

TEMERIDAD Y MALICIA PROCESALES AL BANQUILLO: CRÓNICA DE DOS LACRAS JURÍDICAS QUE PRETENDEN CONSOLIDARSE

*“La excelencia moral es resultado del hábito. Nos volvemos justos realizando actos de justicia; templados, realizando actos de templanza; valientes, realizando actos de valentía”.
Aristóteles.*

“Hay un punto pasado el cual, hasta la justicia se vuelve injusta”. Sófocles.

“Abusus non est usus, sed corruptela”. (El abuso no es uso, sino corruptela).

“Un poco de Derecho Procesal a nadie ofende”.



JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE *

SUMARIO:

I. Introducción.- **II.** De lo correcto a lo incorrecto.- **III.** Acerca de la temeridad procesal.- **IV.** Sobre la malicia procesal.- **V.** Litigante temerario.- **VI.** El artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano.- **VII.** Temeridad y malicia vs. principios procesales.- **VIII.** Temeridad y malicia procesales en la literatura.- **IX.** Teoría del abuso del derecho.- **X.** Costas, costos, multas, responsabilidades y sanciones.- **XI.** Normatividad aplicable al derecho peruano.- **XII.** Legislación extranjera.- **XIII.** Criterio del Tribunal Constitucional peruano.- **XIV.** Reflexiones finales.- **XV.** Sugerencias.- **XVI.** Propuesta legislativa.- **XVII.** Bibliografía.

* Secretario General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú), Egresado de las Maestrías en Derecho Empresarial, en Derecho Penal; del Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura. 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

I. INTRODUCCIÓN.-

Los inicios de la existencia del **derecho**¹ se remontan prácticamente a los orígenes de la humanidad misma², sin embargo, respecto de los comienzos del **proceso**³ la doctrina mayoritaria es conteste que corresponden a tiempos inmemoriales, pero el principio del **derecho procesal**⁴ (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 privada⁵ (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 ese sentido, tenemos que las *legis actiones*⁶, constituyeron el sistema

1 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 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*.

2 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.

3 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. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, pp. 21- 22).

4 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.

5 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.

6 Las *legis actiones* fueron el sistema más antiguo del proceso civil romano (primer periodo o “monárquico”), el mismo que cayó pronto en desuso (por sus complicados y estrictos formulismos, ya que bastaba un error mínimo del *rito formular* para perder la causa; estos formulismos se contraponían con la sencillez y elasticidad necesarias de una administración de justicia ágil y eficiente) y fue completamente olvidado. Consistían en declaraciones solemnes que las partes tenían que pronunciar frente al magistrado. Es este procedimiento prevalecía la voluntad de las partes y el juez se limitaba a controlar si dicha actividad era conforme al formulismo de la ley y a intervenir como moderador. Existieron cinco tipos de *legis actiones*: i) *Legis actio sacramentum* (para reclamar una cosa o un derecho) ii) *Legis actio per iudices postulationem* (para reclamar pagos de deudas de dinero cierto y participación en herencia) iii) *Legis actio per conditionem* (para exigir un pago pecuniario y reclamación de cosa determinada) iv) *Legis actio per manus iniectionem* (contra la persona sentenciada al pago de una cantidad de dinero) y v) *Legis actio per pignoris capionem* (facultad de adueñarse de la cosa del deudor insolvente). (CHIAUZZI, Honorato. *Derecho romano*. Ediciones Peisa. Lima- Perú. 1982, p. 203).

más antiguo de enjuiciar en el **proceso civil romano**⁷, luego les sucedió la ley *aebutia*⁸ y posteriormente el *proceso extraordinario*⁹.

Sin embargo, es con la publicación de las *siete partidas* (1258) que aparece el *moderno derecho procesal civil*, de las cuales la tercera reglamentó el procedimiento civil, donde se postergan en gran medida los principios del proceso común. Posteriormente, es acogido por el Código de Enjuiciamiento en materia Civil peruano de 1852. Luego, dicho proceso civil moderno se positivizó en 1855 en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Posteriormente, se materializa en el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911, para dar origen al Código Procesal Civil peruano de 1993 vigente y finalmente, tenemos que sale a la luz el *sui generis* Código Procesal Constitucional peruano de 2004 (igualmente vigente), donde se concreta el avance o desarrollo del proceso civil o legal, ampliando sus alcances a través del proceso constitucional. Cabe precisar que los dos últimos Códigos mencionados son correspondientes con el *derecho procesal civil contemporáneo peruano*.

Empero, el derecho procesal general o en general precisan insoslayablemente de un **debido proceso**^{10 11}, para poder cumplir sus fines; en tal sentido, dicho debido proceso es un *derecho fundamental* y una *garantía*¹² procesal (**tutela jurisdiccional efectiva**^{13 14}), pero además, éste *proceso debido* presenta una naturaleza axiológica

⁷ IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 7ª edición. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. 1982, pp. 202- 205.

⁸ La ley romana *aebutia* (segundo periodo o "republicano"), se caracterizó por la actitud distinta por parte del magistrado, el cual luego de oír a las partes, entregaba al actor una instrucción escrita o fórmula mediante la cual designaba al juez y fijaba los elementos que debían ser tenidos en cuenta por éste al dictar sentencia y que consistían en los hechos y el derecho invocados por el actor, el objeto litigioso y las defensas opuestas por el demandado. Dicha fórmula consta de: *i) la demonstratio*, que contenía los hechos enunciados por los litigantes, *ii) la intentio*, la cual resumía lo pretendido por el demandante, *iii) la condemnatio* otorgaba al juez la facultad de absolver o condenar de acuerdo al resultado de la prueba, y *iv) la adjudicatio*, permitía al juez atribuir a alguna de las partes la propiedad de la cosa litigiosa. (GOZAINI, Gonzalo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires. 2005, p. 08).

⁹ En el *procedimiento extraordinario* romano que impusiera Dioclesiano (tercer y último periodo o "imperial") desaparece la división del proceso en dos tiempos, para comenzar su desarrollo ante solo un magistrado. La demanda se presenta por escrito, el demandado es oficialmente citado a comparecer, debiendo contestar la pretensión por escrito, lo cual implica un debilitamiento de los principios de oralidad e intermediación. Además, al desaparecer la necesidad de la presencia del accionado en el proceso, es posible la continuación del mismo en rebeldía, adoptándose también la imposición de costas al dictar sentencia, la que podía ser impugnada. (Ibid. p. 09).

¹⁰ El *debido proceso* es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante todo el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia.

¹¹ 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 mismo delito y los delitos sin el debido proceso legal, así como también, el que una persona acusada no esté obligada a atestiguar contra si misma)*.

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Ivcher Bronstein, sentencia 06/02/2001) estableció que un debido proceso en general, es decir, en todo nivel o sede, debe observar las *garantías procesales mínimas*, tales como los derechos que tiene todo justiciable a: i) acceder a un tribunal, ii) ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, iii) ser juzgado sin demora, iv) derecho de defensa, v) derecho a ser oído, vi) no ser obligado a declarar contra uno mismo, ni confesarse culpable, vii) presentar e interrogar testigos, viii) un juicio público, ix) una instancia plural, x) una indemnización por error judicial, xi) la igualdad ante la ley y ante los tribunales, xii) ser presumido inocente, xiii) no ser sometido ni condenado dos veces por el mismo delito, xiv) no ser sujeto de aplicación retroactiva de una ley, salvo que ésta sea más favorable al reo, xv) ser juzgado por delitos previamente tipificados en la ley. (NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Academia de la Magistratura. Lima –Perú. 2004, pp. 242- 255).

¹³ La *tutela jurisdiccional efectiva* es la garantía del justiciable a que i) su accionar o petición judicial sea admitido (tutela judicial), accionar 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).

¹⁴ 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 y final de dicho devenir procesal. Ergo, existe pues entre ellos, una relación de género y especie, respectivamente. Finalmente, proceso y tutela referidos se complementan, pero no significan lo mismo.

y social. En ese sentido, es lógica la desazón que experimentamos cuando precisamente este proceso que debe ser *debido*, es violado o atropellado por negativas prácticas procesales como la temeridad y mala fe (malicia) procesales, las cuales no hacen más que impedir que el derecho cumpla o alcance su finalidad, desnaturalizándolo; más aún cuando dichas prácticas se ven lamentablemente acrecentadas, hasta cierto punto, incontenibles o inexorables como el tiempo.

Por otro lado, el *debido proceso* es un “*derecho continente*”, pues, contiene, agrupa o engloba otros derechos, los cuales se encuentran contemplados en una Convención y Convenio Internacional de DD. HH., así tenemos respectivamente: fue regulado como: i) *garantía judicial* ha sido regulado por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica 7-22/11/1969), denominada también Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁵; y además, ii) el *debido proceso*, a través del *derecho a un proceso equitativo*, también fue contemplado por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo N° 11, completado por los Protocolos N° 1 y 6 (septiembre 2003)¹⁶.

15 Artículo 8. *Garantías Judiciales*.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (LANDA ARROYO, César (Compilador). *Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Palestra editores. Lima- Perú. 2005, pp. 1301- 1302).

16 Artículo 6. Derecho a un *proceso equitativo*.- 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. (DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (Compilador). *Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Palestra editores. Lima- Perú. 2004, pp. 947- 948).

El *debido proceso*, además, es reconocido 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”.

Así tenemos que, ostentan la titularidad del derecho al *debido proceso* y la *tutela jurisdiccional* no solamente las *personas naturales*, también las *personas jurídicas de derecho privado* (Exp. N° 0905-2001-AA/TC y N° 4972-2006-PA/TC), así también, lo propio las *personas jurídicas de derecho público* (en efecto, el Tribunal Constitucional peruano –Exp. N°1407-2007-PA/TC, 14/08/2008) –recientemente ha sostenido que, estas últimas (es decir, las personas jurídicas de derecho público) son poseedoras de dicha titularidad, incluso en la etapa prejurisdiccional a cargo del Ministerio Público.

Además, es preciso recordar que el *debido proceso* detenta tres modalidades: i) “*jurisdiccional*”, que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral y militar, 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, posee dos dimensiones: i) “*adjetiva o 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.

Empero, el *debido proceso* desgraciadamente se desnaturaliza o enturbia sobremanera, cuando somos testigos que fenómenos como la malicia y 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 procesos¹⁷), en las ramas procesales tradicionales, tales como: el derecho procesal civil¹⁸ (derecho 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 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.

Ingresemos pues, sin más preámbulos a desentrañar lo relacionado a las harto debatidas, combatidas y en su momento permitidas, taras jurídicas procesales (como la malicia –mala fe– y temeridad), las mismas que amenazan seriamente a

17 A propósito de procesos, es preciso citar a Guido Águila Grados (co Director de la Escuela de Graduados Águila Calderón– EGACAL) el cual señaló:– en el Diplomado taller al alta especialización jurídica “Perfil académico para la Magistratura, con mención en Teoría del Derecho y Teoría General del Proceso” (11/10/2008– 06/12/2008), – que los únicos procesos judiciales existentes en el derecho peruano son: *el civil, el penal, el constitucional, el laboral, el contencioso administrativo, el único, el de filiación extramatrimonial y el de pérdida de dominio*. Águila Grados, considera además, que el *proceso cautelar* no existe (lo que si existe es la *providencia cautelar*), y continúa afirmando que no es proceso cautelar porque: i) no existe bilateralidad previa de la instancia ii) no pretende la satisfacción de un derecho, solo busca asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia iii) no tiene autonomía, depende de un proceso principal, y iv) en ningún caso podrá adquirir la calidad de cosa juzgada.

18 El derecho procesal civil peruano es correspondiente con la perjudicial corriente procesal decisionista (que se caracteriza por ejemplo, por facultar al magistrado poder legalmente- más no legítimamente- solicitar prueba de oficio). La misma, es opuesta a la corriente jurídico procesal garantista.

convertirse en los flagelos jurídicos más perjudiciales de la presente era contemporánea.

II. DE LO CORRECTO A LO INCORRECTO.-

Los efectos de la temeridad y malicia (mala fe) procesales generan que el derecho se distorsione, de emblemático a paradójico, tal como lo da a entender Fernando De Trazegnies: “En la Europa del siglo XI, las primeras Universidades se fundan para enseñar Derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un azar cultural: las Universidades nacen con miras al Derecho, porque a su vez el Derecho era visto entonces como un modelo de pensamiento riguroso... los estudiantes no acudían a formarse como juristas, sino como hombres; o quizá, creían que formándose como juristas eran hombres mas completos (*El Mundo*, octubre 1994)¹⁹”.

En ese sentido, es preocupante el cambio de rumbo o dirección –en sentido contrario, diríamos: de la corrección a la incorrección– del sentido de la profesión de abogado, es decir, que mientras en sus inicios era ciertamente auspicioso, con el transcurso del tiempo se deformó o se inclinó a favor (aunque no mayoritaria, pero cada vez en aumento) de la temeridad y malicia (mala fe) procesales. Sobre todo cuando de la denominación misma del área de estudio, conocimiento o saber del abogado (*derecho*²⁰) se puede desentrañar sus significados o acepciones básicas (*recto, correcto*), que aluden a lo sensato, justo, razonable, honesto, legal, lícito, procedente; que debe lógicamente caracterizar a la quintaesencia de la abogacía, como lo fué en sus inicios y debe continuar siéndolo.

Pero, es más preocupante aún si tomamos en cuenta que el proceso se ve desnaturalizado por el litigio malicioso o abuso del derecho de litigar. Más aún cuando los que violentan o violan el proceso reclaman que sus argucias ilegítimas sean accedidas en nombre de la vigencia y defensa misma del debido proceso. Así, el juez de la causa, en el ejercicio de su función de administrador y justicia y defensor de la corrección del proceso, no puede permitir que las partes, por cualquier medio o modo, festinen el proceso; dicho en otros términos, el magistrado es y tiene que comportarse como garante del fiel cumplimiento del debido proceso en el juicio.

Además, las partes y los abogados deben tomar en cuenta que al hacer fraude, estafa o incorrección en el proceso, o accionar con temeridad procesal, no solo incurren en abuso del derecho, sino que también vulneran las atribuciones y majestad del juez, los derechos de la parte contraria, y también, por si fuese poco, el debido proceso.

La actuación procesal racional colabora facilitando la finalidad buscada por el accionante. Una actuación procesal irracional minimiza o lo conculca, perjudica o destruye. Se debe combatir, la irracionalidad procesal usada tanto para dilatar el proceso, como también para evitar la imposición de una sanción. El litigante que varía o frustra el fin del ordenamiento procesal acciona desviadamente; genera la desnaturalización del mismo, además de incurrir en inconstitucionalidad e irrazonabilidad. En ese sentido: “toda irrazonabilidad es inconstitucional... la regla

¹⁹ VALDIVIA CANO, Juan Carlos. *La Caja de Herramientas (Introducción a la investigación jurídica)*. Impresiones Zenith. Arequipa- Perú. 1998, p. 65.

²⁰ En inglés: *law, right*, francés: *droit*, alemán: *gerade, recht*, portugués: *direito*, italiano: *dititto*, etc.

de razonabilidad marca un límite más allá del cual, la irrazonabilidad implica una violación a la Constitución”²¹.

III. ACERCA DE LA TEMERIDAD PROCESAL.-

La temeridad procesal “consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón”²².

La temeridad no es otra cosa que una acción, en este caso actuar procesal, que desborda lo normal, lo razonable y lo debido, así como ataca valores morales del demandado quien se ve obligado a defenderse, si es que lo puede hacer sobre afirmaciones tendenciosas. Sin embargo, quien acciona defendiéndose, aunque sea claro conocedor de su culpabilidad, no puede ser calificado de temerario, ya que es lícita la búsqueda de un resultado atenuado o -por lo menos- en previsión de no ser víctima de un abuso de derecho.

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.

La conciencia de no tener razón o el saberse actuando sin poseer de razón legal, es lo que condiciona la temeridad. El comportamiento de temeridad se refleja ante el magistrado, a través de toda la actuación en el proceso por lo absurdo, caprichoso, etcétera, de las pretensiones o defensas²³.

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. La declaración del Decano del Colegio de Abogados de Lima, Walter Gutiérrez, es muy clara y evidente, al señalar que: "El 60% de los expedientes que existen en los órganos jurisdiccionales corresponde a procesos chatarras, frívolos, que no tienen fundamento legal o fáctico, pero que son presentados impunemente por abogados inescrupulosos, sobrecargando el sistema y volviéndolo más ineficiente”.

La temeridad no es de reciente data, ya que en el derecho romano *la parte vencida era condenada al pago de las costas de la contraria*, tomándose como base la idea de la temeridad en el proceso. Luego, se introdujo *el principio del vencimiento como justificativo del pago total de las costas*. En ese sentido, tenemos que Piero Calamandrei, en su obra “Elogio de los jueces escrito por un abogado”, señala en lo referido a ciertas relaciones entre los abogados y la verdad, así como analiza la obligada parcialidad del defensor, en ese sentido refiere: "El abogado, como el

²¹ BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional*. Ediar. Tomo I. Buenos Aires. 1968, p. 238.

²² PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. Editorial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 1992, p. 393.

²³ En ese sentido, consideramos necesario 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.

historiador, traicionaría su oficio si alterase la verdad relatando hechos inventados...”²⁴.

Vemos imprescindible definir los términos “temerario y temeridad²⁵”, en ese sentido tenemos que: i) El primero significa: “imprudente; quien desafía los peligros. Pensamiento dicho o hecho sin justicia ni razón; y en especial cuando ataca valores morales del prójimo”, ii) El segundo, constituye una: “acción arriesgada, a la que no precede un exámen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos. Juicio temerario, el formulado sin la debida razón y fundamento. En lo psicológico y en la resultante vital, la temeridad, alineada en cierto grado en la actitud suicida, cuando el desafío entraña contingencias considerables para la existencia o la integridad física, encuentra móviles desde el interés más egoísta al sacrificio más excelso; ya que corresponde a actuaciones que se escalonan desde la agresión y el despojo delictivo al salvamento del prójimo y a intentos heroicos. En la esfera jurídica concreta, el litigar con temeridad, sin probabilidad al menos de que la causa pueda triunfar por hechos favorables o argumentos aún débiles que alegar, lleva consigo la condena en costas. En los ordenamientos procesales donde tal medida no se funda, cual exige la responsabilidad civil, el hecho del vencimiento; sin excluir un posible recargo, ya punitivo, por movilizar de mala fe a la justicia”.

Debemos tener presente que el magistrado, en lo referido a la temeridad procesal, es responsable de supervigilar el proceso desde dos perspectivas: i) desde el litigio o tema de fondo y ii) desde el actuar o comportamiento de las partes. Así lo señaló Eduardo Couture en el Proyecto del Código de Procedimiento Civil uruguayo: “...ningún campo es mas apropiado que el del proceso para poder efectuar una vigilancia directa sobre la buena fe. Allí está el magistrado que es, simultáneamente, juez del conflicto y juez del proceso. Él discierne, dentro del ámbito del mismo juicio, no solo quien tiene razón, sino también como se han comportado los que pretenden tener razón...”.

IV. SOBRE LA MALICIA PROCESAL.-

Además, es importante precisar o tener en claro los significados de temeridad y malicia. Así, tenemos que: i) "La primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción; y ii) La segunda, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción"²⁶.

Malicia procesal es “la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe”²⁷. Malicia es, por ejemplo, confabular con el notificador para que notifique en un domicilio diferente del que consta en la cédula, con el oscuro propósito que el

²⁴ TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Piero Calamandrei Pimpinelli: gran maestro y procesalista de la juridicidad mundial*. En: Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, “Jurídica”. Lima- Perú (N° 194, 15/04/2008, p. 08).

²⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 23ª edición. Tomo VIII. 1994, pp. 28 -29.

²⁶ MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho en el proceso*. Editorial La Ley. Argentina. 2001. p. 41.

²⁷ GOZAÍNI, Osvaldo A. *La conducta en el proceso*. Librería Editora Platense S.R.L. Buenos Aires. 1988, p. 69.

demandado o notificado pierda sus derechos por la no comparecencia en término al proceso.

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.

El legislador peruano no hace referencia expresa al término “*malicia procesal*” o “*malicia*” (solo menciona “*mala fe*”), sin embargo, si lo hace de manera implícita, dado que, por ejemplo, el inc. 6 del art. 112 del Código Civil peruano advierte: “*Se considera que ha existido temeridad o mala fe... cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso*”. Ergo, la malicia, además de entorpecer, requiere ser “reiterada”. Al respecto, consideramos que dicho deslinde y precisión son imprescindibles y urgentes de realizarse, así como mostramos nuestro desacuerdo con la exigencia de la reiterancia referida para el caso de la mala fe o malicia procesal. Sin embargo, dichas disquisiciones desarrollamos en el acápite VI - intitulado “El artículo 112 (“*no deslindado*”) del Código Procesal Civil peruano”-, así como en las reflexiones finales y sugerencias, respectivamente

Finalmente, hablando en términos “*jurídico deportivos*”, diríamos que la temeridad y malicia (mala fe) procesales son opuestas o antagónicas al *fair play* (“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”²⁸); consecuentemente reiteramos que la malicia o mala fe procesal, es en cierta forma, la negación o violación del *fair play* aplicado a lo jurídico.

V. LITIGANTE TEMERARIO.-

La aparición del término *temerario procesal* o litigante temerario se produce en los inicios de la *culpa aquiliana* o *extracontractual* de la ley del mismo nombre, siendo las costas una forma de pena civil contra quien sin razón alguna ejercitaba una acción o temerariamente se oponía a ella, generándose un daño evidentemente injusto que debía ser definitivamente reparado.

El litigante temerario, denominado por Justineano “*improbis litigatur*” (contendiente deshonesto, pleitista de mala fe), tiene una naturaleza binomia o bifronte, es decir: i) demanda o se excepciona a sabiendas de su falta de razón o sin motivo valedero, ejerciendo una litigación bizantina, ii) activando la prestación de la función jurisdiccional basándose en motivos fútiles, lo que constituye una actualización del supuesto de falta de lealtad o de probidad procesal.

Improbis deviene de *improbe* e *improbe* significa con maldad o perversamente, de modo defectuoso, injusto e irrazonado. Es quién activamente tiende trampas y/o estafas procesales con una subjetividad dolosa, con la finalidad de engañar al juez y

²⁸

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El juego limpio y la incertidumbre de nuestro derecho*. Legal Express. Año 6. Nº 67, Lima –Perú. Julio del 2006, p. 19.

derrotar y/o dañar o perjudicar a la parte contraria, recurriendo al uso de medios ilegales y falsos para obtener el resultado propuesto.

Litigar temerariamente, es actuar de mala fe, con la idea de lograr beneficios en base a mentiras, engaños, ocultar información, etc. Así también, quien inicia una demanda, o interpone una excepción sabiendo que no tiene un mínimo de razón, incurre en temeridad litigante. Por otro lado, consideramos que proceder maliciosamente en una suerte de confabulación abogadil consistente en burlar al magistrado con el propósito de conseguir un beneficio (que no le corresponde legalmente) en la causa y en perjuicio también del patrocinado, muchas veces no solo para ocultar sus errores de patrocinio, sino también para incrementar sus honorarios de manera ilegal prolongando (el demandado que interpone excepciones, defensas y recursos sin fundamentos serios, con la única finalidad de dilatar o entorpecer) innecesariamente un juicio muchas veces cuasi eternamente²⁹; es asumir una conducta procesal de *improbis litigatur*.

Verbigracia, el litigante temerario es quien altera el proceso, pues, falsifica, corrompe, cambia, cercena, destruye o sustrae la prueba ya incorporada al mismo, o amenaza, coacciona, soborna o engaña a un testigo; porque de esa manera el magistrado probablemente decidiría muy distinto a lo que debiera (a lo justo), obviamente en perjuicio de la parte contraria.

Consecuentemente, el temerario procesal o "*improbis litigatur*", es quien ha actuado indistinta o concurrentemente con temeridad procesal o con malicia (mala fe) procesales. Por ende, consideramos válido utilizar el término *malicioso procesal*, como sinónimo de *temerario procesal*, dado que este último abarca o incluye a la temeridad y a la malicia (mala fe) procesales.

VI. EL ARTÍCULO 112 ("NO DESLINDADO") DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.-

Solo para efectos académicos abordamos el tema que el legislador peruano (a diferencia de la temeridad procesal) no hace referencia expresa al término: *malicia procesal*, sin embargo, desde nuestro punto de vista sí lo hace pero utilizando un sinónimo (la mala fe), dado que el inc. 6 del art. 112 del Código Civil peruano advierte: "*Se considera que ha existido temeridad o mala fe... cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso*" (el subrayado, resaltado y cursiva son nuestros). Así, consideramos que, la malicia, además de entorpecer el proceso, requiere ser reiterada. Referimos que es la *mala fe* o *malicia* la que se configura con la *reiterancia* mencionada textualmente en el citado artículo, ergo, la temeridad procesal (acto arriesgado, sin razón o fundamento y sin

29

Traemos a colación un emblemático como harto conocido caso (que dicho sea de paso era solo uno de la mayoría de los casos de antaño donde existía una marcada o exacerbada cultura litigiosa, iniciar y dilatar permanentemente los juicios; específicamente en la plena vigencia del Código de Procedimientos Civiles, porque de cierta forma el mismo cuerpo legal citado así lo permitía): Sucede que un abogado litigante de muy avanzada edad (cuyos casos eran casi los de siempre, porque eran los mismos al margen del avance inexorable de los días, semanas, meses, años...) decide retirarse del ejercicio abogadil, pero ocurre que paralelamente su nieto se titulaba de abogado, entonces decide dejarle en vida sus casos (increíblemente en esos tiempos dejar en herencia los casos de los letrados era una costumbre muy aceptada y admirada) pero no tomó en cuenta que su colega y nieto, diligente, pujante, de sangre nueva, imbuído e identificado con las nuevas tendencias jurídicas, culminaría con los mismos en meses. Pero grande fue su desconcierto, cuando lejos de obtener una felicitación de parte de su abuelo, recibió a cambio una severa llamada de atención y casi al borde las lágrimas le increpó: "Nieto de mi corazón, en ti están puestas las esperanzas de la familia, sin embargo, hondo es mi pesar, porque veo como nos defraudas clamorosa y desfachatadamente, porque los casos que dejé fueron los que atesoré y dilaté por décadas, es más, fueron mi prestigio, status y nuestro sustento. Ahora mi preocupación está en que encuentres o que busques a que te vas a dedicar para poder subsistir, si como abogado litigante no sirves!". Nótese el marcado comportamiento cuya relación con el tema del presente trabajo es muy notorio, como preocupante y reflexivo.

posibilidad de éxito) no significa lo mismo que la *malicia* o *mala fe procesal*, sino que es difícil comportarse reiteradamente como temerario en el proceso.

Empero, como afirmar que la *mala fe* que sanciona el Código Civil peruano, significa lo mismo que la *malicia* (o viceversa) no es suficiente; procedemos a realizar la fundamentación requerida. En primer lugar, necesitamos tener a mano el significado de *mala fe* que está relacionado con la maldad, la cual es “una acción mala e injusta”; y así también el de *malicia* que es (de forma concisa) “el empleo arbitrario u obstruccionista del proceso”, En segundo lugar, tenemos que en dicha definición última) hay dos términos que desarrollar (arbitrariedad y obstruccionismo). En tercer lugar, tenemos que: i) *arbitrariedad*, implica un “actuar contrario a lo justo, caprichoso o engreído”, y ii) *obstruccionista*, nos habla de “dificultar, entorpecer, impedir, retardar o dilatar”. En cuarto lugar, tenemos que la maldad es un acto malo o injusto, así como también el que la arbitrariedad y obstruccionismo denota injusticia. En quinto lugar, consecuentemente tenemos que *mala fe* y *malicia* son sinónimos.

Ahora, tomando como premisa dicha sinonimia (entre *mala fe* y *malicia procesales*) y dado que art. 112 del Código Civil peruano no solamente no menciona textualmente (como ya dijimos) la *malicia*, pero sí la menciona, diremos, utilizando un sinónimo: la *mala fe*. Pero el asunto no acaba ahí, va mas allá, porque en dicho artículo (que tiene siete incisos), el término *mala fe* solo es nombrado en el encabezado o inicio del mismo, consecuentemente, no precisa que incisos están referidos a la temeridad y cuales a la mala fe o malicia.

En ese sentido, utilizando las consideraciones y precisiones conceptuales anteriormente expuestas, realizamos los deslindes necesarios de los siete incisos que contiene el art. 112 del Código Civil peruano, que solo se limita a indicar “se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos”:

- i) *“Inc.1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio”.*
Consideramos que el presente inciso está referido a la temeridad procesal.
- ii) *“Inc. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”.*
En este inciso, para nosotros, está dando a conocer la temeridad procesal.
- iii) *“Inc. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente”.*
Nuestro punto de vista es que este inciso se refiere a la temeridad procesal.
- iv) *“Inc. 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos”.*
Este inciso es considerado por nosotros como malicia o mala fe procesal.
- v) *“Inc. 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios”.*
El presente inciso, para nosotros, está avocado a la mala fe o malicia procesal.
- vi) *“Inc. 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y”.*
Este inciso, a criterio nuestro, es correspondiente con la malicia o mala fe procesal.
- vii) *“Inc. 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación”* (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96).

Este inciso, es a nuestra consideración, conteste con la mala fe o malicia procesal.

VII. TEMERIDAD Y MALICIA VS. PRINCIPIOS PROCESALES.-

En primer lugar, tenemos que la temeridad y malicia procesales se identifican con la farsa, con la estafa en el proceso, con la ilegalidad, con el abuso del derecho. En consecuencia, son totalmente contrarias a los principios procesales que salvaguardan los derechos de las partes y de terceros, principios que pueden entenderse a nivel genérico, o específico, es decir, ya sea a nivel de un proceso constitucional u ordinario.

Empero, en segundo lugar tenemos que respecto de los principios procesales: Hernando Davis Echandía afirma la importancia de los principios de la buena fe y la lealtad procesales³⁰ (este último, denominado también, principio de moralidad³¹ y principio de conducta procesal³²): “La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la responsabilidad solidaria de aquellas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquella como el fraude procesal”.

En ese sentido, no se puede accionar, en sede judicial, con temeridad y/o malicia procesales si se es respetuoso de los principios señalados, ya que la malicia y temeridad procesales son totalmente opuestas o antagónicas respecto de los principios de la buena fe y la lealtad procesales.

VIII. TEMERIDAD Y MALICIA PROCESALES EN LA LITERATURA.-

Nadie como Carlos Ramos Núñez para deleitarnos magistralmente al recorrer los pasajes de diversas como no pocas obras literarias asociadas al mundo jurídico, en efecto menciona de la obra ‘*El tigre blanco*’ de Alonso Cueto: “El inescrupuloso Carranza resumía su práctica profesional en una frase peruana muy extendida entre quienes corrompen y quienes se dejan corromper: ¿cómo arreglamos?. La expresión supone un tácito entendimiento entre los interlocutores que dan por sentado que, **no obstante cualquier impedimento legal o ético, llegarán a un acuerdo que los sustraiga de la norma**”³³. El subrayado, resaltado y cursivo, son nuestros.

La frase peruana (en forma interrogatoria) referida anteriormente delata o da a entender que la misma se convierte en un agujero negro donde lógica y lamentablemente se entiende tiene cabida tanto la temeridad, como la malicia procesales y más, por decir lo menos.

IX. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.-

9.1. DEFINICIÓN.-

Esta teoría refiere que cuando se acciona procesalmente con mala fe (mala fe) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido

³⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984, p. 46.

³¹ MORALES GODO, Juan. *Instituciones de derecho procesal*. Palestra Editores. Lima- Perú. 2005, p. 44.

³² ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo J. *Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional peruano (Art., III del T. P.)*, en *El derecho procesal constitucional peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2005, p. 396.

³³ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*. PUCP. Lima- Perú. 2007, p. 46.

a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, antifuncional, impropia o inadecuada.

Cabe dejar 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 supervigilancia 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.

Gonzalo Fernández de León, dice que “desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son ilícitos por naturaleza o costumbre”³⁴.

Así también, Couture define al abuso del derecho como una “forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa”³⁵.

Para Raúl Chanamé Orbe, el abuso del derecho es una “figura por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse”³⁶.

Luis Ribó Durand, refiere acerca del abuso del derecho como, “...la posibilidad de que un sujeto de derecho, al hacer uso del poder jurídico que conlleva el derecho subjetivo del que es titular, ejercite dicho poder de forma antisocial”³⁷.

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)”³⁸.

Pedro Adrián Infantes Mandujano, advierte que el abuso del derecho consiste en la “ilicitud de ejercer una facultad, potestad, derecho mas allá de lo permitido moral o legalmente, también aprovecharse de una situación u objeto con la misma finalidad. El abuso puede ocasionarlo una persona teniendo como base un hecho lícito pero con finalidad ilícita... que se sale de los límites de la justicia, la equidad, la ley y la razón”³⁹.

Cabe 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

³⁴ FERNANDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario jurídico*. 3ª edición. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires, p. 45.

³⁵ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1983, p. 61.

³⁶ CHANAME ORBE, Raúl. *Diccionario jurídico moderno*. 3ª edición. Gráfica Horizonte. Lima- Perú, p. 57.

³⁷ RIBÓ DURAND, Luis. *Diccionario de Derecho*. Bosch casa editorial S.A. Barcelona. 1987, p. 04.

³⁸ CAPITANT, Henri. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1986, p. 07.

³⁹ INFANTES MANDUJANO, Pedro Adrián. *Diccionario jurídico*. Ediciones legales. S.A.C. Lima- Perú. 2000, pp. 31-32.

deber de asumir el costo del proceso, y a su vez la segunda abogaba por la necesidad de proscribir dicha conducta procesal, vía prohibición y sanción legal. Ganadora de dicha confrontación resultó faustamente triunfante 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.

Por otro lado, 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 conductas a nivel procesal.

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, 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 conductas 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.

9.2. NATURALEZA JURÍDICA.-

Es curioso, por decir lo menos, el amplio abanico de teorías que postulan argumentos para intentar determinar la naturaleza jurídica del abuso del derecho, lo que nos da una idea muy clara de la dificultad y amplitud para arribar a dicha empresa. Inclusive, actualmente la doctrina aún no es conteste respecto de la precisión de la uniformidad de su naturaleza jurídica.

En ese sentido, a decir de Abraham Luís Vargas⁴⁰, quien citando a Ival Rocca, enumera una serie de teorías que reclaman para sí la exclusividad de adjudicación de la naturaleza jurídica del abuso del derecho: i) del acto sin derecho, ii) del exceso ilegítimo, iii) de la extralimitación, iv) del acto ilícito, v) de la culpa, vi) del dolo genérico, vii) del dolo intención de perjudicar, viii) del dolo intención de beneficiarse, ix) del dolo intención antisocial, x) del exceso de destino, xi) del interés, xii) del enriquecimiento sin causa, xiii) de la mala fe, xiv) del riesgo creado, y xv) del fin económico social.

9.3. ORÍGEN Y EVOLUCIÓN.-

40

VARGAS, Abraham L. *El ejercicio abusivo del proceso (crítica y relativismo filosófico- científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)*. En: *Abuso procesal*. PEYRANO, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001, pp. 296- 297.

Si bien es cierto que la teoría del abuso del derecho fue ideada en el derecho romano en respuesta a la utilización ilimitada del derecho subjetivo en el proceso, ésta aparece inicialmente en la jurisprudencia francesa, pasando –a inicios del siglo XVIII, cuando el Landrecht de Prusia de 1794 se convierte en el pionero, de los ordenamientos jurídicos del mundo, en establecer taxativamente el abuso del derecho como principio– a positivizarse en las legislaciones europeas y latinoamericanas, principalmente; no logrando ser incluida aún en el derecho del *commun law* (donde utilizan la teoría de los actos ilícitos o la indebida interferencia en los intereses ajenos para combatir el abuso del derecho).

Por otro lado, tenemos que la jurisprudencia del antiguo derecho francés aplicó en numerosos casos el principio del abuso malicioso⁴¹. Luego, el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, denominado también *BGB*) señaló: “el ejercicio de un derecho es inadmisibles cuando solo puede tener por fin dañar a otro”, siendo refrendado por su correspondiente par adjetivo (*Zivilprozeßordnung*, conocido también como *ZPO*) al establecer la posibilidad del magistrado de derivar argumentos de prueba de la conducta procesal de las partes atendiendo al contenido íntegro de los debates. Posteriormente, también hicieron lo propio sus pares civiles suizo, soviético, peruano, italiano, entre otros. En ese sentido, tenemos que cuasi recientemente la Constitución peruana (1993) incluyó en su texto la prohibición del abuso del derecho, en su artículo 103 in fine. Es así como progresivamente el abuso del derecho demuestra claramente su avance desde la doctrina, pasando por la jurisprudencia, para finalmente lograr positivizarse.

Este proceder procesal anómalo (abuso del derecho), “supone el ejercicio de un derecho subjetivo excediéndose de sus naturales y adecuados límites, lo que genera perjuicio a terceros, sin utilidad alguna para el titular... es famosa la tesis de Calvo Sotelo, que preparó para la posteridad el terreno a la no menos destacada sentencia del Tribunal Supremo español, del 14/02/1944 que modificó el criterio- de “*quien ejercita su derecho no daña a nadie*”, a partir de cuyo momento, ya acogiendo unas veces un criterio objetivo, ya en otras, el subjetivo, se instauró una corriente judicial de sanción al abuso; preparando así el terreno para la posterior incorporación de la *condena del abuso del derecho* en el Código Civil español”⁴².

9.4. SUJETOS QUE INCURREN EN ABUSO DEL DERECHO.-

Consideramos que pueden incurrir en uso abusivo del proceso la totalidad de los sujetos procesales:

- i) **Las partes.-** Cuando solicitan o reclaman derechos inexistentes o ilegales o al quejar indebida o infundadamente a un magistrado ante la Oficina de Control de la Magistratura- OCMA- (en este tipo de quejas incurrir también no pocos abogados).
- ii) **El abogado.-**⁴³ A través de la interposición de recurrentes medidas cautelares, el planteamiento de ilegales recusaciones, accionar judicialmente a través los recursos mas perjudiciales para la parte contraria, de quebrantamiento de procesos, reclamar un derecho sin haber agotado la vía previa, interposición de recursos de todo y por todo con el

⁴¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1992, p. 439.

⁴² PALÉS, Marisol (Directora). *Diccionario jurídico Espasa Lex*. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 2002, pp. 38-39.

⁴³ Sin embargo, por obvias razones, es preciso tomar en cuenta que no es sencillo establecer una clara, precisa o exacta diferencia o línea divisoria entre los actos o conductas temerarias o de mala fe de las partes y los abogados.

- evidente propósito de dilatar o impedir la finalización del proceso o la ejecución de una sentencia.
- iii) **Los auxiliares jurisdiccionales.-** Mediante el ocultamiento de documentos.
 - iv) **Los notificadores.-** Al notificar en lugar distinto a la verdadera dirección de la otra parte.
 - v) **Los terceros.-** A través de inconductas procesales de peritos, y
 - vi) **El juez.-** Al correr excesivamente traslados a la partes, excesivo rigor en la formalidad al rechazar recursos o declarar nulidades recurrentemente, admitir o rechazar medios probatorios abiertamente procedentes o improcedentes respectivamente, incurrir en morosidad judicial injustificada o no sancionar (omisión cuasi cómplice) el accionar procesal abusivo de cualquiera de los sujetos señalados.

9.5. FORMAS PARA DETERMINAR DICHO ABUSO.-

Contamos con tres parámetros, maneras, modalidades o criterios para establecerlo:

- i) **Subjetiva.-** Mediante la cual el sujeto del proceso ejercita una conducta procesal abusiva con clara intencionalidad o culpa de dañar a otro.
- ii) **Objetiva.-** En esta modalidad el sujeto procesal acciona abusivamente en el proceso consiguiendo violar, eliminar, modificar o afectar la finalidad del derecho.
- iii) **Ecléctica.-** Considera que el sujeto procesal comete abuso del derecho al querer (y lograr) perjudicar a otro o al distorsionar/ desbordar el fin del derecho. En otros términos, el presente criterio ecléctico o mixto considera la simultaneidad o concurrencia de las anteriores modalidades descritas.

9.6. EFECTOS DEL ABUSO DEL DERECHO.-

Respecto de los efectos que se generan como consecuencia de la aplicación o acción comisiva del abuso del derecho o procesal, Juan Alberto Rambaldo⁴⁴ nos da luces al acotar que:

“Es lógico que varíen los efectos de la comisión del abuso procesal, según:

- i) La oportunidad en el que el mismo se cometa (antes o durante el proceso),
- ii) El tiempo en que se hubiese tomado conocimiento de la realización del acto abusivo,
- iii) La magnitud y,
- iv) La reparabilidad del daño causado”.

X. COSTAS, COSTOS, MULTAS, RESPONSABILIDADES Y SANCIONES.-

10.1. COSTAS.-

Según el Código Procesal Civil peruano (art. 410), las costas están constituídas por i) las tasas judiciales, ii) los honorarios de los órganos de auxilio judicial y iii) los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

La costas o gastos son de aplicación a la parte vencida (se aplican de oficio), tanto como los costos, pueden ser convenidos por las partes cuando el proceso concluye por transacción o conciliación. Notificadas las costas deben ser canceladas de manera inmediata, caso contrario se podrá cobrarlas por la vía forzosa.

⁴⁴

RAMBALDO, Juan A. *El abuso procesal*. En *Abuso procesal*. PEYRANO, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001, p. 227.

Hugo Alsina⁴⁵ sostiene que “en los inicios del antiguo derecho romano no se conocían las costas, cada litigante abonaba sus propios gastos... tampoco se conocieron en Francia hasta la edad media, en que se comenzó a aplicar una multa a quien sucumbía en el pleito, de donde derivó la costumbre”.

El maestro Chiovenda⁴⁶, manifiesta “la máxima de que el vencido ha de pagar necesariamente al vencedor los gastos o costas del juicio corresponde ya a la última fase del derecho romano. Anteriormente la condena en costas, no se imponía sino al vencido temerario, entendida la *temeritas*, al igual que la *calumnia*, como consecuencia de lo injusto. En días más remotos aún no tenía lugar el reembolso de gastos entre las partes contendientes, pues quedaban a cargo del vencedor y del vencido, a no ser que uno de ellos tuviera derecho a exigirlos de un tercero ajeno al pleito, pero responsable de él”.

Para Jaime Guasp⁴⁷, “las costas son una parte de los gastos procesales: una *species* de un *genus* más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso puede producir”.

Según explica Pedro Sagástegui Urteaga⁴⁸, “la expresión costas tienen varios sentidos: i) Cantidades fijas e inalterables que se adeudan al Estado con ocasión del proceso ii) Condena accesoria impuesta en sentencia por su conducta procesal iii) Indemnización a cargo de la parte vencida en proceso civil a favor del vencedor, cuando el juez condena al resarcimiento de esa parte de los gastos causados iv) Es propio de los sistemas del *civil law*. En el derecho anglosajón se denomina *expensas* o *fees*”.

Por otro lado, Raúl Chanamé Orbe⁴⁹ refiere que las costas son “gastos ocasionados a las partes litigantes con ocasión del proceso judicial, que se cuantifican en un valor económico. Las costas son: i) procesales (actuaciones y diligencias) y ii) personales (honorarios de abogado, etc.).

Henri Capitant⁵⁰, señala “costas es el conjunto de gastos tasables efectuados por las partes en el curso o con ocasión de un juicio y que constituyen el objeto de una condena especial en el fallo; en principio se ponen a cargo de la parte vencida”.

10.2. COSTOS.-

Se debe entender por costos genéricamente como una indemnización impuesta por el magistrado como resarcimiento. Sin embargo, el Código procesal civil peruano (art. 411) establece que son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

⁴⁵ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV segunda parte. Segunda edición. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires - Argentina. 1961, p. 523.

⁴⁶ CHIOVENDA, Guisepppe. *Condena en costas*. Valletta Ediciones. Argentina. 2004, p. 11.

⁴⁷ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo primero. 4ª edición. Editorial Civitas. Madrid- España. 1998, p. 527.

⁴⁸ SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Volúmen I. Primera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2003, p. 746.

⁴⁹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Ob. Cit., p. 269.

⁵⁰ CAPITANT, Henri. Ob. Cit., p. 171.

Couture señala “los costos son 1.- Cantidades variables que como los honorarios profesionales, se adecuan a los que prestan servicios a los litigantes o a la justicia. 2.- Condena accesoria que el juez impone a quien ha litigado con malicia que merece la nota de temeridad, o en los casos en que es preceptiva por disposición de la ley. 3.- Indemnización que debe el vencido al vencedor cuando el juez, por ministerio de la ley o por apreciación de la conducta de aquél en juicio, condena al resarcimiento de esa parte de los gastos causídicos”⁵¹.

10.3. MULTA.-

Se encuentra constituida por una sanción económica con la singularidad de estar destinada a ser ingresos propios del Poder Judicial. Sin embargo, a diferencia de las costas, no está regulada la exoneración de la misma. En consecuencia, se entiende que el juez debe ponderarla debidamente para no ocasionar angustias económicas excesivas en la parte vencida.

Henri Capitant⁵² afirma que *multa de procedimiento* “es una multa considerada, a menudo como una variedad de la civil, y cuya función es asegurar el juego regular de un procedimiento, ya sea obligando a cumplir una formalidad o previniendo el ejercicio abusivo de un recurso”.

Antiguamente las costas importaban una suerte de prohibición de imponer otra sanción como sería la condena a pagar un resarcimiento suplementario (multa). Sin embargo, en la actualidad es casi de común aceptación en el derecho latinoamericano que contempla a su vez la temeridad procesal. Así por ejemplo: el artículo 22 de la Ley colombiana 446 de 1998 establece lo relacionado a la imposición de multas por entorpecer el normal desarrollo del proceso, obstruir la practica de pruebas, entre otros⁵³.

10.4. RESPONSABILIDADES.-

La temeridad y malicia (mala fe) procesales se ubican en el Derecho de Daños, ocasionándose consecuentemente daños en todos los sujetos de un proceso judicial, aunque mayormente en el demandante y demandado.

El litigante que incurre en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales abusa del derecho en perjuicio de la contraparte y/o terceros; consecuentemente es responsable por dicho acto a nivel civil, penal y administrativo.

Pero, cabe señalar que el daño que ocasiona es un daño material y no moral. Además, incurren en temeridad y malicia procesales quienes hayan actuado de

⁵¹ COUTURE, Eduardo J. Ob. Cit., pp. 186- 187.

⁵² CAPITANT, Henri. Ob. Cit., p. 382.

⁵³ “Artículo 22. Multas. Sin perjuicio de otras disposiciones sobre temeridad o mala fe y condena de costas, ni de lo establecido en el artículo 60 de la ley 270 de 1996, en todos los procesos judiciales el juez, magistrado o sala de conocimiento, previa averiguación que garantice el derecho de defensa, impondrá al abogado de la parte respectiva una multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales en los siguientes casos: 1. Cuando se utilice el proceso, recurso, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste, para fines ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 2. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas. 3. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso. Contra la providencia que imponga la multa anterior procederá el recurso de reposición. En todo caso, el juez deberá enviar copia autenticada de la misma al consejo seccional de la judicatura, para efectos de la iniciación de la correspondiente acción disciplinaria cuando hubiere lugar a ella. PAR.- La multa a la que se refiere el presente artículo se impondrá sin perjuicio de los poderes correccionales del juez, magistrado o sala que la imponga” (Ley colombiana 446 de 1998 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia).

manera dolosa, fraudulenta y no por culpa. Es decir, tienen que haber obrado con plena conciencia y voluntad de querer hacerlo. Así, traemos a colación el inc. 5 del art. 50 del Código Procesal Civil peruano, que indica: *“son deberes de los jueces en el proceso: sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude”*.

10.5. SANCIONES.-

Es importante precisar que los sujetos del proceso que incurren en temeridad o malicia procesales, son pasibles de sanciones como la multa. Así, citamos el inc. 1 *ab initio* del art. 53 que trata sobre las facultades coercitivas del juez y que en mérito a ellas puede *“imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión”*.

La parte pertinente del inciso del artículo mencionado en el párrafo anterior, es aplicable cuando por ejemplo: el juez advierte que se está incurriendo en temeridad o malicia procesales o se pretende hacerlo, entonces, se hace saber al o los responsables conminándolos a que se abstengan de continuar o insistir en dicha actitud, con el apercibimiento de imponer multa como sanción.

XI. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO PERUANO.-

Tenemos que en lo que respecta a la exigencia de no incurrir en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales, diversos cuerpos normativos del Estado peruano se ocupan de ella, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria (de instancia plural, subjetiva y difusa por constitucionalidad), como la constitucional (de instancia única, de urgencia, objetiva y difusa propiamente dicha), ya sea en sus respectivos títulos preliminares o en su articulado.

Sin embargo, es preciso dejar en claro que si bien es cierto que los temas de la *temeridad procesal y malicia (mala fe) procesales* se encuentran contemplados en el Código Procesal Civil peruano de 1993 (art. 112), también es cierto que dicho ejercicio irregular del derecho no necesariamente figura expresa o no expresamente en el articulado de la totalidad de los demás códigos procesales peruanos (salvo el caso del Código Procesal Constitucional, art. 56) o leyes orgánicas (salvo el caso, además, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 288); empero, ello no debe significar que el articulado referido a la *mala fe* (malicia) y *temeridad* procesales del Código Procesal Civil referido no debe ser aplicado por los códigos procesales que no lo contemplen; dado que la Primera Disposición Final y Complementaria establece: *“las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”*. En consecuencia lo concerniente a la *temeridad y malicia (mala fe) procesales* regulado en el Código Procesal Civil peruano es de aplicación a todos los demás códigos procesales peruanos, salvo que la naturaleza incompatible de alguno(s) lo impida.

Por si fuera poco, tenemos que considerar que el Código Civil peruano regula el ejercicio abusivo del derecho- art. II de su Título Preliminar- (que se debe entender como la consecuencia del accionamiento procesal temerario o malicioso) y más aún finalmente, la Constitución Política peruana de 1993 también contempla el abuso del derecho (art. 103). Consecuentemente, si la Constitución Política peruana no ampara el abuso del derecho, éste no debe ser amparado por ninguna fuente del derecho peruano tanto en sede judicial o extrajudicial.

Acto seguido, citaremos el *bloque de constitucionalidad*⁵⁴ respectivo:

- i) **Constitución Política peruana.**- El art. 103⁵⁵ sobre el abuso del derecho.
- ii) **Código Procesal Constitucional peruano.**- El art. 56⁵⁶ sobre las costas y costos.
- iii) **Código Civil peruano.**- El art. II de su Título Preliminar⁵⁷ refiere acerca del ejercicio abusivo del derecho.
- iv) **Código Procesal Civil peruano.**- El art. IV⁵⁸ de su Título Preliminar señala los principios de iniciativa de parte y de conducta procesal, el art. 109⁵⁹ que trata sobre los deberes de las partes, abogados y apoderados, el art. 110⁶⁰ que regula la responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados, el art. 111⁶¹ que norma la responsabilidad de los abogados, el art. 112⁶² que refiere acerca de la temeridad o mala fe, el art. 410⁶³ acerca de la constitución de las costas, 411⁶⁴ respecto de la definición de los costos, 412⁶⁵ acerca del

54 El *bloque de constitucionalidad* esta compuesto por el conjunto de normas que acompañan y descifran a la Constitución. Este bloque es la resultante de la suma de la Constitución y las normas interpuestas o de desarrollo.

55 Art. 103, "... La Constitución no ampara el abuso del derecho".

56 Artículo 56.- Costas y Costos.- Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos. En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

57 Art. II (Título Preliminar), "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso". (Texto según la 1ª disposición del T.U.O. del Código Procesal Civil- D. Leg. 768- autorizado por R.M. 010-93-JUS de 23-04-93.

58 Artículo IV (Título Preliminar),- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los participantes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

59 Artículo 109.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.- Son deberes de las partes, Abogados y apoderados: 1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; 3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia; 5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y 6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

60 Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

61 Artículo 111.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

62 Artículo 112.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se sustrae, mutila o inutilice alguna parte del expediente; 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. Nº 26635, en fecha 23-06-96).

63 Artículo 410.- Costas.- Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

64 Artículo 411.- Costos.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

65 Artículo 412.- Principio de la condena en costas y costos.- El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de casación. Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor. En los casos en que se hubiera concedido auxilio

Principio de la condena en costas y costos, 413⁶⁶ sobre la exención y exoneración de costas y costos, 414⁶⁷ precisa los alcances de la condena en costas y costos, 415⁶⁸ acuerdo sobre costas y costos, 416⁶⁹ desistimiento y abandono en la condena en costas y costos, 417⁷⁰ liquidación de las costas, 418⁷¹ procedencia de los costos, 419⁷² pago de las costas y costos, 420⁷³ literalidad y destino de la multa, 421⁷⁴ unidad de pago aplicable a la multa, 422⁷⁵ liquidación y procedimiento de la multa y 423⁷⁶ pago de la multa.

v) **Ley Orgánica del Poder Judicial peruano.**- El art. 284⁷⁷ que versa sobre la función de la abogacía y derecho de defensa, el art. 288⁷⁸ que trata

judicial a la parte ganadora, corresponderá a la vencida el reembolso de tasas judiciales al Poder Judicial.(Párrafo incorporado por el Artículo 7 de la Ley N° 26846, publicada el 27-07-97).

66 Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.- Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales. Están exoneradas de los gastos del proceso las Universidades Públicas, quienes obtengan Auxilio Judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la ley pudiendo ser condenados al pago de costas y costos. También está exonerado quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla.(Artículo vigente conforme a la sustitución establecida por el Artículo 5 de la Ley N° 26846, publicada el 27-07-97).

67 Artículo 414.- Precisión de los alcances de la condena en costas y costos.- El Juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión.

68 Artículo 415.- Acuerdo sobre costas y costos.- Las partes deben convenir sobre las costas y costos cuando el proceso concluye por transacción o conciliación, salvo los que no participaron del acuerdo, quienes se someten a las reglas generales.

69 Artículo 416.- Desistimiento y abandono en la condena en costas y costos.- Si el proceso acaba por desistimiento, las costas y costos son de cargo de quien se desiste, salvo pacto en contrario. Quien se desista de la pretensión paga las costas y costos del proceso. El abandono de la instancia determina la condena en costas y costos del demandante.

70 Artículo 417.- Liquidación de las costas.- Las costas serán liquidadas por la parte acreedora de ellas, después de ejecutoriada la resolución que las imponga o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado. La liquidación atenderá a los rubros citados en el Artículo 410, debiéndose incorporar sólo los gastos judiciales comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas. Las partes tendrán tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable. Interpuesta observación, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el Juez resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. El único medio probatorio admisible en la observación es el dictamen pericial, que podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido. Del dictamen se conferirá traslado por tres días, y con su contestación o sin ella el Juez resolverá con decisión inimpugnable.

71 Artículo 418.- Procedencia de los costos.- Para hacer efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el Juez aprobará el monto.

72 Artículo 419.- Pago de las costas y costos.- Las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las apruebe. En caso de mora, devengan intereses legales. El pago se exige ante el Juez de la demanda. Las resoluciones que se expidan son inimpugnables.

73 Artículo 420.- Literalidad y destino de la multa.- La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partes iguales. La multa es ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso procede su exoneración.

74 Artículo 421.- Unidad de pago aplicable a la multa.- La Unidad de Referencia Procesal aplicable al pago de la multa, será la vigente a la fecha en que se haga efectivo. En la liquidación que se presente, se citará la norma que fija la unidad de pago.

75 Artículo 422.- Liquidación y procedimiento.- La liquidación de la multa es hecha por el Secretario de Juzgado y aprobada por el Juez de la demanda. Todas las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa son inimpugnables. Sin embargo, se concederá apelación sin efecto suspensivo si el obligado cuestiona el valor de la Unidad de Referencia Procesal utilizada para hacer la liquidación. Si la resolución es confirmada, el obligado debe pagar adicionalmente una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto liquidado.

76 Artículo 423.- Pago de la multa.- La multa debe pagarse inmediatamente después de impuesta. En caso contrario, devengan intereses legales y su exigencia es realizada de oficio por el Juez de la demanda al concluir el proceso, tan pronto quede consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la liquidación.

77 Artículo 284.- Función Social de la abogacía y derecho de defensa. La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho. Toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el Abogado de su libre elección.

78 Artículo 288.- Deberes. Son deberes del Abogado Patrocinante: 1.- Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados; 2.- Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; 3.- Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; 4.- Guardar el secreto profesional; 5.- Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; 6.- Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado; 7.- Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso; 8.- Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente; 9.- Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; 10.- Consignar en todos los escritos que

- sobre los deberes que debe observar el abogado patrocinante y el art. 292⁷⁹ referido sobre la sanción disciplinaria a abogados.
- vi) **Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.**- El art. 5⁸⁰ refiere acerca del abuso de procedimientos de los abogados y el art. 32⁸¹ señala lo concerniente al descubrimiento de engaño o equivocación durante el juicio.
 - vii) **Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de las Naciones Unidas**⁸².- El art. 26⁸³ y el 27⁸⁴ tratan sobre las actuaciones disciplinarias de los letrados.
 - viii) **Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica**⁸⁵.- El art. 5. que versa sobre la buena fe y lealtad procesal de los partícipes del proceso⁸⁶ y el art. Art. 35 que contiene lo relacionado a la responsabilidad del Tribunal⁸⁷.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.-

- i) **Código de Procedimiento Civil Venezolano.**- El atentar contra la lealtad y probidad en el proceso es regulado por el art. 17 de su Título Preliminar contemplando lo referido a su prevención y sanción⁸⁸.
- ii) **Código Procesal Civil italiano (*Códice di Procedura Civile*).**- Establece acerca del comportamiento de las partes⁸⁹ en su art. 116, párrafo 2^o.
- iii) **Código de Procedimiento Civil boliviano.**- En su art. 4 señala las facultades especiales de los jueces y las partes⁹⁰.

presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito; 11.- Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía; y, 12.- Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289^o de esta ley.

79

Artículo 292.- Sanción disciplinaria a abogados. Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.

Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

80

Artículo 5.- El Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios.

81

Artículo 32.- Cuando el Abogado descubra en el juicio una equivocación o engaño que beneficie injustamente a su cliente deberá comunicárselo para que rectifique y renuncie al provecho que de ella pudiera obtener. En caso de que el cliente no esté conforme, puede el Abogado renunciar al patrocinio.

82

Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) 27/ 08/ 1990- 07/09/1990.

83

Art. 26. La legislación o la profesión jurídica por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas.

84

Art. 27. Las acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección.

85

Llevado a cabo en Montevideo en marzo de 1988.

86

Art. 5. Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión⁹. y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

87

Art. 35. Responsabilidad del Tribunal.- Los Magistrados serán responsables por: a) demoras injustificadas en proveer, b) proceder con dolo o fraude, e) sentenciar cometiendo error inexcusable.

88

Artículo 17.(de su Título preliminar) -El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

89

Art. 116, párrafo 2^o.- "El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le den según el artículo siguiente, de su rechazo injustificado a consentir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso".

- iv) **Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea**⁹¹.- En el acápite 2.2. de sus Principios Generales estipula la importancia de la confianza e integridad moral del abogado⁹².
- v) **Código Procesal Civil brasileiro (Código de Processo Civil do Brasil o Institui)**.- Refiere sobre el litigante de mala fe⁹³, en su art. 17.
- vi) **Código General del Proceso uruguayo**.- En su art. 5 menciona el actuar procesal de mala fe⁹⁴.
- vii) **Ley de Enjuiciamiento Civil española**.- El art. 247 contiene el tema del respeto a las reglas de la buena fe procesal⁹⁵.
- viii) **Código Procesal Civil y Comercial argentino**.- En su art. 29 aborda el tema de la reacusación maliciosa⁹⁶.
- ix) **Código de Procedimiento Civil colombiano**.- Traemos a colación el art. 73 el cual regula las costas del proceso del apoderado que actúe con temeridad o mala fe⁹⁷.

XIII. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.-

Antes de revisar las jurisprudencias del Tribunal Constitucional (TC) en materia de temeridad y malicia (mala fe) procesales, es necesario tener presente que dichos fenómenos tienen como saldo a diez abogados recientemente sancionados por dicho Tribunal por promover acciones judiciales sin sentido, con sanciones que van desde la llamada de atención hasta multa pecuniaria. Además, el TC ha demandado

⁹⁰ Art. 4.- Facultades especiales.- Los jueces y tribunales tendrán las siguientes facultades, de oficio o a petición de parte: 1) Declarar la perención de instancia y la rebeldía. 2) Rechazar todo escrito que contuviere expresiones ofensivas para las partes, el juez o la moral, o que no sea atinente al motivo del proceso. 3) Reprimir los incidentes que sólo tendieren a entorpecer o dilatar el proceso. 4) Exigir las pruebas que consideraren necesarias, como exhibiciones, peritajes y juramentos, llamar a los testigos ofrecidos por las partes, efectuar careos y emplear ciertos medios que fueren conducentes al mayor esclarecimiento del proceso. 5) Amonestar a las partes y apercibir a los subalternos. 6) Imponer las sanciones establecidas en este Código. 7) Declarar en oportunidad de dictar sentencia la temeridad o malicia en que hubieren incurrido las partes o profesionales intervinientes.

⁹¹ Aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28/10/1988, por el Consejo de Abogados de la Comunidad. (En ese entonces era Comunidad y no la de ahora Unión europea).

⁹² Acápite 2.2. (de sus Principios generales) Confianza e integridad moral. Las relaciones de confianza no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del Abogado. Para este último, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales.

⁹³ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II- alterar a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI- provocar incidentes manifestamente infundados. VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁹⁴ Artículo 5º. - Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los participantes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

⁹⁵ Art. 247. De la buena fe procesal.- Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

⁹⁶ Art. 29. Reacusación Maliciosa.- Desestimada una recusación con causa, se aplicarán las costas y una multa de hasta pesos novecientos mil (\$ 900.000) por cada recusación, si ésta fuere calificada de maliciosa por la resolución desestimatoria.

⁹⁷ "Artículo 73. (modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 9). Responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. El juez impondrá a cada uno multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales. Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda, con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional".

a los magistrados del Poder Judicial a mantenerse alertas ante casos de temeridad procesal, los mismos que dicho sea de paso, lamentablemente van cada vez en aumento.

Es más, Juan Vergara Gotelli, miembro del TC, precisó que no se puede permitir que los abogados presenten *temerariamente* demandas que no tienen ninguna posibilidad de prosperar: "Ellos deben ser sancionados, porque son los conductores técnicos de la defensa y no deben pretender burlarse de los magistrados ni de sus patrocinados".

A continuación hizo mención de dos casos: i) El primero, en el que un abogado presentó una demanda de hábeas corpus para una sociedad anónima. (cuando es de común conocimiento que dicha acción de garantía solo es para proteger derechos de la persona y no para asociaciones o para empresas), y ii) El segundo, el de una acción de amparo en la que solicitaron una pensión de jubilación a favor de una persona que no tenía el número mínimo de aportaciones que señala la ley.

Es claro además, que por más exhaustiva que llegue a ser una investigación y/o aporte doctrinario, siempre llevará una sombra inmisericorde que lo señale, descalifique o condene por no mostrar, avocarse o abarcar también el ángulo práctico o concordar con la realidad referente al tema de investigación (peor aún cuando dicha realidad o lo que acontece en la práctica demuestra ser muy lejana o totalmente diferente a lo expresado). Cuando una investigación muestra el tipo de falencia señalado es conocida o achacada de no aterrizar o no llegar a aterrizar. Por lo cual haremos lo propio para evitar caer en dicha limitación, en los presentes temas de investigación.

En ese sentido, (dejando constancia que si bien es cierto que la *temeridad y la malicia- o mala fe- procesales* se encuentran reguladas a nivel de jurisdicción ordinaria y también a nivel de jurisdicción constitucional). En la presente oportunidad:

- i) Realizaremos un breve pasaje de veinticinco jurisprudencias del Tribunal Constitucional peruano (TC) referidas a los temas materia del presente trabajo, es decir, del segundo nivel señalado (selección realizada del periodo 1995- 2007).
- ii) De dichas jurisprudencias (para efectos de la presente investigación)- dado que la inclusión del texto completo de las mismas, por su amplitud y cantidad, es obviamente impracticable-, hemos extractado (extraído textual y sistemáticamente, y no resumido o simplemente transcrito de sus respectivas sumillas), para un mejor entendimiento (más concreto, didáctico y ágil), de las partes mas relevantes o pertinentes.
- iii) Además, cabe agregar que hemos resaltado y subrayado las partes más saltantes de las mismas e incidiendo más en los comportamientos de temeridad o malicia (mala fe) procesales, como en sus respectivas sanciones, que en los temas de fondo de dichas causas.

A continuación, pasaremos a revisarlas individualmente con la finalidad de determinar:

- a) En que medida el citado Tribunal, hace distinciones o no al sancionar entre mala fe (malicia) y temeridad procesales.

b) En que medida dicho Tribunal señala o distingue cuales de los siete incisos del art. 112 del Código Procesal Civil peruano están referidos a la mala fe (malicia) procesal y cuales de los mismos, los son de la temeridad procesal:

- i) *“...Que, el recurso de aclaración... contiene frases ofensivas que agravian a personas e instituciones de la administración de justicia, afectan los límites mínimos del respeto, prudencia y probidad... **y a sabiendas que legalmente no procede recurso tendiente a modificar el fondo del fallo... presenta escrito denominándolo recurso de aclaración... ha incurrido en temeridad procesal** y debe ser objeto de sanción, medida solo aplicable por los jueces, que se orienta a persuadir ponderación a los señores abogados en el ejercicio de su profesión que deben ejercerlo con probidad y en base a la verdad de los hechos. RESUELVE: Declarar improcedente el escrito de aclaración... Suprímase las frases ofensivas vertidas en el escrito... **Sancionar al abogado... con la medida disciplinaria de amonestación** debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, al señor representante del Ministerio Público y al señor Decano del Colegio de Abogados de Lima... dispusieron su publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley”⁹⁸.*

Respecto de la presente resolución (Exp. N° 099-95 AA/TC), señalamos que los términos: i) “a sabiendas” de no poder modificar el fondo del fallo” y ii) “*presenta escrito*”; nos da una clara señal de la comisión de temeridad, como efectivamente lo ha considerado el TC.

- ii) *“...**De manera reiterada ha inducido a error a este tribunal...** Se concluye que **el abogado patrocinante de la demandada... ha actuado con temeridad y/o mala fe, por lo que resulta pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 111° del mismo Código Adjetivo** sobre la responsabilidad de los abogados en el proceso... SE RESUELVE: corregir la Resolución de autos... conforme a los considerandos 6 y 7 de la presente Resolución... De conformidad con el considerando 10, disponer que se cursen las copias certificadas pertinentes...”⁹⁹.*

En esta resolución (Exp. N° 632-2001-AA/TC), se aprecia que el “*inducir a error*” al Tribunal es conducta inequívoca de temeridad ya que se entiende que el actor es conciente de no tener razón o fundamento. Sin embargo, no apreciamos la mala fe (malicia) que el TC menciona con que se haya actuado.

Consecuentemente, consideramos que para que esto suceda, lo más probable es que el TC no tiene bien en claro la diferencia entre mala fe (malicia) y temeridad, ya que parece considerar que ambos son sinónimos; peor aún cuando va más allá al señalar que se incurrió en “temeridad y/o mala fe” (dado que no es lógico, afirmar que *algo* se comporte válidamente como: “*esto y aquello*”; y a la vez o concurrentemente, es decir, al mismo tiempo, afirmar que ese *algo* sea también, “*esto o aquello*”).

En tal sentido, tiene que aclararse/deslindarse que sea “A o B” o “A y B” (pero no ambos a la vez), dado que es impreciso e incorrecto señalar que algo sea “A y/o B”, a la vez e indistintamente, además. Consecuentemente, no es válido sostener la doble y concurrentemente indistinta naturaleza de “A o B”, “A y B” y “Ay/o B”.

98

Exp. N° 099-95 AA/TC

99

Exp. N° 632-2001-AA/TC

Por otro lado, en la presente resolución (Exp. N° 632-2001-AA/TC) *in comento* el TC indica comisión de temeridad y/o mala fe, al respecto nos preguntamos si ello obedeció a un error mecanográfico incluir “y/o mala fe” (en lugar de señalar únicamente la comisión de temeridad en la misma); ya que de lo contrario el asunto se evidenciaría más erróneo aún-

Si bien es cierto que lo relatado nos preocupa, no nos sorprende realmente, ya que el TC peruano presenta un desarrollo importante en derecho constitucional, más no aún en derecho procesal constitucional.

- iii) “...Se advierte que **la sentencia recaída en el presente proceso constitucional se encuentra arreglada a la Constitución y la ley; y, además, no existe en ella algún concepto oscuro o dudoso que aclarar. Que el abogado, teniendo conocimiento que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud, incurriendo en temeridad procesal...** RESUELVE **Declarar sin lugar la solicitud de nulidad... sancionar al abogado... con la medida disciplinaria de amonestación,** debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Presidente de la Corte Superior de Justicia, al representante del Ministerio Público y al Decano del Colegio de Abogados de Lima... disponiéndose la notificación al recurrente...”¹⁰⁰.

En dicha resolución (Exp. N° 1326-2001-AA/TC), se señala que: “no existiendo concepto que aclarar” el abogado “presenta solicitud”, por consiguiente se ha incurrido en temeridad. Así también lo señaló el TC.

- iv) “...Que el abogado, **sabiendo que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta la presente solicitud incurriendo en temeridad procesal...** RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de aclaración formulada por el Procurador del Ministerio de Pesquería (actualmente de Producción)... Asimismo, **sancionar al abogado... con la medida disciplinaria de amonestación,** debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Presidente de la Corte Superior de Justicia, al representante del Ministerio Público y al Decano del Colegio de Abogados de Lima...”¹⁰¹.

Este caso (Exp. N° 200-2002-AC/TC), se repite lo mismo que en el anterior (Exp. N° 1326-2001-AA/TC). Estamos de acuerdo con el TC. Es temeridad.

- v) “...Contra los decretos y autos que dicte este Colegiado procede únicamente el recurso de reposición... no estando estipulada la anulación como recurso para cuestionar los actos procesales antes indicados... debe entenderse el presente recurso como uno de reposición y no de anulación... asimismo, aparece de la sumilla del escrito de “anulación” que se solicita la suspensión del proceso... dicha solicitud carece de sustento y, por lo tanto, no puede ser estimada... de otro lado, de autos **se advierte que la recurrente y su abogado patrocinante, lejos de colaborar con este Colegiado, observan una conducta manifiestamente obstruccionista y temeraria, que se refleja en pedidos contradictorios y carentes de sustento legal...** RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE el recurso de reposición, presentado como anulación por la empresa recurrente, y SIN LUGAR los pedidos de suspensión del proceso y de señalamiento de nueva fecha para la vista de la causa, debiendo continuar el proceso según su estado... **Multar a la empresa... y a su abogado...** con 20 Unidades de Referencia Procesal cada uno... Remitir copia de los actuados respectivos a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima”¹⁰².

100 Exp. N° 1326-2001-AA/TC
101 Exp. N° 200-2002-AC/TC
102 Exp. N° 354-2002-AA/TC

En la presente resolución (Exp. N° 354-2002-AA/TC), el TC afirma que se ha actuado de manera “obstruccionista y temeraria”. En este caso, si bien es cierto que entendemos que se ha litigado –a la vez– con malicia o mala fe (obstruir) y con temeridad; en ese sentido, nos extraña que el TC solo aprecie temeridad; porque el término “obstruccionista”, parece ser utilizado solo para darle mayor énfasis a la temeridad.

- vi) “...Las aclaraciones o precisiones solicitadas son, en verdad, planteamientos diversos que entrañan la reconsideración y modificación del fallo emitido, lo cual no es procedente por cuanto ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, tal como lo prescribe el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución Política del Perú... Que el abogado... **teniendo conocimiento que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud... se dispone sancionarlo con una multa de 2 URP, siendo ésta una medida cuyo propósito deberá ser el de persuadir a los señores abogados para que ejerzan su profesión con probidad y sobre la base de la verdad de los hechos...** RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de aclaración. Téngase presente en cuenta lo expuesto en el considerando N° 4., supra...”¹⁰³.

Aquí (Exp. N° 1200-2003-AA/TC), se obró con temeridad, ya que: “se actuó con conciencia de no tener razón”. De igual opinión es el TC.

- vii) “...El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Tumbes, con fecha 30 de noviembre de 2000, declara infundada la demanda, por considerar que de las instrumentales obrantes en el expediente se aprecia que **las acciones realizadas por el demandante ofenden la dignidad de las personas y, en particular, de los Magistrados** Por otra parte, estima que la conducta adoptada por el Presidente de la Sala Mixta se ciñe al ejercicio de sus atribuciones como Magistrado, al impedir que se mancille por medio de carteles y actos difamatorios, la buena reputación de los Magistrados, no apreciándose vulneración alguna de los derechos constitucionales invocados ni amenaza contra la libertad del accionante. La recurrida confirma la apelada, por considerar que la conducta del emplazado no constituye vulneración o amenaza de la libertad individual del accionante... **este Colegiado, habida cuenta de la condición de abogado del accionante y de la evidente temeridad procesal con la que ha obrado, considera pertinente al caso de autos la aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil**, aplicables supletoriamente, de conformidad con el artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435. Ha resuelto Declarar INFUNDADA la demanda... Ordena, en aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, la remisión de copias de la presente sentencia a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de la misma localidad...”¹⁰⁴.

En este caso (Exp. N° 2620-2003-HC/TC), se “actúa sin tener fundamento”. Concordamos con el TC que señala que es temeridad.

- viii) “...Que el alegato referido a que este Colegiado aclare motivadamente su fallo, por tener decisiones controvertidas, pretende desconocer y, por ende, modificar el resultado de un proceso, en contra de la garantía prevista en el artículo 139° inciso 2) de la Constitución, que establece que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución... Que el abogado patrocinante de la demandante... **teniendo conocimiento de que no es posible modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud, incurriendo en temeridad procesal...** RESUELVE Declarar SIN LUGAR la solicitud presentada... **Imponer al abogado... la sanción de multa** de 1 Unidad de Referencia Procesal, disponiéndose que el Juez de la causa adopte las medidas pertinentes para que se haga

103

Exp. N° 1200-2003-AA/TC

104

Exp. N° 2620-2003-HC/TC

efectiva; oficiándose a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima y al Ilustre Colegio de Abogados de Lima...¹⁰⁵.

Aquí (Exp. N° 2851-2003-AA/TC) se puede apreciar que, al “presentar solicitud siendo conciente de no poder variar el fallo”, se incurre según el TC en temeridad. De acuerdo.

- ix) **“...El demandante... se ha mostrado renuente a que se expida la resolución final, con el objeto de lograr la prescripción de la acción penal... El demandante sostiene que una vez recusado el Juez emplazado por causal de parcialidad... éste se arrogó ilegalmente la facultad de tramitar el proceso penal expidiendo las cuestionadas resoluciones materia de autos, atentando contra su libertad personal al haber dispuesto su ubicación y captura... Resulta manifiesta la impostura del demandante al pretender servirse del Tribunal Constitucional para una actuación evidentemente intervencionista en un proceso penal ordinario en tramite... **con evidente finalidad de frustrar la tramitación del proceso, temeridad que conlleva la necesaria colaboración del abogado patrocinante del recurrente... y también de los abogados de los otros procesados...** por lo que se hace imperioso que este Supremo Tribunal restituya la autoridad del Juez y se denuncie a los referidos abogados ante el Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima... En consecuencia, las resoluciones dictadas por el Juez penal no lesionan derecho fundamental alguno del recurrente **debiendo rechazarse la demanda por temeraria, deshonesta y ajena a las previsiones del numeral 25 del Código Procesal Constitucional.** HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de habeas corpus... Disponer se remitan copias de la presente sentencia al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima para que estas instituciones procedan conforme al fundamento 10 de la presente sentencia...”¹⁰⁶.**

En esta jurisprudencia (Exp. N° 3338-2004-HC/TC), al actuar “obstruyendo o frustrando el proceso” de manera repetida (ya que incurren en ello varios abogados de las partes), se incurre en malicia o mala fe. Sin embargo, yerra el TC al esbozar el cometimiento de temeridad. Consecuentemente, no estamos de acuerdo.

- x) **“...Los recurrentes interponen demanda de amparo contra el juez del 26 Juzgado Civil de Lima... alegan la vulneración del derecho al debido proceso... consistente en no haber dado respuesta a un medio impugnatorio y a una demanda... sin embargo este Tribunal ha tomado conocimiento mediante el expediente 4389-2005-PA/TC, traído a esta instancia, de que por Resolución N° 2, de fecha 31 de octubre del año 2002, emitida por el 26 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima se concedió la apelación en el proceso N° 2002-35369 que motiva la presente demanda... Que este Colegiado no puede dejar de advertir que el escrito de demanda del presente proceso tiene como fecha el 21 de enero de 2003 y que, como se expuso en los considerandos anteriores, se denuncia entre otras cosas que el juez demandado no ha resuelto el recurso de apelación interpuesto en la causa 2002-35369; no obstante obra en los autos del expediente 4389-2005-PA/TC, que gira precisamente en torno a una de las causas que origina el presente proceso, que el actor y abogado... fue notificado de la resolución... esto es con anterioridad a la presentación de la presente demanda, lo que significa **que aun cuando conocía de la resolución acusó su inexistencia en el presente proceso... está acreditada la actuación temeraria del demandante y también abogado de la causa** ...sumándose a ello que ha usado expresiones descomedidas y agraviantes sin guardar el debido respeto al juez... es evidente que tales frases son ofensivas y vejatorias, no resultando acordes con una conducta procesal respetuosa de la actividad jurisdiccional... el recurrente debió ejercitar su derecho de defensa dentro del respectivo proceso... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda por haberse producido la sustracción de la materia en el extremo que solicita se expida la resolución correspondiente al escrito de apelación presentado por el demandante... Revocar la resolución de grado y, reformándola, admitir la demanda en el extremo referido a la causa 2002-36483, que**

105

Exp. N° 2851-2003-AA/TC

106

Exp. N° 3338-2004-HC/TC

involucra al codemandante... **Imponer al abogado y parte en el proceso ... una multa** de tres Unidades de Referencia Procesal...¹⁰⁷.

En el presente caso (Exp. N° 340-2005-PA/TC), se evidencia el “conciente accionar procesal duplicado pero en procesos distintos”, lo que denota temeridad. En igual término lo considera el TC.

- xii) **“...La demandante percibe una pensión del régimen general de jubilación... y pretende que se efectúe una recalificación de la misma alegando que su monto es irrisorio... no se evidencia la inaplicación de las normas que regulan, actualmente, el monto de la pensión mínima legal... tanto el demandante como su abogado patrocinante han actuado con manifiesta temeridad... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, e imponer a la demandante la sanción de pago de costas y costos del proceso a consecuencia de su acción temeraria... Disponer que se proceda de conformidad con el fundamento 7, se remitan las copias certificadas pertinentes...”**¹⁰⁸.

En la presente resolución (Exp. N° 1660-2005-PA/TC), el TC señala que hay temeridad al “pretender vía judicial acceder a un monto pensionario que no le corresponde por ley”. Consideramos también haber lugar a temeridad.

- xii) **“...El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando renta vitalicia por enfermedad profesional conforme al Decreto Ley 18846 y su Reglamento, así como los devengados desde la fecha de su cese. Refiere haber laborado en la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. (Centromín Perú) por más de 46 años, expuesto a riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis, con incapacidad de 75% para el trabajo... La emplazada formula tacha contra la evaluación médica emitida por el Ministerio de Salud, propone la excepción de prescripción extintiva, y contesta la demanda alegando que el recurrente no ha cumplido con presentar el informe de la Comisión Evaluadora de Essalud, en el que conste que padece la enfermedad profesional alegada... A efectos de sustentar su pretensión. el demandante presenta a fojas 7 copia de un Examen Médico Ocupacional expedido por el Instituto de Salud Ocupacional Alberto Hurtado Abadía del Ministerio de Salud... de acuerdo con el cual el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución... Mediante Oficio... remitido por la... directora del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud – CENSOPAS, se informó que **el documento que en fotocopia nos ha adjuntado, referido al examen médico ocupacional N° 18658 es un documento falsificado... la supuesta historia del demandante no se encuentra registrada en nuestros archivos... Consiguientemente, el diagnóstico de la enfermedad profesional de neumoconiosis ha quedado desvirtuado... Este Tribunal... evidencia que el doctor Carlos Castillo Mauricio (CMP 8313) ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley General de Salud, que prescribe que El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado... De igual manera, se han vulnerado las disposiciones contenidas en el título primero de la sección cuarta del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú... este Tribunal ordena remitir copia de la presente y de los actuados pertinentes al Ministerio Público y al Colegio Médico del Perú, para que **se apliquen al doctor... las sanciones a que hubiere lugar... se impone al demandante el pago de costos y costas, así como una multa** de diez unidades de referencia procesal (10 URP)... De la misma manera, y por los motivos ya señalados, este Colegiado impone una multa de diez unidades de referencia procesal (10 URP) al abogado patrocinante del demandante... y dispone la remisión de los actuados pertinentes al Colegio de Abogados de Junín... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, y dispone que se proceda de****

107

Exp. N° 340-2005-PA/TC

108

Exp. N° 1660-2005-PA/TC

conformidad con los fundamentos 14 y 17 de la presente, remitiéndose las copias certificadas pertinentes...¹⁰⁹.

En el presente caso (Exp. N° 2016-2005-PA/TC), consideramos que: “presentar documento falsificado para reclamar otorgamiento de un derecho” es temeridad. De igual manera lo considera El TC.

- xiii) “...El Tribunal considera que para estos casos **no sólo no resulta procedente la vía del amparo, sino que... considera que la conducta del actor resulta temeraria** debido a que pretende la desafectación de un bien gravado para garantizar el pago de la reparación civil, establecido en un proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito, sin que, pese al tiempo transcurrido, el responsable civil de dicho acto haya abonado el íntegro de la reparación dispuesta por el Juez... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos... **Imponer el pago de costas y costos al demandante** conforme al considerando 4 de la presente resolución...¹¹⁰.

En el presente caso (Exp. N° 5088-2005-PA/TC), “accionar por la vía (amparo) no correspondiente por ley”, revela temeridad según el TC. Opinamos lo mismo.

- xiv) “...Los demandantes alegan la afectación de los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva... en correspondencia con la libertad personal... en lo referido al derecho a probar... y al derecho a la defensa... Sobre la base de esta vulneración, solicitan lo siguiente: - Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que se les permita probar el hecho postulado como defensa material. - Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que el juez penal en la sentencia se pronuncie sobre el argumento de defensa técnica... Como se ha podido advertir, **la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso**; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha contraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa... de veinte unidades de referencia procesal (20 URP)... este Colegiado ha advertido algunas cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Ésta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto porque no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos... HA RESUELTO Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de inhibición del juez... Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba... Declarar INFUNDADA la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa... EXHORTAR a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos sean... **Disponer la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable**...¹¹¹.

109

Exp. N° 2016-2005-PA/TC

110

Exp. N° 5088-2005-PA/TC

111

Exp. N° 6712-2005-HC/TC

En la presente resolución (Exp. N° 6712-2005-HC/TC), tenemos que: “solicitar inhibición cuando por ley no procede” revela temeridad. Luego, “dejar de presentar testigos” constituye mala fe o malicia. A continuación, “evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional con fines no correctos”, evidencia también malicia o mala fe (en esta segunda oportunidad se configura la reiterancia exigida por ley para ser mala fe o malicia). Consecuentemente, consideramos que en el presente caso se ha obrado con temeridad y mala fe o malicia a la vez o concurrentemente. Sin embargo, el TC sanciona únicamente como temeridad. Lógicamente no somos contestes con el TC.

- xv) “...En el caso de autos, esta actitud temeraria se observa no bien se toma en cuenta que la decisión jurisdiccional que se pretende dejar sin efecto a través del presente proceso, no sólo no afectaba los derechos que han sido invocados, puesto que sólo tenía como efecto la designación de un Administrador judicial provisional y, en ese sentido, no podía afectar ni la propiedad ni la libertad de trabajo y de empresa, como alega el recurrente, sino que, además, al momento de interponerse la presente demanda, dicha medida cautelar había caducado con todos sus efectos, tal como lo ha denunciado la magistrada emplazada. **...el abogado de la demandante no sólo conocía de la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso, sino que, además, pretendió sorprender a la judicatura constitucional, incluyendo a este Colegiado, a efectos de que se ordene la anulación de un acto jurisdiccional que había sido dictado conforme a las normas procesales vigentes**, y que al momento de presentarse la presente demanda ya había caducado puesto que, al interponerse la demanda que suscitó la medida cautelar fuera de proceso, ésta había sido ya archivada al no haberse subsanado las omisiones procesales que habían sido advertidas en la etapa de postulación del proceso... este Colegiado considera que **la conducta temeraria no sólo debe imputarse a la parte demandante sino también al Abogado** que autorizó el escrito de demanda y los sucesivos recursos... este Tribunal impone el pago de los costos procesales... la misma que deberá ser pagada por la demandante, estableciéndose además, por concepto de multa y... el pago de 10 URP que deberá ser abonado por el abogado o por los abogados que autorizaron los escritos desde la etapa de postulación y hasta el recurso que dió origen a la presente sentencia y en forma solidaria... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de amparo... **IMPONER al recurrente, por concepto de sanción por conducta temeraria y... el pago de los costos procesales que deberá liquidarse y establecerse en vía de ejecución... IMPONER al abogado que autorizó el escrito de demanda, así como los sucesivos recursos, el pago de 10 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional...**”¹¹².

En el presente caso (Exp. N° 8094-2005-PA/TC), tenemos que: “accionar sin argumentos” y peor aún “solicitar anulación de acto jurisdiccional expedido conforme a ley”, constituye temeridad. De igual manera lo entiende el TC.

- xvi) “...Se aprecia que el recurso de agravio constitucional no reúne los requisitos previstos... ya que el proceso de amparo del que se deriva la presente queja se encuentra en la fase de ejecución de sentencia, no tratándose, por lo tanto, de una resolución de segundo grado denegatoria de una acción de garantía; en consecuencia, el presente recurso de queja debe ser desestimado... **este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de la actuación temeraria por parte de la entidad recurrente y su Procurador Público, ya que, a través de la interposición de los recursos de agravio constitucional –sin encontrarse legitimado para su interposición- y de queja, vienen retardando injustificadamente la ejecución de la sentencia expedida por el ad quem, accionar que contraviene los fines que persiguen los procesos constitucionales...**

RESUELVE Declarar improcedente el recurso de queja. **Dispone la notificación a las partes y oficiar a la Sala de origen para que proceda conforme a ley...**¹¹³.

En el presente caso (Exp. N° 294-2006-Q/TC), apreciamos que: “interponer recursos sin contar con legitimidad” y además, “sin tener legitimidad, accionar en queja”; denota en ambos casos, según el TC, temeridad. Suscribimos lo dicho.

- xvii) **“...El demandante conocía en todo momento las reglas de conducta impuestas en su contra, por lo que existió una conducta temeraria de su parte...Este Tribunal concluye que el recurrente tuvo conocimiento de las actuaciones del órgano jurisdiccional en el proceso penal indicado, habiendo hecho ejercicio de su derecho de defensa. En consecuencia, se descarta la alegada vulneración del derecho de defensa o del debido proceso, por lo que la demanda debe ser desestimada... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus...”**¹¹⁴.

En este caso (Exp. N° 3165-2006-PHC/TC), apreciamos que: “desobedecer normas de conducta impuestas penalmente para alegar posteriormente vulneración del derecho de defensa o debido proceso”, denota a nuestro entender temeridad. De igual opinión es el TC.

- xviii) **“...El demandante ejercitó activamente su derecho de defensa haciendo uso de todos los recursos que la ley procesal prevé y que por el contrario demostró una conducta obstruccionista tendiente a lograr la prescripción de la acción penal. ...Al no acreditarse en autos la indefensión invocada por el recurrente, **debe desestimarse la demanda... en autos se acredita la conducta obstruccionista del procesado... cuyo objeto es conseguir la prescripción de la acción penal... conducta temeraria que no hubiera podido ser materializada sin el patrocinio de su abogado defensor,** el cual, faltando a sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, interpuso y autorizó los recursos tendientes a entorpecer el proceso y así dilatar la lectura de la sentencia, lo que constituye falta grave que debe ser considerada por el correspondiente Colegio Profesional conforme a sus atribuciones... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de Abogados de Lima para que proceda conforme a lo expuesto en el fundamento 9, supra...”**¹¹⁵.

En la presente resolución (Exp. N° 4496-2006-PHC/TC), se aprecia la “conducta obstruccionista del actor quien para conseguir la prescripción de la acción penal hace uso de todos los recursos que la ley procesal prevé”, la misma que corresponde a un actuar procesal malicioso o con malicia (por obstruccionista y reiterado). Sin embargo, el TC la considera como conducta temeraria y no maliciosa. No estamos de acuerdo con el TC.

- xix) **“...El accionante no ha determinado con precisión en que consisten los actos ciertos y de inminente realización que vulneren su derecho constitucional a la libertad de trabajo, pues no indica el perjuicio ocasionado con tales amenazas y si estas supuestas amenazas le ocasionarán un perjuicio real, efectivo e ineludible; asimismo de las agresiones a las que hace referencia no obra en autos prueba alguna que acredite que se hayan producido; **concluyéndose de ello que el demandante ha actuado con manifiesta temeridad...** En consecuencia... la demanda debe ser declarada infundada... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, e imponer al demandante la sanción de pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su actuación temeraria...”**¹¹⁶.

113

Exp. N° 294-2006-Q/TC

114

Exp. N° 3165-2006-PHC/TC

115

Exp. N° 4496-2006-PHC/TC

116

Exp. N° 5737-2006-PA/TC

En este caso (Exp. N° 5737-2006-PA/TC), tenemos que: “alegar vulneración de un derecho sin precisar la situación que meritúa tal vulneración”, es incurrir en temeridad según el TC. Acerca de lo referido estamos de acuerdo.

- xx) “...Se advierte de autos que **el demandante y los abogados que lo patrocinan, han demostrado una grave conducta temeraria, al haber pretendido acreditar una incapacidad por padecimiento de neumoconiosis, presentando un certificado de invalidez sin la existencia de una historia clínica que lo sustente, como la ley dispone, a fin de obtener una pensión vitalicia por enfermedad profesional...** Por ello... este Colegiado impone una multa de 10 Unidades de Referencia Procesal (10 URP), tanto a los abogados patrocinantes del accionante... como al demandante... disponiendo, además, el pago de costos y costas por parte del actor, así como el envío de los actuados correspondientes al Ilustre Colegio de Abogados de Lima... HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, y dispone que se proceda conforme a los fundamentos 9 y 11 de la presente sentencia, remitiéndose las copias certificadas pertinentes...”¹¹⁷.

En el presente caso (Exp. N° 5784-2006-PA/TC), apreciamos que: “simular padecer una enfermedad para reclamar un derecho laboral que por ley no le corresponde”, significa para nosotros, temeridad. Considera de igual modo el TC.

- xxi) “...**No se puede dejar de lado la actitud temeraria del actor, quien ha hecho uso de la vía constitucional con reiterada liviandad, sin atender a su excepcional naturaleza y con el objeto a todas luces superfluo de cuestionar los mismos hechos en diversos procesos constitucionales, algunos de los cuales ya han sido debidamente merituados en su oportunidad por este Tribunal...** Por ello es que debe impedirse que el recurrente utilice, con vacua habitualidad, los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, ya que esto comporta que se desatiendan causas de mayor relevancia que necesitan con mayor urgencia una solución jurisdiccional... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus... **DISPONER que se sancione al recurrente con una multa de 10 URP, imponiéndosele el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable...**”¹¹⁸.

En el presente caso (Exp. N° 5853-2006-PHC/TC), observamos que el TC señala que: el “utilizar reiteradamente una vía procesal excepcional para cuestionar hechos iguales, habiendo algunos sido merituados oportunamente por el TC”; es evidenciar temeridad. Así también lo entendemos.

- xxii) “...Habiéndose acreditado que el demandante recurrió a otro proceso judicial para la tutela de su derecho, corresponde declarar la improcedencia de la demanda... habiéndose desestimado el amparo... este Tribunal condena al demandante al pago de costas y costos, **al haberse verificado temeridad procesal al pretender iniciar un proceso de amparo respecto de una pretensión cuya tutela fue previamente solicitada en la vía ordinaria...** RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo... **Condenar al demandante al pago de costas y costos...**”¹¹⁹.

Aquí (Exp. N° 6146-2006-PA/TC), el TC considera apreciar temeridad al “pretender (el demandante) iniciar un proceso de amparo respecto de una pretensión cuya tutela fue anteriormente solicitada en la vía ordinaria”. Suscribimos lo señalado.

117 Exp. N° 5784-2006-PA/TC
118 Exp. N° 5853-2006-PHC/TC
119 Exp. N° 6146-2006-PA/TC

xxiii) “...El Tribunal debe precisar que no basta el simple desacuerdo con el sentido de la decisión que se impugna, o la enumeración irresponsable de los supuestos derechos violados sin que exista argumento que vincule tales invocaciones con los hechos descritos o las resoluciones impugnadas... el presente caso, **el recurrente no ha acreditado las supuestas violaciones a sus derechos que se habrían consumado con la resolución que cuestiona.** En todo caso, se ha limitado a referir una supuesta calificación defectuosa del recurso de casación... invocando, como sustento de los supuestos derechos violados, un inexistente artículo 37º, inciso 16, de la Constitución... **lo que denota no sólo falta de diligencia profesional del abogado que autoriza la demanda, sino una actitud temeraria respecto de la cual debe llamarse la atención a efectos de que en el futuro no se incurra en las mismas maniobras...** en tal sentido, conviene recordar que “(...)no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes... el presente caso el recurrente... ha puesto en evidencia, antes que algún agravio a sus derechos, su intención de pretender utilizar esta vía para revertir la decisión de la Corte Suprema, que ha sido bastante clara en sus argumentos al declarar improcedente el recurso de casación interpuesto. En este sentido, este Tribunal considera que la demanda debe ser rechazada, imponiéndosele al recurrente el pago de costos y costas a que hubiere lugar... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de autos... **Imponer al demandante el pago de costos y costas procesales** lo que deberá hacerse efectivo en vía de ejecución...”¹²⁰.

En el presente caso (Exp. N° 8823-2006-PA/TC), tenemos que: “no acreditar las supuestas violaciones a derechos, supuestamente consumadas”, implica accionar a nivel procesal con evidente temeridad. El TC también lo considera así.

xxiv) “..**El demandante pretende que se le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional...** un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones sentencias contradictorias... este Tribunal Constitucional, en virtud de sus funciones de ordenación y pacificación, considera conveniente revisar su jurisprudencia para determinar si los criterios desarrollados respecto a la protección de riesgos profesionales, sea al amparo del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790, permiten resolver las controversias constitucionales en el contexto actual, o si deben ser cambiados o complementados los criterios preexistentes... este Tribunal declara, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del C.P.Const., que los criterios jurídicos contenidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146 supra, son vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR, por lo que deben ser aplicados de manera inmediata. En tal sentido, la ONP y las compañías de seguros tienen la obligación de aplicarlos en sus propios términos a los procedimientos de otorgamiento de pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, bajo apercibimiento de imponérseles las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del C.P.Const... **a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los criterios jurídicos referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otra lado, a los abogados se les podrá imponer una multa, cuando patrocinen procesos cuyas pretensiones sean contrarias a los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120 supra,** por ejemplo, cuando presenten certificados médicos privados para probar la enfermedad profesional, o cuando patrocinen a un mismo demandante en dos procesos para acceder a dos pensiones de invalidez del SCTR por un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc... HA RESUELTO Declarar IMPROCEDENTE la demanda... Declarar que los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146, supra, son vinculantes para

los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso- administrativas, y para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR...”¹²¹.

En el presente caso (Exp. N° 10063-2006-PA/TC), ante un pedido de otorgamiento de pensión de invalidéz, el TC al apreciar que el sistema procesal institucional involucrado para dicho fin presenta falencias, decide dictar la reglamentación o lineamientos correspondientes para salvar dicha problemática. En tal sentido, el TC realiza un adecuado ordenamiento, prevención e invocación (a los justiciables y entes involucrados) e efectos de evitar que en posteriores oportunidades se accione de manera ineficaz y por ende, poner en funcionamiento insulsamente el aparato jurisdiccional. Finalmente, queda claro que en el presente caso no se incurrió en temeridad, ni en malicia o mala fe procesales.

xxv) “...**La recurrente, en un claro intento de inducir a error a los órganos judiciales, ha interpuesto el presente proceso de amparo, cuestionando tanto la resolución de primera instancia como su confirmatoria, de fecha 15 de septiembre de 2003, pese a que a la fecha de presentación de la demanda de amparo la misma resolución que ahora se cuestiona también había sido impugnada en el mismo proceso vía recurso de casación, la que al ser resuelta en forma desfavorable a la actora, había sido luego impugnada por separado y en la misma fecha en otro proceso de amparo, el mismo que tras ser rechazado en las dos instancias del Poder Judicial, ingresó a este Tribunal con el N° 09300-2007-AA/TC... Debe advertirse, además, que en ambos procesos de amparo el abogado que autoriza tanto la demanda como los demás escritos y recursos es el mismo, lo que confirma la mala fe y temeridad con que ha actuado en el ejercicio profesional, pretendiendo lograr dos sentencias respecto de una misma pretensión, vinculada al mismo proceso y con las mismas partes...** queda claro que las resoluciones judiciales que la recurrente cuestiona en este proceso no solo no poseen la condición de resoluciones judiciales firmes... sino que, además, **el proceso en cuestión ha sido articulado con manifiesta temeridad y mala fe por parte de la entidad demandante y su abogado**, lo que amerita que este Colegio de Abogados ejercite sus potestades disciplinarias en aras de resguardar el buen uso de los procesos constitucionales... RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo... **Condenar al pago de 10 Unidades de Referencia Procesal al Abogado de la empresa demandante...** notificando la presente sentencia al respectivo Colegio de Abogados para los fines pertinentes... **Condenar a la parte demandante al pago de costos y costas** según corresponda en etapa de ejecución de sentencia...”¹²².

En el presente caso (Exp. N° 183-2007-PA/TC), tenemos que el “*intento de inducir a error a los órganos judiciales*”, configura temeridad. Así también lo señala el TC. Pero el error deviene al señalar posteriormente que también se ha obrado con mala fe (malicia), ya que no se incurrió en esta última. Ergo, no concordamos con el TC en que existe también malicia o mala fe.

Luego de haber realizado el presente recorrido por las presentes jurisprudencias del TC podemos afirmar que en seis casos (1.- Exp. N° 632-2001-AA/TC, 2.- Exp. N° 354-2002-AA/TC, 3.- Exp. N° 3338-2004-HC/TC, 4.- Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 5.- Exp. N° 4496-2006-PHC/TC y, 6.- Exp. N° 183-2007-PA/TC), dicho Tribunal considera que la mala fe (malicia) es sinónimo de temeridad, o que se puede incurrir en la primera y la segunda conjuntamente y a la vez (es decir, al mismo tiempo o concurrentemente) incurrir en temeridad o mala fe (malicia), lo que nos lleva a

121

Exp. N° 10063-2006-PA/TC

122

Exp. N° 183-2007-PA/TC

determinar (respecto del análisis de las resoluciones referidas) que dicho Tribunal (TC) entiende equivocadamente que temeridad y mala fe (malicia) son sinónimos; lo cual como ya hemos expuesto no es exacto. Creemos que el error incurrido tiene por origen el artículo 112 (no deslindado) del Código Procesal Civil peruano, ya que en su encabezamiento se señala que *“incurren en temeridad y/o mala fe...”*, sin embargo, en los siete incisos que consta dicho artículo no se precisa/deslinda cuales corresponden a temeridad y cuales a mala fe. Tal vez, por eso el TC, para abreviar o salir del paso, se limite a afirmar (en más de un caso) que se comete temeridad y/o mala fe sin determinar que acto o conducta específicamente se ha cometido, es decir, o temeridad o mala fe, o ambas.

En ese sentido, lo que el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido y sostiene que es válido afirmar la doble y concurrentemente indistinta naturaleza de “A o B”, “A y B” y “Ay/o B”. Lo cual no es cierto, ni exacto, por decir lo menos.

Ergo, según lo esbozado, cabe insoslayablemente que nos hagamos la siguiente interrogante: *¿se encontrarán los señores magistrados- ordinarios y constitucionales- en condiciones de determinar la graduación de los perjudiciales efectos del incurrimento de temeridad, mala fe (malicia) procesales o de ambas, y por consiguiente, aplicar las amonestaciones o sanciones debidamente en tales casos, si anteladamente sabemos que no se puede diferenciarlas legalmente como se puede apreciar en los siete incisos “no deslindados” del art. 112 del Código Procesal Civil peruano?. Consideramos que la respuesta fundamentada, a la luz de la investigación y demostración del presente trabajo de investigación, es un rotundo y categórico, no.*

XIV. REFLEXIONES FINALES.-

Atravesamos, más que nunca, épocas de permanente vorágine, la misma que trae consigo muchos cambios a nivel político, económico, social, moral, lógicamente también a nivel jurídico y específicamente además, en el área jurídico procesal. Así, tenemos, que nuevas (y otras no tan nuevas, pero novedosas) corrientes jurídicas y no jurídicas, hacen sentir cada vez más su presencia (por su aporte al derecho, claro está) en el mundo del Derecho; verbigracia: el *marketing jurídico*, consistente en básicamente crear valor, ofrecer valor y ser el nexo entre el abogado y el mercado; cuya finalidad es crear, conservar clientes o patrocinados, garantizando un posicionamiento efectivo y perdurable.

También tenemos la corriente o teoría del *neoconstitucionalismo*^{123 124}, además debemos señalar la importancia del *coaching ontológico*, disciplina que asiste al factor humano para ayudarlo a obtener mejores resultados, trabajando profundamente en el dominio de ellos mismos, para darles acceso a sus puntos ciegos, nulos o débiles, en un aspecto o área determinada; consiguiendo con ello ampliar su perspectiva para la mejor toma de decisiones y acciones y lograr nuevas y cada vez mas altas metas; renovando, estimulando, predisponiendo y potencializando a la persona.

123

“...De origen principalmente germano (Estado que aturrido y atrapado por la contemplación de las atrocidades del nazismo, no tuvo más que enmendarse, específicamente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en 1958; y su posterior desarrollo en Estados Unidos, Italia y parte de Latinoamérica. Aparece como un *“saludable despertar o concientización constitucional a favor de los derechos fundamentales y donde los mismos se yerguen como eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación universal de irrefragable legitimidad”* (que se presenta- a pesar de su denominación- no como una nueva pero si, ciertamente novedosa corriente o teoría jurídica de irradiación mundial), *“gracias”* al limitado papel de la doctrina jurídica para poder explicar la justificación (o justeza) del Derecho en esta realidad o circunstancia postmoderna. Esta corriente jurídica se reafirma además, como una forma de sintonizar como Estados con un reciente orden jurídico -como consecuencia de la casi generalizada globalización en el mundo-, denominado *“Derecho Global”* (entendido a su vez, como un *“nuevo orden jurídico* que opone una defensa radical de la dignidad, de la solidaridad, de la igualdad y de la justicia-seguridad jurídica- de la persona; como principios pilares jurídicos y que precisa de instituciones y de partidos políticos fuertes, transparentes y con amplia credibilidad). El neoconstitucionalismo como proceso de constitucionalización (que limita a los poderes estatales y/o protege los derechos fundamentales) del sistema o vida jurídico (a) de un Estado: i) Según Antonio Baldassarre, *“Coloca a la Constitución como nuevo orden de valores”*; y ii) Según Víctor Bazán, *“Como la respuesta ante la tensión entre democracia y el constitucionalismo...”*; deja atrás su función formal y hasta cierto punto cuasi expectante; para *“transformarse”* en parte mas activa y protagónica del mismo y orientar de una manera mucho mas justa la convivencia ciudadana de nuestros días. El *“nuevo” constitucionalismo* ya está presente en nuestro escenario constitucional. En ese sentido, recientes (y otros no tanto) reconocimientos de *“derechos constitucionales”* como: i) *“al debido procesó*, ii) *“las nuevas ocho modalidades de habeas corpus”- tales como: reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo y conexo*, iii) *“el desarrollo de los tipos de habeas data”*, dividiéndolo en dos grupos: a) *propios*; como el *informativo* (que se subdivide en: *finalista, exhibitorio y autoral*), *el aditivo, el rectificador o correctivo, el exclutorio o cancelatorio* y el *reservador*; b) *impropio*; como el de *protección al acceso de la información pública*; iv) *“a la verdad”*, v) *“a la personalidad jurídica”*, vi) *“al agua potable”*; vii) *“a la salud”*, viii) *“a la salud mental”*, ix) *“a la educación”*, x) *“a la propiedad”*, xi) *“a la asociación”*, xii) *“a la identidad cultural”*, xiii) *“a la vida”* y xiv) del principio *“ne bis in idem”* (en el Perú); así como, xv) *“el habeas corpus colectivo o protector de derechos difusos u homogéneos múltiples”* (en Argentina); dan contundente prueba de ello...”. (TORRES MANRIQUE, Jorge I. *“Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas”* (en línea). <http://www.derechovcambiosocial.com/revista013/derecho%20global%20neoconstitucionalismo.htm>).

124

Cabe agregar el último reconocimiento de derechos constitucionales del Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 6164-2007-HD/TC-29/08/2008), como es el desarrollo de los tipos del Habeas Data (H. D), dividiéndolo en dos grupos: *A)- Propios*: i) *H. D. Informativo*.- Para recabar la información necesaria que permita a su promotor, a partir de éste, verificar si los datos del sistema están funcionando legalmente. Si no fuera así se solicitará información de las operaciones sobre los asientos registrados o sobre el sistema de información en si mismo; se subdivide en: *i1) Finalista*.- Para conocer la finalidad para la cual se creó el registro, *i2) Exhibitorio*.- Por el que se indaga que datos de carácter personal se encuentran almacenados en un registro, *i3) Autoral*.- Para conocer a quien proporcionó los datos almacenados, *ii) H. D. Aditivo*.- Para agregar datos de información datos de carácter personal no registrados, puede ser: actualizador, aclarador o inclusorio, *iii) H. D. Rectificador o correctivo*.- Para corregir datos falsos, inexactos o imprecisos, *iv) H. D. Exclutorio o cancelatorio*.- Para excluir información de un banco de datos que el titular considera debe ser cancelada, *v) H. D. Reservador*.- Para asegurar que un dato correcta y legítimamente almacenado sea mantenido en confidencialidad; *B)- Impropio*: i) *De protección al acceso de la información pública*.

Luego, imprescindible hacer breve referencia a la teoría del *derecho global*¹²⁵, por otro lado, cabe destacar lo concerniente al *derecho deportivo*¹²⁶, “el mismo que es una rama especial del derecho que regula la actividad generada por las conductas y los vínculos entre todos los actores del deporte. Asimismo, protege jurídicamente al ser humano y sus relaciones con la práctica y las técnicas deportivas estableciendo reglas aplicables al desarrollo de esta importante disciplina, con el fin de lograr los beneficios para la persona y la sociedad”.

Asimismo, no podemos dejar de nombrar al *análisis económico del derecho*, el cual debe ser entendido como: “la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema jurídico, el cual se basa en la triada maximización- mercado-eficiencia bajo un enfoque costo- beneficio social; buscando maximizar o hacer mas eficientes los recursos en mundo de escasez de bienes y servicios. El análisis de costo-beneficio no implica únicamente el aspecto económico, sino los motores de la conducta humana: como bienestar y malestar. El AED analiza la norma, pero no en abstracto, sino en base a una consecuencia social concreta”¹²⁷.

Sin embargo, preocupa como llama poderosamente la atención el hecho que dichas teorías contemporáneas (que no son pocas- así como, no son todas las que están ni están todas las que son-, menos aún son prescindibles, pues varias son defensoras de la legitimidad, constitucionalidad, derechos y respecto de la persona y de la humanidad), no consigan contribuir, al menos en algo (directa o indirectamente), a concientizar o mejorar la actitud de los sujetos procesales, en el aspecto ético y de correcto accionar procesal en los juicios. Más aún si consideramos que en su tiempo Couture (en sus “*Mandamientos del Abogado*”) ya advertía la importancia de la lealtad procesal del abogado para con su patrocinado, con el juez y la otra parte¹²⁸.

En ese sentido, no podemos negar que experimentamos un profundo pesar y desazón, ya que: i) por un lado, tenemos que existen cada vez más y mejores tendencias (jurídicas y no jurídicas) y normatividad destinadas, directa e indirectamente, a mejorar o elevar el nivel del ejercicio profesional de los letrados (en términos de corrección procesal) y específicamente a combatir la legendaria y lamentablemente, más vigente que nunca, práctica de la temeridad y malicia (mala

125 “...Este nuevo Derecho se origina en el *ius gentium* (Derecho romano aplicado a los extranjeros y a los romanos en sus litigios con estos), se fundamenta en el *ius cogens* (Derecho de los Estados “a cumplir necesariamente”) y el *ius commune* (Derecho aplicado básicamente a los negocios jurídicos globales), para hacer frente a los desafíos contra las lacras sociales como: el terrorismo las organizaciones criminales internacionales, la corrupción generalizada y el “orden” hegemónico, principalmente. Luis María Bandieri, afirma que este “*Universal Law*” tuvo su origen (en la Edad media) en el derecho romano compilado por Justiniano: El *Corpus Juris Civiles*, fue el *ius commune* de su tiempo, luego paso a ser el Derecho de la Unión Europea y ahora, el *Derecho global*. El Derecho Global se fortalece en los inicios de los noventa (Prosper Weil, señala que dicho ordenamiento combatió la existencia de una “*crisis jurídica multiforme*” del sistema normativo internacional, que en ese entonces padecía el mundo), mediante el acuñe de nuevos paradigmas como: democracia liberal, libre comercio, derecho de libre autodeterminación de los pueblos, inviolabilidad de las fronteras y concertación entre las grandes potencias. Para posteriormente iniciar un franco desarrollo en este siglo XXI. La mundialización del “*nuevo orden jurídico*”, irrumpe en el escenario jurídico mundial y equivale a: autonomía, espontaneidad, nueva estabilidad y equilibrio, más social, menos estatal, sin fronteras y siempre bajo la base y el irrestricto respeto de los derechos fundamentales que *otorga al ser humano como parte integrante del nuevo sujeto jurídico: La Humanidad*. Esta “*teoría jurídica global*”, se conforma precisamente, como contrapunto de la dogmática, apelando a un mundo más justo, democrático y libre, basado en los principios de personalidad, igualdad, solidaridad, subsidiariedad, integración y autoridad; reconociéndose en un mundo completo, complejo, diferente, pero unido...”. (TORRES MANRIQUE, Jorge I. “*Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas*”(en línea). http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/322.doc).

126 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Deportivo en el Perú*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2008, p. 52.

127 TORRES MANRIQUE, Jorge I. *Acerca del análisis económico del derecho (Aed)* (en línea). http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/279.doc.

128 Consideramos que Couture se refirió únicamente a la lealtad que debería guardar el abogado, porque su óptica en dicho trabajo fue precisamente desde el letrado hacia los demás sujetos procesales. Dado que es bien sabido, que dicha lealtad debe ser estrictamente observada por todos los sujetos del proceso o que participan en el proceso.

fe) procesales; y ii) por otro lado, las mismas no solo son estancas o decrecen, ya que peor aún, tenemos que en honor a la verdad que denunciar que su incidencia está cada vez en aumento.

Además, la creciente incidencia de la temeridad procesal, no constituye más que el fiel y patético hecho de encontrarnos en una profunda crisis de valores (la misma que ocasiona un inmenso forado moral; disvalores que perjudican gravemente al sistema jurídico, a los sujetos procesales y a la sociedad), hace que muchas veces el abogado correcto, honrado y honesto sea visto como un “tonto”; así Carlos Ramos Núñez cita, en ese sentido la obra “*Un mundo para Julius*” de Alfredo Bryce Echenique: “... Pericote Siles... un personaje risible pero feo, solterón, no muy rico, pero sobre todo, por honesto, vale decir por *cojudo*: el rasgo más imperdonable del fracaso... se levantaba entre sonriente y amnésico, desayunaba apurado y sabía que jugaba a llegar al estudio optimista y atareadísimo, saludando a secretarias, pidiendo llamadas telefónicas, que impresionaban a las secretarias, anunciando que les iba a dictar y fumando, ahí empezaba a creer nuevamente en lo del abogadazo, en lo del solterón interesante, en lo del *play-boy*, en que iba a recoger a la flight hostess, aventura para el club, así era Pericote”¹²⁹.

No en vano Lorenzo A. Gardela esbozó: “El abuso procesal y los demás vicios éticos del proceso no brotan por generación espontánea...proviene de nuestro medio social de nuestro propio mundo jurídico y forense y de nosotros mismos”. En ese sentido, no nos imaginarnos acerca de la intensidad de sentimientos de decepción y frustración que seguramente deben experimentar muchos profesores de derecho procesal civil, práctica forense y constitucional, al ver a más de uno de sus ex alumnos, (hoy abogados) ejerciendo muy campantes y avezadamente con la camiseta del *improbis litigator*: abusando del proceso, demostrando que todas sus enseñanzas están siendo utilizadas de la manera más vil como equivocada.

Así, el encontrarnos atravesando una severa crisis de valores, reviste además cierta como evidente ausencia o relativismo de formación humana, la misma que se remonta hasta la educación que se da en los hogares, colegios y centros de estudios. Formación que nos hace además, añorar a la encomiable labor y misión que cumplió el desaparecido gran maestro Constantino Carvalho.

Pero, a la crisis de valores (verbigracia, de valores como: *justicia, honradez, igualdad, buena fe, libertad, bien común, seguridad, equidad*; entre otros), de formación y educación, lamentablemente se le tiene que agregar la grave crisis por la que actualmente atraviesa la carrera de derecho en el Estado peruano, que según lo señalado por Federico Mesinas Montero: “... dicha crisis puede deber su origen también a una afirmación simple, como ciertamente cuasi irrefutable: ser abogado en el Perú es demasiado fácil, pero ejercer luego correcta y plenamente la profesión resulta muy complicado”¹³⁰.

El problema de la inconducta procesal proviene o se origina desde la educación o formación en la familia (ausencia o defecto de la ética de entrecasa¹³¹) y continúa a lo largo de los estudios primarios, secundarios, universitarios (*pre grado*), post

129

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima, PUCP, pp. 147- 148

130

MESINAS MONTERO. Federico. *Día del abogado. ¿Motivo para celebrar?*. En Legal Express. Gaceta Jurídica. Nº 63. Lima- Perú. Marzo 2006, p. 06.

131

A propósito del nombre de la reciente y saludable columna de una conocida y muy acogida revista sabatina. (CORNEJO, Pedro. *Síganme los buenos. Ética de entrecasa: el fin casi nunca justifica los medios*. En: Revista *Somos* del diario El Comercio. Lima- Perú. Año XXI, Nº 1143, 01/11/2008).

grado, especialización; entonces es equivocado combatirlo solo a nivel de pre o post grado. El problema de la crisis de la educación jurídica peruana también se debe a que erradamente se cree que la actualización, capacitación y especialización son solo una etapa (es decir, se niega su naturaleza de permanencia) en la vida profesional y el mismo se agrava al entender, estudiar, investigar, enseñar y ejercer el derecho sin tomar en cuenta su multidisciplinariedad.

En ese sentido, dicha vista panorámica nos da una clara señal que la solución no debe estar dirigida al hoy, sino mas bien al antes (es decir, priorizar la prevención a la mera represión o sanción).

Consideramos, imprescindible agregar que la intolerancia, falta de prolijidad y rigor, desidia, apego a la *cultura del mínimo o nulo esfuerzo* y ausencia de estandarización académica de mínimos requerimientos en las distintas facultades de derecho del país le hacen un flaco favor para revertir dicha afirmación. Todo ello aunado a una aún ausente como ***urgente e impostergable verdadera política de Estado de formación, capacitación, y especialización jurídica en el Perú*** (la misma que en su momento propusimos y desarrollamos¹³²). Además, la *enseñanza del derecho* debe asumirse utilizando la óptica de la enseñanza activa con materiales de enseñanza; pero debiendo prevalecer la *pedagogía jurídica por sobre la enseñanza del derecho*, por ser más amplia, ya que comprende i) la educación jurídica (formación con valores) y ii) la enseñanza del derecho (transmisión de conocimientos)¹³³. Enseñanza del derecho que desgraciadamente no se cumple mayoritariamente.

Por otro lado, es menester precisar que estos flajelos (temeridad y malicia –mala fe procesales) no son nuevos o de hace poco, como tampoco es de carácter exclusivo de nuestro país, mas bien corresponde a una cuasi constante como patética realidad académica y educativa que cobra ribetes mundiales.

Consideramos, (curioso, por decir lo menos) que el hecho mismo que muy pocos, juristas y no juristas, procesalistas y no procesalistas (sobre todo en nuestro medio), se hayan ocupado en desarrollar el tema de la *temeridad y malicia (mala fe) procesales*. Sin embargo, quizá se deba a una motivación de negación o esquite a tratar acerca de algo (conducta procesal temeraria o maliciosa) en que el mismo abogado mayoritariamente incurre. *Actitud de apego a la negación* que nos recuerda, los no pocos esfuerzos (no solo de la comunidad latina) de crear un término (siquiera solo uno) para poder denominar la “*acción de decir la verdad*”, ya que a lo único que en una oportunidad se arribó fue a establecer el término “*VERACEAR*” (que deriva de veráz), sin embargo, no tuvo mayor acogida. En consecuencia, hasta ahora no se cuenta con una palabra para específicamente significar la acción de decir la verdad. Sin embargo, abismal es la diferencia que se presenta cuando fue fácilmente posible denominar la “*acción de negar o no decir la verdad*”¹³⁴.

132 TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú*. En: Revista Jurídica del Perú (Edición homenaje al Maestro Carlos Fernández Sessarego). Editora Normas Legales. Año LV. N° 69. Lima- Perú. Octubre/ diciembre 2006, pp. 249- 261.

133 TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. *La enseñanza del derecho*. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Año LV. N° 63. Lima- Perú. Julio/ agosto 2005, p. 339.

134 Para denominar la “*acción de negar o no decir la verdad*”, existe gran cantidad de términos, por ejemplo tenemos: mentir, engañar, embustear, trapalear, bolear, urdir, trufar, embrollar, burlar, timar, tapar, trapacear, embaucar... entre otros. (GISPERT, Carlos (Director). *Diccionario de sinónimos y antónimos*. Editorial Océano. Barcelona-España. S/f, p. 390.

El juez (bajo el principio *iura novit curia*), más que ser el juez del juicio, del expediente o de la causa, debe ser primordialmente el juez del proceso (director), del debido proceso. El juez tiene la obligación de estar muy atento a este tipo de inconductas procesales. Además, cabe considerar, que lo mencionado representa un verdadero reto, una valla un tanto alta para superar pero no imposible, para ser aplicada diligente, oportuna y en la totalidad de los casos, porque valgan verdades, no solo la elevada carga procesal (ya que el problema de la crisis del poder judicial tiene mas aristas) no le facilita para nada superar dicho reto. Sin embargo, huelga básicamente priorizar la prevención a la sanción, ya que las normas o el endurecimiento de éstas no conseguirán el cambio de resultados como de actitud.

Por otro lado, hasta pareciera que muchos letrados habrían perdido el norte o verdadero sentido de la profesión que es la "*justicia y corrección*", ya que muchas veces parecen estar más preocupados en adoptar o aparentar insospechadas y hasta risibles actitudes como formas idiomáticas que les son inapropiadas (utilizar una surte de *latíñol pseudo jurídico*, es decir, hablar en latín y español a la vez o alternadamente con palabras carentes de naturaleza jurídica) y totalmente ajenas (*spanglish pseudo jurídico*, es decir, lo mismo pero con la utilización del español e inglés); debido principalmente a que: i) dichas formas idiomáticas no son válidas como idioma oficial de Estado alguno ii) no corresponden necesariamente a terminología jurídica en inglés- al menos la mayoría- porque simplemente son palabras de uso diario y común traducidas al inglés e incluidas como lenguaje abogadil; peor aún cuando se fuerzan palabras no técnicas o jurídicas del inglés para adaptarlas al lenguaje técnico peruano, ii) solo es utilizada para proyectar una imagen distinta a la real o un supuesto elevado nivel profesional y académico jurídico que muchas veces ciertamente no se tiene, iii) al impostar dicha actitud lo único que se consigue es evidenciar una patética falta de madurez y propiedad no solo al expresarse (vulgarización del derecho y de la profesión de abogado), porque no es correcto que siendo abogados se expresen o conduzcan como si no lo fueran, y iv) demuestra una falta de respeto a la majestad de la profesión de abogado, a sus colegas y finalmente a ellos mismos.

Dicho comportamiento referido en el párrafo anterior, es exquisita, cruda, directa y ampliamente reseñado (advertencia: cualquier parecido del caso particular de un letrado con los hechos narrados, no se achacan únicamente a la tan mentada *pura coincidencia*, sino mas bien a la mera y triste realidad, además, invocamos recurrir, según el caso, sesudamente a la autocrítica y autoanálisis- nosotros ya hicimos lo propio respecto de los que nos toca-; así que quien se pica pierde), con la maestría que lo caracteriza, por el profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena: "...estando en la fila de los ascensores del edificio de los juzgados oí que una persona (supuse que abogado, pero dudo que letrado) le decía con énfasis a otra que venia a reclamarle a un juez porque éste le había *dismisido* la demanda de un caso que patrocinaba. Como su interlocutor asentía insinuando que coincidía con la apreciación, no quise resistirme a la curiosidad y agucé el oído por si había escuchado mal. Pero no me equivocaba, no: el enojado sujeto seguía acalorándose y protestando por lo del *dismiss*... después de unos minutos caí en la cuenta, anticuado y lerdo de mi, que lo a lo que se refería el abogado que con tanto lustre pretendía expresarse era a que el juez le había declarado inadmisibile por no tener razón. ¡Inefable empleo del término *dismiss*, que en ingles se emplea a veces para significar el rechazo de un pedido!. No puede refrenarme, porque mi paciencia es mucho más reducida que la fila en la que estaba. Y aún a riesgo de que me juzgaran de impertinente (que seguramente lo hicieron) me inmiscuí en el diálogo para decirle

a quien así se expresaba que no era necesario recurrir a extranjerismos cuando tan bien nos podemos entender en español. ...los abogados, desgraciadamente no nos quedamos a la zaga. En textos y manifestaciones orales, muchos parecer disfrutar acometiendo lengua o pluma en ristre contra nuestro castellano. Para no quedar como indoctos o faltos de buen estilo, desde antaño es casi de regla en nuestra profesión legal despachar de tanto en tanto unas palabritas en latín. (O en lo que a él pudiera parecerse, como decir- prometo que lo he oído- que fulanito de tal había hecho algo de *mutuo propio*). Pero para no estar desfasados hogaño hay que introducir algunos términos anglosajones. ...para *marketarse* bien y estar apropiadamente *rankeado* el abogado que se precie no debe decir que ha preparado el estatuto, eso lo hace cualquiera. Antes bien debe prestigiarse, engolar la voz y afirmar que *ha producido un documento* con los *by laws*. Pero queda mejor aún si, le *puntualiza* a su oyente (esto es, lo llena de puntos) que por *mail* (y no por correo electrónico) la ha *forwardado* (y no enviado o transmitido) un *draft* (¡qué ordinario y chabacano suena eso de propuesta, proyecto o borrador!) del *shareholders agreement*, al que el urgido cliente (porque los *closing* de acuerdos no admiten dilaciones) podrá *accesar* en diligente uso de su avanzada y completísima *palm*. El abogado que en esta área ejerce ya no lo hace en Derecho Societario, que parece plebeyo o poco serio, sino que se dedica al *corporate law*. Porque lo suyo, ¡faltaría más!, es el mundo del *business*, que es más provechoso que los decadentes y manidos Derecho Civil, Comercial o Penal... la tarde del abogado transcurre entre *meetings*, *conference calls* y *working papers*. Además, ha tenido que ir a una repartición pública para que le *fedateen* un documento. Ocupado con tantas cosas, si su secretaria le avisa que un cliente le llama por teléfono le responde, *contéstale que no me encuentro*. Y la secretaria dirá: *el doctor no se encuentra*. Con lo cual quien llamó tal vez quede perplejo y preguntándose si debe buscar otro abogado, pues como el que lo atendía *no se encuentra*, sin duda se ha perdido, se ha extraviado sin saber donde, o está tan perturbado que no puede encontrarse a sí mismo. Y claro, después del agotamiento que producen tales jornadas laborales a *full* con tanta fatiga de la sustancia cerebral como por cierto requiere esfuerzo de expresarse mal en dos idiomas, y como es viernes empieza el *week end*, el abogado no se puede quedar en *stand by* en *lo que resta* (por lo que falta de la noche). De modo, pues, que *especula* sobre que hacer, en vez de detenerse a pensar sobre sus alternativas de distracción. Pero decide irse a dormir, porque ha sido extenuante tener a las neuronas haciendo piruetas para entenderse en el nuevo Babel”¹³⁵.

Por otro lado, dado que el *debido proceso* se encuentra reconocido en sus tres dimensiones: i) “*jurisdiccional*”, que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral y militar, ii) “*administrativo*”, que garantiza lo propio en sede de la administración pública, iii) “*corporativo particular*”, que garantiza también un debido proceso entre particulares; y tomando en cuenta que la normatividad referida solo se encuentra orientada a la comisividad de la temeridad y malicia procesales, es decir, solo a nivel procesal jurisdiccional; concluimos lógicamente en señalar que no es óbice para que dichas negativas prácticas procesales no se encuentren presentes (o no tengan incidencia) en los niveles procesal administrativo y procesal corporativo particular.

La temeridad y mala fe (malicia) procesales no se encuentran debidamente deslindadas –diferenciadas –en los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal

Civil peruano. Es más, dicha situación (a juzgar por el análisis de sus respectivas jurisprudencias), tampoco la tiene clara el Tribunal Constitucional peruano. Además, a nuestro entender es injusto- tanto para los sujetos pasivos de la malicia, como para el derecho- que el inciso 6 del citado artículo exija que la misma tenga que ser “reiterada” para que se configure como tal. Así también es injusto para los mismos la no diferenciación señalada.

Además, cabe tomar en cuenta que la sola mención de seguridad *cien por ciento* (ya sea vía solicitud o promesa) acerca de la eventual culminación favorable de una causa judicial (salvo se trate de casos excepcionales, por propia naturaleza) nos da una señal inequívoca que lo que se pretende es utilizar todos los medios (temeridad y malicia procesales, incluidas) para la concreción de dicho cometido; es decir, no se puede prometer la seguridad absoluta de ganar un juicio, ya que el **ejercicio del derecho tiene la naturaleza de medios y no de resultado.**

No somos médicos, pero, nos atrevemos a mencionar (sin temor a equivocarnos) que la sociedad jurídica peruana (no solo peruana) yace infectada de los virus de la temeridad y malicia (mala fe) procesales: presa de los virus “*temerarius*” y “*maliciarius*”, por así decirlo. Pero como en medicina el enfermo si desea curarse, es sabido, que en primer lugar debe aceptar que tiene o padece una enfermedad; en similares términos señalamos que la sociedad jurídica (no solo jurídica) solo podrá aminorar o combatir frontalmente a dichos virus si antes reconoce su situación actual – encontrarse *envirada* de ellos– (ya que lo peor que se puede hacer frente a un problema, mas aún si es evidente, es desconocerlo o negar su existencia); en consecuencia, nos queda realizar un previo *mea culpa* respectivo, ya que nada ganamos si optamos o reincidimos por la cuasi institucionalizada *conducta o actitud de la no aceptación o negación de la realidad* (de la desoladora realidad diremos).

Solo hemos expuesto algunas ideas y reflexiones de temas (flajelos fundamentalmente de origen y práctica humanos) tan amplios, profundos como apasionantes, los cuales claman desde hace mucho aportes, pero sobre todo acciones que se caractericen como aseguren su oportunidad, utilidad, proporcionalidad, prudencia y excepcionalidad. No abrigamos quimeras que persigan la desaparición o eliminación pronta o lejana de la práctica de la temeridad y mala fe (malicia) procesales.

Es preciso dejar constancia que el presente escueto trabajo no contiene la aspiración de constituirse en una especie de “*Teoría General de la Temeridad y Malicia (mala fe) procesales*”, muy por el contrario, lo que nos mueve es que únicamente sea apreciada como solo una herramienta de consulta; empero, más aún nos motiva el hecho de llamar a la reflexión (por ende a la actuación madura y razonada, en consecuencia) sobre estos temas/problema como son la temeridad y la malicia (mala fe) procesales que conllevan al abuso del derecho en perjuicio del sujeto procesal pasivo tanto como a la naturaleza del derecho. Con el solo hecho que el presente trabajo sea eventualmente considerado (*puesto sobre el tapete de cualquier palestra académica*), debatido, analizado, reflexionado y criticado, nos daremos amplia y complacidamente por servidos.

XV. SUGERENCIAS.-

Dado que la creciente incidencia de la temeridad y malicia (mala fe) procesales peruana son básicamente producto de la crisis de valores que nos agobia y que hace mucho hace agua por todos lados; sugerimos la inmediata **implantación de**

una decidida, efectiva y sostenida política de Estado de inculcado de valores en la educación inicial y primaria principalmente, porque por psicología se tiene conocimiento que el ser humano asimila, aprende y fija los valores hasta la edad de doce años. Luego de esa edad, desde el punto psicológico (reiteramos), es prácticamente insulso modificar, en este caso, para mejor el aspecto axiológico de cada persona.

Proponemos el ***urgente desarrollo (por parte del Tribunal Constitucional peruano) de los supuestos y significados de la mala fe (malicia) y temeridad procesales, así como sus respectivos deslindes de los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano***. Desarrollo y deslindes que contribuirán en gran medida a la correcta determinación (de la existencia y efectos), y sanción de dichas prácticas procesales negativas. Además, incluir en dicho artículo el término malicia como sinónimo de mala fe, por ser más técnico legislativamente.

En tal sentido sugerimos, que para efectos del respectivo desarrollo y deslinde legislativo, así como de aplicación de políticas de Estado destinadas a conseguir el aminoramiento de su incorrecto accionar, reiteramos, que es imprescindible que ***los mismos no solo deben estar orientados al nivel o dimensión procesal jurisdiccional, sino también, en los niveles procesal administrativo, como procesal corporativo particular***.

Proponemos la urgente e insoslayable creación e implantación de un ***Registro Nacional e Internacional Integrado Judicial y Extrajudicial (Militar, Arbitral y Administrativo, entre otros) de Temerarios y Maliciarios Procesales*** el cual contenga el archivo unificado de los sujetos procesales que incurrieron en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales, debiendo a la vez permitir las búsquedas por nombre de la persona, proceso, vía procesal y por número de expediente, para lo cual se deberá diseñar un programa informático especial creado en un gestor de base de datos; debiendo ser accesible a la población en general vía Internet. Consideramos que la creación de dicho registro contribuirá decididamente a la disminución paulatina de dichas prácticas tan perjudiciales para el derecho como para la sociedad.

Creemos que es inadecuado exigir que la actitud maliciosa o de mala fe (la misma que a nuestro entender se refiere el inciso 6 del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano) tenga que ser “reiterada”; en primer lugar, porque la naturaleza misma de dicha práctica procesal negativa revela maldad (malicia), es decir, mayor gravedad que la temeridad; y en segundo lugar, porque inexplicablemente y de manera desproporcionada solo se exige (tal reiteración) a la malicia regulada en dicho inciso, pero sin embargo no ocurre lo mismo en ningún otro inciso del citado artículo.

Consideramos que las denominaciones más apropiadas (en lugar del *abuso del derecho*) son: ***“abuso del proceso”***, ***“abuso en el proceso”*** o ***“abuso de los derechos procesales”***, dado que, si bien es cierto, que lo se persigue es modificar, prolongar o postergar- sacando ventaja de manera ilegítima- la sentencia o sus efectos; para tal fin se hace uso abusivo de inconductas a nivel procesal; ergo, se abusa específica e inicialmente del o en el proceso.

XVI. PROPUESTA LEGISLATIVA.-

Finalmente, luego de haber desarrollado los temas de la malicia (mala fe) y temeridad procesales, haber esbozado las respectivas conclusiones y sugerencias -utilizando las consideraciones y precisiones conceptuales de la presente investigación 162n anteriormente expuestas (en el acápite: “el artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano”, del presente trabajo)-, procedemos a formular la propuesta legislativa.

Así, es necesario que el art. 112 del Código Procesal Civil peruano, (dado que solo se limita a indicar “se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos”, sin determinar específicamente que incisos están referidos a la temeridad y cuales a la mala fe, además de tomar en consideración que temeridad y mala fe no son sinónimos, como si lo son -desde nuestro punto de vista- la mala fe respecto de la malicia procesal y finalmente aprovechar para suprimir el término “reiteradamente” del inciso 6 del artículo señalado), sea sustituido por el siguiente texto:

“Art. 112 del Código Procesal Civil peruano:

112.1. *Se considera que ha existido temeridad procesal en los siguientes casos:*

- i) *Inc.1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio.*
- ii) *Inc. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*
- iii) *Inc. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente.*

112.2. *Se considera que ha existido mala fe (malicia) procesal en los siguientes casos:*

- i) *Inc. 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.*
- ii) *Inc. 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios.*
- iii) *Inc. 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso;*
- iv) *Inc.7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96)”.*

XVII. BIBLIOGRAFIA.-

17.1. DOCTRINA.

1. Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV, segunda parte. Segunda edición. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires- Argentina. 1961.
2. Alzamora Valdez, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Sétima edición. Tipo- Offset- Sesator. Lima- Perú. 1981.
3. Alzamora Valdez, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Octava edición. Ediciones Eddili. Lima- Perú.
4. Bidart Campos, Germán J. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Ediar. Buenos Aires. 1968.
5. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1992.
6. Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo I. 23ª edición, revisada, actualizada y ampliada. Editorial Heliasta. Lima- Perú. 1994.
7. Capitant, Henri. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1986.

8. Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.
9. Castillo Alva, Luís. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Palestra Editores. Lima- Perú. Enero 2006.
10. Castillo Quispe, M. y Sánchez Bravo, E. *Manual de derecho procesal civil*. Jurista Editores. Lima- Perú. Enero 2007.
11. Chanamé Orbe, Raúl. *Diccionario jurídico moderno*. 3ª edición. Lima-Perú. 2002.
12. Chiauzzi, Honorato. *Derecho romano*. Ediciones Peisa. Lima- Perú. 1982.
13. Chioyenda, Guiseppa. *Condema en costas*. Valletta Ediciones. Argentina. 2004.
14. Cornejo, Pedro. *Síganme los buenos. Ética de entrecasa: el fin casi nunca justifica los medios*. En: Revista Somos del diario El Comercio. Año XXI, Nº 1143, 01/11/2008.
15. Couture, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1983.
16. Couture, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo III. Segunda edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1978.
17. Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1984.
18. Díaz Revorio, Francisco Javier (Compilador). *Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Palestra editores. Lima- Perú. 2004.
19. Espinoza Zevallos, Rodolfo J. *Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional peruano (Art., III del T. P.), en El derecho procesal constitucional peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2005.
20. Fernández de León, Gonzalo. *Diccionario jurídico*. Ediciones contabilidad moderna. Buenos Aires- Argentina.
21. Gozaini, Gonzalo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires. 2005.
22. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *La conducta en el proceso*. Librería Editora Platense S.R.L., Buenos. Aires. 1988.
23. Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo primero. 4ª edición. Editorial Civitas. Madrid- España. 1998.
24. Hinostroza Minguez, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Segunda edición actualizada. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Enero 2006.
25. Iglesias, Juan. *Derecho romano*. 7ª edición. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. 1982.
26. Infantes Mandujano, Pedro Adrián. *Diccionario jurídico*. 1ª edición. Ediciones legales. Lima- Perú. Agosto 2000.
27. Landa Arroyo, César (Compilador). *Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Palestra editores. Lima- Perú. 2005.
28. Lohmann Luca de Tena, Juan G. *Los yuppies, algunos abogados y el nuevo idioma*. En Legal Express. Nº 44. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Agosto 2004.
29. Lorenzzi Goicochea, Raúl. *Diccionario jurídico Tesaurus*. Librería y Ediciones jurídicas. Lima- Perú. Septiembre 2005.

30. Masías Zavaleta, Demetrio. *Diccionario jurídico*. Editorial Adrus. Arequipa- Perú. 2004.
31. Maurino, Alberto Luís. *Abuso del derecho en el proceso*. Editorial La Ley. Argentina. 2001.
32. Mesía, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Segunda edición aumentada. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Noviembre 2005.
33. Mesinas Montero, Federico. *Día del abogado. ¿Motivo para celebrar?*. En Legal Express. N° 63. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Marzo 2006.
34. Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Principios de derecho procesal civil*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogota- Colombia. 1988.
35. Morales Godo, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Primera edición. Palestra Editores. Lima- Perú. 2005.
36. Naymark y Cañadas, Adán. *Diccionario jurídico Forum*. Editorial bibliográfica argentina. Buenos Aires- Argentina. 1946.
37. Novak, Fabián y Namihás, Sandra. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Academia de la Magistratura. Lima –Perú. 2004.
38. Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. Editorial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 1992.
39. Palés, Marisol (Directora). *Diccionario jurídico Espasa Lex*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2002.
40. Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El derecho procesal constitucional peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2005.
41. Paredes Infanzón, Jelio. *Diccionario de Derecho Procesal Civil peruano*. Editorial San Marcos. Lima- Perú. 1999.
42. Peyrano, Jorge W. (Director). *Abuso procesal*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.
43. VV. AA. *Debido proceso*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires- Argentina. 2003.
44. Rambaldo, Juan A. *El abuso procesal*. En *Abuso procesal*. PEYRANO, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.
45. Ramos Núñez, Carlos. *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Fondo editorial de la Universidad de Lima. Primera edición. Lima- Perú. 2007.
46. Ribó Duránd, Luís. *Diccionario de derecho*. Editorial Bosch. Barcelona- España. 1987.
47. Ruiz García, Abado D. y Almeida, Orlando. *Diccionario jurídico & latino*. Edigraber. Lima- Perú. 2004.
48. Sagástegui Urteaga, Pedro. *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Volumen I. Primera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú. 2003.
49. Sagástegui Arteaga, Pedro. *Teoría general del proceso judicial*. Primera edición. Editorial San Marcos. Lima- Perú. 1996.
50. Torres Manrique, Fernando Jesús. *La enseñanza del derecho*. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Año LV. N° 63. Lima- Perú. Julio/ agosto 2005.
51. Torres Manrique, Jorge Isaac. *Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas*. En: Revista de Derecho, Empresa & Negocios. Talleres Gráfica Anita. Lima- Perú. Año 02. N° 04. Abril- mayo. 2008.
52. Torres Manrique, Jorge Isaac. *Piero Calamandrei Pimpinelli: gran maestro y procesalista de la juridicidad mundial*. En: Suplemento de

- análisis legal del diario oficial El Peruano, “Jurídica”. Lima- Perú (Nº 194, 15/04/2008).
53. Torres Manrique, Jorge Isaac. *Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú*. En: Revista Jurídica del Perú. (Edición homenaje al Maestro Carlos Fernández Sessarego). Editora Normas Legales. Año LV. Nº 69. Lima- Perú. Octubre/ diciembre 2006.
 54. VV. AA. *Diccionario jurídico*. Editorial San Marcos y Ediciones legales. Lima- Perú. 2005.
 55. VV. AA. *Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil*. En: Revista *El Derecho*. Publicación oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Arequipa- Perú. Diciembre 1993.
 56. Vargas, Abraham L. *El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico- científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)*. En *Abuso procesal*. Peyrano, Jorge W. (Director). Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.
 57. Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo editorial de la Universidad de Lima. Primera edición. Lima Perú. 2008.
 58. Varsi Rospigliosi, Enrique. *El juego limpio y la incertidumbre de nuestro derecho*. En Legal Express. Gaceta Jurídica. Año Nº 06. Nº 67. Lima Perú. Julio 2006.
 59. Zavaleta Gonzáles, Wilvelder. *Código Procesal Civil*. Tomo I. 5ª edición. Editorial Rodhas S.A.C. Lima- Perú. 2006.

17.2. LEGISLACIÓN.

1. Constitución Política peruana
2. Código Procesal Constitucional peruano
3. Código Civil peruano
4. Código Procesal Civil peruano
5. Ley Orgánica del Poder Judicial peruano
6. Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú
7. Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de las Naciones Unidas
8. Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
9. Código Procesal Civil y Comercial argentino
10. Código General del Proceso uruguayo
11. Ley de Enjuiciamiento Civil española
12. Código de Procedimiento Civil venezolano
13. Código Procesal Civil italiano
14. Código de Procedimiento Civil boliviano
15. Código Procesal Civil brasilero
16. Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea

17.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

1. Exp. Nº 099-95-AA/TC
2. Exp. Nº 632-2001-AA/TC
3. Exp. Nº 1326-2001-AA/TC
4. Exp. Nº 200-2002-AC/TC
5. Exp. Nº 354-2002-AA/TC
6. Exp. Nº 1200-2003-AA/TC
7. Exp. Nº 2620-2003-HC/TC
8. Exp. Nº 2851-2003-AA/TC

9. Exp. N° 3338-2004-HC/TC
10. Exp. N° 340-2005-PA/TC
11. Exp. N° 1660-2005-PA/TC
12. Exp. N° 2016-2005-PA/TC
13. Exp. N° 5088-2005-PA/TC
14. Exp. N° 6712-2005-HC/TC
15. Exp. N° 8094-2005-PA/TC
16. Exp. N° 294-2006-Q/TC
17. Exp. N° 3165-2006-PHC/TC
18. Exp. N° 4496-2006-PHC/TC
19. Exp. N° 5737-2006-PA/TC
20. Exp. N° 5784-2006-PA/TC
21. Exp. N° 5853-2006-PHC/TC
22. Exp. N° 6146-2006-PA/TC
23. Exp. N° 8823-2006-PA/TC
24. Exp. N° 10063-2006-PA/TC
25. Exp. N° 183-2007-PA/TC

- 17.4. JURISPRUDENCIA DE LA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** (*Caso Ivcher Bronstein, sentencia 06/02/2001*).
- 17.5. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS** (*Pacto de San José, Costa Rica*).
- 17.6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EE. UU. DE 1787** (*Carta de Derechos*).
- 17.7. CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.**