solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a ésta (Ver Ibid, pp. 726-727).

Por otro lado, resaltamos que hace bien la Sala en precisarle a la parte apelante que no ha cumplido con la obligatoria fundamentación de su apelación, tal y como lo prescribe el Art. 366 del Código Adjetivo peruano. En tal sentido, solo queda establecer que la parte apelante omitió a sabiendas fundamentar su apelación, dado cuenta que precisamente: i) no existía un error de hecho o de derecho incurrido en la resolución que impugnó, ii) igualmente no existía un agravio que señalar, y iii) consecuentemente, no tenía como sustentar su pretensión impugnatoria.

En resumidos términos, no fundamentó su apelación porque ciertamente no tenía como hacerla, a la luz de lo señalado por el art. 366 del referido Código (mas aún, cuando obligatoriamente tenía que hacerlo¹⁹). En tal sentido, dicha conducta refleja claramente que lo que pretendió era lograr, aunque sin fundamentos, una variación (a su favor) en el fondo²⁰ de la decisión (sin embargo, su apelación devenía y devino efectivamente en inícuo, para dicho fin), lo cual devino en ganancia de tiempo para efectos de no cumplir con entregar al ejecutante el vehículo materia del Contrato Leasing.

En tal sentido, la parte demandante actuó con temeridad²¹, abusando de los derechos procesales. Consideramos que así no lo consideró la Sala ya que únicamente dispuso confirmar la sentencia del juez *a quo*, con los costos y costas del proceso, los mismos que dicho juzgado había señalado se apliquen. Así, no refirió acerca del incurrimento en temeridad procesal por parte del demandante, ya que de haberlo hecho habría tenido que imponerle la multa respectiva.

¹⁹ Cabe resaltar que dicha obligatoriedad de fundamentar la apelación no estaba contemplada el abrogado Código de Procedimientos Civiles peruano de 1912.

²⁰ La temeridad se evidencia en tanto se vincula con el actuar o proceder procesal de fondo y la malicia se identifica mas bien con la forma valiéndose de lo que está regulado, abusando de ello. Sin embargo, no debemos perder de vista que tanto la temeridad como la malicia- mala fe- (demostrados) en que incurre el litigante deben ser sumaria y ejemplarmente sancionadas por el juez del proceso. (Cfr. TORRES MANRIQUE, Jorge I. *Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano*. En: Revista Jurídica del Perú, de Editora Normas Legales. Lima, N° 98, abril 2009, p. 305).

²¹ Litigar con temeridad o accionar con temeridad en el juicio es asumir la defensa o resistencia sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante ello, así lo hace, abusando de la jurisdicción, o resiste la pretensión del contrario. Por otro lado, recurrir al tedio, aburrimiento y en consecuencia extender o prolongar el tiempo del proceso alegando un sin fin de coartadas, ya sea, enfermedad o viaje con la finalidad de acrecentar la cantidad de los honorarios y lo que es peor muchas veces en casos donde se sabe a ciencia cierta que no se podrá ganar; son claros ejemplos del actuar temerario a nivel procesal. (Véase TORRES MANRIQUE, Jorge I. *Temeridad y malicia procesales al banquillo: crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse*, “en línea”, recuperado el 09/07/09 de Teleley.com: http://www.teleley.com/articulos/art_070409.pdf).

Ergo, tenemos que, litigar con temeridad o accionar con temeridad en el juicio es la defensa sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante ello, así lo hace, abusando de la jurisdicción, o resiste la pretensión del contrario. Accionar en el cual incurrió el ejecutado.

Sin embargo, consideramos imprescindible dejar constancia que el solo hecho de encontrarse en ausencia de razón no significa que se esté en situación de temeridad, pues de ser así todo litigante perdedor de una causa sería pasible de sanción; no lo es tampoco el error, ni la ausencia o pobreza de fundamentación de las pretensiones; ni la negligencia; mucho menos la existencia de jurisprudencia obligatoria contraria a la pretensión invocada.

Es penoso tener que precisar que clara y abiertamente la parte ejecutada/apelante violó el principio general del derecho peruano²² derivado del orden jurídico, como es la tutela jurisdiccional efectiva de la parte ejecutante/demandante; al haber apelado increíblemente aduciendo (a su vez, sin probarlo) vulneración a su derecho de defensa y al debido proceso, los mismos que como ya señalamos, nunca fueron vulnerados.

En efecto, no fue vulnerado el derecho de defensa del ejecutado, ya que fue oportunamente notificado para la audiencia, a efectos que precisamente pueda haber hecho efectivo dicho derecho, sin embargo, su representante no asistió.

Consecuentemente, somos contestes con lo resuelto por la Primera Sala Civil con Sub especialidad en materia comercial, porque hizo bien en confirmar la resolución apelada y que además, ordena llevar adelante la ejecución solicitada, es decir, permitió que la parte ejecutante pueda finalmente acceder a la efectivización de la garantía de la tutela jurisdiccional.

Finalmente, nuevamente sostenemos que el Colegiado debió manifestarse acerca de la temeridad incurrida por la parte apelante y sancionarla por ello.

²²

Los principios generales del derecho peruano, enunciativa y no taxativamente, pueden ser de carácter: i) político, ii) administrativo, iii) económico, iv) jurídico (“seguridad jurídica”), v) social, vi) cultural, y vii) religioso. (Cfr. RAMÍREZ, Ob. Cit, p. 229-231)