

El abuso procesal

Ana Carolina Trigiani*

RESUMEN

El abuso del proceso se presenta como una de las instituciones con las que el juzgador cuenta para lograr que el proceso se desarrolle dentro de los carriles previstos y llegar finalmente a la resolución del conflicto. Por consiguiente, consideramos que los medios para contrarrestar los abusos en la instancia procesal ya existen y son plenamente operativos, mas deben ser usados con prudencia.

El magistrado, como director del proceso, se constituye como la figura protagónica para corregir los desvíos, prevenir conductas abusivas, sancionarlas y establecer –en su caso– la responsabilidad respectiva. Sin embargo, su papel no debe limitarse a reprimir los actos procesales abusivos, sino también y en forma especial ha de “prevenir” su comisión. Ello es así ya que la creación de normas sancionatorias no evita que se cometan conductas no deseadas por el derecho. Paralelamente a la sanción es necesaria una toma de conciencia que denote el intento de moralizar el proceso.

ABSTRACT

Abuse of process is presented as one of the institutions with which the judge counts to ensure the process unfolds within anticipated rails and finally reaches the resolution of the conflict. Consequently, although we consider there are already fully operational means to counteract abuses in the procedural instance, they should be used cautiously.

The judge, as director of the process, is the leading figure to correct offsets, prevent abusive behavior, penalize them and establish – where appropriate - the respective responsibility. However, its role should not be limited to the punishing of abusive procedural acts, but especially to "prevent" their commission. This is so since the establishment of disciplinary standards does not prevent unlawful behavior from being committed. Parallel to the sentence it is required an awareness that denotes the attempt to reform the process.

PALABRAS CLAVE

Abuso del derecho, abuso en el proceso

KEYWORDS

Abuse of law, abuse in the process

La cuestión del abuso procesal despertó siempre, entre los juristas, un constante interés académico y sobre todo práctico en el ámbito del Derecho Procesal Civil.

* Abogada. Especialista en la Función Judicial. Profesora a cargo en Derecho Civil III (de los Contratos) en la Facultad de Cs. Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Trabajo recibido el 2/5/2017 y aprobado el 22/5/2017

Este trabajo se orientó al análisis de los aspectos generales del abuso del derecho y, específicamente, del abuso procesal con sus proyecciones en el proceso civil y comercial.

Para ello, procuramos integrar diversas disciplinas: el derecho civil y comercial (parte general y obligaciones), el derecho constitucional, el derecho procesal civil y comercial, la filosofía del derecho y la sociología del derecho.

Sin lugar a dudas, la sociedad atraviesa una crisis axiológica, de la que no escapan los profesionales operadores del derecho, que se ha proyectado en la falta de confianza de la ciudadanía, en el sistema de administración de justicia. En este sentido, la prevención y sanción de conductas contrarias a la buena fe procesal podría contribuir al restablecimiento de la credibilidad de la actuación de los órganos que tienen a su cargo la función jurisdiccional.

I. El abuso procesal. Presupuestos de su configuración

1. El abuso del derecho

El instituto del abuso del derecho nació y se desarrolló con una corriente jurídica que intentó plasmar la “solidaridad social” en el campo jurídico, en contraposición al positivismo individualista y liberal que había consagrado el concepto absoluto de derecho subjetivo.

Abusar es “Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”¹. Los derechos subjetivos no son absolutos, sino que coexisten con los derechos o los legítimos intereses de los demás. Así, el instituto ha operado como un límite genérico impuesto al ejercicio del derecho subjetivo como consecuencia de la necesidad de proteger a los otros, con quienes entra en relación el titular de tales derechos, de actitudes u omisiones adjetivadas jurisprudencialmente como “irregulares” o “anormales”.

Se ha dicho entonces que el abuso del derecho es la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta “concuera” con la norma legal que le concede la facultad, pero su ejercicio resulta “contrario” a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o a los fines sociales y económicos del derecho.

Señaló Lépori White que los derechos subjetivos son susceptibles de ser desviados de su uso regular. Ese mal uso o abuso, situación que puede suceder tanto en materia general como específicamente dentro de un proceso, conlleva una lógica consecuencia: la necesidad de corregir los desvíos producidos².

a) Criterios de determinación de la conducta abusiva

Los doctrinarios elaboraron distintos criterios –subjetivos, objetivos y mixtos– para determinar cuándo se ha actuado abusivamente.

¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=abusar>; recuperado: 27 de octubre de 2013.

² LÉPORI WITHE, Inés, “Abuso procesal (la función de los jueces y el abuso procesal)”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 43.

1. Criterio subjetivo

El criterio subjetivo puso el acento en el aspecto psicológico o intencional, por lo que ha sido indispensable que el sujeto haya obrado con dolo, culpa o negligencia. Ha vinculado el ejercicio abusivo de los derechos con la idea de culpa en sentido genérico, es decir que el sujeto actuaría abusivamente cuando lo ha hecho con la intención de perjudicar a otro (dolosamente) y aun cuando lo haga solo culposamente.

La aplicación de esta teoría ha presupuesto sortear el arduo escollo de la prueba de la concurrencia en el acto abusivo de distintos extremos: si el sujeto ha obrado con intención de dañar o si, aun sin esa intención, ha ocasionado un daño por imprudencia o falta de diligencia.

2. Criterio objetivo

El criterio objetivo se despojó del citado carácter intencional, y por lo tanto, basta el resultado desviado de la finalidad de la ley, de la moral o de las buenas costumbres para descalificar el actuar y juzgarlo abusivo. Esta corriente de pensamiento ha obviado la consideración del proceder del sujeto que abusó y atiende prioritariamente tanto a los fines socioeconómicos tenidos en miras por el legislador al sancionar la norma, como a la violación de los fines del derecho por causa de la ejecución de actos contrarios a los motivos que dieron lugar a su reconocimiento jurídico. En consecuencia, el abuso del derecho no se definió por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho o por la presencia de la culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino por la gravitación de un elemento objetivo: el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo.

Esta doctrina no considera apropiado indagar respecto de la conducta del autor; basta la comprobación de la desviación de los criterios que el ordenamiento jurídico ha consagrado.

3. Criterio mixto

Frente a las dos teorías reseñadas precedentemente, surgió la ecléctica o mixta, en la medida en que combinó elementos de ambas posiciones. Esta corriente de pensamiento admite el ejercicio abusivo por una u otra causa, sin que aparezca como necesaria su concurrencia simultánea, aunque ella ocurra, y según el caso, sus autores añaden a estas pautas principios generales que acotan el obrar, tales como la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Así, ha conjugado las diferentes ideas para definir el abuso, colocando a los jueces como ejes de la decisión para aplicar adecuadamente en cada caso concreto la figura del abuso en la forma más conveniente, adoptando criterios objetivos o subjetivos.

2. El abuso procesal

La conducta de las partes en el proceso constituye un tema cardinal para su buen desarrollo. La forma en la que los sujetos allí involucrados ejerciten sus derechos,

deberes y poderes (conducta) debe orientarse conforme la finalidad que a cada uno de ellos el ordenamiento les ha reconocido y otorgado. Cuando el ejercicio del derecho, deber o poder se extralimita de ese marco, se configura un abuso.

Así, la teoría del abuso del derecho debió aplicarse también en el campo procesal, ya que ha sido uno de los aspectos que denotó la aplicación del principio de moralidad en esta rama del saber jurídico. Se produjo, en palabras de García Solá, un “trasvasamiento” de la noción de abuso del derecho al campo procesal. Agrega esta autora que el desafío se plantea nada menos que en términos de reencausar al proceso con el objetivo de establecerlo como un instrumento para la justicia, pero respetando la excelsa garantía de la defensa en juicio. Esta debe ser entendida en sentido lato; de la equilibrada relación entre ambos propósitos, de modo tal de que ni al amparo de esta última se llegue al liberalismo extremo legitimador de cualquier género de actuación o defensa, ni que su color de moralizar el proceso se ahogue en la dinamicidad dialéctica, que hace a nuestro más caro modo vital de ver y concebir al proceso civil³.

Mariela Álvarez, luego de haber señalado lo ambicioso y arriesgado que resulta el cometido de definir el principio del abuso procesal, considera imprescindible fijar un concepto más o menos preciso, estableciendo pautas que permitan identificarlo. Sostiene esta doctrinaria que nos encontramos frente a un abuso en el ámbito procedimental cuando en un proceso civil se ejercitan objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida, poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable)⁴.

a) Presupuestos de configuración del abuso procesal

Una vez delineada conceptualmente la figura del abuso procesal resultó necesario sistematizar cuáles eran los requisitos de su configuración a la luz de lo reseñado al establecer anteriormente los criterios de determinación de la conducta abusiva. La doctrina ha sido coincidente en que resultan indispensables tres elementos para la configuración del abuso. Dos de ellos esenciales: (a) el ejercicio de una conducta permitida y regulada por una norma legal de derecho positivo, y, (b) la contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Finalmente, otro elemento (c) consiste en la verificación de un perjuicio injusto causado a otro sujeto.

En cuanto al primer recaudo (a), se requiere una conducta que esté reglada y autorizada por la norma, y que ha podido presentarse como acción u omisión del sujeto. El primer supuesto, presentado como el más común, implica una conducta positiva de quien lleva a cabo la conducta abusiva; en cambio, el segundo importa un proceder negativo o ausente.

³ GARCÍA SOLÁ, Marcela, “De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del abuso del derecho con la garantía de defensa en juicio”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 32.

⁴ ÁLVAREZ, Mariela, “Abuso del proceso”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 121.

Con relación al segundo elemento (b), el ejercicio de esa conducta debió alejarse de los fines tenidos en cuenta por la misma norma que la permite. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a los factores de atribución que deben considerarse al respecto. Es decir, si debió mediar un factor subjetivo (dolo o culpa grave) del abusador (criterio subjetivo ya reseñado); o si, por el contrario, solo resultó necesaria una atribución puramente funcional según la cual el abuso se ha configurado con el ejercicio desviado del fin asignado, produciendo un perjuicio, sin que haya sido requerida la concurrencia de la intencionalidad (criterio objetivo). A esta última postura ha adherido la doctrina mayoritaria, al señalar que la intención del sujeto no constituye un presupuesto de configuración, mas debe aquí hacerse expresa abstracción del caso en el cual se reclama el resarcimiento de la responsabilidad aquiliana derivada de la consumación de un acto abusivo procesal, en el que sí es requerida la culpa o el dolo.

Por último, en cuanto al daño o perjuicio causado (c), si bien varios juristas sostuvieron que el daño debe ser grave, excesivo, desproporcionado o económicamente significativo, resulta más relevante determinar si existe un bien jurídicamente protegido que ha sido lesionado por la conducta abusiva. Este no es fácilmente identificable; puede vincularse con la demora o alargamiento del trámite que genere un perjuicio, requisito indispensable para poner en funcionamiento los mecanismos de prevención, corrección o sanción de las desviaciones procesales.

II. Sustento normativo de la proscripción del abuso procesal

La proscripción del abuso tradicionalmente se analizó desde la perspectiva del abuso del derecho, y como un aspecto de la responsabilidad civil. Sin embargo, a medida que fue avanzando el análisis del instituto, se consideró como un tema propio de la Teoría General del Derecho; y aplicable a todo el ordenamiento jurídico (derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.). Es decir, la prohibición del abuso se trata de un postulado general, con aspectos comunes, y otros específicos según la rama a la que se refiera.

Tal como fuere señalado por Loutayf Ranea, resulta contradictorio con la esencia misma del derecho y de la justicia la posibilidad de desviación en el ejercicio de las facultades que consagra el ordenamiento jurídico o en el cumplimiento de los imperativos que aquel establece, porque tal desviación no es lo que el derecho manda, y por lo tanto tampoco es lo que realiza la justicia, que solo se alcanza, para este autor, con el cumplimiento de la ley. Por ello ese desvío debe entenderse implícitamente reprobado, dado que se aparta del postulado de “afianzar la justicia” que el preámbulo de la Constitución Nacional ha establecido como uno de los objetivos de la organización de la República⁵. En palabras del autor citado, este es “el fundamento principal que permite elevar la proscripción del abuso como un principio general del derecho”.

1. El abuso en el Código de Vélez

⁵LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Abuso Procesal*, en www.acader.unc.edu.ar, pág. 4; recuperado: 27 de octubre de 2013.

El clima filosófico, político y social del siglo XIX, orientado hacia la consagración de los derechos ilimitados, hizo que el Código Civil argentino naciera a la luz del ideario liberal individualista propio de la época.

Teniendo como premisa insoslayable el derecho de propiedad, el artículo 1071 en su redacción original establecía que “el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”. Se puso así de manifiesto un evidente rechazo a poner límites al ejercicio de los derechos, y consecuentemente, a toda noción relacionada con el abuso de ellos.

La doctrina del abuso del derecho tuvo recepción constitucional en el artículo 35 de la Constitución de 1949, que establecía que “los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”. La derogada constitución vinculó entonces al abuso del derecho con la producción de perjuicios a la comunidad y a la utilización indebida de los derechos que tienen por finalidad la explotación del hombre por el hombre.

2. Consagración expresa de la norma

La reforma de 1968, con la ley 17.711, incorporó la figura del abuso del derecho en el art. 1071 del Código Civil en el título relativo a los hechos ilícitos. El mentado precepto establecía que “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 contraríe 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”.

El principio plasmado en el art. 1071 del Código Civil cristalizó una norma jurídica de carácter general y aplicable a todos los sectores del mundo jurídico. En efecto, la consagración expresa del abuso del derecho dejó definitivamente aclarado este concepto, el que en virtud del artículo 16 del Código Civil y la intervención de la doctrina ha tenido proyección en el derecho procesal civil, así como en todo el ordenamiento jurídico. Como explicó Álvarez, este principio rige todo el ordenamiento, y específicamente también al proceso, en tanto instrumento a través del cual se ejercen los derechos sustantivos⁶. Entonces, el contenido del artículo fue mucho más allá ya que provino del espíritu de la Constitución Nacional, que impone límites naturales a todos los derechos humanos y a los derechos subjetivos en general (art. 28, CN).

La reforma de la ley 17.711 incorporó el adjetivo moderador “regular” al texto original del artículo y cambió el sentido de la norma. Es decir, ya no cualquier modo de ejercer los derechos está protegido por la ley, sino solo aquel regular, como sinónimo de razonable y equitativo, ajustado no solamente a la ley positiva, sino a su dimensión axiológica.

⁶ ÁLVAREZ, Mariela, *Abuso del proceso*, op. cit, p. 130.

Señaló Balestro Faure que lo más trascendente por sus efectos prácticos fue la fijación de una doble directiva a utilizar para la calificación del abuso, que acabó – o debió haber acabado– con tanto criterio identificador disperso y a veces contradictorio. Explicita esta autora que la primera directiva, que reconoce su antecedente en la tesis de Josserand, es específica y tiene que ver con la naturaleza del derecho que se ejerce: “al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos”. Es decir, cuando su ejercicio violenta el objeto de la institución, su espíritu y su finalidad social. Separada por la conjunción “o”, la segunda pauta incorpora la subordinación del orden jurídico al orden moral y manda a considerar abusivo el ejercicio de un derecho que “exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Concluyó la citada autora, entonces, que el abuso se configura cuando se ataca la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y/o cuando se produce una desviación de los fines del ordenamiento jurídico⁷.

En consecuencia, el art. 1071 del Código Civil, según la redacción de la ley 17.711, constituye una muestra de combinación de criterios para la determinación del acto abusivo. Si bien ha adoptado como criterio determinante el finalista y lo conjuga con los principios ético-morales, la buena fe y las llamadas buenas costumbres, no exige que el comportamiento del titular del derecho sea doloso o culposo, intencional o negligente; el acto abusivo parece ser un factor objetivo de atribución⁸.

También en otras normas del Derecho sustantivo ha tenido explicitación expresa el principio del abuso del derecho. Como hemos puntualizado anteriormente, el derecho sustantivo resulta de plena aplicación al proceso, por cuanto este es un instrumento para lograr el uso o ejercicio del derecho sustantivo que en él se invoca, y en este aspecto el “modo” de usarlo también adquiere fundamental importancia.

De este modo, se plasmó en el segundo párrafo del art. 622 del Código Civil, también incorporado por la reforma de la ley 17.711, que establecía en su parte pertinente: “si las leyes de procedimiento no previeren sanciones para el caso de conducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesoria de pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios”.

También el segundo párrafo del art. 565 del Código de Comercio, incorporado por el decreto ley 4777/1963, contenía una norma similar “...el deudor perseguido judicialmente y que litigue sin razón valedera, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media del que cobren los bancos públicos, debiendo los jueces graduar en la sentencia el acrecentamiento de la tasa atendiendo a la mayor o menor malicia con que haya litigado el deudor”.

⁷ BALLESTRO FAURE, Miryam, “La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 141.

⁸ RUZAFÁ, BEATRIZ S., “El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 252.

Sentado lo anterior, surge evidente la aplicación de la teoría del abuso del derecho en el ámbito procesal desde que el legislador de fondo previó, subsidiariamente, en el caso de que las leyes procedimentales no establecieran penas al respecto, la aplicación de sanciones propias como facultativas del juzgador.

3. El Código Civil y Comercial de la Nación

Acerca del instituto en estudio, el actual Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo 3 dedicado al ejercicio de los derechos del Título Preliminar establece en el art. 10 “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 considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. El Código Civil y Comercial de la Nación conserva casi textualmente el artículo 1071 del Código Civil, pero agrega un párrafo claramente dirigido al Juzgador a quien le impone el deber de disponer lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y en caso de que corresponda fijar un resarcimiento económico a favor del afectado.

III. Formas de manifestación del abuso procesal

El abuso del derecho con relación al uso del proceso parte de una premisa insoslayable: el derecho al proceso y el derecho en el proceso implican la existencia de un derecho fundamental de rango constitucional y naturaleza instrumental.

Como señaló Gozaíni, la consagración del proceso judicial como garantía específica, y propiamente como instrumento de realización de los derechos fundamentales, por vía de principio, no podría reconocer más limitaciones que las naturalmente reglamentadas. De otro modo, la defensa en juicio vería seriamente comprometida su presencia fundamental en el proceso. Pero como el ejercicio de los derechos no admite excesos ni aprovechamientos, si esos derechos son obrados para conseguir un propósito desmedido (exceso este que puede ser culposos, doloso o simplemente actuado con imprudencia) la base constitucional no tolera el desvío alegado, pues no existen derechos absolutos⁹.

1. El derecho de acción y su ejercicio

El derecho de acción ha sido definido como la facultad reconocida a los individuos para solicitar la protección jurisdiccional al Estado. Este derecho permanece latente, es una mera posibilidad reconocida al individuo que se materializa con su ejercicio en un supuesto concreto.

⁹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El abuso del proceso”, en Alegría, Héctor y Mosset Iturraspe (dir.), *Revista de Derecho Comunitario, Abuso del Derecho*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 172.

Por otra parte, la pretensión procesal constituye el acto principal por el que se ejercita el derecho de acción, y se solicita al Estado la protección en el caso concreto. Es en el acto procesal donde la parte hace el planteo de fondo, alega los hechos y formula su reclamo ante la jurisdicción.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de acción, por su carácter dinámico, también se desarrolla durante el transcurso del proceso, hasta la realización del derecho respectivo. Sentado ello, se ha establecido entonces que el abuso del derecho procesal solo puede concretarse en el ejercicio del derecho de acción de las partes: el actor para demandar y el demandado para oponerse (derecho de contradicción). En ambos casos se evidencia una pretensión procesal, en cuanto tanto el actor como el demandado solicitan al Estado la protección jurisdiccional.

2. Abuso “con” el proceso y “en” el proceso

Según el momento en que se configure el abuso en el ámbito del proceso, se ha dicho que puede clasificarse como abuso “con” el proceso (abuso del derecho inicial) y abuso “en” el proceso (abuso del derecho sobreviniente).

La primera hipótesis supone un abuso generado a través de la iniciación misma del proceso, en la formulación de la demanda o de la contestación. Es decir, el proceso en sí fue utilizado por la parte con una intención desviada, contra sus propios fines o para obtener resultados ilícitos. En ese caso el derecho de acción se ha ejercido abusivamente cuando se pretende con conciencia de la sinrazón, en demasía, sin fundamento o en forma innecesaria.

También el abuso ha podido concretarse en la realización de los demás actos durante el desenvolvimiento del proceso, parcializado en los diversos momentos del juicio y concretado en las conductas de los sujetos procesales que implican disfuncionalidad o importan agravio a la buena fe, lealtad y probidad procesales, como así mismo, obstaculizan la dilucidación oportuna del conflicto. El abuso “en” el proceso entraña la desnaturalización de las herramientas procesales.

Loutayf Ranea explica que la experiencia muestra que los abusos en que generalmente incurre la parte actora se producen en el primero de los momentos señalados, es decir, al concretar las denominadas “aventuras judiciales”, como ocurre en las demandas promovidas sabiendo o debiendo saber de la sinrazón; o las que se promueven para simular un proceso o en fraude a la ley; o las demandas innecesarias (V.gr. por haber manifestado la demandada estar dispuesta a hacer lo que se le reclama); o las demandas con fines extorsivos (especialmente la solicitud de medidas cautelares con tal finalidad); o las “demandas principistas” en las que se reclaman ínfimas sumas de dinero invocando razones de rango moral superior; o los reclamos (de daños y perjuicios) en que se incurre en pluspetición inexcusable; o cuando se elige la vía más costosa o dañosa para el adversario. También puede incurrir en abuso la actora en el trámite ulterior del juicio, como ocurriría, por ejemplo, cuando pretende el remate de la vivienda familiar del demandado, en lugar de otras propiedades similares, a fin de compelerlo a llegar a un pronto arreglo, o a efectuar el pago. Agrega el autor citado que la demandada, en cambio, es la parte que con mayor habitualidad incurre en conductas abusivas; y no obstante también puede hacerlo durante el trámite de medidas preparatorias (como ocurre con la negación

maliciosa de firma en los trámites preparatorios del juicio ejecutivo), o mediante contestaciones de demanda “frívolas” o “insinceras”, o que saben que carecen de andamio. Sus abusos se producen también –y principalmente– en el segundo de los momentos, mediante conductas obstruccionistas del proceso (recusaciones, incidencias o planteos oscuros o improcedentes, recursos inadmisibles o improcedentes, etc.) a fin de demorar lo más posible la sentencia, que sabe va a ser a favor del demandante¹⁰.

3. Supuestos específicos de abuso procesal

Como quedó explicitado en los párrafos que anteceden, según el momento en que se configure el abuso, se han podido distinguir dos actitudes propias: abuso “con” el proceso (abuso del derecho inicial) y abuso “en” el proceso (abuso del derecho sobreviniente).

Gozaíni sistematizó en forma acabada las tipificaciones de abuso procesal en la proposición de la demanda (abuso “con” el proceso) y abuso en la actividad procesal¹¹.

En el primer grupo, consideró que se encuentran actos contrarios a la finalidad prevista en el ordenamiento en los siguientes supuestos:

- 1) **Elección de la vía más dañosa para el adversario:** cuando el ordenamiento procesal le permite al actor seleccionar el tipo de procedimiento y con esto el accionante busca el alargamiento o postergación en su resultado, o el mantenimiento del estado de incertidumbre sobre una situación en conflicto.
- 2) **Confundir al oponente por la vía del proceso:** es el caso de las demandas ambiguas, las que provocan un apartamiento de la finalidad legal que cumple el proceso con la intención de causar desconcierto e inseguridad en el contradictor.
- 3) **Reclamar sin fundamento aparente:** en aquellas presentaciones que no se motivan circunstanciadamente o se desarrolla el planteo de recursos técnicamente inaudibles que solo se limitan a cuestionar en términos superficiales y con ligereza el pronunciamiento atacado.
- 4) **Cuando se busca con el proceso una finalidad coactiva:** este supuesto acontece frecuentemente en las peticiones de quiebra, en las ejecuciones hipotecarias, etcétera, donde la mora y el monto reclamado, mínimo, denota que el proceso es pretendido para socavar el ánimo del deudor.
- 5) **Cuando se acude al proceso sin necesidad:** con la finalidad de desgastar energías del demandado y doblegar así su voluntad.

En el otro grupo, el autor citado destacó las siguientes actitudes que ocurren durante el transcurso de la litis y pueden configurar abuso “en” el proceso:

- 6) **Recusación maliciosa:** constituye un supuesto específico de obstruccionismo, en la medida en que su interposición solamente persiga demorar el desarrollo del proceso. La jurisprudencia consideró que es maliciosa la recusación desprovista de un mínimo fundamento valedero, que denote falta de reflexión y con ello revele que no se ha tenido en consideración la investidura del magistrado para el planteo.

¹⁰LOUTAYF RANEA, Roberto G., op. cit., p. 10.

¹¹GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, p. cit., p. 175.

7) **Abuso en materia probatoria:** la etapa probatoria busca mediante la actividad de las partes la reconstrucción de los hechos tal como realmente sucedieron o están ocurriendo las cosas. Este objetivo de colaboración en la búsqueda de la verdad, fundamentada en principios de lealtad y probidad entre las partes, no siempre se cumple. Es el caso de la negativa a acompañar documentación amparándose en ser confidencial, la mezquindad en colaborar en la producción de pruebas científicas que requieren de la parte, etcétera.

8) **Abuso en materia recursiva:** esta hipótesis acontece cuando se cuestiona el planteo de impugnaciones contra las resoluciones judiciales; existe un abuso de los medios de gravamen y de las vías de impugnación.

9) **Abuso en las medidas de ejecución:** el juicio ejecutivo es uno de los campos más fértiles para actuar el abuso. El título ejecutivo, que por ser tal no admite discusión acerca de la causa que lo origina, muchas veces es llevado al proceso aislado de la legalidad general eludiendo, en aras de las necesidades del comercio, institutos básicos del derecho como los principios de moralidad, buenas costumbres, licitud de la causa, inexistencia de abuso, etcétera.

10) **Abuso en las medidas cautelares:** este supuesto, desarrollado específicamente en los capítulos siguientes, acontece cuando el sujeto procesal, al haber sabido o debido saber que carecía de razón suficiente, se excede o abusa en el derecho que la ley le otorga para la concesión de la medida cautelar.

IV. La interpretación judicial de la conducta abusiva

El papel del juez ha pasado a ser un elemento esencial para prevenir, y en su defecto reprimir, conductas desleales de las partes, o conductas que sin serlo causan agravios al proceso y en consecuencia a la recta administración de justicia.

El magistrado, como director del proceso, se constituye como la figura esencial para corregir los desvíos, prevenir conductas abusivas, sancionarlas y establecer –en su caso– la responsabilidad respectiva.

En tal sentido, el art. 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece como deber del magistrado en cuanto director del proceso “prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe” y “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes” (art. 34 inc. 5 ap. 4 y 6 CPCN).

Asimismo, dispone el inc. 6° del art. 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires que es deber del juez “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”, derivación a su vez del inc. 5° (apartado d) del mismo artículo, que señala como otro deber del juez, en el plano de la dirección del procedimiento, “prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe”. Así también el art. 163 inc. 8° del CPCC establece que el juez en oportunidad de dictar sentencia deberá, en su caso, declarar “la temeridad o malicia en los términos del art. 34 inc. 6° del CPCC”.

1. Consecuencias de la comisión de un acto procesal abusivo

Ante la existencia de un acto procesal abusivo, el juez se encuentra facultado para adoptar distintas actitudes o consecuencias, que pueden aplicarse en forma acumulada o alternativa.

En tal sentido, señala Peyrano cuatro órdenes de consecuencias a las que puede dar lugar la realización de un acto o actuación “antifuncional” en materia procesal civil.

En primer término, la calificación de un acto procesal como abusivo pudo determinar **que la facultad correspondiente no pueda ejercerse válidamente, o al menos que no pueda ejercitarse del modo y con los alcances pretendidos** por el “abusador”. Y si el accionar “antifuncional” de todos modos se concretó, ello no podría suscitar una posterior situación procesal desventajosa para la víctima de aquel.

En segundo lugar, otra consecuencia posible de que se haya registrado un acto procesal abusivo pudo ser la **aplicación de sanciones**. De este modo, resulta plausible sancionar pecuniariamente a la parte que ha ejercido abusivamente del acto procesal, ya sea a través de la imposición de costas agravadas, o la pérdida para el letrado del derecho a percibir honorarios; incluso puede sancionarse administrativamente, en la esfera disciplinaria.

Por otra parte, explicó el autor referido que dado que el “abuso procesal” está prohibido, y que lo que está prohibido es en definitiva nulo, se sigue que también el acto antifuncional podría llegar a **ser nulificado**, como así también los que fueron su consecuencia.

Finalmente, consignó la posibilidad de que el exceso en el empleo de las vías procesales haya podido dar lugar a la **reparación de daños y perjuicios** resarcibles, más allá de los daños procesales inherentes al instituto, causados al damnificado, quien además puede solicitar la indemnización correspondiente. En este caso, como quedó explicitado en los capítulos que anteceden, resulta indispensable analizar los factores de atribución subjetivos, y requerir la existencia de dolo o culpa por parte del abusador¹².

A estas consecuencias enunciadas, Loutayf Ranea agregó la posibilidad de que el abuso le permita al magistrado inferir argumentos de prueba contrarios a la parte que ha incurrido en conducta abusiva e imponer penas en el caso de que la conducta abusiva configurara también un ilícito penal¹³.

2. Prevención y sanción

Las consecuencias previstas para un acto procesal abusivo han podido ser concomitantes o posteriores a su realización. Esto permite establecer la necesidad no solo de reprimir los actos procesales abusivos cuando ya han sido consumados sino también y, en forma especial, “prevenir” su comisión.

¹² PEYRANO, Jorge W., “Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – RAMBALDO, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 192.

¹³ LOUTAYF RANEA, Roberto G., op cit., p. 14.

El control preventivo del abuso no se puede dar sino a través de facultades (poderes-deberes) que aumenten el poder de dirección del juez. Como puntualizó Gozaíni, la represión de la conducta abusiva supone, en cambio, una sanción ejemplificadora, distinta a las condenaciones accesorias y a la eventual reparación por responsabilidad.¹⁴

Antoraz asevera que no hay dudas de que la “prevención” aparece como más ventajosa que la “sanción”, ello en pos de la economía procesal, de la igualdad de las partes en el proceso, de un mejor servicio de justicia, y del deber de colaboración de las partes entre ellas mismas y con el juez para obtener la verdad real de los hechos y en consecuencia una sentencia justa, que componga y satisfaga realmente los derechos de la parte a la que le asiste razón en tiempo y forma. Agrega el doctrinario que esto se encuentra íntimamente ligado al perfil del “juez profiláctico”, aquel preocupado no solo por aplicar sanciones disciplinarias sino también por alertar a los litigantes para que cesen en ciertas prácticas (caso contrario, serán sancionados); alerta que puede y debe realizar el órgano jurisdiccional cuando nota que algunos de los contendientes está en vías de consumir un abuso procesal contextual por reiteración de conductas obstructivas del procedimiento.¹⁵

3. Criterios de interpretación: reglas orientadoras

Como los límites que se presentan entre el abuso procesal y el ejercicio legítimo del derecho –en el ámbito procesal, se traduce en el de acción– en muchas circunstancias resultan difusos, se han establecido algunas pautas de interpretación que deben ser tenidas en cuenta al momento de calificar un acto como abusivo.

En primer lugar, será necesario adoptar un criterio restrictivo en la interpretación de la existencia de abuso. Vale decir, el abuso no se presume y, por ello, en la duda debe estarse a que no se ha registrado. Se establecería aquí una especie de *favor processum* en virtud de que, justamente, el proceso es un instrumento eminentemente jurídico en su programación, en los elementos constitutivos, en el objeto que trata, en las finalidades que persigue; por lo tanto debe presumirse en principio la regularidad, la adecuación en su uso, que será menester destruir en cada caso concreto para que pueda funcionar la teoría del abuso del proceso¹⁶.

Por otra parte, no es pacífica la doctrina en cuanto a la posibilidad de la declaración oficiosa del abuso. En efecto, Peyrano afirmó que resulta improcedente la declaración oficiosa de que media abuso procesal dado que el proceso civil sigue siendo dispositivo. Así, considera que quizás puedan formar excepción supuestos extremos como el constituido por el “embargo o intervención de caja”, frecuentemente utilizado con fines extorsivos.¹⁷

¹⁴GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, op. cit., p. 165.

¹⁵ANTORAZ, Soledad, *El abuso procesal como principio moral. Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normativa*, en www.faeproc.org, p. 39; recuperado: 27 de octubre de 2013.

¹⁶PEYRANO, Marcos L., “El abuso del derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 209.

¹⁷PEYRANO, Jorge W., op. cit., p. 195.

En cambio, otros autores, como Álvarez, sostuvieron que en el proceso civil moderno el juez no puede conservar una actitud pasiva. Sin perder de vista que predomina en el proceso civil el principio dispositivo sobre el inquisitivo, el juez en el proceso civil actual posee una autoridad más allá de la que tuvo en otros tiempos, con miras a lograr la finalidad y eficacia del proceso.¹⁸

También Vargas adhirió a la tesis afirmativa en cuanto a la posibilidad de que el magistrado “director del proceso”, sin que medie petición de parte, proceda sin más y en la sentencia de mérito a declarar que ha mediado un ejercicio abusivo por parte de un litigante¹⁹.

Finalmente, otro postulado que ha de orientar al juez es que el abuso debe sancionarse solo si ha producido perjuicio.

V. Conclusión

El abuso del derecho se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que le concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho.

En el ámbito del proceso también la forma en la que los sujetos allí involucrados ejerciten sus derechos, deberes y poderes (conducta) debe orientarse conforme la finalidad que a cada uno de ellos el ordenamiento les ha dado. Cuando el ejercicio del derecho, deber o poder se extralimita de ese marco se ha configurado un abuso procesal.

Así, el principio de la proscripción del abuso se instaló en el campo del proceso, porque este ya no constituye materia disponible para las partes, sino por el contrario un instrumento para la obtención de un fin: la justicia. Consecuentemente, se desprende la idea de “proceso justo”, y en este marco las conductas contrarias a este fin, aún cuando se encuentren permitidas normativamente, deben ser sancionadas y reprimidas.

El principio plasmado en el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación ha consagrado una norma jurídica de carácter general y aplicable a todos los sectores del mundo jurídico. Así, en el proceso, el abuso se concreta en ocasión del ejercicio del derecho de acción de las partes, en cuanto se solicita al Estado la protección jurisdiccional.

Sentado lo anterior, entendemos que la responsabilidad fundada en el abuso procesal debe someterse a los principios generales de la responsabilidad civil, con especial atención a las características propias que resultan del hecho de que proviene de un acto que se produce dentro de un proceso con sus garantías y controles, bajo la dirección de un magistrado.

El magistrado, como director del proceso, constituye la figura protagónica para corregir los desvíos, prevenir conductas abusivas, sancionarlas y establecer –en

¹⁸ ALVAREZ, Mariela, “Abuso del proceso”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 132.

¹⁹ VARGAS, Abraham Luis, “El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico – científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) – Rambaldo, Juan Alberto (coord.), *Abuso procesal*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 325.

su caso— la responsabilidad respectiva. Sin embargo, su papel no debe limitarse a reprimir los actos procesales abusivos, sino también y en forma especial a “prevenir” su comisión. Ello es así ya que la creación de normas sancionatorias no evita que se cometan conductas no deseadas por el derecho. Paralelamente a la sanción es necesaria una toma de conciencia que acompañe el intento de moralizar el proceso.

El abuso del proceso es una de las instituciones con que el juzgador cuenta para lograr que el proceso se desarrolle dentro de los carriles previstos y llegar finalmente a la resolución del conflicto. Consecuentemente, consideramos que los medios para contrarrestar los abusos en el proceso ya existen y son plenamente operativos, mas deben ser usados con prudencia.

Como lúcidamente reflexiona Peyrano, quizás convenga alertar a los operadores jurídicos acerca de la inconveniencia de “abusar del abuso procesal”. En efecto: se trata de un concepto plástico y rendidor, pero también donde están sus virtudes están sus defectos. Es que la misma fluidez de sus contornos hace que pueda servir para “un fregado y barrido” y que, entonces, se lo haga funcionar donde no corresponde, con grave desmedro para todos y también —y esto es lo más grave— para la seriedad e importancia del instituto²⁰.

A todos los operadores jurídicos nos cabe muy especialmente una responsabilidad: cuidar el proceso, defender su finalidad como instrumento al servicio del valor justicia y simultáneamente velar por que sea el recinto para el pleno ejercicio del derecho constitucional de la defensa en juicio.

²⁰PEYRANO, Jorge W., op. cit., p. 197.