


MICHELE TARUFFO

Profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia, Italia.

SUMARIO:

- I. Una duda inicial.**
- II. Acto ilícito y acto abusivo.**
- III. Libertad o abuso.**
- IV. Buena fe, lealtad y probidad.**
- V. Los "valores del sistema"**
- VI. Una duda final.**



Artículo traducido por Miguel Gonzales Alcalde. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RESUMEN:

En el presente artículo el reconocido autor realiza un estudio detallado acerca de las variadas formas en las que puede originarse un supuesto de abuso procesal. Para tal efecto, realiza algunas distinciones claves entre conceptos esenciales como el acto "ilícito", "ilegal" e "inválido". Asimismo, analiza algunas categorías contrarias a dichos conceptos como la "buena fe" y la "lealtad procesal" a fin de explicar de mejor forma cómo es que se configura un escenario de abuso del proceso.

Palabras clave: Proceso, buena fe, mala fe, ilicitud y abuso.

ABSTRACT

In this article, the renowned author develops a detailed study on the various forms in which a case of procedural abuse may arise. To this end, he makes some key distinctions between essential concepts such as "illicit", "illegal" and "invalid". He also analyzes some categories that oppose such concepts as "good faith" and "procedural loyalty" in order to better explain how a process abuse scenario is configured.

Keywords: Process, good faith, bad faith, wrongfulness and abuse.

I. UNA DUDA INICIAL

Cada vez que desarrollo el tema del abuso del proceso me encuentro ante una importante dificultad: la gran evolución por la que dicho concepto ha atravesado en los últimos años.

Esta evolución puede ser apreciada en las numerosas monografías¹, artículos doctrinarios², organización de conferencias (como la realizada por Urbino en 2011³), e incluso en la misma jurisprudencia, pues no son pocos los jueces –incluida la Corte de Casación– los que andan en búsqueda de "nuevos" supuestos de abuso del proceso⁴. En este proceso tampoco podemos dejar de mencionar al legislador, al menos asumiendo que aquel "mítico personaje" cuenta con voluntad de mejorar la eficiencia del proceso civil⁵.

Como se aprecia, en todos los niveles se está difundiendo una especie de "onda de moralismo" –no sé qué tan consciente– que apuntaría a interpretar al proceso como un "baile elegante" y no tanto como una competencia dialéctica que concluya en la solución de una controversia. Así, dado que resulta imposible dar cuenta de toda esta coyuntura en pocas líneas, me ceñiré a desarrollar consideraciones de orden general.

La primera de ellas implica cuestionar qué se entiende por "abuso del proceso". Por ejemplo, una primera definición parte de definir al proceso como una competencia entre dos partes, cuyo resultado se encuentra definido por determinadas "reglas del juego". Ello se deriva a partir de la teoría de Calamandrei sobre el "proceso como un juego"⁶, la "teoría deportiva de la justicia" pro-

1. Cfr., en particular, Cordopatri, *L'abuso del processo*, I y II, Padua, 2000; Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Milan, 2004; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milan, 2012; y, Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Nápoles, 2015 y Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari 2015.
2. Cfr., entre varios, Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, en *Riv. dir. proc.* 2008, p.319 ss.; Dondi, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, en *Enc. Dir., Annali III*, Milan 2010, p. 1 ss.; Ansanelli, *Abuso del processo*, en *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg. III*, 1, Torino 2007, p. 1 ss.; Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, en *Diritto privato*, III, Padova 1997, p. 435 ss.; Id., *L'abuso del processo: profili comparatistici*, ivi, IV, 1998, p.496 ss.
3. Las actuaciones de la conferencia están publicadas bajo el título *L'abuso del processo*, Bologna 2012.
4. V. más recientemente el amplio análisis de Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, en *Riv. dir. proc.* 2015, p.445 ss.
5. Para esta teoría véase también Ghirga, *Ibid.* p.457 ss.
6. Cfr. Calamandrei, *Il processo come gioco*, en Id., *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p.537 ss.

puesta por Roscoe Pound⁷, o más hacia nuestros días, la interpretación de Vincenzo Ferrari sobre el proceso como un "juego de guerra" donde "la estrategia procesal induce (...) a los actores a interpretar su papel con la mayor libertad posible y aprovechando todas las oportunidades para realizar sus movimientos"⁸.

Así pues, estas "reglas del juego" determinan qué movimientos están permitidos al "constituir" la naturaleza del juego, pero también determinan las sanciones aplicables a quienes vulneren tales reglas (pensemos, por ejemplo, en el ajedrez o en el béisbol, como explica Pound).

Como sabemos, en el proceso existen reglas específicas que regulan el modo, tiempo y contenido de cada acto procesal, así como el rol que corresponde a cada participante (jueces, partes, etc.). Pero además, se establecen sanciones aplicables cuando tales reglas del proceso son vulneradas o aplicadas inválidamente (por ejemplo, la nulidad, la anulabilidad, la preclusión, el resarcimiento de daños)⁹.

Sin ánimo de excedernos con las metáforas lúdicas, es claro que esta interpretación del proceso y sus reglas es perfectamente válida. No obstante, debe tenerse en cuenta dos consecuencias relevantes.

La primera de ellas consiste -citando a Goldschmidt¹⁰- en que el proceso constituye un

escenario donde aquellas normas jurídicas que lo disciplinan son las que deben prevalecer, y no atender necesariamente a reglas morales o valoraciones éticas. Al respecto, en diversos ordenamientos jurídicos se observa que es la ley procesal la que establece qué comportamientos son considerados negativos, por constituir una vulneración de las reglas del "juego procesal"¹¹.

Nuestro ordenamiento procesal sigue este modelo, pues para determinar una conducta "incorrecta", basta observar la lista recogida bajo el título de *responsabilidad agravada* en los dos primeros párrafos del artículo 96 del Código Procesal Civil. Allí se regulan con precisión los comportamientos punibles y sus respectivas sanciones (en términos de resarcimiento de daños)¹².

Frente a situaciones normativas de este tipo surge una duda importante: saber si las conductas procesales catalogadas en la norma como "incorrectas" han sido definidas en base a fundamentos concretos y suficientes que hacen innecesario, o incluso imposible, crear supuestos de hecho adicionales. En otras palabras, se hace necesario saber si la lista contenida en la norma puede considerarse taxativa o si solo es enunciativa de un principio general del ordenamiento.

Si se tratase de una lista taxativa, el "abuso del proceso" regulado en la norma sería solo un juego de palabras, ya que no sería posible incluir supuestos adicionales de abuso.

7. Cfr. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Francess town, NH, rep.1947, p.125. Sobre esta concepción v. Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova 1979, p.12, 18, 123 ss.
8. Cfr. Ferrari, *Ética del proceso: profili generali*, en *Ética del processo e doveri delle parti*, Bologna 2015, p.23.
9. Al respecto, véase Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, en *Ética del processo*, p.116 ss.
10. Cfr. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik der prozessualen Denkens*, Berlin 1925, p.292. Puede ser, como señala Carratta, que la tesis de Goldschmidt permanezca minoritaria en la doctrina alemana (cfr. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, en *Ética del processo*, p.154 s.) pero no se puede negar que esta revele una perspectiva notablemente realista y, como tal, digna de ser tomada en consideración.
11. Para algunos ejemplos v. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, en *L'abuso del processo*, cit., p.25 ss.
12. Al respecto, cfr. en particular Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, en *L'abuso del processo*, cit., p.59 ss.. Para mayores referencias en doctrina y jurisprudencia v. Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova 2015, p.309 ss.. En referencia a más comentarios sobre el actual tercer párrafo del artículo 96, que parece estar inspirado en una lógica completamente diferente.

De ahí que resulte necesario determinar si nos encontramos frente al fenómeno de la "entificación de las palabras", frecuente en el discurso jurídico.

Este fenómeno se presenta cuando una expresión lingüística es repetida tantas veces hasta que llega a formar el convencimiento de que, más allá de la palabra, existe también el "objeto" que tal palabra refiere. En palabras de Gottlob Frege, se trata de una expresión lingüística sobre la que se busca definir el *Sinn* (sentido) pero que permanece aún sin *Bedeutung* (referencia), pues de su sola repetición no se deriva la realidad empírica de aquello que la frase indica.

Aplicando esto a nuestro caso, podemos decir que el solo hecho de hablar extensamente del abuso del proceso no implica, necesariamente, que este exista en la realidad (más allá de las hipótesis normativas previstas en la ley). Decir que el abuso del proceso existe "en el derecho viviente"¹³, significa que existe en los repetidos discursos de los juristas, y en particular, en los -a menudo genéricos y faltos de conclusiones- discursos de la jurisprudencia¹⁴. Es más, no podría descartarse que el abuso del proceso exista solo en esta última, pues es allí donde se trata de justificar decisiones en gran medida extra legem y arbitrarias.

En este contexto, debemos preguntarnos qué tan apropiado sería emplear la saludable "navaja de Ockham", es decir, la *lex parsimoniae* por la cual "cuando dos o más explicaciones se ofrecen para un fenómeno, la explicación completa más simple es preferible; es decir, no deben multiplicarse las entidades sin necesidad. A partir de allí podemos analizar cuál es, si existe, la necesidad que justificaría debatir sobre el abuso del proceso.

II. ACTO ILÍCITO Y ACTO ABUSIVO

Para no dar la impresión de que intento eludir un problema que no soy capaz de resolver, trataré de imaginar un supuesto "atípico" de abuso del proceso¹⁵ (dejando de lado aquellos previstos expresamente en las normas).

Un posible punto de partida está en la referencia que acabo de realizar del proceso como un procedimiento dialéctico, donde las "jugadas" se rigen específicamente por la ley procesal, la misma que define las consecuencias de los actos y comportamientos que no se ajustan a esta disciplina. En otras palabras, la ley define cuáles son y cómo se sancionan los actos y comportamientos "ilícitos" o "inválidos".

En efecto, un acto que no coincide con el tipo normativo previsto deviene inválido, y por tanto, no produce ningún efecto¹⁶. No obstante, se presenta la siguiente situación paradójica: cuando un acto procesal ya se encuentra sancionado como "ilícito" o "inválido", ese mismo acto no puede ser considerado también como "abusivo", pues ello implicaría una superposición verbal.

En ese escenario, la alternativa es la siguiente: o se rechaza la idea de que exista un supuesto no previsto en la ley de abuso "atípico" del proceso (y, por tanto, se trataría sólo de un acto ilícito o inválido), o bien se afirma que puede existir la idea de "abuso" como algo distinto de la ilicitud del acto.

Debe tenerse presente que la consecuencia de acoger esta segunda opción sería que solo puedan calificarse como "abusivos" aquellos actos y comportamientos que no hayan sido ya calificados como "ilícitos" dentro de las reglas del proceso, y, por tanto, son calificados como

13. Así, Ghirga, *Op. Cit.*, pp. 446 - 457.

14. Bastan al respecto los ejemplos más recientes analizados en Ghirga, *Op. Cit.*, p.447 ss.

15. Sobre la categoría de los ilícitos atípicos v. Atienza-Ruiz Manero, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, tr.it., Bologna 2004.

16. Al respecto v. en particular Menchini, *Op.Cit.*, p.120 ss.

abusivos sobre la base de algún principio o regla existente fuera de dicha regla. Siendo así, el problema radica en determinar cuándo un acto o comportamiento "lícito" -al no haber sido calificado de modo contrario por la ley- resulta también abusivo.

Intuitivamente, podemos decir que ello solo sucede cuando la ley procesal atribuye a un sujeto - y en particular a una parte- un poder discrecional, a partir del cual puede elegir entre diversas alternativas, todas previstas en la ley como válidas y lícitas.

En efecto, si sólo existiera un comportamiento configurado como posible, y por tanto obligatorio, el sujeto no tendría elección, y la omisión de aquel acto, o la realización de un acto diferente, sería un ilícito, con graves consecuencias en términos de responsabilidad del sujeto¹⁷, pero en ningún caso podría tratarse de un "abuso". En cambio, si el proceso se interpretara como una secuencia compleja de situaciones en las que un sujeto (una parte, la otra parte, el juez) cuenta con discrecionalidad para optar por una u otra alternativa -entre aquellas que la ley establece como posibles y legítimas-, todo el proceso sería el resultado de la concatenación de las decisiones tomadas por distintos sujetos.

Ahora bien, debemos aclarar que no siempre una elección discrecional implica un comportamiento abusivo, ni siquiera cuando el sujeto dispone de una discrecionalidad absoluta para elegir una u otra alternativa. Por ejemplo: yo soy absolutamente libre de decidir si presentar o no una demanda ante la corte, pero ya sea que la presente o no, no estaré inmerso en un comportamiento abusivo.

Del mismo modo, de acuerdo con el principio dispositivo, el demandante es libre de determinar los hechos que alega como fundamentos de su demanda, y por tanto, no realizará un comportamiento abusivo al indicar el hecho "X" en lugar del hecho "Y". En efecto, puede suceder

que la demanda sea declarada infundada porque el hecho alegado no fue probado o porque no existía fundamento para acoger el derecho invocado; sin embargo, salvo el caso de la litis temeraria, ello solo determinaría un resultado desfavorable para el actor, pero en ningún caso se configuraría un abuso del proceso.

Consecuencias similares se pueden presentar también en el caso de la "discrecionalidad regulada", es decir, cuando las alternativas entre las que el sujeto puede elegir son limitadas, y cada una de ellas está regulada específicamente en lo que respecta a sus modalidades y consecuencias. Si el sujeto opta por una de estas alternativas, y aplica las normas correspondientes, se comportará de manera legal y no abusiva. Así por ejemplo, si el artículo 326 del Código Procesal Civil me otorga un plazo de seis meses para apelar una sentencia que no ha sido notificada y yo presento la apelación el último día hábil antes de la fecha límite, estaré comportándome dentro del marco de lo que la ley me permite, sin cometer ningún abuso del proceso.

Asimismo, si existen diferentes vías procedimentales en las que puedo hacer valer mi derecho (por ejemplo: proceso sumario, proceso de ejecución, proceso ordinario) la simple coexistencia de estas alternativas, en ausencia de normas que prescriban específicamente la necesidad de recurrir a uno u otro tipo de procedimiento, implicará que yo pueda elegir libremente servirme de una u otra vía, sin que ello implique cometer un abuso.

Por ejemplo, no cometo un abuso si decido hacer valer en la vía ordinaria un crédito por el que podría haber solicitado un mandato ejecutivo. Nótese que cuando el legislador busca restringir esta posibilidad de elección, establece un procedimiento específico para cada materia determinada (como sucede, por ejemplo, con el artículo 409 del Código Procesal Civil, para disputas de naturaleza laboral y aquellas vinculadas).

17. Al respecto véase más ampliamente Menchini, Op. Cit., p.72 - 76.

Ahora bien, dejando de lado lo referente a la discrecionalidad, el discurso se vuelve más complicado. Y es que desde muchos lugares se afirma que el abuso del proceso ocurre cuando una acción es realizada con un propósito distinto de aquel que, por naturaleza, debería alcanzarse¹⁸. Esta teoría parece razonable, pero posee ciertas dificultades.

Por un lado, a menudo es difícil o imposible determinar cuál es la finalidad que se busca alcanzar con un determinado acto, y además, si esa finalidad es o no adecuada. Por otro lado, incluso aunque esta distinción fuese posible, no por ello se configuraría un abuso del proceso. Por ejemplo: no hay duda de que el fin "propio" de una demanda es iniciar un proceso que concluya con una sentencia. No obstante, el actor podría presentar una demanda con un propósito diferente, a saber, inducir a la otra parte a una negociación o una transacción. No parece hasta aquí que exista un comportamiento abusivo, pues, si no se logra el objetivo "impropio" (negociar), permanecerá de todos modos el objetivo "propio" (seguir el proceso), pero aun si se logra el objetivo "impropio", el resultado sería positivo, ya que se evitaría el proceso.

Asimismo, si -como a menudo sucede- se exige a las partes realizar un intento de mediación previo al proceso, ese intento debería finalizar en un acuerdo, al menos según las esperanzas ingenuas del legislador); sin embargo, es claro que no sucede así. En la realidad, una parte inicia la mediación porque no puede evitarlo y no porque su objetivo sea alcanzar un acuerdo; su propósito es simplemente estar en aptitud de presentar una demanda. Aun así, parece evidente que en dicho comportamiento no existe nada abusivo.

Se podría, entonces, individualizar algunos supuestos de abuso en los casos en que un acto se lleva a cabo para un propósito que no le es

propio por naturaleza, pero solo en los casos en los que ese propósito distinto sea ilegal o, en todo caso, esté prohibido por el ordenamiento¹⁹.

III. LIBERTAD O ABUSO

El discurso sobre el comportamiento eventualmente abusivo de las partes requiere algunas consideraciones adicionales.

Por un lado, la referencia a la finalidad -propia o impropia- por la cual una parte realiza un determinado acto implica que se tenga en cuenta -y se considere decisiva- la voluntad de la parte que realiza aquel acto. Sin embargo, más allá de algunos casos típicos (como la litis temeraria, la revocabilidad de la confesión o el dolo revocatorio), se sabe que la voluntad de la parte es totalmente irrelevante desde el punto de vista del contenido, finalidad o validez del acto procesal. Y es que es la ley, una vez más, la que establece cuáles son los efectos de los actos realizados en el proceso, y por tanto, la voluntad de las partes no determina de ninguna manera tales efectos²⁰. Incluso cuando es la ley la que atribuye al sujeto un cierto ámbito de discrecionalidad -como usualmente sucede y como se ha explicado líneas atrás-, es ella misma la que legitima, automáticamente, los objetivos a alcanzar.

Por otra parte, debe considerarse que las partes gozan de libertad para comportarse en el modo que consideren más adecuado ante las diferentes situaciones procesales (por supuesto con la condición de que cumplan con lo que la ley procesal establece). Como acertadamente señala Vincenzo Ferrari con la metáfora del *juego de guerra*, en el proceso cada parte asume diferentes posiciones con la mayor libertad posible, aprovechando cada espacio para hacer sus movimientos²¹.

18. Cfr. Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, p. 50 ss. Al respecto véase Tropea, *Op. Cit.*, pp. 351 y ss.; Asprella, *Op. Cit.*, pp. 104 y ss.

19. Al respecto véase más ampliamente Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, pp. 39 - 45.

20. Cfr. Menchini, *Op. Cit.*, p. 117, y en sentido análogo Asprella, *Op. Cit.*, p. 121; Comoglio, *Op. Cit.*, p. 328.

21. Cfr. Ferrari, *Op. Cit.*, p. 14 y pp. 23 - 26.

Restringir esta libertad de elección de las técnicas y estrategias de defensa significaría colocar prohibiciones injustificables a la aplicación concreta de las garantías de la acción y defensa en el proceso. Retomando por un momento la metáfora del juego y de la competencia deportiva, sería absurdo pedir al jugador de ajedrez que revele, al inicio de la partida, cuál será su estrategia y cuáles serán los movimientos que empleará en respuesta a los movimientos de su oponente. Todo lo que se le puede pedir es que respete las reglas del juego. Del mismo modo, no se puede pretender que el entrenador de un equipo de fútbol revele su estrategia de manera anticipada, solo se puede esperar que el partido se lleve a cabo de modo regular. En otras palabras, el jugador es libre de elegir su propio "movimiento" durante todo el desarrollo de la competencia, con la única restricción de no vulnerar las reglas del juego.

Por otro lado, y refiriéndonos de nuevo a las normas que rigen el "juego procesal", es oportuno recordar que estas ya contienen -como hemos visto anteriormente- un catálogo detallado de las situaciones en las que la ley considera que se ha actuado de modo "incorrecto". En otras palabras, podría decirse que este es el catálogo de situaciones en las que se configura un abuso del proceso²², en el sentido amplio de una conducta contraria a las "reglas del juego".

Por otra parte, habiendo el legislador previsto estos supuestos, con sus respectivas sanciones, uno puede preguntarse -como ya se ha mencionado- si dicha previsión normativa es meramente indicativa de ciertos casos específicos, pero que pertenecen a un principio más general, extensible a voluntad vía interpretación. De ser así, vale la pena ir con cautela como propone Vincenzo Ferrari²³, aunque sólo sea para evitar el riesgo de una

excesiva e injustificada comprensión de la libertad táctica y estratégica de las partes. De hecho, existe una sensación de "deriva autoritaria" en la interpretación que a menudo realiza la jurisprudencia sobre el abuso del proceso. Y es que al entender el mismo como una categoría atípica, viene aplicando el mismo de manera arbitraria para sancionar comportamientos de las partes que, por razones ajenas a la aplicación de las normas procesales específicas, son considerados como "incorrectos"²⁴.

IV. BUENA FE, LEALTAD Y PROBIDAD

Un último argumento a favor de la existencia del abuso del proceso está relacionado a la necesidad de que las partes se comporten respetando la buena fe, o bien -siguiendo la fórmula algo anticuada del artículo 88 del Código Procesal Civil- con lealtad y probidad.

La exigencia de buena fe es intuitivamente comprensible en el plano ético; sin embargo, no es del todo pacífico afirmar que la buena fe procesal esté inmersa también entre las garantías fundamentales de la administración de justicia²⁵.

En efecto, uno puede imaginar que un proceso concluya con una decisión justa, en los hechos y en el derecho, aunque la parte ganadora haya actuado de mala fe. Al respecto, vale la pena recordar que el artículo 96 del Código Procesal Civil establece como hipótesis de responsabilidad agravada solo la mala fe de la parte vencida (tal vez suponiendo que siempre existe un resultado desfavorable para la parte a la que se refiere esta responsabilidad). Sin embargo, de esta limitada formulación de la norma, se puede concluir que no existe un principio general de buena fe procesal, pues ni el artículo 96 ni ninguna otra norma hacen referencia al mismo²⁶. Además,

22. Al respecto, Cfr. Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, Op.Cit., p.49 ss.

23. Cfr. Ferrarí, *Op.Cit.*, p.30 ss.

24. Al respecto, v. Tropea, *Op.Cit.*, p.395.

25. En este sentido véase en su lugar la monografía de Picó y Junoy, *El principio de buena fe procesal*, Zaragoza 2003.

26. La situación es diversa en algunos países como España, Portugal y Brasil, donde existen normas que se refieren expresamente a la buena fe en el proceso. V. Tropea, *Op.cit.*, p.237; Taruffo, *Op.Cit.*, p.26.

el discurso sobre la buena fe implica analizar la voluntad con la que las partes llevan a cabo determinados actos, que -como ya hemos visto- no se refieren necesariamente a actos procesales, a menos que la ley lo prevea expresamente, como en el caso del artículo 96.

Sigue siendo difícil -a pesar de los intentos desarrollados por la doctrina- atribuir un significado normativamente eficaz a formulaciones así de genéricas, como la buena fe de procesal²⁷. Ciertamente, expresan una previsión moralmente aceptable, pero difícilmente se prestan a una definición precisa.

En cuanto al deber de actuar con lealtad y probidad, es necesario, antes que nada, señalar que se trata de un deber cuya vulneración no se encuentra sancionada de ninguna manera (con excepción de la comunicación al consejo de la orden profesional en caso sea el defensor el que no cumple con este deber, y sin perjuicio de la infrecuente eventualidad prevista en el artículo 92, en la que el juez condena a una parte a pagar los costos que ha causado la vulneración del artículo 88).

En cuanto a la identificación del posible contenido de dicho deber, se ve muy apreciable el reciente y amplio intento presentado por Antonio Carratta, de individualizarlo en un deber de verdad e integridad en las declaraciones de las partes, reconociendo en el artículo 88 una manifestación importante del deber de buena fe procesal²⁸. Sin embargo, incluso siguiendo los complejos argumentos que justifican el análisis

de Carratta, este no alcanza a formular un efectivo deber de veracidad, como si una "prohibición de falsedad consciente" (ya presente en los diversos códigos de ética profesional)²⁹. De ese modo, dicha falsedad podría ya constituir un supuesto de mala fe en los términos del artículo 96, párrafo 1.

Por otro lado, al enunciar los hechos de una demanda, el deber de integridad no puede ser entendido como un deber de indicar también los hechos desfavorables a la estrategia de defensa³⁰. De ello se desprende, en esencia, que siempre que no se realicen afirmaciones cuya falsedad sea conocida (o siempre que no se empleen pruebas cuya falsedad también sea conocida) y se puedan narrar razonablemente los hechos que la parte considere favorables, no estaremos ante una vulneración del artículo 88, y menos aún ante un caso de abuso del proceso³¹.

Cabe recordar que cada parte narra legítimamente, dentro de la infinita variedad de alternativas posibles, la historia que considere más favorable a su posición³². No podemos esperar, por supuesto, que esta historia sea verdadera, ya que está acompañada solo de una presunción de verdad, ni tampoco se puede esperar que esta sea completa, ya que también en el proceso civil "*nemo tenetur edere contra se*" (*nadie está obligado a acusarse a sí mismo*). Por tanto, sólo se puede exigir a las partes que no realicen afirmaciones cuya falsedad sea conocida por ellas, y -a lo mucho- que expongan fundamentos de hecho verosímiles *prima facie*.

27. Al respecto, Cfr. el amplio y actualizado análisis de Tropea, *Op.Cit.*, p.235 y ss., y Cordopatri, *Op.Cit.*, p.63 y ss.

28. Cfr. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, en *Etica del processo*, p.145 ss., 224 ss. Al respecto, véase también Taruffo, *Op.Cit.*, p. 37 ss.

29. Carratta, *Op.Cit.*, p.237, excluye justamente que exista para las partes un deber de "verdad material".

30. En el mismo sentido véase Carratta. *Loc.Cit.*

31. Se puede observar que si una parte basa su demanda en una narración de hechos incompleta, fragmentada, contradictoria o manifiestamente absurda al ser contraria a la experiencia normal, la consecuencia no sería declarar un supuesto de abuso del proceso, pero sí la nulidad de la demanda por violación del artículo 163 numeral 4, Código Procesal Civil. (Cfr. Artículo 164 párrafo 4 del mismo código).

32. Al respecto véase más ampliamente Taruffo. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p.43 y ss.

V. LOS "VALORES DEL SISTEMA"

A aquellos que –como quien escribe– manifiestan cierta oposición a la tendencia de descubrir presuntos comportamientos abusivos de las partes –limitando su libertad de acción– se les objeta que, en cualquier caso, la administración de justicia ya está obligada a hacer cumplir los "valores del sistema" que sirven al buen funcionamiento de la justicia civil³³, y por tanto, se encuentra obligada a identificar situaciones abusivas. En otras palabras, se estaría dando a entender que la idea del proceso como "cosa privada" de las partes, se configuraría ahora como un servicio público³⁴.

Al respecto, debemos señalar que la idea de que la administración de justicia deba actuar los principios que regulan su buen funcionamiento parece absolutamente obvia y no merecedora de una discusión en particular. Así pues, en la realización de estos valores se encontraría la necesidad ocumana apropiada para justificar las discusiones sobre el abuso del proceso. Sin embargo, también frente a argumentos de este tipo es necesario mantener una visión crítica.

En efecto, de un lado se necesitaría establecer en modo suficientemente claro cuáles son aquellos "valores" y cómo tales pueden ser garantizados a través de la sanción de eventuales abusos. Una posible hipótesis llevaría a sostener que entre estos valores destacan las garantías de las partes en el proceso, y en particular, su libertad para determinar tácticas y estrategias; sin embargo, esto suena casi obvio.

En realidad, los defensores de los "valores del sistema" se refieren a un solo "valor": frente a la

crisis endémica de nuestra justicia civil, se invoca el valor fundamental de la "duración razonable" del proceso, haciendo referencia al actual artículo 111 de la Constitución y al artículo 6 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre, o –en términos más genéricos, pero sustancialmente equivalentes– la eficiencia del proceso³⁵.

La duración razonable del proceso es un valor que nadie pone en duda (más aún si constituye una aspiración hasta ahora no alcanzada), por tanto no se puede negar que este sea un objetivo a alcanzar en la práctica de la justicia civil, en la medida de lo posible. Sin embargo, el problema surge cuando, por obra de la jurisprudencia, dicho valor es tergiversado hasta convertirse en una pesadilla³⁶. De ahí que debamos cuestionarnos si el "abuso del proceso" debe o no ser empleado también como un canon de interpretación de las normas procesales³⁷, pues la intervención de la jurisprudencia podría dar lugar a una pesadilla similar o peor que la presentada con la "duración razonable del proceso".

Sin perjuicio de ello, –en lo que aquí interesa mayormente– debemos preguntarnos quién es responsable de la aplicación del presunto valor de la duración razonable del proceso. O al menos preguntarnos si tal responsabilidad recae en las partes.

Como ya se ha dicho, las partes deben atenerse a las normas que rigen sus acciones y comportamientos, pero parece difícil argumentar que, además, estas deban tomar medidas para asegurarse de que el proceso se lleve a cabo en modo "razonablemente celeré" (cualquiera que sea el significado que se quiera asignar a esta expresión irremediamente vaga).

33. Entre las muchas referencias al respecto véase p.e. Carratta, *Op.Cit.*, p. 207; Biavati, *Intervento, in L'abuso del processo*, p.250; Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, p.29 y ss.

34. Sobre el tema véase ampliamente, y para mayores referencias, Tropea, *Op.Cit.*, pp.247.

35. Cfr. p.e. Tropea, *Op.Cit.*, p.253 - 263; Taruffo, *Op. Cit.*, p.30 y ss.

36. Véase para ello Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, en *Riv.dir.proc.* 2011, p. 513 y ss. La pesadilla se deriva de la tendencia de la Casación "de interpretar las instituciones procesales en función del valor considerado superior de la duración razonable": cfr. Asprella, *Op.Cit.*, p.123 y ss.

37. Es la previsión formulada por Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali*, p.445.

Resulta obvio que las partes no tienen el mismo interés en la celeridad del proceso, pues tal interés dependerá, por ejemplo, de la naturaleza y el objeto de la controversia, así como de la posibilidad de que durante el proceso se lleven a cabo tratativas o que se encuentre en curso algún otro procedimiento vinculado a la controversia. Además, ambas partes pueden no tener prisa en que se emita la decisión final del proceso, pues de lo contrario no tendría sentido la posibilidad de suspensión convencional del proceso, prevista en el artículo 296 del Código Procesal Civil.

Volviendo de nuevo a un ejemplo trivial: si la parte vencida a la que no le ha sido notificada la sentencia tiene un plazo de seis meses para impugnarla, ¿tendría sentido imponerle el deber de hacerlo mucho tiempo antes de ese plazo ya que así el proceso duraría menos? Además, ¿quién impondría tal deber y cuánto tiempo menos debería exigirse? ¿Semanas? ¿Meses? ¿Sería realmente "abusiva" la impugnación en el último día hábil previsto por la norma? ¿De qué manera este supuesto "retraso" podría o debería ser sancionado?

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero la duda relevante recae en si realmente tiene sentido atribuir a las partes el deber de favorecer la duración razonable del proceso, y si corresponde asumir que, de no ser así, estarían cometiendo abusos, incluso al valerse de lo expresamente señalado en las normas procesales.

Por tanto, es oportuno señalar que el artículo 111 de la Constitución señala textualmente que la ley -no las partes- asegura la duración razonable del proceso. Así, es el legislador quien tiene el deber de garantizar que la duración sea razonable sin que este deber sea asignado a las partes, ni siquiera cuando el legislador demuestre que es estructuralmente incapaz de garantizar la reducción de los tiempos en la justicia civil.

Ahora bien, existe otra persona a la que se podría, en teoría, atribuir el deber de garantizar la duración razonable del proceso: el juez. Aun así, es necesario hacer algunas precisiones.

Por un lado, está claro que el juez debería -en los límites de lo posible- evitar el desperdicio de tiempo ejerciendo adecuadamente sus poderes de dirección formal del proceso, "destinado a impulsar el correcto desarrollo del procedimiento" de acuerdo con el artículo 175, párrafo 1, que se articulan, por ejemplo, en el establecimiento de plazos y la programación de las audiencias (conforme al artículo 175, párrafo 2 y el artículo 183, párrafo 6), y en la elaboración del calendario del proceso.

Del mismo modo, el juez podría oportunamente hacer uso de sus llamados poderes "de simplificación instructiva", como aquel consistente en reducir las listas de testigos sobreabundantes, la exclusión de testigos que no puedan ser oídos (artículo 245), la exclusión de pruebas irrelevantes e inadmisibles (artículo 183, párrafo 7) y la exclusión de pruebas que hayan devenido superfluas (artículo 209). Se trata, como vemos, de numerosas facultades para nada despreciables.

Así, si las mismas son ejercidas de manera cuidadosa y teniendo en cuenta las necesidades que cada caso individual presenta, el juez podría garantizar una duración razonable y una eficiencia adecuada del proceso.

Por otro lado, surgen problemas importantes a propósito del artículo 96, párrafo 3, introducido en el año 2009, por el cual el legislador ha evidenciado su clara intención de participar en la "onda de moralismo" de la cual hablamos al inicio, pues se ha establecido una sanción específica para las partes que cometen abusos³⁸. Esta norma otorga al juez la facultad de condenar, incluso de oficio y "en cada caso", a la parte vencida que haya implementado alguno de los actos mencionados en los párrafos 1 y 2 de la

38. Al respecto, Cfr. p.e. Cordopatri, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*. p.59 y ss.

norma, al pago de una suma "determinada de manera equitativa".

Más allá de las más o menos evidentes intenciones del legislador, se trata de una norma técnicamente mal formulada, que atribuye al juez un poder discrecional para imponer sanciones y que no está vinculado a ningún criterio controlable. Afortunadamente³⁹, la interpretación mayoritaria limita la aplicación de dicha norma a los casos de responsabilidad agravada previstos por la ley⁴⁰, y por lo tanto prevé que, para aplicar la sanción, se deban cumplir las condiciones indicadas en los dos primeros párrafos del artículo 96⁴¹.

Aun así, la formulación "en cada caso" es vaga y prácticamente carente de sentido, pues deja al juez libre de decidir si condenar o no a la parte vencida a una "pena privada" establecida en la ley. Asimismo, el criterio de "evaluación equitativa", previsto para la cuantificación de una sanción económica, carece prácticamente de sentido, pues los criterios que deberían guiar al juez en dicha valoración resultan misteriosos. La discrecionalidad sigue siendo excesiva, con los no poco importantes peligros de la arbitrariedad.

De esta manera, un legislador principiante e incapaz ha intentado colocar a las partes, bajo el agudo y arbitrario control del juez. Pero también bajo la aplicación de aquellos "valores del sistema" -como la duración razonable del proceso- que dicho legislador no ha sido capaz de definir correctamente a través de reformas procesales

verdaderamente orientadas a la configuración de un proceso razonablemente rápido y eficiente y en el que las garantías fundamentales de las partes estén aseguradas.

Apunta acertadamente Tropea⁴² que así es como el legislador ha abdicado a su tarea fundamental de equilibrar los diferentes valores del sistema, entre ellos la duración razonable del proceso, dejando en manos de los jueces la facultad de sustituirse arbitrariamente en el rol del propio legislador, a través de principios a menudo vagos y genéricos -como la economía procesal o la eficiencia del proceso- que cada juez en particular termina siendo libre de elegir e interpretar en base a sus preferencias individuales.

VI. UNA DUDA FINAL

Parece evidente que -bajo la apariencia de una "onda moralizadora"- nos encontramos camino a una "deriva autoritaria". A esta "onda" favorecen tanto la doctrina -que varias veces menciona con entusiasmo el abuso del proceso como si no fuera un mero *flatus vocis*-, y tanto la jurisprudencia, que se aprovecha de la interpretación de normas mal formuladas para apropiarse de un poder arbitrario de control sobre los actos de las partes, incluso cuando estas permanecen dentro del marco de lo que la ley procesal les permite.

En la parte superior de esta "deriva autoritaria" se coloca -por iniciativa propia- la Corte de Casación, que se ha auto asignado el rol de supremo guardián de la moral procesal. No está claro en base a qué principios lo hace⁴³, pero

39. El adverbio se explica porque esta interpretación excluye lo que quizá fue la intención del legislador, a saber, la creación de un supuesto de abuso del proceso posterior, atípico, indeterminado y dejado a la discreción absoluta del juez.

40. Véase mayores indicaciones en Carpi-Taruffo, *Op.Cit.*, p.404 y ss.

41. En el sentido que el párrafo 3 del artículo 96 configura en vez de un supuesto diverso y posterior respecto de aquellas disciplinadas en los primeros dos párrafos de la norma. Véase en su lugar Cordopatri, *Op. Cit.*, p.73 y ss.

42. Tropea, *Op. Cit.*, p.263.

43. El caso más evidente de incerteza de los principios que la misma Corte de Casación adopta como "valores superiores" en la interpretación y valoración de la conducta procesal de las partes, es aquel que constituye también el ejemplo más importante de abuso del proceso, siempre a criterio de la Corte de Casación, a saber, el fraccionamiento de la demanda. Podría parecer ridícula, si no fuera el signo de una trágica confusión de ideas,

parece que este es el verdadero escenario del "derecho viviente" que da lugar luego al abuso del proceso.

De todos modos se puede observar que, también para definir el abuso del proceso, es pertinente la reflexión de Aurelio Gentili sobre el abuso del derecho en general. El autor destaca, por un lado, que el abuso no es una institución, sino un argumento, y por otro lado, que este argumento es utilizado para justificar una operación a través de la cual el intérprete (en nuestro caso: el juez) deja de lado la ley aplicable al caso para decidir el mismo sobre la base de una norma distinta (en nuestro caso: las normas que regulan la actividad de las partes), norma que

el intérprete decide por su propia cuenta⁴⁴ y de manera sustancialmente arbitraria.

Así sucede frecuentemente en la aplicación del artículo 96, párrafo 3, donde la referencia al abuso permite, de manera descontrolada, e invocando el principio de duración razonable del proceso, que el juez decida sancionar cualquier comportamiento que considere incompatible con dicho principio, luego de una evaluación meramente personal. Estas decisiones son tomadas, en el mejor de los casos, *extra legem* (y en el peor de los casos, *contra legem*), pues se basan en la inaplicación de la norma correspondiente al caso concreto. Así pues, prevalecen criterios absolutamente arbitrarios y distintos, caso por caso.

la variabilidad de los criterios a los que la propia Corte se ha referido en pocos años. Al respecto, v. el exhaustivo análisis de Asprella, *op.cit.*, p.26 ss., 54 ss., 71 ss., 99 ss., por tener varias referencias.

44. *Cfr.* Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, en *id.*, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, p. 456 y ss., y en *L'abuso del diritto. Teoría, storia e ambiti disciplinari*, a cargo de V. Velluzzi, Pisa 2012, p.149 y ss.