

**UNIVERSIDAD NACIONAL**

**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA REPARACIÓN COMO SUSTITUCIÓN EN LOS  
PROCESOS DE EJECUCIÓN SOBRE OBLIGACIONES DE  
HACER Y NO HACER Y LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO  
DE TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL PERÚ”**

**Tesis para optar por el Título profesional de Abogado**

**Bach. NORBERTO GIL HARO ESPINOZA**

**Asesor:**

**Dr. ELMER ROBLES BLACIDO**

**Huaraz -Áncash- Perú**

**2018**

















## **ABSTRACT**

This research is to focus to study on reparation as a substitute for the execution processes on obligations to do and not to do and the effect on the principle of effective protection in Peru -2017. The dogmatic-legal approach that questions whether it corresponds or not to introduce civil reparation in the civil code, since said normative body affects the procedural-affective guardianship principle by leaving a normative, since the principles of preventive guardianship and urgency protection do not guarantee that the obligation of the debtor with the creditor, not to incorporate the principle of inhibitory injunction whose purpose is to prevent the practice continuation and repetition of the unlawful through an irreplaceable decision, there by generating are not guarantee to obtain a sentence sensitive to be satisfied patrimonial repair, that is to say, that necessarily this must contain an pretension. or that the civil repair replaces these principles, since it prevents the continuation or repetition of the unlawful, through an irreplaceable decision to do or not to do, regardless of whether the behavior is commisive or omission.

**KEYWORDS:** Civil procedural code, inhibitory guardianship principle of effective protection, obligations, repair

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene por finalidad dilucidar como en los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer afectan al Principio de Tutela procesal efectiva en el Proceso Civil peruano. Esto con la finalidad de garantizar que el acreedor no se vea perjudicado económicamente por el incumplimiento del deudor al acudir a un proceso judicial. En la presente investigación he optado por la reparación como sustitución a los principios de tutela preventiva y tutela de urgencia en los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer, puesto que dichos principios no garantizan a que el acreedor de por satisfecha su pretensión fungible. El principio de tutela preventiva tiene por fin prevenir los eventuales daños, patrimoniales o personales, que puedan producirse como consecuencia de un hecho ilícito y tutela de urgencia que se manifiesta mediante procesos breves y expeditivos en los que se privilegia el valor de la eficacia. Tal es de verse en estos procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer se ve afectado el principio de Tutela Procesal Efectiva, ya que el acreedor al acudir al poder judicial no da por satisfecho su pretensión, por lo que se vulnera un principio tan trascendental como es el principio de tutela jurisdiccional efectiva garantía mínima con la que debe contar todo ciudadano en un proceso judicial. Ello debido a que no se ha implementado el principio de tutela inhibitoria, principio que tiene por fin disuadir, sancionar y evitar que se continúe con estas malas prácticas. Por lo que se hace necesario implementar la reparación Civil a los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer ya que ello garantiza que no se continúe con esta mala práctica, continuación y repetición de lo ilícito a través de una decisión insustituible de hacer o no hacer según sea la conducta

omisiva o comisiva. Por lo que la incorporación de la reparación Civil solucionaría el problema, puesto que ello no garantiza al acreedor de que se cumpla a cabalidad su pretensión, ya que la indemnización es de naturaleza civil, no depende de un proceso penal ni de una sentencia que condene al responsable y tiene un sustento compensatorio, da por satisfecho su pretensión. La reparación civil tiene por finalidad sancionar, prevenir y disuadir estas malas conductas sociales de las cuales saca ventaja el deudor.

**EL TITULANDO**

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Descripción del Problema

El Código Procesal Civil de 1993 no ha establecido una regulación adecuada con respecto a los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer. Ya que existe un vacío normativo con respecto a la tutela procesal efectiva. Principio fundamental de nuestro sistema procesal, ya que los principios de tutela preventiva y tutela urgencia no son suficientes para reparar las obligaciones que contraen los deudores para son sus acreedores. ya que como es de observarse la tutela preventiva tiene como finalidad: eliminar incertidumbre jurídica mediante un proceso de declaración de mera certeza. Y, la tutela de urgencia tiene la finalidad: de obtener una sentencia de condena de hacer y no hacer no susceptible de ser satisfecha por reparación patrimonial, es decir que contenga una pretensión infungible por lo que se necesita implementar dicho vacío legal. El principio que pueda satisfacer las expectativas del acreedor con el fin de impedir la mala práctica, continuación o repetición de lo ilícito, a través de una decisión insustituible de hacer y no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva. La tutela inhibitoria es la adecuada para prevenir estas malas prácticas. Sin embargo, la reparación civil subsume a estos tres principios, puesto que su finalidad es sancionar, prevenir y disuadir estas malas conductas sociales.

Por lo que es necesario la incorporación de la reparación civil en los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer. Con ello garantizar

que el deudor cumpla en su integridad con el acreedor. Por lo que la reparación civil es el mecanismo idóneo a implementar en el Código Procesal Civil para que no se vea afectados principios amparados en la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Civil.

## **1.2 Formulación del Problema de investigación**

### **1.2.1 Problema Principal**

- ¿Cómo se afecta al principio de tutela procesal efectiva en los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer?

### **1.2.2 Problema Específico**

- ¿Cómo se contraviene al principio de tutela inhibitoria en los procesos de ejecución sobre obligaciones de hacer y no hacer en el Proceso Civil peruano?

### **1.2.3 Problema específico II**

- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para incorporar la reparación civil como sustitución en los procesos ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el Perú?

## **1.3 Importancia del Problema**

Cuando el legislador promulgo el Código Procesal Civil de 1993 no intuyó que al dejar vacíos legales en dicho cuerpo normativo traería consigo una serie de

problemas. Como la afectación a principios procesales como es el principio de tutela procesal efectiva. Por tutela efectiva entendemos que es una garantía jurisdiccional que tienen todas las personas para poder acceder a los órganos jurisdiccionales. Ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo. El derecho a un proceso con las garantías mínimas: que sería el derecho al debido proceso. Tal es de evidenciarse que el sistema procesal civil no ha incorporado el principio de tutela inhibitoria. Ya que el acreedor al acudir al Poder Judicial no da por satisfecho su reparación patrimonial, puesto que los principios de tutela preventiva y tutela de urgencia no garantizan al acreedor que se cumpla a cabalidad su pretensión fungible. La Tutela preventiva tiene por finalidad eliminar incertidumbre jurídica mediante un proceso de mera declaración de certeza. Y, tutela de urgencia cuya finalidad es obtener una sentencia de condena de hacer y no hacer susceptible de ser satisfecha por reparación patrimonial. No cumpliendo tal expectativa del acreedor, con ello generando proteccionismo al deudor.

En el Perú, la tutela inhibitoria no está regulado por lo que no hay un mecanismo idóneo para prevenir lo ilícito. El sistema Procesal Civil peruano referido a las obligaciones de hacer y no hacer conservan el esquema clásico de la sustitución reparatoria, por lo que radica ahí la necesidad de implementar una norma expresa, tomando como fundamento el tópico Constitucional según lo cual lo que no está prohibido está permitido, además. En aplicación del título preliminar del Código citado, el cual permite que se incorpore a la actividad jurisdiccional aspectos jurisprudenciales y de la doctrina procesales. Cuando la norma procesal presente un vacío. Por esto, lo más adecuado sería darle un

tratamiento legal, como es la incorporación del principio de tutela inhibitoria. Sin embargo, debo precisar que la reparación civil subsume a estos principios, ya que tiene por fin impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, a través de una decisión insustituible de hacer o no hacer, según la conducta comisiva u omisiva.

Radica ahí la necesidad de implementar a la reparación civil al Código Procesal peruano, puesto que la reparación civil tiene el rol de restitución del bien o, si es posible el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios. Por lo que se evidencia que la reparación civil garantiza los derechos del acreedor.

## **1.4 Justificación y Viabilidad**

### **1.4.1 Justificación**

Toda investigación debe de justificarse científicamente y expresar su relevancia para la sociedad. Es así que ARANZAMENDI NINACONDOR, señala que “Las investigaciones no se originan como consecuencia de las buenas intenciones o caprichos de las personas, surgen con un propósito definido y ese propósito debe ser suficiente importante que justifique la realización.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. La Investigación Jurídica. Editorial Grijley, p. 139. Lima 2010

Los móviles de la investigación jurídica son: normativo, teórico, epistemológico, filosófico, metodológico o procesales, por estas razones una tesis aceptación en mundo académico, por novedoso, relevante y útil.

Por lo referido en líneas anteriores se procederá a desarrolla cada móvil de la investigación.

#### **a) Justificación Práctica**

La Investigación tiene como finalidad resolver la afectación al principio de Tutela Procesal Efectiva en los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer, en la relación entre los particulares, ya que el acreedor al acudir a un proceso judicial por ejecución de obligaciones de hacer y no hacer no da por satisfecho su pretensión, puesto que el proceso ejecutivo ha dotado de principios como son la tutela preventiva y tutela de urgencia cuyo fin de estos principios es la declaración de mera.

#### **b) Justificación Teórica**

Se considera a este ítem como “valor teórico” y hace referencia que, “Toda investigación ostenta valor teórico<sup>2</sup> cuando, crea, innova, renueva o somete a crítica las concepciones iusfilosoficas y epistemológicas, las tendencias o corrientes jurídicas. Son básicamente aportes teóricos cualitativos”. Es así que la presente investigación, será desarrollada en base a la siguiente vulneración a la

---

<sup>2</sup> Ibíd.,p. 143



tutela procesal efectiva, que se manifiesta en los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer, no garantizando con ello el derecho de los justiciables en un proceso a contar con las garantías mínimas en un proceso judicial.

### **c) Justificación Técnica**

La interpretación y aplicación de la vulneración al principio de Tutela Procesal Efectiva en los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer en el sistema procesal Civil peruano, que se compone de garantías como los principios de tutela preventiva y tutela de urgencia debería suplirse por la reparación civil, puesto que dichos principios no garantizan que el deudor cumpla a cabalidad la pretensión del acreedor. Y, con ello se vulnera principios generales del derecho, que son fuentes directas del derecho, con las que debe contar los ciudadanos, como es el principio de tutela Procesal Efectiva conforme lo establece el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

El dimensionamiento de la tesis responde a la necesidad de no vulnerar principios procesales protegidos por la Constitución Política de Perú y el Código Procesal Civil.

### **d) Justificación Metodológica**

La investigación propone técnica y medidas procedimentales para resolver problemas normativos y jurisdiccionales. Se aplicará la metodología de la investigación jurídica, específicamente:

Método Dogmático -Método Hermenéutico - -Método Sociológico -Método Descriptivo.

#### **e) Justificación Social**

La investigación es relevantemente social, pues el problema de la afectación al principio de tutela procesal efectiva en los procesos de ejecución sobre obligaciones de hacer y no hacer en el Perú perjudica económicamente al acreedor, puesto que se evidencia el exceso de paternalismo por parte del Estado hacia el deudor. A ello la reparación civil sería la solución, ya que garantiza el cumplimiento por parte del deudor a cabalidad, esto puesto que tiene por fin impedir la mala práctica, continuación o repetición de lo ilícito, a través de una decisión insustituible.

#### **f) Justificación Jurídica:**

El Código Procesal Civil peruano<sup>3</sup> no establece un mecanismo adecuado para la protección del principio de tutela procesal efectiva en los procesos de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, puesto que en dichos procesos no se ha implementado el Principio de Tutela Inhibitoria. Generando con ello perjuicio económico al acreedor, de esta manera se evidencia que se afecta al Principio de Tutela Procesal Efectiva al garantizar que se continúe con estas malas prácticas en perjuicio del acreedor. Tal es de verse el Principio de Tutela Inhibitoria no ha sido incluido en los principios que regulan dichos procesos. Por

---

<sup>3</sup> Ibid. 145.

ello la reparación civil el mecanismo idóneo, puesto que subsume a los tres principios.

#### **1.4.2 Viabilidad**

##### **a) Viabilidad Teórica:**

La presente investigación del análisis de la reparación como sustitución de los procesos de ejecución sobre obligaciones de hacer y no hacer y la afectación al principio de tutela procesal efectiva en el Perú.

##### **b) Viabilidad Temporal.**

El presente estudio se centra durante el mes de octubre-marzo del 2018.

##### **c) Viabilidad Social.**

El Estudio verifica la materialización de la reparación como sustitución en los procesos de ejecución sobre obligaciones de hacer y no hacer y la afectación al Principio de Tutela Procesal efectiva en el Perú. Limitándose al ámbito de derecho Procesal Civil desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

### **1.5 Objetivos**

#### **1.5.1 Objetivo General**

Describir cómo se viene afectando al principio de Tutela Procesal Efectiva en los procesos de ejecución sobre obligaciones de hacer y no hacer en el Proceso Civil Peruano.

### **1.5.2 Objetivo Específico**

Analizar cómo se viene afectando al Principio de la Tutela Inhibitoria en los procesos de ejecución sobre obligaciones de hacer y no hacer en el Proceso Civil Peruano.

### **1.5.3 Objetivo Especifico II**

Exponer cuál es la trasgresión al Principio de Tutela Procesal Efectiva en los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer.

## **1.6 Formulación de Hipótesis**

### **1.6.1 Hipótesis General**

Los principios de tutela preventiva y tutela de urgencia en los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer afectan el Principio de Tutela Procesal Efectiva. Por cuanto se persigue establecer una reparación equivalente a la obligación de hacer y no hacer en forma sustitutoria y no la inhibición de la obligación por parte de los obligados.

### **1.6.2 Hipótesis Específica**

Los procesos de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer afectan el principio de tutela inhibitoria, por cuanto ante un proceso ejecutivo se persigue como tutela procesal la reparación en conjunto y no la inhibición de la obligación

por parte de los obligados. Ya que el acreedor al acudir a un proceso ejecutivo sobre obligaciones de hacer y no hacer no cuenta con las garantías mínimas que debe prever el órgano jurisdiccional, afectando con ello un principio fundamental como es el Principio de Tutela Procesal Efectiva.

### **1.6.3 Hipótesis Específica II**

Los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer han traído consigo una serie de problemas, ya que en estos procesos no ha sido incorporado el Principio de Tutela Inhibitoria, siendo implementados los Principios de Tutela de Urgencia y Tutela Preventiva; principios que no garantizan que el deudor cumpla a cabalidad la pretensión del acreedor. Por lo que opto por la incorporación de la reparación civil como sustitución a dichos principios, ya que la reparación civil subsume a los tres principios mencionados.

## **1.7 METODOLOGÍA**

### **1.7.1 Tipo y diseño de Investigación**

#### **1.7.1.1 Tipo de Investigación**

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos,

correlacionales y explicativos<sup>4</sup>. La presente investigación es descriptiva desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se empezará con examinar e indagará como es jurídicamente la reparación Civil como sustitución a los Procesos de Ejecución sobre Obligaciones de hacer y no hacer y la afectación al principio de tutela Procesal efectiva en el Perú.

Como ciencia particular el tipo de investigación dogmática - jurídica, pues se evaluarán si en los procesos de obligaciones de hacer y no hacer se afecta a la tutela procesal efectiva, contexto de obligaciones del marco jurídico del Código Procesal Civil Peruano.

#### **1.7.1.2 Diseño de Investigación**

Corresponde a una investigación no experimental: Porque en esta investigación no se tiene dominio de las variables y no se las puede manipular deliberadamente. La investigación no experimental será subdividida en diseños transaccionales o transversales y diseños longitudinales.

La presente es una investigación no experimental transversal debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de

---

<sup>4</sup> HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar “La investigación no experimental será subdividida en diseños transaccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente es una investigación no experimental transversal, porque esta investigación recolectará y describirá datos en un periodo”. Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997.

control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, además esta investigación recolectará y describirá datos en un periodo que comprende desde el año 2017-2018.

### **1.7.1.3 Métodos de Investigación**

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica<sup>5</sup> a nivel de pre grado.

**Método Dogmático<sup>6</sup>:** Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho a estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método

---

<sup>5</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial Grijley. P. 92. Lima 2007.

<sup>6</sup> Ibidem.

se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

**Método Hermenéutico**<sup>7</sup>: En sentido amplio, este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

**Método Exegético**<sup>8</sup>: Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

**Argumentación Jurídica**<sup>9</sup>: La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas,

---

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> ATIENZA, MANUEL. Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica. Editorial Palestra. Pp. 28 y ss. Lima 2004



fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

## **1.7.2 Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico**

### **1.7.2.1 Población**

- Universo Físico: Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.<sup>10</sup>
- Universo Social: La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática Constitucional, civil y la jurisprudencia Civil.
- Universo temporal: Corresponde al 2017-2018.

### **1.7.2.2 Muestra**

- Tipo: No Probabilística
- 

<sup>10</sup> ROBLES TREJO, Luis y otros. Fundamentos de la investigación científica y jurídica, Editorial Fecatt, p. 34. Lima 2012.

- Técnica muestral: Intencional
- Marco muestral: Doctrina y jurisprudencia penal.
- Unidad de análisis: Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

### **1.7.3 Instrumento(s) de recolección de la información**

a. Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.

b. Documentales. Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina Constitucional y civil sobre el populismo Constitucional y civil.

c. Electrónicos. La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación. d. Fichas de Información Jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose las fichas textuales, resumen y comentario.

### **1.7.4 Plan de procesamiento y análisis de la información.**

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia

se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo, lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados del problema.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática de nuestro problema de estudio. El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de las fichas de análisis de contenido, los que nos permitió recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis.

### **1.7.5 Técnica de análisis de datos y/o información**

Se empleó la técnica del análisis cualitativo<sup>11</sup>, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las

---

<sup>11</sup> BRIONES, Guillermo. Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales, Editorial Trillas, p. 43. México 1986.

relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

#### **1.7.6 Validación de la Hipótesis**

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos<sup>12</sup> será mediante la argumentación jurídica. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación

---

<sup>12</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La argumentación en el Derecho, Editorial Palestra, Lima 2010.

o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”<sup>13</sup>.

En consecuencia, la validez no busca reproducir criterios para lograr la verdad última sobre los fenómenos. Tampoco, se orienta a establecer la congruencia o correspondencia entre las descripciones, interpretaciones o representaciones del investigador (teorías, hipótesis) y las del investigado. La validez busca dar cuenta de los procedimientos efectuados para demostrar ¿cómo se llegó a lo que se llegó? En definitiva, cómo y bajo qué procedimientos podemos llegar a establecer la objetivación, o esas verdades provisionales.

---

<sup>13</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento, Editorial Grijley, p. 129. Lima 2011

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente investigación.

John Romo Loyola: (2000-2001). “La ejecución de sentencias en el proceso civil como derecho a la tutela judicial efectiva”, tesis para optar por el grado de magister, universidad Internacional de Andalucía (España), en la cual concluye dando a conocer con respecto a los principios procesales y su importancia para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Podemos intentar definir desde varios puntos de vista lo que llamaremos Proceso. Para el creador del procesalismo científico, BULOW, el Proceso es: “...una relación jurídica de derecho público que transcurre entre el tribunal y las partes...”

El proceso se configura como el nexo jurídico que se desarrolla entre las partes y el juez. Bajo presupuestos procesales que fijan los requisitos de admisibilidad y de aceptación previa al inicio del trámite procesal. Las características principales de la relación jurídica procesal son: su autonomía, su naturaleza pública y su unidad. Todas ellas reunidas en su carácter evolutivo, el

cual permitiría su constante transformación. Crítico de esta forma de pensamiento GOLDSCHMIDT, generador de la teoría del proceso como situación jurídica.

Manifiesta que el proceso es el que está preordenado a la obtención de la cosa juzgada. Para este autor, el proceso es la reunión de situaciones procesales por las cuales las partes interactúan hasta concluir el mismo en la sentencia.

También se ha dicho que es la rama de la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio del proceso civil como instrumento idóneo para dirimir imparcialmente los conflictos de intereses jurídicos, a través de un juicio ante la autoridad, cuya decisión vincula a las partes.

Entonces, la especialización procesal es imprescindible para que quien deba conocer de la ejecución de las resoluciones que declaren a lugar una obligación, pueda actuar libre y eficientemente en la protección del derecho declarado. por ello, es necesaria la instauración de un proceso de ejecución rápido y sobre todo eficaz. En consecuencia, podemos decir que el proceso, como reflejo de situaciones jurídicas, se enmarca en el orden constitucionalmente establecido, y por lo tanto "...al ser una exigencia constitucional, aparece como un imperativo al cual necesariamente debe someterse el órgano jurisdiccional.

El Debido Proceso, constituye una respuesta legal, a una exigencia social, y por lo mismo traspasa los límites de las expectativas de las partes para establecerse en una garantía fundamental que involucra un conjunto variable de situaciones (anhelos, expectativas, cargas, oportunidades) que deben guardar ciertos aspectos mínimos que estructuren un esquema jurídico determinado en la

Constitución. Así, el Debido Proceso será tal en tanto y en cuanto represente el modo de pensar y obrar del conglomerado social. Este pensamiento social, se ve alimentado por las corrientes universales y movimientos intelectuales que tratan de explicar los derechos reconocidos en la Constitución. El proceso puede entonces ser visto como instrumento de la jurisdicción: como vía constitucionalmente establecida para el ejercicio de la función jurisdiccional. Podemos entonces mirar al Debido Proceso -gráficamente- del modo siguiente:

A = Actor D = Demandado J = Juez.

En tal situación, el desarrollo del Derecho Procesal Civil, asume las características que la legislación nacional le otorgue, bajo penalidad de invalidez si no se enmarca en las garantías constitucionales mínimas que caracterizan al Debido Proceso.

Obando Blanco, Víctor Roberto en la tesis. (2010), “Proceso Civil y el derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva base para un modelo”. Tesis para optar por el grado de Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. Llega a las siguientes conclusiones:

Resulta trascendente observar como cuestión previa al tema de investigación, que, en la experiencia jurídica, el resumen procesal se da a través de tres construcciones teóricas: DERECHO-TUTELA-EFICACIA.<sup>14</sup> El derecho regula

---

<sup>14</sup> Obando Blanco, Víctor Roberto, “Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva base para un modelo”, tesis para optar el grado de maestría Facultad de



la relación de los ciudadanos con el Estado. La tutela es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas. La eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. El neoconstitucionalismo**

Que en los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer se afecta el principio de Tutela Procesal Efectiva, puesto que el acreedor al acudir al poder judicial para que se haga efectivo su derecho, se siente desprotegido por el hecho que los Principios de Tutela Preventiva y Tutela de Urgencia no garantizan que se cumpla a cabalidad su pretensión fungible, con ello afectando el principio de tutela procesal efectiva. Principio que se encuentra protegido por la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Civil.

Prieto Sanchís señala “que, con la expresión, neoconstitucionalismo, constitucionalismo<sup>15</sup> contemporáneo, o a veces simplemente constitucionalismo, se alude a una presunta nueva cultura jurídica, y que se pueden identificar cuatro

---

Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Mayo de San Marcos. Pp. 313-319. Lima 2010. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1190>.

<sup>15</sup> Alfonso Zambrano Pasquel, del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo el sistema interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias, 1era edición, Edilix S.A.C. editores. Pp. 21-26. Guayaquil 2011.

acepciones principales. «En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Así mismo por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato podríamos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica».

Recordemos los dos modelos y las dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos y la europea: con un denso contenido normativo, pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquellas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo. Habría que admitir que el control de constitucionalidad en ocasiones está residenciado en el poder judicial propiamente

dicho, por ejemplo, a través de los jueces que ejercen un control difuso de constitucionalidad. En otros momentos nos encontramos con salas especializadas en materia constitucional como es el caso de Costa Rica, o Tribunales Constitucionales como acontece en España, Alemania o Perú, o existe una Corte Constitucional como en el caso de Colombia y el más reciente de Ecuador, lo cual nos advierte de que no sólo estamos ante un control concentrado de constitucionalidad, sino que además debemos reconocer la existencia de un verdadero poder judicial constitucional.

En este ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos caracterizadores. 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución; 2) Supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquellas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Alfonso Zambrano Pasquel<sup>16</sup> cita a Luis Prieto Sanchís en un importante comentario sobre la magna obra del Profesor Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris* traducida al español en tres volúmenes, que es materia de profundas y serias discusiones en la hora presente y venidera, dice: «Ahora bien: que el constitucionalismo vertebe toda la teoría jurídica de *Principia Iuris* no significa que pueda calificarse de neoconstitucionalista. Desde luego, tampoco resulta del todo claro en qué consiste el neoconstitucionalismo, ni cuáles son sus tesis indubitadas, pero sin detenerme en la cuestión, sugiere las tres siguientes notas distintivas. Primera, una tesis que pudiéramos llamar metodológica o conceptual dirigida al corazón mismo del positivismo y que viene a sostener la relación necesaria entre derecho y moral y la primacía del llamado punto de vista interno, sino en todo el sistema jurídico (que a veces esto también), si al menos en los sistemas constitucionales. Segunda, una concepción muy vigorosa de la fuerza normativa de la Constitución que hace de esta una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sin necesidad de *interpositio legislatoris*. Y Tercera, una visión conflictualista de las normas sustantivas de la Constitución y en especial de los derechos fundamentales, que son concebidos al <sup>17</sup>modo de los ‘principios’ (y no de las ‘reglas’) y que reclaman el desarrollo de una depurada argumentación jurídica. Si la primera característica conduce a lo que el propio Ferrajoli califica de ‘constitucionalismo ético’, la segunda y la tercera están en la

---

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup> Ibidem

base del activismo judicial, un reproche habitualmente formulado al neoconstitucionalismo, pero al que en mi opinión no se hace acreedor Ferrajoli».

### **¿Qué puede entenderse por neoconstitucionalismo?**

Neoconstitucionalismo<sup>18</sup>, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica. Creo que son tres acepciones principales. Primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designado por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el neoconstitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender, también la ideología que justifica o defiende la fórmula política designada.

El (neo) constitucionalismo, como ideología, presenta diferentes niveles y proyecciones. El primero y menos problemáticos es el que pueda identificarse como aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o mas justa forma de organización política. Naturalmente, que sea aquí el menos problemático no significa que carezca de

---

<sup>18</sup> Luis Prieto Sanchis, Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial, primera edición, palestra Editores S-R.L., Pp. 109-112. Lima 2002.

problemas; todo lo contrario, presentar al constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reduce las esferas de decisión y a mayorías parlamentarias, y en ocasión tendremos de comprobar que esta es una de las consecuencias de la ponderación judicial.

Segunda dimensión del constitucionalismo como ideológica es aquella que pretende ofrecer consecuencias metodológicas o conceptuales y que pueda resumirse: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el derecho y la moral y postular por tanto a alguna forma de obligación de obediencia al Derecho. Por último, la tercera versión de del Constitucionalismo ideológico, que suele unida a la anterior y que tal vez podría denominarse constitucionalismo dogmático, representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho.

El neoconstitucionalismo como teoría del Derecho: El Estado constitucional de Derecho que acaba de ser descrito parece reclamar una nueva teoría del Derecho, a una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico, hay algo bastante obvio: la crisis de la ley, una crisis que no responde solo a la existencia de una norma superior, sino también a los fenómenos mas o menos conexos al constitucionalismo, como el proceso de unidad Europea, el desarrollo de autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes sociales del Derecho, la pérdida o deterioro de las propias condiciones de

racionalidad legislativa, como la generalidad y la abstracción. En suma, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho positivista, forjada en los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho.

El neoconstitucionalismo<sup>19</sup> como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en: 1) Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las reglas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico mandatos de optimización fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen en sentido plural la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad. En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.

2) Más ponderación que subsunción; En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor

---

<sup>19</sup> Ibidem

importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor.

3) Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria; este precepto está estrechamente vinculado con la analizado en el punto C) y D) respecto a los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Guastini.

4) Omnipresencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario: este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad. En expresiones del mismo Gustavo Alberto Musumeci, cabe destacar que, ante esta proposición, existe una corriente que señala al poder judicial como contra mayoritario y que por ende no reviste del



valor epistémico suficiente, o más precisamente, carece de legitimidad democrática, para ser el titular de la última palabra.

5) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. Esto implica que, a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que, al complementar el sistema legal interno, expande «una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único».

#### **2.2.1.2. Características de la norma Constitucional<sup>20</sup> en el marco del proceso interpretativo**

En el marco de todo proceso interpretativo, el operador jurídico, siempre ha de estar a las características esenciales que acompañan a toda norma Constitucional y que, como ha de volver a reiterarse, la hacen distinta o diferente de cualquier otra norma integrante del sistema jurídico.

Esta característica por supuesto, responden a la concepción de una Constitución nacida democráticamente o por voluntad del pueblo. No entran aquí

---

<sup>20</sup> Luis Wilfredo Robles Trejo, Elmer Robles Blacido y Efraín Flores Leiva, el paradigma neoconstitucionalista en la configuración del estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1003, editorial Ffecaat E.I.R.L, primera edición. Pp. 64-68. Lima 2016

los modelos de constituciones impuestas o de origen evidentemente antidemocrático, donde por una u otra razón los esquemas podrían verse distorsionados.

Entre las características esenciales tenemos.

**a) La Constitución como norma suprema.**

La Constitución es norma suprema, no por la necesidad de ordenar formalmente el sistema jurídico con sujeción a un sistema de jerarquías presidido por esta, sino por el hecho de su trascendencia intrínseca, la misma que se traduce en razones de origen (su nacimiento a partir de la voluntad del poder constituyente), de contenido (regula jurídicamente el poder, estableciéndole una organización, unos límites, y específicas justificaciones) y de significado jurídico (es la primera y más importante de las fuentes del derecho).

**b) El sentido de proyección.**

Toda Constitución aspira a la permanencia o duración, esto es, a proyectarse en el tiempo como modelo jurídico e institucional a seguir. El intérprete jurídico debe tener muy en cuenta dicha característica, pues la respuesta a los casos no puede ser dispensada como si se tratara de fórmulas de coyuntura, susceptibles de cambios o transformaciones a corto plazo.

### **c) La esencia política**

La esencia política, en buena cuenta, debe ser entendida como sometimiento de la política al Derecho, aceptando que el poder más allá de su evidente naturaleza, no puede oponerse a aquel y a los valores que este defiende.

### **d) La diversidad de opciones valorativas**

La Constitución no tiene, desde esta perspectiva un contenido cerrado de valores o una orientación absolutamente vertical al extremo que de sus cláusulas solo pueda una sola y única lectura política o ideológica. Tiene al revés de ello, una apertura bastante acentuada justamente por ser resultado de los acuerdos sociales, o de una suma de pareceres de quienes, en su representación, contribuyeron. El intérprete jurídico, debe pues ser consciente al momento de trabajar con la Constitución, que esta no responde a un solo enfoque o manera de ver las cosas.

### **e) La función articuladora<sup>21</sup>**

Características igual de esencial que debe tomarse en cuenta al momento de interpretar es la relativa a la función articuladora por la Constitución en el esquema general del ordenamiento jurídico. En efecto, no puede pasarse por alto, que, si la norma fundamental es la base sobre la cual se anidan todas y cada una de las materias reguladas en detalle por las normas ordinarias, la función de

---

<sup>21</sup> Ibidem

armonizar o concatenar en sus grandes lineamientos el amplio repertorio de sectores del ordenamiento, corresponde por principio presidirla a la Constitución. A ese nivel la interpretación adquiere connotaciones especiales, pues ya no solo busca significado elemental de las normas, sino la coherente lógica de las mismas con las contenidas en la norma fundamental.

#### **f) Particularidades específicas en la norma Constitucional**

El proceso interpretativo apunte hacia la eficacia de todos y cada uno de los contenidos constitucionales no debe pasarse por alto y como se ha visto en otro momento, que existen particulares entre cada una de las normas que integran la constitución a la par que diferencias en sus alcances operacionales. En tales circunstancias, nos era lo mismo

#### **2.2.2. Reparación**

La reparación Civil sustituye a los principios procesales de Tutela Preventiva y Tutela de Urgencia, puesto que tiene por fin la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. La indemnización de los daños y perjuicios. Es así que la reparación civil lo encontramos taxativamente señalado en el artículo 93 del Código Penal: Contenido de la reparación civil.

La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios. Asimismo, en el Código Civil lo encontramos en el artículo 1969 indemnización por daños y perjuicios. Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a

Indemnizar. El descargo “la reparación civil no es pena y tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima”<sup>22</sup>.

“La reparación civil no es pena y tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima”. Artículo 93 reparación civil. Este criterio es reiterado con más claridad aún, en otra jurisprudencia vinculante (publicada en el diario Oficial el Peruano, con fecha 10 de mayo del 2006), en la cual se establece que la reparación civil: “Como es obvio no es una pena ni está dentro de los límites del *jus puniendi* del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su sujeción están normadas en el artículo 2001 del Código Civil”.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido con claridad, que la reparación civil proveniente del delito, tiene naturaleza privada, tal como en este trabajo. Este criterio también es asumido por la jurisprudencia extranjera, tal como indica Choclan Montalvo al referirse a la jurisprudencia española. Consecuentemente, aun cuando cierto criterio esbozado por Tribunal Constitucional es contrario a esta posición, asumiendo que la reparación civil. Proveniente del delito tiene naturaleza penal, la corte Suprema ha zanjado el asunto a través de sus pronunciamientos de carácter vinculante.

---

<sup>22</sup> Tomas Aladino Gálvez Villegas, la reparación civil en el proceso penal, análisis doctrinario y jurisprudencial, Lima, edición Instituto Pacifico S.A.C., tercera edición. Pp.599-609. Lima 2016.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, no ha mantenido criterios uniformes, pues con anterioridad, y con la participación de dos de los Vocales que participaron en la misma emisión de la resolución vinculante del 20 de abril del 2006, ha ensombrecido la claridad del criterio esbozado respecto a la naturaleza privada de la reparación civil y su finalidad orientada a la reparación del daño, al establecer que: “Un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad por lo demás tiene su origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en cantidad y daños de la droga incautada, así como la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en la comisión, sobre la base de los principios de suficiencia razonabilidad y proporcionalidad”.

Conforme al artículo 92 y 101 del Código Penal la reparación civil, como consecuencia proveniente del hecho punible, busca la reparación del daño ocasionado a la víctima. Esta reparación comprende la restitución del bien materia del delito o de su valor y el pago de los daños y perjuicios; la reparación civil además se rige por las disposiciones del Código Civil, por lo que para determinar la reparación se debe tener en cuenta el daño emergente, lucro cesante y el daño a la persona”. De donde se advierte que, se indica debidamente las normas aplicables a la responsabilidad Civil dentro del proceso Penal, cuáles son los conceptos integrantes de la reparación Civil, tanto teniendo en cuenta la norma sustantiva penal así como lo establecido por el Código Civil al respecto; sin embargo no describe los demás elementos y criterios integrantes de la responsabilidad Civil ni se elabora o expresa el razonamiento a partir del cual se

da por acreditada la reparación civil así como la liquidación de su respectivo monto. Es más, no se toma en cuenta las circunscripciones específicas del caso y únicamente se hace referencia a los criterios generales anotados.

#### **2.2.2.1. Finalidad de la Reparación Civil**

En la sentencia emitida por una sala Civil de Huaraz con fecha 3 de enero de 1998, se establece que: “La acción indemnizatoria<sup>23</sup> tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, por lo que acreditados estos, debe procederse a determinar el monto indemnizatorio con arreglo a los criterios de objetividad y proporcionalidad”. En esta Resolución se hace referencia en primer lugar a cuestiones objetivas, como es el objeto de la reparación y su probanza previa; y aun cuando refiere que el monto debe determinarse con objetividad y proporcionalidad, no da ningún criterio o idea a especificar a qué se refiere con ello; pues, no establece en relación al concepto o categoría está referido a la proporcionalidad (al daño causado, a la culpabilidad, a la capacidad económica del agente o del agraviado, etc.); en consecuencia no aporta ningún criterio útil.

#### **2.2.2.2. La obligación reparatoria, es una obligación de valor**

La Corte Suprema de la Republica, por sentencia del 13 de agosto del 1991, ha señalado: “Se debe tener en cuenta que la obligación de indemnizar constituye

---

<sup>23</sup>. Ibidem

en realidad una obligación legal de valor y no una de dinero, de manera que lo que se persigue es el efectivo resarcimiento del perjuicio causado, en su realidad y actual valor, de modo que la suma de dinero que se fije sea *in solutione* y no *in obligatione* otorgando al accionante una efectiva reparación y no haciendo al deudor de la indemnización un directo beneficiario por la devaluación”.

Esta sentencia con toda claridad establece que la prestación indemnizatoria configura siempre una obligación de valor y no una obligación dineraria o nominal, con lo que concordamos plenamente. Por ello que consideramos un error el contenido del artículo 1985 del Código Civil, que establece el monto de la indemnización devenga intereses desde el momento en que se causa el daño, pues la obligación resarcitoria extracontractual no es nominal sino una obligación de valor, el mismo que se determina en la sentencia o el día de pago.

Este criterio ha sido reiterado por la Corte Suprema en la Casación N° 2171-99, Ica, donde menciona: “La indemnización debe comprender la satisfacción plena de los daños irrogados a través de lo que la doctrina conoce como reparación integral, en tal sentido, se satisface mediante el pago de una suma de dinero, suma que tiene un rasgo sencillamente referencial, pues, es evidente que la suma reclamada podría sufrir alteraciones en cuanto se estime suficiente para reparar el daño y considerarse que el valor nominal se ha envilecido por la inflación en relación a su valor real, mitigando de esta manera los efectos de la desvalorización monetaria ocurrida; la deuda de valor que sustenta una pretensión dañosa debe ser expresada en valor nacional, la misma que de sufrir distorsionamiento de la relación jurídica patrimonial extracontractual por el



proceso inflacionario, se debe restituir el valor de la prestación al que tenga al día de pago”.

### **2.2.2.3. Reparación Civil Exigua**

“La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica en el Expediente 27-95, estableció una reparación Civil a favor de los deudos de (40) fallecidos, de mil soles para cada uno”<sup>24</sup>. La determinación de esta suma como reparación por la muerte de una persona, nos parece irrisoria e insignificante, ya que este monto no puede reparar bajo ningún concepto o criterio el daño ocasionado consistente en la extinción de la vida de los agraviados, el mismo que, como se ha visto, tiene un contenido mayormente patrimonial; por lo que no se puede determinar la reparación con criterios subjetivos o arbitrarios, sino que se debe estar a la liquidación de los daños materiales efectivamente ocasionados, y en cuanto al daño moral, valerse del criterio equitativo del juzgador según las circunstancias. Siendo el caso que, aunque se pueda decir que de nada sirve establecer un monto elevado, si realmente no se va hacer efectivo, dado la insolvencia económica del obligado, este criterio resulta errado y no es fundamento para la determinación de la reparación civil, que como se ha visto obedece a los criterios contenidos en el Código Civil al respecto. Tanto más si se tiene en cuenta que para el caso de accidentes de tránsito cómo el presente, existen seguros que obligatoriamente deben contratar las empresas de transportes. Y si no

---

<sup>24</sup> Ibidem

la hubieran contratado, deben asumir su responsabilidad con todas sus consecuencias. En estos casos debe proceder una nueva acción indemnizatoria en la vía civil, por reparación exigua que no ampara propiamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tal como hemos desarrollado en la parte pertinente del presente trabajo.

Caso Clímaco Basombrío: Que, la reparación Civil, de conformidad con el artículo 93 del Código Penal, se comprende la indemnización de los daños y perjuicios, y esta, a su vez, de conformidad con el artículo 101 del referido cuerpo de leyes, se determina además por las disposiciones correspondientes del Código Civil; por lo que estricta aplicación de este último, será objeto de reparación en su integridad, los daños y perjuicios que efectivamente se hubieran ocasionado con los hechos delictivos en cuestión, los mismos que deberán ser acreditados debidamente, consisten en la extinción de la vida de la agraviada Alexandra Brenes Hague, las graves lesiones ocasionadas a Ida Augusta Merino Alburqueque, las lesiones ocasionadas a Sebastián Brenes Hague y las lesiones leves proferidas a Carlos Antonio Lescano Méndez.

Ha experimentado una notable evolución en cuanto a la concepción y contenido desde la concepción eminentemente subjetiva basada, exclusivamente en la culpa, hasta llegar a una perspectiva que pone énfasis al daño y su necesidad de reparación. Como se sabe, desde una fuente romana, la responsabilidad civil no ha tenido el mismo contenido y fundamento; así, por ejemplo, en el derecho romano y posterior desarrollo de esta institución a la edad media, se aplica sanciones a los causantes de daños sin diferenciar si se trata de una sanción civil o penal; y esta sanción está orientada y justificada en base a consideraciones

subjetivas como la atribución de culpa o dolo. Es así como la culpa “va ser el fundamento de la responsabilidad civil. El autor del daño responde solo y porque el mismo se ha producido por su culpa”. Para apreciar la culpa se tuvo que poner especial énfasis en la conducta del imputado y la forma como se había materializado al ocasionar el daño, inclusive en muchos casos, ni siquiera en cuenta el daño efectivo, ya que era suficiente con que la conducta resultara contraria a los intereses sociales o sea especialmente reprochable, de este modo se llegó a tener como centro de la responsabilidad civil al agente del daño y la finalidad buscada con la misma. Como la responsabilidad penal-sancionar al agente; pues, se busca fundamentalmente determinar a la persona del responsable del daño y precisar si él podía atribuir culpa, y por ello se halló y aun se habla de culpable y no propiamente de responsable.

Esa sí que el termino de responsabilidad se identificó con el concepto de culpa. Con ello se dio la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista. “La obligación de reparar o de resarcir parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprochable. Idea en la cual no está ausente el concepto cristiano del pecado”. En este sentido, DE ANGEL YAGUEZ manifiesta que “sigue teniendo mucho peso entre nosotros la palabra responsabilidad. Con ella se pone el acento más en la persona del dañador que en la de su víctima, más en la conducta de aquel que el del resultado”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem

#### **2.2.2.4. Responsabilidad civil y derecho de daños**

Dentro de esta perspectiva de la responsabilidad civil, en que se pone especial énfasis en el daño, en una orientación colectivista o social de la imputación, en la revisión de la causalidad y en la implementación de factores objetivos de atribución de responsabilidad, se ha preferido hablar del derecho de daños antes que de la responsabilidad civil. Pues se dice que ha quedado debidamente esclarecido que la finalidad de la responsabilidad penal y administrativa, en su caso) sino lograr la reparación del mismo; es decir, que se ha optado por poner énfasis en el efecto o resultado de la conducta más que la propia conducta. Se busca la reparación del daño independientemente de la reprochabilidad o culpabilidad del agente mismo. De este modo se libera a la responsabilidad de su finalidad moralizadora, para incidir fundamentalmente en su finalidad reparatoria.

#### **2.2.2.5. Determinación del monto de la reparación**

Caso Clímaco Basombrío: Que, la reparación Civil, de conformidad con el artículo 93 del Código Penal, se comprende la indemnización de los daños y perjuicios, y esta, a su vez, de conformidad con el artículo 101 del referido cuerpo de leyes, se determina además por las disposiciones correspondientes del Código Civil; por lo que estricta aplicación de este último, será objeto de reparación en su integridad, los daños y perjuicios que efectivamente se hubieran ocasionado con los hechos delictivos en cuestión, los mismos que deberán ser acreditados

debidamente, consisten en la extinción de la vida de la agraviada Alexandra Brenes Hague, las graves lesiones ocasionadas a Ida Augusta Merino Alburqueque, las lesiones ocasionadas a Sebastián Brenes Hague y las lesiones leves proferidas a Carlos Antonio Lescano Méndez.

### **2.2.3. Ejecución: obligaciones y título ejecutivo**

#### **2.2.3.1. La obligación Reparatoria, es una obligación de valor**

Para el Derecho de Obligaciones, merece especial atención el tema de las denominadas obligaciones civiles, es decir, aquellas que generan un vínculo para su cumplimiento o ejecución; vínculo que debe existir entre personas determinadas o determinables. <sup>26</sup> Decimos ello, por cuanto la obligación que contrae el deudor, que es conocida como deuda o acreencia, constituye el derecho de crédito que tiene el acreedor para exigir una prestación que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, la que al ejecutarse produce el fenecimiento de la relación jurídica.

La definición etimológica de la palabra “obligación” genera la idea de sujeción o ligamen. Giorgio Giorgi, está de acuerdo con esa definición, ya que ella liga o ata al deudor, exigiéndole realizar una actividad a favor de su acreedor. En realidad, en todos los análisis de las leyes, trabajos de jurisconsultos romanos u obras de

---

<sup>26</sup> Mario Castillo Freyre, sobre las obligaciones y su clasificación, pontificia Universidad Católica, del Perú, universidad de Lima y Universidad femenina del Sagrado Corazón, Concejo Editorial. Pp. 210-214, Lima 2014

escritores modernos, encontramos que la obligación es considerada como un vínculo jurídico.

De Ruggiero trata de encontrar una definición amplia de la palabra obligación y se refiere a ella como el vínculo o sujeción de la persona, no importando el origen de la obligación. Así, pueden incluirse dentro de ese concepto a las obligaciones llamadas morales y a aquellas establecidas por las normas jurídicas. Pero, en realidad, desde una óptica de Derecho, el autor se concentra en estas últimas señalando como indispensable, además, que nazcan de relaciones personales y que tengan contenido patrimonial.

En suma, la obligación se asemeja a una situación bipolar que se encuentra conformada por el deudor y por el acreedor. El acreedor es el titular de un derecho subjetivo (derecho al crédito) que le faculta para exigir al deudor lo que por este es debido (prestación). Asimismo, en caso de incumplimiento, el acreedor está investido de una serie de facultades para defender sus intereses. El deudor es el sujeto de un deber jurídico que le impone la observancia de un comportamiento debido y, en caso contrario, deberá soportar las consecuencias de su falta. Por la pluralidad de objetos.

Los sujetos que conforman<sup>27</sup> la relación jurídica obligatoria es: el acreedor (titular de la situación jurídica de ventaja activa del débito). La regla se configura en el sentido que los sujetos de la relación jurídica obligatoria siempre son

---

<sup>27</sup> Juan Espinoza Espinoza, Introducción al Derecho de las Obligaciones, Pacifico Editores S.A.C. Pp. 23-24. Lima 2017.

determinados, sin embargo, hay casos excepcionales en los cuales son determinables (como, por ejemplo, en la promesa unilateral, regulada en el artículo 1956° Código Civil), aunque se prefiere calificarnos de formación progresiva del supuesto de hecho”. En el escenario de mutabilidad de las situaciones jurídicas (como en los títulos valores) se suele hablar de carácter “ambulante” de la relación. En puridad, se trata de obligaciones con “sujeto variable”.

Siempre en el caso de la promesa unilateral, los sujetos-frente al promitente tienen un legítimo interés a que la prestación no sea realizada o la elección no se efectúe en ventaja de unja persona ajena a lo estipulado por el promitente. En efecto, si yo prometo pagar US\$ 1,000.00 al que encuentre a mi perro Fido (con determinadas características), los interesados en obtener la recompensa son titulares de este legítimo interés (contemplado en el artículo VI del título preliminar del Código Civil). Queda claro que, quien encuentra Fido, ya es titular de un crédito frente al promitente.

Frente al contrato por persona a nombrar (artículo 1473 del Código Civil), el contrato a favor de tercero (artículo 1473 del Código Civil) contrato a favor de tercero (artículo 1457 del Código Civil) y la cesión de la posición contractual artículo 1435 del Código Civil), nos encontramos frente a una posición de carácter alternativo sea del acreedor o del deudor.

En este caso las obligaciones se clasifican en: (i) Conjuntivas; (ii) alternativas; y (iii) facultativas. Son conjuntivas: aquellas obligaciones con pluralidad de prestaciones en las que el deudor tiene que cumplir todas ellas. Las obligaciones

conjuntivas no presentan particularidad alguna: El deudor debe cumplir todas las prestaciones prometidas, como si se tratase de obligaciones independientes y distintas. Por ejemplo, la obligación de dar el inmueble ubicado en tal lugar y el automóvil de tal modelo, con placa de rodaje y número de motor determinados.

Las obligaciones conjuntivas pueden versar, sin duda, sobre prestaciones de dar bienes ciertos o inciertos, de hacer o de no hacer, siendo la única condición que dichas prestaciones se encuentren vinculadas entre sí.

La obligación es alternativa cuando existen diversas prestaciones, pero el deudor debe cumplir por completo solamente una de ellas. Se trata de obligaciones disjuntas, en las que se debe practicar una elección, bien por el deudor, bien por el acreedor, por un tercero o por el juez. Efectuada la elección, la obligación deja de ser alternativa y se concreta o especifica en la prestación elegida. En cuanto a su naturaleza, desde luego, estas prestaciones también pueden ser: (i) De dar –bien cierto, incierto o fungible–; (ii) de hacer; o, (iii) de no hacer.

Cabe señalar que, en una obligación alternativa, la elección de la prestación a ejecutarse, por defecto, recae en el deudor, pero se admite pacto en contrario. En ese caso, la elección se determina con la propia ejecución o con la declaración de la elección. En caso el sujeto encargado de elegir sea distinto al deudor, la opción elegida se determina sólo con la declaración de elección. Asimismo, cabe señalar que la elección de la prestación a ejecutar sea por el deudor, acreedor, u otro sujeto deriva en que la obligación alternativa mute en una obligación simple.



La obligación, en fin, puede ser facultativa. En este caso, ella tiene por objeto una sola prestación, pero se otorga al deudor la facultad de sustituir, para los efectos del pago, esa prestación por otra. La primera es la prestación principal; la segunda es la accesoria. La primera está in obligatione, mientras la segunda está in facultate solutionis. También en este caso ambas prestaciones pueden ser: (i) De dar bien cierto o incierto—; (ii) de hacer; o, (iii) de no hacer.

### **2.2.3.2. La relación obligatoria**

La obligación es algo más que un vínculo entre dos personas, pues la esencia del vínculo, para que pueda ser considerado como jurídico, es la eficacia que el ordenamiento jurídico.

La importancia de la fuente de las obligaciones estriba en que el origen de una obligación define la razón de su exigencia, y las líneas fundamentales de su régimen jurídico. Es decir, las obligaciones en sentido patrimonial nacen cuando el derecho las establece y reconoce, y ello sucede porque ello identifica su origen como legítimo o debido.

El paradigma de la obligación en sentido patrimonial es la obligación que nace del contrato, esto es, del acuerdo causal de voluntades destinado específicamente a crear obligaciones patrimoniales como instrumento de que hace efectiva la libertad de disposición del patrimonio: donar, vender, permutar, asociarse, etc. La autonomía de la voluntad en el derecho patrimonial se manifiesta en la libertad de celebrar los contratos que se estime conveniente, y en la forma que se estime

conveniente. El derecho reconoce el contrato, cualquiera que sea su forma, como fuente legítima de obligaciones: esto es la libertad contractual.

Pero el reconocimiento de las obligaciones contractuales, la autonomía de la voluntad en el derecho patrimonial, no es indiscriminado. Las obligaciones contractuales se reconocen por su causa, a través de la cual se califican y definen, y en virtud de ella se someten a ciertas limitaciones. La causa es el ánimo de liberalidad en la donación se (prohíbe la donación presunta, y la donación informal), la reciprocidad en los contratos de intercambio de bienes y servicios (compraventa, arrendamiento, permuta, etc.), y el ánimo de lucro en el contrato de sociedad. La obligación contractual está justificada en cada caso bien porque se quiere enriquecer formalmente al donatario, bien porque se quiere intercambiar bienes y servicios en los contratos recíprocos<sup>28</sup>, bien porque se aportan a una sociedad dichos bienes y servicios.

### **2.2.3.3. El momento dinámico de la relación obligatoria**

Se suele hablar de adquisición derivada (cuando existe una relación jurídica patrimonial precedente) y adquisición originaria del crédito (cuando no existe tal relación precedente). Será derivada la adquisición del crédito por efecto de una cesión *ex* artículo 1206 del Código Civil y originaria la adquisición del crédito del tercero, en un contrato a favor de este *ex* artículo 1457 del Código civil), dentro de

---

<sup>28</sup> José Antonio Álvarez Caperochipi, el derecho de las obligaciones y de los contratos, primera edición, Pacífico Editores S.A.C. Pp. 36-37. Lima 2017.

la adquisición derivada, a su vez, se distingue la adquisición derivada por transferencia (el derecho adquirido tendrá el contenido y el extensión del derecho primitivo) de la adquisición derivada constitutiva (el derecho se adquiere por una separación de parte del derecho original). La cesión de posición contractual ex artículo 1435 del Código Civil sería una adquisición derivada por transferencia, mientras será constitutiva la adquisición de un crédito por un subarrendamiento (artículo 1962 del Código Civil).

Respecto de los sujetos de la relación jurídica, se individualizan, en el desenvolvimiento de la obligación, los siguientes supuestos.

a) Una sucesión o accesión, según que, al sujeto pre-existente, ingrese o se agregue un nuevo sujeto.

b) Un sub-ingreso del lado activo o pasivo, en la posición de sujeto de la relación (inmutable respecto del resto) o el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación.

c) Una conversión de la relación con cambio de sujeto (novación).

d) Un supuesto extintivo (resolución, receso-entendido como apartamiento unilateral, exclusión).

#### **2.2.3.4. Obligaciones de dar<sup>29</sup>**

“Son aquellas en las cuales la prestación consiste en entregar una cosa; al interior de esta categoría, tiene particular importancia la sub-categoría de aquellas

---

<sup>29</sup> Juan Espinoza Espinoza, Introducción al derecho de las obligaciones, primera edición, Instituto Pacífico S.A.C., p. 31, Lima 2017.

en las cuales la cosa a entregar es una suma dineraria (obligaciones pecuniarias)”. La primera parte del artículo 1134 del Código Civil, siguiendo el modelo del artículo 1177 del Código Civil. Establece que la obligación que “la obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega”. Debe tenerse en cuenta que la custodia, “lejos de construir una (posible) prestación, no es más que un momento instrumental de otra prestación primaria (de entregar-restituir). Por ello, cuando se entiende que la custodia constituya un deber integrado instrumental (a protección de la cosa) *ex fide bona* no se hace masque reconocer el carácter meramente instrumental de la custodia, su razón de ser en función de otro deber primario.

#### **2.2.3.5. Obligaciones de hacer**

El legislador de 1984 ha optado al igual que el legislador de 1936 por regir separadamente las obligaciones de hacer, de las obligaciones de dar. Se aparta, por ello, de la sistemática de algunos códigos, entre otros del español y portugués, que no consignan título especial para las obligaciones de hacer, y refunden sus normas dentro de las obligaciones de dar. El Código trata, entre los artículos 1148 y 1157, de las obligaciones de hacer. Aunque la fuente inmediata de estas reglas se encuentra en el Código Civil de 1936, el que a su vez se inspira en el Código Argentino, tales preceptos son más completos que los de aquel Código.

El artículo 1148 tiene su origen en el artículo 1182 del Código de 1936, que a su vez adoptó como modelo la primera parte del artículo 625 del Código Argentino. Los conceptos contenidos en dichos preceptos son similares, salvo en

lo que respecta a la parte final del artículo 1182, no consignada en esta norma del nuevo Código debido a que las consecuencias del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer están previstas por los artículos 1151, 1152, 1153 y 1157. El artículo 1148 mantiene el principio de que el obligado a practicar un hecho debe cumplirlo en el tiempo y modo convenidos o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso. Conviene aclarar que los principios del plazo y modo son comunes a todo el derecho obligacional. Sin embargo, en las obligaciones de hacer, ellos suelen tener mayor significación. En la obligación de hacer, el tiempo y el modo son, usualmente, esenciales; lo que no ocurre con igual frecuencia en las obligaciones de dar, en las que algún retraso en el cumplimiento de la obligación o alguna modificación en el modo pueden ser irrelevantes. Debe puntualizarse por ello que la norma se ubica no en homenaje a la tradición, sino para remarcar la importancia de tales características en las obligaciones analizadas.

Se ha considerado innecesario consignar en el nuevo Código<sup>30</sup> un precepto similar al artículo 1166 del Código Español, que dispone que en las obligaciones de hacer no puede ser sustituido el hecho por otro contra la voluntad del acreedor. Es innecesario, porque el principio general ya está consignado en el artículo 1132, relativo a las obligaciones de dar, y también lo es, porque la ejecución de un hecho distinto al prometido requeriría, desde luego, de pacto entre el acreedor y el deudor, con los efectos novatorios que tal sustitución de prestación originaría.

---

<sup>30</sup> Ibidem

La parte final de precepto establece una excepción importante. Esta se refiere a las <sup>31</sup>obligaciones *intuitu personae*. Ocurre con frecuencia en las obligaciones de hacer, que ellas se contraigan teniendo en consideración calidades que son inherentes al deudor, por referirse a sus atributos personales. Es evidente, en estos casos, que el hecho deberá ser cumplido por el propio deudor; la obligación no podrá ser ejecutada por un tercero, porque ella se contrajo teniendo en consideración las aptitudes personales del deudor, su habilidad para el hecho prometido. Lo mismo ocurre, y así lo señala expresamente el Código, cuando, no obstante que la obligación no es por su naturaleza *intuitu personae*, se le atribuye tal calidad a mérito del pacto.

Las obligaciones de hacer que se ejecutan forzosamente, sin ejercitar violencia contra la persona del deudor, pueden no ser frecuentes, por referirse usualmente a aquellas que se traducen, luego de la ejecución del hecho, en la entrega de una cosa. Rousset cita como ejemplo el siguiente caso: “Si un individuo se compromete a abandonar en determinado tiempo una casa que ocupa y luego se niega a hacerlo, resulta evidente, que la obligación resultara de pleno cumplimiento desalojando al deudor conduciéndole fuera de la casa con ayuda de la fuerza pública; el cumplimiento de la obligación sería posible y no habría más violencia la que se emplea en la ejecución de los bienes del deudor por una obligación de dar, si el obligado se resiste”. Cabe señalar sin mencionar que se ha considerado innecesario apelar, señalando como fuente a, artículo 817 del código

---

<sup>31</sup> Felipe Osterlig Parodi, obligaciones 8ª Edición, Editora Jurídica Rrijey, E.I.R.L., Pp. 65-69. Lima 2007.

portugués, que utiliza la expresión <<exigir el cumplimiento judicialmente>>, pues es claro que la ejecución forzada siempre requiere de autorización judicial.

#### **2.2.3.6. Obligaciones de no hacer**

Al igual que al tratar de las obligaciones de dar y de hacer, se ha considerado que las obligaciones de no hacer deben legislarse más explícitamente que en el Código de 1936. Los principios de las obligaciones de no hacer guardan armonía y, en algunos casos, paralelismo, con los establecidos para las obligaciones de hacer. El artículo 1158 tiene similitud dentro de una perspectiva distinta, desde luego con el artículo 1150 relativo a las obligaciones de hacer. El incumplimiento de la obligación de no hacer flanquea al acreedor, alternativamente, tres opciones. En primer término, el inciso 1) autoriza al acreedor a exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. Existe, para la aplicación de este precepto, una evidente limitación<sup>32</sup>: Si el deudor, al incumplir la obligación de no hacer, la ha violado en forma tal que, por la naturaleza de las cosas, ella fuera irreversible (por ejemplo, revelando el secreto que se había obligado a no divulgar), entonces tampoco sería posible la ejecución forzada, aun cuando fuera innecesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso la obligación habría quedado pura y simplemente violada, y el acreedor solo podría

---

<sup>32</sup> Felipe Osterlig Parodi, obligaciones 8ª Edición, Editora Jurídica Rrijey, E.I.R.L. P. 76. lima 2007

apelar a la indemnización de daños y perjuicios. El inciso 2) del artículo 1158, que tiene su fuente en el artículo 1189 del Código de 1936 y en el artículo 633 del Código Argentino, franquea al acreedor la opción de exigir que se destruya lo que se hubiese ejecutado o que se le autorice para destruirlo, por cuenta del deudor. El precepto únicamente tendría aplicación en caso de que la obligación de no hacer fuera susceptible de ser destruida, previa autorización judicial. La tercera opción del acreedor es dejar sin efecto la obligación, lo cual está previsto por el inciso 3).

#### **2.2.4. Proceso de Ejecución**

El derecho tiene sus orígenes en la proscripción de la acción directa, siendo que es la antigua Roma esta acción directa o justicia privada, como la denominan algunos, estuvo permitida por el derecho, es decir, estuvo legitimada. Así, “los primeros impulsores del derecho lesionado consienten inevitablemente en una violencia reacción contra la injusticia causada, que origina la defensa privada y la venganza; especie de justicia salvaje, como la llama Bacon. Pero este origen, con arreglo a nuestros pensamientos actuales, es solo el caos que precede a la fundación del Estado, periodo en que el derecho y la fuerza no se han separado aún; momento impropio todavía de la manifestación del derecho, que, según nuestras ideas, nace a medida que el Estado, rechazando explosiones del sentimiento jurídico subjetivo, crea órganos encargados de realizar el derecho, cuyo origen data, según nuestro actual modo de ver, de la época de la creación de las funciones judiciales. Así, pues, el ordenamiento jurídico y administración de justicia por el Estado son sinónimos”.



Incluso antes de la creación de los órganos encargados de las funciones judiciales, ya el derecho se realizaba a través de la justicia privada y ello era propio de idiosincrasia de las comunidades antiguas.

“El sentimiento de derecho implica el instinto de realizarse, y un ultraje a él no alcanza solo al individuo aislado, sino que despierta ese instinto en todos los demás individuos. Si ese sentimiento no tiene para cumplirse un órgano constituido al efecto tratara de satisfacerse directamente. Lo que en las circunstancias actuales hacen el temor de la pena legal y la espada vengadora de la ley, allí lo efectuaba el temor del brazo, doquier siempre presente, de esta justicia del pueblo”.

En aquella época, “no hay un proceso sino allí donde la pretensión es debatible; cuando es evidente, la ejecución tiene lugar en seguida, y es solo el interesado quien lo persigue, las autoridades no tienen para que intervenir. El que tiene un derecho evidentísimo no tiene necesidad de la autoridad para hacerlo reconocer ni para realizarlo. El conseguirlo concierne solo al interesado. Entonces, se puede concluir que existía derecho proceso<sup>33</sup> una vez que el derecho era dudoso y cuestionado, surgiendo con ello la figura del *vindex* quien es el tercero que podía suspender el curso de la ejecución contradiciendo o cuestionando la legitimidad de la misma, suma que el deudor a título de pena.

La importancia del estudio del derecho antiguo Romano radica precisamente en que es ahí donde nace los grandes rasgos lo que es objeto de nuestro estudio, la

---

<sup>33</sup> Ibidem

oposición (contradicción según nuestro Código Procesal Civil) la ejecución y no con diversos se nos ha querido enseñar.<sup>34</sup>

El proceso de ejecución, también denominado de ejecución forzada es “aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de otro sujeto, en cumplimiento de otra obligación jurídica. Es, pues, el medio por el cual el ordenamiento jurídico reacciona ante una forma particular de ilícito, consistente en la transgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento a favor de otro sujeto”. De lo cual, “se advierte que diversamente del proceso de cognición, cuya función consiste en la formación del accertamiento jurisdiccional el propósito objetivo del proceso ejecutivo se identifica en la llamada atribución y restitución forzada, es decir, en la producción de determinadas modificaciones de la realidad empírica, idóneas para alcanzar, caso por caso, la adecuación a la realidad concreta al orden jurídico”.

Debemos tener presente que cuando se habla de proceso de ejecución o ejecución forzada en el ámbito del derecho procesal, se refiere a la ejecución motivada por la renuncia del deudor de cumplir su prestación, descartándose la ejecución voluntaria por parte del deudor cumpliendo lo ordenado en la sentencia, en dicho caso, hay un cumplimiento voluntario y no se necesita ya del órgano jurisdiccional a través del proceso de ejecución.

---

<sup>34</sup> Percy Howel Sevilla Ugarto, Las causales de contradicción en el Proceso de ejecución, Gaceta Jurídica. Pp. 14-16. Lima 2014

#### 2.2.4.1. ¿Jurisdiccional o Administrativa?

La tesis que consideraba que el proceso de ejecución tenía naturaleza administrativa y, por ende, correspondía su ejercicio al Poder Ejecutivo, partía de la premisa de que la jurisdicción solo contenía la función declaratoria del derecho, es decir, la jurisdicción culmina con la decisión de quien tenía razón. Esta postura limitada por cierto, tuvo como principal exponente al derecho Procesal Francés, dicho esto, Baptista Da Silva citando a Garsonnet-César-Bru nos enseña que la doctrina Francesa tenía la siguiente premisa en cuanto a función de la jurisdicción, “se puede establecer la regla en virtud de la cual el derecho proceder a la ejecución forzada no pertenece más que a personas investidas de un carácter público y designadas a este efecto por la ley, por la parte demandante: no compete jamás a la parte que podría ejercerla con pasión, que provoque al demandado con represalias y genere así un pretexto o excusa para violencias que atenten contra el orden público. Algunas decisiones se ejecutan por parte del juez; las que ordenan un acto de instrucción son confiadas a su ministerio, así como una investigación, una inspección o un interrogatorio sobre hechos y circunstancias, pero solo los auxiliares judiciales y algunas veces los portadores de las órdenes ejecutivas tienen calidad para proceder a la ejecución forzada.

En el antiguo derecho Romano la ejecución era parte de la justicia privada, es decir, el propio acreedor realizaba la ejecución, siendo que cuando el deudor cuestionaba su legitimidad, a través del *vindex* se suspendía la ejecución y se determinaba la procedencia o no de la ejecución en el procedimiento ante quien hacía las veces de lo que hoy denominamos como juez, entonces se puede

establecer que la ejecución sí se discutía en sede jurisdiccional, pero como veremos más adelante este cuestionamiento no forma parte de la estructura de la ejecución, sino es un incidente eventual nada más.

El fundamento o la razón por la que uno de los atributos de la jurisdicción es la coercibilidad o el hacer cumplir sus decisiones ejecución es que sin aquella perdería toda legitimidad y su razón de ser dentro de Estado organizado carecería de sentido, por cuanto sus decisiones serían meras consultadas sin ningún efecto vinculante para los ciudadanos.

“Como resulta evidente, el reconocimiento teórico de la autoridad judicial pero acompañado de su desobediencia práctica convertían a la jurisdicción en una actividad inútil y absurda. El prestigio social de la jurisdicción se debe, en considerable medida, al hecho de que sus decisiones deben ser obedecidas por el ciudadano u órgano obligado a ellas. Y no se trata simplemente de un mandato moral, sino que vinculado a él se encuentra la fuerza material del Estado, su imperio expresado en la posibilidad de utilizar algunas de sus instituciones como instrumentos coercitivos a fin de hacer cumplir el mandato judicial que ha alcanzado la calidad de definitivo o de todo aquel que requiere ejecución, según decisión del órgano jurisdiccional”<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibidem

#### **2.2.4.2. ¿El proceso de ejecución es un proceso de cognición sumaria?**

En primer lugar, debemos establecer que se entiende por proceso de cognición sumaria, y como contrapartida, tenemos que establecer entonces cual es el motivo por el que se hace dicha distinción. En el marco de estudio del Derecho Procesal se ha establecido una clasificación de los procesos tomando como medida el grado de certeza que pueda obtener el juez dentro del proceso, es decir, de acuerdo a la mayor o menor cognición (conocimiento) que puede tener el juez para poder resolver el mérito de la controversia.

Según esta clasificación existen los procesos plenarios u ordinarios y los procesos sumarios.

- Los procesos Plenarios u Ordinarios:

Son aquellos donde las partes tienen la mayor amplitud de alegaciones demanda, contestación, impugnaciones, etc. Y de probar, es decir, no existe restricción alguna en cuanto a la posibilidad de debate, de ello se desprende que sean los procesos largos, donde los procesos son amplios para determinados actos procesales, como consecuencia de esto, se presume que el juez tiene una cognición amplia de la controversia que deberá decir.

#### **2.2.4.3. La Ejecución de la prestación puede ser periódica**

Cuando debe realizarse en intervalos de tiempo regulares (como es el caso del pago mensual de del arrendamiento de un bien) o continuada, cuando no haya apreciables interrupciones del cumplimiento de la obligación (como el suministro de la energía eléctrica). En este caso, las prestaciones ya ejecutadas no están

sujetas a restitución, puesto que, en el momento en que fueron cumplidas, tuvieron una justificación autónoma como consecuencia de la extinción de la relación. Distinto es en el caso en el cual las partes acuerden fraccionar una sola prestación, que sea susceptible de una sola ejecución y que no se prolongue en el tiempo, en una pluralidad de pagos o entregas a cumplirse en un periodo de tiempo y con vencimientos recurrentes y cronológicamente establecidos (como es el caso de la compra de un bien a plazos).<sup>36</sup> Estos pagos “no una justificación autónoma, sino solo son relevantes en el marco de la prestación unitaria considerada (el precio total de la adquisición o de la cantidad total de la mercadería pactada). Así, “si se verifica un evento que provoca la disolución de la relación obligatoria, las prestaciones efectuadas deben ser restituidas, porque no es posible el cumplimiento integral y los “pagos” parciales entonces carecen de un eficaz fundamento jurídico. Tenemos el artículo 1563 del Código Civil que regula lo siguiente:

“La resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido; teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario. Alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, alguna de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal”.

---

<sup>36</sup> Juan Espinoza Espinoza, Introducción al derecho de las obligaciones, Primera Edición, Pacífico Editores S.A.C. Pp. 31-34. Lima 2017.

#### **2.2.3.4. El momento dinámico de la relación obligatoria.**

Se suele hablar de adquisición derivada (cuando existe una relación jurídica patrimonial precedente) y adquisición originaria del crédito (cuando no existe tal relación precedente). Será derivada la adquisición del crédito por efecto de una cesión ex artículo 1206 del Código Civil y originaria la adquisición del crédito del tercero, en un contrato a favor de este ex artículo 1457 del Código civil), dentro de la adquisición derivada, a su vez, se distingue la adquisición derivada por transferencia (el derecho adquirido tendrá el contenido y la extensión del derecho primitivo) de la adquisición derivada constitutiva (el derecho se adquiere por una separación de parte del derecho original). La cesión de posición contractual ex artículo 1435 del Código Civil sería una adquisición derivada por transferencia, mientras será constitutiva la adquisición de un crédito por un subarrendamiento (artículo 1962 del Código Civil).

Respecto de los sujetos de la relación jurídica, se individualizan, en el desenvolvimiento de la obligación, los siguientes supuestos. Una sucesión o accesión, según que, al sujeto pre-existente, ingrese o se agregue un nuevo sujeto. Un sub-ingreso del lado activo o pasivo, en la posición de sujeto de la relación (inmutable respecto del resto) o el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación. Una conversión de la relación con cambio de sujeto (novación). Un supuesto extintivo (resolución, receso-entendido como apartamiento unilateral, exclusión).

#### **2.2.4.5. El cumplimiento**

El incumplimiento es el modo típico de la extinción de la obligación. Consiste “en la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor y produce la extinción de la obligación en virtud de la satisfacción del interés del deudor del vínculo. Sin embargo, “puede verificarse la satisfacción del interés con eficacia extintiva de la relación también ante la falta de comportamiento del deudor, como sucede con el cumplimiento por parte de un tercero y con la ejecución forzada en forma específica. Y puede suceder lo contrario, que la obligación sin el interés del acreedor este satisfecho”. Este último es el caso del pago al acreedor aparente (artículo 1225 del Código Civil).

El cumplimiento del deudor “tiene naturaleza meramente ejecutiva de una obligación pre-existente a su cargo. La justificación del desplazamiento patrimonial que se verifica con el cumplimiento debe remontarse a la razón por la cual el vínculo se constituyó y fue aprobado por el ordenamiento, el contrato del cual nació la obligación o el hecho ilícito del que derivó la obligación de reparar el daño o el pago indebido que provocó la obligación de restituir (y a su vez las excepciones a la no repetición de lo pagado, como la obligación natural), se resuelven en la configuración de causa justificada de atribución patrimonial). Debido a esta naturaleza ejecutiva, el cumplimiento “es extraño a la autonomía negocial, y por ello se comprende que las reglas relativas a los requisitos subjetivos y al objeto del cumplimiento sean diversas al régimen de los negocios. Por ello, “para la validez del cumplimiento del obligado no se requiere la capacidad de ejercicio, ni siquiera una específica voluntad dirigida a la extinción



de la obligación. La voluntad del deudor es relevante cuando este tenga varias deudas de la misma especie frente a la misma persona; el deudor debe declarar que crédito debe imputarse el pago y solo a falta de declaración viene en auxilio los criterios establecidos por la ley”. Dichos criterios se encuentran precisados en el artículo 1259 del Código Civil. Estas consideraciones no son de aplicación en el caso del cumplimiento realizado por un tercero, debido a que “es un negocio unilateral del cual el autor es el tercero y el destinatario el acreedor (artículo 1222 del Código Civil).

#### **2.2.5. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>37</sup> para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. VICTOR TICONO POSTIGO: “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo. Constituye la manifestación concreta de porque la función jurisdiccional es, además de un poder, es un deber del Estado, en tanto no puede excusarse de conceder tutela jurídica a todo el que lo solicite”. JESUS GONZALES PEREZ, Señala que “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas. El debido proceso, es el derecho

---

<sup>37</sup> Cesar Landa Arroyo, el derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú tribunal Constitucional del Perú Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pp. 90-93. Lima 2012.

de todo justiciable, iniciar o participar, en un proceso y que en su transcurso el derecho de ser oído, de alegar, de probar, impugnar. Se manifiesta de dos maneras. El derecho de acción y el derecho de contradicción. - Toda persona, sujeto de derechos, se encuentra en aptitud de exigir al estado tutela jurisdiccional para un caso concreto, sea conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. Este derecho se caracteriza por ser público, abstracto y autónomo. Al igual que el derecho de acción, es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional. El derecho de contradicción tiene las mismas características que el derecho de acción, incluso se identifica con este, también en la manera como se ejercita. Es un derecho subjetivo, público y abstracto y autónomo que permite a un sujeto de derechos emplazado exigirle al estado le preste tutela jurisdiccional.

• **Derecho al debido proceso**, que corresponde a todo justiciable, sea demandante o demandado, para actuar en un proceso justo, imparcial; ante juez independiente, responsable, competente con un mínimo de garantías. Se trata de un derecho implícito del derecho a la tutela procesal efectiva, mediante el cual se asegura a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia, de manera directa o a través de un representante, para que con un proceso respetuoso de garantías<sup>38</sup> mínimas, se sustente una pretensión de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional 'efectiva', pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana

---

<sup>38</sup> Ibidem

de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un ‘recurso efectivo’, lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias”.

Pero este derecho no implica que la judicatura deba admitir a trámite toda demanda, y mucho menos que deba estimar de manera favorable y necesaria toda pretensión formulada. El órgano jurisdiccional solo tiene la obligación de acoger la pretensión, y bajo un razonable análisis, decidir sobre su procedencia. Si, por el contrario, la judicatura desestima de plano y sin previa merituación una petición, entonces se estaría vulnerando el derecho de acceso a la justicia.

Para la admisión del trámite de la demanda, el juez debe limitarse a verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad señalados en la ley procesal. Estas exigencias tienen que ver con presupuestos procesales y condiciones de la acción como la competencia del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, la falta de legitimidad de las partes para obrar, etc.

Cabe mencionar que el plazo máximo que tienen las Cortes Superiores para resolver un auto es de tres meses. Pasado el plazo, y no habiéndose resuelto el conflicto, se incurre en una dilación indebida y en un plazo irrazonable que afecta, entre otros derechos, el derecho de acceso a la justicia constitucional, ya que el demandante no podrá acudir a la justicia constitucional en amparo de su pretensión, hasta que la anterior apelación interpuesta sea resuelta.

• **Principio de Dirección e Impulso del Proceso;** la Dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este código. El Juez debe impulsar el proceso por si mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este código. Denominado también principio de autoridad. Este principio históricamente, limitó los excesos del principio dispositivo. Este principio es expresión del sistema publicístico, medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretando de paso la paz social en justicia. CHIOVENDA: ‘El Juez no puede conservar una actitud pasiva que antes tuvo en el proceso. En un principio del derecho público moderno que el Estado hallase interesado en el proceso civil; el juez debe estar provisto de una autoridad que careció antes. El principio de impulso procesal por parte del Juez es una manifestación concreta del Principio de Dirección. Este principio consiste en la aptitud que tiene el Juez para conducir autónomamente el proceso, vale decir sin necesidad de intervención de las partes, a la consecución de los fines. La Dirección del proceso está a cargo del Juez y antes que una facultad es un deber.

• **Deberes procesales de dirección;**<sup>39</sup> es mantener la igualdad entre las partes - Excusarse mediando causal (tercero en la relación litigiosa) - Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. - Procurar la conciliación de las partes.

---

<sup>39</sup> Ibidem

• **Fines del proceso e integración de la norma procesal.** El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este código se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente. Al asumir el código una orientación publicista. Las partes son los naturales impulsores del proceso, no se descarta ni reduce la importancia de la actividad de las partes. Hoy no podemos considerar que los sistemas legislativos sean perfectos y completos. De allí que “las lagunas de la ley” debieron ser cubiertas por el Juez en base a la búsqueda de lo que se ha dado en llamar el espíritu de la ley. El Juez para solucionar un conflicto de intereses, cubriendo los vacíos o defectos en la norma procesal (lagunas) en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de éstas, luego a la doctrina y a la jurisprudencia respectivamente. Nuestro código tiene una posición ecléctica respecto a la finalidad. a) finalidad concreta: La finalidad concreta del proceso contencioso es de resolver un conflicto de intereses (solucionar o componer un litigio), mientras que la finalidad de un proceso no contencioso es la de eliminar una incertidumbre jurídica. b) finalidad abstracta: El fin que persigue el proceso, sea contencioso o no contencioso, es lograr la paz social en justicia. “Entonces una vez que la litis se presenta ante el juez, vía demanda del actor, el proceso desde que se instaure hasta que termine debe procurar promover la paz social en justicia; en la sentencia el juez al resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica debe tener presente estas dos finalidades”.

• **Principio de iniciativa de parte y de conducta procesal.** El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requiere invocarlo el Ministerio Público, el procurador oficioso, ni quien defiende intereses difusos. Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y Buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria. Siempre será indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del estado. “*Nemo iudex sine actore*”, no hay juez sin actor. Señala TICONA, “significa que una persona diferente al juez, debe ejercitar el derecho de acción, interponiendo la respectiva demanda, para que el proceso se inicie. Propiamente la parte que sobreviene en demandante, es la que ejercita el derecho de acción; por consiguiente, dicha parte puede estar constituido por una o varias personas, naturales y/o jurídicas”. Estas categorías procesales, el interés y la legitimidad para obrar, conforman lo que en doctrina se conoce con el nombre de Condiciones de la Acción, que son presupuestos necesarios para que el Juez pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

• **La conducta procesal;** conjuntos de principios destinados a regular la corrección de los intervinientes en el proceso, para lo cual se ha incorporado una serie de sanciones que aseguren la vigencia real de este principio. Sanción pecuniaria, resarcir los perjuicios ocasionados. a) La lealtad. -Es el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor. b) La probidad. - Es la honradez e integridad en el obrar, la rectitud de ánimo. c) La buena fe. - Es la

honradez, rectitud, el buen proceder. Una conducta sin intención de dañar dolosamente. d) La veracidad. - Es la actuación y expresión con arreglo a la verdad de los hechos y las cosas. Actuar dentro de la verdad.

• **Principio de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesal**<sup>40</sup>. Las audiencias y la actuación de los medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión. El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. El Juez dirige el proceso tendiendo a una solución de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran. La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. - El principio de inmediación tiene por objeto que el juez, quien va en definitiva a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso. La idea es que tal cercanía le puede proporcionar mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecúe a lo que realmente ocurrió, es decir, a la obtención de un fallo justo. Las desigualdades económicas no deben ser determinantes. La necesidad de los costos del proceso no impida que las partes hagan efectivo todos sus derechos. Esfuerzo, posibilitar de concretar los fines del proceso evitando la

---

<sup>40</sup> Ibidem

realización de actos innecesarios para el objetivo deseado, simplificar, la economía de esfuerzo. - El principio de celeridad, es la expresión concreta de la economía por razón de tiempo. Los plazos, normas expeditas y sancionadoras de la dilación innecesaria. Una justicia tardía no es justicia.

• **Principio de la Socialización del Proceso;** El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso. La actuación de los medios probatorios tiene un costo (inspección ocular), esta última consideramos vital para la solución de la litis, depende de las posibilidades económicas del litigante. La estrategia procesal a utilizarse respecto de una determinada pretensión o defensa, depende de la cálida técnica del abogado, el Juez director del proceso no sólo conducirá éste por sendero que haga más asequible la oportunidad de expedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso, sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tenga una orientación que repugne el valor de justicia. VICTOR TICONA POSTIGO: El proceso civil se rige estrictamente por el principio de igualdad procesal de las partes, que exige que las partes tengan dentro del proceso el mismo trato encontrándose en la misma situación procesal. Es decir, en igual situación, igual derecho u obligación. Este principio deriva de un principio más genérico: el principio de la igualdad jurídica ante la Ley. Es importante y trascendente el criterio reflexivo del Juez para la aplicación de los principios del proceso. Este artículo convierte de la igualdad ante la ley en la igualdad de las partes en el proceso.



• **Juez y Derecho;**<sup>41</sup> donde el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al Proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. El aforismo “iura novit curia” permite al juez que aplica la norma jurídica que corresponda a la situación concreta, cuando las partes la hayan invocado erróneamente o no lo hayan invocado. El Juez tiene el mejor conocimiento del derecho que las partes, y aplica la norma más conveniente al caso concreto. Si el Juez es el representante del Estado en un proceso. Se aplica en dos supuestos: cuando las partes han invocado erróneamente la norma, y cuando no han invocado la norma. El aforismo impone al Juez el deber de aplicar el derecho que corresponde en el proceso, es decir, durante todo su recorrido y no respecto a un determinado acto procesal como la demanda. Hay situaciones a pesar de la invocación errónea o inexistente el Derecho; no es permisible la intervención del Juez, porque con ella distorsionaría su calidad de terceros, es decir afectaría su imparcialidad. El Juez no puede modificar el petitorio, o incorporar hechos propuestos.

• **Principio de Gratuidad en el Acceso a la Justicia**<sup>42</sup>. El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este código y disposiciones administrativas del poder judicial. Se

---

<sup>41</sup> Ibidem

<sup>42</sup> Ibidem

desconoce en que país pudiese haber una justicia civil gratuito, ya que la justicia, no como valor, sino intento de realización humana es un servicio. El servicio de justicia es tan importante y básico como cualquier otro servicio público. La norma asegura los mecanismos de financiamiento (auto financiamiento) y que son soportados, en función del uso pertinente y necesario que del proceso hagan las partes. Soportará el costo en mayor medida quien sea declarado perdedor en un proceso y el Estado concede gratuitamente la prestación jurisdiccional, sin perjuicio de que el litigante de mala fe, deba abonar las costas, costos y las multas que para cada caso específico establece la Ley (artículos 410, 411, 412 y 112).

• **Principio de Vinculación y Formalidad.** Las normas procesales contenidas en este código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada. Dado que la actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado, las normas procesales que regulan la conducta de los intervinientes en el proceso y las ciencias que las integra son de derecho público. Pero el que las normas procesales sean de derecho público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público. Aquel concepto tiene que ver con su ubicación, éste con su obligatoriedad. Las normas procesales tienen carácter imperativo como principio, salvo que la misma norma regule que algunas de ellas no tienen tal calidad.

• **Principio de Doble Instancia.** El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinto. En algunos países existe la instancia única, por la demanda masiva de servicios de justicia, pero son aquellos que han logrado una considerable evolución del derecho y del proceso, así como un elevado desarrollo en la solución de sus problemas básicos, sin embargo, en el Perú no sería oportuno concretar legítimamente procesos de instancia única. El artículo X consagra el principio de la doble instancia para todos los procesos. Actualmente en el Perú los procesos transcurren por 3 instancias, siguiendo el modelo germánico de hace muchos siglos.

#### **2.2.6. Afectación a la Tutela Procesal Efectiva**

El concepto tutela judicial efectiva, como tal –asegura<sup>43</sup> Hurtado Reyes–, aparece por primera vez en la Constitución española (CE) de 1978, y su artículo 24, aun cuando la propia doctrina europea afirmó desde hace tiempo que toda persona tiene el derecho a acudir al órgano jurisdiccional respectivo para conseguir una “respuesta”.

Por su parte, Chamorro Bernal resalta que, a partir del art. 24.1, el concepto tutela judicial efectiva supuso una auténtica revolución en el ámbito jurídico y en especial en el derecho procesal, todo ello a lo largo de un paciente desarrollo

---

<sup>43</sup> Aguirre Guzmán Vanesa, el derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a la aplicación en los tribunales ecuatorianos, Revista de Derecho N° 14, USAB-Ecuador, Pp. 09-11. Quito 2010.

jurisprudencial que ha determinado el ámbito de las garantías constitucionales derivadas de este derecho, haciendo “chirriar” muchas veces las estructuras mismas de la administración de justicia. El criterio para definir lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva debería partir entonces por lo más sencillo según su significado común, “tutela” implica alcanzar una respuesta. Ciertamente, ello pasa necesariamente por el “acceso” pero no sería correcto concluir a priori que el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con el mero acceso a la jurisdicción; es preciso, entonces, que tal apertura sea correspondida con una decisión sobre el fondo del asunto, que reúna los requisitos constitucionales y legales del caso; o, como expresa Morello con el apoyo de algunas sentencias del TC español, la garantía para los justiciables de que sus pretensiones serán resueltas con criterios jurídicos razonables.

La tutela judicial efectiva, como derecho de configuración compleja, tiene múltiples contenidos. Ya se dijo que la dificultad en la formulación de un concepto, principalmente en cuanto la mayoría de autores ha partido del derecho a la acción o derecho a la jurisdicción para aterrizar en la tutela judicial efectiva como su concreción, obliga a definirlo a través de sus manifestaciones, precisamente porque al no tener una manifestación autónoma, se materializa en varios derechos y garantías procesales. Con todo, bien afirman Gimeno Sendra y Garberí Llobregat que el derecho a la tutela judicial efectiva no es más que el derecho a la acción “constitucionalizado”. Aun así, el derecho tiene dos características que pueden considerarse centrales. No se tratarán los variados aspectos que surgen de su carácter complejo, pues ello implicaría analizar cada

uno de los contenidos que de él se desprenden, lo que desborda el ámbito mismo de este artículo; como se había señalado, el estudio se centrará en la efectividad de las resoluciones judiciales como uno de esos contenidos básicos.

Con respecto a la tutela jurisdiccional efectiva en la tesis de Víctor Roberto Obando Blanco referido al “proceso civil y el derecho<sup>44</sup> fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva”, señala el resumen procesal se da a través de tres construcciones teóricas: Derecho-Tutela-Eficacia. De manera que tenemos que:

- El derecho regula la relación de los ciudadanos con en el Estado.
- La tutela es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas.
- La obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas.

El proceso es un instrumento de tutela de derecho, de modo que, si se desnaturaliza, por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con el cumbe inexorablemente de los justiciables. Existe entonces, la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso. Víctor cita a Eduardo Couture, quien cita a Goldschmidt, el precursor del derecho judicial. En su obra “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, sostenía que las funciones del proceso son tres: a) esencialmente lógico-teórico, encaminada en determinar lo que es justo; b)

---

<sup>44</sup> Obando Blanco Víctor Roberto, Proceso Civil y el derecho fundamental a la tutela efectiva, tesis para optar el grado de Magister en Derecho civil y Comercial, Pp. 33-34. Lima 2010

esencialmente práctica en ejecutar lo que ha reconocido como derecho; c) tuteladora en materializar la realidad de la acción procesal o tutela jurídica.

Couture establece que por tutela judicial se entiende, particularmente en el léxico que por tutela la escuela alemana de donde proviene a partir del derecho justicial, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas; es decir, la misma idea que anima el origen y finalidad del proceso judicial. Debemos partir de la posición aceptada por la doctrina procesal que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se constituyen en respuestas óptimas a situaciones procesales diversas con problemas comunes. Tutela Jurisdiccional Efectiva es propia de un sistema de derecho occidental, que involucra a la vieja Europa, de donde surge el sistema románico-germánico, en contraposición básicamente al derecho surgido en la isla británica (*Common Law*). La constitucionalización expresa del “derecho a la tutela judicial de los derechos” desarrolla una idea dominante en las Constituciones nacidas de la trágica experiencia del conflicto mundial. La tutela jurisdiccional efectiva surge en una tradición donde el Derecho evoluciona sobre la base de la doctrina. Tutela jurisdiccional efectiva tiene como finalidad la satisfacción de los intereses de los particulares a través de un proceso. El derecho al debido proceso será ese conjunto de garantías procesales que debe contar todo particular en todo tipo de procedimiento sea este jurisdiccional o no. Es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional sería una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial. Se quiere que las situaciones jurídicas sean efectivas; se den en el plano real. La tutela jurisdiccional como un sistema en la

medida que es un conjunto de elementos en interacción con una tendencia hacia la integración. Este sistema estaría integrado por tres elementos esenciales que son la acción y la jurisdicción, unidos en un espacio que es el proceso.<sup>45</sup> Para este fin, el concepto de acción, es un concepto dinámico, es la energía que da inicio a un proceso, materializado en un acto procesal llamado demanda y con su propio contenido que es la pretensión. Así, la acción, provoca e inicia el proceso, para que a través de este mecanismo el Estado cumpla con su poder-deber que es la jurisdicción. En principio, cuando nos referimos a la acción, nos referimos a un derecho, entendiendo que derecho solo tienen las personas físicas, tanto que la ficción de las personas jurídicas, patrimonios autónomos, o colectividades siempre se debe manifestar a través de personas físicas. Pero no de cualquier tipo de personas, sino de personas que viven en sociedad, dado que los derechos adquieren significado en la medida que hay otras personas en interacción a las que las pueden oponer. Por esta “acción” las personas pueden exigir y reclamar a la autoridad la solución de una controversia y evitar así la autotutela. En otras palabras, la facultad o poder originario de las personas de auto determinar sus conflictos de forma activa, que es la forma original de resolver conflictos ante la falta de autoridad pública, se transforma en otro poder ahora dirige y es monopolizada por el Estado, con la estructura de un derecho llamado “acción”, y que tienen las personas, solicitando tutela o protección a cargo de las autoridades, es decir, tutela jurisdiccional. Por otro lado, cuando hablamos de jurisdicción, nos

---

<sup>45</sup>.Ibidem

referimos a una manifestación del poder de autoridad, encarnada históricamente en el Estado-Juez, pero que bien se puede manifestar en distintas formas a través de una autoridad delegada, como el caso del arbitraje o de autoridades súper puestas o sobre puestas como la multiplicidad de jurisdicciones del Estado Medieval o supra Nacionales como es el caso de Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Ya se ha mencionado que las formas de resolución de conflictos no son formas autónomas, sino que son manifestaciones culturales que se adaptan al contexto entre las variables cultura y desarrollo de la autoridad.

#### **2.2.6.1. Tutela preventiva<sup>46</sup>**

En la llamada tutela preventiva encontramos como sus finalidades: a) La tutela para eliminar incertidumbre jurídica mediante un proceso de declaración de mera certeza, como, por ejemplo, el proceso de conocimiento donde se pretende se declare que ha operado la prescripción extintiva; el caso que ambos cónyuges pretenden se declare la calidad de bien social del que aparece registralmente como bien propio, etc., y, b) el obtener una sentencia de condena de hacer o no hacer no susceptible de ser satisfecha por reparación patrimonial.

---

<sup>46</sup> Omar Sumaria Benavente, la tutela cautela, análisis y revisión de crítica de sus presupuestos, Pacifico Editores S.A.C., Pp.33-37. Lima 2017



### **2.2.6.2. La tutela diferenciada**

Se presenta como una respuesta del Derecho Procesal a las nuevas situaciones complejas que se generan en la vida de relación del hombre, tomando en cuenta que la tutela ordinaria (proceso de cognición) no admite la posibilidad de una respuesta inmediata, sino más diferible en el tiempo. La tutela de urgencia, es un mecanismo de tutela diferenciada que busca establecer procedimientos simplificados que luchan contra el peligro en la demora del proceso y pretenden distribuir el tiempo del proceso de manera equitativa entre las partes, además de lograr que el peticionante de tutela logre satisfacción de lo pretendido de manera provisional o definitiva.

### **2.2.6.3. Tutela de Urgencia<sup>47</sup>**

Alude a la necesidad de otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria. Su propósito no es en ningún caso constituirse en un reemplazo de la tutela ordinaria o clásica, sino la complementa, dado que su finalidad es la misma: proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva. Víctor Roberto Obando Blanco en su tesis Proceso Civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en la página 76 cita a MONROY GÁLVEZ quien afirma que la Tutela de urgencia tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso.

---

<sup>47</sup> Ibidem

#### 2.2.6.4. Tutela inhibitoria

La tutela inhibitoria es otorgada por medio de un proceso de conocimiento y no se vincula instrumentalmente a ningún proceso que pueda ser llamado 'principal'. Se trata de un 'proceso de conocimiento' de naturaleza preventiva destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito. De esa forma, se diferencia, en primer lugar, del proceso cautelar, el cual se caracteriza por su vínculo con un proceso principal, y, en segundo lugar, del proceso declarativo, el cual ha sido pensado como 'preventivo', aunque destituido de mecanismos de ejecución capaces de impedir el ilícito.

#### 2.3 Definiciones de términos

a) **Reparación:**<sup>48</sup> Resarcimiento del bien o indemnización por quién produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses<sup>49</sup> particulares de la víctima. Según el art. 93 del Código penal, la reparación civil comprende: a) La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y b) La indemnización de los daños y perjuicios. La reparación civil es solidaria si participaran varios

---

<sup>48</sup> Víctor Roberto Obando Blanco, Tesis para optar por el grado de Magister en mención al derecho Civil y comercial. Referido al proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, bases para un modelo. Universidad Nacional San Marcos. Pp. 71-73. Lima 2010.

<sup>49</sup> [http://judicialdelnoa.com.ar/diccionario\\_juridico/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf](http://judicialdelnoa.com.ar/diccionario_juridico/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf).

culpables. Su cumplimiento no está limitado a la persona del infractor (es) sino que puede ser transmisible a sus herederos y terceros.

**b) Proceso Civil:** Son los diversos actos procesales sucesivos unidos por la relación de causalidad que se realizan en cada instancia civil, las cuales concatenados buscan la preclusión procesal para culminar el proceso con una sentencia. Conjunto unitario de actos que conducen a la aplicación de la ley a un hecho materia de controversia o incertidumbre jurídica en el ámbito civil. Conjunto dialéctico de actos procesales realizados por los elementos activos de la relación procesal que buscan acabar con el conflicto jurídico. Comprende la etapa postulatoria; la etapa probatoria, la etapa decisoria, y la etapa impugnatoria.

**c) Ejecución:** (Derecho procesal) Dar cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones. Por lo general se refiere a la sentencia. Aplicación de la pena de muerte.

**d) Obligación:** (Derecho Civil) Relación entre dos partes, en virtud de la cual una, llamada acreedora, puede exigir el cumplimiento de una prestación determinada, en su interés y beneficio, a otra, llamada deudora. Es más propio hablar de relación obligatoria.

**e) Principio procesal:** Es el postulado o axioma que informa la forma o manera de ser un proceso.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Resultado doctrinario

Alfredo Bullard sostiene “Es de la opinión que no solo la penalidad no debería mutar, sino que no debería existir cláusulas nulas por limitación de responsabilidad”. Si bien el análisis efectuado por Bullard hace mención a la reducción judicial de la pena prevista en el artículo 1346 del Código Civil peruano, como las cláusulas limitativas de responsabilidad en los contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, declaradas ineficaces por el artículo 1398 del código Civil, así pues, Bullard sostiene lo siguiente:

El Código civil tiene injerencia directa en cuanto a invertir en un país, en cual va ser el rendimiento de esa inversión, en qué tipo de negocio vamos a tener y en qué tipo de negocio vamos tener y que oportunidades plantean esos negocios para los ciudadanos. El sistema legal peruano a estado sujeto a cambios radicales en la última década, cambios que han modificado toda la esfera y toda la visión que teníamos de derecho.

No se puede limitar la responsabilidad una empresa extranjera quiere abrir una cadena de franquicias en el Perú. Para ello desea utilizar contratos estándares, los mismos que usa en todo el mundo. Cuando encuentra un socio nacional potencial y le plantea presenta el contrato, este socio le contesta que, según sus abogados, ciertas cláusulas no eran válidas en el Perú.

Por ejemplo, le dice que, de acuerdo al artículo 1398 del Código Civil, las limitaciones de responsabilidad no eran válidas en los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Sin incluir las cláusulas de limitación de responsabilidad el contrato era inviable y como era un contrato estándar se pensaba que las Cortes Peruanas declararían su ineficacia. El resultado fue que la distribución se entregó a una empresa chilena, ampliando su territorio geográfico y sometiendo así el contrato a la legislación de Chile que no contenía una limitación de este tipo.

En efecto, la reducción de la pena prevista en el artículo 1346 del Código Civil, a petición del deudor por ser excesiva o por cumplimiento parcial o defectuoso del deudor, es un supuesto de mutabilidad de la pena, al igual que aquella que permitiría declarar la nulidad de una pena en aplicación del artículo 1328 del Código Civil por considerarla ínfima en comparación al daño sufrido y, por ende, que faculta al acreedor a exigir el pago total del resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

Y este artículo 1328 del Código civil equiparable al artículo 1398 del mismo cuerpo normativo, toda vez que sanciona con ineficacia a las cláusulas que exoneran o limitan responsabilidades de quienes redactan contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Son justamente ambas instituciones las que critican a Bullard, la mutabilidad de la pena y la limitación de la responsabilidad civil.

En el caso del *common law*, también existe una apostura que critica la inaplicación de las *penalty clauses* y que viene del análisis económico del derecho. La crítica del análisis económico del derecho se basa en tres problemas con respecto a la prohibición de las *penalty clauses*:

a) Si asumimos que las partes actúan racionalmente, ello conlleva a que una parte no aceptara una cláusula por la que se está compensando inadecuadamente. El eventual incumplidor solo aceptara dicha cláusula por la que se está compensando inadecuadamente. El eventual incumplidor solo aceptara dicha cláusula solo por el precio o su contraprestación se incrementa lo suficiente como para cubrir cualquier aumento en el coste de la ejecución.

b) La ventaja informativa que se presume las partes tiene en el momento de la contratación, nos hace suponer que es probable que tengan una mejor información sobre los daños que podrían ser ocasionados, en comparación a los que un tribunal tendrá después del momento del incumplimiento.

c) Existe un implícito sesgo distributivo al prohibir las *penalty clauses*; que obliga a las partes a asignar algunos riesgos de una manera particular. La prohibición de las penas asigna de manera efectiva toda la ganancia de la aparición del tercero al deudor que incumplirá (nuevamente, la teoría del incumplimiento eficiente), mientras que ambas partes acreedor y deudor, racionalmente podrían haber querido dividir el riesgo de manera diferente.

Que el Código Civil Español en su artículo 1100 referido a las obligaciones de hacer señala: Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa

desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Es así que podemos establecer en el artículo 1106. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes. Esto es en cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer. Por lo que se evidencia que el legislador del Código Civil Español garantiza la tutela Jurisdiccional efectiva.

## **3.2. Resultados Normativos**

### **3.2.1. Derecho Interno**

Nuestro ordenamiento Jurídico ha incorporado los principios de Tutela de Urgencia y la Tutela Preventiva. Generando con ello que se continúe con las malas prácticas del deudor. Ya que, la tutela inhibitoria no está debidamente implementado. La solución que planteo es que se incorpore a los procesos

ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer la reparación Civil, ya que ello da mayor seguridad a que se cumpla a cabalidad con el acreedor, puesto que comprende la restitución del bien, el pago de su valor, abarcando igualmente la indemnización de los daños y perjuicio, ya que no depende de un proceso penal ni de una sentencia que condene al responsable y tiene un sustento compensatorio, satisfactorio, de sanción, prevención y disuasión.

### **3.2.3. Derecho Comparado**

#### **3.2.3.1. Situación de Quebec**

El método de la codificación tuvo su influencia en el modo quebequés de importar el mecanismo de los daños punitivos. Por un lado, la sanción solo es aplicable en presencia de una disposición expresa. Por otro lado, la intención del legislador de querer dirigir el proceso de evaluación mediante la codificación de parámetros que considero más importantes: El artículo 1621 del Código civil de Quebec. Señala lo siguiente: cuando la ley requiera de concesión de daños punitivos, estos no pueden exceder, en valor, lo que es suficiente para cumplir su función preventiva. Estos se aprecian teniendo en cuenta todas sus circunstancias pertinentes, incluyendo la gravedad de la falta del deudor, su situación patrimonial o la extensión de la reparación a la cual se está obligando con el acreedor, de modo que, dado el caso, del hecho que se tenga en cuenta el pago reparador, total o parcialmente, asumido por un tercero. Cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.



### **3.2.3.2. España**

En el artículo 1106 del Código Civil señala: La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes: Artículo 1107. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Artículo 1108. Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. Artículo 1109. Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto. En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio. Los Montes de Piedad y Cajas de Ahorro se registrarán por sus reglamentos especiales. Tal es de verse que el Código Civil español ha incluido la reparación como sustitución a los principios de tutela preventiva y tutela de urgencia.

## **CAPÍTULO IV**

### **DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

#### **4.1 Discusiones Doctrinarias, Normativas y Comparadas**

De lo desarrollado a lo largo de la presente investigación con la información doctrinaria y la información jurisprudencial y legal, presentada en los anteriores capítulos y especialmente de la situación del derecho de Quebec he podido demostrar las hipótesis planteadas al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

##### **4.1.1 Posición o argumentos personales**

Me permitió determinar lo siguiente: El principio de tutela procesal efectiva juega un papel importante en el desarrollo del proceso, ya que este principio garantiza los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (Juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o

incertidumbre jurídica, por lo que al acceder a un proceso judicial el acreedor no da por satisfecho su reparación patrimonial.

Los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer tienen vital importancia en el sistema procesal peruano, debido al monopolio económico propio de la coyuntura social que vive el país. Es así que el acreedor al acudir al Poder Judicial no cuenta con las garantías mínimas que todo justiciable tiene, ello debido a que los principios de tutela preventiva y tutela de urgencia no cumplen el rol de disuadir, prevenir la repetición de lo ilícito, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. La indemnización de los daños y perjuicios a través de una sentencia según sea la conducta comisiva u omisiva.

El principio de tutela procesal efectiva tiene gran importancia dentro del sistema judicial peruano, puesto que se encuentra protegido por la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Civil, ya que dicho principio garantiza a los justiciables que al acudir a un proceso judicial cuenten con las garantías mínimas como son el derecho a un debido proceso, el derecho de ser oído, de alegar, de probar, impugnar que se manifiestan mediante dos formas. El derecho de acción y el derecho de contradicción. Ya que, de ser así, los estamentos legales no estarían cumpliendo su rol de garante de la administración de justicia.

Ya que es de observarse el Código Civil Español garantiza que el deudor cumpla a cabalidad la pretensión del acreedor puesto que mediante el artículo 1106 del Código Civil señala: la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia

que haya dejado de obtener el acreedor. Es así que se garantiza la tutela Jurisdiccional Efectiva de los justiciables al acudir a un proceso Judicial. Es obligación del Estado dotar de garantías a los justiciables ante un proceso. Por lo que el Estado debe invertir en adecuar las leyes a los fines de un Estado democrático.

## CONCLUSIONES

- 1) A lo largo de la investigación se puede percibir que los procesos ejecutivos han ido evolucionando y con ello han traído consigo problemas como es la afectación al Principio Procesal de Tutela Efectiva. Ello debido a la falta de un tratamiento adecuado a los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer en el Perú. Ya que como es de verse en estos procesos se implementó la tutela preventiva y la tutela de urgencia, no siendo suficiente para que se garantice que se cumpla a cabalidad los derechos del acreedor, puesto que se dejó de lado un principio tan importante como es el principio de tutela inhibitoria, dicho principio tiene por fin impedir la continuación, repetición de lo ilícito por parte del deudor.
- 2) La solución al problema sería la implementación de la reparación civil a los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer en el Perú, ello debido a que la reparación civil subsume a los principios procesales como son: Principio de Tutela Preventiva, Tutela de Urgencia y Tutela Inhibitoria, puesto que la reparación civil tiende a garantizar que se cumpla a cabalidad la obligación por parte del deudor. Parte de ello, la prevención, disuasión, continuación con el fin de garantizar que no se continúe con prácticas ilícitas por parte del deudor. Por lo que se debe implementar a la reparación civil a los procesos ejecutivos de obligaciones de hacer y no hacer en el Perú.

## RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda incorporar la Reparación Civil a los procesos ejecutivos sobre obligaciones de hacer y no hacer para con ello no transgredir lo normado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú, referido a la observancia del debido proceso y a la tutela jurisdiccional concordando con el artículo I del título preliminar del Código Procesal Civil.
  
- 2) La incorporación de la Reparación Civil garantizará el derecho del acreedor ante un proceso judicial ejecutivo sobre obligaciones de hacer y no hacer, ya que dicho mecanismo legal garantiza que el deudor cumpla a cabalidad la pretensión fungible o infungible mediante la prevención, disuasión y repetición de lo ilícito, según sea la conducta omisiva o comisiva. Por lo que la implementación de la reparación civil solucionaría dicho vacío.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa. *“El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a la aplicación en los tribunales ecuatorianos”*. USAB-Ecuador, Revista de Derecho N° 14, 2010.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *“El derecho de las obligaciones y de los contratos”*. Lima, Primera edición, Pacifico Editores S.A.C., 2017.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. *La Investigación Jurídica*. Editorial Grijley. Lima, 2010.
- ATIENZA, MANUEL. *“Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica”*. Lima, Editorial Palestra, 2004.
- BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México, Editorial Trillas, 1986.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *“Las obligaciones y su clasificación”*. Lima, Pontificia Universidad Católica, del Perú, universidad de Lima y Universidad femenina del Sagrado Corazón, Concejo Editorial, 2014.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *“Introducción al Derecho de las Obligaciones”*. Lima, Pacifico Editores S.A.C. 2017
- FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *“Metodología de la Investigación”*. México, Mc Graw Hill, 1997.

- . GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. *“La reparación civil en el proceso penal, análisis doctrinario y jurisprudencial”*. Lima, edición Instituto Pacifico S.A.C., tercera edición. 2016.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *“La argumentación en el Derecho”*. Lima, Editorial Palestra, 2005.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *“Metodología de la Investigación”*, México, Editorial McGrawHill, 2010.
- LANDA ARROYO, Cesar. *“El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú tribunal Constitucional del Perú Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. Lima, 2012.
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *“Tesis para optar por el grado de Magister en mención al derecho Civil y comercial. Referido al proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, bases para un modelo.”* Universidad Nacional San Marcos. Lima, 2010.
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto, *“Proceso civil y el derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional efectiva base para un modelo, tesis para optar el grado de maestría Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Mayo de San Marcos”*. Lima 2010.  
<http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1190>.



- OSTERLIG PARODI, Felipe. “*Obligaciones*”. Lima, 8ª Edición, Editora Jurídica Rrijey, E.I.R.L., 2007.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “*Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*”. Lima, Editorial Grijley, 2011.
- ROBLES TREJO, Luis y otros. “*Fundamentos de la investigación científica y jurídica.*” Lima, Editorial Fecatt, 2012.
- ROBLES TREJO, Luis Wilfredo; ROBLES BLACIDO, Elmer y FLORES LEIVA, Efraín. “*El paradigma neoconstitucionalista en la configuración del estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993*”. Lima, editorial Ffecaat E.I.R.L, primera edición, 2016.
- SEVILLA UGARTO, Percy Howel. “*Las causales de contradicción en el Proceso de ejecución*”. Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. “*Metodología de la investigación jurídico social*”, Lima 1991.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. “*La tutela cautela, análisis y revisión de crítica de sus presupuestos*”. Lima, Pacifico Editores S.A.C., 2017
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. “*El Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo el sistema interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias.*” Guayaquil, 1era edición, Edilix S.A.C. editores, 2011.