

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS:

**“FUNDAMENTOS PARA REGULAR COMO SUPUESTO PARA LA
INDEMNIZACIÓN POR DENUNCIA CALUMNIOSA, LA INTENCIÓN DE
ENTORPECER UN PROCEDIMIENTO O UN PROCESO AFECTANDO A
LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS INTERVINIENTES”**

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: JOSÉ DANIEL SANTOS HOLGUÍN MORÁN

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca - Perú

2018

COPYRIGHT © 2018 by
JOSÉ DANIEL SANTOS HOLGUÍN MORÁN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS APROBADA:

**“FUNDAMENTOS PARA REGULAR COMO SUPUESTO PARA LA
INDEMNIZACIÓN POR DENUNCIA CALUMNIOSA, LA INTENCIÓN DE
ENTORPECER UN PROCEDIMIENTO O UN PROCESO AFECTANDO A
LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS INTERVINIENTES”**

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: JOSÉ DANIEL SANTOS HOLGUÍN MORÁN

JURADO EVALUADOR

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

M.Cs. Sandra Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

M.Cs. Juan Tello Villanueva
Jurado Evaluador

M.Cs. José López Nuñez
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2018



Universidad Nacional de Cajamarca

"NORTE DE LA UNIVERSIDAD PERUANA"

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERÚ

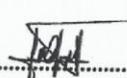
ACTA DE SUSTENTACIÓN PÚBLICA DE TESIS

Siendo las 6:00 de la tarde del día 20 de agosto de 2018, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, los miembros del Jurado Evaluador presidido por la **M.Cs. SANDRA MANRIQUE URTEAGA**, como Miembro de Jurado Evaluador, **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA** en calidad de Asesor, **M.Cs. JUAN TELLO VILLANUEVA**, **M.Cs. JOSÉ LÓPEZ NÚÑEZ**, como integrantes del Jurado Evaluador; actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada **"FUNDAMENTOS PARA REGULAR COMO SUPUESTO PARA LA INDEMNIZACIÓN POR DENUNCIA CALUMNIOSA, LA INTENCIÓN DE ENTORPECER UN PROCEDIMIENTO O UN PROCESO AFECTANDO A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS INTERVINIENTES"**, presentada por el Bach. en Derecho **JOSÉ DANIEL SANTOS HOLGUÍN MORÁN**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

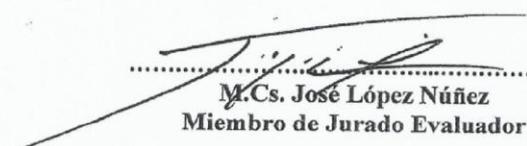
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... **APROBAR**... la mencionada Tesis con la calificación de DIECIOCHO (18); en tal virtud el Bach. en Derecho **JOSÉ DANIEL SANTOS HOLGUÍN MORÁN**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 7:40 p.m. horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
M.Cs. Sandra Manrique Urteaga
Miembro de Jurado Evaluador


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor


.....
M.Cs. Juan Tello Villanueva
Miembro de Jurado Evaluador


.....
M.Cs. José López Núñez
Miembro de Jurado Evaluador

Para mi familia, cuya luz me muestra cada peldaño en el
camino.

Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (no se considera que obra con dolo
nadie que usa de su derecho)

Gayo. Digesto. 50, 17, 55.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	vii
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.4. OBJETIVOS	6
1.4.1. General	6
1.4.2. Específicos	6
1.5. DELIMITACIÓN	7
1.5.1. Espacial	7
1.5.2. Temporal	7
1.6. LIMITACIONES	8
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	8
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue	8
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación	9
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	9
1.8. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS	10
1.9. MÉTODOS	11
1.9.1. Dogmático	11
1.9.2. Hemenéutico	11
1.9.3. Dialéctico	12

1.10. TÉCNICAS	12
1.10.1. Observación Documental	12
1.11. INSTRUMENTOS	13
1.11.1. Hoja de guía de observación documental	13
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	13
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	13
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	14
2.1. MARCO <i>IUSFILOSÓFICO</i> DE LA INVESTIGACIÓN	14
2.2. CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DENUNCIA CALUMNIOSA EN EL PAÍS	18
2.1.1. Problemas identificados sobre la indemnización por denuncia calumniosa a nivel normativo	21
2.1.2. Identificación de problemas de interpretación de la indemnización por denuncia calumniosa en la jurisprudencia	29
2.1.3. Referencias doctrinarias acerca de la denuncia calumniosa ...33	
2.3. DELIMITACIÓN DOCTRINARIA DEL EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO	39
2.4. DETERMINACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO	46
2.3.1. Teoría Subjetiva	48
2.3.2. Teoría objetiva	52
2.3.3. El abuso de derecho en el Perú	54
2.5. RELACIÓN DE AMBAS FIGURAS CON LA ANTIJURICIDAD E ILICITUD	59
2.4.1. La antijuricidad en relación con el abuso del derecho	60

2.4.2. Acerca del ilícito como figura relativa a la responsabilidad civil	65
2.6. ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE DENUNCIA CALUMNIOSA	67
2.5.1. Daño	72
2.5.2. La antijuricidad del hecho	75
2.5.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL	77
2.5.4. Factores de atribución.....	90
2.7. PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EJECUCIÓN DE DENUNCIA CALUMNIOSA	101
2.6.1. Tesis objetiva	101
2.6.2. Tesis subjetiva	103
2.8. LA IMPORTANCIA DE LA ANTIJURICIDAD COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR INTERPOSICIÓN DE DENUNCIA CALUMNIOSA	105
2.7.1. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad	106
2.7.2. Cuando se utilice el procedimiento con propósitos dolosos o fraudulentos	107
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	108
3.1. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	108
3.1.1. Presentación y análisis de los casos tipo.....	109
3.1.2. La influencia de la diferenciación entre abuso de derecho y ejercicio irregular del derecho en la comprensión de la denuncia calumniosa.....	117

3.1.3. La teoría de la responsabilidad desprendida de la denuncia calumniosa	127
3.1.4. El consecuente incremento de supuestos tanto en el tipo penal como en la regulación civil	130
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	132
3.3. PROPUESTA NORMATIVA.....	136
CONCLUSIONES	140
RECOMENDACIONES	142
LISTA DE REFERENCIAS	143

AGRADECIMIENTO

A los amigos que me dieron el impulso necesario para concluir la con presente disertación.

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue: Determinar los fundamentos para regular como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa, la intención de entorpecer un procedimiento o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes.

Para tal fin, se ha estructurado una investigación de tipo básica, con un nivel o alcance explicativo y de carácter cualitativa, que utilizó como métodos de investigación, el método dogmático, el método hermenéutico, el método teleológico y el método dialéctico; asimismo, como técnicas de investigación, la revisión documental y el fichaje bibliográfico, las mismas que tuvieron como instrumentos para su aplicación a la hoja de ruta y la ficha de registro.

Como resultado de la aplicación del tipo de investigación, métodos, técnicas e instrumentos, se ha comprobado parcialmente la hipótesis al considerar que es posible la inclusión de la intención de entorpecer un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa dentro de la responsabilidad civil extracontractual pero en el contexto de una teoría unitaria de la responsabilidad y dentro del supuesto genérico del abuso del derecho.

ABSTRACT

The objective of the present investigation was: To determine the grounds for regulating as an assumption for the claim of compensation for slanderous denunciation, the intention of hindering an administrative proceeding or a judicial process affecting professionally and functionally the intervening public officials.

To this end, a research of basic type, with a level or explanatory and qualitative character, has been structured that used like methods of investigation, the dogmatic method, the hermeneutical method, the teleological method and the dialectical method; As well as research techniques, the documentary revision and the bibliographical transfer, which they had as instruments for their application to the road map and the registration form.

As a result of the application of the type of research, methods, techniques and instruments, the hypothesis has been partially verified by considering that it is possible to include the intention of hindering an administrative proceeding or a judicial process affecting professionally and functionally the public officials involved As an assumption for the claim of compensation for libelous claim within the civil liability extracontractual but in the context of a unitary theory of responsibility and within the generic assumption of abuse of law.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“El Derecho puede definirse sumariamente como el ordenamiento de una comunidad de hombres por medio de reglas sancionadas” (Coing, 1981, p. 246), salvando los problemas de traducción, podemos decir que el derecho puede ser entendido como el ordenamiento normativo de una comunidad que se organiza según los principios y reglas¹ convencionalmente aceptados y dotados de vinculación en virtud del *ius imperium*.

Esta última afirmación, lleva a reconocer que, al interior de determinado ordenamiento jurídico, principalmente si nos referimos a un país como el nuestro heredero de una tradición formalista, es necesario contar con el reconocimiento de los principios y la creación de reglas por parte del Estado para que éstas se hagan obligatorias; motivo por el cual, la expresión problemática material debe ser analizada dogmáticamente a fin de dotarle de contenido y posibilitar su reconocimiento.

Dicha aplicación y actuación de las normas jurídicas, además de hacer efectivo el Derecho positivizado, va generando las pautas para la creación de nuevas instituciones jurídicas que traducen las necesidades generadas en la sociedad, esta circunstancia es la que interesa a la presente investigación en el caso particular del abuso de los supuestos de

¹ Principios y reglas en el sentido definido por Robert Alexy, como especies de normas (Alexy, 1999, pp. 82-86) y, tal vez, en una interpretación restringida por las barreras del idioma, en el sentido establecido por Ronald Dworkin, si entendemos las denominadas normas como reglas (Dworkin, 2011, pp. 72-80).

interposición de denuncia en relación con el análisis de los presupuestos para determinar la responsabilidad civil del denunciante.

Esta situación, particularmente problemática, tiene como primer antecedente el hecho de que no se ha determinado con la regulación contenida en el artículo 1982 del Código Civil los alcances o contenido preciso de la responsabilidad por un hecho dañoso producido por el abuso de Derecho o su ejercicio irregular y la consiguiente indemnización, estas cuentan con ámbitos de actuación distintos y una autonomía acentuada por su propia evolución y concepción diversa a través de la historia hasta la actualidad.

Por otro lado, existe indeterminación de la naturaleza jurídica de la indemnización por denuncia calumniosa, ya que si bien es considerada un delito contra la administración de justicia (Código Penal –CP-, Título XVIII, Capítulo III, Sección I, Artículo 402), en la actualidad las consecuencias penales y civiles que ésta produce se conciben de manera separada.

En ese contexto, tenemos que el ejercicio regular del derecho a denunciar, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1971^o debe circunscribirse dentro de un marco de legalidad; *contrario sensu*, la lesión del marco de legalidad presentando una denuncia que adolezca de motivo razonable genera una responsabilidad en el denunciante que amerita la imposición de una obligación para resarcir los daños ocasionados (Cieza Mora, 2012, p. 67).

Nótese que los supuestos establecidos para la configuración de indemnización por denuncia calumniosa se resumen en la consideración de la actuación del denunciante tales como: El conocimiento de que el hecho no se ha cometido, la simulación de pruebas o indicios de la comisión del hecho o la inexistencia de motivo razonable; sin embargo, dicha postura, guarda relación con el ámbito subjetivo del abuso de derecho que no se encuentra aceptado en nuestro país para efectos de responsabilidad civil, tal y como puede contrastarse de la redacción del artículo 1971, por otro lado, ocurre que esta indeterminación normativa no permite el reconocimiento de nuevos supuestos de los que nos da cuenta la propia realidad, en los que se tiene que virar la mirada hacia el denunciado-víctima de denuncia calumniosa.

Un ejemplo de dichos casos, por enumerar alguno, se presenta en la administración pública, concretamente en el desarrollo de los procesos de selección para la contratación con el Estado, contexto en el cual, las empresas a las que no se les ha otorgado la buena pro realizan denuncias penales por colusión y delitos afines contra los integrantes del comité de selección con la clara intención de intimidarles y de obtener un beneficio particular.

Tal cuestión ocurre, además, en diversos casos en los que se han presentado denuncias penales por personas que se encuentran procesadas por determinados delitos, en contra de los policías, fiscales y jueces inmersos en el procedimiento de su investigación, con la clara

intención de entorpecer y obstaculizarla; asimismo, con la finalidad de desacreditar y afectar profesionalmente al funcionario a cargo. Circunstancias que, además de los supuestos determinados para la configuración de la indemnización por denuncia calumniosa que toman en cuenta la actuación del agente, se hace necesario tener en cuenta, como circunstancia especial agravante, la calidad de funcionario público del denunciado – agraviado con la denuncia calumniosa, que ejerce sus funciones en cumplimiento de sus deberes u obligaciones constitucionales o legales y que, por tal situación, resulta siendo afectado profesional y funcionalmente.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa, la intención de entorpecer un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Contribuir con el conocimiento científico en la rama del Derecho, demarcando claramente la aplicación del principio del abuso del Derecho y el ejercicio irregular de un derecho respecto a la indemnización por responsabilidad civil extracontractual derivada de una denuncia calumniosa.

Resaltar la importancia del principio general del derecho como es la prohibición del abuso del Derecho, cuyo desarrollo legislativo es insuficiente,

causando vacíos y lagunas en el ordenamiento jurídico en relación a intereses no tutelados expresamente en una norma pero que por la valoración social, las prácticas convencionales y principios de convivencia comunes resultan amparados, y cuya trasgresión no se justifica en Derecho.

Contribuir con la adecuada delimitación de la responsabilidad civil extracontractual en los casos de denuncia calumniosa con el fin de lograr tutela jurisdiccional efectiva y resarcimiento del daño y/o perjuicio ocasionado. Para ello es necesario determinar los supuestos en los cuales se configura una denuncia calumniosa y por lo tanto un ejercicio irregular del derecho, hipótesis que no deben ser abordadas por la teoría del abuso de derecho sino más bien el ejercicio regular versus el ejercicio irregular de un derecho que son circunstancias que expresamente vienen prohibidas por ley y cuyo resarcimiento se impone en función a la ley y no por trasgredir valores jurídicos como el de solidaridad y seguridad.

De acuerdo a lo antes dicho, la investigación apunta a convertirse en una guía de actuación en cuanto a las pretensiones de indemnización por responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio irregular del derecho a denunciar, el cual si bien constituye un derecho a dañar autorizado por ley, no puede sobrepasar ciertos límites y por lo tanto debe estar ceñido a criterios ciertos y precisos con el fin demarcar la frontera entre un ejercicio de acuerdo a la Constitución (artículo 103º) y la Ley (Código Penal: artículo 402º; Código Civil: artículo 1982º) y uno violatorio de los valores fundamentales de las interacciones humanas en la sociedad peruana. Es por esto que la

investigación y el resultado de ella serán de mucha utilidad en la práctica jurídica y jurisdiccional nacional.

Cabe mencionar que, no es suficiente con la regulación de la reparación civil penal debido a que las actuaciones con abuso del derecho o ejercicio irregular del mismo generan otros tipos de daño distinto del mero bien jurídico protegido por el delito de denuncia calumniosa, los mismos que no son tenidos en cuenta en la determinación de la mencionada reparación civil y que, son perfectamente regulados a nivel de responsabilidad civil extracontractual; a ello se suma el hecho de que no existe un procedimiento normativamente establecido para la fijación de la reparación civil en el proceso penal, lo que sí existe a nivel civil en el caso de la responsabilidad civil.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos para regular como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa, la intención de entorpecer un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes.

1.4.2. Específicos

A. Identificar casos tipo en los que se presente denuncia calumniosa contra el funcionario a cargo del procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional en el que se encuentra interviniendo el denunciante.

- B. Definir las características y las circunstancias presentadas en estos casos.
- C. Unificar las referidas características y circunstancias en criterios unificadores para la determinación del supuesto.
- D. Contrastar estos criterios con la teoría del ejercicio regular del derecho.
- E. Elaborar la propuesta legal que definirá los fundamentos señalados en el objetivo general.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

Para el caso de la delimitación espacial, el estudio de la legislación pertinente se ha limitado al tratamiento interno de la misma, es decir, se ha estudiado la normatividad peruana, tales como: principios y normas constitucionales, normas del derecho civil y penal; respecto del análisis de la doctrina, el estudio se ha realizado tanto de doctrina nacional como de la doctrina internacional, de acuerdo al contenido de las distintas figuras.

1.5.2. Temporal

La delimitación temporal de la investigación, está condicionada por las unidades de análisis; en el caso del artículo 1971º del Código Civil que regula la eximente de responsabilidad civil extracontractual en los casos del ejercicio regular del derecho y por lo tanto no da a lugar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios derivados

de denuncia calumniosa regulado en el artículo 1982º del mismo código, el análisis ha sido transeccional puesto que se ha ocupado de aquellas instituciones jurídicas durante su periodo de vigencia, el mismo que corresponde a la vigencia del Código civil; en el caso del acervo doctrinario de dichas figuras, así como del principio de la prohibición del abuso del Derecho, de la Responsabilidad Civil Extracontractual, la indemnización, el ejercicio regular de los derechos, el derecho de dañar, el derecho a denunciar; ha sido pasible de una investigación longitudinal por lo que no es posible establecer un periodo determinado de tiempo.

1.6. LIMITACIONES

La principal limitación enfrentada en el particular está referida al escaso desarrollo doctrinario respecto de las figuras de abuso de derecho y ejercicio irregular del derecho en el ámbito nacional, motivo por el cual se ha tenido que recurrir a fuentes básicas a efectos de sustentar la investigación.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

De acuerdo al fin que se persigue, la presente investigación es de carácter básica debido a que la construcción de los fundamentos jurídicos para regular como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa a la intención de entorpecer

un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes, ha demandado una disertación a nivel doctrinario, dogmático y teórico que ha concluido en una propuesta doctrinaria.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

De acuerdo al diseño de la investigación, el nivel o alcance que tiene la investigación es explicativo, debido a que buscó la conformación de los fundamentos a nivel jurídico que justifican la propuesta doctrinaria para una regulación de la intención maliciosa de entorpecer un procedimiento o proceso, dañando la imagen del funcionario a cargo; así, se han establecido relaciones a nivel normativo, dogmático y teórico que describen el supuesto de hecho acerca de la conducta que debe llevarse a cabo por el denunciante, la naturaleza calumniosa de dicha denuncia y las consecuencias que estas actuaciones acarrearán, para posteriormente argumentar el porqué de la necesidad de esa nueva regulación.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de la investigación es el cualitativo debido a que su objetivo fue el análisis de las unidades señaladas en el acápite anterior a partir de las cualidades propias que le son útiles al Derecho; escapa a la investigación experimental y a la empírica, porque no ha trabajado con grupos de control ni variables, no ha realizado experimentos ni ha basado su fundamentación en experiencias fácticas del investigador o en su observación directa;

sino que analizó diferentes documentos que contienen la doctrina que ha servido de referencia a la investigación para obtener una posición clara y definida acerca del concepto y utilización del ejercicio regular del derecho de denuncia a fin de establecer un adecuado uso de la figura específica contemplada en el artículo 1982º, la cual permite exigir la indemnización por el ejercicio irregular del derecho de denunciar o por, lo que es lo mismo, realizar una denuncia calumniosa, cuyas implicancias han aportado a la elaboración o construcción de los criterios que establecen los límites a la actuación de los pretendientes de una indemnización por tal hecho ofreciéndoles una adecuada protección de su interés.

1.8. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Los fundamentos para regular como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa, la intención de entorpecer un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes, son los siguientes:

- A. La consideración del interés público como principio referente de la actuación del funcionario público.
- B. La comprobación de la existencia de vinculación del denunciante con el procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional en el que intervienen los funcionarios públicos denunciados.

- C. La comprobación de la obstaculización del procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional vinculado al denunciante con la afectación profesional o funcional del funcionario público denunciado.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Dogmático

Es el principal método utilizado en la investigación, debido a que se atiende en los principios doctrinales como medio principal para interpretar el contenido al ejercicio regular del derecho, así como para determinar su naturaleza y la estructura sistémica de su contenido con la ayuda de la doctrina que se ha desarrollado al respecto. Hemos elegido el método dogmático por ser un método de interpretación jurídica que no se limita al estudio de los significados de los términos, sino que además se ubica en la concepción interpretativa intelectualista racionalista lógica de la figura, con lo cual hemos desentrañado la *ratio legis* de la figura en estudio con el objetivo de delimitar debidamente el campo de actuación de la responsabilidad extracontractual y el del principio del abuso del derecho.

1.9.2. Hemenéutico

Como complemento del método anterior, que se centra en la interpretación que debe darse del artículo ya mencionado de cara con las múltiples posibilidades que nos otorga el ordenamiento jurídico

peruano, los principios fundamentales que se encuentran inmersos y las distintas concepciones doctrinarias al respecto.

1.9.3. Dialéctico

Adquiere importancia en el tercer momento de la tesis; pues, una vez interpretados los textos legales y analizados los textos doctrinarios, los resultados obtenidos exigieron una confrontación entre ellos, lo que implicó la obtención de una tesis y una antítesis respecto del contenido del ejercicio regular del derecho de denunciar, la indemnización que pueda resultar del daño causado por una denuncia calumniosa, para luego culminar afirmando que lo que se resarce mediante el artículo 1982º Código civil es el daño producido por el ejercicio irregular del derecho de denunciar y no por su ejercicio abusivo, así mismo se determinará cuando opera la eximente de responsabilidad contenida en el inciso 1 del artículo 1971º del CC y como propuesta final sobre los supuestos específicos a los que dicha figura no logra extender su brazo protector y eximente de responsabilidad, esto es los casos del ejercicio irregular del derecho de denunciar; asimismo, para lograr la inclusión del supuesto planteado, es necesario incluir el aspecto subjetivo planteado por la teoría alemana.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Observación Documental

Debido a que el estudio ha sido cualitativo, no empírico y no experimental, se han revisado los documentos que contienen la

doctrina, dogmática y teorías respecto al aspecto subjetivo y objetivo del abuso del derecho, su relación con el ejercicio irregular del mismo y el contenido que tiene y debe tener la indemnización por denuncia calumniosa.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja de guía de observación documental

La hoja de ruta se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental, pero específicamente en la revisión de los casos tipo.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Debido a que la investigación ha sido de tipo básica y cualitativa, y al no haberse propiciado modificación de la realidad ni manipulación de variables, no es posible consignar unidades de análisis, universo y muestra, incluso para efectos del estudio de los casos tipo puesto que son meramente referenciales y el análisis que se llevará a cabo respecto de los mismos será cualitativo.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta investigación no encuentra antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, afirmamos esto después de haber revisado las diversas bases de datos de las Universidades privadas y nacionales, tales como la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Mayor de San Marcos, la Universidad San Martín de Porres, la Universidad Inca Garcilaso de la

Vega, la Universidad Alas Peruanas, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Privada del Norte, la Universidad Privada Antenor Orrego, a través de sus portales virtuales y, en el caso de las Universidades Antonio Guillermo Urrelo y San Pedro de la ciudad de Cajamarca en sus respectivas bibliotecas; así como, en la biblioteca de Derecho y Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO *IUSFILOSÓFICO* DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación, pretende la inclusión dentro de la regulación del ordenamiento jurídico, específicamente en los supuestos generales para la indemnización por denuncia calumniosa, uno que aparentemente no resulta ser general, es decir, la intención de entorpecer un procedimiento o proceso, afectando a los funcionarios públicos intervinientes; para tal

finalidad, se requiere de un marco *iusfilosófico* que sustente la posibilidad de romper con la característica de la generalidad de la norma, en su dimensión misma de dispositivo, es decir, como medida legislativa, puesto que en el ámbito jurisdiccional es perfectamente posible.

Para ello, ha de partirse por el reconocimiento de las actuales posturas pospositivistas contra las cuales se va a sustentar la posición, pues, ocurre que éstas plantean la distinción entre disposición y norma, o correctamente hablando, según sostendría Zagrebelsky (1987), *significante y significado*; y, aunque esta parezca una discusión mínima y sin frutos sustantivos, en realidad tienen detrás toda una estructura argumentativa que postula, por ejemplo, que el derecho no cobra vida o no es tal, antes de su interpretación por el Juez (Trazegnies Granda, 1995); con esta postura se otorga una gran responsabilidad a la figura del juzgador y, en este contexto, un poder superior en cuanto a la elaboración del derecho, lo que podría colisionar con la seguridad jurídica.

Ahondando sobre este tema, la diferenciación entre disposición normativa y norma, además de otorgar una responsabilidad sustancial al juez, realza también la idea de interpretación, y la lleva a un plano distinto al que tenía desde la perspectiva positivista; tan es así que, la interpretación constituye una puerta para desprender un sin número de normas derivadas de una sola disposición normativa, siempre y cuando se realice en el caso concreto, con la intervención del juez en uso de su discrecionalidad (Amayo Burgos, 2012).

Estas posturas propugnan que:

...las interpretaciones de los enunciados preceptivos (es decir los “significados” atribuibles a los enunciados preceptivos, en otras palabras, desde otro punto de vista, las “normas” expresadas por algunos enunciados), en tanto *segmentos del lenguaje en uso preceptivo*, no son (no pueden ser) ni verdaderas ni falsas. (Tarello, citado por Gustini, 2018, p. 23).

Bajo esta visión, Tarello pretende quitar al enunciado normativo como entidad normativa preconstituida, es decir, quitarle la calidad de norma a dicho enunciado y, por tanto, deslegitimando al legislador, postura que resulta extrema a todas luces y, peligrosa, en tanto traslada el poder de hacer derecho a la figura del juez, con la consecuente posibilidad de que su discrecionalidad se convierta en arbitrariedad; al respecto, no es el cambio de figura los que legitimará al Derecho, sino la validez material que se le otorgue, independientemente del momento configurativo en el que se encuentre; vale decir que, también en la construcción de disposiciones normativas se configura del Derecho.

Otro de los peligros del pospositivismo es que parece haber dejado de lado la seguridad jurídica que acompaña al derecho positivo, motivo por el cual, esta investigación se adhiere, no a esta postura extrema, sino a una postura que resulta intermedia y más adecuada a la tesis a desarrollar, es decir, la

del positivismo, pero no cualquier tipo de positivismo, sino, el positivismo incluyente o inclusivo, según el cual, el derecho es un sistema ordenado de normas perfectamente engranado, autónomo y autosuficiente que se conduce, generalmente, sin la intromisión de ningún otro elemento y, solo excepcionalmente, necesita de la moral política, o aquella que "...se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos —por ejemplo, las leyes— puede jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas..." (Waluchow, 2007, p. 17), es decir, para darle sustento a la fijación de disposiciones normativas en las situaciones difíciles.

Una de dichas situaciones difíciles es la de incluir un sentido particular en los supuestos de una norma general, tal y como ocurre con la intención de entorpecer un procedimiento o proceso con la denuncia calumniosa; pues bien, tal inclusión únicamente se hará patente bajo la admisión de que el ordenamiento jurídico, eventualmente, es incompleto y que, existen ocurrencias de la sociedad que requieren la actuación del legislador recogiendo tal necesidad como justificación para la definición de una medida legislativa.

Es de tenerse en cuenta, entonces, que el *iuspositivismo* tampoco niega la existencia de la moral, sino que, en cuanto a la determinación de su interrelación con el Derecho, se han planteado dos posturas diferenciadas; la del *iuspositivismo* excluyente, que niega rotundamente la posibilidad de

que el derecho dependa de la adecuación a la moral (Hart, 1958) y, la del *iuspositivismo incluyente*, que propugna que el Derecho no necesariamente depende de la moral, lo que deja abierta la posibilidad de que, eventualmente, sí lo haga.

Sin embargo, ambas formulaciones reconocen un elemento sumamente importante en la construcción del Derecho, mejor dicho, un conjunto de elementos componentes de una formulación denominada tesis de las fuentes sociales del derecho (Narvaez, 2004), tesis que sostiene que el Derecho nace como resultados de un conjunto de acciones sociales tendientes a aceptar las reglas constitutivas o prescripciones que son el producto de la práctica sostenida de determinadas actuaciones, mismas que fundan las regulaciones jurídicas positivas.

Son precisamente dichas prácticas las que llevan a crear nuevo derecho, reconocer nuevas figuras o nuevos supuestos de actuación, basados principalmente en la necesidad de regulación y en la seguridad jurídica que, aun hoy, a pesar de los planteamientos pospositivistas, otorga el derecho positivo.

2.2. CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DENUNCIA CALUMNIOSA EN EL PAÍS

El artículo 1982 del Código Civil, incluido en la sección sexta titulada responsabilidad extracontractual, del libro VII denominado fuentes de las obligaciones, contiene a la indemnización por denuncia calumniosa. Lo

primero que hay que resaltar acerca de esta regulación es el hecho de que se encuentra contenida dentro de la responsabilidad extracontractual y no de la responsabilidad contractual contenida en el artículo 1321 del mismo cuerpo normativo por evidentes razones relativas a la inexistencia de vínculo contractual previo.

Según esto, de una interpretación sistemática con el articulado correspondiente a la sección de la responsabilidad civil extracontractual, se tiene que la indemnización por denuncia calumniosa debe importar la lesión al mandato contenido en el inciso 1 del artículo 1971 que determina la falta de responsabilidad civil extracontractual cuando se ha procedido en "...ejercicio regular de un derecho...", *contrario sensu*, se configura la responsabilidad antes dicha si la actuación del denunciante contiene un ejercicio irregular de derecho.

Por tal motivo, es posible señalar que los presupuestos señalados en el artículo 1982, "...a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable...", constituyen un ejercicio irregular de Derecho; sin embargo, dadas las teorías adoptadas en nuestro país, ello no es así, lo cual señalaremos más adelante cuando determinemos el contenido de las figuras del ejercicio irregular de un derecho y el abuso del derecho. Hasta el momento, únicamente se está realizando una descripción del contenido normativo a efectos de tener constancia de lo que la normatividad positivada informa del tema.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que:

...el artículo 1982 del Código Civil, bajo análisis, contiene dos hipótesis; la primera, se refiere a la denuncia intencional, a sabiendas, de un hecho que no se ha producido; la segunda, que se presenta en forma disyuntiva con relación a la primera, se refiere a la ausencia de motivo razonable para la denuncia, lo que necesariamente debe concordarse con los conceptos de ejercicio regular de un derecho, que exige de responsabilidad conforme al artículo 1971 del mismo Código, y el abuso del derecho, reprobado en el artículo Segundo del Título Preliminar del acotado. El doctor Fernando de Trazegnies (2), comentando el artículo, señala que “el primer criterio no ofrece dificultades, salvo las inherentes a la probanza del dolo, en cambio, en el Segundo, introduce una idea de razonabilidad que puede ser materia controvertible”, y concluye: “que no solo habría que probar que hubo dolo en la denuncia sino que bastaría que se estableciera que no hubo motivo razonable para denunciar... (CAS. N° 1817-2010-LIMA, 2011, fund. 11).

Al respecto cabe indicar que, tanto la Sala Suprema como el autor citado incurren en un error al considerar indistintamente dentro del segundo supuesto de la indemnización por denuncia calumniosa al ejercicio irregular de un Derecho y al Abuso del Derecho, puesto que dichas figuras son distintas y su contenido puede y debe ser entendido desde diversas perspectivas; en el caso del Abuso del Derecho, contenido en el último párrafo del artículo 103 del texto constitucional y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, aplicable incluso en materias extra-civiles, hacemos referencia a una figura genérica que implica directamente la afectación al ordenamiento jurídico y solo indirectamente afecta el interés legítimo de un tercero; vale decir que, en el caso del abuso del derecho inclusive es posible constatarlo y sancionarlo independientemente de si cause o no un daño particular, pues la relación originaria tiene como partes al infractor del ordenamiento y al Estado en su conjunto.

Cosa distinta ocurre en el caso del ejercicio irregular del derecho que, constituye la negación a un supuesto de exclusión de responsabilidad civil extracontractual expresamente regulado en la sección sexta del libro VII antes mencionados. Sobre el particular, cabe mencionar que dicha confusión la genera incluso la doctrina al desconocer que el caso particular de la indemnización por denuncia calumniosa contiene en su redacción tanto un extremo objetivo de comprobación de la ausencia de motivo razonable para denunciar como un aspecto subjetivo de la actuación a sabiendas; ambos extremos contenidos en el abuso del derecho y no en su ejercicio irregular. Sin embargo, esta discusión será retomada en posteriores ítems, pues el propósito del presente es desentrañar el estado actual de la figura de la indemnización por denuncia calumniosa.

2.1.1. Problemas identificados sobre la indemnización por denuncia calumniosa a nivel normativo

Como ya fue aseverado, la indemnización por denuncia calumniosa es un preocupación civil relativa a la afectación del ejercicio regular de un derecho y con efectos generados por la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, los supuestos en los que se sustenta el análisis jurisdiccional son para efectos de encontrar responsabilidad son la denuncia intencional en contra de un individuo de un hecho que no se ha producido o la ausencia de motivo razonable para denunciar a una persona atribuyéndole un delito; es decir, que la redacción del artículo 1982, requiere necesariamente de la presencia de un denunciante y un denunciado,

así como de una autoridad competente para conocer de esta denuncia.

No obstante, dicha redacción del Código Civil desconoce los supuestos de la denuncia calumniosa de origen penal; lo cual podría justificarse por el hecho de tratarse de dos materias distintas con consecuencias también diametralmente opuestas, siendo que en el primer caso la intención es una restitución pecuniaria y, en el segundo caso, superada la discusión de los fines de la pena, la sanción penal a través de la privación de la libertad personal u otra pena debidamente regulada.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la regulación penal, da origen a la posibilidad de indemnización, es más, dentro del propio proceso penal se abre la posibilidad para el establecimiento de una reparación civil y, de no ocurrir aquello, se deja abierta la posibilidad para requerirla civilmente. Vale decir que, los supuestos penalmente establecidos, deberían tener relación directa con los supuestos civilmente aceptados debido a que la situación irregular se genera en el ámbito penal y, la consideración de estos supuestos pueden influir en el análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

La Denuncia Calumniosa se encuentra contemplada en el artículo 402, parte especial, del Código Penal, en los siguientes términos:

“El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido o que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada, o el que simula o adultera pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando la simulación o adulteración directa o indirecta de pruebas o indicios sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.” (Código Penal, 1991).

De la observación del citado artículo, se tiene que los supuestos para encontrar la responsabilidad penal, a diferencia del caso civil, se amplían hacia la presentación de diversas situaciones jurídicas pasibles de ser sancionadas que no necesariamente comulgan con la regulación civil.

El primer supuesto está compuesto por la presentación de “...denuncia a la autoridad de un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido o que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada...” (Código Penal, 1991, art. 402); notemos que la redacción de esta parte del artículo contiene una proposición disyuntiva fuerte que exige la configuración en la realidad de la presentación de una denuncia de hecho punible que no se ha cometido o que, habiéndose cometido uno, el sujeto activo sea diferente del denunciado; dos situaciones jurídicas que no pueden

presentarse juntas puesto que la primera significa la falsedad incluso respecto de la ocurrencia del delito y, en la segunda, el delito ha ocurrido pero se miente respecto de su titularidad.

Tanto uno como otro extremo del primer supuesto traen consigo una carga de responsabilidad diferente pues, activar el aparato gubernamental para la búsqueda de un delito que nunca se cometió, disloca tanto a la propia estructura funcional del Gobierno como, indirectamente, a la persona imputada falsamente, motivo por el que la carga de responsabilidad es mayor que en el caso en el que el delito realmente existe y debe activarse el aparato estatal, pero que se distrae su investigación señalando a un sujeto que no lo cometió. En ambos casos existe una doble relación, la defraudación al Estado por parte del denunciante y la afectación de un tercero con la falsa imputación. Es decir que, independientemente del resultado del proceso ya existe una responsabilidad penal por el hecho de defraudar al Estado, no así una responsabilidad civil que debe ser estudiada en función del daño causado al denunciado.

En el caso de la primera relación establecida, es posible hablar de la presencia de un abuso del derecho puesto que la defraudación al Estado estriba en la intención del denunciante de engañar para obtener un beneficio personal que se configura como delito independientemente de si se declara o no la responsabilidad penal del denunciado; en cambio, en la segunda relación, necesariamente

debe configurarse un daño para que éste sea reparado desde una perspectiva civil. Con lo dicho, concluimos que en este tipo de delito la relación que importa es la del denunciante con el Estado pues se trastoca la correcta administración de justicia y, solo indirectamente, la relación que se genera entre el denunciante y el denunciado.

Para el caso civil, y la búsqueda de indemnización por denuncia calumniosa basada en este supuesto, debe analizarse la segunda relación entre denunciante y denunciado y acreditarse la existencia de daño y si ese daño se genera por el solo hecho de la denuncia o si este es inexistente en los casos en los que no ha procedido la denuncia, se ha archivado la investigación por sobreseimiento o se ha absuelto al imputado por razones de insuficiencia probatoria y no por haberse determinado la inexistencia de responsabilidad penal. Notemos que la regulación del artículo 1982 del Código Civil basta el conocimiento de parte del denunciante de la falsedad de la imputación o la ausencia de motivo razonable.

No debemos olvidar, como sí parece haber ocurrido tanto con el legislador civil, que la denuncia calumniosa es una figura penal y que las implicancias civiles deben desprenderse necesariamente de esta primera figura; sin embargo, tal y como se encuentran sendas redacciones de la figura resulta complicado realizar una interpretación sistemática entre estas dos regulaciones.

Tanto en el caso civil resulta claro que la actitud del denunciante debe ser dolosa, en el primer se afirma taxativamente como requisito para la configuración de la responsabilidad civil la actuación “a sabiendas” de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable para denuncia, en el caso penal se señalan las actitudes comisivas tales como la invención del delito o la sindicación a persona distinta; no obstante, resulta poco claro si la invención del delito vista penalmente puede ser encuadrada dentro de la falsedad de la imputación o la ausencia de motivo razonable para el análisis civil.

Evidentemente, la falsedad de la imputación puede originarse porque al no existir delito, tampoco existe la posibilidad de que haya sido causado ni por el denunciado ni por otra persona; sin embargo, dicha inexistencia del delito también representa la ausencia de un motivo razonable para denunciar; pues la ausencia de motivo razonable podría depender tanto de cuestiones relativas al delito como al denunciado, esto último ocurre, por ejemplo, cuando el delito existe pero se indica a persona distinta.

Otro supuesto contemplado en el artículo 402, es la actuación del denunciante que “...simula o adultera pruebas o indicios de (...) la comisión de un hecho punible (...) que puedan servir de motivo para un proceso penal...” (Código Penal, 1991); dicha actuación, al igual que en el supuesto anterior supone una doble relación, la primera y directa que afecta a la administración de justicia y la segunda e

indirecta que afecta al denunciado como perpetrador del hecho delictivo; sin embargo, importa una carga extra de responsabilidad respecto del supuesto anterior pues presenta una actitud comisiva generada por la invención o adulteración de medios probatorios con la intención de acreditar una responsabilidad penal inexistente o cuyo titular es otro distinto del denunciado.

Dicho comportamiento genera un auténtico abuso del derecho puesto que defrauda gravemente la administración de justicia pero no un ejercicio irregular de un derecho puesto que no le corresponde al denunciante el derecho subjetivo de denunciar, es por ello que su actuación resulta ilegítima y lesiva del derecho entendido conjuntamente, a pesar de que haya hecho uso de una posibilidad leg; ahora, el abuso del derecho que se presenta, indirectamente daña al denunciado y, ese daño indirecto puede ser objeto de discusión civil; sin embargo, tal y como se presenta la redacción del artículo 1982, no es posible utilizar estas circunstancias agravantes de invención o adulteración de pruebas pues solo contiene a la falsedad de la imputación y la ausencia de motivo razonable; cuando, en el caso específico de la responsabilidad civil extracontractual es preciso contemplar estas circunstancias para la determinación del daño, la antijuricidad, la causalidad o los factores de atribución.

Este último supuesto proyecta la concreción de conductas que si bien afectan en mayor grado la relación directa entre el denunciante y el Estado como agraviado, también extienden dicha gravedad respecto del denunciado ilegítimamente, quién se ve inmiscuido en una investigación o en un proceso penal no solo injustamente sino a causa de una actitud abusiva, desproporcional, irracional, de parte del denunciante, actuación que es manifiestamente antijurídica.

Precisamente dicha antijuricidad no solo debe ser analizada en el ámbito penal, sino también en el ámbito civil, como uno de los elementos de la responsabilidad civil respecto de la relación denunciante y denunciado, el mismo que debería influir de manera agravante en la fijación de la reparación, lo que podría ser analizado a nivel de daño personal; sin embargo, esta posibilidad no existe normativamente debido a que el artículo 1982 establece a manera de *numerus clausus* la falsedad de la imputación y la ausencia de motivo razonable y no la actuación agravada en comento.

Hemos de aclarar que, según nuestra posición, sí existe relación directa entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil por denuncia calumniosa fundamentada en la actuación material de la que se originaron, la única diferencia existente es la situación jurídica analizada, en el caso de la responsabilidad penal por denuncia calumniosa se analiza la actuación del denunciante que afecta la correcta administración de la justicia, en cambio, en el caso de la

responsabilidad civil por denuncia calumniosa se estudia la misma actuación pero en cuanto afecta al denunciado falsamente.

Por otro lado, disentimos de aquellas posiciones que relacionan la indemnización por denuncia calumniosa con el delito de calumnia, como si lo que se reclamase a título de responsabilidad civil extracontractual es una indemnización por la afectación al derecho al honor únicamente.

2.1.2. Identificación de problemas de interpretación de la indemnización por denuncia calumniosa en la jurisprudencia

Al igual que se hizo en el ámbito normativo, a nivel jurisprudencial también es necesario realizar un parangón entre la denuncia calumniosa que genera una indemnización civil y la denuncia calumniosa que genera una responsabilidad penal. Debido a que la extensión no es la misma en una y otra materia.

Con lo dicho, preocupan las resoluciones jurisdiccionales que sobre el particular se han emitido, cuando interpretan el artículo penal que contiene los supuestos que generan responsabilidad penal por denuncia calumniosa de manera excesivamente restrictiva en favor del imputado, puesto que generan impunidad, tal es el caso de la Sentencia de Vista emitida en el Expediente N° 62-96 del Distrito Judicial de Ancash, en la que se señala que "...el artículo cuatrocientos dos del Código Penal reprime la denuncia de un hecho

punible a sabiendas que no se ha cometido...” (1999, fund. 2), aseveración que genera la interpretación errada de que para la existencia del delito de denuncia calumniosa se requiere que la persona efectúe la denuncia sabiendo que el delito no existe, por lo que al existir este, pero no haberse demostrado la responsabilidad del denunciado, no se configura el mismo (1999, fund. 3); tómese en cuenta que en el presente caso se absolvió a quién hizo la denuncia de la muerte de su hijo imputando a un tercero por la comisión de ese ilícito quien fue encontrado inocente, y dicha absolución se fundamentó en el hecho de que el delito había sido cometido y, según la tesis de la sala, este es motivo suficiente para denunciar; es verdad que exista motivo suficiente para denunciar pero no para imputar y la sola sindicación de un inocente debería acarrear consecuencias tanto penales como civiles.

No debe confundirse en casos como el mencionado el dolor que implica la pérdida de un ser querido con la habilitación legal para imputar un delito sin contar con fundamento alguno acerca de la posible responsabilidad penal de la persona contra quien opera la imputación, debe resaltarse que el hecho de la existencia del delito no es causa suficiente para realizar una imputación a una tercera persona de la que no existe constancia, indicios o medios probatorios para acreditar su responsabilidad.

Entonces, no basta con constatar que el delito existe para aseverar, como lo ha hecho el tribunal en el caso antes referido, que existe motivo razonable para sindicar a una persona, sino que además, deberá existir algún elemento de cargo en contra de esta que genere convicción en quien aporta la *notitia criminis* y en el representante del Ministerio Público para efectos de iniciar una investigación preparatoria.

De no existir estos elementos y proceder a realizar la notificación del delito, además de prestar falsas declaraciones ante las autoridades competentes, ya se configura el delito de denuncia calumniosa.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta lo expresado en la Casación N° 1817-2010-Lima, publicada el 30 de enero de 2012 en el diario oficial “El Peruano”, en dicha casación la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, precisó que “...aunque una persona fuere absuelta de los cargos imputados en un proceso penal, ello no implica, de manera automática, la ausencia de motivos razonables en la denuncia contra ella, por lo que ante un supuesto como éste no nos encontramos ante las denominadas “denuncias calumniosas”.”; afirmación con la que nos encontramos plenamente de acuerdo y es que, pueden presentarse casos en los que la noticia del crimen otorgada al Ministerio Público haya sido planteada debido a la existencia de fundadas sospechas relativas a la presencia de elementos de convicción que señalaban la posible

responsabilidad del imputado en el crimen pero, a pesar de ello, pueden no haberse recabado los suficientes medios probatorios en la investigación para destruir la presunción de inocencia; en casos como este, es más que evidente que la responsabilidad por denuncia calumniosa no opera, puesto que la denuncia fue fundada.

En consecuencia, la sola absolución del acusado no habilita a este para incoar un proceso de responsabilidad por denuncia calumniosa, sino que, con este hecho deben concurrir otros elementos como por ejemplo que haya quedado plenamente acreditado que la imputación fue objeto de invención o que cuando fue planteada no contaba con elementos razonables, entre otros.

Al respecto la Sala señala que: “la ausencia de motivo razonable para denunciar al actor se comprueba por la imposibilidad de acreditar no sólo la responsabilidad del imputado, sino la existencia del delito que le fuere imputado, arribando a la conclusión que no es posible sostener que se haya ejercido regularmente un derecho” (Casación N° 1817-2010-Lima).

Al respecto, nuevamente debe tenerse presente que la Corte Suprema interpreta aún en contra de lo regulado en el propio artículo 402 del Código Penal, pues, puede existir posibilidad de acreditar la existencia del delito, sin embargo, ese nos es motivo suficiente o razonable para realizar una imputación sin sustento.

En consecuencia, a lo que debía apuntarse es al sustento que se presentó al momento de alcanzar la *notitia criminis*, debe tenerse en cuenta que el comentario no se encuentra referido a aquellos casos en los que se notifica la existencia de un delito y es el Ministerio Público el que individualiza a los responsables, tampoco a los casos en los que dicha noticia se presenta en base a indicios que ya configuran un motivo razonable; sino a aquellos casos en los que la denuncia se realiza de manera maliciosa imputando la comisión un ilícito penal, existente o inexistente, a una persona, sin contar con elemento alguno de su posible responsabilidad. Este último hecho es perfectamente contrastable en cada caso.

2.1.3. Referencias doctrinarias acerca de la denuncia calumniosa

Para continuar con la comparación entre el tipo penal de denuncia calumniosa y la prescripción civil de la misma, es menester citar a Espinoza Espinoza quien al referirse al supuesto que sanciona con responsabilidad civil a la denuncia calumniosa, lo diferencia diametralmente del supuesto que señala la responsabilidad penal por denuncia calumniosa, diciendo:

No se debe confundir la responsabilidad civil derivada de la denuncia calumniosa (art. 1982 ce) con el delito de denuncia calumniosa, tipificado en el art. 402 c.p. (D. Leg. N° 635 del 03.04.91), el cual establece que: "El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que

falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años (...). Téngase presente que este es un delito contra administración de justicia y el sujeto pasivo es el Estado y no la persona perjudicada con la denuncia calumniosa. (Espinoza Espinoza, 2011, p. 475).

Es correcto que la responsabilidad civil derivada de denuncia calumniosa y el delito de denuncia calumniosa son cosas distintas, es por ello que se encuentran regulados en documentos normativos distintos; igualmente correcto es que en la primera el sujeto pasivo es la persona perjudicada con la denuncia y en la segunda el Estado; sin embargo, ello no significa que los supuestos fácticos no sean los mismos, es decir, no debe confundirse lo aseverado por Espinoza Espinoza en el sentido en que son dos situaciones jurídicas distintas las que generan estas dos figuras jurídicas, sino que, debe tenerse presente que una sola puede generar diversos efectos.

Para ahondar más en lo dicho, al leer al autor antes señalado, debemos ser plenamente conscientes que es perfectamente posible que un mismo hecho con relevancia jurídica puede generar diversas consecuencias jurídicas; es más, es perfectamente sustentable que todos los delitos, además de ser de persecución pública y ameritar una sanción penal, también generan responsabilidades civiles. De igual manera, debe tenerse en cuenta de que a pesar de que la política penal haya determinado que el delito de denuncia calumniosa tiene como sujeto pasivo al Estado, puesto que la relación que resulta más relevante para efectos penales es la del denunciante afectando al Estado, esto no implica que no exista una

afectación real al denunciado falsamente, porque dicha afectación sí existe, ni tampoco involucra que dicha vulneración no deba ser sancionada, puesto que una interpretación de este tipo generaría impunidad, claro está que en virtud del carácter fragmentario del derecho penal y la obligación de utilizarlo en *ultima ratio*, dicha sanción no es penal sino civil, a través de la responsabilidad civil extracontractual.

Mal hace el autor al señalar que en el caso de la denuncia calumniosa “El derecho que se tutela es el del honor, entendido como juicio de valor que se hace de una persona, el cual puede ser objetivo (cuando los demás lo hacen), llamado reputación y subjetivo (cuando lo hace el mismo sujeto) denominado honra” (Espinoza Espinoza, 2011, p. 474); puesto que la actuación de denunciar falsamente a una persona no involucra únicamente la afectación a su honor, sino afectaciones diversas tales como la integridad psicológica al ser sometido injustamente a una investigación y proceso penal, la libertad de tránsito o personal en los casos en los que se impongan medidas coercitivas, afectaciones en el trabajo provocadas por el proceso penal, afectaciones en los negocios, entre varias otras posibilidades a revisarse en cada caso específico. Ello es lo que sustenta una regulación independiente de la indemnización por denuncia calumniosa inclusive de los delitos contra el honor que equivocadamente desarrolla el autor en relación a esta indemnización (p. 474).

Señala Espinoza Espinoza que “...Llama poderosamente la atención que, entre los supuestos de difamación, injuria y calumnia (que tienen, como

común denominador, la tutela penal del honor), sólo se haya regulado su tutela específica, a nivel de responsabilidad civil...” (Espinoza Espinoza, 2011, p. 474), en lo que parece ser una afirmación directa de que la indemnización por denuncia calumniosa civil es el producto de la habilitación civil para sancionar pecuniariamente al delito de calumnia; sin embargo, como ya señalamos anteriormente, no existe una relación directa entre el delito de calumnia y la llamada indemnización por denuncia calumniosa.

El artículo 131 del Código Penal contiene el delito de calumnia tipificándolo de la siguiente manera: “El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa”, como es de verse, la regulación del delito de calumnia es general, no establece supuestos específicos de configuración, no señala si dicha imputación debe hacerse a través de denuncia ante autoridad competente o ante la colectividad; sin embargo, los supuestos contemplados en el artículo 1982 del Código Civil, sí hacen referencia taxativa a la “...denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible...” (1984), tal y como ocurre en los supuestos del delito de denuncia calumniosa que involucran una “... denuncia a la autoridad de un hecho punible...” (Código Penal, 1991, art. 402).

Respecto al ámbito puramente civil de la denuncia calumniosa, se tiene como presupuesto para la formulación de su contenido que toda persona tiene derecho a provocar un daño a otra, siempre y cuando este derecho

se desprenda de un ejercicio regular (Cieza Mora, 2013, p. 65), por tal motivo, el derecho de denunciar podrá ser ejercido siempre y cuando sea de manera regular, sin contravenir los presupuestos normativamente establecidos para su configuración.

Lo dicho necesariamente nos lleva a trazar una estructura sistemática a fin de entender el contenido mismo del derecho a denunciar, dicho derecho supone la existencia tanto de una dimensión objetiva como subjetiva, es decir, el derecho a denunciar se deriva del derecho fundamental de petición a que se refiere el artículo 2, inciso 20, del Código Constitucional; este derecho puede ser simple cuando es utilizado como instrumento de participación ciudadana relativo a la libertad de expresión u opinión, este posibilita la formulación de denuncias acerca de "...irregularidades administrativas, alguna iniciativa, quejas, súplicas u otras manifestaciones en las que no se encuentre en juego un derecho subjetivo o interés legítimo directo del peticionante, y en las que, en todo caso, la decisión de la autoridad tenga un amplísimo margen de discrecionalidad o sea graciable..." (González Navarro y Alenza García, 2002, p. 118).

Asimismo, se lo denomina calificado cuando "...implica la adopción de un acto o decisión concretos por parte de la autoridad, basado en la solicitud o reclamo planteados por el peticionante. Contrariamente a lo que ocurre con el anterior, lo que resuelva la autoridad tendrá consecuencias sobre algún derecho subjetivo o interés legítimo del actor..." (Caso Carmen Arévalo Soza, 2002, fund. 2).

La denuncia penal, debería ser considerada en primer lugar un derecho de petición simple, debido a que el interés por la sanción de un delito, dado el carácter público del Derecho Penal, es general, no se toma en cuenta la afectación del derecho particular que tiene reservado su derecho de reclamo en vía civil; es a causa de esto que de manera directa el afectado con una denuncia falsa es el Estado, pues con la denuncia penal se busca atender una finalidad pública; sin embargo, en cuanto al aspecto civil debe observarse además el carácter particular de dicha denuncia, la relación denunciante denunciado que se genera y, de constatarse la falsedad de la misma, ha de determinarse la responsabilidad civil que corresponde por tal acción.

Ello genera que en un primer momento la denuncia falsa suponga un ejercicio irregular del derecho subjetivo de petición pues al haberse generado una situación fáctica que exija su ejercicio se hace mal uso del mismo; sin embargo, existen otros supuestos en los que no es posible el ejercicio irregular de un derecho subjetivo de petición debido a que no se ha generado la situación suficiente para invocarlo; por ejemplo, en los casos en los que no existe delito y el denunciante inventa su existencia y, peor aún, inventa medios de prueba para simular la existencia del delito, en estos casos no es posible hablar del ejercicio irregular de un derecho puesto que el derecho de petición no puede ser invocado, sino que se genera un abuso del derecho mismo.

2.3. DELIMITACIÓN DOCTRINARIA DEL EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO

El ejercicio regular de un derecho importa el deber de no dañar, principio del “*neminem laedere*”², que ha cobrado tanta importancia en el tiempo como regla de comportamiento a tener en cuenta cada vez que se ejerce un derecho subjetivo en correspondencia con los alcances de su protección objetiva, motivo por el cual la violación de dicha regla debe ser sancionada por el propio ordenamiento jurídico, ya sea este penal, civil, laboral etc.; la misma regla fue utilizada inicialmente solo para diferenciar la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, cuyo fundamento radicaba en el *alterum non laedere*³, de allí que quedó definido como la “síntesis de los específicos deberes impuestos por otras normas” (Franzoni, 2009, p. 19).

Anteriormente se mencionó que la conducta, realizada por un sujeto, que trasgrede al ordenamiento jurídico devendría en antijurídico; y por lo tanto, ese actuar traería como consecuencia la responsabilidad civil de su actor. Sin embargo, el ordenamiento jurídico exceptúa algunas conductas que permiten dañar los derechos de otras personas, con lo cual, se escapa de la responsabilidad civil.

² Es un principio tradicional del Derecho Civil el que ya en el Derecho Romano se enunciaba como *neminem laedere*: no debe causarse daño a nadie. En el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano - la obra que culmina y recopila el Derecho Romano clásico- las Instituta comienzan señalando los tres pilares de todo el derecho privado: *honeste vivere* (vivir honestamente), *sum cuoque tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *neminem laedere* (no causar daño a nadie) (Carrillo Vinader, 2006).

³ Principio que impone también el deber de no ofender o perjudicar a otro, se diferencia del *neminem laedere* en su carácter específico, el primero denota un deber de comportamiento en general, el segundo una obligación de no afectar en un caso específico.

En ese sentido, Pazos, comentando el artículo 1971 del Código Civil dice que “(...) si hacemos referencia a hechos antijurídicos, deberemos, por contraposición también hacer referencia a hechos no antijurídicos; en otras palabras, supuestos que escapan del ámbito de la responsabilidad civil por lo que, en principio, excluyen la posibilidad de otorgar una indemnización (...)” (Pazos Hayashida, 2005, p. 137).

Es precisamente el artículo 1971 del Código Civil el que regula como excepción para el juicio de responsabilidad civil, el ejercicio regular de un derecho, pues, debe entenderse que únicamente habrá incursión del poder coercitivo del Estado en aquellos casos en los que el ejercicio de un derecho subjetivo haya sobrepasado los límites del derecho subjetivo de alguien más, de no presentarse esta circunstancia tampoco existirá posibilidad de sanción alguna.

Como se aprecia, no todas las conductas que causan algún daño son antijurídicas, sino que su realización está permitida. Esto, como menciona Ghersi (Ghersi, 1997, p. 89), se debe a que existe un bien superior que se sobrepone y que torna aceptable que se cause daño a un tercero, dicho bien superior es el orden público. Solo es posible vulnerar el derecho subjetivo de alguien más en los casos en los que tal derecho subjetivo se encuentre en contraposición a valores superiores tendientes a mantener el orden público, el bienestar general.

Dentro de dicha concepción podemos argumentar que es perfectamente posible hacer uso del derecho de denuncia, en el marco del derecho de petición, con la finalidad del proteger un bien jurídico de interés público, es posible que producto de este ejercicio se terminen afectando algunos derechos del denunciado como el derecho a la libertad de tránsito o personal, libertad de reunión pacífica sin armas, entre otros conexos; sin embargo, ello es perfectamente legal en tanto se busque proteger el orden público con dichas limitaciones.

Todas las excepciones a la responsabilidad civil extracontractual se encuentran reguladas en el artículo 1971 del Código Civil⁴. Entre aquellas se encuentra el supuesto de que se ejerza regularmente un derecho en el primer inciso del artículo señalado, téngase en cuenta que el ejercicio regular del derecho supone dos extremos relevantes: 1) el primero es la existencia de una regulación que reconoce o crea determinado derecho objetivo y, 2) dicho derecho objetivo genera la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo como correlato del primero.

De la norma citada, se infiere que el que causa daño a un tercero haciendo uso de un derecho, siempre y cuando se use regularmente, está exento de

⁴ Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1.- En el ejercicio regular de un derecho.

2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

responsabilidad. Según Espinoza Espinoza "...este supuesto tiene su antecedente histórico en la antigua fórmula romana '*qui suo iure utitur neminem laedit*'. Así, 'el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por consiguiente, ninguna responsabilidad le incumbe por los quebrantos que pueda causar" (2011, p. 133).

Como se ve, esta institución ya era regulada por los romanos con el aforismo que menciona el autor citado. Respecto a este aforismo, Barbería, en su diccionario de latín jurídico, refiere que este latinismo significa "No hiera a nadie quien hace uso de su derecho" (2006, p. 183); quien hace uso de su derecho, lo que implica que la posibilidad de utilizar determinado derecho requiere de la preexistencia de éste de manera formal dentro del ordenamiento jurídico, cuando se trata de un derecho distinto a los derechos fundamentales, y en el caso de estos, la posibilidad de su reconocimiento; otra circunstancia derivada de la primera es que, existiendo un derecho objetivo, el ejercicio del derecho subjetivo únicamente involucra la utilización debida del primero, dentro de los límites que lo contienen y sin afectar el resto del ordenamiento jurídico; en consecuencia, no es posible ejercer un derecho que no ha sido reconocido o que no corresponde ejercerlo en determinada circunstancia o que, existiendo en el ordenamiento jurídico, no le corresponde a quién pretende utilizarlo, porque de lo contrario se estaría actuando irregularmente.

Es en el momento de ejercer un derecho, cuando se pone en práctica estas atribuciones, esto es "...al hacer ejercicio regular de un derecho, que, en algunos casos, se pueden generar daños en la esfera jurídica de un tercero siendo, incluso, que esos daños pueden ser consecuencia natural del referido ejercicio" (De Ángel Yagüez, 1988, p. 126).

Hablando del derecho de denunciar, contenido en el derecho de petición, todo ciudadano tiene esa posibilidad siempre y cuando en la realidad se haya configurado los supuestos legalmente establecidos para tal ejercicio y, una vez configurado, existe la posibilidad de dañar los derechos del denunciado pero con habilitación legal.

El presente trabajo busca hacer notar que el ejercicio del derecho de denunciar, siempre y cuando se ejerza dentro de los límites legalmente establecidos y en cumplimiento de los supuestos determinados para ello constituye un ejercicio regular del derecho y, únicamente se configura el ejercicio irregular de tal derecho cuando el ejercicio rompe con los límites establecidos por ejemplo al imputar la comisión del delito a un sujeto que no ha sido responsable del mismo. Es decir, al tenerse conocimiento de un delito, es posible denunciarlo y sindicarlo al presunto responsable pero para esto debemos contar con un mínimo grado de certeza respecto de la posible responsabilidad penal, de no ser así no es posible sindicarlo a nadie y de hacerlo se estaría incurriendo en ejercicio irregular del derecho.

En ese mismo sentido, "...el ejercicio regular de un derecho es considerado como un acto no antijurídico, más precisamente, un hecho dañoso justificado. Como consecuencia de esto, el sujeto que actúa dentro los parámetros de derecho que ostenta, aun cuando cause daño, no responde civilmente" (Diez-Picazo & Gullón, 2016, p. 463). Téngase en cuenta que el concepto del ejercicio regular del derecho ha sido desarrollado en el ámbito civil, a diferencia del de prohibición de abuso del derecho que tiene desarrollo constitucional y puede ser objeto de análisis en cualquier extremo del ordenamiento jurídico y bajo cualquier materia que de este se desprenda.

De las definiciones dadas por los autores citados, fluye que el daño producido, es justificado, cuando al ejercer un determinado derecho, este ejercicio se encuentre o no vaya más allá de los parámetros permitidos. De no ser así, el ejercicio devendría en irregular y; por consiguiente dejaría de ser no antijurídico para pasar a ser antijurídico; con lo cual, el sujeto responde por los daños ocasionados.

Es menester referir, aunque como dice Pazos, puede:

...parecer un poco ocioso que para que haya ejercicio regular de un derecho tiene que existir un derecho que ejercer. Empero, la acotación resulta útil por cuanto, como norma de excepción, la regla contenida en el numeral bajo comentario solo es aplicable a ese supuesto, no siendo posible interpretarla en el sentido de incluir hipótesis de cumplimiento de deberes o el ejercicio de un oficio o cargo." (Pazos Hayashida, 2005, p. 163).

Compartimos esta línea de pensamiento, debido que como es conocido, no es lo mismo derecho, deber u oficio. De Trazegnies, pone un ejemplo que nos ilustra esta diferencia: “No podríamos decir que el verdugo ejerce regularmente su derecho a matar” (1990, P. 190). Como se aprecia, en el ejemplo propuesto por el autor, no es que el verdugo tenga el derecho de matar, sino que en cumplimiento de un deber es que mata a alguna persona.

Todas estas precisiones nos llevan a resaltar la diferencia entre el ejercicio regular del derecho, que involucra la existencia del derecho objetivo y su correlativo derecho subjetivo, y el abuso del derecho que involucra la existencia de un derecho objetivo pero sin correlato subjetivo, siendo que el sujeto que comete abuso del derecho simula, fuerza, defrauda el derecho objetivo para ostentar un derecho objetivo que no le corresponde.

En el caso del derecho a denunciar, la comisión del delito habilita a cualquier ciudadano para alcanzar noticia de lo ocurrido a la autoridad competente, de conocerse todas las circunstancias y haberse tomado cuenta de su perpetrador constituye una obligación del denunciante notificarlo a la referida autoridad, sin embargo, de no conocer al perpetrador y sindicarlo a una tercera persona que no es responsable del hecho se estaría cometiendo ejercicio irregular del derecho; cosa distinta ocurre en los casos en los que no se ha cometido delito alguno y se inventa su existencia con la finalidad de perjudicar a una tercera persona, en ese caso se defrauda al Estado y se perjudica con la denuncia al denunciado falsamente, aquí, a

diferencia del primer caso, no existe ejercicio irregular de un derecho puesto que no existe derecho subjetivo que ejercer, sino que existe el abuso del derecho objetivo, del ordenamiento jurídico en general y del ordenamiento constitucional en particular; similar situación ocurre cuando se simula o adultera pruebas o indicios de la comisión de un delito que puedan servir de motivo para un proceso penal, situación que configura el abuso del derecho, con la agravante de que dicha defraudación a la administración de justicia genera graves perjuicios a un tercero, lo que deberá ser analizado como un plus en el daño y la antijuricidad para efectos de responsabilidad civil extracontractual.

2.4. DETERMINACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO

En principio, es necesario recordar que ningún derecho es absoluto, todos tienen límites. La frontera del derecho de una persona, es donde inicia el derecho de otro individuo. Es así, que no se puede ejercer abusivamente un derecho, afectando el derecho de otra persona. Esto, en razón de que los derechos subjetivos son relativos, es decir, su ejercicio tiene límites.

Con lo dicho, queda claro que “El fundamento de reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para ellos” (Cuentas, 1997, p. 468).

Efectivamente todos los derechos deben ser ejercidos tomando en cuenta los límites establecidos en el propio ordenamiento jurídico, sin embargo, al

hablar del abuso del derecho no nos estamos refiriendo únicamente al conjunto de normas positivizadas y vigentes en determinado estado, sino a los dogmas tanto constitucionales como infraconstitucionales que dotan de contenido a las normas jurídicas, al derecho tanto como valor, norma y hecho; por tanto, el abuso del derecho involucra no únicamente el uso irregular de un derecho objetivo, sino la lesión del derecho en cualquiera de sus dimensiones por utilizarlo sobrepasando los límites convenidos en determinada sociedad.

El abuso del derecho es un concepto material y el uso irregular de un derecho es un concepto formal, no obstante es posible aseverar que el segundo es una especie del primero en tanto también cuenta con un efecto material de afectación del derecho de un tercero como resultado de la lesión del ordenamiento jurídico positivizado.

En esa misma línea de ideas, debe tenerse en cuenta que “El derecho no es absoluto, no puede ejercitarse de una manera que lastime los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva. De allí que se haya ido elaborando una concepción en este orden de cosas que, en general, reciba consagración en el derecho moderno” (León Barandiarán, 1954).

Aún en la argumentación del maestro León Barandarian se contempla como parte del respeto del derecho a los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva, imperativos que hallan

su origen en épocas remotas de nuestro derecho y que han ido solidificando su respeto hasta la actualidad, es cierto que dichos imperativos no se encuentran regulados en documento normativo alguno, sin embargo pueden reconocerse de diversos principios fundamentales respetados en nuestro ordenamiento constitucional, tales como el respeto de la dignidad, la protección de las libertades, la intervención social del Estado, entre otros que guardan el carácter de supremos y deben encontrarse presentes en cualquier regulación de rango infraconstitucional, en cualquier actuación de los funcionarios y servidores públicos, de los magistrados y de la población en general.

La prohibición del abuso del derecho contemplada, reconocida constitucionalmente en el artículo 103 del catálogo constitucional, es el parámetro fundamental de actuación que condiciona tanto la actuación de los integrantes del poder legislativo, el poder ejecutivo, poder judicial, organismos autónomos y ciudadanía en general. No existe ámbito del Derecho que pueda ser ejercido con abuso.

A través del tiempo, se han desarrollado dos teorías respecto al abuso del derecho, estas son la teoría subjetiva y la objetiva, que a continuación se desarrollarán:

2.3.1. Teoría Subjetiva

La primerísima de las teorías del abuso del derecho que se consolidó con el "...Código alemán en 1896 donde se introdujo un

precepto claro referente al abuso del derecho en su Art. 226^o que dice: “El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar daño a otro.” (Cuentas Ormachea, 1997, p. 476).

Según este texto la noción del abuso del derecho se hace consistir en el ejercicio de un derecho que solo tiene por objeto causar daño a tercero, perspectiva subjetiva que es negada por nuestro país en el que el abuso del derecho se identifica con la constatación objetiva de la lesión de un derecho objetivo determinado en el contexto del ejercicio de un derecho subjetivo.

No obstante, dicha noción de abuso de derecho es válida únicamente desde una perspectiva positivista del derecho pues, si consideramos al derecho como un conglomerado de valores que se distribuye según su monta en un sistema ordenado de normas, positivizadas o no, se podría establecer una nueva concepción del mismo a nivel interno y una clara diferencia con el uso irregular de un derecho que comprende la lesión del ordenamiento jurídico objetivo, el abuso del derecho consiste en la lesión del derecho en su conjunto pero con la finalidad de dañar a otro, en esto radica la subjetividad del abuso del derecho, en la intención, la actuación dolosa. Por tanto, para comprobar el abuso del derecho, de conformidad con esta teoría es necesario ir más allá de la mera comprobación de la lesión del ordenamiento jurídico, sino que

deberá constatarse la existencia de elementos que comprueben la intención de dañar.

Podemos contrastar lo dicho anteriormente con la afirmación de Rodríguez Llerena que cuando comenta el abuso del derecho en el art. 226 y el 826 del Código alemán dice:

Según este Derecho, la persona que se confina en los límites de su derecho subjetivo comete, sin embargo, un abuso de derecho, ya cuando su actitud no pueda tener otro fin que causar daño a otro, (art. 226 del Cod. Alemán cit.), ya cuando su actitud censurada por atentar a las buenas costumbres (art. 826 del mismo Cod.) (1940, p. 409).

Hemos de complementar que el uso de un derecho subjetivo siempre debe tener un par objetivo y el sujeto activo se encuentra obligado a actuar dentro de los límites establecidos por este, si los sobrepasa con intención de dañar a un tercero y lesionar además los principios fundantes del ordenamiento constitucional está cometiendo abuso de derecho.

De allí que se desprenden los aspectos o dimensiones del abuso del derecho pues, a diferencia del ejercicio irregular de un derecho, en el que el ejercicio aparentemente dentro del derecho objetivo resulta por afectarlo, en el caso del abuso del derecho existe una extralimitación del derecho objetivo, una intención de dañar a un tercero y una afectación a los principios fundantes del ordenamiento jurídico todo.

Con ello no se está diciendo que para que se configure el abuso del derecho necesariamente debe haberse causado daño a un tercero, lo que realmente es relevante para estos efectos es la actuación intencional, independientemente de si el daño llega o no a causarse, tómesese en cuenta que, de no causarse el daño efectivo, igualmente existe ya la vulneración tanto al ordenamiento jurídico específico como a los principios generales del derecho.

Así también, además de Alemania, en Francia, en virtud de los artículos 1382⁵ y 1383⁶ del Código de Napoleón, también se acoge esta corriente subjetiva debido que las normas referidas obligan a tener en cuenta el requisito de culpa. Otro país que también se inclinó a esta teoría, es Bélgica, a través de su Código Civil. Además de estas legislaciones, el Código Civil austríaco de 1916, que fue reformado en 1997:

En su Art. 1295^o establece: “ El que causa intencionalmente un daño de modo que hiera la buenas costumbres es igualmente responsable; no lo es, sin embargo, si el daño fue causado por el ejercicio de un derecho, salvo si el ejercicio de ese derecho tienen manifiestamente el fin de perjudicar a otro”. Como se desprende de la última parte de la disposición, tiene esta una orientación subjetiva. Igual orientación tiene el Código Civil italiano de 1942 en su Art. 833^o y el Código Polaco de la Obligaciones en su Art. 137^o (Cuentas Ormachea, 1997, pp. 476-477).

⁵ Art. 1382^o: Cualquier hecho del hombre que cause al otro un daño, obliga a repararlo a aquél por cuya culpa se ha producido.

⁶ Art. 1383^o: Es responsable del daño quien lo causó no solo por su hecho, sino también por su negligencia o por su impericia.

Como se aprecia, en estas legislaciones, predomina la teoría subjetiva, es decir, para demostrar que existe abuso del derecho, importa la intencionalidad con la que la persona actúa, con el único fin de causar daño al derecho de otra persona, pero además, el uso de la frase “buenas costumbres”, puede ser traducido en nuestro país, que es de tradición formalista, en el sentido de que el abuso del derecho involucra la contravención de los principios superiores, fundantes, producto de las convenciones fundamentales y que inspiran el sistema jurídico todo.

2.3.2. Teoría objetiva

Esta teoría también tiene origen europeo, específicamente en Suiza. El Código Civil de 1907 de ese país, a diferencia de los países europeos que optan por la corriente subjetivista, opta por ser más objetivista, siendo que como dice (Cuentas, p. 477):

El Código Civil suizo de 1907 también denominado Código Federal Suizo, introduce un criterio original al tratar del abuso del derecho. Si bien el anteproyecto de 1900 se refería al abuso del derecho de propiedad (Art. 644º) que se le hace consistir su ejercicio con la sola intención de perjudicar a otro, el Código Civil de 1907 incorporó la doctrina del abuso del derecho en su artículo II, que dice “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”. Como se ve la amplitud del principio es vasta y comprende cualquier clase de derechos: privados o públicos.

Las corrientes objetivas, entonces, no observan la intención del sujeto actor, sino la contravención del ordenamiento mismo al

momento de ejercer un derecho, con ello se puede asegurar que el momento determinante para constatar el abuso de un derecho es su ejercicio indebido, sin prestar atención a la voluntad del actor.

Rossell (como se citó en Rodríguez, p. 410) explica que la concepción de esta teoría “(...) no se trata del elemento subjetivo (la intención de abusar), sino del elemento objetivo, del ejercicio del derecho contrariamente a las reglas de la buena fe, y sin que ello implique la persecución de un interés digno, por lo demás, probar que el abuso del derecho de su contrario le causa algún perjuicio”.

A nivel de Latinoamérica, las siguientes legislaciones también optan por la teoría objetiva:

El Código Civil de México de 1932 circunscribe la doctrina del abuso del derecho al derecho de propiedad, cuando en su Art. 840º dice que no es ilícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar un perjuicio a tercero sin utilidad para el propietario.

El Código Civil de Venezuela de 1942, en la segunda parte del Art. 1185º dice que “Debe igualmente reparación quien haya causado u daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”, lo que hace consistir el abuso del derecho en ejercerlo contrariando a las reglas de la buena fe o del objeto

con el que ha establecido ese derecho, causando un daño con ejercitar el derecho en tal forma.

Como se aprecia, en todas las legislaciones que optan por la corriente objetivista, no se tiene en cuenta la intención de la persona, lo que se toma en cuenta son los hechos producidos por la actuación del individuo. Teniendo como base los hechos, se podrá saber si se actuó con mala fe.

2.3.3. El abuso de derecho en el Perú

Según los autores consultados, la disposición del Código Civil suizo de 1907 fue la que inspiró al Dr. Juan José Calle para la incorporación del principio del abuso del derecho en su ponencia del Título Preliminar que propuso a la Comisión Reformadora del Código Civil, con lo cual se puede concluir que la legislación peruana se acoge a la teoría objetiva; por tal motivo, el ejercicio abusivo del derecho se encuentra regulado en el Art. II del Título Preliminar del Código Civil⁷, describiendo únicamente la negación de la ley de aquellas actitudes que presentan una omisión o abuso del derecho.

Dicho principio hace referencia únicamente a la limitación legal del ejercicio abusivo del derecho, desconociendo que ese principio no

⁷ La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

tiene alcance únicamente legal, sino que es el producto de la concepción del conjunto normativo como un sistema.

Tan es así que el propio texto constitucional contiene a dicho principio en el artículo 103, último párrafo, y establece que es la Constitución la que no ampara el abuso del derecho y ello ocurre porque precisamente es la constitución la norma fundante del resto del sistema jurídico, por lo que debe entenderse que de incurrir en abuso del derecho se lesiona los principios constitucionales y al ocurrir esto se resulta afectando el resto del ordenamiento.

Al encontrarse en el Título Preliminar del acotado cuerpo normativo, se considera como principio inmerso en todas las normas que contiene dicho Código se debe tener en cuenta a la hora de la interpretación sistemática de dichas normas y de éstas con el sistema jurídico todo.

Este principio, ya se encontraba contenido en el Art. V del Código Civil del año 1936, refiere que a pesar de haber cambiado, se ha conservado la tesis original sintetizada en la expresión siguiente: “El derecho cesa allí donde el abuso comienza. No puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la irrefutable razón de que un solo acto no puede ser, a la vez, conforme y contrario a derecho” (Guzmán Ferrer, 1984, p. 15).

Espinoza, en sus comentarios a este artículo del Título Preliminar, indica que la doctrina nacional se ha preocupado en delimitar la noción del abuso del derecho, mencionando a:

León Barndarián, Rubio Correa, Espinoza Espinoza, Vega Mere, entre otros. Además, atribuye a Fernández Sessarego los siguientes elementos de juicio:

- 1) Tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva.
- 2) Se trasgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en valor de la solidaridad).
- 3) Es un acto ilícito *sui generis*.
- 4) Se agravan intereses patrimoniales ajenos no tutelados por una norma jurídica específica.
- 5) Ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.
- 6) Su tratamiento no debe corresponder a la Responsabilidad Civil sino a la Teoría General del Derecho. (Espinoza Espinoza, 2011, p. 178)

Asimismo, Sessarego (como se citó en Rubio Correa, 2008, p. 32), menciona que:

Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender, a plenitud, cómo el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse trasgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en la Teoría General del Derecho.

El abuso de derecho, como se desprende de los autores citados, comprende de en sí mismo un acto ilícito que no solo involucra una responsabilidad civil, sino que además, este hecho trasciende hasta la Teoría General del Derecho.

El doctor Marcial Rubio Correa nos ilustra, con un ejemplo real sucedido por los años 80, un caso de abuso de derecho. A continuación lo transcribimos:

En el Perú hay un caso histórico que puede desarrollarse con extensión y es el de la manera cómo la televisión peruana informó al público sobre sucesos de El Sexto en abril de 1984. Producido un motín con captura de rehenes, los delincuentes procedieron a la realización de diversos actos de grave violencia para presionar a las autoridades y facilitar su fuga.

En el marco de la libertad de información reconocida por la Constitución y el Gobierno, y también en el de la competencia abierta entre las empresas de difusión, cada uno de los canales, durante alrededor de ocho horas, presentó en vivo y en directo los actos más crueles de lesiones y asesinato llevado a cabo por los delincuentes. Que ello se hiciera inclusive interrumpiendo programas infantiles fue irrelevante para la decisión informativa y, por todo ello, miles de padres de familia, autoridades, e inclusive periodistas serenos, manifestaron su disconformidad y rechazo.

Desde este punto de vista jurídico, no se puede encontrar norma que prohíba a los canales de televisión informar de cualquier suceso, a cualquier hora y ante cualquier televidente. La cobertura informativa realizada aquella tarde de abril de 1984, en rigor, no fue pues ilícita. Sin embargo, si apreciamos más extensamente el daño moral y educativo hecho a los niños y a la conciencia social general ante la presentación de esas escenas, no podemos sustraernos a la constatación de que fue una jornada negativa, y, en términos específicos, violatoria de los deberes al respeto a la cultura, educación y la formación de la personalidad de los televidentes. (2008, pp. 36 y 37).

Como se ve, en este ejemplo, si bien es cierto no hay norma que hubiera podido impedir la difusión de esas imágenes, se pudo haber divulgado las imágenes en un horario no permitido para menores de edad; por lo que, al haber transmitido esas imágenes indiscriminadamente, sin importar el público que recibía aquella información, los medios de comunicación abusaron de su derecho a informar.

He aquí la posibilidad de realizar una clara diferenciación entre el ejercicio irregular de un derecho reconocido y el abuso del derecho como sistema jurídico, el primero depende de la positivación, de la posibilidad de ejercer y reclamar un derecho objetivado; el segundo no depende de formalismos, sino de la protección del sistema jurídico *in toto*, sea visto formal o materialmente.

Ahora bien, si como en el ejemplo citado, nos encontramos ante un abuso de derecho, cabe preguntarnos cuáles son los efectos de tal abuso. Rubio correa menciona dos efectos:

En primer lugar, que el abuso del derecho no es amparado por la ley. Es evidente que aquí el legislador se refiere no a las leyes formales (aquellas aprobadas por el congreso), sino el sistema jurídico en general. Es decir, que la norma equivale a decir que en el Derecho, el abuso de los derechos no resulta amparado. Es, así una norma que trasciende el campo civil para regular a todo el sistema jurídico.

El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar el abuso, es decir, que la protección es extendida aún para evitar una situación potencial de abuso. (2008, p. 39).

Estos efectos, derivados del abuso de un derecho, se desoprende de la lectura del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y su interpretación sistemática con el último párrafo del artículo 103 del texto constitucional.

En conclusión, tanto una parte de la doctrina como la propia norma han delimitado los alcances del abuso de derecho, como una figura jurídica que involucra la protección de sistema jurídico imperante en el país; si embargo, todavía queda un sector de la doctrina como en el caso de Trazegnies Granda y demás autores señalados anteriormente, así como un importante sector de la jurisprudencia, también mencionados anteriormente, que utilizan de manera indistinta el abuso de derecho y el ejercicio irregular de un derecho al analizar los elementos de la responsabilidad civil derivada de la denuncia calumniosa, confusión que resulta perjudicial para la correcta aplicación de las mencionadas figuras y, sobretodo, para graduar la indemnización.

2.5. RELACIÓN DE AMBAS FIGURAS CON LA ANTIJURICIDAD E ILICITUD

En los textos doctrinarios y jurisprudenciales también se utiliza de manera recurrente e indistinta los términos antijurídico e ilícito para referirse a la actuación en la que se incurre cuando se interpone una denuncia calumniosa, siendo que la propia denuncia calumniosa no cuenta con supuestos unívocos y que hace referencia tanto a abuso del derecho como

ejercicio irregular de un derecho, es imprescindible identificar también si la conducta perpetrada resulta antijurídica, ilícita o ilegal.

2.4.1. La antijuricidad en relación con el abuso del derecho

Este término nace formalmente como parte de las categorías jurídicas del derecho alemán, no obstante ello, sus inicios más remotos podemos encontrarlos en Roma, específicamente, en la *Lex Aquilia de damno* (García-Ripoll, 2013, p. 84).

Al parecer, los inicios de la antijuricidad datan desde el derecho romano; pero, alcanzó obtener gran relevancia, cuando fue desarrollada por los juristas alemanes, y consecuentemente fue incorporado al Código Civil Alemán (García-Ripoll, 2013).

Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga mencionan: “Por influencia alemana, se distingue *Unrecht* y *Rechtswidrigkeit*. Éste último término es traducido al español, en general, mediante el neologismo ‘antijuricidad’ o ‘antijuridicidad’” (2011, p. 497).

Acogiendo esta distinción, los mismo autores, la definen como “(...) la valoración negativa de la acción en relación con todo el ordenamiento jurídico”, es decir que a diferencia de la legalidad o ilegalidad, el alcance de la antijuricidad no apunta a la regulación específica con rango legal, ni a ninguna otra regulación positivizada

en tanto individualidad normativa, sino que vira la mirada a la valoración negativa de la acción cuando esta lesiona o perjudica el sistema jurídico en su totalidad.

En consecuencia el término antijuricidad está íntimamente relacionado con el efecto del abuso del derecho, sin serle exclusivo, puesto que pueden existir mucho otros comportamientos que resulten antijurídicos que no se desprendan de un abuso del derecho, no ocurriendo lo mismo respecto del abuso del derecho cuyos efectos necesariamente son antijurídicos y no solamente ilegales.

Por su parte, Muñoz (como se citó en López Mesa) define a la antijuricidad como “un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico” (López Mesa, 2015).

Si bien es cierto, estas definiciones, se enmarcan más en el ámbito del derecho penal, también es cierto que la figura bajo comento, es transversal, es decir, se encuentra en todas las ramas del derecho. Vale decir, como en el caso del abuso del derecho, la antijuricidad es una figura que apunta a la protección del derecho concebido

como un sistema normativo, esté o no positivado, sea objetivo o subjetivo, sea material o formal, y por lo tanto, no puede restringir su contenido únicamente a una rama jurídica, sino que puede ser aplicado en cualquiera que cumpla con el referido fin protector.

Ya en el ámbito civil, existe antijuricidad de esta naturaleza, cuando la conducta de la persona transgriera normas de este terreno del ordenamiento jurídico. Existe una conducta antijurídica, “(...) **cuando contraviene una norma prohibitiva, y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad**, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico” (Taboada Córdova, 2000, p. 17).

Una situación a compartir es el hecho de que esta definición de antijuricidad es ensayada en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual por el citado autor, como uno de los elementos que deben ser analizados; ello es precisamente lo que en esta disertación nos lleva a asegurar que es necesario determinar cuáles de los supuestos de la denuncia calumniosa se encuentra inmerso el abuso del derecho y en cuáles el ejercicio irregular de los mismos, a fin de determinar la antijuricidad de dichas conductas y el nivel de afectación que se causa al ordenamiento jurídico con dichas conductas, lo que necesariamente deberá influir en la graduación de la sanción sumándose este análisis al mero análisis del daño para tal finalidad.

Bajo este concepto, la Taboada meniona:

Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que puedan causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuesto de hecho normativos y atípicas en cuanto, a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la realización de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. (2000, p. 17)

En efecto, si como dijimos, la antijuricidad importa la contravención de todo el ordenamiento jurídico, no solo se habla de antijuricidad cuando la conducta llevada a cabo por la persona contraviene normas típicas, sino también normas no tipificadas, debido que el ordenamiento jurídico involucra mucho más que las normas formalmente contenidas en códigos o documentos positivados, tales como las costumbres, los principios, los derechos fundamentales innominados, entre otros.

Sin embargo, esta definición amplia de antijuricidad, solo puede ser aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por tanto que la responsabilidad contractual deriva del incumplimiento total, parcial, defectuoso o tardío de una obligación, es decir, estas conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar se encuentran legalmente tipificadas; por el contrario, en la responsabilidad extracontractual, al no estar previstas predeterminadamente, se entiende que la obligación de indemnizar

se origina de cualquier conducta que sea antijurídica en un sentido amplio (Taboada, 2000, p. 36).

De lo mencionado, podemos deducir que la antijuricidad puede ser analizada tanto en el ámbito de la responsabilidad civil contractual como extracontractual, solo que en el primer caso se la entiende de manera restringida, como aquella en la que se contraviene una norma formalizada perteneciente al ordenamiento jurídico y derivada de una cláusula contractual, a diferencia de la segunda en la que se entiende a la antijuricidad en sentido amplio.

Tanto como la antijuricidad admite una dimensión restringida y una amplia, la propia figura de denuncia calumniosa también admite un sentido amplio en el que debe analizarse la antijuricidad de la actuación propiciada por el abuso de derecho, la misma que ha sido recogida normativamente en el artículo 402 del Código Penal, en el caso específico de la falsa imputación inventando un evento delictivo o fraguando medios probatorios; en el mismo tenor, se tiene que existen casos de denuncia calumniosa que tienen relación con el ejercicio irregular de un derecho que se identifican con la antijuricidad en sentido restringido puesto que involucran la afectación de una norma del ordenamiento jurídico, un derecho objetivo que ha sido afectado en el propio ejercicio del derecho subjetivo a denunciar, como ocurre con la falsa imputación cuando el delito existe.

2.4.2. Acerca del ilícito como figura relativa a la responsabilidad civil

La Real Academia de la Lengua Española, lo define como lo “No permitido legal o moralmente” (Real Academia de la Lengua Española, 2017). En ese mismo sentido, Osorio menciona que ilícito es “Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, equidad, razón o buenas costumbres. Ilegal. Inmoral. Contrario a pacto obligatorio” (2012, p. 491).

Notemos como las dos definiciones alcanzadas relacionan a la ilicitud directamente con la ley, que es un tipo de norma del ordenamiento jurídico de segunda categoría, orden o rango (Caso Gobierno Regional de San Martín, 2006, fund. 61), pero que luego amplían el contenido de la figura al aspecto moral o a principios tales como la justicia, la equidad, la razón o las buenas costumbres; tal y como se espera en un Estado Constitucional de Derecho en el que el ordenamiento jurídico está conformado en un sistema interconectado de normas de diversas categorías.

Por su parte Espinoza (2011), si bien no define lo ilícito, menciona que en el derecho peruano, respecto a la responsabilidad civil, “(...) la doctrina mayoritaria conviene en utilizar el término *antijuricidad*” Esto, en razón de que tanto la antijuricidad como lo ilícito importan conductas que transgreden no solo las normas legales, sino también

cuando se afectan valores o principios que son reconocidos en un ordenamiento jurídico.

Así también, Taboada (2000), tampoco menciona lo que es ilícito, sin embargo, de la lectura del libro citado, se aprecia que no hace distinción alguna entre estas figuras.

Como se ve, lo ilícito es tomado como sinónimo de la antijuricidad, toda vez que ambas figuras afectan a todo el ordenamiento jurídico.

No obstante, cabe hacer una mera distinción procedimental, en el caso de lo antijurídico, se apunta a la afectación directa de la totalidad del sistema normativo por efecto de una actuación contraproducente, en cambio, en cuanto a lo ilícito, se afecta primero una norma de segunda categoría y, dado que esta se encuentra imbuida en un marco constitucional y principista, se termina por afectar indirectamente al ordenamiento jurídico todo.

Por lo tanto, el comportamiento ilícito es también un comportamiento antijurídico pero visto desde su aspecto restringido, formalista, cuyo efecto apunta directamente a la afectación de un sector del ordenamiento jurídico y, a través de éste, al sistema jurídico en su totalidad.

2.6. ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE DENUNCIA CALUMNIOSA

Cuando hablamos de indemnización en términos jurídicos queda sobreentendido que nos referimos al resarcimiento de un daño por medios económicos y, por tanto, tratados a nivel de derecho civil; sin embargo, no queda claro si en el caso específico de la responsabilidad civil la intención es el referido resarcimiento o, por el contrario, la mera sanción a quién resulte responsable del daño (Osterling Parodi, 2014, p. 110).

Sin embargo, no debe perderse de vista que el derecho civil no contiene sanciones punitivas puesto que la materia jurídica destinada a ello es el derecho penal; motivo por el que es preferible inclinarse a considerar que la finalidad de una indemnización es el cálculo del resarcimiento del daño causado a la víctima; lo que no significa que no se considere responsable al causante del daño, como fundamento para que sea este el que asuma la carga que importa dicho resarcimiento.

Esto genera un problema en cuanto a responsabilidad civil extracontractual por denuncia calumniosa se trata, debido a que cuando esta se perpetra con abuso de derecho es imperativo analizar además del mero resarcimiento del daño causado a la víctima, el comportamiento abusivo del sujeto activo, el mismo que defrauda el ordenamiento jurídico *in toto* para perpetrar su actuación maliciosa.

Tal como ocurre cuando el actuante inventa la comisión de un delito o fragua medios probatorios con el único propósito de perjudicar a un tercero al que denuncia como autor del delito; en tales circunstancias se afecta, además de ese tercero al sistema jurídico en general puesto que se presenta un comportamiento antijurídico.

En dicho fundamento se origina el concepto de responsabilidad civil extracontractual, en el hecho de que no se puede permitir a ningún integrante de la sociedad causarle un daño patrimonial o extrapatrimonial a otro integrante de la sociedad, utilizando para ello los procedimientos y entidades concebidas para la protección del interés público y no de un interés particular.

La denuncia calumniosa, entonces, puede y debe ser analizada a nivel de responsabilidad civil extracontractual, debido a que esta última protege al ordenamiento todo de la actuación "...que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado..." (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2003, p. 240).

Así, queda sentado que la indemnización constituye un medio de reparación del daño causado a la víctima, ya sea de carácter moral o material, y solo de manera mediata la sanción al causante de dicho daño. (Orgaz, 1960, pp. 230-231). Dicha sanción radica en la protección de la

integridad del ordenamiento jurídico como un sistema interconectado de normas que de no ser respetado generaría anarquía.

Según lo dicho, por daño civilmente indemnizable entendemos a aquella circunstancia cuya finalidad es la de informar la ilicitud del actuar de una persona en agravio de otra, mediante el menoscabo de las potestades jurídicas que tiene para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial.

Los daños pueden ser patrimoniales o extramatrimoniales. Los primeros son el atentado al patrimonio económico de la víctima, mientras que los segundos están referidos a la lesión de bienes protegidos por el Ordenamiento Jurídico, pero que no tienen valor pecuniario. (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 223).

En el caso de la denuncia calumniosa, existe este doble daño, tanto patrimonial como extrapatrimonial, el primero debe ser analizado civilmente y, el segundo, únicamente puede ser estudiado civilmente a nivel de antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, de lo contrario, es de incumbencia del derecho penal.

Analizado a partir de una perspectiva ontológica, se trata de la lesión de un interés protegido por el Derecho, entendido no como una conglomerado de normas, sino como un sistema basado en principios, y la noción jurídica se configura en términos de daño injusto dentro del contexto de la terminología o el lenguaje de la doctrina italiana, así entendido, el daño es,

necesariamente, un elemento del ilícito, porque el elemento, en cuanto tal, comporta la lesión de un interés protegido, en suma el daño es un menoscabo efectivamente sufrido por la víctima.

En este tenor, nuestro Código Civil consigna al término “daño” como el protagonista de la responsabilidad civil en el artículo 1969, empero el resto de la regulación al respecto utiliza el término perjuicio, por lo que el consenso en la aplicación a la realidad de las referidas normas, está referido a la utilización del término daño, habida cuenta que es precisamente su contenido el que se ha utilizado. (Santos Briz, 2004, p. 25).

Dentro de nuestros doctrinarios, una síntesis del contenido del daño ha sido realizada por Lizardo Taboada, quien señaló “...el daño es el menoscabo a los intereses de los individuos en relación a su vida social, que el derecho ha considerado merecedores de tutela legal...” (2003, p. 30), de igual forma, dicho autor, clasifica a la Responsabilidad Civil como una de carácter patrimonial, dentro de la cual se ubica el lucro cesante y el daño emergente, y otra de carácter Extrapatrimonial, dentro de la cual se ubica la moral y la personal.

En los sistemas de tipicidad del ilícito como el *common law* y el derecho alemán, solo se produce un daño cuando se lesiona un interés típico protegido, está es la referencia más cercana para las definiciones antes citadas, y para tomar una postura de una definición se debe tomar en

cuenta que tipo de sistema tenemos, y en nuestro caso no es sistema puro, sino mixto.

En las anteriores citas se presenta el daño como la afectación o lesión de un interés protegido, con ello se evidencia el problema de definición del daño, y esto tiene que resolverse en una correcta relación entre el daño y el resarcimiento, y el daño cuales son los criterios de las consecuencias o el acontecimiento y las reglas o principios que protegen los intereses, dentro de esta problemática el jurista Juan Espinoza Espinoza precisa que estas acepciones “resultan equivocadas e imprecisas pues el daño incide más bien en las consecuencias aquellos efectos negativos que derivan del protegido” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 178).

En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuando al contenido y a la naturaleza” (*ibídem.*).

Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales y viceversa). Así tenemos que se habla de un daño- evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral), coincidimos con esta postura empero de otra perspectiva, partimos de entender que el ser, está en función dinámica y funcionalidad dentro del sistema, en caso del daño, se produce cuando se lesiona una situación jurídica subjetiva de ventaja, y esta lesión produce unos efectos negativos que derivan de la lesión.

Es precisamente el estudio del daño el que relaciona la indemnización por denuncia calumniosa con la responsabilidad civil extracontractual, puesto que, como se ha señalado en el acápite anterior es este elemento el que denota la responsabilidad en el sujeto que comete el ilícito, responsabilidad que es entendida como un resarcimiento de la afectación causada.

Consecuentemente, al entenderse que la naturaleza de la indemnización antes mencionada corresponde a la de una responsabilidad civil extracontractual, puesto que con la ejecución del daño se encuentra causando una lesión a una prescripción legal, el artículo 1982 del Código Civil que contiene los supuestos de denuncia calumniosa en ejercicio irregular del derecho, pero también los supuestos del artículo 402 del Código Penal que adhieren el abuso del derecho y que deberían ser tratados también en el ámbito civil; por tal motivo es pertinente estudiar los elementos de la responsabilidad civil, desde la perspectiva de las teorías explicadas anteriormente.

2.5.1. Daño

El daño se clasifica de la siguiente manera:

A. Daño Patrimonial

Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada y precisando que es clasificación es de origen alemán y que encuentra legislada en el artículo 1969 del Código Civil. Este a su vez se sub clasifica en:

a) Daño Emergente

“Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito” o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial” del daño, en este daño importa un empobrecimiento (Espinoza Espinoza, 2003, p. 178).

b) Lucro Cesante

Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (seas por el incumplimiento de un contrato por un acto ilícito. Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 179).

En una apreciación uniforme a la cita anterior, Puig Brutau (1998) compara el daño emergente con el lucro cesante “el daño emergente es una pérdida real y efectiva; el lucro cesante, en cambio, es de momento una pérdida invisible que “se apoya en la presunción de cómo se habría sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso” (p. 181).

Ambos elementos, daño emergente y lucro cesante, han de ser tenidos en cuenta si se quiere que el derecho de

daños cumpla su finalidad de reponer al perjudicado en la situación en la que se hallaría si el daño no se hubiese producido”.

B. Daño Extrapatrimonial

El actuar que lesiona los bienes y derechos de la personas “...se indemnizaran prescindiendo que un ataque a aquellos bienes y derechos tenga también repercusión en el patrimonio...”, “Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial” se encuentran inmersos: “El ansia, la angustia, los sufrimientos físicos y síquicos, etc.”; padecimientos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos” (Diez Picazo y Gullón Ballesteros, 2002, p. 546).

Dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (comprende como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de la persona y al daño moral, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.” y como debe entenderse el daño a la persona (Espinoza Espinoza, 2003, p. 227).

2.5.2. La antijuricidad del hecho

Este es el momento estelar en nuestra disertación debido a que la posibilidad de analizar una actuación dentro de la denuncia calumniosa desde la mirada del abuso de derecho, nos lleva a corroborar la importancia de la lesión del sistema jurídico y de la defraudación de la finalidad pública de la denuncia a título de antijuricidad.

La antijuricidad como categoría jurídica no ha sido estudiada únicamente en relación con la responsabilidad civil, sino de manera general, así como generales son sus efectos; no obstante ello, es considerada por la doctrina civil mayoritaria como un elemento indispensable de la responsabilidad civil (Véase Espinoza Espinoza, Taboada Córdova, Trazegnief Granda, López Herrera, entre otros).

Como elemento de la responsabilidad civil, la antijuricidad implica un aspecto fundamental conexo a la idea de conducta, pues esta es considerada antijurídica cuando "...contraviene una norma prohibitiva, y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico..." (Taboada Córdova, 2000, p. 17).

El acotado auto señala que:

...este concepto de la antijuricidad, en el sentido amplio, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del: incumplimiento total de una obligación cumplimiento parcial cumplimiento defectuoso, o cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente. (Taboada Córdova, 2000, p. 17)

Esta referencia que ya fue citada anteriormente en este documento, involucra la posibilidad de diferenciar entre responsabilidad civil contractual y extracontractual pero, para efectos del presente informe, para justificar el por qué la responsabilidad civil por denuncia calumniosa es extracontractual y ello es porque no involucra únicamente la posibilidad de argüir el ejercicio irregular de un derecho, sino además y principalmente, la posibilidad de analizar el abuso del derecho como sistema jurídico que es lesionado con la denuncia falsa, maliciosa.

A. La antijuricidad típica y atípica

La antijuricidad típica, se confunde muchas veces con la comisión de un delito, en la cual todas aquellas conductas prohibitivas están proscritas por una norma calificadas como delito, entonces hablamos de responsabilidad penal; empero existen hechos prohibidos que no están comprendidas como delito, reguladas por normas de derecho privado que

directamente prohíben determinadas conductas, como por ejemplo en el caso del artículo 1095 del Código Civil.

De esta manera queda claro cuáles son los supuestos de hechos jurídicos ilícitos tipificados legalmente, que han determinado un supuesto de responsabilidad civil. Pero también existen hechos jurídicos antijurídicos no prescritos por una norma, si no que estas nacen del incumplimiento de un deber genérico de no causar daño a los demás, estos son los atípicos por que no están prescritos por una norma.

Otra figura que merece especial atención, es establecer las diferencias que existen entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal; pues la responsabilidad penal tiene como objetivo el resarcimiento de un daño causado a la víctima o a sus familiares; mientras que la naturaleza u objetivo de la responsabilidad penal es la represión del delito, quedando claro de esta manera la diferencia que existe entre ambas figuras, ya que muchas veces se confunden estas dos figuras.

2.5.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL

Como ya dijimos anteriormente, la relación de causalidad es un elemento estructural de la responsabilidad civil, pues este

elemento es considerado como la relación que existe entre causa y efecto, entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil extra contractual y no nacerá la obligación de indemnizar.

En consecuencia, podemos decir que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extra contractual, sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del autor.

La diferencia reside en que en el campo de la responsabilidad civil extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, y en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa.

Como su nombre lo indica nexo de causalidad es la relación, el vínculo, que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil.

Para los cultores de la teoría subjetivista, de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad, el nexo de causalidad debe darse entre la culpa y el daño. Para los

partidarios de las teorías objetivas o de las de riesgo, el nexo de causalidad debe darse entre el hecho y el daño.

La necesaria relación de causalidad entre el hecho y el daño, es más complicado de lo que parece. Y todavía más difícil para los defensores de la teoría de la culpa pues ese fenómeno subjetivo debe relacionarse directa y específicamente con el daño. Muchas veces se confunden los conceptos de culpa y causa o se mezclan en forma tal que se hace difícil su separación.

Han sido los alemanes los abanderados de los estudios del nexo de causalidad, y más en el campo de la responsabilidad penal que en el campo de la responsabilidad civil. Por eso en muchos casos, las doctrinas y jurisprudencias civiles tienen que acudir o prestar al campo penal muchas de sus teorías o conceptos.

El daño puede tener como causa un solo hecho y en ese campo no se presentan muchas dificultades. Ellas empiezan cuando el daño puede ser originado por diferentes hechos. Es lo que se ha conocido como pluralidad de causas (Martinez Rave, 1996, pp. 195-196).

A. Teorías Causales

a. Teoría de la causa próxima

La teoría de la causa próxima presenta problemas porque tiende a echar una cortina de humo que hace invisible la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño (Franzoni, 2009, p.34).

Por ejemplo, si un automovilista atropella a un peatón porque la reparación que le hicieron de sus frenos era defectuosa, ese peatón debería tener acción tanto contra el automovilista como contra el taller que hizo la reparación negligentemente.

Sin embargo, dentro de la teoría de la causa próxima podría sostenerse que el peatón sólo tiene acción contra el automovilista (quien responde objetivamente por riesgo), mientras que el taller quedaría inaccesible por productos defectuosos y haría excesivamente estrecho y muchas veces injusto el campo de la causalidad.

b. Teoría de la causa preponderante o teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*

Esta teoría mal llamada también “teoría eficiente” (lo que desvirtúa el sentido clásico, de origen aristotélico, de esa expresión) se opone a la indiferencia de causas planteadas por el análisis de la *conditionum sine qua non* y trata de encontrar una causa de carácter preponderante (Trazegnies Granda, 2001, p. 312).

Los autores han intentado operacionalizar el concepto de preponderancia de diversas maneras. Unos han hablado de la “causa más activa”. Por ejemplo, dicen, si Juan le proporciona a Pedro los fósforos y éste último quien incendia la casa, no puede negarse que tanto el acto de Juan como el de Pedro son *conditiones sine qua non*; pero la causa del incendio no es el acto de Juan sino el de Pedro, porque el acto de éste último es la condición más efectiva.

Otros como Binding, citado por Trazegnies, hablan de “la causa próxima a la que antes hemos referido y pueden ser objetadas con argumentos similares a los que cuestionan el análisis de la proximidad” (Trazegnies Granda, 2001, p. 312).

Que propugna porque cualquier causa que intervenga en el resultado origina responsabilidad. Es decir que si el

demandado participó con una de las causas o concausas es suficiente para ser responsabilizado.

Se llama equivalencia de condiciones porque según sus teorizantes todas las condiciones, es decir, los fenómenos, circunstancias o hechos, que intervienen en el resultado, adquieren la categoría de causas, hace responsable a todo aquél que ha puesto una condición en el resultado. Extiende en forma notoria el concepto de causa y por lo tanto el campo de responsabilidad.

c. Teoría de la causa adecuada

Sustentada por los teóricos alemanes y sostiene que no todas las causas o condiciones que concurren a un resultado originan responsabilidad. Hay que separar, escoger, aquellas que realmente sean determinantes. Quienes hayan originado esas causas determinantes serán responsabilizados civilmente.

A esta tesis se le han acomodado algunas variantes como la de la “causa próxima” que sostiene que la causa determinante es la más próxima en el tiempo; la de “causa eficiente” según la cual debe escogerse una sola que haya sido suficiente para darse el resultado; la “de la causa determinante”, una variable de la anterior pero que

pretende encontrar la solución en la causa desencadenante del resultado, así no sea la más próxima (Martinez Rave, 1996, p. 196).

B. La causa en la responsabilidad extracontractual dentro del Código Civil Peruano

Nuestro Código enuncia la relación causal en los artículos 1961 y 1970, al referir: “aquel que (de una manera o de otra) causa un daño a otro”. Y luego califica el tipo de causa que tiene una función operativa en responsabilidad extracontractual en la última parte del artículo 1985 donde un poco de paso, dice que la causa debe ser “adecuada”.

Es de observar que la referida norma regula la naturaleza de la indemnización, lo que supone que ya ha quedado establecida la responsabilidad. En cambio, la mención a la causalidad adecuada trata sobre uno de los determinantes o mejor, sobre uno de los presupuestos de la responsabilidad misma; por tanto, esa disposición sobre la causa es lógicamente anterior a todo lo que se dispone en el resto del artículo sobre la indemnización.

En otras palabras, la calificación del tipo de nexo causal que da origen a una investigación de responsabilidad (para ver si se cumplen los factores de atribución, la culpa o el riesgo), es

extraña en un artículo que regula fundamentalmente el *quantum respondeatur* (Trazegnies Granda, 2001, pp. 317-318).

C. Supuestos de ruptura del nexo causal o fracturas del nexo causal

La doctrina y jurisprudencia han establecido que el nexo de causalidad se interrumpe, se rompe, cuando se dan tres fenómenos que se han cobijado bajo el término causa ajena, es decir causa no imputable al presunto responsable, lo curioso es que estos supuestos se aplican tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como de la responsabilidad penal, estos son:

a. Caso fortuito o fuerza mayor

Ocurre cuando el actuar del presunto responsable no es el que ha causado el daño por lo que no le es imputable su comisión, tampoco lo es a un tercero y menos a la víctima, puesto que se trata de un hecho producto de la naturaleza o de carácter fortuito el que se constituye en causa (Taboada Córdoba, 2000).

No reviste ninguna importancia jurídica, al menos no para efectos procesales, cuando el hecho fortuito o fuerza mayor es la única causa del daño ocasionado, por lo que no existe concurrencia con la responsabilidad de un

tercero y, por consiguiente, deberá ser propio afectado el que cargue con el reparo de los daños.

Los problemas se presentan cuando aparecen las presunciones de culpa o cuando se parte de las tesis objetivas de la responsabilidad donde el causante del daño está presumido en responsabilidad y solo puede exonerarse si demuestra fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima (Trazegnies Granda, 2001).

La fuerza mayor es un acontecimiento, no natural, proveniente de la voluntad de persona distinta a la que la víctima señala como autora del daño, como la orden de autoridad competente (auto de detención, orden embargo y secuestro). En cambio, el caso fortuito es un acontecimiento natural que ocasiona un daño, como un terremoto, la inundación, el rayo, etc. Otros, por el contrario, fundamentan su diferencia en que el caso fortuito es un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor es un acontecimiento irresistible.

La otra tendencia es la llamada teoría unicista de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. Afirma que de todas maneras son fenómenos que eximen de responsabilidad. Que es diferente mencionar uno u otro

termino pues el significado jurídico es el mismo “un fenómeno liberatorio de responsabilidad porque rompe el nexo causal” (Martinez Rave, 1996, p. 199).

Pero para que ese fenómeno sea liberatorio debe llenar los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad. Si solo llena uno de ellos no alcanza poder liberatorio. Por lo tanto, es indiferente que se le llame fuerza mayor o caso fortuito, lo importante es que sea un fenómeno o acontecimiento imprevisible e irresistible.

La irresistibilidad no debe referirse a la persona en especial. Debe referirse a un término genérico. Es decir, que debe ser irresistible para cualquier persona colocada en las mismas condiciones objetivas, que el presunto responsable. Para liberarse de la obligación de indemnizar el fenómeno debe ser irresistible para toda persona, no en concreto para que se pretenda responsabilizar.

La imprevisibilidad se refiere a que el fenómeno puede preverse, no puede normalmente suponerse que se va a presentar o que va ocurrir, porque no es frecuente, no se ha presentado anteriormente en forma regular. Esto se refiere a una persona colocada en iguales condiciones objetivas del presunto responsable. No es una previsión

referida exclusivamente al causante. Si un fenómeno se repite, sucede frecuentemente, es común, se puede tener como fenómeno previsible, como de fácil repetición.

Es decir que, su ocurrencia es probable. Si un fenómeno se presenta por vez primera, o no es probable. Si un fenómeno se presenta por vez primera, o no es probable que se presente por las características mismas, será un fenómeno imprevisible.

b. El hecho de un tercero

Para muchos tratadistas el hecho de un tercero solo tiene poder liberatorio cuando constituye fuerza mayor o caso fortuito, es decir es imprevisible e irresistible, tiene poder liberatorio.

Por el hecho del tercero es el único causante del daño, del resultado, se rompe el nexo causal. No existe responsabilidad civil extracontractual. Porque se imputó el hecho a una persona distinta. Se demandó a quien no era el causante. Fue el tercero quien lo causó.

Ese fenómeno exonerativo debe ser entonces como la fuerza mayor y el caso fortuito irresistible e imprevisible. Por eso se exige, necesariamente, que no exista ninguna relación de dependencia entre el causante y el llamado

tercero. Tampoco puede existir culpa, por parte del causante, en el hecho del tercero. Si la hubiere no tiene poder liberatorio (Martinez Rave, 1996, p. 74).

Se ha exigido para que el hecho del tercero libere de responsabilidad civil: que el hecho del tercero sea la única causa del daño, que el hecho del tercero se encuentre debidamente individualizado e identificado, que no tenga ningún vínculo de dependencia o relación con el causante, que no haya sido provocado por el causante del daño y que sea imprevisible e irresistible para el ofensor o causante.

Si concurre con el ofensor o causante en el nexo no libera pero éste tiene acción para reclamar la parte que le corresponde o lo puede llamar en garantía dentro del respectivo proceso, para que le reconozca la cantidad que le corresponde en proporción a su hecho o culpa.

c. El hecho de la propia víctima

Que los subjetivistas denominan culpa de la víctima, cuando es determinante, influye en el resultado, tiene implicaciones diferentes en el campo indemnizatorio. Es tal vez, la causa de exoneración que más se intenta en

estas épocas, pues siempre se alega como motivo de defensa por parte del demandado.

El hecho de la víctima tiene notorias repercusiones en el campo indemnizatorio. Su participación puede graduarse en el resultado, según su causalidad. Por eso en algunos casos puede ser la causa total y única del resultado, pero en otros sólo llega a ser un gravamen o concurrente.

Es necesario determinar inicialmente, si el hecho de la víctima tuvo o no importancia determinante en el resultado, si era esencial para que aquél se diera. Por lo tanto, el hecho de la presencia de la víctima en el lugar del daño, no es generalmente determinante y no tiene poder liberatorio.

Cuando el hecho de la víctima es único y determinante en el resultado el nexo de causalidad se rompe, es decir, que la imputación física del resultado se hizo mal, ya que no fue aquél el causante sino la propia víctima. En ese caso no surge responsabilidad civil y el indebidamente imputado o demandado se libera de la obligación de indemnizar, que nunca existió. Y esto es fácil de comprender en el campo de la responsabilidad objetiva, se hace más difícil en el campo de la responsabilidad subjetiva, porque ya hay que

analizar una serie de factores subjetivos, internos, que determinan la culpa y que no siempre son fáciles de valorar (Tamayo Jaramillo, 2011).

2.5.4. Factores de atribución

Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera si se quiere ser redundante-objetivamente o si se quiere optar por una definición residual-prescindiendo del criterio de la culpa).

También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como subtipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en la culpa); pero deben ser considerados de manera independiente, dadas sus particulares notas características.

Dentro de los factores de atribución, también existen dos sistemas de factores de atribución, el sistema objetivo y el subjetivo, el factor de atribución subjetivo se encuentra regulado en el Art. 1969 del CC, que a la letra dice: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Y el factor atributivo objetivo se encuentra regulado

en el Art. 1970 del mismo cuerpo legal, que dice: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

En este sentido queda claro que la noción de culpa en la responsabilidad civil es entendida como la negligencia o imprudencia del autor, y que a consecuencia de ello se produce un daño legalmente resarcible; mientras que el dolo es el ánimo de querer causar un daño a la víctima que también origina un daño que por lo mismo es resarcible, los mismos que sirven como factores de atribución.

En el caso específico de la responsabilidad civil extracontractual por denuncia calumniosa, para su configuración, se requiere necesariamente dolo, es el mismo artículo 1982 del Código Civil el que lo determina cuando establece como exigencia para la configuración de la responsabilidad el conocimiento del autor de que su actuar es contrario a derecho.

En el caso del sistema objetivo, está constituido sobre la noción de riesgo creado que constituye factor atributivo de la responsabilidad civil, esta es entendida como todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la

satisfacción de las diferentes necesidades existentes, suponen un riesgo ordinario o común para las personas; sin embargo existen cada vez con más frecuencia bienes y actividades que representan riesgos adicionales a los ordinarios, como por ejemplo, los artefactos eléctricos, las cocina a gas, etc., pues para todos estos bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues bastará con acreditar el daño causado, ello es supuesto de responsabilidad civil extracontractual (Taboada Córdova, 2000). Como se podrá apreciar la ausencia de culpa no sirve como mecanismo de ausencia de responsabilidad civil, adquiere por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal que examinaremos en su oportunidad.

A. Factor Atributivo Objetivo

a. La culpa

La culpa debe ser entendida como una ruptura o contravención a un *standard* de conducta. Para un sector de la doctrina italiana, la culpa "no debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento (y por consiguiente del examen del comportamiento psicológico del agente y de sus dotes personales de inteligencia y prudencia), sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel

requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos" (Salvi, 1985, p. 110).

En efecto, debemos abandonar la concepción psicológica y moralista de la culpa, heredera de la noción religiosa del pecado y abordar un concepto que no se limite a "la trasgresión de una norma o de un deber jurídico", sino que sea el fiel reflejo de la "conciencia social" (Sconamiglio, 1996, p. 641).

Desde otra perspectiva, se entiende por culpa, la "creación de un riesgo injustificado y para evaluar si es riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este: cuando más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado. (Trimarchi, 1984, p. 99).

b. El dolo

La noción de dolo coincide "con la voluntad del sujeto de causar el daño, que regula el art. 1318 c.c., a propósito del incumplimiento de la obligación (al referirse al gerundio "deliberadamente").

En resumidas cuentas, el fundamento de la responsabilidad objetiva se puede basar, entre otros, en los siguientes supuestos:

b.1. Situaciones de riesgo

Que se podrían traducir en la siguiente fórmula: si se genera una situación riesgosa, se responderá por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio (art. 1970 c.c.).

b.2. Situaciones de ventaja

Vale decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación. Típicos ejemplos serían el de responsabilidad civil por el hecho del dependiente (art. 1981 c.c.) o del tercero del cual se vale el deudor (art. 1325 c.c.), el ser propietario de un animal (art. 1979 c.c.) o propietario de un edificio (art. 1980 c.c.).

Por otro lado, se prospecta el concepto de "riesgo lícito", o sea, el riesgo consentido por el ordenamiento jurídico.

Tanto el acto ilícito como el riesgo lícito pueden ser fuente de responsabilidad civil; pero, se sostiene, que el primero "tiene una función sancionadora", mientras que el segundo "tiene la función de redistribuir el daño según un criterio de economicidad" (Martinez Rave, 1996, p. 193).

En mi opinión, si bien es importante la introducción del concepto del "riesgo lícito", perfectamente aplicable en el caso del riesgo permitido (no prohibido) para realizar actividades riesgosas, tener animales, por ejemplo; no se debe olvidar que, la reparación civil por los daños causados, también tiene una función redistribuidora de los costos. El riesgo lícito se basa en la premisa que, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico permite realizar (ciertas) actividades riesgosas, se deberá responder por los daños que se causen.

b.3. *Cheapest cost avoider*

El criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider* -"el agente (actividad o sujeto) capaz de evitar el coste de la forma más fácil o económica", es aquel por el cual, responde del daño quien pueda reducir los costos que se ocasionan "de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo

los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costes de transacción innecesarios" (Espinoza Espinoza, 2011).

En efecto, se trata de una suerte de *policy* o política de derecho, en la cual, los operadores jurídicos (jueces, principalmente) hacen asumir las consecuencias económicas de los daños a quienes les va a resultar más fácil (*easiest*) o barato (*cheapest*) enfrentarlas: no por el hecho exclusivo que sean económicamente más fuertes (*deep pocket*) o que, basados en el principio de responsabilidad de la empresa, puedan fraccionar los daños de los siniestros, sea recurriendo al seguro privado o porque "se hallan en condiciones de transferir (los daños) a los adquirentes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive)".

Este principio implica que "la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de los accidentes de la forma más económica es la búsqueda de aquella actividad que puede disponer, más rápidamente, de una sustitutiva que ofrezca un máximo de seguridad; la búsqueda, por tanto de aquella alteración o reducción de la actividad que disminuya el coste primario de modo más económico. Esta operación exige, necesariamente, confrontar no solo las actividades entre sí, sino también las diversas sub categorías de las mismas,

porque es muy probable que la solución óptima se halle en la alteración o en la eliminación de una sub categoría.

Estas maneras de percibir los modelos jurídicos no son, necesariamente, excluyentes entre sí. No en vano, una doctrina por demás autorizada en el análisis económico del derecho sostiene que tanto el sistema de culpa como el de responsabilidad objetiva generan reglas "óptimas". Es más, en contra de lo que se puede suponer, hay un sorprendente paralelismo entre el *cheapest cost avoider* y la percepción solidaria. En efecto, debemos distinguir la justicia retributiva (basada en el principio doy para que des) de Injusticia distributiva (en la cual se le da a -o se toma de- cada quien, según sus posibilidades y limitaciones): la justicia distributiva (a nivel filosófico) corresponde a lo que en términos de eficiencia del mercado se refleja en una distribución social del riesgo, que hace asumir los costos del mismo a quien está en mayor posibilidad de evitarlos.

Este principio, a mi manera de ver, ha sido entendido por los operadores jurídicos italianos y peruanos, en los casos que hemos visto, de tal manera que, el *cheapest (or easiest) cost avoider* está en la obligación de asumir las medidas de seguridad que eviten (o atenúen) los riesgos, por las actividades que realiza.

c. El abuso de derecho

Una autorizada doctrina argentina ha clasificado los criterios para caracterizar el ejercicio abusivo de los derechos de la siguiente forma:

c.1. Criterios subjetivos

El abuso de derecho se identifica con la intención de perjudicar (Josserand, en un primer momento; Markovitch y Charmont).

El abuso de derecho consiste en el ejercicio del derecho con culpa del titular (Colín, Capitant inicialmente, Demogue, Sourdat, Lalou, los Mazeaud y Salvat).

El abuso consiste en el ejercicio del derecho sin interés o utilidad (Bonnecase, Ripert, Lafaille y Aguiar).

c.2. Criterios objetivos

El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho (Sálenles, Díaz y Salas).

El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin de su institución (Porcherot y Josserand).

El abuso se define por un ejercicio ¿contrario a la moral y buenas costumbres (Savatier, R. Goldschmidt y Borda).

c.3. Criterio mixto

Que conjuga las distintas ideas para definir el abuso (Capitant).

Merece acogimiento la tesis contraria: el abuso de derecho es un factor de atribución objetivo, por cuanto, el requisito de la intencionalidad es irrelevante a efectos de su calificación como tal. El abuso de 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 de derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo y ahí sí cabría su estudio dentro de la teoría general del Derecho.

En cambio, en el momento patológico, el abuso de 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). En atención a ello, comparto plenamente la opinión que sostiene que la función de este principio no debe agotarse solamente en la

de ser una fuente de obligaciones (como inducían las tesis subjetivistas señaladas).

Entonces, como hay un sector del abuso de derecho que se asimila perfectamente a un tipo de factor de atribución de la responsabilidad civil, 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 aplicar, van a ser los mismos, el abuso de derecho no es más que un acto ilícito que se da por el conflicto existente entre un derecho subjetivo y un legítimo interés.

Es importante distinguir dos conceptos que suelen confundirse: igualdad y paridad de tratamiento. En efecto, "mientras la paridad de tratamiento se justifica siempre en base a la lógica de la justicia retributiva y de *lapar candido*, la igualdad constitucional tiende a realizar la paritaria dignidad social, removiendo los obstáculos que limitan la libertad de los ciudadanos para realizar la justicia social y distributiva. El principio de *Is par conditio creditorum* es una manifestación del principio de paridad de tratamiento, basado en el criterio simétrico del *do ut des*. En otras experiencias jurídicas, como la italiana, la doctrina es sumamente crítica con el uso indiferenciado y absoluto de este principio, llegando a sostener que su aplicación debe

ser residual, mientras que la jurisprudencia, admite una serie de excepciones.

2.7. PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EJECUCIÓN DE DENUNCIA CALUMNIOSA

Como ya ha sido referido en otros apartados del marco teórico, la denuncia es el producto del ejercicio de un derecho objetivo que genera la posibilidad a manera de derecho subjetivo de activar el aparato policial, de investigación y judicial con la finalidad de perseguir al responsable de la perpetración de un delito.

En ese sentido, la mencionada afectación causada cuando la denuncia es interpuesta de manera maliciosa, en ejercicio irregular del derecho o mediando abuso de derecho, hace indispensable la discusión acerca de las teorías a efectos de determinar el tipo de indemnización correspondiente, o si corresponde o no interponer la misma.

2.6.1. Tesis objetiva

La tesis objetiva se fija en el mero hecho de la presentación de la solicitud cautelar sin que se cuente con la legitimidad para llevar a cabo tal acción, es decir que se le presta atención a la actuación del solicitante que puede ser comprobada con la sola corroboración de que ha planteado o interpuesto la medida a

pesar de que no reúne los presupuestos o requisitos para llevar a cabo tal actuación (Maurino, 2001, p. 59).

Una opinión parecida presenta Martínez Botos que señala que “...la responsabilidad del peticionante tiene su origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, sea en virtud de desestimarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho alegado por el actor o bien por razones relativas a la improcedencia de la cautelar o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)...” (Martínez Botos, 1994, p. 142).

La discusión, entonces, en este tipo de teorías no se centra en la fundabilidad de la resolución, en la correspondencia del derecho invocado, sino en la sola interposición de la denuncia y el agravio que ésta causa, de ello se puede concluir que el ámbito de imputación de responsabilidad se amplía considerablemente incluso a los casos de medidas que quedan sin vigencia por cuestiones procedimentales como el desistimiento de la pretensión que de ninguna manera significa que el derecho invocado inicialmente por el demandante no le corresponda.

Por otro lado, la ilicitud en la interposición no puede ser declarada *a priori* desde el momento de la interposición, sino que hace falta la comprobación de que la materia de fondo no le corresponde al individuo para que sea considerada como tal.

Por ello no comulgamos con la afirmación de que “La responsabilidad de que se trata tiene su origen en la simple circunstancia de que la medida resulte en definitiva haber sido trabada en forma indebida, sea en razón de rechazarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho reclamado por el actor o por motivos atinentes a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)...” (Palacio, 1992, p. 89).

Puesto que la improcedencia de ninguna manera puede comprobar la existencia de la intención de causar el daño y, por tanto, no se configura el elemento subjetivo exigido para la indemnización, convirtiéndola en un mero resarcimiento sin cálculo de daño en términos de responsabilidad civil.

2.6.2. Tesis subjetiva

Las tesis subjetivas, en cambio se centran en la intención de quién interpuso la denuncia falsa “...requiere la invocación y

demostración de conducta ilícita de quien la pidió...” (Ramos Romeu, 2006, pp. 240-242).

Dicha teoría comulga con la posición presentada en el anterior acápite del marco teórico referido a que la indemnización por denuncia calumniosa tiene naturaleza de responsabilidad civil extracontractual, pues se fija en los elementos de la misma para emitir sus fundamentos exige siempre la concurrencia de dolo para imputar al sujeto de las consecuencias dañosas, como también la demostración de un preciso nexo causal entre ésta y el daño concreto.

La presente investigación, entonces, se adhiere a las teorías subjetivas considerando que la indemnización referida en el artículo 1982 del Código Civil tiene naturaleza de responsabilidad civil extracontractual generada en virtud de su interposición en abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo que, por la regulación civil, podemos concluir que amerita una indemnización o resarcimiento, cuando menos, pero que en la práctica se torna completamente ineficaz por efecto de la indeterminación de su contenido.

En ese sentido, la primera cuestión a responder es si con la interposición de una denuncia calumniosa se causa algún daño al denunciado y no solo al Estado, debido a que es precisamente una

acción o inacción del mismo la que se va a disponer mediante la medida cautelar, o si hace falta mirar únicamente al daño para determinar responsabilidad o el solo hecho de haber defraudado las permisiones del ordenamiento jurídico origina responsabilidad.

2.8. LA IMPORTANCIA DE LA ANTIJURICIDAD COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR INTERPOSICIÓN DE DENUNCIA CALUMNIOSA

Para definir a la antijuricidad, teniendo en cuenta la sencilla pero valiosa referencia de Taboada, es preciso mirar hacia el ordenamiento jurídico no como un conglomerado de normas, sino como un cúmulo sistematizado de normas, positivadas o no; dicha concepción nos habilita a definir a la antijuricidad como el producto de una actuación que contraviene una regulación jurídica, pero también como aquel comportamiento que lesiona cualquier norma jurídica, se encuentre esta positivada o no (Taboada Córdova, 2003).

En ese sentido, las conductas que pueden causar daños y dan lugar al análisis a título de responsabilidad civil son: Las conductas típicas que se encuentran reguladas en abstracto en supuestos de hecho normativo; es decir que la conducta contraviene una norma. Las conductas atípicas, que son aquellas que no están reguladas en normas legales, pero vulneran el ordenamiento jurídico, contravienen valores y principios.

Ambas posibilidades constituyen la llamada antijuricidad genérica que es aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que genera la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante: un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

En el caso de la denuncia calumniosa interpuesta con ejercicio irregular de un derecho se están vulnerando derechos y principios establecidos taxativamente en el ordenamiento civil, asimismo, en el caso de la denuncia calumniosa interpuesta con abuso del derecho, se lesiona el ordenamiento jurídico todo, visto como un sistema interconectado de normas.

2.7.1. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad

El conocimiento de la situación fáctica en un proceso judicial es de entero conocimiento de las partes, eso hace responsable al solicitante de una actuación jurisdiccional por las aseveraciones que se realizan en su requerimiento, más aun cuando se trata de una denuncia en la que el análisis del Ministerio público es *a priori* y se tiene en cuenta únicamente la apariencia del derecho, no se alcanza certeza alguna puesto que esta se alcanzará ya en instancia judicial, lo que hace peligros la interpretación de la Sala Suprema acerca de que en los casos en los que el Ministerio Público ha formalizado denuncia e destruye la antijuricidad de la conducta del denunciante,

posición por demás errónea debido a que las actuaciones preliminares de la fiscalía son tendientes a buscar elementos de convicción y no se sustenta en el recaudo de medio probatorio alguno, tampoco existe presunción de responsabilidad del denunciado por el solo hecho de la formalización de denuncia o por la acusación fiscal.

Por lo que, la sola comprobación posterior de que los hechos alegados eran falsos, da cuenta de que se ha procedido con mala fe en la realización de la solicitud y, por tanto, que la conducta ha sido antijurídica y es susceptible de una sanción por responsabilidad civil extracontractual.

De ninguna manera en la mirada a priori del Ministerio Público, como mal hace la Corte Suprema en interpretar, téngase en cuenta que el derecho debe ser interpretado de manera sistemática y, a efectos de entender las actuaciones del Ministerio Público el juzgador debe tener en cuenta la existencia de las facultades establecidas en los artículos 158, 159 y 160 del texto Constitucional, así como en el artículo 2, inciso 24, literal a), del mismo cuerpo normativo; así como en sus normas de desarrollo.

2.7.2. Cuando se utilice el procedimiento con propósitos dolosos o fraudulentos

Aunque el factor de atribución en el caso de las denuncias calumniosas requiere, según prescripción normativa de un análisis

objetivo, la posterior comprobación de que la denuncia ha sido presentada con el propósito de dañar a un tercero ajeno a la relación delictual o en invención de un hecho ilícito inexistente, también configura como actuación de mala fe y, por lo tanto, es pasible de sanción.

El abuso del derecho también es otro supuesto por el cual puede imputarse una actuación antijurídica de parte del denunciante, tan es así que, dicha figura ha sido regulada en el ordenamiento procesal civil como ejercicio abusivo del derecho susceptible de causar un perjuicio, lo que implica que la actuación de este tipo, causa un daño susceptible de ser resarcido, pero que, además, contraviene el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, una actuación desleal de parte del denunciante no solo contraviene las figuras mencionadas, sino que afecta además la finalidad abstracta del derecho civil que es alcanzar la paz social en justicia, tal y como lo contempla el artículo III del Título Preliminar de la norma adjetiva.

CAPÍTULO III: RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Al ser la investigación de tipo básica, carece de sentido separar la presentación de resultados de la discusión de los mismos, habida cuenta

que el análisis del marco teórico y dogmático que ha involucrado el capítulo II que antecedió es la única base con la que contamos para elaborar una discusión.

Con lo dicho, tanto la presentación de los resultados como la discusión de los mismos han sido sistematizadas según los siguientes puntos:

3.1.1. Presentación y análisis de los casos tipo

En cumplimiento del primer objetivo específico establecido desde el proyecto de investigación, a continuación se presentan tres casos tipo con los que se busca corroborar la existencia de denuncias en contra de magistrados, en estos casos contra el propio tesista, en los que el denunciante pretende entorpecer otro proceso penal en el que los magistrados denunciados se encuentran fungiendo como jueces.

La presentación será de manera descriptiva y mediando una interpretación cualitativa:

A. Caso Fiscal 1711010000-2015-256-0/Exp. Penal N° 00568-2013-10-0601-JR-PE-04

a. Antecedentes

Con fecha 04 de Marzo de 2015 se inició el Proceso Penal signado con el Expediente N° 00568-2013-10-0601-JR-PE-04 por el delito de

Homicidio Calificado, en cuyo curso, se presentaron múltiples situaciones incidentales, siendo una de éstas que resulta relevante para corroborar la existencia del problema de investigación, la presentación de una recusación que hiciera el imputado en contra de los magistrados del Juzgado Colegiado el 24 de agosto de 2015, misma que fue desestimada (Ver Anexos); en este sentido, el proceso continuó con el trámite correspondiente.

b. Denuncia calumniosa

No habiendo obtenido resultado en la vía judicial, ese mismo año, el imputado presentó una denuncia por prevaricato ante el Ministerio Público contra todos los miembros del Colegiado que se encontraba conociendo el Proceso Penal signado con el Expediente N° 00568-2013-10-0601-JR-PE-04 que se seguía en su contra, denuncia y fundamentos que han generado un procedimiento en sede Fiscal que ha durado por espacio de dos años, pues, recién con la Disposición Final N° 08-2017-MP-ODCI-CAJAMARCA, del 10 de marzo de 2017, se declaró infundada la denuncia presentada contra los magistrados integrantes del Colegiado; disposición que se declaró consentida mediante Disposición N° 120-2017-ODCI-CAJAMARCA, del 29 de mayo de 2017, que ordenó el archivo definitivo de los actuados dos años y dos meses después de presentada la denuncia.

c. Interpretación

En el presente caso, tal y como se ha considerado tanto en la resolución correspondiente a la recusación, como en la disposición correspondiente a la denuncia penal por prevaricato, no ha existido fundamento legal o jurídico alguno que respalde las pretensiones o denuncias presentadas en contra de los magistrados, motivo por el que han sido desestimadas, con lo que se tiene cuenta de que el accionante ha procedido con abuso del derecho subjetivo de petición que le asista; al respecto es totalmente cierto que el derecho de petición es un derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 2, inciso 20, y que se materializa con la posibilidad de ejercer demandas y denuncias; sin embargo, su actuación no es irrestricta, sino que debe respetar los canones establecidos para tales fines de acuerdo con la materia jurídica en la que se efectivice y que, en todos los casos, debe respetar la razonabilidad y proporcionalidad y debe estar fundamentado en circunstancias fáctico jurídicas veraces, de lo contrario, constituye abuso de derecho objetivo o ejercicio irregular del derecho subjetivo.

Dicho ejercicio irregular o abuso podría, como en el presente caso, propiciar daño al denunciado, ya sea de tipo patrimonial o no patrimonial, puesto que, como se ha visto líneas arriba, uno de los efectos de la denuncia es el someter al denunciado a diversos procedimientos con una duración determinada, la obligación de concurrir a los actos de investigación, la afectación de su reputación,

entre otras circunstancias personales, familiares y profesionales que ameritan resarcimiento.

Dichas afectaciones son tan diversas que, por ejemplo, en el caso en comento, uno de los magistrados se vio afectado en la solicitud de un préstamo personal, el cual se le denegó bajo el fundamento de que mantenía denuncias e investigaciones a nivel fiscal. Claro está que circunstancias como la reseñada son variantes y deberán ser objeto de debate en cada caso concreto; sin embargo, la afirmación se la hace con el fin de ilustrar el hecho de que una denuncia calumniosa de este tipo puede generar daños adyacentes.

B. Caso Fiscal 1711010000-2013-137-0

a. Denuncia calumniosa

En el presente caso la denuncia la presentó una persona que se encontraba como imputado en un proceso penal en la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, igual que en el caso anterior, en contra del magistrado que se encontraba a cargo del juzgamiento en el referido proceso penal; con motivo de esta denuncia se generó el procedimiento en sede Fiscal en el año 2013 que ha durado un año, pues, con la Disposición Final N° 04-2014-MP-ODCI-CAJAMARCA, del 30 de enero de 2014, se declaró infundada la denuncia presentada contra el magistrado denunciado por presunto prevaricato; denuncia que en la actualidad se encuentra archivada.

b. Interpretación

En el caso en comento también se hizo ejercicio irregular del derecho a denunciar, lo que concurre con el abuso del derecho subjetivo que le asistía al denunciante quien, con la intención de entorpecer el proceso en el que se encontraba como imputado presentó denuncia por prevaricato ante el Ministerio Público, denuncia que finalmente ha sido declarada infundada y ha sido archivada pero que, no obstante, ha causado perjuicio al magistrado denunciado.

C. Caso Fiscal 1711010000-2013-232-0**a. Denuncia calumniosa**

En el presente caso la denuncia la presentó una persona que se encontraba como imputado en un proceso penal en la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, igual que en el caso anterior, en contra de los magistrados del juzgado colegiado que se encontraban a cargo del juzgamiento en el referido proceso penal; con motivo de esta denuncia se generó el procedimiento en sede Fiscal en el año 2013 que mediante Disposición Final N° 37-2007-MP-ODCI-CAJAMARCA, del 02 de diciembre de 2013, se dispuso rechazar de plano la denuncia presentada contra los magistrados denunciados por presunto prevaricato; denuncia que en la actualidad se encuentra archivada.

b. Interpretación

En el caso en comento también se hizo ejercicio irregular del derecho a denunciar, lo que concurre con el abuso del derecho subjetivo que le asistía al denunciante quien, con la intención de entorpecer el proceso en el que se encontraba como imputado presentó denuncia por prevaricato ante el Ministerio Público, que ha sido archivada de plano pero que da cuenta de la intención repetitiva de los procesados en sede penal que buscan eludir la acción de la justicia o, en todo caso, entorpecer el proceso en el que se encuentran inmersos operando en contra de los magistrados que de él participan.

Para sustentar la inclusión de la mencionada situación fáctica que hace necesario el reconocimiento de una modificación normativa del ordenamiento jurídico referido a la denuncia calumniosa, fue preciso llevar a cabo, primero, un estudio dogmático de dos figuras ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico civil⁸, el abuso del derecho y el ejercicio irregular de un derecho, ambas utilizadas indiferentemente cuando de indemnización por denuncia calumniosa hablamos pero que, teniendo en cuenta la doctrina alemana y la suiza, son diferentes; de manera que, logrando hacer una discriminación dogmática entre ambas figuras, se han definido

⁸ “La dogmática jurídica, por el contrario, es la ciencia de un derecho positivo vigente. Investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva, en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un principio general. Puesto que todo ordenamiento jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner en relieve principios opuestos y delimitar su ámbito de vigencia.” (Coing, 1981, p. 245).

correctamente los límites del artículo 1982 como expresión de *lege lata*, lo que nos habilitó a proponer la inclusión del nuevo supuesto referido al análisis de la causalidad del denunciado como funcionario o servidor público interviniente en una investigación de interés para el denunciado como *lege ferenda*.

D. **Abstracción en los casos de los procedimientos**

No se ha logrado recabar información respecto de los casos tipo en cuanto a procedimientos administrativos, debido a que, en la actualidad no se cuenta con un registro específico respecto de dichas situaciones en las entidades de la administración pública, por lo menos no en las que se ha indagado, tales como la Municipalidad Provincial de Cajamarca, el Gobierno Regional del Cajamarca, el INDECOPI sucursal Cajamarca, SUNAFIL sucursal Cajamarca.

Lo que no necesariamente involucra que las situaciones no se presenten como sí se ha corroborado a nivel jurisdiccional, sino que no se ha llevado un registro debido de las mismas; no obstante, ha de señalarse el porqué de la elección de estas entidades para verificar la presencia de una denuncia calumniosa contra funcionarios.

El cuanto a la Municipalidad Provincial de Cajamarca y al Gobierno Regional de Cajamarca, debido a que dentro de estos organismos se llevan a cabo dos tipos de procedimientos que involucran

situaciones complejas y, en ocasiones, conflictivas, el primero de ellos el procedimiento de selección para las contrataciones del Estado, y el segundo, el procedimiento sancionador tanto a trabajadores como a ciudadanos, según la falta cometida; es totalmente factible que se presenten denuncias calumniosas con la intención de deslegitimar al funcionario que se encuentra a cargo de los mencionados procedimientos y, por tanto, obtener un beneficio personal respecto de su apartamiento del conocimiento de los mismos.

El mismo panorama se presenta en torno a las actuaciones del INDECOPI, SUNAFIL, entre otras entidades públicas que llevan a cabo la función reguladora y fiscalizadora para asegurar el respeto de los ciudadanos ya sea en la faceta de trabajadores, usuarios, consumidores, etc.

Las lesiones de los derechos de dichos ciudadanos tienen atención en dichos organismos fiscalizadores y reguladores, y, de dicha función, generalmente se desprenden procedimientos de sanción administrativa con correspondiente sanción de multa, inhabilitación, etc.; dichos procedimientos también constituyen situaciones complejas en las que se hace totalmente patente la posibilidad de interposición de denuncia calumniosa con la única intención de obtener beneficio propio; ya sea entorpecer el procedimiento,

dilatarlo, intimidar al funcionario, entre muchas otras posibilidades que se presentan y se han verificado en instancia jurisdiccional.

Tómese en cuenta que, la complejidad que revisten estos procedimientos, bien puede presentar situaciones igual de complejas para los funcionarios que, de no tener medio de protección contra los abusos de derecho perpetrados por las partes, verán afectado su derecho a la tutela efectiva.

Esta base de problemática social, específicamente, es la que debe ser tomada en cuenta como base para la regulación de una causal específica, en aplicación del positivismo incluyente que reconoce la obligación de tomar en cuenta las ocurrencias sociales para la construcción de las disposiciones normativas, cuando esto sea necesario.

3.1.2. La influencia de la diferenciación entre abuso de derecho y ejercicio irregular del derecho en la comprensión de la denuncia calumniosa

Este ha sido el primer tema abordado en el marco teórico, la diferenciación entre ejercicio irregular de un derecho y el abuso del derecho; esta diferenciación es necesaria debido a que, como ya fue señalado en el propio marco teórico, existe una utilización indistinta entre estas figuras al momento de resolver los casos por denuncia calumniosa y también en un sector de la doctrina.

Este tratamiento indistinto lleva a confundir la naturaleza e implicancias de los distintos supuestos regulados en sendas normas relativas a la denuncia calumniosa, la imposibilidad por plantear la demanda de responsabilidad civil por denuncia calumniosa o la denuncia penal por el mismo hecho dada la interpretación errónea que existe, la diferenciación entre las regulaciones penales y civiles y hasta la confusión de los supuestos de la responsabilidad civil por denuncia calumniosa con los delitos contra el honor del Código Penal.

Todas estas implicancias han sido ya detalladas en el marco teórico; sin embargo, en el presente acápite de la discusión se pretende hacer referencia de cada una de ellas para sistematizar el pensamiento argumentativo que sustenta el presente informe.

En cuanto a la naturaleza de los supuestos que regulan la denuncia calumniosa en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso tener en cuenta que esta regulación se da tanto en el ámbito penal como en el civil y que, salvo algunos supuestos, la estructura misma de la relación jurídica existente es la misma.

Es decir, el hecho que origina o se subsume en las prescripciones normativas coincide en sus elementos, existe un sujeto que es el denunciante, un sujeto que es el denunciado, una defraudación al

ordenamiento jurídico que redundará en la falsedad de la denuncia o de la imputación.

Esta estructura que presenta una situación factual importa al derecho por configurar una situación jurídica que tiene implicancias jurídicas, implicancias que pueden ser penales o civiles y que, según dichas implicancias cambian su denominación y consideración o protección por las normas.

En el caso del derecho penal, importa más la defraudación ordenamiento jurídico, motivo por el cual el sujeto activo es el denunciante y el sujeto pasivo es el Estado y la responsabilidad a encontrar es una de tipo penal que supone una pena privativa de la libertad o alguna pena alternativa.

En el caso del derecho civil, importa más la afectación o el daño causado al individuo que fue denunciado falsamente, motivo por el cual el sujeto activo es el denunciante y el sujeto pasivo es el denunciado y la responsabilidad a determinar es de tipo civil que supone un resarcimiento pecuniario.

En virtud de esto se puede decir que a nivel penal se busca proteger un fin público y a nivel civil un bien privado, pero ello no significa que ambos efectos no se desprendan de una misma situación fáctica; motivo por el cual nada obsta para que los supuestos regulados en

cuanto a la responsabilidad por denuncia calumniosa sean los mismos, ya sea que de estos se desprendan consecuencias penales o civiles.

Al respecto, tal parece que ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni mucho menos el legislador haya considerado este asunto; ya hemos visto que doctrinarios como Espinoza Espinoza señalan que la denuncia calumniosa penal y la civil no deben confundirse, o que magistrados de la suprema tratan de manera diferenciada la una de la otra y, finalmente, hemos notado que las regulaciones del artículo 402 del Código Penal y el Código Civil regulan supuestos distintos.

Nada más errado que dicha consideración de distinción entre una responsabilidad penal y una civil, puesto que resulta evidente que los bienes jurídicos protegidos a nivel penal y a nivel civil no son los mismos, sin embargo esta distinción de contenido de las materias no tiene por qué influir en los supuestos de hecho, debido a que el hecho generador de denuncia calumniosa es el mismo; como ya los hemos señalado en párrafos anteriores, el hecho puede ser el mismo, los efectos que se desprenden de dicho hecho y las relaciones a identificarse sí son distintos.

En este tenor, la regulación diferenciada de los supuestos penales y civiles es el primer problema identificado y que, según nuestra postura debe ser cambiada.

Comenzaremos por el artículo 402 del Código Penal que sostiene como supuestos de denuncia calumniosa los siguientes:

1. La denuncia ante la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido.
2. La denuncia ante la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada.
3. La denuncia ante la autoridad un hecho punible, simulando o adulterando pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal.
4. La denuncia ante la autoridad un hecho punible, auto atribuido falsamente cuando en realidad no lo ha cometido o sabe que ha sido cometido por otro.

Con excepción del último supuesto en el que no calza la figura de calumnia o denuncia calumniosa, sino de falsa denuncia, que es como debe ser denominada, los tres supuestos primeros involucran situaciones jurídicas pasibles de afectar, además del Estado, a terceras personas falsamente denunciadas.

Cada supuesto es más perjudicial que el anterior tanto para el estado porque involucra mayor afectación como para el falsamente denunciado.

En cuanto a la denuncia ante la autoridad de un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido, existe propiamente una denuncia falsa o denuncia calumniosa puesto que desde su origen es defectuosa ya que se activa el aparato estatal innecesariamente por un supuesto delito que nunca se ha perpetrado, esto es lo que genera la falsa denuncia y es el único supuesto que se encaja totalmente en la figura. En este particular ocurre que ni siquiera existe el derecho subjetivo de denunciar puesto que el delito no se ha cometido y se actúa dolosamente con la intención de perjudicar a un tercero utilizando el aparato estatal. En conclusión, en este supuesto no existe un ejercicio irregular de un derecho puesto que el derecho subjetivo no existe, lo que se presenta es un abuso del derecho entendido como sistema jurídico con la intención de perjudicar a una tercera persona, por tanto, de esta actuación bien puede generarse una responsabilidad civil para resarcir el daño causado a dicha tercera persona por encontrarse sometida a una investigación y posterior proceso judicial injustamente, pero también puede derivarse una responsabilidad penal por la defraudación al Estado.

En lo tocante a la denuncia ante la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada; este supuesto en realidad no involucra una falsa denuncia o denuncia calumniosa puramente, puesto que la denuncia se encuentra fundada en la ocurrencia de un evento

delictivo, lo que existe propiamente en este supuesto es la denuncia de un evento delictivo con una falsa imputación, sea con la intención que fuere, solo de dañar al denunciado, encubrir al verdadero responsable, o cualquier otra finalidad; en el presente caso sí se ejerce legítimamente el derecho subjetivo de denunciar, pero se actúa irregularmente al imputar tal hecho a una persona distinta de su perpetrador, por tal motivo existe un abuso del derecho en la variedad del ejercicio irregular de un derecho, una variante que sí depende directamente de la relación entre el derecho subjetivo y el objetivo, la existencia de un ordenamiento jurídico positivizado e ilicitud en el actuar. De esta actuación también puede desprenderse tanto una responsabilidad civil para resarcir el daño causado al denunciado como una responsabilidad penal por la afectación de un bien público.

Finalmente, en cuanto a la denuncia ante la autoridad un hecho punible, simulando o adulterando pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal, regresamos al primer supuesto en el que no existía hecho delictivo y, para agravar la situación, el sujeto activo termina por simular o adulterar pruebas de su existencia para sustentar un proceso penal; supuesto que trae consigo una carga superior de antijuricidad y que no puede ser ubicado en el ejercicio irregular de un derecho porque no existe el derecho subjetivo de simular pruebas o adulterarlas; lo que se presenta en este caso es un abuso del derecho que se agrava por

la intención no solo de denunciar en falso sino de cometer fraude para conseguir tal finalidad.

Este tercer supuesto también involucra responsabilidad civil para resarcir los daños causados al denunciado, con un análisis especial de antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, así como responsabilidad penal que supone la defraudación al Estado mediante el uso de pruebas construidas, simuladas o adulteradas.

Ahora, ocurre que si estos supuestos son fácilmente aplicables para la determinación de la responsabilidad civil o penal también tendrían que estar regulados en el artículo 1982 del Código Civil y no es así; dicho artículo contempla:

1. Denunciar ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible, a sabiendas de la falsedad de la imputación.
2. Denunciar ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible, a sabiendas de la ausencia de motivo razonable.

En el primer supuesto de la regulación civil podría ubicarse el segundo supuesto penal anteriormente señalado: “La denuncia ante la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada”, el cual encaja

perfectamente, puesto que supone la existencia de un hecho delictivo pero la falsedad en la imputación, situación que como ya se dijo genera tanto responsabilidad civil como penal.

En el segundo supuesto contemplado en la norma civil, de la ausencia de motivo razonable, puede ubicarse el primer supuesto penal: “La denuncia ante la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido”, puesto que la no comisión del hecho punible destruye cualquier motivo razonable para la imputación, pero también el segundo de los supuestos penales ya que la falsa imputación también podría involucrar ausencia de motivo razonable.

Sin embargo, en ninguno de los supuestos civiles encaja el tercer supuesto penal referido a “La denuncia ante la autoridad un hecho punible, simulando o adulterando pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal”; supuesto que debe ser analizado no a partir del ejercicio irregular de un derecho sino a partir del abuso de derecho que se agrava por la antijuricidad del proceder del denunciante y que definitivamente debería ser motivo de análisis de responsabilidad civil de manera diferenciada a los dos supuestos anteriormente señalados.

Claro está que el artículo 1982 del Código Civil establece como supuesto configurativo el genérico del que “...a sabiendas de la

falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible...”, dentro de lo cual podría estar incluida la denuncia contra un magistrado o funcionario público, no obstante, dicho genérico no contempla la situación agravante de proceder con la intención de entorpecer un procedimiento en el que el sujeto pasivo de la denuncia se encuentra interviniendo; asimismo, la actuación del abuso del derecho que se configura con la simulación o adulteración de las pruebas o indicios tampoco se contempla a nivel civil.

Finalmente, hecho este análisis y determinada la posibilidad de que los supuestos que, eventualmente, podrían generar una denuncia calumniosa no son unívocos y estáticos, se concluye que éstos deberían ser clasificados en dos grandes grupos según se configuren a través del ejercicio irregular de un derecho o a través del abuso del derecho como sistema jurídico; asimismo, de esto se desprende que dichos supuestos no deben estar contenidos en cláusulas cerradas o *numerus clausus*, sino que deberían estipularse como un *numerus apertus*, siempre y cuando se cumplan los requisitos de que la denuncia sea planteada en ejercicio irregular de un derecho y consiguiente ilicitud o mediando abuso del derecho como sistema y consiguiente antijuricidad.

3.1.3. La teoría de la responsabilidad desprendida de la denuncia calumniosa

De lo señalado en el acápite anterior se desprende una nueva teoría respecto de la responsabilidad desprendida de la presentación de una denuncia calumniosa.

Esta nueva teoría, mira a los supuestos de hecho que originan o son pasibles de originar responsabilidad por denuncia calumniosa son únicos e independientes o autónomos de la materia con la que se los analice.

Es decir, que la sola configuración fáctica de una denuncia falsa o de una imputación falsa es de importancia jurídica y esta importancia es comprendida de manera independiente a los efectos civiles o penales que se desprendan.

Por tanto, determinar estos efectos constituye un segundo momento en el análisis jurídico de la denuncia calumniosa y este segundo momento lleva a argumentar la existencia o no de responsabilidad y esta responsabilidad puede ser estudiada o concluida tanto civil, penal, incluso, administrativamente.

En los casos que nos ocupan, el hecho de la presentación de una denuncia calumniosa o, mejor dicho, de una falsa denuncia o falsa imputación, involucra ya sea un ejercicio irregular de un derecho o

ya sea un abuso del derecho como sistema que amerita la determinación de responsabilidad, dicha responsabilidad será civil en tanto la relación que importe es la de denunciante y denunciado y se busque el resarcimiento del daño causado o la sanción por la mala actuación o la actuación indebida; será penal cuando la relación que importe es la de denunciante y Estado, el mismo que resulta afectado por la defraudación del sistema jurídico y la actuación maliciosa del agente y que busca la determinación de una sanción penal.

No obstante, dicho ejercicio irregular se queda únicamente en el ámbito del cumplimiento del derecho subjetivo que le asiste a cada ciudadano que, en el caso del abuso del Derecho, sobrepasa tales límites.

Es decir que, cuando se presenta una denuncia calumniosa por mala utilización de los presupuestos establecidos en la norma, se presenta un ejercicio irregular del derecho subjetivo que le asiste a quien interpone la denuncia; en cambio, cuando dicha denuncia guarda otros propósitos adicionales, tales como la intención de obstaculizar un procedimiento o proceso en el que participa el funcionario o magistrado denunciado, el ejercicio no es únicamente irregular, sino que es abusivo, y lesiona no únicamente a la víctima de la denuncia calumniosa, sino al ordenamiento jurídico en su totalidad.

Es el ejercicio abusivo del derecho de denunciar y la intención de perjudicar al magistrado que se encuentra participando de otro procedimiento, el fundamento fáctico, social, que justifica la regulación de un nuevo supuesto normativo, a fin de no dejar sin protección normativa objetiva o positiva esta situación que se presenta en la realidad jurídica.

Se habla de necesidad, debido a que no basta con la sola interpretación judicial en cada caso concreto, pues, de ser así, estas circunstancias estarían sujetas a la discrecionalidad del juez o a su arbitrio de considerar o no estas circunstancias como agravantes particulares que afectan no solamente patrimonialmente al juez o funcionario, sino que, además, lo hacen moral o personalmente, pues influye en su actuación funcional y, en su carrera o profesión misma.

Para sustentar esta postura es menester basarnos en los postulados del positivismo incluyente que se mencionó en el marco teórico, principalmente en aquella afirmación de que el derecho debe fijarse en las ocurrencias de la sociedad para definir sus disposiciones normativas o prescripciones deónticas, que deben ser completas por razón de seguridad jurídica y el otorgamiento de certeza al justiciable del resultado de su conflicto.

En el caso del abuso del derecho ante la interposición de una denuncia calumniosa con intenciones que, incluso, no han sido consideradas formalmente en la norma, deja la incertidumbre de saber si el juez admitirá o no la pretensión del cálculo de daños patrimoniales surgidos a causa de dicho abuso de derecho y, más aún de daños personales causados funcional y profesionalmente al funcionario público o al magistrado; incertidumbre que afecta severamente a la seguridad jurídica de la que debe imbuirse cualquier proceso judicial en virtud de la protección de la tutela efectiva.

3.1.4. El consecuente incremento de supuestos tanto en el tipo penal como en la regulación civil

En tercer lugar, tal y como ya se señaló en los dos acápites anteriores, la mirada a la denuncia calumniosa en virtud de dos grandes supuestos de hecho tales como aquellos en los que se ejerce irregularmente un derecho subjetivo y otros en los que se observa el abuso del derecho, genera una teoría unitaria de la responsabilidad por denuncia calumniosa independiente de la materia en la que pueda ser analizada.

Estas dos argumentaciones nos llevan a una tercera que es la necesidad de comprender a la regulación de responsabilidad por denuncia calumniosa como un *numerus apertus* que permita la incursión de más supuestos de hecho que puedan encajar en la

figura, uno de dichos supuestos debería ser, el señalado en la hipótesis de la presente tesis: “la intención de entorpecer un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes”, puesto que, en este supuesto se presenta un abuso del derecho, interponiendo denuncia penal falsa o imputación falsa contra funcionarios públicos o magistrados que se encuentran conociendo de algún proceso o procedimiento que afecta directamente al denunciante, consiguiendo con ello no solamente la defraudación del ordenamiento jurídico por la invención de un delito determinado y la simulación de elementos probatorios, sino además se afecta la calidad profesional y funcional de los denunciados.

Como sabemos, es imposible que el derecho tenga tanta exactitud como para regular todos los aspectos que puedan potencialmente presentarse en la vida diaria o en el quehacer jurídico diario, no obstante, también resulta lesivo de la tutela efectiva dejar al arbitrio del juez el reconocimiento de las circunstancias que involucran y no una afectación o un abuso del derecho; más cuando tanto en el caso penal como en el civil, se trata de la búsqueda de responsabilidades que, se encuentran protegidas por el principio de legalidad.

Es decir, para efectos de considerar una conducta lesiva y formular la sanción correspondiente, el juez puede guiarse única y exclusivamente de los supuestos legalmente establecidos, puesto que la legalidad como principio se instituye en un derecho reconocido constitucionalmente que impide la ampliación de supuestos; motivo por el cual, sería imposible que el juez amplíe los supuestos o los agrave sustentando mayor responsabilidad.

Es en esto que se funda la posición *iuspositivista* incluyente que se postula en la presente tesis pues el abuso del derecho es un concepto abierto que no se encuentra especificado en la regulación de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria y que, de no ser contemplado, será imposible de sancionar; en el caso concreto, el abuso del derecho radica en el hecho de sobrepasar las facultades que prescribe la ley para ejercer el derecho de denunciar, verificándose un aspecto subjetivo sumamente relevante, que, de no estar regulado, no podrá ser verificado como factor de atribución al momento de analizar la responsabilidad civil en la que se incurre.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente:

Los fundamentos para regular como supuesto para la pretensión de indemnización por denuncia calumniosa, la intención de entorpecer un

procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes, son los siguientes:

H1. La consideración del interés público como principio referente de la actuación del funcionario público.

Esto a efectos de corroborar la antijuricidad de la actuación del denunciante, como elemento de la responsabilidad civil, que debería constituirse como una agravante de la conducta y como presupuesto para la graduación de la sanción en los casos en los que dicha conducta afecta el interés público con el abuso del derecho.

La hipótesis glosada no ha sido comprobada totalmente, debido a que el resultado del trabajo desarrollado tiene como resultado que tanto el tipo penal como la regulación civil que contiene a la responsabilidad por denuncia calumniosa deben compartir los mismos supuestos puesto que en ambas responsabilidades, penal o civil, se toman en cuenta la conducta del sujeto activo y el daño causado; motivo por el cual, estos supuestos deben ser generales y estar referidos tanto a todas aquellas situaciones que importen el ejercicio irregular de un derecho o un abuso del derecho y, en cuanto a este último, al tratarse de un ejercicio que sobrepasa los límites de la legalidad, debe ser necesariamente incluido como presupuesto de configuración en la regulación de la indemnización por denuncia calumniosa.

H2. La comprobación de la existencia de vinculación del denunciante con el procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional en el que intervienen los funcionarios públicos denunciados.

Como presupuesto para analizar la intención o el dolo de la actuación del denunciante, puesto que, la comprobación de que tenía un interés particular para denunciar falsamente da cuenta de que su intención es recibir o generar un beneficio particular del perjuicio del denunciado.

Esta vinculación se ha corroborado en los tres casos tipo presentados, lo que lleva a la conclusión de que se busca un beneficio particular.

Este hecho puede ser analizado tanto desde el campo penal si lo que observamos es la relación denunciante y Estado, siendo que se defrauda a este último con la actuación maliciosa del primero; también puede ser analizado civilmente cuando se observa la relación denunciante y denunciado que ha sido afectado por la denuncia presentada en abuso del derecho.

En ambos casos, la conducta generadora, involucra un ejercicio abusivo del derecho, sobrepasar los límites establecidos en la norma; pero dado el carácter sancionador de las responsabilidades civil y penal, debe guiarse por el principio de legalidad, motivo por el cual, la nueva conducta identificada en la realidad, requiere de un regulación formal que la establezca como presupuesto, en adhesión a los postulados del positivismo incluyente.

H3. La comprobación de la obstaculización del procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional vinculado al denunciante con la afectación profesional o funcional del funcionario público denunciado.

A ser analizado a título de daño, debido a que la primera circunstancia afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico tutelado penalmente y el segundo caso tutela un interés particular afectado como resultado de la denuncia, la carrera profesional o la actuación funcional del funcionario o magistrado injustamente denunciado.

Es posible aseverar que la hipótesis se ha comprobado parcialmente debido a que “la intención de entorpecer un procedimiento administrativo o un proceso judicial afectando profesional y funcionalmente a los funcionarios públicos intervinientes”, puede ser considerado como un supuesto en el que el denunciante actúa con abuso del derecho.

En este punto, es menester también verificar la participación y responsabilidad del denunciante, en relación al conocimiento que el mismo tiene del Derecho y, en ese contexto, la responsabilidad que tiene el abogado que suscribe el escrito de denuncia o que lo respalda al no orientar debidamente a su patrocinado.

Claro está que, no en todos los casos los denunciantes se asisten de abogados para presentar sus denuncias, pero en los casos en los que sí se presenta la figura, dado que se trata de un hombre de derecho, con

el conocimiento técnico suficiente para advertir la magnitud de la actuación abusiva de derecho, es posible sustentar que ostenta también una responsabilidad capital en el asunto y que, es perfectamente pasible de sanción al secundar este tipo de actuaciones.

Efectivamente, si este hecho ocurriese en la realidad, podría tenerse en cuenta que la denuncia con la intención de entorpecer proceso o procedimiento iniciado en el que participa el funcionario o magistrado denunciado y que, por efecto de dicha denuncia, se ha afectado funcional o profesionalmente al referido denunciado, configura una denuncia calumniosa en la que se ha operado con abuso del derecho debido a que a pesar de no existir el derecho subjetivo para denunciar, éste ha sido creado o simulado por parte del denunciante con una intención particular.

Y, por tanto, la afectación que sufra el funcionario público o el magistrado por tal denuncia, debe ser resarcida, pero no únicamente por el particular denunciante, sino por el abogado defensor que ha respaldado dicha denuncia carente de fundamento y con intenciones ilegítimas.

3.3. PROPUESTA NORMATIVA

3.3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Entiéndase como exposición de motivos a lo desarrollado en la discusión del presente informe de tesis.

3.3.2. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Ministerio Público en lo que respecta a la ejecución de la notificación que se hace referencia en la fórmula legal, sin demandar recursos adicionales del tesoro público.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía toda vez que los magistrados quienes fuesen denunciados calumniosamente tendrían la ocasión de acceder a un campo seguro en la discusión acerca de la naturaleza de la indemnización a solicitar así como la seguridad de que no sufrirán ataques de este tipo por llevar a cabo sus actuaciones.

Asimismo también se tiene que mencionar como beneficiario al proceso judicial en general toda vez que la presente propuesta legislativa permitirá que cumplan de la mejor manera posible su objetivo fundamental que es la correcta administración de justicia.

3.3.3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar el mecanismo para asegurar la sanción ante el ejercicio abusivo e irregular de un derecho así como

la protección de los afectados con tales actuaciones, en cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna.

3.3.4. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa guarda relación con la Vigésima octava Política de Estado referente a la Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refiere que el Estado: (..) g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

3.3.5. FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1982 DEL DECRETO
LEGISLATIVO N° 295, CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1. Objeto de la Ley

Modificar el único párrafo del artículo 1982 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295, con la finalidad de otorgar al afectado con una denuncia calumniosa la posibilidad de contar con un mecanismo de resarcimiento del daño causado con la misma.

Artículo 2. Modificación del único párrafo del artículo 1982 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295

Modifíquese el párrafo y el único párrafo del artículo 1982 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 1982. Responsabilidad por denuncia calumniosa

Si se determina que la denuncia presentada ante autoridad competente contra alguna persona a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, o contra magistrado o funcionario público con la intención de obstaculizar un procedimiento administrativo o proceso judicial en el que intervengan; el denunciante, deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, dicha indemnización podrá solicitarse a título de responsabilidad civil cuando medie ejercicio irregular de un derecho o el abuso del mismo.

Artículo 3. Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 4. Derogatoria

Déjese sin efecto y deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Cajamarca, Noviembre de 2017.

Congresista de la República

CONCLUSIONES

1. De los casos tipo, se ha identificado la vinculación de los procesos penales en que los denunciados se encontraban como imputados, con las denuncias fiscales presentadas por éstos en contra de los magistrados encargados del juzgamiento; constatándose la intención de entorpecer un proceso judicial, afectando profesional y funcionalmente a los magistrados; éste es un supuesto particular que puede ser incluido dentro del genérico referido al abuso del derecho.
2. La responsabilidad a determinar a partir de la actuación que supone la denuncia calumniosa puede ser penal o civil y variará de conformidad con la relación jurídica que se tenga en cuenta, si la relación es de denunciado – denunciante, el tratamiento será de responsabilidad civil extracontractual, y si es de denunciante – Estado, el tratamiento será de responsabilidad penal.
3. En cuanto a la responsabilidad civil, únicamente se puede hablar de responsabilidad civil extracontractual debido a que la denuncia calumniosa viola el deber genérico de actuación de conformidad con el ordenamiento jurídico ya sea en ejercicio irregular de un derecho o con abuso del derecho, pero no afecta directamente el *pacta sum servanda*.

4. En lo que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual, la consideración del interés público como principio referente de la actuación del funcionario público, puede ser corroborada a nivel de antijuricidad.
5. En lo que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual, la comprobación de la existencia de vinculación del denunciante con el procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional en el que intervienen los funcionarios públicos denunciados, puede ser analizada a título de dolo.
6. En lo que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual, la comprobación de la obstaculización del procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional vinculado al denunciante con la afectación profesional o funcional del funcionario público denunciado, puede ser analizada a título de daño.
7. El abuso del derecho es una figura general que protege el sistema jurídico en su totalidad y que contiene dentro de sus límites al ejercicio irregular de un derecho pero puede extenderse hacia cautela de la afectación tanto de principios como valores constitucionales positivizados o no, hasta derechos legales o infra-legales.
8. Tanto el abuso del derecho como el ejercicio irregular de un derecho deben ser diferenciados en el caso de la denuncia calumniosa y esta diferenciación debe servir para delimitar los supuestos según los cuales se configura en la realidad como para tener en cuenta al momento de determinar la configuración de los elementos de la responsabilidad.

RECOMENDACIONES

1. Al poder legislativo, se tenga en cuenta las conclusiones arribadas para la elaboración de una nueva redacción tanto del tipo penal como de la regulación civil que diferencie entre los supuestos que incluyen el abuso del derecho como los que hacen lo propio con el ejercicio irregular de un derecho; asimismo, que los supuestos ahí enumerados no constituyan un *numerus clausus*.
2. Al poder judicial, se tenga en cuenta las conclusiones arribadas en el presente informe a fin de evitar la confusión de figuras jurídicas, supuestos y análisis de elementos de la responsabilidad civil por denuncia calumniosa.
3. A los investigadores del derecho civil, ahondar en la investigación acerca de la diferenciación entre abuso del derecho y ejercicio irregular del mismo y su influencia en la consideración de las responsabilidades que se generan de su configuración, tanto a nivel civil, penal, laboral y administrativo.

LISTA DE REFERENCIAS

- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Diké.
- Alexy, R. (1999). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amayo Burgos, J. (2012). La labor creativa del juez como fundamento esencial de una efectiva jurisprudencia en el Perú. *Derecho & sociedad 20*. ISSN: 2079-3634, 362-372.
- Barberia, M. (2006). *Diccionario de Latin Juridico*. Buenos Aires: Valletta Ediciones.
- Carrillo Vinader, F. (13 de Mayo de 2006). Acción culpable y daño. *La Verdad*.
- Caso Carmen Arévalo Soza, EXP. N° 0941-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 19 de Agosto de 2002).
- Caso Gobierno Regional de San Martín, EXP. N.º 047-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 24 de Abril de 2006).
- Caso MIMDES, Casación N° 1817-2010-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República 30 de Enero de 2012).
- Caso Teobaldo Isaac Pacheco Pinillos contra el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - MIMDES y la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima Metropolitana, CAS. N° 1817-2010-LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 17 de Mayo de 2011).

- Cieza Mora, J. (2013). La Responsabilidad Civil por Denuncia Calumniosa y el abuso del denominado "Ejercicio Regular de un Derecho". *Dialogo con la Jurisprudencia N° 165 - Gaceta Jurídica*, 57-68.
- Coing, H. (1981). Historia del Derecho y Dogmática Jurídica. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 9, 245-257.
- Cuentas Ormachea, E. A. (1997). El abuso del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 463-484.
- De Ángel Yagüez, R. (1988). *La Responsabilidad Civil*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- De Trazegnies Granda, F. (1990). *La responsabilidad extracontractual*, T. 11, 48 edición. Lima: PUCP.
- Diez Picaso, L., & Gullón Ballesteros, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Diez-Picazo, L., & Gullón, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil - Vol I*, 13ª edición. Madrid: Tecnos.
- Dworkin, R. (2011). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.
- Espinoza Espinoza, J. (2003). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Rodhas.

- Franzoni , M. (2009). La Evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones. *Ius et veritas ; Responsabilidad Civil Contemporánea*; ARA Editores, Lima, 15-33.
- García-Ripoll Montijano, M. (2013). *La antijuricidad como requisito de la responsabilidad civil*. Murcia: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Gherzi, C. (1997). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea.
- González Navarro, F., & Alenza García, J. (2002). *Derecho de Petición*. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (2018). *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Puno: Zela.
- Guzmán Ferrer, F. (1984). *Código Civil de 1984*. Lima: Cultural Cuzco.
- Hart, H. (1958). El positivismo y la separación del Derecho y la Moral. *Harvard Law Review*, vol. 71, nº 4.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Lima: IDEMSA.
- León Barandiarán, J. (1954). *Comentarios al Código Civil Peruano*. Buenos Aires: Ediar.
- López Mesa, M. (2015). *El territorio de la antijuricidad en la "Provincia de la reponsabilidad civil"*. Córdoba.
- Martinez Botos, R. (1994). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

- Martinez Rave, G. (1996). *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Libre.
- Maurino, L. (2001). Abuso del derecho en el proceso. *La Ley*, 50-72.
- Narvaez, M. (2004). *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. ISBN: 9788497680899. Madrid: Marcial Pons.
- Orgaz, A. (1960). *El daño resarcible*. Buenos Aires: Omeba.
- Osorio, M. (2012). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Osterling Parodi, F. (2014). *Indemnización por daño moral*. Lima: PUCP.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Lima: PUCP.
- Pazos Hayashida, J. (2005). *Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: Hechos dañosos justificados*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Poder Ejecutivo. (25 de Julio de 1984). Código Civil. *Decreto Legislativo N° 295*. Lima, Lima, Perú: "El Peruano".
- Poder Ejecutivo. (08 de Abril de 1991). Código Penal. *Decreto Legislativo N° 635*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Procedencia del proceso penal por denuncia calumniosa, 62-96 (Corte Superior Penal de Ancash 07 de Junio de 1999).
- Puig Brutau, J. (1998). *Fundamentos de Derecho Civil, T II, Edic. Primera*. Madrid: Bosh.

Ramos Romeu, F. (2006). *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico económico*. Barcelona: Atelier.

Real Academia de la Lengua Española. (30 de Junio de 2017). *rae.es*.

Obtenido de *rae.es*: <http://dle.rae.es/?id=KyJLzUc>

Rodríguez Llerena, D. (1940). *El Abuso del Derecho*. Obtenido de Revista de la Universidad Católica:

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/53367>

Rubio Correa, M. (1985). *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2008). *Título Preliminar del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Salvi, C. (1985). *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*. Nápoles: Jovene Editore.

Santos Briz, J. (2004). *La Responsabilidad Civil: Temas Actuales*. Madrid: Monte corvo S. A. .

Sconamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad de Externado.

Taboada Córdova, L. (2000). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima: Academia de la Magistratura - Proyecto de autocapacitación asistida.

Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*.

Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil. Lima: Grijley.

- Trazegnies Granda, F. (1995). La muerte del legislador. *Discurso de incorporación como miembro de número a la Academia Peruana de Derecho*. Lima.
- Trazegnies Granda, F. (2001). *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima: PUCP.
- Trimarchi, P. (1984). *Causalità giuridicae danno*. Milano: Giuffré.
- Waluchow, W. (2007). *Positivismo Jurídico Incluyente*. Barcelona: Marcial Pons.
- Zagrebesky, G. (1987). *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Tecnos.