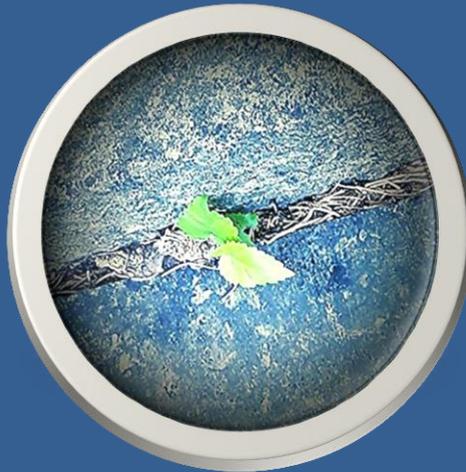


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 2
Agosto-diciembre 2016
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Abuso del proceso

[*Abuse of process*]

Michele Taruffo

Profesor ordinario de la *Università di Pavia* (Italia)
Contacto: michelino.taruffo@unipv.it

Resumen

En el presente trabajo el autor trata el tema del abuso del proceso, mostrando dudas y perplejidades sobre la posibilidad de que existan supuestos atípicos de abuso, tal como viene asentándose en buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia italianas. En ese sentido, el autor advierte que bajo el lema moralizador del “abuso del proceso” se esconde una “deriva autoritaria”, la cual, con la excusa de privilegiar los “valores del sistema”, en el fondo, limita la libertad de acción de las partes.

Palabras clave: Abuso del proceso; buena fe procesal; autoritarismo judicial.

Abstract

In this essay the author deals with the topic of the abuse of process, showing his doubts and perplexities about the possibility of the existence of atypical hypothesis of abuse of process, as it is occurring in Italian legal doctrine and judicial decisions nowadays. In that sense, the author warns that under the moralizer slogan of “abuse of process” it is hiding an “adrift authoritarian” that, with the excuse of favoring the “values of the system”, actually limits the liberty of action of the parties.

Key words: Abuse of process; procedural good faith; judicial authoritarianism.

Recibido: 5 de diciembre de 2016 / Aprobado: 10 de diciembre de 2016



Abuso del proceso*

Michele Taruffo

1. Una duda introductoria

Cada vez que me proponen decir algo sobre el abuso del proceso me encuentro en dificultad: una dificultad creciente con el tiempo porque con el tiempo –y sobre todo en los últimos años– este argumento ha conocido y continúa conociendo una suerte de explosión que se ha manifestado en la publicación de monografías incluso importantes¹, en un número elevado de artículos de doctrina² y en congresos, como el de Urbino del 2011³. En esta explosión participa también la jurisprudencia, no siendo pocos los jueces, incluida la Corte de Casación, que se dedican a la cacería de supuestos incluso los más raros de abuso del proceso⁴. No se puede, luego, excluir que en la explosión participe también el legislador, al menos si se asume la hipótesis (en realidad optimista, aunque dudosa) de que el mítico personaje disponga de una voluntad mínimamente coherente de mejorar, atacando los abusos, la efi-

* Publicado en *Contratto e impresa*. Nº 4-5, 2015. Traducción del italiano de Renzo Cavani, con autorización del autor.

¹ Cfr., en particular, CORDOPATRI (2000); GHIRGA (2004; 2012) y, últimamente, TROPEA (2015) y ASPRELLA (2015).

² Cfr. entre muchos COMOGLIO (2008: 319 ss); DONDI (2010: 1 ss); ANSANELLI (2007: 1 ss); TARUFFO (1998: 435 ss; 1999: 496 ss).

³ Las actas del congreso están publicadas en ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESO CIVILE (2012).

⁴ V., últimamente, el amplio análisis de GHIRGA (2015: 445 ss).

ciencia del proceso civil⁵. Parece pues que se esté difundiendo a todos los niveles una suerte de oleada de moralismo –no se cuán auténtico y consciente– que apunta, parecería, a interpretar el proceso como una especie de elegante baile entre gentilhombres más que como una contienda dialéctica, eventualmente también dura, finalizada a la victoria en la solución de la controversia. Resulta imposible dar cuenta de todo aquello en pocas palabras y pocas líneas; debo, por tanto, limitarme a algunas consideraciones de orden general.

Una primera consideración nace de la perplejidad que no logro superar frente a este fenómeno. Esta perplejidad nace de una duda sobre la existencia misma o la autónoma configurabilidad de lo que llamamos “abuso del proceso”. Si se parte, por ejemplo, de la idea de Calamandrei del “proceso como juego”⁶, o de la concepción de Roscoe Pound de la *sporting theory of justice*⁷, o –en nuestros días– de la interpretación que Vincenzo Ferrari ofrece del proceso como un *war game* en el cual “la estrategia procesal induce [...] a los actores a interpretar su papel con el máximo posible de libertad y aprovechando toda oportunidad para realizar sus jugadas”⁸, podemos ser inducidos a interpretar el proceso como una competición entre dos sujetos, cuyo desarrollo está regulado –a menudo de manera bastante analítica– por las “reglas de juego”. Son estas las reglas que establecen cuáles jugadas (pensemos, por ejemplo, en el ajedrez) están permitidas en cuanto constituyen el juego, y establecen también las sanciones (pensemos en el *baseball* del que habla Pound) que se aplican a los que

⁵ Para esta hipótesis v., en efecto, GHIRGA (2015: 457 ss).

⁶ Cfr. CALAMANDREI (1965: 537 ss).

⁷ Cfr. POUND (1947: 125). Sobre esta concepción v. TARUFFO (1979: 12,18, 123 ss).

⁸ Cfr. FERRARI (2015: 23).

violan estas reglas. En el proceso, como sabemos, existen reglas específicas que regulan el modo, el tiempo y el contenido de cada uno de los actos, así como las actividades que corresponden a los diversos sujetos (juez, partes, etc.) y, además, configuran las sanciones (nulidad, anulabilidad, preclusiones, resarcimiento del daño) que deben ser aplicadas cuando estas reglas son violadas o no son aplicadas válidamente⁹. Sin exceder en las metáforas lúdicas, resulta evidente que esta interpretación del proceso y de sus reglas tiene un sentido profundo, pero produce dos consecuencias relevantes.

La primera consecuencia es que –por citar a Goldschmidt¹⁰– el proceso no es un lugar en el cual valen reglas morales, por lo que ningún comportamiento procesal puede ser objeto de valoración ética, siendo más que suficientes las reglas *jurídicas* que lo disciplinan. Sobre el particular, se puede observar que en varios ordenamientos es la ley procesal la que establece, por lo general de modo analítico, cuáles son los comportamientos que se consideran negativamente en cuanto implican violaciones de las reglas de juego procesal¹¹. Nuestro ordenamiento procesal es muy claro al respecto: basta considerar la lista de conductas “incorrectas” que bajo el título *Responsabilidad agravada* está contenida en los primeros dos párrafos del art. 96 CPC, en donde se regulan con precisión los diversos supuestos y se indican las correspondientes sanciones (en términos de resarcimiento del daño)¹². Frente a

⁹ Sobre el argumento v., últimamente, MENCHINI (2015: 116 ss).

¹⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT (1925: 292). Puede ser, como subraya Carratta (2015: 154 ss), que la tesis de Goldschmidt haya quedado minoritaria en la doctrina alemana, pero no se puede negar que ella indique una perspectiva marcadamente realista y como tal digna de ser tomada en consideración.

¹¹ Para algunos ejemplos: v. TARUFFO (2012: 25 ss).

¹² Sobre el argumento cfr., en particular, CORDOPATRI (2012: 59 ss). Para amplias referencias de doctrina y de jurisprudencia v. últimamente CARPI y TARUFFO (2015: 309 ss). Reenvío a más adelante algún comentario sobre el actual

situaciones normativas de este tipo surge una duda relevante, esto es, la idea de que las normas en cuestión probablemente ya contengan una disciplina precisa de las conductas procesales que se consideran no admitidas, y que, por tanto, no exista ninguna necesidad, o posibilidad alguna, de crear otras situaciones que a estas debieran agregarse, para llegar a una disciplina que se quisiera “completa”, porque azas más amplia, de las conductas procesales que por alguna razón se consideran abusivas. En otros términos, el listado contenido en estas normas podría considerarse como taxativo, y no como meramente ejemplificativo de algún principio general que existiría en algún lugar del ordenamiento aunque no esté enunciado en ninguna otra norma. Si así fuera, nada impediría decir que tales normas regulan supuestos de abuso del proceso, pero se trataría solo de una cuestión de palabras, y no sería posible individualizar *otras y ulteriores* hipótesis de abuso.

No parece, pues, insensata la duda de que nos encontremos frente a un fenómeno no infrecuente en el discurso de los juristas, fenómeno que definiría de “entificación de las palabras”. Éste se produce cuando se toma una expresión lingüística, se la repite un número suficiente de veces hasta formar la convicción de que además de la palabra exista en realidad también la “cosa” que tal palabra indicaría. Por decirla con Gottlob Frege, se trataría de una expresión lingüística de la cual se trata de definir el *Sinn* pero que, sin embargo, queda sin *Bedeutung*, por cuanto su mera repetición no crea de la nada la realidad empírica de aquello que la expresión dice. En nuestro caso, ello conduciría a decir que la sola circunstancia de que se hable muchísimo de abuso del proceso no implica, para nada, que el abuso del proceso exista realmente (más allá de las hipótesis normativamente previstas). Decir que aquél exista “en el derecho viviente”¹³ significa, por tanto, que aquel existe en

tercer párrafo del art. 96, que parece inspirarse en una lógica completamente distinta.

¹³ Así GHIRGA (2015: 446, 457).

los repetidos discursos de los juristas y en particular en los discursos, por lo general genéricos e inconcluyentes, de la jurisprudencia¹⁴, pero no se puede excluir que aquel exista solo en estos discursos, que buscan justificar decisiones en gran medida *extra legem* y arbitrarias¹⁵. Entonces, la duda lleva a preguntarse si no sea el caso de aplicar la saludable navaja de Ockham, esto es, la *lex parsimoniae* por la que *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Nos podemos, pues, preguntar –pero lo haré más adelante– si sea y cuál sea, si existe, la *necessitas* que justificaría los discursos sobre el abuso del proceso.

2. Acto ilícito y acto abusivo

Para no oírme decir que de esta manera trato de eludir un problema que no soy capaz de resolver, probaré a imaginar cómo podría individualizarse un efectivo abuso “atípico” del proceso¹⁶ (siempre fuera de los supuestos normativos específicos expresamente previstos). Un posible punto de partida está en la mención que acabo de hacer del proceso, como procedimiento dialéctico cuyos “jugadas” están específicamente reguladas por la ley procesal, la cual define de manera analítica cuáles son las consecuencias de actos y comportamientos no conformes a esta regulación, esto es, cuáles son y cómo vienen sancionados los actos y los comportamientos que de esta manera se configuran como *ilícitos* o *inválidos*. Hay que considerar, en efecto, que el acto que no corresponde a su tipo normativo es inválido, y, por tanto, no produce ningún efecto¹⁷. A este punto –sin embargo– se encuentra algo casi paradójico, es decir: desde el momento que un acto procesal ilícito o

¹⁴ Basten al respecto los ejemplos más recientes analizados en GHIRGA (2015: 447 ss).

¹⁵ V., sobre el particular, *infra*, apartado 6.

¹⁶ Sobre la categoría de los ilícitos atípicos v. ATIENZA y RUIZ MANERO (2004).

¹⁷ Sobre el particular, v., especialmente, MENCHINI (2015: 120 ss).

inválido es sancionado en cuanto tal, precisamente por esto no puede ser considerado –salvo a costa de una mera superposición verbal– *también* como *abusivo*. Entonces, la alternativa es la siguiente: o se excluye –*ut supra*– que exista una suerte de abuso atípico no previsto expresamente por la ley, y entonces cuando se habla de actos que no corresponden al respectivo modelo normativo se habla *solo* de actos ilícitos o inválidos, o bien se considera que sea posible configurar el abuso como algo distinto de la ilicitud del acto. Pero la consecuencia de esta segunda opción es que podrían ser propiamente calificados como abusivos solo actos y comportamientos que son *lícitos* desde el punto de vista de la regulación del proceso, y que, por tanto, deberían ser calificados como abusivos solamente en base a algún principio o regla que se supone existente *fuera* (¿encima?, ¿abajo?, ¿en algún “otro lugar”?) de tal disciplina¹⁸.

El problema consiste entonces en preguntarse cuándo es posible que un acto o un comportamiento en sí lícitos sean *también* abusivos. Intuitivamente parece que ello pueda ocurrir en un solo tipo de situaciones, esto es, cuando la ley procesal atribuye a un sujeto –y en particular a una parte– un poder discrecional, o sea, la posibilidad de elegir entre distintas alternativas que la misma ley prevé como *todas* válidas y lícitas. Si estuviéramos frente a *un solo* comportamiento configurado como posible y, por tanto, como obligatorio, el sujeto no tendría ninguna elección y la omisión de ese acto, o la realización de un acto distinto, sería –una vez más– un ilícito, con consecuencias relevantes en términos de responsabilidad del sujeto¹⁹, pero sin que al respecto se pueda hablar de un abuso. Por lo demás, el proceso entero podría ser interpretado como una compleja secuencia de situaciones en las que un sujeto (una parte, la otra parte, el juez) dispone de discre-

¹⁸ Al respecto v., en efecto, *infra*, apartado 5.

¹⁹ Sobre el argumento v., más ampliamente, MENCHINI (2015: 72 ss, 76 ss).

cionalidad en base a la cual opta por una u otra alternativa entre aquellas que de vez en vez la ley configura como posibles y legítimas, determinando con su elección la situación sucesiva, de modo que el entero desarrollo del procedimiento resultaría de la concatenación de las elecciones realizadas por los diversos sujetos.

No siempre, sin embargo, una elección discrecional implica un abuso. Ello no ocurre siquiera cuando el sujeto dispone de una discrecionalidad *absoluta*, esto es, de la completa libertad de elegir una u otra alternativa. Por ejemplo: yo soy absolutamente libre de decidir si plantear o no plantear una demanda judicial, pero sea que la plantee o que no la plantee no realizo nada de abusivo. Además: el demandante, en base al principio dispositivo, es libre de determinar los hechos que alega como fundamento de su demanda, y, por tanto, no cumple un acto abusivo indicando el hecho X en lugar del hecho Y. Podrá ocurrir que la demanda sea rechazada porque el hecho alegado no resulta probado o no fundamenta el derecho del cual el actor pide su determinación, pero –aparte del caso de litis temeraria– ello determina *solo* el vencimiento del actor, y con ello no se configura ningún abuso.

Consecuencias análogas se pueden configurar también en el caso de discrecionalidad *regulada*, esto es, cuando las alternativas entre las que el sujeto puede elegir son limitadas, y cada una de ellas está específicamente regulada en sus modalidades y consecuencias. Si el sujeto opta por una de estas alternativas y aplica correctamente las correspondientes normas, se comporta de manera lícita y no abusiva. Si, por ejemplo, el art. 326 CPC me permite impugnar la sentencia no notificada dentro de los seis meses, y yo notifico la apelación el último día útil antes del vencimiento del plazo, hago simplemente lo que la ley me permite y no cometo ningún abuso del proceso. Otra: si hay varias modalidades procesales a través de las cuales puedo hacer valer mi derecho (por ejemplo: proceso sumario, proceso monitorio, proceso ordinario) la simple coexistencia de estas diversas posibilidades, en ausencia de normas que prescriban específicamente el recurrir a uno o al

otro tipo de procedimiento, implica que yo pueda libremente escoger servirme de uno u otro procedimiento, sin que con ello cometa abuso alguno. En particular: no cometo ningún abuso si decido hacer valer en vía ordinaria un crédito respecto del cual podría pedir un decreto monitorio [*decreto ingiuntivo*]. Nótese que cuando el legislador no pretende dejar esta posibilidad al actor, no hace otra cosa que prescribir que para determinadas materias se emplee solo un específico procedimiento (como hace, por ejemplo, el art. 409 CPC, respecto de las controversias laborales y las asimiladas).

Entonces, no siendo suficiente la referencia a la discrecionalidad, el discurso se complica, por cuanto desde muchos lados se ha dicho que se verifica un abuso cuando el acto es realizado para lograr *un propósito distinto* de aquel al cual el acto estaría orientado²⁰. Este discurso parece intuitivamente sensato, pero no faltan dificultades. Por un lado, a menudo es difícil o imposible establecer cuál es el propósito *propio* de un acto, por lo que no parece tampoco posible establecer cuándo el propósito por el que el acto es realizado es *impropio*. Por otro lado, aunque esta distinción fuera posible no por esto se configuraría un abuso en la segunda hipótesis. Por ejemplo: no hay duda de que el propósito propio de la interposición de una demanda sea dar lugar a un procedimiento destinado a terminar con una sentencia. Pero el actor podría notificar una demanda [*citazione*] (también o solamente) con un propósito distinto, esto es, para inducir a la otra parte a una negociación o a una transacción. No parece, sin embargo, que en ello haya nada de abusivo: si el propósito “impropio” no se logra, quedaría, con todo, el propósito “propio”, pero si el propósito impropio es conseguido la consecuencia sería positiva, por cuanto se evitaría el proceso. Otra más: si –como a menudo ocurre– hay que realizar un intento preliminar de mediación, el intento debería estar

²⁰ Cfr. CORDOPATRI (2012: 50 ss). Sobre el argumento, v., últimamente, TROPEA (2015: 351 ss) y ASPRELLA (2015: 104).

orientado al logro de un acuerdo (al menos según las esperanzas del ingenuo legislador), pero es claro que las cosas no son así. Una parte toma la iniciativa del intento porque no puede evitarlo, pero no porque el propósito que persigue sea el acuerdo: su propósito es simplemente poder luego plantear –una vez fracasado el intento– una demanda procedente. Parece evidente, sin embargo, que en ello no haya nada de abusivo. Se podría, entonces, individualizar algún supuesto de abuso no en todos los casos en los que un acto viene realizado con un propósito que no le es propio, sino solo en los casos en los que este propósito es ilícito o, en todo caso, prohibido por el ordenamiento²¹.

3. ¿Libertad o abuso?

El discurso sobre el comportamiento eventualmente abusivo de la parte requiere alguna ulterior consideración.

Por un lado, la referencia al propósito –proprio o impropio– por el que una parte realiza un determinado acto implica que se tome en consideración y se considere decisiva la *voluntad* de la parte que realiza el acto. Sin embargo, además de las escasas hipótesis típicas (como la litis temeraria, la revocabilidad de la confesión o el dolo revocatorio), es conocido que la voluntad de la parte es del todo irrelevante desde el punto de vista del contenido, de la finalidad o de la validez del acto procesal. Es la ley, una vez más, la que establece cuáles son los efectos de los actos del proceso y, por tanto, la voluntad de la parte no los determina de ningún modo²². Cuando –como ocurre a menudo y se ha visto más arriba– es la ley la que atribuye al sujeto un cierto ámbito de discrecionalidad, ella automáticamente *legítima* el logro de todos los

²¹ Sobre el particular, v. más ampliamente TARUFFO (2012).

²² Cfr. MENCHINI (2015: 117) y en sentido análogo ASPRELLA (2015: 121); COMOGLIO (2008: 328).

propósitos a las que pueden estar finalizadas las diversas alternativas.

Por otro lado, hay que considerar que las partes gozan de la *libertad* de comportarse en los modos que consideran más oportunos en las diversas situaciones procesales (obviamente a condición de que se atengan a lo que la ley procesal de caso en caso establece en cuanto a la forma y a las modalidades de los diversos actos que pueden realizar). Como justamente ha subrayado Vincenzo Ferrari con la metáfora del *war game*, en el proceso las partes asumen actitudes distintas con la máxima libertad posible, aprovechando todo espacio para realizar sus respectivas jugadas en vista de finalidades entre ellas incompatibles²³. Limitar esta libertad de elección de las técnicas y de las estrategias de defensa significaría poner restricciones no justificables para la actuación concreta de las garantías de la acción y de la defensa en el ámbito del proceso. Retomando por un instante las metáforas del juego y de la competición deportiva, sería claramente absurdo pedir al ajedrecista revelar al inicio del partido cuál será su estrategia y cuáles serán sus jugadas en respuesta a las jugadas del adversario. Todo lo que puede pedírsele es de aplicar puntualmente las reglas de juego. Análogamente, no se puede pretender que el entrenador de un equipo de fútbol revele anticipadamente su estrategia. Lo que se puede pretender es solo que el partido se desarrolle de manera regular. Esto significa que el jugador es libre de escoger su “jugada” en todo momento del desarrollo de la competición, con el único límite consistente en la prohibición de violar las reglas de juego.

Por otro lado, y haciendo nuevamente referencia a las normas que regulan la competición procesal, es oportuno recordar que ellas ya contienen –como se ha visto más arriba– un catálogo detallado de las situaciones en las que la ley considera que la

²³ Cfr. FERRARI (2015: 14, 23,26).

competición se ha desarrollado de manera “incorrecta”. Queriendo expresarnos de esta manera, se podría decir que éste es catálogo de las situaciones en las que se configura un abuso del proceso²⁴, en el sentido amplio de un comportamiento contrario a las “reglas de juego”. Por lo demás, habiendo el legislador previsto estos supuestos, con las correspondientes sanciones, nos podemos preguntar –como se ha ya mencionado– si ello sea meramente indicativo de algunos casos específicos de una suerte de principio más general, extensible a gusto, en vía de interpretación. Sobre el particular, vale como mínimo la invitación a la cautela de la que habla Vincenzo Ferrari²⁵, si no fuera por más que para evitar el riesgo de una excesiva e injustificada compresión de la libertad táctica y estratégica de las partes. No es infundada, en cambio, la sensación de que se esté produciendo una “deriva autoritaria” en la interpretación que a menudo da la jurisprudencia del abuso del proceso, entendido como categoría atípica aplicable de manera arbitraria para sancionar comportamientos de las partes que, por alguna razón ajena a la aplicación de las normas procesales específicas, son consideradas como “incorrectas”²⁶.

4. Buena fe, lealtad y probidad

Un ulterior argumento a favor de la configurabilidad del abuso del proceso es aquel que se centra en la afirmada necesidad de que las partes se comporten conforme a *buena fe*, o –según la fórmula un tanto *démodé* del art. 88 CPC– *con lealtad y probidad*.

La invocación de la buena fe es intuitivamente comprensible en el plano de una genérica consideración de carácter ético. No parece, sin embargo, sostenible la tesis, aunque bien argumenta-

²⁴ Sobre el argumento, cfr. CORDOPATRI (2012: 49 ss).

²⁵ Cfr. FERRARI (2015: 30 ss).

²⁶ Sobre el particular v. TROPEA (2015: 395), también con amplias referencias.

da, según la cual la buena fe en el proceso debería ser, nada menos, reconducida entre las garantías fundamentales de la administración de justicia²⁷. Por otro lado, se puede imaginar que un proceso se cierre con una decisión justa de hecho y de derecho aunque la parte victoriosa se haya comportado de mala fe. Vale la pena recordar, en efecto, que el art. 96 CPC, configura como hipótesis de responsabilidad agravada la mala fe *solo del vencido* (quizá presuponiendo que siempre haya vencimiento para la parte a la cual se refiere tal responsabilidad). Sin embargo, es posible derivar, de esta limitada formulación de la norma, la conclusión de que no exista un principio *general* de buena fe procesal, si no fuera por más que porque ni el art. 96 ni ninguna norma habla de ella²⁸. Vale además la consideración de que el discurso sobre la buena fe implica que se indague la voluntad con la que las partes realizan determinados actos, lo que –como ya se ha visto– no tiene relevancia cuando se trata de actos procesales, salvo que la ley lo establezca expresamente, precisamente como en el caso del art. 96.

Con todo, es difícil –pese a los numerosos intentos realizados por la doctrina– atribuir un significado normativamente eficaz a fórmulas tan genéricas como aquellas de la buena fe procesal²⁹, que ciertamente expresan un auspicio moralmente compartible, pero que difícilmente se prestan a definiciones precisas.

En cuanto al deber de comportarse *con lealtad y probidad*, hay que observar antes que nada que se trata de un deber cuya violación no está sancionada de ninguna manera (salvo la comuni-

²⁷ En este sentido la monografía de PICÓ i JUNOY (2003).

²⁸ Distinta es la situación en algunos países como España, Portugal y Brasil, en donde existen normas que se refieren expresamente a la buena fe en el proceso. V., últimamente, TROPEA (2015: 237); TARUFFO (2012: 26).

²⁹ Sobre el argumento cfr. el amplio y actualizado análisis de TROPEA (2015: 235 ss) así como de CORDOPATRI (2012: p. 63 ss).

cación al Consejo de la Orden profesional en el caso en el que sea el defensor el que no observa tal deber, así como la no frecuente eventualidad prevista en el art. 92, en que el juez condene a una parte a reembolsarle a la otra las costas que ha causado violando el art. 88). En cuanto a la identificación del posible contenido de tal deber, se presenta muy apreciable el reciente y amplio intento realizado por Antonio Carratta, de individualizarlo en un deber *de verdad y completitud* de las afirmaciones de las partes, reconociendo en el art. 88 una relevante manifestación del deber de buena fe procesal³⁰. Sin embargo, incluso siguiendo las complejas argumentaciones que la justifican, el análisis de Carratta llega a formular no tanto un efectivo deber de verdad sino más bien una prohibición de falsedad consciente (por lo demás ya presente en los varios códigos de ética profesional)³¹, no pudiéndose, por lo demás, excluir que tal falsedad ya configure una hipótesis de mala fe conforme al primer párrafo del art. 96. Además, el deber de completitud en las enunciaciones fácticas no puede evidentemente configurarse como el deber de alegar *también* hechos desfavorables a la tesis defensiva de la parte³². De ello descende, en sustancia, que cualquier comportamiento que no implique afirmaciones de cosas que se sabe que son falsas (o de servirse de pruebas cuya falsedad se conoce) y consienta a la parte narrar de manera razonable los hechos que considera a sí favorables, no puede considerarse como una violación del art. 88, y mucho menos puede considerarse como un abuso del proceso³³. Hay que recordar que

³⁰ Cfr. CARRATTA (2015: 145 ss, 224 ss). Sobre el argumento v. también TARUFFO (2012: 37 s).

³¹ CARRATTA (2015: 237), justamente excluye que para las partes exista un deber de “verdad material”.

³² En el mismo sentido v. CARRATTA (2015: 237).

³³ Se puede observar que si una parte plantea como fundamento de su demanda una narración fáctica lagunosa, fragmentaria, contradictoria o manifiestamente absurda porque contraria a la normal experiencia, la consecuencia no es un abuso del proceso sino la nulidad de la demanda [*citazione*] por viola-

cada parte propone legítimamente, dentro de la infinita variedad de las narraciones posibles, la narración de los hechos que considera más favorable a su posición defensiva³⁴. No se puede pretender, evidentemente, que esta narración sea *verdadera*, por cuanto ella está acompañada solo por *una pretensión de verdad*, y tampoco que ella sea efectivamente *completa*, dado que también en el proceso civil *nemo tenetur edere contra se*. Por tanto, puede solo requerirse que la parte no plantee narraciones que sabe que son falsas, y –a lo más– que plantee narraciones, *prima facie*, verosímiles.

5. Los “valores del sistema”

A aquellos que –como quien escribe– manifiestan escepticismo respecto de la difundida tendencia a descubrir pretendidos comportamientos abusivos realizados por las partes y, por tanto, a limitar su libertad de acción, se objeta que, en todo caso, la administración de la justicia debe actuar los “valores del sistema”, esto es, valores y principios que atienden al buen funcionamiento de la justicia civil³⁵. Esta referencia parece colocarse en una más general concepción del proceso civil, que abandonarían la idea del proceso como “cosa privada” de las partes configurándolo, en cambio, como servicio público³⁶. Por otro lado, la idea de que la administración de la justicia deba actuar los principios que regulan su buen funcionamiento parece absolutamente obvia y no merecedora de particular discusión. En la realización de estos valores estaría, pues, la *necessitas* ockhamiana idónea para justificar todos los

ción del inc. 4 del art. 163 CPC (cfr. el cuarto párrafo del art. 164 del mismo Código).

³⁴ Sobre el argumento v. más ampliamente TARUFFO (2009: 43 ss).

³⁵ Entre los muchos argumentos sobre el particular v., por ejemplo, CARRATTA (2015: 207 s); BIAVATI (2012: 250); TARUFFO (2012: 29 ss).

³⁶ Sobre el tema v., ampliamente, y para numerosas referencias, TROPEA (2015: 247, 264 ss).

discursos sobre el abuso del proceso. Sin embargo, también frente a argumentos de este género, el escéptico no puede sino manifestar su perplejidad.

Por un lado, en efecto, habría que establecer de manera bastante clara cuáles son estos “valores” y cómo ellos puedan ser garantizados sancionando eventuales abusos. Una hipótesis no absurda llevaría a decir que entre estos valores sobresalgan las garantías que en el proceso deben asegurarse a las partes y, en particular, su libertad para determinar tácticas y estrategias, pero de este manera se diría una cosa obvia, que todos pueden compartir, a parte de las tendencias autoritarias que se mencionarán más adelante.

Por otro lado, los partidarios de los “valores del sistema” se refieren, en realidad, a uno solo de estos valores: frente a la crisis endémica de nuestra justicia civil se invoca, en efecto, el valor fundamental constituido por la “duración razonable” del proceso, con la ya abusada referencia al actual art. 111 de la Constitución y el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o –aunque en términos más genéricos pero sustancialmente equivalentes– la eficiencia del proceso³⁷. En realidad, la duración razonable del proceso es un valor del cual nadie duda (además de ser un objeto de deseo hasta ahora no realizado), por lo cual, no se puede negar que deba ser perseguido hasta donde sea posible en la realidad práctica del proceso civil. El problema surge, sin embargo, cuando el valor se transforma, en particular por obra de la jurisprudencia, en una pesadilla³⁸. Se puede pues dudar de la validez del auspicio según el cual el abuso del proceso debería asumir el mismo papel de la duración razonable del proceso como canon de interpreta-

³⁷ Cfr. por ejemplo, TROPEA (2015: 253 ss, 263); TARUFFO (2012: 30 ss).

³⁸ V., en efecto, VERDE (2011: 513 ss). La pesadilla deriva de la tendencia de la Corte de Casación “a interpretar los institutos procesales en función del valor considerado superior de la duración razonable”: cfr. ASPRELLA (2015: 123 ss).

ción de las normas procesales³⁹: ¿otra pesadilla o la misma pesadilla definida de otra manera, pero no menos peligrosa?

Sobre todo, sin embargo –por lo que aquí mayormente interesa–, podemos preguntarnos a quién le corresponda la responsabilidad de la actuación del pretendido valor constitucional de la duración razonable del proceso. En efecto, es por lo menos dudoso que tal responsabilidad le corresponda a las partes. Como ya se ha dicho, ellas deben atenerse a las normas que regulan sus actos y comportamientos, pero parece difícil sostener que *además* ellas deban activarse para lograr que el proceso se desenvuelva “razonablemente rápido” (cualquiera que sea el significado que se quiera atribuir a esta expresión irremediamente vaga). Es una constatación obvia, en efecto, la que nos dice que no todas las partes tienen el mismo interés en la rapidez del proceso, tal interés dependiendo, por ejemplo, de la naturaleza o del objeto de la controversia y de la eventualidad de que paralelamente al proceso se lleven negociaciones o estén en curso otros procedimientos de alguna manera conexos. Además, ambas partes pueden no tener una particular prisa de llegar a la decisión, pues caso contrario no se explicaría la suspensión concordada entre las partes admitida por el art. 296 CPC. Regresando nuevamente a un ejemplo banal: si el perdedor al que no se le ha notificado la sentencia tiene seis meses de tiempo para impugnarla, ¿tendría sentido imponerle (¿por parte de quién?) su impugnación mucho tiempo antes (¿cuánto tiempo antes: semanas, meses?) porque de esta manera el proceso duraría menos? ¿Sería realmente abusiva la impugnación planteada el último día útil? ¿De qué manera este pretendido “retardo” podría o debería ser sancionado?

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero la perplejidad que de esta manera emerge es si tiene sentido atribuirle *a las partes* el

³⁹ Es el auspicio formulado por GHIRGA (2015: 445).

deber de lograr que el proceso tenga una duración razonable, pues, en caso contrario, aunque aplicaran puntualmente lo que las normas procesales establecen, ellas cometerían abusos. Es quizá oportuno subrayar que el art. 111 de la Constitución dice textualmente que la ley –y no las partes– asegura la duración razonable del proceso. Es pues el legislador el que tiene el deber de asegurar tal duración razonable; de este deber no se puede cargar a las partes ni siquiera cuando –como ocurre– el legislador demuestra ser estructuralmente incapaz de hacer que efectivamente los tiempos de la justicia civil se reduzcan de modo significativo.

Sin embargo, queda otro sujeto al que se podría, en hipótesis, atribuir el deber de asegurar la duración razonable del proceso: el juez. Sobre este aspecto, no obstante, se debe también hacer alguna consideración.

Por un lado, es evidente que el juez debería –dentro de los límites de lo posible– evitar inútiles pérdidas de tiempo ejercitando adecuadamente sus poderes de dirección formal, “destinados al solícito y leal desarrollo del procedimiento” según el primer párrafo del art. 175, que se articulan, por ejemplo, en la fijación de los plazos y programación de las audiencias *ex* segundo párrafo del art. 175 y sexto párrafo del art. 183, así como en la elaboración del calendario del proceso. Análogamente, el juez podría usar oportunamente los poderes que podríamos llamar “de simplificación probatoria”, tales como el de reducir las listas testimoniales redundantes y de eliminación de los testigos que no pueden ser oídos (art. 245), el de exclusión de las pruebas irrelevantes e inadmisibles (séptimo párrafo del art. 183) y el de exclusión de las pruebas devenidas superfluas (art. 209). Se trata, como se ve, de poderes numerosos y no desdeñables: ejercitándolos de manera cuidadosa y teniendo en cuenta las necesidades que cada caso particular presenta, el juez podría asegurar una duración razonable y una eficiencia adecuada del proceso.

Por otro lado, problemas no desdeñables surgen a propósito del tercer párrafo del art. 96, introducido en el 2009, con el que el legislador ha, evidentemente, pretendido participar en la oleada moralizadora de la que se dijo al inicio, estableciendo una específica sanción para las partes que cometan abusos⁴⁰. La norma atribuye al juez el poder de condenar, también de oficio, “en cualquier caso”, al perdedor que haya tenido uno de los comportamientos indicados en los párrafos primero y segundo de la norma, al pago de una suma “equitativamente determinada”. Más allá de las más o menos evidentes intenciones del legislador, se trata de una norma técnicamente mal formulada que, en sustancia, atribuye al juez un poder sancionatorio discrecional y no vinculado a ningún criterio controlable. La interpretación ampliamente prevaleciente limita afortunadamente⁴¹ la aplicabilidad de la norma a las hipótesis normativamente previstas de responsabilidad agravada⁴² y, por tanto, establece que para aplicar la sanción se deban determinar los presupuestos indicados en los dos primeros párrafos del art. 96⁴³. Queda el hecho de que la fórmula “en cualquier caso” es vaga y prácticamente privada de sentido, dejando el juez libre de decidir si condenar o no al perdedor a la “pena privada” que la norma establece. También el criterio que atañe a la cuantificación de la pena pecuniaria, esto es, la “valoración equitativa” que el juez debería formular es prácticamente privado de sentido, quedando misteriosos los criterios que deberían guiar al juez en esta

⁴⁰ Sobre el argumento cfr., por ejemplo, CORDOPATRI (2012: p. 59 ss).

⁴¹ El adverbio se explica en cuanto esta interpretación excluye lo que quizá era la intención del legislador, esto es, la creación de un supuesto *ulterior* de abuso del proceso, atípico, indeterminado y remitido a la absoluta discrecionalidad del juez.

⁴² V. amplias indicaciones en CARPI y TARUFFO (2015: 404 ss).

⁴³ En el sentido de que el tercer párrafo del art. 96 configura, en cambio, un supuesto distinto y ulterior respecto de aquellos disciplinados en los dos primeros párrafos de la norma: v., en cambio, CORDOPATRI (2012: 73 ss).

valoración. Discrecionalidad siempre excesiva, pues, con no desdenables peligros de arbitrariedad.

De esta manera un legislador insipiente e incapaz trata de cargar a las partes, bajo el vigilante y arbitrario control del juez, la actuación de aquellos “valores del sistema” –como la duración razonable del proceso– que no ha sido hasta ahora capaz de realizar, como habría debido y como debería, esto es, con reformas procesales realmente orientadas a la configuración de un proceso razonablemente rápido y eficiente, en el cual, sin embargo, estén aseguradas las garantías fundamentales de las partes. Observa justamente Tropea⁴⁴ que, de esta manera, el legislador abdica de aquello que sería su tarea fundamental de ponderación entre los varios valores del sistema, entre ellos la duración razonable del proceso, dejando a cada juez el poder de sustituirse arbitrariamente al legislador mismo en nombre de principios a menudo vagos y genéricos, como el de la economía procesal o el de la eficiencia del proceso, que cada juez sería libre de escoger y de interpretar en base a sus individuales preferencias.

6. Una duda conclusiva

Parece pues evidente, en conclusión, que realmente se esté verificando –bajo la apariencia de una oleada moralizadora– la “deriva autoritaria” de la que se hizo mención antes. Favorecen a esta oleada tanto la doctrina, que repetidamente habla de manera entusiasta del abuso del proceso como si no fuera un mero *flatus vocis*; como la jurisprudencia, que aprovecha de la interpretación incierta de normas mal ensambladas para apropiarse de un tan penetrante como arbitrario poder de control sobre lo que las partes hacen, también cuando ellas se mantienen en el ámbito de lo que la ley procesal les permite. En el vértice de la deriva autoritaria se coloca –por propia iniciativa– la Corte de Casación, que se auto-inviste del papel de supremo custodio de la moral procesal.

⁴⁴ TROPEA (2015: 263 s).

No está claro en base a cuáles principios ello ocurra⁴⁵, pero parece que éste sería el verdadero aspecto del “derecho viviente” que daría lugar al abuso del proceso.

Se puede, con todo, observar que también respecto del abuso del proceso vale lo que escribe Aurelio Gentili a propósito del abuso del derecho en general, cuando subraya, por un lado, que el abuso no es un instituto sino un argumento, y, por el otro lado, que este argumento sirve para justificar una operación con la cual el intérprete (en nuestro caso: el juez), inaplica la ley para decidir el caso concreto en base a una norma distinta de aquella que regula el caso (en nuestra materia: las normas que regulan la actividad de las partes), norma que el intérprete escoge por su cuenta⁴⁶ y, por tanto –se puede agregar– de manera sustancialmente arbitraria. Es lo que ocurre en la frecuente aplicación del tercer párrafo del art. 96, en la cual la referencia al abuso sirve para decidir de manera incontrolada, invocando el principio de la duración razonable del proceso, sancionando, de hecho, todo comportamiento que el juez –con una valoración completamente personal– considere en contraste con este principio. Se puede, sin embargo, observar que en muchos casos se trata de decisiones que en la mejor de las hipótesis pueden considerarse *extra legem* (y en la peor *contra legem*) dado que se fundan en la inaplicación de la norma que regula directamente el supuesto, para hacer prevalecer sobre

⁴⁵ El caso más evidente de incertidumbre sobre los principios que la propia Corte de Casación dice adoptar como “valores superiores” en la interpretación y en la valoración de los comportamientos de las partes es aquel que constituye también el ejemplo más importante, siempre al parecer de la Corte de Casación, de abuso del proceso, esto es, el fraccionamiento de la demanda. Podría parecer ridículo, si no fuera el signo de una trágica confusión de ideas, la variabilidad de los criterios a los que la misma Corte ha hecho referencia en el paso de pocos años. Sobre el argumento v. el exhaustivo análisis de ASPRELLA (2015: 26 ss, 54 ss, 71 ss, 99 ss), también para numerosas referencias.

⁴⁶ Cfr. GENTILI (2013: 456 ss; 2012: 149 ss).

ella criterios justificativos individualizados “en otro lugar” según valoraciones arbitrarias formuladas caso por caso.

Referencias

ANSANELLI, Vincenzo

2007 “Abuso del processo”. En *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile*. Aggiornamento. Volumen 1. Turín: UTET.

ASPRELLA, Cristina

2015 *Il frazionamento del credito nel processo*. Cacucci: Bari.

ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESO CIVILE

2012 “*L'abuso del processo*. Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011). Bologna: Bononia University Press

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

2004 *Illeciti atipici: abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*. Traducción italiana. Bologna: Il Mulino.

CALAMANDREI, Piero

1965 “Il processo come giuoco” [1950]. En *Opere giuridiche*. Volumen 1. Nápoles: Morano.

CARPI, Federico y Michele TARUFFO

2015 *Commentario breve al Codice di procedura civile*. Octava edición. Padua: Cedam.

CARRATTA, Antonio

2015 “Dovere di verità e completezza nel processo civile”. En *Etica del processo e doveri delle parti*. Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013). Bologna: Bononia University Press.

COMOGLIO, Luigi Paolo

2008 “Abuso del processo e garanzie costituzionali”. *Rivista di diritto processuale*.

CORDOPATRI, Francesco

2000 *L'abuso del proceso*. 2 volúmenes. Cedam: Padova

2012 “L'abuso del processo nel diritto positivo italiano”. En *L'abuso del processo*. Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011). Bologna: Bononia University Press.

DONDI, Angelo

2010 “Abuso del processo (diritto processuale civile)”. En *Enciclopedia del diritto*. Annali. Volumen III. Milán: Giuffrè.

FERRARI, Vincenzo

2015 “Etica del processo: profili generali”. En *Etica del processo e doveri delle parti*. Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013). Bologna: Bononia University Press.

GENTILI, Aurelio

2012 “L'abuso del diritto come argomento”. En Vito VELLUZZI (al cuidado de). *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*. Pisa: Edizioni ETS.

2013 “L'abuso del diritto como argumento”. En *Il diritto come discorso*. Milán: Giuffrè.

GHIRGA, Maria Francesca

2004 *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*. Milán: Giuffrè.

2012 *Abuso del processo e sanzioni*. Milán: Giuffrè.

2015 “Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo”. *Rivista di diritto processuale*.

GOLDSCHMIDT, James

1925 *Der Prozess als Rechtlstage: eine Kritik der prozessualen Denkens*. Berlín: Springer.

MENCHINI, Sergio

2015 “Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale”. En *Etica del processo e doveri delle parti*. Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013). Bologna: Bononia University Press.

PICÓ I JUNOY, Joan

2003 *El principio de buena fe procesal*. Barcelona: Bosch.

POUND, Roscoe

1947 *The Spirit of the Common Law* (1921). Reimpresión. Frankestown, New Hampshire: Marshall Jones.

TARUFFO, Michele

1979 *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*. Padua: Cedam.

1998 "Elementi per una definizione di abuso del processo". En *Diritto privato 1997*. Volumen III. Padua: Cedam.

1999 "*L'abuso del processo: profili comparatistici*". En *Diritto privato 1998*. Volumen IV. Padua: Cedam.

2009 *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza.

2012 "L'abuso del processo: profili generali". En *L'abuso del processo*. Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011). Bologna: Bononia University Press

TROPEA, Giuseppe

2015 *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*. Nápoles: ESI.

VERDE, Giovanni

2011 "Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata". *Rivista di diritto processuale*.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**