

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO: UNA EXPRESIÓN DE LA CORRUPCIÓN.

Enrique A. Palacios Pareja

I.- Alcance de la corrupción.-

Permanentemente escuchamos que la opinión pública expresada en las encuestas manifiesta que el principal problema que aqueja al Poder Judicial es la corrupción. De esa manera, la imagen que mayoritariamente se tiene de los Magistrados y demás miembros del Poder Judicial está impregnada de este vicio. Encuestas como las de la Universidad de Lima determinan que solo un 10.5 por ciento confía en el Poder Judicial. De igual modo, la encuesta efectuada por Apoyo Opinión y Mercado indica que solo un 15 por ciento confía en este Poder del Estado, fundamentalmente por la corrupción que campea en él. Sin embargo, como veremos a continuación, en muchos casos la corrupción nace y se ejecuta por aquellos operadores del derecho que no forman parte del Órgano Jurisdiccional, es decir, por los abogados y litigantes.

La corrupción no sólo afecta al Poder Judicial y a la Administración Pública, sino a la sociedad peruana en general. Se trata de

un fenómeno cuyas raíces provienen de la historia colonial, en donde los criollos cultivaban un comportamiento sinuoso respecto de las imposiciones de la colonia española; y que continúa con la república. Hoy la coima, la compra de productos bamba, la piratería de libros y discos compactos, hasta de la energía eléctrica, de la televisión por cable no son actos que nos escandalicen demasiado.

No debemos entender entonces a la corrupción limitándola a la dádiva indebida que se proporciona a un funcionario para que haga o deje de hacer algo a lo que está obligado, en otras palabras, al soborno. La corrupción es un mal endémico que tiene múltiples manifestaciones. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, corrupción no es otra cosa que la acción de corromper, lo que tiene como primer significado *“Alterar y trastocar la forma de alguna cosa”*; y como segunda acepción *“echar a perder, depravar, dañar, podrir.”* Guillermo Cabanellas señala que *“(…) en el presente, corrupción equivale a destruir los sentimientos morales de los seres humanos”*.¹

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1968. Tomo I, p. 533

Así, una conducta que altere y trastoque los actos procesales, afectando a estos o al proceso en sí mismo de manera tal que se afecte, altere o perjudique su finalidad, causando un daño, constituirá un acto de corrupción. Atendiendo a que conforme al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil la finalidad abstracta del proceso es lograr paz social en justicia, para evitar la autotutela como mecanismo de composición de los conflictos, no cabe duda que estas conductas destinadas a evitar la obtención de la finalidad del proceso atentarán contra valores fundamentales o, en palabras de Cabanellas, contra los sentimientos morales de los seres humanos. Nuevamente apreciamos entonces que nos encontramos frente a actos de corrupción.

De esta manera, cuando los abogados hacemos mal uso o, en otras palabras, abusamos de los derechos dentro de un proceso judicial para lograr una finalidad distinta a aquella para la que está previsto dicho derecho, y en definitiva para causar un daño afectando la finalidad de aquel derecho o del proceso mismo, no estamos haciendo otra cosa que incurrir en un acto de corrupción. Adicionalmente, con este tipo de conductas se está contribuyendo, de manera muy eficiente, a deteriorar más la ya vilipendiada imagen del Poder Judicial, haciendo los procesos más lentos e ineficaces.

II.- El abuso del derecho.-

La teoría del abuso del derecho se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico nacional, a nivel constitucional y legal. En efecto, el último párrafo del artículo 103° de la Constitución señala que *“La Constitución no ampara el abuso del derecho”*. Por su parte, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece que *“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”*.

La prohibición del abuso del derecho es un principio general del Derecho según el cual el ejercicio de un derecho no debe causar daño a terceros. Como explica Marcial Rubio, se trata de un *“principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial”*.²

² Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. Tomo 4, p.130.

En tal sentido, la teoría del abuso del derecho configura un límite al ejercicio irregular o anormal de un derecho por parte de su titular. Así, en palabras de Spota, en el abuso del derecho *“respétase la letra de la ley, pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero que, en sí, o en su combinación, persiguen el resultado prohibido”*.³

Por su parte, Díez-Picazo afirma que *“Los actos realizados con abuso son actos que traspasan los límites del derecho y que deben ser, por ello, considerados como extralimitaciones. En consecuencia, son actos ilícitos y la ley los priva de su amparo ...”*.⁴

En este orden de ideas, Borda manifiesta que *“es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos (de los derechos subjetivos). Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias, no previstas por el legislador. Y si es legítimo*

³ Citado por : Fernández Sessarego, Carlos. “El abuso del derecho”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Lima, Universidad de Lima, 1990. Tomo I, p. 97.

⁴ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones”. En: *Ius et Veritas*, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año III, N° 5, Lima, 1992, p. 7.

*usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos”.*⁵ El mismo Borda agrega que *“Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral”*⁶.

III.- Abuso del derecho en el proceso.

La Doctrina es unánime al sancionar el abuso del derecho en el proceso civil. Su principal mentor, Josserand, enseñaba que los derechos *“Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de*

⁵ Borda, Guillermo. *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1993. Parte general, p.30.

⁶ Borda, Guillermo, op. Cit., 1993, p.31.

*ellos, cometerían una irregularidad; un abuso de derechos del que serían responsables con relación a las víctimas posibles.*⁷ . Se aprecia de la cita precedente que el maestro Francés no reconocía límites a la doctrina del abuso del derecho que permitieran encasillarla en el derecho material, y no extenderla al derecho procesal.

Ahora bien, nuestro ordenamiento no contiene una regla expresa respecto de los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar cuándo estamos frente a un ejercicio u omisión abusiva de un derecho en el proceso. La tesis predominante, a la cual adherimos, recurre al concepto funcional conforme al cual un acto es abusivo cuando busca un fin distinto al que le asigna el ordenamiento jurídico. Veamos dos ejemplos:

El primero lo encontramos con el antiguo artículo 637 del Código Procesal Civil, que establece que recién se puede apelar de la resolución que concede la o las medidas cautelares, “al término de la ejecución”. Pues bien, es sabido que en varios casos se solicitan acumuladamente varias medidas cautelares, sin embargo el solicitante ejecuta sólo una de ellas, la más importante, absteniéndose de gestionar la ejecución de las demás. De este modo, quien solicitó y obtuvo tutela cautelar

⁷ Josserand, Luis. *Derecho Civil*. Buenos Aires, Bosch, 1950. Tomo I. Vol. I, p. 154

ejerce abusivamente el derecho reconocido en la ley para obtener una finalidad distinta a la que sustenta la norma. En efecto, el legislador ha buscado velar por la eficacia de la medida cautelar, de modo que la actividad recursiva no afecte la ejecución de la medida ordenada. Sin embargo, el solicitante, ejerciendo abusivamente el derecho en el proceso, busca que la resolución que concedió las medidas cautelares no pueda ser objeto de revisión por la instancia superior, en tanto no ha culminado o no se ha dado término a la ejecución de todas las medidas concedidas en la resolución.

En este caso la Judicatura no puede permitir este ejercicio abusivo del derecho, que significa en definitiva que la revisión de la resolución de primera instancia que dictó la medida cautelar ejecutada quede indefinidamente suspendida, dependiendo esta revisión de la voluntad del solicitante de la medida. En este caso, la medida cautelar es desviada de su finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse, para convertirse en un pernicioso mecanismo para perjudicar o presionar a la parte contraria, quien se ve impedida de impugnar eficazmente la decisión cautelar.

Esta situación ha sido corregida modificando el artículo 637, estableciendo que procederá el recurso de apelación cuando la

medida cautelar que se hubiera trabado garantice razonablemente el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, no debe esperarse a que el legislador “descubra” los abusos de derecho en el proceso para que tome medidas legislativas para cada caso concreto. La solución esta ya en manos de los jueces, como veremos a continuación.

Un segundo ejemplo está en la acumulación sucesiva de procesos prevista en el artículo 90 del Código Procesal Civil, según el cual el pedido de esta acumulación impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva sobre la misma. Esta norma se explica porque la acumulación de procesos busca, fundamentalmente, evitar que se dicten sentencias contradictorias o implicantes, que puedan ocasionar su inejecutabilidad. Así, cuando el demandado inicie un nuevo proceso contra su demandante planteando una pretensión conexa a la propuesta contra él, esto traerá como consecuencia que se suspenda la emisión de la sentencia en ambos procesos hasta que se resuelva en definitiva, mediante resolución firme, sobre la acumulación.

Ahora bien, no existe un límite de procesos que pueda solicitarse se acumulen al primero. Tampoco existe norma que permita al Juez analizar la viabilidad de la pretensión cuya acumulación se

solicita, con lo cual, poco antes de que se resuelva la primera acumulación, el mismo demandado podrá instaurar un nuevo proceso planteando otra nueva pretensión contra su demandante, solicitando nuevamente la acumulación. Esto podrá repetirse cuantas veces lo permita la “creatividad” jurídica del abogado, que puede imaginar cuantas pretensiones sean posibles. Por ejemplo, en un proceso de desalojo por resolución de contrato por incumplimiento, el demandado inicia un proceso de pago de mejoras y solicita la acumulación. Estando por resolverse esta acumulación inicia otro proceso para que se declare la ineficacia de la resolución del contrato y solicita ahora la acumulación de este proceso. Después inicia un proceso para que se le declare propietario del bien y solicita también su acumulación. Obviamente no interesará que no tenga la menor posibilidad de ganar dichos procesos. De esta manera, se logrará una finalidad obviamente no deseada por la norma procesal: mantener indefinidamente suspendida la expedición de la sentencia del primer proceso.

Si nos fijamos, hoy en día en nuestro medio estas conductas son apreciadas positivamente por parte de los clientes y por la mayoría de los colegas. Los “creativos” abogados que hacen uso de estas prácticas abusivas se ufanan de ello, y se consideran y son considerados como eficientes “procesalistas”.

¿Qué hacer frente a estas situaciones? Estamos absolutamente convencidos que el Juez no puede permanecer impávido frente a manifiestos ejercicios abusivos de los derechos en los procesos. A pesar de que no exista norma expresa y clara que le asigne respuesta judicial a estas conductas, la Judicatura debe reaccionar para frenarlas y, en todo caso, para impedir que tengan éxito, sin perjuicio de reprimir y sancionar a sus autores.

La reacción judicial no debe limitarse a declarar que se ha incurrido en abuso del derecho procesal ni a imponer multas, sino que deben adoptarse las medidas necesarias para evitar que ese ejercicio abusivo logre sus perversos objetivos. Existe sustento legal para ello, pues el Artículo 50º del Código Procesal Civil, incisos 1 y 5, establece como un deber del Juez dirigir el proceso velando por su rápida solución, sancionando al abogado que actúa con dolo o fraude. El artículo 114 inciso 4 del mismo Código tipifica como un supuesto de temeridad o mala fe cuando se utiliza el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o propósitos dolosos o fraudulentos. Asimismo, conforme al artículo 184 inciso 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es deber de los Magistrados “Evitar la lentitud procesal, sancionando las maniobras dilatorias”.

Aunque el artículo 110 del Código Procesal Civil sólo prevé sanciones pecuniarias para las partes y sus abogados que incurran en actuaciones procesales o temerarias o de mala fe, ello no impide que los Jueces deban tomar decisiones anticipatorias, que eviten que se produzca el daño como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho en el proceso. No basta que se impongan diminutas multas a quien abusa del derecho en el proceso. Hay que tomar las medidas conducentes a evitar que ese abuso se produzca y se mantenga, y sobre todo que genere sus perjudiciales efectos.

En tal sentido, Jorge Pëyrano se pronuncia señalando que cuando las normas legales imponen los deberes de lealtad, probidad y buena fe, *“tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes son reveladoras de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial.”*⁸. Es por ello que *“el abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en*

⁸ Jorge W. Peyrano. “El Abuso del Derecho en el Ámbito del Proceso Civil. En Themis Revista de Derecho. Segunda Epoca, 19094, N° 27 – 28. . Pag. 21.

tales condiciones, será invalidado y la acción judicial que pueda deducirse no será admisible".⁹

En tal sentido el mismo Peyrano afirma que *"el abuso procesal está prohibido y lo prohibido es nulo. Ergo, la declaración de nulidad del acto deviene también procedente en la especie"*; por lo que *"según sea el caso, la declaración judicial de acto abusivo puede traer como consecuencia la declaración de nulidad del acto, y de los que sean consecuencia inmediata del mismo"*.¹⁰

En los ejemplos citados precedentemente deberá entonces el Juez declarar la nulidad o tener como no solicitada la medida cautelar que se solicitó y no se ejecutó por mala fé, que impide que se interponga y conceda el recurso de apelación contra aquella medida que sí se trabó. Y en el caso de las sucesivas e indefinidas acumulaciones de procesos, deberá el Juez eliminarles el efecto suspensivo de la expedición de sentencias.

⁹ Peyrano, Jorge W., op.cit., p. 24.

¹⁰ Peyrano, Jorge W., op. cit., p.25.

Recordemos que el fin concreto del proceso es resolver un conflicto de intereses y hacer efectivos los derechos, como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. No hay duda que las maniobras y pedidos en ejercicio abusivo de los derechos procesales afectan al proceso e impiden que se logre su finalidad.. Por lo tanto en armonía con lo dispuesto por el artículo 171º del Código Procesal Civil, que sanciona con nulidad a los actos que adolecen de algún vicio que impiden la obtención de su finalidad, estos actos y maniobras son claramente nulos. Se trata de vicios intrínsecos, que se encuentran en el contenido mismo del acto procesal, en este caso en su propia finalidad. Obviamente no se trata de vicios extrínsecos, pues formalmente los actos de los que hablamos (la medida cautelar no ejecutada o los sucesivos procesos que se pretenden acumular) son formalmente perfectos, cumplen con todas las exigencias formales establecidas en la ley.

No puede permitirse que los justiciables se aprovechen del proceso y del propio Poder Judicial para abusar de las herramientas procesales y lograr objetivos vedados, como es dilatar indefinidamente los procesos. Ello no hace sino hacer ilusorios los procesos judiciales.

IV.- Palabras finales.-

Estamos absolutamente convencidos de la necesidad de que los jueces reaccionen eficazmente, con creatividad y valentía, para evitar que estas conductas se presenten y sobre todo que logren su ilícita finalidad. El apego al texto de la ley que sólo prevé una tutela resarcitoria de los daños generados por el ejercicio abusivo de los derechos en el proceso, sin actividad interpretativa y creadora del Juez, es algo que debe desterrarse. El Magistrado debe anticiparse y tomar medidas para evitar que se produzca el daño en vez de limitarse a imponer sanciones que, por lo demás, en nada reparan los daños causados. Como enseña el profesor brasilero Luis Guillermo Marinoni *“No hay razón para la timidez en el uso de la tutela anticipatoria, pues el remedio surgió para eliminar un mal que ya está instalado. Es necesario que el Juez comprenda que no puede haber efectividad sin riesgos. (...). El juez que se abstiene es tan nocivo como el juez que juzga mal.”*¹¹

Todos debemos ser celosos guardianes contra la corrupción y reaccionar frente a ella. En palabras del psicoanalista Jorge Bruce *“desde el momento en que abandonamos el asombro dolido y decepcionado, luego*

¹¹ Marinoni, Luiz Guilherme. “Tutela anticipatorio”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo IV, p. 138.

colérico y activo, nos coludimos, mediante nuestra pasividad, con el trabajo de esa pulsión corrupta, enlazada con la pulsión de la muerte. Nuestra resignación o cinismo nos hace partícipes de esa corrupción mental que hemos terminado por alojar en nuestra intimidad. Dicha pasividad, contrariamente a las apariencias, exige un gasto de energía psíquica. Dicho de otro modo, la aparente pasividad constituye en realidad una adhesión implícita, tal como el masoquismo tolera y hasta secretamente goza del sadismo.”