

Retos y expectativas del derecho principalista y garantista

Compilado por
Dr. Jorge Vargas Morgado



Primera edición, agosto de 2022

Derechos reservados © conforme a la ley por:
Burgoa Editores, S.A.S.

Corrección de estilo: Iriana González Mercado
Diseño y Maquetación: Max M. Angello

Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra denominada
RETOS Y EXPECTATIVAS DEL DERECHO PRINCIPALISTA Y GARANTISTA
por cualquier medio, sin autorización escrita
de Burgoa Editores, S.A.S.

ISBN: 978-607-998-911-8

Impreso en México
Printed in Mexico

ÍNDICE

Presentación 11

CAPÍTULO 1

ELEMENTOS PARA REPENSAR UN PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO ANÁHUAC

Absalón Álvarez Escalante

Fuentes de consulta 21

CAPÍTULO 2

LA EDUCACIÓN SUPERIOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Agustín Eduardo Carrillo Suárez

1. Introducción..... 23
2. La universidad a través de la historia 23
3. Estado y educación..... 26
4. Educación desde la mirada internacional 28
5. Perspectivas de la educación para la sociedad..... 30
6. Fuentes de consulta 31

CAPÍTULO 3

EL ABUSO Y LA BUENA FE PROCESAL

Aniello Merone

1. Introducción..... 33
2. El abuso procesal y la interpretación "sustantivista" del concepto de interés en ejercitar la acción 35
3. El abuso procesal y el principio de "juicio justo" 37
4. La conexión entre el concepto de abuso de derecho y abuso procesal..... 38
5. Objeciones a la finalidad colectiva de administrar un recurso escaso 40
6. El abuso procesal y el ejercicio de la discrecionalidad 41
7. Consideraciones finales 42

3

EL ABUSO Y LA BUENA FE PROCESAL¹

Aniello Merone²

1. Introducción

En la jurisprudencia se recurre cada vez más a la noción de “abuso procesal”, mediante la cual es posible superar el tenor de la ley procesal y ofrecer al juez una discrecionalidad muy amplia. La consecuencia es ver debilitada la función de garantía, tradicionalmente asegurada por las normas procesales, así como el derecho individual a la justicia. En este ensayo se plantean una serie de críticas con el objetivo de demostrar que es imposible reconocer al concepto de abuso de derecho el valor de una cláusula general.

La noción de “abuso procesal” es utilizada por la jurisprudencia para sancionar el ejercicio de la acción judicial –aunque conforme con la ley– que se considera excesivo o desviado con respecto a la protección del interés sustancial.

Como en el caso del abuso de derecho, también en el abuso procesal se respeta la ley – en el abuso de derecho, la ley sustantiva y en el abuso procesal, la ley procesal– y, por esta razón, es necesario identificar un criterio de clasificación prejudicial de abusividad que sea diverso de la ley.

1 Ponencia al Congreso de Facultades y Escuelas de Derecho de la RIU, organizado en Querétaro el 23 de marzo de 2022.

2 Profesor Asociado de Derecho Procesal Civil y Coordinador de la Maestría en Derecho de la *Università Europea di Roma* (UER), donde también desempeña la función de Delegado del Rector y Coordinador de Relaciones Internacionales. Doctor en Derecho de Arbitraje Internacional de la *Libera Università Internazionale di Studi Sociali* (LUISS) de Roma. Miembro del Consejo de profesores de programas de doctorado internacional en Teoría general de procesos en la *Libera Università Mediterranea* (LUM) de Casamassima. Director del consejo editorial de la *Revista de Derecho Deportivo*, del Comité Olímpico Italiano y miembro de los consejos editoriales de otras revistas científicas.

Bien diferente es el marco en el que se sitúa la categoría de abuso cuando se refiere al proceso *contra legem*, fraudulento, especioso, emulado, fiduciario, etcétera, para el cual los legisladores han identificado desde hace tiempo soluciones con el fin de eliminar el perjuicio al que este está ligado³.

Por el contrario, la noción de abuso procesal que trataré en este ensayo sirve para reprimir conductas que, aunque respetuosas con las reglas técnicas⁴ del proceso, son calificadas como "injustas" con base en criterios externos a la ley y diversos de ella, los cuales podrían emerger del "derecho", como expresión específica de la difícil relación entre "ley" y "derecho"; podrían vincularse a la "moral", planteando en un sector específico de la normativa jurídica el conflicto entre "ley" y "moral" y podrían implicar una connotación "política", replanteando el reparto de poderes entre la jurisdicción y el ámbito político-administrativo⁵.

Observando las numerosas resoluciones judiciales, vemos que, mediante el uso de esta noción, la jurisprudencia declara su intención de llevar a cabo un proceso "justo", un proceso que tenga una "duración razonable" y un proceso que tenga como objetivo proteger los intereses "dignos".

El enfoque jurisprudencial, por tanto, parece obedecer a una preocupación moral ligada a cada proceso específico⁶.

Al mismo tiempo, sin embargo, la jurisprudencia italiana, al enmarcar el tema en cuestión, pone de manera reiterada y constante el énfasis en la escasez del recurso jurisdiccional (del "servicio de justicia"), proyectando así esta exigencia con referencia a todos los juicios.

De esta manera, la categoría de abuso procesal, por un lado, entrelaza la dimensión individual de la tutela de los derechos y la vocación colectiva de la función judicial. Por otro lado, persigue el interés público de la

3 Vid. Calamandrei, Piero, *Il processo come giuoco* (1950), *Opere giuridiche*, I, editado por Mauro Cappelletti, Nápoles, 1965, pp. 537 y ss. En Italia los remedios se buscan en la revocación extraordinaria ex art. 397, coma 1, n. 2, del Código Procesal Civil y en la oposición del tercero ex art. 404, coma 2 del Código Procesal Civil.

4 Según la definición de Ernesto Tullio Liebman, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale* (1950), *Problemi del processo civile*, Nápoles, 1962, p. 132 y ss., pp. 134-135.

5 Sobre las relaciones entre la ley y derecho, moral y política. Vid. Giovanni, Verde, *Il difficile rapporto fra giudice e legge*, Nápoles, 2012.

6 Panzarola, Andrea, "Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d abuso del processo", en *Il Diritto processuale amministrativo*, 2016, pp. 23 y ss., p. 36 observa cómo «No es la primera vez que esto sucede. Podría decirse que a lo largo de toda la historia del proceso moderno se han intercalado períodos en los que la moral actúa por el cambio en favor de la garantía del individuo, marcados por la supremacía de la moral individual con períodos proporcionalmente opuestos en los que prevalece el interés colectivo, caracterizado por la superación del interés individual en la ética personificada por el Estado, en la vida social o en el interés de la mayoría» (traducción propia).

asignación eficiente de un recurso escaso y, en consecuencia, resulta un instrumento de optimización del beneficio general de la comunidad.

Alcanzar estos objetivos se traduce en una evaluación judicial que plantea dos exigencias claras: “cómo” deben ejercerse los poderes procesales y “cuándo” deben limitarse para asegurar la realización de esos objetivos.

En esta breve reflexión intentaré evidenciar cómo el abuso procesal no puede fundarse ni en el principio de “juicio justo”⁷, ni en la interpretación “sustantivista” del concepto de interés en ejercitar una acción, así como lo propone el Tribunal Supremo italiano (*Corte di Cassazione*).

2. El abuso procesal y la interpretación “sustantivista” del concepto de interés en ejercitar la acción

Esta interpretación se ha formado desde 2007 con relación a la hipótesis de división y pendencia simultánea de la demanda judicial (por ejemplo, créditos diferentes, pero relacionados con el mismo contrato de duración) en cuanto la Corte Suprema niega “el ejercicio de la acción de forma excesiva o desviada con respecto a la protección del interés sustancial que marca el límite, así como el motivo de la atribución, a su titular de la potestas agendi”⁸.

Por supuesto, la confusión entre el derecho sustantivo y la acción concentra la atención únicamente en el ejercicio de la facultad de acción, descuidando su carácter de situación jurídica subjetiva.

Además, la jurisprudencia sostiene que la regla de la equidad y el principio de buena fe, así como los valores de la solidaridad social recogidos en la constitución italiana⁹, deben operar en el proceso –en Italia a través del deber de lealtad y probidad de las partes¹⁰– y ser

7 Principio que se puede deducir en general del artículo 6 de la Carta Europea de los Derechos Humanos. Para comprender el impacto en el proceso del principio del “juicio justo” y de los principios relacionados, tal como son interpretados por la jurisprudencia. *Vid.* Verde, Giovanni, “Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata”, en *Rivista di diritto processuale*, 2010, pp. 505, 351 y ss., pp. 569 y ss.; Las Actas de la XXVIII conferencia de la asociación italiana de estudiosos del proceso civil, *L’abuso del processo*, Bolonia, 2012; Tropea, Giuseppe, *L’abuso nel processo amministrativo. Studio critico*, Nápoles, 2015.

8 Cass., Sez. Un., 15 noviembre 2007, n. 23726, en *Foro italiano*, 2008, pp. 1519 y ss., con una nota crítica de Remo Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?* *Vid.* Asprella, Cristina, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, pp. 54 y ss.

9 Principios reconocidos por el artículo 2 de la Constitución y con respecto a los cuales se critica también la interpretación de la jurisprudencia por su elaboración del concepto de “abuso del derecho”. *Vid.* Salvi, Cesare, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Código Civil ai Trattati europei*, Bolonia, 2015, pp. 100-102.

10 Principio declarado por el artículo 88 del Código Procesal Civil italiano. *Vid.* Actas de la XXIX conferencia de la asociación italiana de estudiosos del proceso civil: *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015.

entendidos como una proyección en el proceso (judicial) de los principios de comportamiento conforme a equidad y de la ejecución conforme a la buena fe, al que debe ajustarse una relación de obligatoriedad. Este principio debe referirse y continuar, no solo en la fase de ejecución de la relación sustantiva, sino, también, durante el momento de la deducción judicial de la misma relación.

Sin embargo, como bien se expresó, de esta forma la abusividad de la conducta procesal se deriva de la violación de los límites considerados en el derecho sustantivo y llamados a operar, por su origen y naturaleza, fuera del juicio¹¹.

Varias son las ambigüedades de la concepción sustantiva propuestas por la jurisprudencia, que parece no poder superar numerosas objeciones. En primer lugar, se puede observar que, también en el plano del derecho sustantivo, entre "abuso" (de derecho) y "buena fe" se produce una superposición de figuras que, sin embargo, deben diferenciarse, dado que, el abuso de derecho es una categoría del acto y la buena fe es una categoría de la relación¹².

Además, el enfoque jurisprudencial coincide con la concepción del proceso (tanto anticuada como minoritaria) que considera la acción indisoluble del derecho y la dota, además, de un carácter sustantivo¹³ o, de manera similar, con una visión de proceso "contractual" y "casi-contractual"¹⁴. Teorías del siglo pasado que no han encontrado acierto, principalmente por la dificultad de enmarcar el papel del juez, puesto que, al concebir el proceso como un contrato, el papel del juez termina por confundirse con el de un notario.

Para devolver al juez el cargo que le compete, por lo tanto, se hace necesario negar, no solo que la acción pueda resolverse ejerciendo el derecho sustantivo, sino que se debe, además, reconocer que esta es diferente del derecho sustantivo y, en general, postular la autonomía del fenómeno procesal con respecto al sustantivo¹⁵.

11 Andrea, Panzarola, *art. cit.*, 2016, pp. 29-30.

12 *Vid.* Castronovo, Carlo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 108 y ss., que observa cómo en el primer caso se trata de un vicio del poder y en el segundo se trata de una fuente de integración de la relación de obligatoriedad.

13 Enfoque que encuentra su mayor formulación en el pensamiento de Werner Goldschmidt, quien apoyó toda su obra en el concepto de "ley de justicia material" (*materielles Justizrecht*) y para hacer de "la *res* y el *iudicium* una y la misma cosa" (traducción propia). *Vid.* Tullio Liebman, Ernesto, *op. cit.*, 1962, p. 140.

14 Se trata de una interpretación histórica, adquirida por los estudiosos de la Edad Media y transmitida durante los siglos siguientes, por la que el proceso ha sido considerado durante mucho tiempo un asunto privado de las partes: un fenómeno enteramente dominado por el elemento convencional, es decir, sobre los acuerdos que intervienen *inter partes*, regulados por disposiciones de derecho sustantivo. *Vid.* Chizzini, Augusto, "Konventionel prozess e poteri delle parti", en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 45 y ss.

15 *Vid.* Verde, Giovanni, *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., *cit.*,

Una meta cada vez más justificada, donde recordemos que (i) el proceso, aunque constituye un instrumento del derecho sustantivo, es también instrumentalizado por el derecho público¹⁶ y que (ii) las posiciones subjetivas en que se declina la relación procesal poseen intereses distintos a los intereses objeto de las relaciones sustanciales y que se relacionan a la sentencia del juez¹⁷.

Por lo tanto, muchas de las afirmaciones con las que la jurisprudencia esboza los elementos estructurales del concepto de abuso procesal resultan cuestionables.

3. El abuso procesal y el principio de “juicio justo”

Una vez depurado el enfoque jurisprudencial de las estructuras “civilistas” y analizado en profundidad su aspiración, éste antepone a las demás exigencias el interés público de gestionar de forma prudente un recurso escaso, en una perspectiva explícitamente utilitaria, puramente cuantitativa de la utilidad individual y colectiva, según el pensamiento de Jeremy Bentham¹⁸.

Esto no debe sorprendernos, porque en la medida en la que el proceso se atribuye a la esfera pública y se eleva a institución contribuyente del bienestar social, de igual forma, parece inevitable considerar la controversia civil una violación del bien común.

Como consecuencia, la justificación del abuso procesal se basa, de acuerdo con la jurisprudencia, en la supuesta capacidad de este concepto para favorecer un fin colectivo, aumentando el bienestar general vinculado a la prestación del servicio justicia y orientando todo el sistema hacia un proceso más justo.

Sin embargo, la construcción del concepto de abuso procesal ofrecida por la jurisprudencia redefine el mismo término de “juicio justo” que, una vez más, es utilizado para incluir en el proceso nociones completamente ajenas a él y claramente sustantivas (incluso la solidaridad social), que lo alienan de su declinación objetiva y normativa¹⁹.

p. 202.

¹⁶ Aunque en un panorama general que ve el desvanecimiento gradual de los dogmas de la jurisdicción como expresión del poder estatal y de la legalidad del procedimiento, como demuestra ampliamente Nicola Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo milenio*, Milán, 2007, pp. 165 y ss.

¹⁷ *Vid.* Panzarola, Andrea, *La Cassazione civile giudice del merito*, Turín, 2005, pp. 413 y ss., quien bien explica cómo el derecho a ejercitar una acción judicial depende de la solicitud a una decisión sobre la demanda y no de la solicitud a una decisión favorable.

¹⁸ *Vid.* Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, trad. italiana di Eugenio Lecaldano, Turín, 1998. Sobre el pensamiento de Bentham consulte Francesco Ferraro, *Il giudice utilitarista*, Pisa, 2011, pp. 157 y ss.

¹⁹ Caponi, Remo, *op. cit.*, 2008, pp. 1519 y ss.

Es inevitable, en efecto, que las características de las garantías de protección individual cambien si se enfatizan los fines colectivos del proceso unidos con instancias solidarias. Si ponemos toda la atención en evidenciar la escasez del recurso judicial, la principal preocupación tenderá a ser la de garantizar una adecuada distribución de los recursos entre los ciudadanos.

Así, se corre el riesgo de perseguir fines no conciliables con una teoría de los derechos individuales de protección judicial –incluyendo el derecho a ejercitar una acción en juicio y los otros derechos procesales (poderes y facultades que conciernen al demandante, al demandado y a las demás partes del proceso)– que siempre debe ser presidida –con respecto a cualquier forma de arbitraje– por medio de una normativa procesal, que sea precisa y predecible.

Por el contrario, una lectura hermenéutica del interés en ejercitar una acción²⁰ y de la meritoriedad de la protección solicitada²¹ hecha *ex post* parece alejarse significativamente de este presidio, ofreciendo al juez un poder demasiado amplio y discrecional sobre estos derechos.

4. La conexión entre el concepto de abuso de derecho y abuso procesal

No debería sorprendernos que estos sean los riesgos, si nos fijamos en la génesis misma de la categoría de abuso de derecho. Pietro Rescigno en 1965 definió las bases de esta noción, señalando que «*el intérprete deberá identificar la causa típica de cada acción y prescindir del interés en ejercitar una acción siempre que la realización del interés (por el que se resuelve la causa) sea imposible o esté fuera de la representación del demandante*»²².

En cuanto al concepto de causa que Rescigno propone, éste resulta difícil de entender si se interpreta según criterios procesales. Aludir a la “causa típica de cada acción” parecería implicar la referencia a un sistema basado en acciones “típicas”²³, en marcado contraste con

20 Supuesto procesal cuya importancia ha crecido enormemente si es cierto que Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, Milán, 1947, I, p. 37, lo denomina «la quinta rueda del carro» (traducción propia). Consulte también Marinelli, Marino, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, pp. 42 y ss., p. 60, lo que muestra claramente cómo en varias épocas, y en particular en el régimen nacionalsocialista, la cláusula general del interés en ejercitar una acción sirvió para reducir arbitrariamente la garantía de la tutela judicial.

21 Con referencia a este tema, Ghirga, Maria Francesca, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milán, 2004.

22 Vid. Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, en *Rivista diritto civile*, 1965, I, pp. 205 y ss., p. 256 (traducción propia).

23 Como en la Edad Media, caracterizada por la difusión de tratados, los *arbores actionum*, relativos a los diversos tipos de acciones. Vid. Andrea, Errera, “*Arbor actionum*”:

la dimensión constitucional de la acción atípica propia del derecho moderno que, según la lúcida definición de Liebman «no se expresa en un sistema de acciones, sino en un sistema de derechos, al que la acción socorre en caso de necesidad»²⁴.

Este concepto de causa, en realidad, ya no se entiende como “causa típica”, ergo objetiva e impersonal, destinada a repetirse siempre de la misma forma, sino como “causa concreta”²⁵, es decir, la causa de estas partes en este proceso, según un concepto que bien se presta, por tanto, a un control judicial de meritoriedad.

Control judicial por su carácter discrecional, mediante el cual la jurisprudencia se orienta al día de hoy a subordinar el interés en ejercitar una acción y, por tanto, la posibilidad de protección de los derechos relativos, a necesidades colectivas vinculadas a un bien público, con el claro riesgo de caer en reconstrucciones que socaven la previsibilidad de las normas y la seguridad de las garantías procesales.

De hecho, se ha evidenciado cómo no es casualidad que, en la reflexión sobre el abuso procesal, se haya propuesto traspasar el principio de proporcionalidad también al juicio civil²⁶. Principio difundido y ya aplicado en numerosos sectores del sistema jurídico, en los que tradicionalmente punta a fortalecer las garantías del ciudadano con respecto al ejercicio del poder, que todavía aparece fuera de contexto si se usa para equilibrar un derecho fundamental (el derecho a ejercitar una acción) y el interés público a un juicio justo (que se declina en términos “económicos/de eficiencia”)²⁷.

Por tanto, es incorrecta la posición que pretende trasladar el concepto de abuso de derecho al contexto procesal o que intenta justificar la existencia del segundo en razón del primero, ya que, mientras el abuso de derecho se inscribe correctamente en el marco del derecho privado, en el que las cláusulas y los principios generales son frecuentes, no puede decirse lo mismo del abuso del proceso encuadrado en el contexto del código procesal, compuesto de reglas y formalidades²⁸ más específicas

Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori, Bologna, 1995, p. 240 y ss.

24 Tullio Liebman, Ernesto, *L'azione nella teoria del processo civile* (1949-1950), *Problemi del processo civile*, cit., p. 37 (traducción propia).

25 Rolli, Rita, *Causa astratta e causa in concreto*, Padova, 2008, pp. 123 y ss.

26 Vid. Caponi, Remo, *Intervento*, en *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., p. 223. Para una amplia crítica de la introducción del principio de proporcionalidad al juicio civil, consulte Tropea, Giuseppe, *L'abuso del processo*, cit., pp. 191, 254 y 479.

27 Vid. Panzarola, Andrea, *op. cit.*, 2016, pp. 42-43.

28 Sobre la diferencia entre los dos ámbitos, consulte Verde, Giovanni, *Intervento*, en *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., pp. 194 y 202.

que no se concilian con una noción generalista que concede al juez una discreción, más que amplia, casi extrema²⁹.

5. Objeciones a la finalidad colectiva de administrar un recurso escaso

Volviendo al análisis de los fines colectivos que la jurisprudencia persigue a través de la categoría de abuso procesal, merece particular atención la voluntad de perseguir el interés público de la eficiente administración de un recurso escaso. Resulta útil reiterar que esta finalidad colectiva debería ser dominio exclusivo de la política, es decir, del poder legislativo y de la administración.

Son estos, en efecto, los poderes del Estado que, a diferencia del poder judicial o del juez individual, disponen de los elementos empíricos necesarios para brindar una protección coherente en caso de escasez de recursos.

Por un lado, resulta improbable que el juez disponga de la información necesaria para establecer si una determinada elección sirve al propósito colectivo de distribuir eficientemente los recursos judiciales.

Por otro lado, afirmar que ciertos tipos de causas deben prevalecer sobre otros, por parecer más meritorios a los ojos del juez –o más importantes– ¿puede considerarse de mayor utilidad para la comunidad? ¿puede considerarse un criterio que nos ayude a tomar decisiones más justas –más morales–?

Al no ser posible responder a estas preguntas mediante una investigación empírica o un grado razonable de aproximación, en la práctica es viable observar cómo este tipo de enfoque afecta con toda certeza a la garantía de los derechos de la persona, corriendo un riesgo real y tangible de dañar la previsibilidad de la normativa procesal.

Por supuesto, esto no quita que el proceso se vuelva más eficiente si el juez, cuando se enfrenta a la normativa procesal, tiene en cuenta las consecuencias “económicas” de sus elecciones (como lo demuestran los análisis económicos del derecho³⁰), siempre que los intereses que van a satisfacer no resulten meramente teóricos, fruto de una presunción puramente especulativa.

Dicho esto, aunque por supuesto no nos olvidamos de la situación de crisis general y de la escasez efectiva de recursos judiciales, tampoco podemos considerar –y justificar– el recurso al abuso procesal como respuesta/remedio a una condición que se asume de extraordinaria

²⁹ Así, Panzarola, Andrea, *op. cit.*, 2016, pp. 78-79, quien habla de una noción «entre la política y el derecho, imbuida de connotaciones morales» (traducción propia).

³⁰ Vid. Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 9ª, University of Chicago Law School, 2014, spec. cap. 20-24.

dificultad y que justifica un permanente estado de excepción³¹. En ese caso, el enfoque jurisprudencial que somete el abuso procesal al servicio de una exigencia pública entra en conflicto con el principio de legalidad³².

6. El abuso procesal y el ejercicio de la discrecionalidad

Por lo tanto, es evidente que el concepto de abuso procesal se basa en una situación de discrecionalidad –relativa o reglamentada, ciertamente no absoluta– con relación a el establecimiento y desarrollo del proceso, el cual, necesariamente, debe estar presidido por criterios del ejercicio del poder que puedan proteger a las partes del arbitraje del juez. Por otro lado, que esta discrecionalidad pueda conducir, como sucede con frecuencia, a posiciones arbitrarias es demostrado por el hecho de que en algunos casos se califica como abusiva una conducta procesal, independientemente de si se ha llevado a cabo una investigación sobre el estado subjetivo (negligencia o dolo) del demandante, que se considera superflua: es este el caso de la división y pendencia simultánea de la demanda judicial, donde se habla de abuso procesal “en sentido objetivo”.

Resulta difícil aceptar la idea de que la división y pendencia simultánea de la demanda, así como cualquier otra solicitud, deba causar un perjuicio punible *in re ipsa*.

Al contrario, el concepto de abuso no parece ignorar la necesidad de una verificación concreta: evaluar si un comportamiento, potencialmente abusivo, ha resultado en una violación del deber de lealtad y probidad de las partes –es decir, la regla de la equidad y el principio de buena fe (objetiva)– y ha producido un agravante afectivo de la condición de la contraparte³³.

También sería importante considerar que una condición de discrecionalidad puede ser propia de ambas partes y, por tanto, no debería considerarse abuso si, ante la libre conducta de una de las partes, existe la posibilidad de que la contraparte reaccione neutralizando las consecuencias negativas³⁴.

31 Vid. Agamben, Giorgio, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, 1, Turín, 2003, pp. 9-10.

32 Vid. Panzarola, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 48.

33 Vid. Scarselli, Giulio, *Sul c.d. abuso del processo*, en *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., *cit.*, pp. 157 y ss.

34 De lo contrario, se terminaría fortaleciendo demasiado el, así dicho, principio de autorresponsabilidad, sobre el que es legítimo tener reservas. Con respecto a este tema, consulte Menchini, Sergio, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, en *Etica del processo e doveri di verità delle parti*, Actas de la XXIX conferencia ..., *cit.*, pp. 71 y ss.

7. Consideraciones finales

Todos los argumentos propuestos a lo largo de este ensayo convergen y, por lo tanto, demuestran que, por un lado, el enfoque jurisprudencial resulta incompleto y, por otro lado, que no es posible construir un concepto significativo de abuso procesal, entendido como cláusula general.

Esto no quiere decir que los problemas que se evidencian por (y que trata de remediar) el enfoque jurisprudencial no exista. Existen y, de hecho, son comunes a la mayoría (incluso a la totalidad) de los sistemas jurídicos, desde hace muchos años.

Sin embargo, sería preferible considerar que no existe un abuso procesal sino una *serie de posibles abusos procesales*, regidos por la disciplina codicística existente y, especialmente, por la disciplina que supervisa la distribución del pago de los costos del proceso³⁵.

No es aceptable el intento de la jurisprudencia de enunciar una especie de "concepto fundador" sobre el que desarrollar una acción, o incluso un programa, para integrar la realidad de los juicios civiles.

Por lo tanto, debemos definir el espacio efectivo reconocido a la disposición sobre lealtad y probidad de las partes³⁶, que, sin duda, se recoge en casi todos los códigos procesales civiles. Es un tema actual y, aunque para algunos sea una disposición puramente admonitoria, con repercusiones exclusivamente en el ámbito deontológico o con relación a la disciplina de los costos; para otros es la piedra angular sobre la que fundamentar un amplio y profundo deber de integridad³⁷.

Además, resulta evidente que esta disposición no permite superar las objeciones ya planteadas y que este deber de lealtad y probidad nos consiente introducir en el proceso civil los principios sustanciales en los que debe basarse la relación de obligatoriedad, tales como el principio de buena fe (objetiva) y la regla de la equidad, así como los valores de la solidaridad social.

En este sentido, es útil considerar la reflexión de Piero Calamandrei que, una vez aprobado el código procesal civil italiano de 1940, se preguntó si con la introducción de la disposición sobre lealtad y probidad de las partes y abogados el legislador había querido introducir, «*con su*

35 Vid. Taruffo, Michele, *L'abuso del processo: profili generali*, en *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., pp. 33 y ss.

36 Sobre las implicaciones entre la cuestión del abuso y la del deber de verdad ver Taruffo, Michele, *L'abuso del processo: profili generali*, en *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., pp. 37-38; Scarselli, Giulio, *Sul c.d. abuso del processo*, en *L'abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., pp. 179 y ss.

37 Vid. Carratta, Antonio, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile, Etica del processo e doveri delle parti*, Actas de la XXIX conferencia ..., cit., pp. 145 y ss.

afirmación tan categórica, una especie de exceptio doli generalis, que puede oponerse, independientemente de las sanciones especiales de nulidad, contra todos los actos procesales movidos por una intención desleal»³⁸.

Aunque era consciente de que una respuesta negativa a esta pregunta permitiría «que un poder procesal pudiese ser ejercido válidamente por el privado con fines opuestos a los de la justicia», señaló de todas formas que «el jurista honesto debe precaverse contra la tendencia a trasladar la resolución de los casos jurídicos del nivel del derecho al de la moral»³⁹.

Las palabras del ilustre jurista florentino nos recuerdan cómo el diálogo y la consecutiva búsqueda del equilibrio entre el derecho y moral constituye un tema recurrente en la reflexión jurídica y procesal. En este sentido, la presencia de una norma procesal preexistente a la controversia se pone como garantía inalienable y es, sin lugar a duda, preferible a una norma mutable –caso por caso– según la intuición subjetiva del juez.

Por lo tanto, la introducción de la protección del principio de buena fe en el proceso constituye una exigencia moral deseable, pero no debe poner en juego la salvaguardia de la previsibilidad de la norma procesal, que supone un requisito fundamental e indispensable para la misma “justicia” del proceso⁴⁰.

38 *Vid. Calamandrei, Piero, Un caso tipico di malafede processuale. Opere giuridiche, I, 1941, pp. 477 y ss., p. 482.*

39 *Vid. Piero, Calamandrei, op. cit., 1941, p. 479.*

40 Un sistema procesal no siempre (o, al menos, no permanentemente) puede colocarse en el justo medio, pero es bueno recordar, de nuevo con Calamandrei, Piero, *op. cit.*, 1941, p. 479, que «si por ser defensores demasiado rígidos de la forma se corre el riesgo de sacrificar la razones sociales y políticas de la normativa jurídica, al dar prevalencia a consideraciones moralistas, se corre el riesgo de destruir los fundamentos mismos de la legalidad» (traducción propia).

Los días 22 y 23 de marzo de 2022, en la Universidad Anáhuac Querétaro, tuvo lugar el Primer Congreso de Facultades y Escuelas de Derecho de la Red Internacional de Universidades del Regnum Christi.

Se trató de la primera ocasión en que se reunieron directivos, investigadores, profesores y estudiantes de esas Facultades y Escuelas para exponer temas relativos al Derecho como ciencia, como objeto epistemológico de estudio, como profesión y como proyecto de vida, lo cual resultó en un interesante y nutritivo intercambio de conocimientos, ideas y experiencias, que enriquecen a las instituciones participantes, desde luego; pero, también aportan mucho al Derecho, difundiendo el pensamiento y la investigación de nuestras instituciones educativas.

Los investigadores, profesores y estudiantes tuvieron la oportunidad de compartir el congreso después del largo tiempo de contracción por la pandemia de COVID-19. Finalmente, fue una celebración académica de intenso entusiasmo, en la que compartieron podio juristas experimentados y estudiantes dinámicos, todos explorando el campo del Derecho.



Homero 404 6° Piso
Col. Chapultepec Morales
Del. Miguel Hidalgo
C.P. 11570 Ciudad de México
Tels: 55 5254-7716 55 5203-3560

