

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL AMBITO DEL PROCESO CIVIL

Jorge W. Peyrano
Juez de Cámara de Rosario, Argentina

«En el campo de la ciencias sociales la motivación para el desarrollo de problemas científicos se da siempre por cuestiones prácticas, tal como lo demuestra la experiencia.»

Max Weber

I. INTRODUCCION.

Todavía hoy resuena y debe recordarse el decir de Josserand cuando -varias décadas ha- enseñaba cuál es el subsuelo de la doctrina del abuso del derecho, expresando lo siguiente: «...los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad: un abuso de derechos del que serían responsables con relación a las víctimas posibles»¹.

Cierto es que dicha doctrina ha hecho carrera bajo

La puesta en vigencia del nuevo ordenamiento procesal civil peruano trae consigo una variedad de nuevos temas para estudio. El Dr. Jorge Peyrano intenta en el presente artículo dar nuevas luces a uno de estos temas - por cierto, poco desarrollado por la doctrina procesal, pero de trascendental importancia - como lo es el abuso del derecho en el ámbito del proceso civil, desde una perspectiva particular producto de sus años de servicio en el Poder Judicial. En tal sentido, el autor traslada la doctrina del abuso del derecho al proceso civil, dando pautas de singular importancia para su aplicación por los jueces.

¹. Josserand, L., «Derecho Civil», Bs.As.1950, Tomo I, Vol 1, pág.154.

diversas denominaciones (ejercicio abusivo de los derechos, abuso de los textos legales, acto emulativo, acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del derecho, etc.), pero también lo es que todavía media cierta renuencia a incorporarla como precepto general en el seno del proceso civil argentino. De ahí la conveniencia de traer a cuento el pensamiento de su principal mentor, quien no reconocía vallas (como surge de la descripción arriba transcrita) para la vigencia de la multifacética doctrina del abuso del derecho.

En verdad, la tarea que hoy deberá encarar quien pretenda sostener que el abuso del derecho es también una figura operativa en materia procesal civil es, comparativamente, más sencilla que el cometido que abordaron los civilistas (Lafaille, Salvat) cuando procuraban que fuera recibida en Derecho Civil. Como fuere, los caminos seguidos por éstos pueden servir de inspiración. En efecto: el antiguo tenor de los artículos 2514 y 2618 Código Civil y las normas de los artículos 1620, 1739 y 1978 Código Civil, posibilitaron, entre otros, que los defensores de la referida incorporación sostuvieran que si bien no de la letra pero sí del espíritu de la obra velezana, energía que comulgaba con el ideario del abuso del derecho como fuente de obligaciones y de responsabilidades.

Luego, afortunadamente, el nuevo artículo 1071 Código Civil² calificado como «regla capital de la reforma» de 1968- aventó toda duda sobre el imperio del aludido principio.

Llegados aquí, se impone puntualizar que el Código Civil argentino es, como se sabe, más que lo que aparenta. Es que se considera que buena parte de su articulado contiene una suerte de «Teoría general del Derecho» aplicable, en su caso, en subsidio en otros sectores del mundo jurídico, a los cuales, en principio, no estaba llamado a regir³. Bien apunta Vallejo que: «En la tarea de aplicar al

proceso el principio general del abuso del derecho, sería aconsejable incluir un artículo reproductivo del artículo 1071 -en el capítulo de las Reglas Generales del Código Procesal Civil-(Título II-Libro I-). No habiéndolo hecho la reforma de la ley 22.434, que se limita a una simple corrección material del artículo 45, estimo que el ejercicio abusivo del derecho tiene vigencia en el proceso como principio general legislado por el Código Civil»⁴.

Claro está que como siempre sucede cuando se debe trasplantar una noción nacida en otros ámbitos jurídicos, la teoría del abuso del derecho puede y debe ser objeto de algunos ajustes cuando se pretende otorgarle vigencia en el campo del proceso civil. Cabe acotar que el pensamiento procesal argentino contemporáneo ha aceptado y estudiado el abuso de las vías procesales⁵. Y no podía ser de otra manera en atención a que desde muy antiguo se ha discurrido localmente sobre la doctrina del abuso del derecho, y siempre concediéndole alcances operativos dilatados. En tal sentido, puede anotarse que ya en 1881, el genio de Segovia había interpretado el viejo artículo 1071 del Código Civil de modo muy afín a la doctrina del abuso del derecho⁶, definitivamente perfilada bastante tiempo después.

II. FUNDAMENTOS DE LA RECEPCION DEL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA PROCESAL CIVIL.

Comenzaremos por exponer la fundamentación de nuestra creencia acerca de que hoy tiene cabida en materia procesal civil, la doctrina que dio por tierra antiguas formas de pensar como la contenida en la ley 14 del Título 34 de la Partida 7, que rezaba: «non faze tuerto a otro quien usa de su derecho».

Por de pronto, claro está, puede argumentarse con el texto del ya mencionado artículo del 1071 Código Civil, y con lo ya señalado acerca de la inter-

². Artículo 1071 del Código Civil Argentino «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

³. López de Zavallía, Fernando, «Teoría General de los Contratos», Passim.

⁴. Vallejo, Eduardo, «El abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal civil», en el «Libro de Ponencias presentada al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág. 254.

⁵. Morello, Condorelli, Maurino, Gozaini y muchos otros se encolumnan en las filas de los que defienden la figura del «abuso procesal».

⁶. Segovia, Lizandro, «El Código Civil de la República Argentina con su explicación y críticas bajo las forma de notas», Bs.As. 1981.

pretación amplia que debe merecer.

Pero vayamos -tal como lo hicieran los civilistas «históricos»- al contenido de normas legales netamente procesales para escudriñar si en su seno se encuentra la simiente del abuso del derecho. Veamos, por ejemplo, el «subsuelo» del artículo 528 C.P.N.⁷ El citado precepto contempla el caso del «desconocimiento de firma» obstructivo por parte del ejecutado, dentro del trámite de preparación de la vía ejecutiva. Dicha loable disposición procura en la medida de lo posible, atenuar las consecuencias del desconocimiento malicioso de la autenticidad de una firma. Compárese la solución precedente con el temperamento seguido por otros ordenamientos legales⁸ que ante igual hipótesis dejan inerte al ejecutante, el que debe conformarse con acudir a la vía del proceso de conocimiento respectivo.

¿Puede siquiera, por un momento ponerse en tela de juicio que el legislador ha calificado -tácita pero evidentemente- como abusivo el proceder en la especie del ejecutado, aplicándole las correspondientes sanciones aflictivas?

Pero seremos más concretos y, entonces, traeremos a colación el artículo 208 C.P.N.⁹; norma que explícitamente contempla el supuesto de abuso del derecho en el campo procesal civil, más preci-

samente en el ámbito de lo cautelar (cautelar trabada sin derecho) y lo hace con todas las letras y sin retaceos. No podía ser de otro modo. Desde antiguo y aún en defecto de la norma legal expresa (y ello resulta particularmente destacable para apuntocar la línea argumental que venimos exponiendo) se ha aceptado la reprochabilidad de ciertos embargos por ser abusivos¹⁰.

Pero hay más Ival Rocca ha elaborado un extenso listado de disposiciones del C.P.N. donde expresa o implícitamente y a veces previendo y otras sancionando, se hace lugar al ideario del abuso del derecho¹¹.

Más razones concurren a modo de fundamentación. Hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil¹², y también que cuando el legislador se refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe¹³ no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad¹⁴. Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes son reveladoras de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de provenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial¹⁵.

Con lo dicho, pensamos que es suficiente para

⁷. Artículo 528 C.P.N.: «Desconocimiento de la firma -Si el documento no fuere reconocido, el juez, a pedido del ejecutante, previo dictamen de un perito designado de oficio, declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, se procederá según lo establece el artículo 531, se impondrá al ejecutado las costas y una multa equivalente al 30% del monto de las deudas, aquel deberá dar a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones. Si no las opusiere, el importe de la multa integrará el capital a los efectos del cumplimiento de la sentencia de remate-. La resolución que declara la autenticidad de la firma e impone la multa será apelable en efecto diferido».

⁸. Así, el C.P.C. de la Provincia de Santa Fe (ley 5531).

⁹. Artículo 208 C.P.N.: «Responsabilidad-Salvo en el caso de los arts. 209, inc. 1 y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requiriente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado. La determinación del monto se substanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.

¹⁰. Conf. J.A. 1944-I, pág. 231 L.L. Tomo 33, pág. 253; J.A. T.49, pág.496.

¹¹. Rocca, Ival, «El abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal civil», en «El libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág. 243.

¹². Peyrano, Jorge W., «El proceso civil. Principios y fundamentos», Bs.As.1978, Editorial Astrea, pág. 174.

¹³. Así, por ejemplo, los artículos 34 del C.P.N y 24 del C.P.C. santafesiano.

¹⁴. Peyrano, ob.cit.pág.175.

¹⁵. Vide: Spota, Alberto, «La comprensión judicial de las normas legales y el principio del abuso del derecho», en J.A. año 1954, Tomo I página 304. y de Adrio Giovannoni «El abuso del derecho en el proceso» en «El Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág.239.

llegar a la conclusión (análoga a la que arribaron los civilistas «clásicos en su hora») que el abuso del derecho es un verdadero principio del proceso civil que encuentra cabida en los anchos pliegues del artículo 16 del Código Civil y en la referencia a los principios generales del proceso formuladas por algunos códigos procesales ¹⁶. Además, debe consignarse que, de todas maneras, siempre podría predicarse del mismo que es un principio consecuencial ¹⁷ y derivado del unánimemente reconocido «principio de moralidad».

III. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR AL ABUSO DE LAS VIAS PROCESALES.

Son conocidos los distintos criterios propuestos para identificar cuándo se está, realmente, ante una hipótesis de abuso del derecho. Así desfila el que exige la intención de dañar el del ejercicio del derecho sin interés para su titular, el del ejercicio culposo de un derecho y, entre otros más, el llamado concepto funcional conforme al cual un acto sería abusivo -más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento; concepción esta última muy próxima al pensamiento de Jossierand.

Ahora bien: ¿cuál elegir cuando se trata de un acto abusivo procesal? Creemos que la respuesta adecuada ha resultado oscurecida por el hecho que, un tanto inadvertidamente, el eje de la atención general ha pasado en el punto por la cuestión de responsabilidad derivada de la realización de actos procesales abusivos, perdiéndose así de vista que

la institución bajo la lupa es multifacética, no agotándose con el análisis de la apuntada responsabilidad aquiliana resultante ¹⁸. La verdad de lo expresado se podrá comprobar «infra», en ocasión del examen que se llevará a cabo acerca de las consecuencias del acto procesal abusivo.

Sentado lo anterior, nos pronunciamos por el criterio funcional o instrumental antes mencionado. O acaso, ¿el proceso civil no es una institución cuya razón de ser es la de «servir» para que el derecho material prometido por códigos de fondo, se torne realidad viva y actuante? ¹⁹. ¿Por qué, entonces, no reconocer igual funcionalidad o instrumentalidad a la caracterización de uno de los más importantes principios (el de la proscripción del abuso del derecho) que lo regulan y explican?

Cierto es que se registran disertas opiniones ²⁰ que se inclinan por exigir una suerte de intencionalidad dañosa ²¹ o por lo menos la presencia de algún factor subjetivo ²² como recaudo necesario para tener por perfeccionado un supuesto de abuso del proceso. Por nuestra parte, pensamos que ello no es menester habida cuenta que tal requerimiento viene a estrechar injustificadamente, el campo de acción de la figura en estudio. Igual posición tuvimos ocasión de asumir al analizar la «acción de nulidad de sentencia firme» (también conocida como pretensión autónoma nulificante de desviaciones procesales), que está por verse si no es un capítulo del abuso de las vías procesales ²³. Respecto de esta última, consideramos inconveniente reclamar la presencia de factores subjetivos

¹⁶ . Así, el art.693 del C.P.C. Santafesiano (ley 5531).

¹⁷ . Peyrano, ob.cit., pág. 42.

¹⁸ Conf. «Responsabilidad derivada del abuso del derecho en el ámbito del proceso civil santafesiano», por Jorge W. Peyrano, en «Tácticas en el proceso civil», Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzohi, Tomo II, pág.153 y ss.

¹⁹ El art.III del título preliminar del Excelente y Novísimo Código Procesal Civil de Perú establece que «El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de interés o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia...»

²⁰ Vécovi, Enrique, «El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil», en el «Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág.266.

²¹ . Condorelli, Epifanio, «El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil», en el «Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág. 201.

²² . Gozafni, Osvaldo, «La conducta en el proceso», Bs.As. 1988, Editorial Platense, página 109: «...De nuestra parte pensamos que el abuso de por sí significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del agente ha de constituir una de las notas más singulares para perfilar el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo».

²³ . Peyrano, Jorge W. «El proceso civil. Principios y fundamentos», Bs.As. 1978, Editorial Astrea, pág. 206.

(dolo, culpa) para permitir su funcionamiento²⁴ puesto que muy bien se pueden producir «desviaciones procesales» sin que se medie culpa o malicia de nadie.

Lo arriba señalado no debe mover a error, puesto que hacemos expresa abstracción del caso en el cual se reclama el resarcimiento de la responsabilidad aquiliana derivada de la consumación de un acto abusivo procesal. Sobre el particular, hemos apuntado lo siguiente: «Con lo dicho no queremos significar que descartamos la incidencia del factor subjetivo dentro del abuso del Derecho en la vía procesal. Así, pensamos que si verbigracia, existiera una actuación procesal abusiva «dolosa», ello se deberá tener en cuenta -conforme con los principios generales en materia de responsabilidad aquiliana- en punto a la extensión del daño resarcible. No creemos, empero, que la intención de perjudicar constituya un elemento esencial de la figura del abuso del proceso»²⁵.

En la materia, en la actualidad parece prevalecer el criterio contrario a aquél conforme al cual se estimaba (en especial con referencia a la interpretación del artículo 208 C.P.N.) que la responsabilidad aquiliana que fuera consecuencia de actos procesales abusivos está regida por principios estrictamente procesales, por lo que no era menester invocar y probar dolo o culpa dado que aquélla era la resultante del riesgo inherente al pedido y dictado de, vgr., una medida cautelar²⁶. Efectivamente: hoy se ha impuesto el criterio según el cual la «responsabilidad procesal» tiene las mismas exigencias que la responsabilidad civil en general (dolo o culpa del agente, daño, relación causal entre uno y otro); siendo de aplicación los principios que informan los artículos 1067, 1068, y 1069 Código Civil²⁷. En cuanto a la relación causal mencionada, debe señalarse que la misma debe reunir las características requeridas por la denominada «teoría de la causalidad adecuada»²⁸.

Asimismo, compartimos las fecundas reflexiones de Vescovi sobre el particular cuando subraya: «... que la circunstancia del ejercicio de una pretensión o de la realización de un acto procesal abusivo que en definitiva causa un perjuicio, genera responsabilidad, independientemente de que, entre el pedido del responsable y la realización del acto, exista un resolución judicial intermedia. Esto es, que la circunstancia de que el juez haya convalidado el acto de la parte, no por ello se descarga a ésta de responsabilidad, independiente de la que, por lo demás, pueda caber al magistrado. Es importante señalarlo, pues alguna doctrina, en especial la que sostiene la tesis negativa de la responsabilidad por abuso del derecho en el proceso, ha usado como argumento el de que el acto judicial (que da andamio a la pretensión, decreta el embargo, etc.) exonera de responsabilidad al solicitante, lo cual carece de fundamento»²⁹.

Antes de finalizar la cuestión aquí abordada, nos asalta una duda ¿Las consideraciones que hemos efectuado respecto de la responsabilidad derivada de «abusos procesales», podrían hacer creer al lector que somos de la idea de que para que éstos se den es suficiente con que medie una desviación de los fines asignados por el ordenamiento al acto o actuación procesal correspondiente? Nos parece que la respuesta puede llegar a ser afirmativa. Se impone, pues, esclarecer la cuestión.

Por supuesto que nuestra posición contraria a la exigencia de concurrencia de dolo o culpa para que pueda existir un abuso en la vía procesal (excepción hecha de los reclamos por responsabilidad aquiliana derivada de actos o actuaciones procesales abusivas), no significa que no requiramos la presencia de un daño computable para reputar configurado un «casus» de abuso procesal. La plena de sentidos frase de Couture: «el proceso no es una misa jurídica», posee resonancia en todos los sectores procesales y no sólo en materia de nulidades

²⁴ Peyrano, Jorge W. «Acción de nulidad de sentencia firme», en «El Proceso Atípico»- Parte Segunda, Bs. As. 1984, Editorial Universidad, pág. 39.- «Creemos erróneo -por estrecho- el usual criterio de acceder a revisar la sentencia firme, en tanto y en cuanto medie «fraude». Consideramos equivocada tal tesis. Es que, por ejemplo, la emisión de una sentencia sin el aporte de un elemento probatorio decisivo cuya ausencia no obedece a la inderencia eléfica de nadie, traiciona la voluntad del ordenamiento de la misma manera que otra pronunciada merced al dolo procesal de una de las partes».

²⁵ Peyrano, «Responsabilidad derivada del abuso del derecho...», pág. 156.

²⁶ Conf. de Augusto Morello y colaboradores «Códigos Procesales comentados y anotados», T. III, pág. 120/6.

²⁷ Fassi, Santiago y César Yañez, «Código procesal Civil y comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes», comentado, anotado y concordado, 3a. edición, Bs. As. 1989, Editorial Astrea, T.2, pág. 73 y ss.

²⁸ Orgaz, Alfredo, «El daño resarcible», 2da. Edición, Bs. As. 1960, Editorial Omeba, pág. 70 y ss.

²⁹ Vescovi, ob. cit. pág. 267.

porque, en verdad, todo el proceso es un organismo teleológico pensado por y para fines y que, por ende, no admite soluciones tendientes a restablecer el ordenamiento formalmente conculcado y a pesar de que no hubiera mediado perjuicio para nadie.

Cierto es que por sus peculiaridades el «daño procesal» muchas veces no es fácilmente identificable (de todos modos, vaya como contribución en tal sentido decir que habitualmente el acto abusivo redundaba en una demora y alargamiento de trámite que de por sí; es decir, «in re ipsa», ya puede invocarse como un perjuicio procesal computable).

Que quede, entonces, claro que si bien somos partidarios -como regla- del criterio objetivo funcional en la materia no por ello dejamos de reclamar que concurra un perjuicio procesal computable para que el acto o actuación respectiva se torne claudicante.

IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION JUDICIAL ACERCA DE QUE HA MEDIADO ABUSO DE LAS VIAS PROCESALES.

El desarrollo de la cuestión del epígrafe pone de manifiesto como la centralización del estudio del «abuso procesal» desde la perspectiva de su reparabilidad, ha venido a dejar en penumbras otras ulterioridades no menos importantes en algunos supuestos más trascendentes.

Veamos. Hace más de tres décadas, un señero voto de Llambías comprobaba que «Las consecuencias del abuso del derecho se operan en dos direcciones: a) en primer lugar, el abuso compromete la responsabilidad del titular del derecho que ejerce sus facultades abusivamente, obligándolo al resarcimiento del daño ajeno; b) el abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones, será inválido y la acción judicial que pueda deducirse no será admisible»³⁰. Trasvasando en lo pertinente lo anterior al recinto de lo procesal tenemos que, que entre otras ulterioridades posibles, cuando se pretende

ejercitar una facultad procesal de modo antifuncional (es decir, contrariamente a los fines fijados por el ordenamiento), dicha atribución no puede ser validamente actuada y sí, pese a todo lo fuera, ello no podría generar posteriores desventajas para la contraria.

Aportaremos ahora un ejemplo de «trasvasamiento» bien hecho, de las mencionadas ideas al seno de lo procesal civil. Se trataba de una audiencia de absolución de posiciones suspendida y reanudada cuatro veces («cuartos intermedios» mediante) para dar lugar a numerosísimas interrogaciones ampliatorias formuladas al absolvente (pese a que el pliego original constaba sólo de dos preguntas); todo mediante la invocación por parte del ponente de los textos de los artículos 161 del C.P.C. Santafesino y 165 C.P.C. Santafesino que, efectivamente, no establecen el número máximo de preguntas a realizar. El juez interviniente entendió que en caso mediaba un abuso en las vías procesales y sin que interesara si concurría dolo o culpa, de todas maneras existía un accionar «desmedido» del ponente que debía quedar sujeto al control judicial y que bajo ningún concepto podía convalidarse la utilización antifuncional de las prerrogativas otorgadas al ponente por el ordenamiento procesal³¹. Vale decir que pese a que la prerrogativa existía y a que el ordenamiento no le fija un límite máximo al número de interrogaciones a formular al absolvente, se interpretó que el límite existe y que debe primar un criterio de prudencia y de razonabilidad en la especie.

En realidad, no faltan ejemplos donde pese a concederse ciertas facultades procesales irrestrictamente se ha entendido que su empleo debe ser funcional y como tal acorde con los fines de la institución respectiva, so pena de que su ejercicio sea descalificado como abusivo. Así, puede citarse el caso de la interpretación que ha merecido el mal uso que suele hacerse del artículo 15 C.P.C.³², que frecuentemente es blandido para demorar la sustanciación de la causa mediante recusaciones manifiestamente improcedentes³³. Sobre el particular se ha consignado que: «El artículo 15 del C.P.C. de Santa Fe establece que, denegada por el

³⁰ Conf. La Ley T. 101, pág. 635 y ss.

³¹ Conf. decisorio del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario, recaído en los caratulados: «ALBANESE» Jorge C. Humberto N. Goglucci S. Disolución y/o liquidación de sociedad de hecho (Sentencia Firme) es espigado en Zeus, Boletín del 31 de marzo de 1993.

³² Artículo 15 del C.P.C. Santafesino (ley 5531): «Negado por el juez la causal de recusación invocada o denegada la recusación sin causa, éste elevará el incidente al superior para la decida, sin otro trámite que la apertura a prueba por diez días si fuere necesaria. Igual procedimiento se adoptará para la recusación en segunda instancia».

³³ Peyrano, Jorge W. «Una rémora intolerable: la recusación sin expresión de causa utilizada como alongadera»

juez la recusación sin expresión de causa, esté elevará el incidente al superior para que lo decida. No es éste el momento oportuno para exponer respecto de las ventajas que ha aportado la figura de la recusación sin necesidad de expresar los motivos de la misma, pero lo que sí resulta indudable es que un mal uso de la misma sirve únicamente para alargar y entorpecer el trámite. Estimo que los jueces santafesinos pueden hacer perfecta aplicación de la teoría del abuso de derecho, cuando se advierta una utilización indebida de tal tipo de recusación, a fin de poner coto al exceso»³⁴. La misma línea ha sido mantenida cuando se ha declarado judicialmente -para así evitar recusaciones a repetición «entorpecedoras del trámite en la alzada»- que ..»los vocales designados para integrar el Tribunal «ad hoc» que dirime los conflictos entre pares por recusación o excusación rechazadas (primera parte del inc. 2 art.33, ley 10.160) no pueden ser recusados por las partes ni pueden excusarse invocando motivos relacionados con ellas»³⁵. En realidad, desde siempre y en distintos sectores, se han registrado recusaciones abusivas.

¿Y qué decir de la proscripción de la tacha testimonial intentada dentro del incidente de tacha?³⁶, donde magüer que explícitamente no se incluye tal prohibición, la doctrina judicial la acepta porque, en caso contrario, se podrían ver favorecidas maniobras obstructivas.

Por parecidos motivos, también se han proscripto -como regla- la «revocatoria de la revocatoria»³⁷ y la «rescisión de la rescisión»³⁸, allí donde existe este último recurso con que cuenta el declarado rebelde.

Asimismo, en materia recursiva proliferan los ejemplos de acciones abusivas³⁹, aunque ello no debe hacer decaer a los órganos judiciales en la tentación de restringir indebidamente la actividad recursiva a través, por ejemplo, de declaraciones de deserción del recurso de apelación lindantes con el «exceso ritual»⁴⁰.

Con lo expuesto no termina el catálogo de posibles consecuencias del acto o actuación procesal reputada abusiva. Vale decir que parte de la imposibilidad de ejercitar válida y eficazmente una facultad procesal cuando ello pudiera resultar abusivo, existen otras hipotéticas ulterioridades. Se puede así mencionar que, -como se ha visto- el «abuso procesal» está prohibido y lo prohibido es nulo⁴¹. Ergo, la declaración de nulidad deviene también procedente en la especie⁴². Las opiniones concuerdan en el punto. Así, se ha sostenido que: «Según el caso, la declaración judicial de acto abusivo puede traer como consecuencia la declaración de nulidad del acto, y de los que sean consecuencia inmediata del mismo -artículos 124, 126,129, del C.P.C. santafesino; y artículo 169 (que expresamente se refiere a la declaración de nulidad por su antifuncionalidad) 172 y 174 del C.P.N.»⁴³.

Además, y como ya tuviéramos ocasión de expresar, «el exceso en el empleo de las vías procesales puede dar lugar a perjuicios cuyo resarcimiento puede peticionarse por el afectado»⁴⁴. Por añadidura, es menester subrayar que el proceder procesal abusivo puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias (memórese que quien abusa, está infringiendo el deber de lealtad procesal), según doctrina uniforme⁴⁵.

³⁴. Giovannoni, ob.cit. pág. 236.

³⁶. Rivera Rúa, Néstor, «El recurso de rescisión», en Revista de Estudios Procesales No. 11, pág. 75 y ss.

³⁹. Gozaíni, ob.cit. pág. 118.

⁴⁰. Morello, Augusto, «Acerca del abuso en la declaración de deserción de la apelación». J.A. 1978 III, pág. 750.

⁴¹. Así, el artículo 124 del C.P.C. Santafesino (ley 5531) prescribe que «...la disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa».

⁴². Giovannoni, ob.cit. pág. 239 y «Responsabilidad derivada del abuso del derecho..», por Jorge W. Peyrano, pág. 154 y también el trabajo de Alberto Maurino titulado «El abuso del proceso y las normas procesales que fundamentan su aplicación», en Zeus Tomo 27, D-87.

⁴³. Giovannoni, ob.cit. pág. 239.

⁴⁴. Vide el trabajo de nuestra autoría citado a fs. 42.

⁴⁵. Zampini, Nélica y Silvia Monserrat, «El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil», en el libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 272 y ss.

V. APOSTILLAS PROCEDIMENTALES.

1.-¿Procede la declaración oficiosa de que media «abuso procesal» ?

La respuesta debe ser afirmativa, pero con reservas. Esto último porque no debe perderse de vista que el proceso civil nacional sigue siendo predominantemente dispositivo, por lo que la viabilidad de soluciones oficiosas como la examinada debe ser ponderada prudencialmente y decretada con extrema mesura. Podría, quizás constituir un buen ejemplo de procedencia el supuesto consistente en el pedido de parte de que se trabe derechamente un «embargo de caja» sin previamente intentar (y ni tan siquiera alegar que existe imposibilidad de postular otra medida cautelar o que la misma sería infructuosa) alguna otra medida precautoria. Es que las connotaciones propias del «embargo de caja» se presta a maniobras extorsivas.

La doctrina parece bastante pacífica acerca de la procedencia de dicha declaración oficiosa ⁴⁶, resultando el campo de lo cautelar un terreno especialmente propicio para la perpetración de maniobras abusivas ⁴⁷ y para las consiguientes declaraciones oficiosas.

Aparte de estos argumentos, resulta especialmente convincente aquél conforme al cual corresponde declarar oficiosamente un «abuso procesal» en función de textos legales que, expresa o implícitamente, mandan que los órganos judiciales no sólo «repriman» sino también que «prevengan» todo tipo de abusos ⁴⁸. Aparentemente, el novísimo Código Procesal de Perú se inclina también por la respuesta afirmativa enunciada ⁴⁹.

2.- Calidad excepcional de la concurrencia de un supuesto de «abuso procesal»

Esta «calidad excepcional» de algún modo está relacionada y explica el porqué debe declararse oficiosamente con extrema circunspección que un

acto o actuación procesal es «abusiva». Es que «a) prevalece la opinión según la cual debe presumirse *juris tantum* que no ha existido un abuso de las vías procesales. Gelsi Bidart enseña que «Presunción de legitimidad. Es un instrumento (alude al proceso) eminentemente jurídico, en su programación, en los elementos constitutivos, en el objeto que trata, en las finalidades que persigue, por tanto, debe presumirse, en principio, la regularidad, la adecuación de su uso, que es menester destruir, en cada caso concreto, para que pueda, en él, funcionar la teoría del abuso del proceso. Aquí también se subraya la ya aludida especialidad y excepcionalidad del abuso del proceso ⁵⁰, tesis que también sustenta Maurino ⁵¹.

VI. RESUMEN.

1.- El abuso del derecho es una figura ya operativa en el ámbito del proceso civil. Ello en función, entre otros motivos, de constituir un principio consuetudinario del unánimemente aceptado principio de moralidad.

2.- En materia procesal civil, rige el denominado criterio «funcional» para identificar cuándo se está ante una actuación procesal abusiva; no siendo menester -como regla- para el perfeccionamiento de un «abuso en las vías procesales» la concurrencia de factores subjetivos como el dolo o la culpa. Si el «abuso procesal» perpetrado ha generado perjuicios y se pretende su resarcimiento, sí entran en juego los principios comunes de la responsabilidad aquiliana.

3.- Por más que se reconozca que el daño computable tratándose de un caso de «abuso procesal» puede estar signado por peculiares características, igualmente aquél siempre debe estar presente para que pueda predicarse que existe este último. La declaración huera (es decir, sin que concurra perjuicio) de que existe un acto procesal abusivo, no es viable.

⁴⁶ Rocca Ival, ob.cit. pág. 242. Vallejo, Eduardo, ob.cit. pág. 250.

⁴⁷ Vallejo, ob.cit. pág. 253.

⁴⁸ Giovannoni, ob.cit. pág. 239.

⁴⁹ El artículo IV del reciente Código Procesal del Perú establece que: «El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria».

⁵⁰ Gelsi Bidart, Adolfo, «Abuso del proceso» en el libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 219.

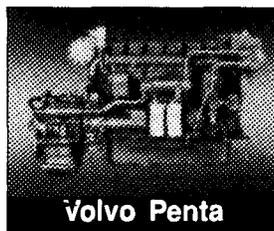
⁵¹ Peyrano, Jorge, «Responsabilidad derivada del abuso del derecho...» pág. 158.

4.- La declaración judicial de que se registre un «abuso procesal» puede alternativa o acumulativamente- generar las siguientes ulterioridades: a) declaración acerca de que una facultad o prerrogativa no puede ser ejercida en el caso o, a lo menos del modo que lo pretende el postulante; y también acerca de que, consiguientemente, la contraria de éste no puede quedar incurso en una situación procesal desventajosa como consecuencia del accionar abusivo en cuestión; b) reputar nula el acto o actuación procesal correspondiente; c)

hacer pasible al autor del «abuso procesal» co rrespondiente, del pago de la indemnización a quiliana del caso y/o de la satisfacción de las sanciones disciplinarias pertinentes.

5.- Sólo excepcionalmente se puede declarar «ex officio» que se registra un abuso en las vías proce sales, debiendo en la materia actuar el órgano ju dicial con toda mesura y prefiriendo, en la duda no emitir dicho pronunciamiento.

Hoy más que nunca. Volvo. Líder en las rutas del Perú.



Seguimos creciendo.
Por eso somos los primeros.

VOLVO

RUC: 10007003

INTERCOM / DGB NEDHAM