



ASOCIACION IBEROAMERICANA DE DESARROLLO

AID



Calle San Andres N° 239 Of. 211 - 1

Enero - 2004

E-mail: fe627@hotmail.com - Telf.: (084) 9683534

N° 2

Revista
Apertura

EDICION JURIDICA - ENSAYOS



SEÑOR DE LA SENTENCIA

Cusco - Perú

Los ensayos son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Coordinador General : Jentry Enciso Lovatón
Coordinador Edición : Edwin Cruz Dominguez
Colaborador : Federico Choque García
Asesor Legal : Dr. en Derecho Pedro Chalco Vizcarra
Asistente : Yerika Quintasi Mestas
Presidente : Darwin Rodriguez Catacora

CONTENIDO

La Poliza (Aspecto Doctrinario) Villena Ramirez, Ulises	9
Regimen de Excepción Soledad Tapia Velazco	15
Teoría General de la Impugnación Ana Rocío Soto Figueroa - Abogada	21
Genesis y Desarrollo de los Conflictos Sociales: A Propósito de los Conflictos Ambientales En Espinar Mario Eduardo Sumire López Post Grado en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible	31
Deudas de los Cónyuges y de la Sociedad Conyugal Alcides Rueda Sosa - Abogado	39
Ejercicio Abusivo del Derecho Mg. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza Vocal Superior y Docente de la Escuela de Post Grado de la UNSAAC	45
Prueba de Oficio Leonid Porfirio Rodríguez Ayerbe - Abogado	55
La Acción Pauliana en Nuestro Código Civil Vigente Kathie Rodríguez Ayerbe - Abogada	63
Divorcio Remedio en el Perú Mario Rafael Ramos Bejar - Abogado.	73
Mujer y Funcion Jurisdiccional Fanny Lupe Pérez Carlos - Abogada	81
Derechos Fundamentales para un Proceso Justo Algunos Elementos y Categorías Básicas Gloria Mora Lovatón	87
La Nulidad Procesal en el Código Procesal Civil Fredy Roland Paz Carpio - Abogado	91
Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal Máximo Dunia Victoria Terrazas González - Abogada	99

Ejercicio Abusivo del Derecho

Mg. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Vocal Superior y Docente de la Escuela
de Post Grado de la UNSAAC

El denominado "abuso del derecho" genera, desde su aparición, una controvertida teoría que ha merecido la preferente atención de los juristas en los últimos tiempos. No obstante que dicha teoría representa la culminación de un prolongado y antiguo proceso, ella sólo adquiere capital importancia dentro del pensamiento jurídico moderno. La figura del abuso del derecho, a pesar de las resistencias, críticas y hasta rechazos que ha suscitado durante el transcurso de su fatigosa elaboración dogmática, ha logrado, finalmente, la general aceptación de la doctrina así como su paulatina incorporación normativa en los ordenamientos jurídicos positivos contemporáneos. Las imprecisiones y dudas que aún subsisten en torno a la naturaleza y a los criterios para la determinación del abuso del derecho no ha impedido que él se constituya en un principio general admitido en el derecho actual y, por ende, de común aplicación jurisprudencial.

Martín Bernal sostiene al respecto que la fisura del abuso del derecho "no puede ser considerada como una institución auténticamente novedosa", sino como la culminación de un proceso largamente reiterado a través de la historia tendente a la perfección del Derecho por vía de su aplicación al caso concreto". (Cfr. "El abuso del derecho", Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 166.)

Son numerosos los códigos civiles que integran en sus textos, de modo explícito, el instituto del abuso del derecho, los mismos que lo condenan al expresar que la ley no lo ampara. Pero, son también muchos los que lo recogen, de manera indirecta o implícita, sin designarlo por su nombre.

Warat está en lo cierto cuando manifiesta que la ciencia jurídica ha tenido una especial predilección por la figura del abuso del derecho. Ello puede documentarse y comprobarse desde que dicha noción surge en la doctrina, a principios de este siglo, con pretensión de autonomía. Con anterioridad, había sido acogida por la jurisprudencia.

cia en un famoso fallo de 1855 dictado por el Tribunal de Colmar. A partir de este momento, y hasta nuestros días, no cesan los redoblados esfuerzos de la doctrina por precisar sus alcances y mostrar su cabal significación. Si bien en la actualidad no se encuentran opiniones contrarias a su vigencia jurídica, persisten aún ciertas discrepancias en lo que concierne, fundamentalmente, a su naturaleza y consiguiente ubicación en el mundo de lo jurídico. Esta situación es resaltada por Rescigno cuando expresa, a modo de síntesis, que "la doctrina prevalente está, por lo tanto, orientada hoy a reconocer la autonomía de la figura del abuso".

La atormentada y contestada elaboración dogmática del instituto del abuso del derecho respondió, en su origen, a un reclamo comunitario de raíz ético-moral, a una presión social que derivó en un nuevo modo de concebir el derecho. La aceptación del instituto del abuso del derecho por la doctrina jurídica se concilia, a su vez, con las exigencias de una nueva visión filosófica acorde con los tiempos, en la cual el ser humano ocupa posición cimera en toda construcción dogmático-jurídica. La admisión del abuso del derecho refleja también una más intensa vivencia, un arraigo mayor en la vida social, del supremo valor de la solidaridad. La teoría del abuso del derecho surge así como una lógica reacción frente a los códigos civiles que, inspirados en la filosofía del Código civil francés de 1804, trasuntan una posición de corte netamente individualista. Por todo ello, el abuso del derecho representa en la actualidad un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura.

La figura jurídica de la que venimos tratando se ha convertido en un valioso instrumento para poner coto al ejercicio o al no uso abusivo de un derecho subjetivo, original y legítimamente atribuido por el ordenamiento jurídico a un titular. Es por ello que, como observa Peirano Facio, en la doctrina contemporánea se advierte una tendencia bastante acusada "a hacer de la teoría del abuso del derecho uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual...". Esta aseveración es tan cierta que el tratamiento jurídico del abuso del derecho desborda "el campo limitado de la responsabilidad y alcanza los conceptos más generales del derecho". El abuso del derecho es en la actualidad, por esta razón, un principio general del derecho, tema central de la Teoría General del Derecho. Se le alude por ello, preferentemente, en los Títulos Preliminares de los códigos civiles más modernos, como es el caso del Código Civil Peruano de 1984 y del Código civil español a partir de la reforma efectuada en el año de 1974. No figura, en consecuencia, en la sede de la responsabilidad civil.

El abuso del derecho es un principio general del Derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo (RUÍZ SERRAMALERA, GARCÍA AMIGO, DíEZ-PICAZO, GULLÓN, BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI, entre otros) y ahí sí cabría su estudio dentro de la Teoría General del Derecho (como lo sostiene FERNÁNDEZ SESSAREGO).

En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del

mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva) (GAMBARO).

SUPUESTOS DE ABUSO DEL DERECHO EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA COMPARADA DEL COMMON LAW Y EUROPEA

En el área del common law, desde 1706, la jurisprudencia inglesa, tuvo conocimiento de situaciones vinculadas con el abuso del derecho. Un leading lo encontramos en el Decoy case (caso de la escopeta): un propietario, Kleeble, dentro de su propiedad se dedicaba a la caza de pájaros con escopeta, para matarlos y venderlos. Su vecino Hikingill disparaba con su propio fusil para espantar maliciosamente los pájaros. Se estableció, en la época, que no se podía usar las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro (RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE).

En los Estados Unidos, quien deliberadamente utiliza armas de fuego para hacer abortar zorras plateadas criadas por el vecino, responde a título de nuisance, vale decir, dentro de los principios de la responsabilidad objetiva (Hollywood Silver Fox Farm y. Emmet, en 2 K.B., 1936,46). Quien tiene conocimiento de la particular sensibilidad de los visones al rumor y no obstante ello causa ruidos fuertes en las proximidades de un criadero, responde de los daños, sea a título de negligence que a título de nuisance (Grandel vs. Mason, en 3 D.L.R., 1953, 65) (GAMBARO).

En Francia merecen comentario dos casos, los cuales se resolvieron aplicando el art. 1382 del *Code*, que regula el resarcimiento del daño por responsabilidad civil. El primero data de 1855 y se vio en la Corte de Colmar: un propietario levantó una inmensa chimenea, no para uso personal, porque era falsa, ya que no tenía tiro, con el solo propósito de oscurecer la morada del vecino. Se sentenció que se "debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo" (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE).

El segundo caso, Clément-Bayard, fue conocido por el Tribunal de Compañía, después por la Corte de Amiens en 1913 y por la Corte de Casación, en el cual un especulador compró un terreno, construyendo obras formidables con enormes puntas de acero que desgarraban las envolturas de los dirigibles que salían frecuentemente de un hangar vecino, para hacer vuelos de ensayo antes de la entrega, con el propósito de vender dicho terreno a un precio prohibitivo. Se falló que el titular de un derecho no puede ejercitarlo "en vista de otro objeto que aquél para el cual ha sido reconocido por el legislador" (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE).

Se advierte, con razón, que si bien es cierto que los derechos potestativos (patria potestad, potestad marital, entre otros) en el pasado eran ejercidos arbitrariamente, en la actualidad también involucran una serie de obligaciones y, en caso de incumplimiento, dichos derechos pueden, inclusive, decaer. De tal manera que también en el caso de derechos discretivos (o potestativos) se debería aplicar el principio del abuso del derecho, haciendo que éstos se conviertan en una suerte de derechos "controlados" (RESCIGNO).

A diferencia de Francia, en Alemania y en Suiza, la figura del abuso de derecho ha sido recogida por el Código Civil. En Alemania, el Tribunal Supremo del Reich en 1909, tuvo que resolver el caso de un padre enemistado con su hijo que le prohibió visitar la sepultura de la madre sita en una finca de su propiedad. El padre había alegado como causa de prohibición, que al encontrarse con su hijo tendría que temer un perjuicio en su salud quebrantada. El Tribunal limitó dicha prohibición a aquellos días que no tuvieran el significado de grandes festividades religiosas, pese a que fundamentaron el artículo 226 BGB (que regula el principio del abuso del derecho). En el Derecho moderno alemán se hace hincapié a la función social de los derechos. También incurre en abuso del derecho el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oposición a los acuerdos de la junta general para fines egoístas. Sin embargo, se ha observado que tanto la doctrina como la jurisprudencia han preferido aplicar la norma relativa a la buena fe, contenida en el artículo 242 BGB. La desaplicación del artículo 226 BGB también encontró inicialmente un contrapeso en el recurso a una norma de la responsabilidad civil, el artículo 826 BGB, que obligaba al resarcimiento quien hubiese ocasionado un daño en manera contraria a las buenas costumbres.

En Europa, también han codificado el abuso del derecho, Rusia, Portugal, España, Checoslovaquia y Polonia (en 1934 y en 1964). Particular atención merece España, que ha atravesado por un proceso de evolución hasta considerar como principio general al abuso del derecho y legislarlo en el Título Preliminar de su Código Civil. En el viejo Fuero de Castilla, habían sanciones para que los hermanos que maliciosamente "tardaban" el casamiento de la hermana "por amor a heredar lo suyo" **RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE**).

En la jurisprudencia española se advierte la siguiente evolución:

1. Se parte del principio de que quien usa su derecho no causa daño a otro.
2. El Tribunal Supremo, llega a conocimiento de un caso en el cual son partes el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, que tenía una concesión exclusiva para extraer arenas de las playas del litoral de dicha ciudad y una sociedad que poseía una central eléctrica en San Adrián de Besós, ubicada cerca a la desembocadura del río de ese nombre y frontera a una playa en la que el Consorcio comenzó la extracción de arenas, en uso de su derecho. La extracción de arenas, fue de tal magnitud que alteró la superficie de la playa y aniquiló las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar. Producto de ello, en el mes de marzo de 1932 los temporales produjeron importantes daños en la central y la sociedad interpuso una demanda en la cual pretendía que el consorcio la indemnizara.

La Audiencia de Barcelona admitió la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación impuesto por el Consorcio (**DÍEZ-PICAZO y GULLÓN**). Con Sentencia de fecha 14.02.44 el Tribunal Supremo llega a enunciar los siguientes principios:

- a. Se trata del uso de un derecho en apariencia legal.
- b. Se produce un daño a un interés no protegido específicamente.
- c. Se está en presencia de una inmoralidad o antisocialidad del daño.
- d. Se incurre en la responsabilidad regulada por el artículo 1902 del Código Civil español, por actos u omisiones en el ejercicio abusivo de los derechos.

3. Con Sentencia del T.S. del 22.09.54, se considera al abuso del derecho como un principio general de Derecho impuesto por la juridicidad.

4. Con Sentencia del T.S. del 04.10.61, se entiende al abuso del derecho como una institución de equidad, para salvaguardar los intereses que no han alcanzado protección jurídica.

5. Con la Reforma de 1973, se incorpora en el artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil español, el principio del abuso del derecho.

La jurisprudencia italiana ha preferido aplicar los principios de buena fe objetiva y de corrección (*correttezza*) y muy saltuariamente se ha referido al abuso del derecho (TRAVERSO). La doctrina dominante ha seguido también este camino (RESCIGNO, NATOLI, entre otros) y sus desarrollos posteriores, a pesar de su autoridad, no han calado suficientemente en el operador jurídico. La Corte de Apelación de Messina, tomó conocimiento de un caso en el cual, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, algunas familias ocuparon precariamente, apartamentos que eran de propiedad del Istituto delle case popolari di Messina. Dicha entidad, en vez de lanzar a los invasores, por consideraciones de carácter social, no solo permitió que permanecieran los mismos por no pocos años, sino que instaló en el patio una fuente, suministrando así el servicio de agua que faltaba. En estas circunstancias, los propietarios de los demás apartamentos, interpusieron una acción en contra del Instituto, denunciando la falta de ejercicio de parte del mismo, de los derechos que le correspondían como propietario, concluyendo que el no uso del derecho era una figura de abuso del derecho. En la Sentencia de la Corte de Casación del 15.11.60, no obstante se confirma la decisión de la Corte de Apelación, que había excluido la ilicitud del comportamiento del Instituto, se concluye que "la ausencia o el negligente uso de la facultad de actuar en defensa del derecho subjetivo para remover una situación dañosa no solo para el titular del derecho mismo, sino también para terceros, constituye uso anormal del derecho subjetivo, si el no uso se resuelve en la inobservancia dolosa o culposa de específicas normas de conducta puestas a tutela de los derechos ajenos". Las críticas de la doctrina no se hicieron esperar. Así SCIALOJA sostuvo que: "Tenga o no la dogmática sus culpas, el juez debe cumplir con su deber que es aquel de hacer justicia con un lenguaje claro y accesible a todos". Para este autor, hubiera sido más simple invocar el artículo 1102 del Código Civil italiano, que se refiere al abuso de la cosa común y si los actores hubiesen sido también los inquilinos del Instituto, se aplicaría el artículo 1575.3 del mismo Código, según el cual el locador está obligado a garantizar el pacífico disfrute del bien alquilado, durante el contrato.

El Tribunal de Tormo, tuvo que decidir respecto a un conflicto existente entre dos vecinos que se quejaban entre sí de los ruidos que debían soportar uno del otro (se trataba de una sala cinematográfica y de un salón de baile) y otros problemas colaterales, entre los cuales, uno de los vecinos había invadido parcialmente, de buena fe, una parte mínima del terreno del otro. Con Sentencia del 13.06.83 se resolvió que: "De los principios generales del ordenamiento jurídico se recaba la existencia de la institución general de la prohibición del abuso de derecho: por 'abuso de derecho' se entiende el ejercicio o (como en el presente caso) la reivindicación judicial de un derecho que en abstracto corresponde efectivamente a quien lo ejercita o lo reivindica pero que, en concreto no importa ninguna ventaja apreciable ni digna de tutela jurídica a favor de tal sujeto e importa, en cambio, un preciso daño a cargo de otro sujeto (contra el cual éste es ejercitado o reivindicado) y que es ejercitado o reivindicado solo con el exclusivo fin de ocasionar tal daño al otro sujeto.

La violación de la prohibición del abuso de derecho que se concretiza en una abusiva reivindicación judicial de un derecho puede ser paralizada mediante la interposición de la exceptio doli generalis (y la interposición de tal excepción puede resultar, aun a falta de su formal enunciación, también del complejo de las defensas desplegadas en causa por la parte interesada): el acogimiento de tal excepción importa el puro y simple rechazo de la demanda en contra de la cual la excepción misma ha sido interpuesta, pero no la modificación de la situación jurídica sobre la cual la demanda así rechazada se funda".

En suma, la jurisprudencia italiana ha preferido aplicar otros conceptos menos abstractos (buena fe objetiva/corrección), en vez del principio del abuso del derecho. Los casos que más se han presentado han sido, entre otros, aquellos relativos al ejercicio abusivo del derecho del voto de la mayoría que lesione el interés de los socios minoritarios y del receso ad nutum del contrato de trabajo a plazo indeterminado, regulado por el art. 2118 del Código Civil, en el que cualquiera de las partes puede resolver el contrato con un preaviso. En este sentido se afirmó que: "El receso del empresario no puede ser considerado una causal y aislado acto de ejercicio de un poder reconducible a un derecho subjetivo" (TRAVERSO).

EL ABUSO DEL DERECHO EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA LATINOAMERICANA

Dentro del sistema jurídico latinoamericano contamos con ordenamientos que regulan el principio del abuso del derecho tanto de una manera explícita como implícita. Dentro de los primeros, cabe resaltar el Código Civil argentino de 1869, en el artículo 1071 modificado por la Ley 17.711, el cual ha sido calificado como el "Código Latinoamericano que con mayor energía estableció el principio" (SPOTA). Autorizada doctrina (BORDA) sostiene que al resolver la variada casuística en la cual se configure el abuso del derecho, el magistrado deberá tener en cuenta en su resolución los siguientes datos:

1. Intención de dañar.
2. Ausencia de interés.
3. Si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros.
4. Si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo.
5. Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres.
6. Si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.

Continuando dentro de este primer grupo de Códigos, encontramos el artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil cubano de 1987, el artículo 1912 del Código Civil del D.F. de México, la segunda parte del artículo 1185 del Código Civil de Venezuela, que ha seguido el modelo fijado por el Proyecto Francoitaliano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927, el artículo 372 del Código Civil Paraguayo de 1987, el Código Civil Peruano de 1936 (ya derogado) y el artículo II del Título Preliminar del actual Código Civil peruano de 1984, modificado por el D. Leg. N° 768 (Código Procesal Civil).

La doctrina nacional se ha preocupado en delimitar la noción del abuso del derecho (LEÓN BARANDIARÁN, RUBIO CORREA, ESPINOZA ESPINOZA, VEGA MERE, entre otros) y en proporcionar los siguientes elementos de juicio (FERNÁNDEZ SESSAREGO):

1. Tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva.
2. Se trasgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad).
3. Es un acto ilícito sui géneris.
4. Se agravan intereses patrimoniales ajenos no tutelados por una norma jurídica específica.
5. Ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.
6. No es necesario que se verifique el daño.
7. Su tratamiento no debe corresponder a la Responsabilidad Civil sino a la Teoría General del Derecho.

Podemos subclasificar dentro de este primer grupo a un sector de Códigos que no regulan el abuso del derecho de una manera general, vale decir a efectos que sea aplicado a todo tipo de derechos, sino dentro del derecho de propiedad: es el caso del artículo 107 del Código Civil boliviano.

Admiten implícitamente el principio del abuso del derecho una serie de Códigos cuyas disposiciones interpretadas a sensu contrario, llevan a esta necesaria conclusión, como el artículo 1321 del Código Civil uruguayo, el artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño (D.L. N° 4.657, del 04.09.42). Una autorizada doctrina uruguayo sostiene, después de haber analizado las teorías que aceptan y las que niegan el principio del abuso del derecho, que "en la actualidad todas las posiciones reseñadas

deben considerarse superadas y completadas por la concepción que afirma que en los casos encarados por la teoría del abuso del derecho la responsabilidad extracontractual se configura de idéntica manera que en las demás hipótesis que conoce esta zona del Derecho" (PEIRANO FACIO).

EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EN EL CÓDIGO DEL MEDIO AMBIENTE.

El primer caso se refiere a una pareja que contrae matrimonio civil en 1943 y en 1962 se produjo una separación de hecho. En 1982 el "esposo" separado de hecho adquiere un inmueble, sin que se haya disuelto la sociedad de gananciales, el mismo esposo ya había entablado relaciones convivenciales desde 1963 con otra persona, la cual también había contribuido a la adquisición del mencionado inmueble. Cinco años después se decide vender el inmueble y aparece en acción la "esposa" separada de hecho (o sea, después de 25 años) para solicitar la nulidad de dicho contrato. El Juzgado Civil de Huarochiri, con fecha 23.01.92, declara infundada la demanda de la esposa. La Sala Civil de la Corte Superior del Callao, con sentencia de fecha 26.08.92 (comentada por ESPINOZA ESPINOZA), confirma dicha sentencia, aplicando el principio del abuso del derecho, ya que "existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia".

No parece acertado afirmar que solo se puede configurar el abuso del derecho en las situaciones jurídicas patrimoniales (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Prueba de ello encontramos en el caso que fue resuelto, en sentido favorable, con fecha 20.05.94, por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema (comentada por ESPINOZA ESPINOZA), referente a la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial por parte del cónyuge culpable, frente a la inercia del cónyuge inocente de no solicitar ante el juez la conversión de la separación de cuerpos en divorcio (derecho que, en línea de principio, solo le corresponde al denominado cónyuge inocente, tal como lo prescribe el segundo párrafo del artículo 354 C.C.), no obstante no habían posibilidades de reconciliación: la situación abusiva (por omisión) carece de connotación patrimonial. La experiencia jurídica es mucho más rica que las coordenadas diseñadas por el teórico.

Por otro lado, como ya lo advertimos, hay un sector del abuso del derecho, que se asimila perfectamente al ilícito civil y, por ello, cuesta entender la finalidad práctica de introducir la figura de la ilicitud sui generis, frente a la ilicitud tout court, cuando la normatividad y los principios que se van a aplicar, van a ser los mismos.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, mediante Resolución N° 104-96-TDC, del 3.12.96, estableció las siguientes notas características del abuso del derecho:

"Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: a) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento, b) que su

ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio, c) que al causar tal perjuicio el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica y d) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe”.

El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, D.Leg. N° 613, del 8.09.90, establece en su artículo 141 lo siguiente:

“En las acciones de abuso del derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso solo podrán ser apelables en efecto devolutivo”.

En suma el abuso del derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.

JURISPRUDENCIA

“Excede un ejercicio regular de un derecho la conducta constante de una de las partes de iniciar procesos penales, más aún si se tiene en cuenta que ninguno de ellos ha prosperado, constituyendo tales actos un evidente abuso del derecho que la ley no ampara”. (*Exp. N° 577-88. Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Gaceta Jurídica N° 3, p. 17*).

“Las acciones practicadas por la demandada han constituido un evidente abuso de derecho al valerse de su posición dominante en el mercado, pues en ese entonces tenía la condición de única proveedora del suministro eléctrico, circunstancia que determinó que a la actora no le quedara otra opción que cumplir, bajo protesta, con los pagos que le exigía la demandada”. (*Exp. N° 1757-94. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Hinostroza Mínguez, Alberto. Jurisprudencia Civil, Tomo 1, p. 142*)

“El ejercicio regular de un derecho no se halla amparado por la ley cuando transgrede los límites de la razonabilidad”. (*Exp. 1337-89. Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Hinostroza Mínguez Alberto, Jurisprudencia Civil, p. 120*).

“Que el demandado haya formulado denuncia penal contra el actor en forma directa y determinada no significa en forma alguna un acto abusivo, toda vez que el artículo 1982 del Código Civil precisa justamente que cualquiera puede denunciar penalmente a alguna persona, siempre y cuando no lo haga a sabiendas de la falsedad de sus imputaciones o con la ausencia de un motivo razonable, ya que de lo contrario deberá responder por los daños y perjuicios irrogados al denunciado

(Cas. N° 162-T-97-Tacna. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 3/04/98, p. 594).

“La figura del abuso del derecho se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia”. (Exp. N° 473-92-Huachirí. Diálogo con la Jurisprudencia N° 2, p. 70).

“La demandante con la pared que construyó está impidiendo el libre acceso al pasadizo que constituye un área común. Esto determina que el hecho propio de la actora sea lo que ha dado lugar a los actos producidos por la demandada (demolición de la pared) para recuperar el libre acceso al pasadizo. Al pretender impedir la libre circulación en el pasadizo, la demandante estaba incurriendo en abuso del derecho, que no está amparado por la ley de acuerdo con el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil”. (Cas. N° 1824-98. *Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica*).

“El banco ha iniciado este nuevo proceso tanto contra los obligados principales como contra los fiadores solidarios, pidiendo que se ejecute la garantía hipotecaria otorgada por éstos a favor del banco ante el incumplimiento de las obligaciones de crédito contraídas por los obligados principales, que es la misma obligación que dio lugar al proceso anterior seguido en la vía ejecutiva y solo contra los deudores u obligados principales. La Sala Civil declara improcedente la demanda de ejecución de garantías, considerando que este nuevo proceso constituye un abuso del derecho por haber obtenido el banco ejecutante resolución favorable en el proceso anterior que debe ejecutar. Este razonamiento es válido con relación a los obligados principales, con quienes se siguió el juicio anterior, puesto que las sentencias ejecutoriadas producen efectos irrevocables respecto de las personas que siguieron el juicio y porque además no se pueden re vivir procesos fenecidos; sin embargo, esto no sucede respecto a los fiadores solidarios, por no haber sido parte en la causa fenecida”.

(Cas. N° 362-99. *Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica*).

“Las normas contenidas en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil son de contenido procesal, cuya inaplicación no puede denunciarse a través de la causal alegada por estar referida únicamente a normas de derecho material.

(Cas. N° 281-99. *Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica*).

Por último es necesario señalar que el art. II del T.P. del C.C. vigente tiene concordancia con los arts: 103 párr. 4, de la Constitución, arts. 292,297,329,632 inc. 4), 924,962, 1021 inc. 6), 1076, 1079, 2060,2064 del C.C. y art. 685 del C.P.C.