

ABUSO PROCESAL

por Roberto G. Loutayf Ranea

Precisiones terminológicas y Tesis

Normalmente se habla de "abuso del *proceso*", o "abuso *procesal*", o "abuso del derecho en el *proceso*", o "abuso con el *proceso*", o "abuso en el *proceso*", u otras expresiones equivalentes, pero siempre haciendo referencia al ***proceso***. Pero el proceso no cobra existencia, no aparece al mundo de la realidad, sino como consecuencia de un acto jurídico previo como es el ejercicio del derecho de acción de la parte demandante a través de una concreta pretensión procesal. Tal pretensión determina que entre en actividad la Jurisdicción, es decir, los órganos respectivos encargados de ejercer la función jurisdiccional del Estado, que es ante quien se formula el planteo. Para poder dar la respuesta a tal pretensión, debe la Jurisdicción sustanciar previamente un proceso, para permitir la participación de la otra u otras partes interesadas, y en cuyo transcurso deben intervenir también los demás sujetos auxiliares del órgano jurisdiccional y de las partes. Todos estos sujetos involucrados en el litigio tienen, según el caso, derechos para ejercer, o cargas que cumplir, como también deberes y obligaciones; todo ello como consecuencia y con relación al proceso pendiente. Es propiamente en el ejercicio de estos derechos y en el cumplimiento de tales imperativos donde se puede producir el abuso. Por ello, no obstante que todo abuso procesal se concreta en un proceso (que es el instrumento para encauzar las pretensiones de las partes hasta la sentencia definitiva que las resuelva), o mediante actos procesales (que no son más que la forma de exteriorizar y concretar tales derechos e imperativos), creo que es importante remarcar que el abuso en realidad se produce propiamente en la función, derecho, carga, obligación o deber cuyo ejercicio o desarrollo se traduce en actos procesales; y corresponde hablar, así, de abuso **de la Jurisdicción** (por el juez), o abuso del **derecho de acción** (por las partes), o abuso **en el cumplimiento de sus específicos deberes** (por auxiliares o los terceros que deben intervenir en el proceso). Es decir, lo abusivo en la utilización de las formas procesales no es más que la consecuencia de haber incurrido en abuso en el desarrollo de algunas de las actividades señaladas, más allá de la naturaleza jurídica o de los caracteres que se les atribuya.

Algunas veces pensaba que esta distinción carecía mayormente de utilidad práctica. Sin embargo, me he animado en esta oportunidad a exponer mis reflexiones, procurando

hacerlo con cierta sistematización, en el entendimiento que todo lo que pueda ayudar a precisar los conceptos y las situaciones jurídicas, constituye de por sí un aporte y un avance en la ciencia jurídica. Aun cuando se exprese algo equivocado; porque si ello da lugar a que surja la opinión contraria correctora, esa equivocación habrá ayudado de tal modo para alcanzar la verdad.

Jurisdicción, acción y proceso

Todo surge como consecuencia de la organización del Estado, y de la regla esencial establecida para la convivencia en comunidad que prohíbe hacerse justicia por mano propia; ha quedado abolida, entonces, la justicia privada. Como contrapartida a tal prohibición, y para no dejar inermes a los individuos que se ven privados de actuar por sí mismos, se ha delegado en el Estado, como un "***deber***", la tarea de administrar Justicia, que no es otra cosa que la **función jurisdiccional** o **Jurisdicción**. Paralelamente, y para que las personas pudieran acceder y reclamar Justicia del Estado, se les ha reconocido un derecho para solicitarla, que es el "**derecho**" de **acción** (que en el caso del demandado que se opone al reclamo del actor, se suele denominar "derecho de contradicción", pero que no es sino el mismo derecho de acción así llamado en esta especial circunstancia). Por lo tanto, la Jurisdicción y el derecho de acción tienen el mismo origen: la prohibición de la justicia por mano propia. Y como la respuesta jurisdiccional no puede darse frente al solo reclamo de la demandante, sin permitir defenderse a las demás partes interesadas en el asunto, es que se ha estructurado un **procedimiento** que, para reunir las condiciones de un **debido proceso legal**, debe permitir a todas las partes el ejercicio adecuado de su derecho de defensa. Y queda así delineada lo que se ha denominado la trilogía estructural del proceso civil: *Jurisdicción, acción y proceso*.

Metodología

La metodología a seguir en el tratamiento de los temas, será la siguiente. En primer lugar, haremos un breve análisis de los aspectos generales vinculados al "***abuso***", y los particulares del "***abuso procesal***". Luego del "***derecho de acción***", los abusos que pueden darse en su ejercicio, y también las posibles consecuencias. Y finalmente, de la "***Jurisdicción***" y los abusos que pueden darse en el desarrollo de esta actividad estatal.

ABUSO Y ABUSO PROCESAL

Concepto

Abuso significa hacer "mal uso" de algo o de alguien. O como dice Gelsi Bidart, abusar es servirse de algo para un fin que no es el que corresponde, o hacerlo de un modo que no corresponde, o ambos aspectos a la vez.

Se puede advertir, entonces, que el abuso, por un lado, se refiere al "uso" que se hace de algo o alguien, por lo que, como destaca el maestro uruguayo citado, se trata de una actuación, de una realización, de un servirse de algo con una finalidad determinada. Y por otro lado, debe tenerse en cuenta también que el objeto del abuso, es decir, aquello de lo que se puede abusar ("algo" o "alguien"), presenta, por su carácter genérico, una amplia variedad.

Por lo tanto, para encontrarle sentido al término "abuso" es necesario escudriñar el contexto en que se utiliza la expresión. En el campo específicamente jurídico, como ya lo he señalado, el abuso puede producirse en cualquier actividad jurídica; así, en el ejercicio de un derecho, de una función, como también en el cumplimiento de cargas, deberes, obligaciones, etc.. Y en el ámbito procesal, el abuso puede presentarse en el ejercicio del "derecho" de acción por las partes, o en el ejercicio de la "función" jurisdiccional por el órgano encargado de la misma, o el cumplimiento de los "deberes" que les incumbe a los auxiliares en tal tarea.

En general, el abuso constituye una figura abierta, que integra la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados; de allí que para concluir en la existencia o no de abuso deben analizarse cuidadosamente las circunstancias particulares de cada caso.

Sustento normativo de la proscripción del abuso

¿Cuál es el sustento normativo de la proscripción del abuso?

Tradicionalmente se ha analizado el tema desde la perspectiva del abuso del "derecho", y como un aspecto de la responsabilidad civil. En la actualidad se considera que es un tema propio de la Teoría General del Derecho; y aplicable a todo el ámbito jurídico, es decir, a todas las ramas del ordenamiento jurídico (derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.). Se trata de un postulado general, con aspectos comunes, y otros específicos según la rama a que se refiera. El hecho que haya sido desarrollada particularmente por el Derecho civil no importa apropiación del instituto, ni significa que resulte inaplicable a las demás ramas del Derecho; en todo caso, en cada materia deberá aplicarse atendiendo sus

variantes propias.

El abuso, vuelvo a reiterarlo, no sólo se puede producir en el ejercicio de un "derecho", sino también en el desarrollo de cualquier otra actividad jurídica. La ***proscripción del abuso en las conductas humanas es un postulado que se puede inferir lógicamente del ordenamiento jurídico, por más que no exista una norma expresa que haga referencia al mismo.*** Coincido con quienes consideran que puede catalogarse como un ***"principio general del Derecho"***, sin dejar de reconocer las dificultades que el tema presenta. Si un ordenamiento reconoce derechos y establece imperativos, es para que se haga un adecuado ejercicio o cumplimiento de los mismos; y no para hacerlo "mal"; nunca se establecen normas ni se prescriben conductas para que se cumplan o ejecuten mal. Es 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 establece, porque tal desviación no es lo que el Derecho manda, y por lo tanto tampoco es lo que realiza la *Justicia*, que sólo se alcanza con el cumplimiento adecuado 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 República. La *Justicia*, vale reiterarlo, sólo se alcanza con el cumplimiento adecuado de las normas legales, y no con el mal uso de las mismas; ... el abuso, lejos de contribuir a la Justicia, es un elemento irritante en cualquier relación jurídica, y en especial en el ámbito del proceso. Tal es, a mi criterio, el fundamento principal que permite elevar la proscripción del abuso a un "principio general del Derecho", que luego ha encontrado expresión en diversas normas sustanciales y procesales; como el art. 16 del Código Civil (que alude al "espíritu de la ley" como directiva de primer orden en la comprensión de las normas jurídicas), el 1071 del mismo ordenamiento (que proscribire el abuso del derecho), y el art. 622 (que permite sancionar la conducta procesal maliciosa con el pago de intereses, si las leyes de procedimiento no previeren otra sanción); el art. 565 del Código de Comercio (que contiene una norma similar a la del art. 622 del Código Civil); y las disposiciones procesales que consagran los principios de moralidad y economía, el deber de comportarse con lealtad, probidad y buena fe dentro del proceso. Es verdad que los "principios generales" no están condicionados a su recepción positiva, pero este postulado no implica una prohibición de que ello ocurra; antes bien, es una forma de ratificar su presencia.

Durante la vigencia del positivismo exagerado se había apartado la vista y se había dejado de lado este principio de la proscripción del abuso: más bien, había quedado oculto o escondido, o no se lo quería ver; pero ello no significa que no estuviera presente. Han sido los nuevos vientos a partir del siglo pasado, los que han quitado el polvo que lo cubría y le han dado el lugar preeminente que le corresponde, y en especial, en el ámbito del proceso.

Sustento normativo de la proscripción del abuso procesal

Y refiriéndonos específicamente al abuso procesal ¿cuál es el sustento normativo de su proscripción?

a) Podrían distinguirse tres posiciones. Un criterio entiende que el sustento normativo está en el art. 1071 del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho, norma que resulta aplicable a todo el ordenamiento jurídico de conformidad al art. 16 del mismo Código, y con mayor razón en el proceso, por ser éste el instrumento para la observancia de los derechos sustanciales. Otro criterio entiende que el fundamento normativo está en los principios de moralidad y economía que normalmente consagran los ordenamientos procesales. Y el tercer criterio considera que se trata de un principio procesal autónomo, con características propias, y alcances y consecuencias mucho más amplias que el principio de moralidad.

Como ya lo he señalado, particularmente creo que el principio que prohíbe el abuso procesal es una derivación o especie del *Principio General del Derecho* que rechaza el abuso en cualquier situación o circunstancia (no sólo en el caso de derechos), el que está inmerso en el ordenamiento jurídico aun cuando no exista una norma específica que haga referencia al mismo; tal postulado constituye el principal sustento de la proscripción del abuso procesal. Las normas sustanciales y procesales que regulan la materia no son sino manifestaciones de ese principio general. Las normas sustanciales, como la del art. 1071 del Código Civil resultan también de aplicación en materia procesal, aunque con las adecuaciones propias que este particular ámbito requiera, y la prudencia con que debe hacérselo para no incurrir en afectación de la defensa en juicio. Y por supuesto el principio que prohíbe el abuso en el proceso resulta tácitamente receptado también por las normas adjetivas que consagran los principios de moralidad y de economía procesal, y que tienden a preservar la lealtad y buena fe procesal, es decir, la ética en el proceso. La moralidad es un postulado que debe regir también en el proceso, porque no sería lógico pensar que pudieran las partes apartarse de la

conducta ética por el solo hecho de participar en un proceso judicial.

Hoy en día está prácticamente admitido y perfilado el principio procesal que proscribire el abuso en el ámbito del proceso civil, conducta que puede llegarse por la violación del espíritu de un texto legal, o de alguno de los principios que informan el proceso. Se busca la moralización del debate, librar al proceso de emboscadas o maniobras dilatorias, o de cualquier tipo de conducta que importe un apartamiento de los fines propios del mismo, que es el ser un verdadero instrumento para solucionar "con Justicia" los conflictos entre las personas.

b) Con relación a la aplicación en el ámbito procesal del art. 1071 del Código Civil se han presentado divergencias principalmente en cuanto al criterio de su aplicación. Según una corriente, debe hacerse una aplicación plena de la norma en el ámbito procesal. Otra corriente considera que se debe seguir una postura prudente. Adherimos a esta última posición; porque la materia procesal presenta particularidades propias que aconsejan tal criterio. No se trata de favorecer la indiferencia o tolerancia frente al abuso, sino de ser prudentes en la consideración de cuáles conductas son abusivas; pero inflexibles en el castigo de las que claramente reúnan tal calidad, más allá que exista o no norma que regule específicamente el caso. Como dice Epifanio Condorelli, ha de buscarse "un sano equilibrio que, sin prohiar la conducta abusiva, no frustre, *en concreto*, el ejercicio de la libertad individual en ese mundo tan complejo del proceso y que no desemboque, a la postre, en un ataque de las garantías que establece la Constitución".

c) En general, no hay normas que precisen el concepto de abuso procesal. Pero la finalidad misma del proceso, y la aplicación de los principios que lo informan, son los que permitirán establecer el perfil de la conducta abusiva, o una descripción aproximada de la misma.

Elementos que conforman la conducta abusiva

Dos son esenciales: **a)** *Ejercicio de una conducta permitida por una norma legal de derecho positivo.* **b)** *Contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

Algunos autores consideran que también debe tomarse en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta del agente (dolo o culpa); otros, en cambio, con quienes coincido, entienden

que el abuso se puede configurar independientemente de toda consideración del aspecto subjetivo.

Finalmente, otro elemento es el *daño*: si bien podría considerarse suficiente para calificar un acto como abusivo que en su realización haya existido desviación de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, su cuestionamiento o sanción sólo debe hacerse cuando haya existido realmente un perjuicio; y ese perjuicio pueda ser debidamente identificado o probado. Se trata de la aplicación del principio general que dice que el interés es la medida de las acciones.

Tales postulados también resultan de aplicación en el ámbito procesal. Pero, con relación al daño, el que justifica la aplicación del principio de la proscripción del abuso no es sólo el de carácter patrimonial que pueda sufrir alguna o ambas partes, sino que basta el daño procesal, es decir, la demora y el alargamiento de trámites, lo que también constituye un daño para la Administración de Justicia por la mayor atención jurisdiccional y el desgaste que ello conlleva.

EL ABUSO DEL DERECHO DE ACCIÓN

El derecho de acción y su ejercicio. La pretensión procesal

Habiendo perfilado los aspectos generales del "abuso", pasamos a considerar el "derecho de acción", como algo que puede ser también objeto de abuso

El **derecho de acción**, conforme ya se señaló, es el derecho reconocido a los individuos para solicitar del Estado la protección jurisdiccional.

El derecho de acción existe y permanece latente; es una mera posibilidad reconocida a las personas. Se materializa o actualiza con su ejercicio en un supuesto concreto.

La **pretensión procesal** es el *acto* principal por el que se ejercita el derecho de acción, y se solicita al Estado la protección jurisdiccional en un caso concreto. Destacamos que es el acto *principal* de ejercicio del derecho de acción porque es donde la parte hace el planteo de fondo, alegando la situación fáctica y formulando sus reclamos ante la Jurisdicción. Pero no es el único acto de ejercicio del derecho de acción, porque este último, por su carácter dinámico, cubre también todos los demás actos procesales durante el desarrollo del proceso - tanto en la primera como en las demás instancias legalmente previstas-, hasta la sentencia que alcanza la calidad de cosa juzgada; e incluso con posterioridad, en los casos que debe seguirse

el trámite de ejecución de sentencia, hasta la realización del derecho respectivo.

Mientras el derecho de acción, entonces, es un "derecho", su ejercicio se realiza mediante "hechos". La pretensión procesal es un "hecho", y más precisamente un "acto jurídico procesal" en cuanto es un acto que produce efectos jurídicos dentro de un proceso. Casi me atrevería a decir, utilizando términos de la lógica, que mientras el derecho de acción es una *potencia*, el ejercicio del derecho de acción (a través de la pretensión procesal y demás actos) es la *actualización* de esa potencia.

El abuso sólo puede darse en el "ejercicio" del derecho de acción

La citada distinción entre el derecho de acción y su ejercicio viene al caso porque el abuso sólo puede darse en su "ejercicio". El derecho de acción es un derecho fundamental de toda persona. Todos lo tenemos; existe en forma latente para ejercitarlo en cualquier momento. No puede hablarse de abuso por solo tener el derecho de acción. El abuso, entonces, solamente puede ocurrir en su "ejercicio".

Pero, cabe aclarar, no siempre que ha existido "vencimiento" ha existido "abuso del derecho de acción". Porque no es que únicamente quien tiene razón usa legítimamente del derecho de acción, y que abusa del mismo quien no la tiene o no es beneficiado con una decisión favorable, sino que hay muchos supuestos en que, no obstante no reconocérsele razón, la parte ha hecho un uso legítimo del mismo. Podría decirse que el uso del derecho de acción es legítimo cuando las circunstancias particulares del caso justificaban la atención jurisdiccional del Estado, más allá del vencimiento de la parte, todo lo cual depende de las circunstancias particulares de cada caso.

Ambas partes ejercitan el derecho de acción

Ambas partes ejercitan el derecho de acción: el actor para demandar; el demandado para oponerse. Todos tenemos el derecho de acción para demandar jurisdiccionalmente a otra persona, e iniciar de tal manera un proceso. Pero esta persona demandada también tiene el derecho de acción para reclamar la protección jurisdiccional frente al reclamo del actor: en esta circunstancia al derecho de acción se suele denominar como "derecho de contradicción", que presenta la particularidad de que sólo puede formularse frente a una pretensión anterior deducida por la otra parte.

La pretensión procesal que formula el actor que inicia un proceso se denomina pretensión de "*ataque*". En cambio, se denomina pretensión procesal de "*defensa*" (u *oposición*) a la que concreta el demandado para oponerse a la procedencia de la pretensión deducida por la parte actora. En ambos casos se ejercita el derecho de acción, y en ambos casos se concreta una pretensión procesal, en cuanto tanto actor como demandado solicitan al Estado la protección jurisdiccional..

Los momentos en el ejercicio del derecho de acción

El derecho de acción, según ya lo señalamos, por su carácter dinámico, no se limita o agota con la formulación de los actos introductorios de la instancia principal, sino que acompaña a las partes durante todo el proceso, permitiéndoles la realización de una serie de actos que representan una intervención constante en el mismo. Ello permite distinguir dos momentos en el ejercicio del derecho de acción: **a)** por un lado, el de la formulación de la demanda principal por el actor; y en su caso, el de la contestación por el demandado; **b)** y por el otro, el de la realización de los diversos actos procesales durante todo el desarrollo del proceso, desde las diligencias preliminares (en caso de solicitárselas) hasta la ejecución de la sentencia definitiva y firme (en caso de establecer una condena)..

Los momentos en el ejercicio de la acción y el abuso

La distinción señalada sobre los momentos del ejercicio de la acción permite, a su vez, diferenciar dos tipos de conductas que pueden ser abusivas: abuso en la formulación de la demanda o de la contestación; y abuso en la realización de los demás actos durante el desenvolvimiento del proceso. Los ordenamientos procesales, en general, han contemplado esta distinción, y es así que han consagrado normas sancionatorias para la *temeridad* como para la *malicia* (como es el caso del art. 45 del CPCCN, y sus similares).

En el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en La Plata durante los días 21 al 24 de octubre de 1981, se ha distinguido el proceder abusivo "*con el proceso*" y "*en el proceso*": si bien no se explica cada concepto, parece claro que se refieren a estos dos momentos del ejercicio del derecho de acción. Otros hablan de *abuso del proceso* del *abuso en el proceso*. El primero constituye un abuso del derecho de acción cuando se pretende con conciencia de la sinrazón, en demasía, sin fundamento, en forma innecesaria. En cambio, el

"abuso en el proceso", es también el ejercicio abusivo del derecho de acción, pero parcializado en los diversos momentos de un juicio: todas aquellas conductas de los sujetos procesales que impliquen disfuncionalidad o que importen agravio a la buena fe, lealtad y probidad procesales; y que lejos de servir para la dilucidación oportuna y justa del conflicto, lo obstaculizan o entorpecen con la única intención de demorar la decisión final, o para evitar el aporte de los elementos que llevarían a la resolución justa, o incluso para torcer o deformar el contenido de los mismos

Otros han preferido utilizar las expresiones *abuso genérico* y *abuso específico*. El abuso genérico es el abuso del derecho de acción o de defensa; es el que se manifiesta desde el mismo planteamiento de la acción o la pretensión y sus correlatos, la excepción y la defensa. El "abuso específico" es el que se manifiesta dentro del proceso en actos procesales determinados o postulaciones incidentales

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 con 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 reclama); o las demandas con fines extorsivos (especialmente la solicitud de medidas precautorias 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, p. ej., 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 efectuar el pago.

La demandada, en cambio, es la parte que con mayor habitualidad incurre en conductas abusivas; y no obstante que 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 que va a ser en favor del demandante.

Algunas veces basta un acto para que se configure el abuso, como ocurre en los supuestos de demandas excesivas o infundadas. Pero en el momento posterior del debate, no pareciera ser suficiente un acto aislado sino una secuencia de actos para que quede configurado el abuso.

Sujetos del abuso del derecho de acción

¿Quiénes pueden abusar del derecho de acción?

Las *partes* son las que pueden incurrir en abuso del derecho de acción, porque son ellas las titulares del mismo y que lo pueden ejercitan en cada caso. Pueden ser los particulares (o el mismo Estado) cuando actúan por sus intereses, o los miembros del Ministerio Público cuando actúan en las cuestiones que hacen al interés general de la comunidad.

Sin embargo, muchas veces los *abogados* también tienen responsabilidad por la actitud de sus clientes, aunque en determinados casos es difícil delimitar cuando se configura la conducta indebida del letrado. Debe tenerse en cuenta que la ley normalmente obliga a las partes a tener asesoramiento letrado, lo que implica reconocer que carecen de idoneidad para actuar en juicio o para comprender debidamente el asesoramiento legal que se le brinda. Se trata de una cuestión delicada que debe sopesarse prudentemente, porque no puede responsabilizarse siempre a los abogados de los errores de hecho afirmados en el juicio, ni tampoco por la forma que interpretan los conceptos jurídicos, siendo que, a más que muchas veces las partes pueden haberlos hecho incurrir en error, existe la discrecionalidad técnica de que dispone en el ejercicio de su tarea. Pero tampoco puede permitirse la conducta de los profesionales que pretenden sacar beneficios de la conducta ilícita, del escamoteo procesal, o que hacen de la chicana su *modus operandi*, etc..

En el caso de los profesionales, el abuso no sería propiamente del derecho de acción, sino de su obligación de cumplir debidamente con el asesoramiento y representación de sus clientes, y con los deberes éticos de la profesión, conducta que normalmente queda sujeta a las sanciones disciplinarias, imposición de costas, y en su caso, el resarcimiento de los daños sufridos por estos últimos. Por ello a la situación de los abogados preferimos incluirla en la de

los auxiliares.

Las particularidades del derecho de acción y la teoría del abuso del derecho

El ejercicio del derecho de acción presenta peculiaridades que lo distinguen de otros derechos, y que requieren particular cuidado en la aplicación de la teoría del abuso. Así, si bien todo queda comprendido dentro del "derecho de acción", su ejercicio presenta como particularidad, a más del *interés general* comprometido en la solución del conflicto, la conformación para las partes de una situación compleja, compuesta de *derechos* y *cargas procesales*, de *deberes* y *obligaciones*, todos con la finalidad de permitir reunir los elementos que hagan al derecho alegado por cada una; y es la diligencia y eficacia en tal cometido lo que va a permitir, a su vez, que la solución del litigio sea lo más justa posible.

Todas estas peculiaridades que presenta el derecho de acción determinan la necesidad de que sea también particular la aplicación al caso de la teoría del abuso del derecho, de manera que, si bien, pueda permitir la prevención y sanción de las conductas abusivas, no se torne en algo que pueda obstaculizar o afectar la defensa en juicio. Es decir, se debe ubicar la cuestión en un punto de prudencia y equilibrio, a fin de no caer en el extremo de hacer sancionar todo lo que aparezca como abuso, pero tampoco en el otro extremo de dejar sin corrección los actos claramente abusivos.

La particularidad de la situación, entonces ha llevado a señalar los siguientes postulados: **a)** En primer lugar, se debe adoptar un *criterio restrictivo en la interpretación* de la existencia de abuso. **b)** En segundo lugar, debe hacerse en forma *excepcional la declaración oficiosa del abuso* (así como debe actuarse con prudencia en la aplicación del principio que proscribire el abuso del derecho cuando es a pedido de parte, de igual manera, y con mayor razón debe utilizarse la prudencia para la declaración de oficio). **c)** Finalmente se ha señalado que *el abuso debe sancionarse sólo si el mismo ha producido perjuicio* (para la otra parte, o para la Administración de Justicia por el desgase jurisdiccional que el abuso pueda haber ocasionado).

El juez y la conducta abusiva de las partes

El juez, como director del proceso, constituye la figura esencial para corregir los desvíos, prevenir conductas abusiva, sancionarlas en su caso, y para establecer la

responsabilidad respectiva. Y si bien debe ser prudente en la calificación de la conducta abusiva, debe ser firme y decidido en su prevención y sanción, a fin de que el proceso sirva para la finalidad a que está destinado, y no sea utilizado como medio para alcanzar fines que no son dignos de protección, ni que se obstaculice su desenvolvimiento normal, ni que se utilicen los elementos que brinda para desviar o evitar la solución justa del conflicto. Debe tenerse en cuenta que, conforme se ha destacado la *malicia*, en todos sus tonos, debe ser severamente condenada, porque además de malograr el rendimiento del proceso, atrae siempre desprestigio sobre la jurisdicción.

Pero muchas veces la posibilidad de sanciones no evita las conductas abusivas. Es necesario también formar a los profesionales, e incluso a todos los miembros de la comunidad, para que adopten conductas éticas a fin de lograr la moralización del proceso.

La "audiencia preliminar" y la prevención de los abusos

Son múltiples las actividades que pueden desarrollarse en la "audiencia preliminar", que depende de lo que establezcan los ordenamientos jurídicos. Y, entre otras cosas, puede prevenirse la concreción de abusos.

Formas de corrección o sanción de la conducta abusiva de las partes

Finalmente, con relación a las actitudes que puede adoptar el juez frente a las conductas abusivas, pueden señalarse las siguientes, que pueden aplicarse en forma alternativa o acumulativa:

- *Impedir que se alcancen las consecuencias pretendidas mediante el acto abusivo.* p. ej., cuando se rechaza *in limine* una demanda improponible, una medida precautoria, o un incidente, o cualquier planteo improcedente; también cuando se rechaza recusaciones maliciosas.

- *Declarar la nulidad del acto.* Tanto en el derecho sustancial como en el procesal, una de las consecuencias de un acto prohibido, como es el antifuncional, es la posibilidad de su invalidación. Pero en materia procesal, deben tomarse en cuenta las particularidades propias del sistema de las nulidades procesales, que, entre otras cosas, normalmente requiere perjuicio e interés como presupuesto para su declaración (art. 172 CPCCN); o permite la convalidación del acto (art. 170 CPCCN).

- *Aplicar sanciones.* El abuso puede determinar que el tribunal aplique sanciones, ya sea a las partes o a los letrados. Se trata de inconductas que, generalmente, son sancionadas por los ordenamientos legales, ya sea por los Códigos Procesales (v. gr. art. 45 CPCCN), ya por las leyes reglamentarias de la actividad profesional.

- *Imponer costas a la parte que ha incurrido en abuso o a sus letrados,* según lo establezcan los ordenamientos procesales. Si el que ha incurrido en abuso es vencido, por aplicación del principio general consagrado por los ordenamientos procesales, debe imponérsele las costas. Pero los ordenamientos permiten también la exención de costas al vencido, e incluso autorizan a imponerlas al vencedor cuando hubiere mérito para ello: el abuso puede ser una circunstancia determinante para eximir de costas a la parte contraria a la que incurrió en proceder abusivo, o para imponérselas a ésta, según las circunstancias de cada caso.

- *Disminuir o no regular honorarios al profesional que incurrió en abuso.* Los ordenamientos arancelarios normalmente prevén que no se regulen honorarios por los trabajos "inoficiosos" o "superfluos". Y si se puede lo más, según el caso, puede también disminuirse el monto que legalmente hubiera correspondido por tales emolumentos. El anteproyecto de Código Procesal para la Provincia de Buenos Aires (redactado por los Dres. Arazi, Eisner, Kaminker y Morello), en el art. X de las disposiciones generales, establece que no se regularán honorarios al profesional que realice actuaciones inútiles y dilatorias; e igualmente dispone que al tiempo de regular los honorarios los jueces tendrán especialmente como mérito aquellas actividades que hayan permitido abreviar la duración del proceso.

- *Inferir argumentos de prueba contrarios a la parte que ha incurrido en conducta abusiva.* Así, v. gr., el art. 163 inc. 5º, último párrafo del CPCCN dispone: "*La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*"

- *Condenar al resarcimiento de los perjuicios causados por el acto.* Si el acto abusivo ha causado un daño, el afectado puede reclamar el resarcimiento respectivo. Se trata de una responsabilidad independiente de la del pago de las costas. La responsabilidad extracontractual por los daños causados por el abuso procesal, no es de carácter autónomo, sino que se rige por los principios generales de la responsabilidad civil, sin perjuicio de tomar

en cuenta las características propias vinculadas al ámbito en donde se produce. En materia extracontractual, si bien hay algunas opiniones en contrario, en general se ha considerado necesario que el agente que ha causado el daño haya incurrido en dolo o culpa (art. 1067 Cód. Civil). Pero, aparte de la responsabilidad civil extracontractual, existe la responsabilidad civil contractual entre el abogado, procurador y el mandatario o patrocinado.

- *Imponer penas*. Ello ocurriría en caso que la conducta abusiva configurara también un ilícito penal (v. gr., cohecho).

ABUSO DE LA JURISDICCIÓN

Jurisdicción

Veamos ahora qué ocurre con la Jurisdicción o función jurisdiccional del Estado.

Si como consecuencia de la prohibición de la justicia por mano propia, se ha delegado en el Estado la función jurisdiccional, y se ha reconocido a los individuos el derecho de acción como instrumento para requerirla, surge claro que la **Jurisdicción** es una tarea o "función" atribuida al Estado como un *deber*, cuyo "objeto" es, precisamente, solucionar los *conflictos* que se susciten entre los individuos; y es un deber porque si en algún supuesto el Estado pudiera negarse a administrar Justicia, ello significaría dejar inerte al individuo que tampoco puede hacerse Justicia por sí mismo. Para que el Estado brinde la protección jurisdiccional es presupuesto o condición necesaria que la misma haya sido solicitada a través del ejercicio del derecho de acción: en este sentido es que se dice que la Jurisdicción es siempre *rogada* o provocada. Y la respuesta jurisdiccional definitiva sólo puede emitirse luego que se haya sustanciado el debido proceso legal.

La solución que brinde la Jurisdicción a los conflictos debe ser *justa*; y es justa la solución cuando se adecua a la legislación vigente. Por ello es que para establecer la solución justa, la Jurisdicción tiene como "actividad" específica la sustanciación del proceso y la *aplicación de la voluntad abstracta de la ley a cada caso concreto*, tarea en la que tiene sustancial importancia la *interpretación judicial* del Derecho. El "producto" final de la función jurisdiccional son las *sentencias* o resoluciones, que deben contener la fundamentación y la orden o mandato que se establece como solución justa para el caso. Para que los litigios alcancen en algún momento su desenlace definitivo, se les ha atribuido a las decisiones jurisdiccionales la autoridad de *cosa juzgada*; y también la posibilidad de su

ejecución, si contienen una condena al cumplimiento de una prestación.

La **Jurisdicción**, entonces, es una función de naturaleza "pública" en cuanto se ha establecido como una de las funciones que debe desarrollar el Estado en ejercicio del "Poder público": de allí que, a más de un "deber" atribuido al Estado, el ejercicio de la Jurisdicción sea un "poder"; y por tal motivo, como ocurre con todo acto de autoridad que ejerce el Poder público del Estado, las decisiones jurisdiccionales son obligatorias y susceptibles de ejecución.

La Jurisdicción comprende diversos elementos o potestades con las que cuenta el órgano respectivo para llevar a cabo tal función. Así, se pueden calificar como esenciales la potestad de **decisión** y la de **ejecución**; y son instrumentales o auxiliares, las potestades de **instrucción** y de **dirección**, y complemento de ambas, las potestades de **coerción** y de **instrumentación**. Es en ejercicio de tales potestades (que no es sino el ejercicio de la Jurisdicción de las que forman parte) puede darse el abuso de la Jurisdicción.

Se puede advertir, entonces, que así como puede existir abuso en el ejercicio de un derecho, como es el caso del derecho de acción, también puede existir abuso en el cumplimiento de poderes-deberes funcionales, como ocurre con la Jurisdicción.

Así como el derecho de acción, según ya lo hemos señalado, no se agota con la formulación de la demanda (para el actor) ni con su contestación (para el demandado), sino que los acompaña durante todo el proceso, permitiéndoles la realización de una serie de actos que representan una intervención constante en el mismo, correlativamente, la función jurisdiccional también presenta un carácter dinámico en cuanto se ejercita durante todo el proceso; y no tan sólo cuando el órgano respectivo dicta la sentencia definitiva.

Como lo ha señalado el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Santa Fe en el año 1995, "no les está permitido a los jueces el empleo de las estructuras procesales para dificultar o dilatar innecesariamente el desarrollo del proceso". Y en términos generales, podría decirse que hay abuso de la Jurisdicción cuando, sin motivo que lo justifique, el órgano jurisdiccional utiliza las potestades respectivas como forma injustificada de dilación, evasión, o desviación de la solución oportuna y adecuada del litigio, que es el fin esencial de la Jurisdicción.

Algunos supuestos de abuso de la Jurisdicción

Pueden citarse como ejemplos del abuso de la Jurisdicción:

- crear y/o aplicar doctrina *contra legem* como consecuencia de interpretaciones forzadas de la norma jurídica;
- dictar resoluciones arbitrarias, sin la debida fundamentación;
- incurrir en "exceso ritual manifiesto";
- renunciar conscientemente a la verdad jurídica objetiva o material;
- dilatar injustificadamente el proceso, como cuando se ordenan traslados y vistas, o medidas para mejor proveer como forma de posponer el dictado de resoluciones;
- antedatar proveídos;
- cerrar las vías recursivas con argumentos formales inconsistentes;
- presionar a uno los litigantes a que acepte una transacción desfavorable.
- hostigar inadecuadamente a un testigo;
- despachar medidas probatorias oficiosas superfluas;
- incurrir en morosidad injustificada en dictar resoluciones,
- También puede considerarse un abuso la omisión del Tribunal en sancionar la conducta abusiva de una de las partes.

Efectos o consecuencias en caso de abuso judicial

Cuando es el juez el que incurre en abuso, las consecuencias posibles son las siguientes:

- Aplicación de sanciones disciplinarias;
- Imposición del pago de las costas, si lo permite el ordenamiento procesal (como ocurre con el Código de Mendoza);
- Imposición de penas, si el acto abusivo configura un ilícito penal (v. gr., prevaricato, cohecho).
- Revocación o declaración de nulidad de las decisiones;
- Resarcimiento de los daños ocasionados;
- Pérdida de jurisdicción (en caso de no dictar resoluciones en el tiempo establecido).
- Destitución del magistrado.

Con relación a los jueces, es verdad que deben aplicarse con todo rigor los medios adecuados para evitar o sancionar los abusos, por los perjuicios individuales (respecto de las

partes) y sociales (desprestigio de la magistratura) que acarrearán. Pero debe tomarse en cuenta también que la mayor o menor severidad en ello debe estar de acuerdo a las circunstancias de cada caso; porque no es lo mismo la atención de un tribunal que tiene un número adecuado y controlable de causas como también la infraestructura necesaria, que la de aquél que se encuentra colapsado por el abrumador número de asuntos, como desgraciadamente ocurre en muchos lugares. Soy magistrado, y pueden comprenderme las generales de la ley. No pretendo defender al juez que incurre en inconductas, que debe ser castigado; pero sí quiero que se brinde a los jueces los elementos necesarios para que puedan cumplir correctamente con su excelsa misión; y no que sólo se ponga en resalto la importancia de la función y los deberes inherentes a la misma cuando se trate de aplicar sanciones.