

*Proscripción del abuso del derecho en el proceso**

Por Claudia P. Torielli

1. Evolución de la teoría del abuso del derecho

Podemos afirmar que la teoría del abuso del derecho tuvo su principal consagración en el año 1905, con las obras de prestigiosos autores jurídicos como Josserand y Saleilles.

Esta teoría que desde su origen puede considerársela controvertida, ya que no fue cabalmente admitida, mereciendo destacadas críticas y rechazos por gran parte de la doctrina y jurisprudencia, hoy es de aceptación generalizada y ha sido incorporada en numerosos ordenamientos jurídicos positivos contemporáneos: “la doctrina del abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer, serias resistencias”¹.

Actualmente, encontramos opiniones tendientes a reconocer su vigencia jurídica como lo dice Rescigno: “la doctrina prevaleciente está, por lo tanto, orientada hoy a reconocer la autonomía de la figura del abuso”².

Esta teoría fue mirada con desconfianza, desde su origen, por los juristas liberales de la época (siglos XVIII, XIX y primeras décadas del siglo XX) porque consideraban que sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre. Mientras que las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros; de lo contrario no habría derecho.

Todos –decían dichos juristas– estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían perdidas, el espíritu de iniciativa ahogado.

Es necesario que el hombre –sostenían– conozca, de manera clara y definida, que es lo que puede y lo que no puede hacer; siendo por lo tanto la ley la única que le marca a éste el campo cierto de su accionar.

Como venimos diciendo, la doctrina del abuso del derecho tuvo que afrontar distintas etapas en su evolución.

Los autores que negaban su existencia, juristas liberales enrolados en la corriente jurídica individualista, imperante en los siglos XVIII y XIX, y como consecuencia de los principios proclamados por la Revolución Francesa (1789), sostenían que sólo la ley debía marcar el límite de las actividades del hombre; más allá de los efectos que aquellas actividades acarrearán a otras personas.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987, p. 41.

² Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, en “Rivista di Diritto Civile”, parte I, 1965, p. 242, citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 3.

Y remarcaban que si del desarrollo del accionar del hombre, dentro del marco de lo permitido legalmente, se ocasiona un perjuicio a un tercero, “tanto peor para ellos”: *dura lex sed lex*³.

De tal modo se extrae como conclusión que, por aquel entonces, los derechos individuales se encontraban en una situación de prelación por sobre el bien social.

Esta discutida doctrina llevó a Planiol a sostener que la expresión “abuso del derecho” implica una logomaquía: de un derecho se puede usar, pero no abusar; el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos; en realidad, la expresión “abuso del derecho no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho”⁴.

La opinión del autor preseñalado no fue compartida por sus contemporáneos; pero lenta y trabajosamente una nueva óptica del pensamiento jurídico se fue abriendo paso.

En esa inteligencia, debemos decir que la corriente del movimiento personalista, que se funda en la filosofía de la existencia y que “coloca al ser humano como centro y eje de la meditación iusfilosófica dentro de una dimensión de coexistencialidad”⁵, fue avanzando hasta dejar de lado el apasionado individualismo reinante, que sólo hacía referencia a los intereses personales y excluía de toda consideración a la voluntad social.

Comienza entonces a valorarse al ser humano como un fin en sí mismo y a ubicarlo como un “ser-en-el-mundo”⁶.

Esta crisis recalcó el carácter social del hombre, como un ser humano creador, idéntico a sí mismo y que coexiste y se relaciona con otros en sociedad.

El egoísmo deja paso así a la reexaltación de la conciencia jurídica colectiva, la que es recogida por la doctrina y jurisprudencia hasta plasmar la teoría del abuso del derecho, con consagración expresa como norma positiva, en los ordenamientos jurídicos más modernos.

La ética y la moral social comienzan a influir en el pensamiento jurídico contemporáneo.

Se llega así a afirmar que la nueva teoría no atenta contra la libertad individual ni la voluntad particular, sino que el abuso del derecho es un acto ilícito *sui generis* y que su origen está dado por el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico. Que, además, acarrea un daño y origina responsabilidad civil⁷.

No ha sido ni es pacífica la doctrina en la valoración normativa del abuso del derecho.

Algunos autores italianos, como por ejemplo Rotondi, expresan que el abuso del derecho es un “fenómeno social, no un concepto jurídico, sino que por el contrario es

³ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p.42.

⁴ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p.42.

⁵ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 18.

⁶ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 17.

⁷ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 4.

uno de aquellos fenómenos que el derecho no podrá jamás disciplinar en todas sus aplicaciones que son imprevisibles: es un estado de ánimo, es la valoración ética de un periodo de transición, es aquello que se quiera, pero no es una categoría jurídica”⁸.

También, opinan contrariamente a la doctrina del abuso del derecho, entre otros Ripert, para quien esta figura “da lugar a un trato desigual de derechos objetivamente iguales”⁹.

Para otros, como el jurista uruguayo Ordoqui: “el abuso del derecho no constituye una categoría autónoma. Los actos abusivos son ‘auténticos delitos y cuasidelitos’... Es una fórmula jurídicamente inútil”¹⁰.

Sintetizando la discutida trayectoria que recorrió el concepto del abuso del derecho, no podemos dejar de mencionar a Fleitas quien, como corolario de lo expuesto, afirma: “unos le niegan toda razón de ser; otros le reconocen personería autónoma, dentro del amplio campo de la responsabilidad civil, pero lo combaten vivamente; los más lo aceptan con entusiasmo”¹¹.

2. Relativización del derecho subjetivo: el valor solidaridad y la equidad

La doctrina y jurisprudencia contemporáneas reaccionan frente a los principios valorativos del individualismo reconocidos por la Revolución Francesa de 1789, en el marco de los cuales los derechos subjetivos concedidos al individuo por el ordenamiento jurídico positivo aparecían como derechos absolutos, de ejercicio ilimitado. Es decir que el ejercicio de un derecho era siempre legítimo, aunque ocasionare un daño.

Tal reacción significó el ensalzamiento del valor solidaridad frente a los excesos y abusos cometidos por particulares en el ejercicio de sus derechos subjetivos.

La entronización del valor solidaridad busca que el individuo no ejerza sus legítimos derechos subjetivos antisocialmente, sino que adecue su comportamiento al servicio de la conciencia jurídica colectiva, es decir que actúe razonablemente y conforme a una conducta normal y regular. Sin ánimo de dañar, de contrariar intereses ajenos.

Bajo el prisma de la solidaridad, el hombre es percibido como un ser social, inmerso en un medio donde debe aprender a respetar los derechos subjetivos que le corresponden también a sus pares.

⁸ Rotondi, Mario, *L'abuso di diritto*, en “Rivista di Diritto Civile”, 1965, p. 116.

⁹ Ripert, George, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927, n° 89 (existe traducción al castellano, Bogotá, 1946), p. 167, citado por Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 5.

¹⁰ Ordoqui, Gustavo - Olivera, Ricardo, *Derecho extracontractual*, vol. 2, “Compendio de responsabilidad extracontractual”, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1974, p. 153 y 154, citado por Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 5.

¹¹ Fleitas, Abel M., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 1, citado por Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 6.

Con el reconocimiento de la teoría del abuso del derecho se tiende a evitar que con el ejercicio de las libertades y prerrogativas, el titular de las mismas actúe desaprensivamente, como si fuera único en el universo, prescindiendo o ignorando los intereses de los otros¹².

Cuando se abusa de un derecho, se lo ejerce maliciosamente y con voluntad de dañar al prójimo, se lesiona la conciencia jurídica colectiva.

Dice Fernández Sessarego que “al lesionarse el valor solidaridad, cristalizado a través de un plexo de principios y normas del derecho positivo, se atenta, simultáneamente, contra el derecho –en sentido valioso– y contra la moral”¹³.

La relativización del derecho subjetivo como reacción a la corriente liberal individualista de los códigos del siglo XIX, fue particularmente consagrada por la jurisprudencia.

Uno de los antecedentes que signaron el camino en la evolución histórica jurisprudencial del abuso del derecho, lo encontramos en Francia, y es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Colmar, del 2/5/1855, en la que se establece el germen, el hito, del concepto de abuso del derecho.

Este Tribunal condenó al propietario de un inmueble a eliminar una alta chimenea que había sido edificada como adorno, sobre el techo de su casa, delante de la ventana de su vecino, impidiéndole la vista, el paso de la luz, causando de esta manera perjuicio al demandante.

La Corte ordenó su demolición y el respectivo resarcimiento por considerar que, si bien se le reconoce al propietario el derecho subjetivo de construirla (de propiedad), ese trabajo debió haber sido realizado en aras de obtener un beneficio con un interés serio y legítimo y no con el sólo propósito de ocasionar un daño.

Sostuvo el Tribunal: “que es un principio general del ordenamiento jurídico que el derecho de propiedad es, en cierta forma, un derecho absoluto que permite a su titular abusar de la cosa. No obstante, el ejercicio de este derecho, así como el de cualquier otro, debe limitarse a satisfacer un interés lícito y serio. Principios de moral y equidad impiden al Tribunal dar protección a un acto originado en un mero deseo de causar perjuicio, motivado por una pasión malsana, y que sin beneficiar en forma alguna a quien lo realiza ocasiona un grave daño a otro”¹⁴.

Otro antecedente de significativa importancia, que es tomado por la doctrina de la jurisprudencia francesa de la época, lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Lyon –del año 1856–, en la que dicho Tribunal francés sancionó a un propietario que decidió colocar una poderosa bomba en el subsuelo de su finca para sacar el agua mineral de un pozo, sin proporcionarle beneficio alguno y con no más interés que encausarla hacia un río disminuyendo, de esta manera, el caudal de agua de su vecino.

La Corte de Lyon entendió que se había abusado del poder de usar de una cosa, con el sólo ánimo de ocasionar un perjuicio a otros; y “que los derechos del pro-

¹² Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 8.

¹³ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 9.

¹⁴ Cueto Rúa, Julio, *Abuso del derecho*, “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 49 a 54, año 9, Bs. As., Depalma, 1976, p. 727.

pietario estaban limitados por la obligación de permitir a sus vecinos gozar de sus respectivos derechos de propiedad”¹⁵.

Con lo relatado hasta aquí, podemos apreciar como fue evolucionando en su aceptación la teoría del abuso del derecho, la que, como ya señaláramos, tuvo su origen en la doctrina y jurisprudencia francesa, circunscripta en un principio al campo de los derechos reales, para luego extenderse a otros campos del derecho y ser reconocida posteriormente como un principio general del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la teoría que nos ocupa, luego se difundió a otros países.

3. Somera referencia al sistema del “common law”

Según dan cuenta algunas publicaciones referidas al estudio de la teoría del abuso del derecho, en los países del *common law*, como por ejemplo Inglaterra y Estados Unidos de América, esta teoría no ha tenido recepción y su aplicación es resistida.

El abogado del *common law*, de mentalidad analítica, al seguir los precedentes infiere soluciones para el caso pendiente sobre la base de la experiencia de los casos similares anteriores. No está acostumbrado a la formulación de una teoría de carácter general, principal diferencia con el derecho continental, en el que los operadores jurídicos aplican al caso concreto las leyes o códigos de manera sistemática y a la luz de los principios generales del derecho.

Se considera que en el *common law* existe “una interpretación estricta del derecho de propiedad y de los derechos contractuales (que) ha determinado que los tribunales acepten, y brinden protección judicial, a los actos realizados por los propietarios y acreedores dentro del marco objetivo establecido por el derecho, sin importar sus motivos, aún cuando hubieran actuado sólo por codicia, maldad o crueldad”¹⁶.

En cambio, en la mayoría de los países que siguen el modelo jurídico continental el titular de un derecho individual no puede ejercerlo en detrimento de otros por el mero deseo de hacerlo. Cuanto menos debe demostrar la existencia de un interés serio y legítimo que justifique su conducta.

4. Naturaleza jurídica

Desde la doctrina se puntualiza que la expresión “abuso del derecho” configura una contradicción¹⁷.

¹⁵ Cueto Rúa, *Abuso del derecho*, p. 728.

¹⁶ Cueto Rúa, *Abuso del derecho*, p. 729.

¹⁷ Vargas habla de “inseguridades terminológicas, ontológicas, gnoseológicas, axiológicas y praxeológicas: hablar de ‘abuso’ nos remite etimológicamente al latín *abusus* (*ab*: contra y *usus*: uso), de tal manera que la noción vulgar (‘mal uso’ o ‘uso contrario’) por sí sola no nos sirve para acometer un razonamiento jurídico... En la doctrina mundial se ha hablado de ‘abuso del derecho’, ‘abuso de derecho’, ‘abuso de derechos’, ‘abuso por ejercicio’... Más rigurosa y descriptiva la voz ‘abusión’ que tomamos siguiendo a Ival Rocca, quien justifica este término en reemplazo de cualquiera de los indicados precedentemente ‘ya que el abuso es un *mal uso*, y la abusión supone *acto u omisión* abusivos, lo que hace innecesario agregar *ejercicio*’, y por ello menta con dicha calificación al ‘ejercicio abusivo de

Al mismo tiempo, la opinión de los autores no es uniforme en cuanto a la naturaleza jurídica de este instituto, tan polémico en la historia del derecho. Discusión ésta que subsiste en la actualidad.

En breve y apretada síntesis, podemos señalar al respecto distintas teorías o posiciones doctrinarias que relacionan al abuso del derecho con un acto ilícito (cuando se actúa de manera contraria a lo establecido en el ordenamiento jurídico), con un acto lícito (o comportamientos permitidos por el ordenamiento jurídico) y una tercera postura que considera al abuso del derecho como ocupante de un lugar intermedio entre las conductas lícitas y las ilícitas.

Decía Condorelli, en una reflexión que se aplica a lo que venimos comentando, que: “si, como se sabe, en cualquier ordenamiento jurídico no se conocen más que dos categorías de actos –o sea los permitidos o lícitos y los ilícitos–, es obvio que los actos abusivos constituyen un *tertium genus*, por cuanto intrínsecamente son actos lícitos, pero susceptibles de que se les aplique una sanción”¹⁸.

5. Abuso del derecho. Criterios para su determinación

Seguidamente, de manera sintética dado que excede los límites y propósitos específicos del presente trabajo, nos referiremos a tres corrientes doctrinarias que se aprecian en orden a la delimitación del concepto de abuso del derecho.

a) Concepción subjetiva del abuso del derecho

Para esta corriente habría abuso del derecho cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se haya actuado con dolo, o sea con la intención de dañar o perjudicar a otro.

Asimismo, tal situación se verificaría cuando se haya causado a otro un daño que pudo haber sido evitado, obrando con cuidado y previsión, es decir que haya habido acción culpable o negligente y, además, también se obra abusivamente cuando no existe un interés serio y legítimo para su titular.

Para Rodríguez Arias Bustamante, el criterio intencional es el más frecuente en las aplicaciones jurisprudenciales de esta teoría, porque es este criterio –el subjetivo– el que muestra más claramente la ruptura del equilibrio de los intereses¹⁹.

Las sentencias de los tribunales franceses de Colmar de 1855 y Lyon 1856 –ya mencionadas– fueron el basamento jurisprudencial para los seguidores de esta doctrina.

Se critica esta posición por la dificultad que implica probar la “efectiva intención” del sujeto.

los derechos’ eludiendo así la *incontestable argumentación lógica* que Marcel Planiol realizara contra la alocución ‘abuso del derecho’ a la que catalogó como una ‘logomaquia’” (Vargas, Abraham L., *El ejercicio abusivo del proceso*, JA, 1995-III-932 y 933).

¹⁸ Condorelli, Epifanio, J. L., *El abuso del derecho*, La Plata, Platense, 1971, p. 147.

¹⁹ Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *El abuso del derecho*, Bs. As., Ejea, 1971, p. 113, citado por Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 125.

Esta dificultad, de índole probatoria, queda expuesta al siguiente interrogatorio: ¿cómo se prueba la real intención del agente, si ella pertenece a su mundo interior?

El segundo obstáculo limitativo que se invoca estriba en que, de acuerdo a la teoría subjetiva, el abuso del derecho quedaría limitado a los casos precedentemente enumerados.

El análisis de la existencia o no de abuso del derecho, desde la óptica de la intención, culpa o negligencia del agente, trae aparejado asimilar el acto abusivo con el acto ilícito.

b) Concepción objetiva del abuso del derecho

Esta corriente sostiene que habría abuso del derecho cuando se actúa contrariamente a la función o finalidad económica social de cada derecho (Josserand)²⁰.

Es decir, cuando se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se los otorgó²¹.

Autores que se enrolan, como veremos seguidamente, en la corriente mixta o ecléctica critican la teoría objetiva, como por ejemplo Dabin y Spota –entre otros–, y vinculan el ejercicio de un derecho subjetivo con el uso inmoral del mismo, contrario a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres. Consideran que sólo en el plano de la legitimidad moral es posible sostener la teoría del abuso del derecho²².

En esa línea de pensamiento, se asevera que “la teoría del abuso del derecho representa el correctivo de moralidad que postula la legalidad”²³, en referencia a los deberes morales para con los demás.

c) Corriente mixta o ecléctica

Es una combinación de los elementos de las corrientes subjetivas y objetivas.

Para esta postura el acto abusivo queda perfeccionado tanto cuando existe intención de dañar (elemento subjetivo), como cuando el acto se desvía de la función social o finalidad para el que fue creado (elemento objetivo).

Se halla representada por Josserand y sus seguidores (Saleilles, Spota, Llambías, Borda, entre otros) quienes caracterizan al acto abusivo como aquel que desvía el derecho de su función social.

Se parte de la noción de función social como factor determinante, pero no se desdeñan otros elementos de valoración como: la intención de dañar, la presencia de culpa y la falta de un interés serio y legítimo.

Como lo señala Orgaz esta es “una materia en que toda desinteligencia tiene lugar: desde las relativas a la naturaleza del derecho subjetivo (¿un poder individual?

²⁰ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 132.

²¹ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 129.

²² Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 131.

²³ Dabin, Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, y tr. al español, *El derecho subjetivo*, Madrid, “Revista de Derecho Privado”, 1955, p. 338 y 339, citado por Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p. 131.

¿una función?) y del objetivo (¿sólo la ley? ¿también la moral, las buenas costumbres?), pasando por el régimen político-institucional (¿individualismo? ¿liberalismo? ¿colectivismo?) hasta las vinculadas con las facultades y límites de la función judicial, el lenguaje jurídico y aún el vulgar o común”²⁴.

Agrega que, para el examen del tema se debe partir del análisis de nuestra Carta Magna, ya que la cuestión del abuso del derecho se relaciona en forma inmediata con el ejercicio de los derechos individuales.

Considera que toda cuestión relacionada con la naturaleza, el ejercicio y los límites de los derechos que puedan ser establecidos por las autoridades, son asuntos que se encuentran reglados por el Código Civil y las leyes complementarias, las que a su vez se encuentran sujetas a los principios constitucionales.

Nuestra Constitución nacional –desde el Preámbulo– reconoce el principio de libertad a todos los hombres que habiten el suelo argentino.

Esta libertad, dice Orgaz, es la que surge del Estado de derecho, lo que significa que tanto los individuos como el Estado están sometidos al imperio de la ley. Solamente la ley puede limitar o restringir la libertad en el ejercicio de los derechos, es así como el Código Civil, en estricta conformidad con los preceptos constitucionales, declara que “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía” (art. 1066), en consecuencia, “el ejercicio regular de un derecho propio... no puede constituir como ilícito ningún acto” (art. 1071, Cód. Civil)²⁵.

Concluye diciendo Orgaz que los supuestos de ejercicio abusivo son de carácter excepcional y deben ser legislados con estrictez y precisión, que el nuevo art. 1071 del Cód. Civil por la multiplicidad de criterios que adopta compromete el régimen constitucional de los derechos individuales, convirtiendo el principio de libertad (art. 19, Const. nacional) en excepción y que el planteamiento correcto del problema relativo al abuso del derecho no se circunscribe a la ilicitud, sino a la justificación de un daño causado a otro (art. 1109, Cód. Civil). Resultando, de esta manera, la culpa un elemento extraño²⁶.

Propone además un nuevo artículo, que debería ubicarse a continuación del art. 1109 del Cód. Civil y quedaría redactado de la siguiente manera: “no hay obligación de reparar el daño causado en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, salvo, en este último caso, que el derecho se ejerciere con el manifiesto propósito de perjudicar”²⁷.

6. El abuso del derecho y nuestro ordenamiento jurídico. Evolución histórica

Conforme la doctrina de la época, Vélez Sársfield al redactar el Código Civil dispuso en el art. 1071: “el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto”.

²⁴ Orgaz, Alfredo, *Abuso del derecho*, LL, 143-1213.

²⁵ Orgaz, *Abuso del derecho*, LL, 143-1214.

²⁶ Orgaz, *Abuso del derecho*, LL, 143-1223.

²⁷ Orgaz, *Abuso del derecho*, LL, 143-1223.

Pero, en la resolución de los casos que la realidad fue planteando, los tribunales debieron apelar a otras pautas distintas a la consagrada en el originario art. 1071, aplicando, no sin discusiones, la doctrina francesa del abuso del derecho ante supuestos de ejercicio del derecho con la intención de causar daño, o cuando aún sin esa intención se ejercía sin interés propio y, por último, cuando el derecho era ejercido con imprudencia o negligencia, es decir, con culpa en sentido estricto.

Es así como se fue aceptando esta figura y limitando el ejercicio de los derechos subjetivos a la luz, por ejemplo, de los arts. 953 y 1109 del Cód. Civil que establecen que los actos jurídicos no pueden tener un objeto prohibido, contrario a las buenas costumbres o que perjudiquen los derechos de un tercero –art. 953– y la obligación de reparar los daños causados a otros por culpa o negligencia –art. 1109–.

Paralelamente, con anterioridad a la reforma producida por la ley 17.711 se recurría a “consideraciones metajurídicas –puramente éticas o de conveniencias sociales– a fin de encontrar otras fuentes”²⁸ para enfrentar el abuso del derecho.

Así, se fundaban las sentencias en “los dictados de la buena fe, la misión social de los derechos, el sentimiento moral, la reprobación por la conciencia general, la moral y las buenas costumbres, la plenitud del ordenamiento jurídico, la finalidad de los derechos, el propio sentimiento de justicia y equidad, el acto antifuncional, el espíritu de justicia social, los fines sociales y económicos de los derechos”²⁹.

En esa orientación, los tribunales en distintos fallos fueron diciendo del abuso del derecho, tanto en cuestiones civiles, comerciales, económicas, como en aquellas donde se encontraban comprendidas relaciones de familia, abrevando en la doctrina francesa.

Borda al comentar el art. 1071 del Cód. Civil, sostiene que el mismo siempre fue un obstáculo para que los jueces argentinos formularan una jurisprudencia orgánica y fecunda, tal vez por la incertidumbre que entre los juristas de la época ocasionaba la aplicación en nuestro sistema jurídico de la figura del abuso del derecho³⁰.

Por los motivos que venimos citando, con la reforma constitucional del año 1949 se declaró ilícito al abuso del derecho –art. 35– logrando así la remoción del obstáculo existente a favor de la aceptación de la teoría del abuso del derecho.

La Constitución de 1949 fue abrogada en el año 1955, pese a lo cual y con pronunciada firmeza la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que el abuso del derecho tenía adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de recurrir, para fundarlo, a precepto alguno de jerarquía constitucional.

Con la reforma introducida por la ley 17.711 –año 1968– se incorporaron los avances jurisprudenciales y doctrinarios de la nueva ideología reinante (con sustento en la coexistencia del ser humano o en la convivencia con otros).

Se objetivizaron y consagraron de tal modo principios o instituciones tales como: buena fe –art. 1198–; lesión subjetiva –art. 954–; abuso del derecho –art. 1071–; estableciéndose que el ejercicio del derecho, para que sea lícito, debe ser “regular”.

²⁸ Vargas, Abraham L., *El ejercicio abusivo del proceso*, JA, 1995-III-938.

²⁹ Vargas, *El ejercicio abusivo del proceso*, JA, 1995-III-938, citando a Orgaz, Alfredo, “Abuso del derecho”, LL, 143-1216.

³⁰ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 45.

Se declaró, además, que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, el que es caracterizado como el que contraría los fines que aquella tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Con ello se relativizó la idea sobre la caracterización absoluta de los derechos subjetivos.

7. El abuso del derecho y el proceso

En nuestros días, fruto de la incansable labor de la doctrina, se ha elaborado un nuevo principio caracterizador del derecho procesal civil, que se denomina “abuso del derecho”.

Si bien dicho principio no tiene consagración normativa en nuestro digesto procesal civil, se lo puede incluir dentro de los principios generales del derecho al que alude o considera el art. 16 del Cód. Civil, el que textualmente reza: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Al respecto, señala el procesalista santafesino Peyrano: “son plurales los caminos que pueden seguirse para arribar a la conclusión de que existe y corresponde aplicar –sin rubores– el principio procesal del epígrafe, por más que el legislador no lo haya mencionado explícitamente como regla genérica en una norma en particular”³¹.

Este autor concibe al principio del abuso del derecho en el proceso como una derivación del principio de moralidad, relacionándolo con los deberes procesales de contenido ético, que marcan el accionar de las partes en el proceso conforme a la lealtad, probidad y buena fe.

En igual sentido lo visualizan autores como Maurino, para quien “la búsqueda de las normas procesales que pueden dar basamento legal al abuso del proceso o abuso del derecho en el proceso, nos lleva a la conclusión de que ellas nacen, cuando se consagra legislativamente el principio de moralidad”³².

Mientras que Vescovi consigna: “que es en la aplicación concreta de la regla moral, donde la doctrina habla ‘del deber de no utilizar el proceso y los medios y recursos legales, sino de conformidad con los fines lícitos para los cuales está instituido’”³³.

Ahora bien, analizando más profundamente desde el punto de vista doctrinario y legislativo la vinculación del abuso del derecho en el proceso con el principio de moralidad, cabe traer a colación distintos hitos normativos y eventos científicos en lo que

³¹ Peyrano, Jorge W., *¿Otro principio procesal: La proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?* ED, 159-925.

³² Maurino, Alberto L., *El abuso del proceso y las normas procesales que fundamentan su aplicación*, Zeus, n° 27, 1992, p. 85.

³³ Vescovi, Enrique, *Derecho procesal civil*, Montevideo, Idea, 1974, p. 80, citado por Maurino, *El abuso del proceso y las normas procesales que fundamentan su aplicación*, Zeus, n° 27, 1992, p. 85.

se destacó con énfasis y se subraya la necesidad de la vigencia de los principios morales en el proceso, reprimiendo con mayor severidad los casos de inconducta procesal.

Ellos son: el Congreso de Derecho Procesal de Córdoba de 1939; la Exposición de Motivos de la ley 17.454 (Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación derogado); la Exposición de Motivos y Fundamentos de la reforma al Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, que se plasmó en la ley 22.434³⁴; las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de Bogotá, realizadas en el año 1970; ponencias presentadas sobre el tema en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal de La Plata 1981, entre otros.

Sin perjuicio de que la disposición expresa del abuso del derecho consagrada en el art. 1071 del Cód. Civil, también puede ser aplicada por analogía a otras ciencias del derecho.

Así lo sostiene Gozaíni: “la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etcétera”³⁵.

A título ilustrativo, señalamos que el Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación contiene varias normas que hacen alusión al abuso del derecho en el proceso. En efecto, por ejemplo los arts. 34, inc. 6° y 45.

El primero de ellos establece como deberes de los jueces “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”.

El segundo de los artículos prealudidos prescribe que: “Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa”.

Sentado lo anterior, debemos destacar que nuestro ordenamiento procesal civil santafesino hace expresa alusión a la moralidad en el proceso, que sirve de basamento jurídico de la figura que venimos estudiando.

En su art. 24, el Cód. Proc. Civil y Com. local, establece que: “Las partes y sus defensores tendrán el deber de conducirse en el juicio con lealtad, probidad y buena fe. Respecto de las primeras, la transgresión de estos principios autorizará al juez o tribunal, al fallar en definitiva, a imponer a la infractora una multa de hasta doscientos días multa en favor de su contraria. Si fueren los defensores quienes faltaren a esos deberes, el juzgador lo comunicará a los colegios profesionales que ejerzan sobre ellos la jurisdicción disciplinaria”.

De este artículo se extrae que la punición varía según que la falta sea cometida por las partes (aplicación de pena con finalidad resarcitoria), o sus defensores (comu-

³⁴ En el Mensaje de Elevación al Poder Ejecutivo y fundamentos de la reforma, que dio lugar al dictado de la ley 22.434, textualmente se dice que: “para que la Administración de justicia cumpla su función esencial, es decir proveer a la seguridad jurídica mediante la celeridad del proceso, deben confluir varios factores entre ellos, los principales, la idoneidad del juez, la actuación proba y diligente de los profesionales, una eficaz regulación del proceso” (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Zavalía, 2000, p. 261).

³⁵ Gozaíni, Osvaldo, *La conducta en el proceso*, La Plata, Platense, 1988, p. 107.

nicación al colegio profesional para que aplique las correspondientes medidas disciplinarias).

Asimismo, “los jueces están facultados para declarar –en el mismo proceso– la existencia del perjuicio por concurrencia del acto abusivo (*an debeat*) y, por incidente, la cuantificación de la indemnización (*quantum debeat*)”³⁶.

Habiendo llegado a este punto, cabe preguntarnos ¿cuándo podemos decir que existe abuso del derecho en el proceso?

Para dar respuesta a este interrogante hay que analizar correctamente la existencia de distintos factores, los que quedan expresados de la siguiente manera:

a) El abuso del derecho debe surgir claramente de las constancias del proceso.

Aunque resulte obvio, es conducente remarcar que no implica *per se* abuso del derecho en el proceso el ejercicio del legítimo e inalienable derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional, ni la sola deducción de excepciones expresamente autorizadas por la ley.

Tampoco constituye tal hipótesis el simple hecho del vencimiento de algún plazo procesal que ya tiene su sanción en la imposición de costas, sino que ha de evidenciarse la conducta reprobable de la parte tendiente a dilatar el trámite normal del proceso³⁷.

b) El o los actos procesales deben interpretarse contextualmente y en forma armónica; es decir, corresponde analizar la conducta de las partes integralmente, atendiéndose a las circunstancias de cada caso.

La inconducta procesal puede ser genérica o específica. Se denomina *genérica* aquella inconducta que se manifiesta de manera continuada en las distintas etapas del juicio. Como ejemplo podemos citar la norma del art. 551, párr. 2º, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, la que prescribe: “al ejecutado que hubiese litigado sin razón valedera u obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes, o que de cualquier manera hubiese demorado injustificadamente el trámite, se le impondrá una multa a favor del ejecutante, cuyo monto será fijado entre el cinco por ciento y el treinta por ciento del importe de la deuda, según la incidencia de su inconducta procesal sobre la demora del procedimiento”.

Por su parte, la inconducta procesal *específica* es aquella que se da en un determinado acto o etapa procesal, por ejemplo en la etapa de producción de pruebas.

Dice el art. 528 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación: “si el documento no fuere reconocido, el juez, a pedido del ejecutante, previo dictamen de un perito designado de oficio, declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, se procederá según lo establece el art. 531 y se impondrá al ejecutado las costas y una multa equivalente al treinta por ciento del monto de la deuda, que aquél deberá dar a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones. Si no las opusiere, el importe de la multa integrará el capital a los efectos del cumplimiento de la sentencia de remate”.

³⁶ XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, conclusión tema B, ap. 5, *Juris*, 9/2/82, p. 6.

³⁷ CNCivCom, Santa Fe, Sala 3, 28/3/78, *Zeus*, 14-11.

En igual sentido los arts. 374³⁸, 525, inc. 2^o³⁹, 145⁴⁰, entre otros.

Asimismo, del análisis de otros artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –que más adelante se indicarán– surge que ese cuerpo legal prevé también supuestos de conductas temerarias y maliciosas.

Puede definirse la conducta procesal temeraria como aquella que lleva al sujeto a iniciar un proceso, siendo consciente que no le asiste razón valedera. Abusando de esta manera de la jurisdicción y ocasionando un daño.

La conducta procesal maliciosa se configura cuando se utilizan arbitrariamente las actuaciones judiciales. Se caracteriza por la presencia del *animus nocendi*, o por el deseo o la intención de dañar (aspecto subjetivo).

Para Peyrano, un acto es abusivo más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando, dicha desviación haya causado un daño procesal⁴¹.

Es decir que para el autor precitado no constituye un factor esencial o constitutivo del acto abusivo la concurrencia de elementos subjetivos.

Peyrano se enrola en una “concepción funcional”, por lo que de acuerdo con ella se verificaría un acto abusivo en casos de demora o alongamiento del proceso en sí mismo, que causa un perjuicio procesal; desconociéndose en su análisis elementos como culpa o malicia⁴².

Continuando con la idea del procesalista mencionado, podemos señalar distintas consecuencias posibles que se producirían con la comisión de un acto procesal abusivo.

Una de ellas sería que la calificación del acto procesal como abusivo determine que la facultad correspondiente no pueda ser ejercitada válidamente por el abusador. Verbigracia las recusaciones maliciosas.

³⁸ El art. 374 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación establece: “Costas. Cuando sólo una de las partes hubiere ofrecido prueba a producir fuera de la República y no la ejecutare oportunamente, serán a su cargo las costas originadas por ese pedido, incluidos los gastos en que haya incurrido la otra para hacerse representar donde debieran practicarse las diligencias”.

³⁹ El art. 525, inc. 2^o, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación dice, en lo concerniente a la preparación de la acción ejecutiva, que el accionante puede pedir: “2) Que en la ejecución por alquileres o arrendamientos, el demandado manifieste previamente si es locatario o arrendatario y, en caso afirmativo, exhiba el último recibo. Si el requerido negase categóricamente ser inquilino y su condición de tal no pudiere probarse sumariamente en forma indubitada, no procederá la vía ejecutiva y el pago del crédito será reclamado por juicio sumario. Si durante la sustanciación de éste se probare el carácter de inquilino, en la sentencia se le impondrá una multa a favor de la otra parte, equivalente al treinta por ciento del monto de la deuda”.

⁴⁰ El art. 145, párr. segundo, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación consigna: “Si resultare falsa la afirmación de la parte que dijo ignorar el domicilio, o que pudo conocerlo empleando la debida diligencia, se anulará a su costa todo lo actuado con posterioridad, y será condenada a pagar una multa”.

⁴¹ Peyrano, Jorge W., *¿Otro principio procesal: La proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?* ED, 159-926.

⁴² Peyrano, *¿Otro principio procesal: La proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?* ED, 159-926.

Si el accionar antifuncional se hubiese concretado, agrega, “ello no podrá suscitar una posterior situación procesal desventajosa para la víctima de aquél”⁴³.

Por ejemplo: una audiencia de absolución de posiciones fue suspendida cuatro veces, con varios cuartos intermedios, a raíz de la ampliación del pliego de posiciones reiteradamente ampliado por el ponente. Originariamente sólo se habían consignado dos preguntas en dicho pliego. Las ampliaciones tenían como fundamento los arts. 165 y 166 del Cód. Proc. Civil y Com. santafesino, que no establecen un número máximo de preguntas a formular. El juez que entendía en la causa estimó, sin entrar a valorar la existencia de dolo o culpa, que el ponente estaba abusando de las vías procesales por su accionar desmedido. El magistrado afirmó que si bien el articulado de mención no señala límite máximo de las ampliaciones que se pueden realizar, éste está dado y debe buscarse en la prudencia y razonabilidad que debe existir en todos los procesos.

Una segunda consecuencia es la aplicación de sanciones, ya sean las disciplinarias establecidas en el art. 45 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (el que reza: “Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia”), o las relativas a la imposición de costas al vencedor (prescribe el art. 70 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación: “Allanamiento. No se impondrán costas al vencido... Si de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no hubiere dado motivo a la promoción del juicio y se allanare dentro del plazo para contestar la demanda, cumpliendo su obligación, las costas se impondrán al actor”).

Se puede apreciar que de esta manera se sanciona la falta de cooperación en el proceso, el despliegue de una actividad jurisdiccional innecesaria o ajena a los intereses del pleito.

8. El abuso del derecho y el principio de moralidad

Podemos señalar que el abuso del derecho constituye una desviación procesal del “principio de moralidad”; aquél al que Alvarado Velloso describe como el que consiste en la “erradicación del proceso de toda fuerza ilegítima de una sociedad”.

Y agrega, “no puede concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición. La regla moral debe presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo a todos los demás actos de la vida jurídica”⁴⁴.

En igual sentido, destaca Gelsi Bidart que “el abuso del proceso se fundamenta en la aplicación del principio ético”⁴⁵.

El avance, en esta época de cambios de las ideologías y tendencias, de la idea de moralidad en el proceso y el fenómeno de publicización y socialización del mismo,

⁴³ Peyrano, *¿Otro principio procesal: La proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?* ED, 159-927.

⁴⁴ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 262.

⁴⁵ Gelsi Bidart, Adolfo, *Abuso del proceso*, *Juris*, 22/2/82 y ss., p. 4.

llevan a concebir “al proceso” como la primera y fundamental garantía que tienen los individuos para lograr la protección de sus derechos; derechos que ya están reconocidos tanto en las constituciones nacional y provincial y en las leyes de fondo.

Es así como estas profundas transformaciones van exigiendo de aquel que debe aplicar la ley –o sea el juez– una conducta activa y de efectiva participación en el proceso; de manera tal que en la defensa del Estado de derecho no se conculquen aquellos derechos reconocidos de raigambre constitucional.

Como corolario de lo expresado, podemos agregar que es la figura del juzgador la que debe garantizar eficazmente la defensa en juicio, ejerciendo con mayor poder la dirección y el gobierno del proceso.

La suscripta adhiere a la opinión de la doctrina que afirma que: “Es deseable el sistema en que el juez asuma una función directiva tal que permita purgar inicialmente de vicios al proceso o impedir un proceso inútil”⁴⁶.

Es importante recordar aquí la norma del art. 360 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, que otorga al juez una facultad saneadora del proceso, en aras a delimitar debida y acabadamente los hechos controvertidos, de real entidad e importancia para la dilucidación de la cuestión litigiosa. Como así también lo habilita para determinar cuáles serán las pruebas admisibles⁴⁷.

9. Posibilidad del juez de sancionar la conducta abusiva de las partes en el proceso

Concordantemente con lo que venimos señalando, existen actualmente tendencias que nos muestran la necesidad de depurar el proceso de todo atisbo de morosidad judicial.

Los resultados prácticos de esta afirmación podemos encontrarlos en la preocupación existente entre los procesalistas latinoamericanos, quienes en distintos congresos fueron comunicando la necesidad de precisar recursos para combatirla.

Tales recursos, según Clariá Olmedo, podrían clasificarse en elementos objetivos (mediante su aplicación se eliminan los trámites superfluos, se abrevian los pla-

⁴⁶ Fenech, Miguel, *La función del juez en la dirección del proceso civil*, “Revista de Derecho Procesal”, Madrid, 1964, p. 33 a 43.

⁴⁷ Art. 360 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación: “A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable... En tal acto: 1) Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos. 2) Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el art. 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto. 3) Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba. 4) Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolutos, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar. 5) Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo... 6) Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva”.

zos, se reducen las impugnaciones) y subjetivos (dentro de los cuales menciona un aumento del personal judicial y amplitud de poderes del tribunal)⁴⁸.

El autor mencionado, califica como “el más ponderable elemento para la agilización del proceso a la sancionabilidad de la inconducta que tienda a entorpecer el trámite”; lo que por lo general –agrega– “se resuelve en multas o indemnizaciones”.

Indica también que “para una legítima aceleración del proceso judicial son elementos idóneos... el ajuste constitucionalmente válido de las normas sancionadoras de la inconducta procesal”⁴⁹.

Respondiendo entonces el interrogante que nos planteamos al comienzo de este apartado, podemos acertadamente apuntar que para erradicar la lentitud en la marcha del proceso se torna imprescindible y de gran eficacia acudir al poder sancionador del juez.

Dado que la lentitud en la prestación del servicio de justicia es concebida por algunos como sinónimo de denegación de justicia y que a su vez engendra otro mal, concretamente “el litigante malicioso”, y que estas circunstancias son detonantes de actos emulativos, se justifica ampliamente una rápida y temprana eliminación, por parte de los jueces, de todos los vicios que suelen aquejar al proceso.

En tal sentido, dispone el inc. 6° del art. 34 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación que es deber del juez “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”; derivación a su vez del inc. 5°, 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”.

Puede sostenerse de tal modo que el abuso del derecho en el proceso está configurado por el ejercicio de acciones innecesarias, algunas veces, y otras estriba en el ejercicio de acciones más gravosas para la parte afectada.

Se colige entonces que “el abuso de los derechos de acción y de defensa constituye un acto ilícito con la consiguiente responsabilidad civil y la obligación de resarcir el daño”⁵⁰.

Existe consenso en la actualidad en orden a que es deseable y apreciado el proceso en el cual el juez asume la tarea de purgar al mismo de vicios, inexactitudes y alongamientos. Se valora además la decisión de los jueces de declarar en la sentencia, ya sea de oficio o a pedido de parte la materialización de la figura del abuso del derecho.

Peyrano sostiene que “hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil..., ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes son reveladores de que se está reconociendo a los

⁴⁸ Clariá Olmedo, Jorge A., *Hacia la unificación de principios del proceso en Latinoamérica*, discurso pronunciado en la sesión inaugural de las V Jornadas Latinoamericanas del Derecho Procesal, Bogotá, Cartagena, 1970, “Revista de Estudios Procesales”, n° 6. Alvarado Velloso, año II, p. 3 a 9.

⁴⁹ Clariá Olmedo, *Hacia la unificación de principios del proceso en Latinoamérica*, p. 3 a 9.

⁵⁰ Reimundín, Ricardo, *La responsabilidad del “imprubus litigatur” en las leyes 17.454 y 17.711, LL, 1979-A-755.*

jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial”⁵¹.

Agrega que en el proceso existen algunos mecanismos que permiten al juzgador rechazar *in limine* una demanda, un incidente o un recurso de reposición por ser notoriamente improcedentes. Todos estos mecanismos suponen de parte del juez una actividad enérgica, un ejercicio eficaz de sus facultades judiciales; conducta ésta que en nuestro país no es frecuentemente asumida por parte de los directores del proceso por considerarlas sospechosas de parcialidad⁵².

En la Exposición de Motivos del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación vigente, se destacó con inteligencia tres principios orientadores tendientes a establecer un real equilibrio entre los poderes atribuidos a los jueces y las facultades otorgadas a las partes, tratando de lograr de esta manera que todo el proceso judicial se desarrolle de manera armónica.

Tales principios rectores consisten en:

a) Dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes.

b) Reprimir con mayor severidad y eficacia los casos de inconducta procesal.

c) Suprimir formalidades innecesarias y agilizar, en general, los trámites procesales, eliminando los factores que gravitan en la excesiva prolongación de los juicios.

Comentando lo antes transcrito Gozaíni afirma “que los fundamentos que nutren el nuevo ordenamiento encasillan el principio dispositivo y libera al juez de su estancamiento en procura de que produzca una verdadera dirección del litigio; sin embargo muchos de los poderes otorgados no pasan de ser meras facultades, las que por ser tales, condicionan su puesta en marcha a la diligencia de un juez atento o al pedido de parte”⁵³.

Agrega que “el tiempo ha demostrado que todos los esfuerzos reformistas –contadas aisladas excepciones– no han conseguido la instalación del juez en esa moderna óptica. Evidentemente, existe una actitud huidiza que escapa al poder-deber que se le atribuye... Si no criticamos al juez pasivo, inerte, demorado por la burocracia, de quien todo espera; callaremos una verdad inocultable que agrede a un sistema inspirado en una télesis diversa a la que pervive”⁵⁴.

⁵¹ Peyrano, Jorge W., *El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil*, Jurisprudencia Santa-fesina, n° 4, p. 144. El autor destaca que “el abuso del derecho es un verdadero principio del proceso civil que encuentra cabida en los anchos pliegues del art. 16 del Cód. Civil y en la referencia a los principios generales del proceso formuladas por algunos códigos procesales... Así, el art. 693 del Cód. Proc. Civil y Com. santafesino (ley 5531)”.

⁵² Peyrano, Jorge W., *Acerca de lo “manifiestamente improcedente”*, JA, 1979-IV-746.

⁵³ Gozaíni, Osvaldo A., *La evolución de la ciencia y el derecho ante la estructura procesal codificada: el proceso en su hora de cambio*, LL, 1987-E-660.

⁵⁴ Gozaíni, *La evolución de la ciencia y el derecho ante la estructura procesal codificada: el proceso en su hora de cambio*, LL, 1987-E-663.

Y continúa destacando que “es deseable el sistema en que el juez asuma una función directiva tal que permita purgar inicialmente de vicios al proceso o impedir un proceso inútil”⁵⁵.

Enrolado en la tesis que sostiene que es el magistrado el director del proceso y, el que sin mediar petición alguna de parte, debe declarar al momento de dictar sentencia que ha existido un “ejercicio abusivo”, el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en La Plata en el año 1981, concluyó que los jueces tienen el “deber de declarar la existencia de temeridad o malicia... en forma oficiosa... y podrán acordar una reparación distinta por el proceder abusivo en el proceso o con el proceso. En estos casos y por razones de economía procesal, los jueces estarán facultados para declarar en el mismo proceso, la existencia del perjuicio por concurrencia del acto abusivo (*an debeatur*) y por incidente la cuantificación de la indemnización (*quantum debeatur*)”.

Estos nuevos principios que la doctrina viene edificando paulatinamente también fueron sostenidos en distintas jornadas de procesalistas latinoamericanos.

Podemos señalar la sesión inaugural de las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Bogotá, Cartagena, en el año 1970 –ya citadas–, donde el tema central a estudio fue el problema angustioso de la morosidad judicial y de los medios para resolverlos.

En el marco del mencionado Congreso, entre otras soluciones propuestas, podemos citar lo sostenido en cuanto a la sancionabilidad de la inconducta procesal que tienda a entorpecer el trámite, que por lo general se resuelve en multas o indemnizaciones.

En igual sentido a lo precedentemente expuesto, debe traerse a colación la valiosísima opinión de Peyrano, quien en alusión a lo que venimos señalando comenta: “Me parece correcto que se instrumente algún mecanismo legal que faculte a los magistrados no sólo a reprimir las conductas que constituyen abuso de derechos procesales sino a prevenir su futura comisión”⁵⁶.

“Resulta moneda corriente que los abusos de derechos procesales no sean acciones aisladas sino que más bien constituyan una secuencia de conductas que llegadas a un punto permitan afirmar que concurre un proceder abusivo. Si ello es así –y lo es– cuan trascendente sería para los jueces estar dotados de atribuciones no únicamente para sancionar el abuso de derechos procesales sino también para procurar evitar su consumación”⁵⁷. Pero en doctrina esta opinión se encuentra dividida.

Algunos autores, como por ejemplo De la Rúa, marcan su tendencia en contra de la represión de las conductas abusivas, dado que entienden que ello infundiría en las partes temor por las graves sanciones que pudieran ser aplicadas, lo que perjudicaría el derecho de defensa en juicio⁵⁸.

⁵⁵ Gozaíni, *La evolución de la ciencia y el derecho ante la estructura procesal codificada: el proceso en su hora de cambio*, LL, 1987-E-664.

⁵⁶ Peyrano, Jorge W., *Abuso de los derechos procesales*, trabajo distribuido por el autor en el marco del Posgrado en Magistratura Judicial, Rosario, 2000.

⁵⁷ Peyrano, *Abuso de los derechos procesales*.

⁵⁸ Condorelli, Epifanio J. L., *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1986, p. 180.

Adiciona que: “sin embargo, rara vez los jueces emplean el poder de prevenir ese tipo de conductas y se limitan en general a sancionarlas en la sentencia, después de producidas”⁵⁹.

De la Rúa piensa que la solución ideal radicaría en que los jueces emplearan más el poder de prevenir que el de sancionar, lo que a su entender es de difícil aplicación ya que la falta de inmediatez y el cúmulo de causas en trámite, impiden que el juez conozca y controle el procedimiento durante el desarrollo del proceso⁶⁰.

En miras a la preservación del equilibrio que debe primar en el proceso, es insoslayable que los jueces delimiten correctamente los casos de deslealtad, malicia o temeridad, de aquellos otros que no son sino el legítimo ejercicio de facultades procesales.

La afirmación de De la Rúa, en cuanto al temor que puede infundirse en las partes comprometiéndose de esta forma el principio constitucional de defensa en juicio, es severamente criticada por Condorelli quien sostiene que: “No se ve muy claramente de qué manera, en concreto se violenta el derecho de defensa en juicio...; parecería difícil conciliar el concepto de litis temeraria con el principio de que es lícito utilizar todos los medios para hacer valer un derecho que se pretende. Pero lo cierto es que no se niega el derecho de demandar o de defenderse, sino de evitar que el ejercicio de ese derecho no se haga en forma abusiva”⁶¹.

A más de lo dicho Olympio de Castro Filho, advierte con agudeza: “el proceso es cada vez más un instrumento del abuso del derecho. Es éste, más que todo, un grave problema de probidad profesional, frente al cual no cabe más recurso que darle al juez los medios de prevenirlos y reprimirlos”⁶².

Y finalizando la idea, podemos citar el pensamiento de Pollera Orsucci: “El juez debe ser el consejero prudente, leal, paterno, pero inexorable corrector de cualquier tentativa de deshonestidad”⁶³.

En este tiempo, se puede apreciar, en no pocos casos, una conducta procesal despiadada desarrollada por profesionales del derecho, so pretexto de la defensa de los intereses contrapuestos de sus clientes. Estas conductas lejos están de respetar los principios que tienen consagración legislativa expresa y que son los de moralidad, buena fe, lealtad, probidad y economía procesal.

El principio de economía procesal puede ser considerado como un morigerador de los tiempos procesales, de las alongaciones innecesarias; como instrumento erradicador de la lentitud y del litigante malicioso.

Como conclusión surge claro que compete al magistrado, en uso de las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico vigente, ser el director del proceso, y en ejercicio de dicho rol debe declarar al momento del dictado de la sentencia, cuando ello surja del proceso y sin necesidad de petición de parte, que ha mediado en la causa abuso del derecho.

⁵⁹ Condorelli, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, p. 180.

⁶⁰ Condorelli, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, p. 180.

⁶¹ Condorelli, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, p. 183.

⁶² Castro Filho, José Olympio de, *Abuso do direito no processo civil*, Belo Horizonte, 1955, citado por Condorelli, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, p. 184.

⁶³ Condorelli, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, p. 184, citando a Pollera Orsucci.

Además, en tales supuestos debe establecer la consiguiente responsabilidad y aplicar multa con carácter indemnizatorio por el comportamiento notablemente antijurídico demostrado durante el desarrollo de la causa. Sin perjuicio de ordenar la remisión de los antecedentes a los colegios respectivos, a los fines de que en dichos ámbitos se valore la conducta de los profesionales de las partes y la aplicación de las sanciones disciplinarias pertinentes.

Fundamos lo precedentemente expuesto en las disposiciones de los arts. 34, inc. 6° y 163, inc. 8°. El primero establece entre los deberes de los jueces: “Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”, y el segundo de los artículos precitados dispone que la sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: “El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios, y en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del art. 34, inc. 6°”.

Al mismo tiempo, basamos nuestra afirmación en el contenido de los arts. 21 y 22 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Provincia de Santa Fe⁶⁴.

Debe hacerse hincapié, reiteramos, en la función preventiva que puede y debe cumplir el juez en ejercicio de su facultad-deber como director del proceso.

En ese terreno, debe tomar las medidas necesarias para procurar neutralizar el accionar de los litigantes maliciosos. Medidas que pueden consistir en la instrumentación de la oralidad en el proceso, por ejemplo convocando a audiencias preliminares con su asistencia y dirección personal; eliminación de fórmulas rituales y traslados innecesarios, los que no hacen más que impedir al juez entrar en el fondo de la cuestión; mayor control en el ámbito de las medidas cautelares, a fin de evitar la traba de las mismas sin derecho alguno que la sustenten o con exceso del derecho que la ley le hubiere otorgado para obtenerla; posibilidad por parte del director del proceso de poner coto a la utilización indebida de las recusaciones.

10. Conclusiones

a) En la actualidad la teoría del abuso del derecho es de aceptación generalizada y ha sido incorporada en numerosos ordenamientos jurídicos positivos contemporáneos.

b) La doctrina del abuso del derecho tuvo que afrontar distintas etapas en su evolución.

c) Negaban su existencia juristas liberales enrolados en la corriente jurídica individualista, imperante en los siglos XVIII y XIX, y como consecuencia de los principios proclamados por la Revolución Francesa (1789), sostenían que sólo la ley debía marcar el límite de las actividades del hombre; más allá de los efectos que aquellas actividades acarrearán a otras personas (*dura lex sed lex*).

⁶⁴ Recordamos que el art. 21 del Cód. Proc. Civil y Com. santafesino establece que: “El debate judicial es dirigido por el juez, quien deberá adoptar todas las medidas que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos, a mantener la igualdad entre las partes y a obtener la mayor rapidez y economía en el proceso”. Y el art. 22 del mismo Código dispone que: “Los jueces deben cuidar el decoro y orden en los juicios, el respeto a su autoridad e investidura y el recíproco que se deben las partes”.

d) Se extrae como conclusión que, por aquel entonces, los derechos individuales se encontraban en una situación de prelación por sobre el bien social.

e) La corriente del movimiento personalista fue avanzando hasta dejar de lado el apasionado individualismo reinante. Se ubica al ser humano como un ser en el mundo, recalándose su carácter social.

f) El egoísmo deja paso así a la reexaltación de la conciencia jurídica colectiva, la que es recogida por la doctrina y jurisprudencia hasta plasmar la teoría del abuso del derecho, con consagración expresa como norma positiva, en los ordenamientos jurídicos más modernos. La ética y la moral social comienzan a influir en el pensamiento jurídico contemporáneo.

g) En síntesis, la discutida trayectoria que recorrió el concepto del abuso del derecho puede resumirse, como afirma Fleitas, en los siguientes términos: “unos le niegan toda razón de ser, otros le reconocen personería autónoma, dentro del amplio campo de la responsabilidad civil, pero lo combaten vivamente; los más lo aceptan con entusiasmo”.

h) La doctrina y jurisprudencia contemporáneas reaccionan frente a los principios valorativos del individualismo reconocidos por la Revolución Francesa de 1789. Tal reacción significó el ensalzamiento del valor solidaridad frente a los excesos y abusos cometidos por particulares en el ejercicio de sus derechos subjetivos.

i) La teoría del abuso del derecho tiende a evitar el ejercicio desaprensivo o malicioso de las libertades y prerrogativas individuales, relativizando el derecho subjetivo y dando trascendencia real a los valores solidaridad y equidad.

j) La relativización del derecho subjetivo como reacción a la corriente liberal individualista de los códigos del siglo XIX, fue particularmente consagrada por la jurisprudencia francesa de ese mismo siglo.

k) La teoría del abuso del derecho, en la doctrina y jurisprudencia francesa, se circunscribió en un principio al campo de los derechos reales, para luego extenderse a otros ámbitos del derecho y ser reconocida posteriormente como un principio general del ordenamiento jurídico. Luego se difundió a otros países.

l) En los países del *common law*, como por ejemplo Inglaterra y Estados Unidos, esta teoría no ha tenido recepción y su aplicación es resistida.

ll) En cuanto a la naturaleza jurídica, existen distintas teorías o posiciones doctrinarias que relacionan al abuso del derecho con un acto ilícito, con un acto lícito y una tercera postura que considera al abuso del derecho como ocupante de un lugar intermedio entre las conductas lícitas y las ilícitas.

m) Se aprecian tres corrientes doctrinarias en orden a la delimitación del concepto de abuso del derecho: 1) concepción subjetiva; 2) concepción objetiva, y 3) corriente mixta o ecléctica.

n) No obstante lo dispuesto en el originario art. 1071 del Cód. Civil argentino, con el correr del tiempo los tribunales debieron apelar a otras pautas distintas a la consagrada legalmente en dicho artículo (v.gr., aplicando la doctrina francesa del abuso del derecho; limitando el ejercicio de los derechos subjetivos a la luz de los arts. 953 y 1109 del Cód. Civil).

ñ) Ya en el siglo XX, en nuestro país se fundaban las sentencias en la buena fe, la misión social de los derechos, el sentimiento moral, la reprobación por la conciencia general, la moral y las buenas costumbres, la plenitud del ordenamiento jurídico, la finalidad de los derechos, el propio sentimiento de justicia y equidad, el acto anti-funcional, el espíritu de justicia social, los fines sociales y económicos de los derechos.

o) La reforma constitucional del año 1949 declaró ilícito al abuso del derecho –art. 35–. La Constitución de 1949 fue abrogada en el año 1955, pese a lo cual y con pronunciada firmeza la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que el abuso del derecho tenía adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de recurrir, para fundarlo, a precepto alguno de jerarquía constitucional.

p) Con la reforma introducida por la ley 17.711 –año 1968– se incorporaron los avances jurisprudenciales y doctrinarios de la nueva ideología reinante.

q) En nuestros días, se ha elaborado un nuevo principio caracterizador del derecho procesal civil, que se denomina “abuso del derecho”. Si bien dicho principio no tiene consagración normativa en nuestro digesto procesal civil, se lo puede incluir dentro de los principios generales del derecho al que alude o considera el art. 16 del Cód. Civil.

r) Peyrano concibe al principio del abuso del derecho en el proceso como una derivación del principio de moralidad, relacionándolo con los deberes procesales de contenido ético, que marcan el accionar de las partes en el proceso conforme a la lealtad, probidad y buena fe.

s) El Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación contiene varias normas que hacen alusión al abuso del derecho en el proceso (por ejemplo los arts. 34, inc. 6° y 45).

t) El ordenamiento procesal civil santafesino hace expresa alusión a la moralidad en el proceso (v.gr., art. 24).

u) Para Peyrano, un acto es abusivo “más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando, dicha desviación haya causado un daño procesal”.

v) Se sanciona la falta de cooperación en el proceso, el despliegue de una actividad jurisdiccional innecesaria o ajena a los intereses del pleito.

w) Es la figura del juzgador la que debe garantizar eficazmente la defensa en juicio, ejerciendo con mayor poder la dirección y el gobierno del proceso, que permita purgar inicialmente de vicios al proceso o impedir un proceso inútil.

x) Existen actualmente tendencias que nos muestran la necesidad de depurar el proceso de todo atisbo de morosidad judicial, a través de recursos denominados objetivos y subjetivos.

y) Para erradicar la lentitud en la marcha del proceso se torna imprescindible y de gran eficacia acudir al poder sancionador del juez.

z) Existen autores que se pronuncian contra la represión de las conductas abusivas, dado que entienden que ello infundiría en las partes temor por las graves sanciones que pudieran ser aplicadas, lo que perjudicaría el derecho de defensa en juicio

y piensan que la solución ideal radicaría en que los jueces emplearan más el poder de prevenir que el de sancionar.

a') En miras a la preservación del equilibrio que debe primar en el proceso, es insoslayable que los jueces delimiten correctamente los casos de deslealtad, malicia o temeridad, de aquellos otros que no son sino el legítimo ejercicio de facultades procesales (arts. 34, inc. 6° y 163, inc. 8°, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación y arts. 21 y 22, Cód. Proc. Civil y Com. de la Provincia de Santa Fe).

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

