

El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal*

Giovanni Priori Posada**

“El presente artículo, reflexiona en un contexto en el que cada vez se pone mayor énfasis en la eficacia del proceso, sobre la necesidad de no perder de vista la moralidad que debe estar presente en el mismo. Para ello, se realiza un análisis doctrinario y legal de tres importantes instituciones procesales: el principio de buena fe procesal, el abuso del derecho, y el fraude procesal”.

I. Introducción

La disciplina procesal ha sido el objeto de importantes estudios de parte de la doctrina especialmente europea y latinoamericana desde finales del siglo XIX. El siglo XX fue el siglo donde esa disciplina obtuvo una importante consolidación debido al desarrollo de los institutos procesales, su autonomía del derecho material, su inmersión en los conceptos de la teoría general del derecho, el surgimiento de categorías primero conceptuales y luego normativas y el establecimiento de principios propios que permitieron brindar autonomía a esta joven disciplina.

Durante la segunda mitad del siglo XX la joven disciplina recibió, además, la importante influencia del derecho constitucional, a partir de los derechos fundamentales que dentro del proceso permitían conseguir los fines que a este se le encomiendan. Así, podemos decir que los últimos años del siglo XIX y los primeros del siglo XX fueron los del nacimiento del derecho procesal, la primera mitad del siglo XX fue la de su consolidación y la segunda mitad del siglo XX la de su constitucionalización. Los inicios del siglo XXI están marcados por los estudios del derecho procesal destinados a hacer que el proceso sea más efectivo y justo para los litigantes. La preocupación por el valor eficacia en el proceso, por su no duración

excesiva, porque la solución sea acorde a la justicia y al ordenamiento, por hacer que todas las partes que intervienen en el proceso asuman con igualdad las cargas que supone su tramitación, es lo que marca el inicio de nuestro siglo.

Hay algo sin embargo, que creemos no ha sido colocado en el lugar primordial que debería tener. El proceso es un instituto en el que actúan personas en situación de conflicto, cada una de las cuales movidas por sus propios intereses desean lograr que el juez reconozca su posición. Algunas de ellas usan al proceso sin escrúpulos para lograr a toda costa ese reconocimiento, contando para ello con el apoyo de abogados que buscan obtener éxito sin importar cómo. Muchas veces las partes son esclavas de las “prácticas judiciales”, que son lo más nefasto de nuestro sistema de justicia, pues aquellas son realizadas por considerarse práctica usual o mecanismo de defensa normal, pero en verdad esconden una enorme crisis de valores, pues ni siquiera son vistas o percibidas como éticamente incorrectas.

La gran tarea del proceso en el siglo XXI debe ser precisamente aquella: la lucha por su moralidad. Por ello se ha señalado que “la preocupación por infundir en el proceso civil un aliento moral que lo dignifique (...) es un síntoma específico, que revela el modo de ser particular

* Este trabajo se basa sustancialmente en un ensayo que sobre el mismo tema nos solicitara el Banco de Crédito del Perú

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Profesor ordinario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y de las Maestrías en Derecho con mención en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

del procedimiento civil de nuestro tiempo. Puede decirse que hoy triunfa el movimiento de moralización del proceso¹. La eficacia del proceso –principio enarbolado como guía de los estudios en el siglo que vivimos– no puede ser desprovista del componente ético en el actuar de los litigantes. La eficacia sin moralidad ni justicia puede convertirse en la más perversa motivación para un proceso desleal, fraudulento o corrupto. De ahí que sea importante que el proceso sea tan eficaz para la protección de los derechos de las personas como frente al fraude y al abuso del proceso.

Es usual que las categorías de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal se utilicen de manera indistinta, a continuación nos proponemos establecer las relaciones, diferencias y consecuencias de cada una de ellas.

II. La Buena Fe Procesal

II.1. Algunos antecedentes

La importancia que tiene el comportamiento leal de las partes al interior del proceso ha sido una preocupación que no ha sido ajena a la actividad procesal desarrollada desde antiguo. Así por ejemplo, en el derecho romano, en el derecho canónico y en el derecho común “se exigía a las partes la declaración jurada de litigar de buena fe (*iusiurandum calumniae*)”².

En el caso concreto del derecho romano, resulta interesante apreciar todos los mecanismos existentes en el proceso formulario, los cuales se basaban en dos ejes centrales³:

- El juramento de no resistir la acción sabiendo no tener la razón (*iusiurandum non calumniae causa infitias ire*).
- El juramento de no iniciar un proceso sabiendo tener la razón (*iusiurandum non calumniae causa agere*).

Dentro de esos mecanismos, se encontraban los siguientes⁴:

- Para algunos casos se establece que la infundada resistencia del demandado, da lugar a que se le condene al pago del doble de aquello que debía pagar. Lo mismo ocurría si el demandante actuaba sin fundamento.
- Para otros casos, el demandado es condenado al pago a favor del demandante de un equivalente al tercio o a la mitad de la suma pretendida. Lo mismo ocurría si el demandante actuaba sin fundamento.

Resulta interesante apreciar el necesario compromiso que se exigía a las partes de adecuar su comportamiento al interior de un proceso conforme a las reglas de la buena fe. Ese compromiso era tan importante para el desarrollo del proceso que se encontraba rodeado con todas las formalidades y consecuencias del juramento⁵, el que llevaba impreso la garantía del cumplimiento de la palabra dada, la que se reforzaba en un tiempo en el que esta tenía un enorme valor en especial si se hacía en nombre de Dios⁶.

A decir de Chioyenda⁷, mantener ese juramento le habría parecido a los modernos “una medida inútil o un obstáculo excesivo”, razón por la cual se decidió no incluirlo más como un requisito para quien litiga. Para otros, más bien, fueron razones de orden ideológico las que determinaron que desapareciera la referencia al principio de buena fe en los códigos, así: “La codificación procesal del siglo XIX, siguiendo su tendencia individualista y liberal, suprimió las reglas referentes al principio de moralidad, y de ese modo cayeron en el olvido muchos textos célebres de la antigua legislación patria”⁸.

Sin embargo, los códigos modernos recogieron una serie de consecuencias negativas para el litigante de mala fe; muchos de ellos sin embargo, no contenían expresamente establecido ese deber genérico de buena fe procesal, lo que no es obstáculo para reconocer su existencia al interior del ordenamiento. De esta manera, el mismo Chioyenda⁹ para el ordenamiento jurídico italiano señalaba que a pesar de no existir

1 REIMUNDÍN, Ricardo. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Viracocha: Buenos Aires, 1961, pp. 145 – 146.

2 CHIOYENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Valetta: Buenos Aires, 2005, p. 74.

3 BURDESE, Alberto. *Diritto privato romano*. Cuarta edición. UTET: Torino, 1993, p. 109.

4 BURDESE, Alberto. *Diritto privato romano*. Cuarta edición. UTET: Torino, 1993, p. 109.

5 “En sentido general, entiéndase por juramento la afirmación solemne que una persona hace, ante un juez, de decir la verdad en la declaración que rinde. Esa solemnidad puede estar rodeada de cierto sentido religioso, cuando se utiliza una fórmula que ponga a Dios por testigo o algo similar; pero no siempre es así y se trata de un punto de simple política legislativa”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Segundo Tomo. Temis: Bogotá, 2002, p. 1.

6 “El juramento tuvo carácter religioso en sus orígenes y durante un largo período que llega hasta el siglo XIX, pues solamente en algunos códigos surgidos después de la revolución francesa, se le asignó un carácter estrictamente civil, al despojar su fórmula de toda invocación a la divinidad, para convertirlo en un compromiso legal de decir la verdad ante un funcionario del Estado”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Segundo Tomo. Temis: Bogotá, 2002, p. 1.

7 CHIOYENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Valetta: Buenos Aires, 2005, p. 73.

8 MONTI, Luis. Principios formativos del derecho procesal civil. En “Temis”. No. 15, pág. 5. Citado por PEYRANO, Jorge Walter. El proceso civil. Principios y fundamentos. Astrea: Buenos Aires, 1978, p. 171. Esa misma idea de que el principio de buena fe se contraponen a la ideología liberal y es más bien un triunfo de la concepción publicista del proceso civil la mantiene Peyrano al señalar que: “El predominio de la corriente ideológica liberal, que tuvo su auge en el siglo XIX, había conspirado para hacer que el proceso fuera una contienda en la que solía triunfar el más hábil o el más astuto”. PEYRANO, Jorge Walter. El proceso civil. Principios y fundamentos. Astrea: Buenos Aires, 1978, p. 171. De similar opinión son: QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000, p. 110.

9 CHIOYENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Valetta: Buenos Aires, 2005, p. 74.

una norma expresa que lo sancionase era innegable el deber de partes de actuar de buena fe, el que supone fundamentalmente:

“1. La obligación de no sostener tesis de tal modo desprovistas de fundamento, que no quepa admitir el convencimiento del litigante.

2. La obligación de no sostener a sabiendas tesis contrarias a la verdad.

3. La obligación de conducirse, respecto del juez y de la parte contraria, con lealtad y corrección”.

Se pasó de esta manera, entonces, del juramento de actuar de buena fe, al deber de buena fe. Hoy se habla más bien del principio de la buena fe.

II.2. El Principio de la Buena Fe Procesal

El principio de buena fe procesal o de moralidad supone introducir un contenido ético y moral al ordenamiento jurídico¹⁰ y, en concreto, a la actuación de los diversos sujetos al interior del proceso. De esta forma, este principio supone “un conjunto de reglas de conducta, presidido por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba)”¹¹. La eficacia de este principio para todos aquellos que intervienen de alguna u otra forma en el proceso es muy importante, ya que este principio no está reservado a las partes, sino también al juez, y a todo auxiliar jurisdiccional, tercero o persona que de alguna u otra forma tenga que ver en el proceso y, por supuesto, a los abogados de las partes. No son por ello solo las partes las que se encuentran sometidas a este principio.

La razón por la que de manera especial este principio ha sido enunciado en función de las partes del proceso es porque quien actúa como parte en el proceso puede verse tentado a narrarle al juez hechos falsos u ocultar la verdad en aras de ver satisfecho el interés que lleva al proceso. Si bien es verdad que “el hombre probo e ideal rechaza toda tentación de esta índole y no calla o altera la verdad aunque pueda lesionar su interés”¹², es preciso que el ordenamiento jurídico recoja una serie de principios o pautas éticas de comportamiento que puedan ser sancionadas jurídicamente a fin de velar por la correcta impartición de justicia. Sin estas normas, esas pautas de comportamiento quedarían libres en cada hombre, pasibles de ser juzgadas única y exclusivamente por su conciencia, mientras el proceso es mal usado,

burlándose de los demás sujetos procesales, del Estado y de la propia justicia.

“(…) lo trascendente para determinar cuando nos encontramos frente a un acto contrario a la buena fe será establecer cuando una conducta puede ser considerada como *socialmente correcta*. No sería acertado en función del principio de la buena fe establecer *a priori* una relación de esas conductas, por lo que corresponderá evaluar en el caso concreto esa situación.”

De esta manera, si bien las partes buscan la protección de sus derechos en el proceso, también colaboran con la recta impartición de justicia. De esta forma, cada proceso es el escenario donde no solo se debaten los derechos de los particulares que en él litigan, sino que se pone a prueba el funcionamiento del ordenamiento jurídico en su tarea más delicada: la de hacer justicia en situaciones de conflicto. Es por ello que “todas esas normas pueden ser reducidas al principio básico de que todos deben colaborar con la administración de justicia, haciendo valer sus razones, pero sin el empleo de subterfugios o actitudes antiéticas”¹³. Es por ello que “el derecho procesal, al imponer un comportamiento debido, impide que la conducta contraria perjudique al justiciable o a la justicia. Asegura al juez contra el engaño y a la contraparte contra el perjuicio.”¹⁴

Ahora bien, la buena fe es en estricto un concepto jurídico indeterminado¹⁵ y como tal uno de los conceptos más difíciles de asir en la doctrina¹⁶. De esta manera, resulta complicado establecer un concepto específico sobre aquello que es considerado como un acto conforme a la buena fe. Por ello, desde una perspectiva genérica, compartimos la noción de Picó i Junoi según la cual, la buena fe es la “conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como

10 PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003, p. 66. En el mismo sentido: QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000, p. 110.

11 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000, pp. 110-111.

12 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tomo I. EJEA: Buenos Aires, 1959, p. 357.

13 GRECO FILHO, Vicente. *Directo processual civil brasileiro*. Volumen I. Saraiva: Sao Pablo, 2000, p. 106.

14 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000, pp. 111.

15 PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003, p. 69.

16 DIEZ PICAZO, Luis. La doctrina de los propios actos. Bosch: Barcelona, 1963, pp. 134 – 135. Citado por: PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003, p. 68.

*correcta*¹⁷. Como se aprecia de la noción antes dada, lo trascendente para determinar cuando nos encontramos frente a un acto contrario a la *buena fe* será establecer cuando una conducta puede ser considerada como *socialmente correcta*. No sería acertado en función del principio de la buena fe establecer *a priori* una relación de esas conductas, por lo que corresponderá evaluar en el caso concreto esa situación. Es por ello que la labor que cumple la jurisprudencia en estos casos es esencial, como lo es, ante cualquier concepto jurídico indeterminado, pues será ella la que evaluará la adecuada aplicación y cumplimiento del principio.

El hecho de que la buena fe sea considerada como un principio procesal, supone que cumpla las funciones que de ordinario le corresponde a todo principio, esto es, sirve como criterio de interpretación de las normas procesales y al mismo tiempo para integrar el ordenamiento procesal. Sin embargo, ello no nos debe permitir dejar de lado el hecho que siendo principio contiene una pauta de conducta que es obligatoria para todos los sujetos del proceso. Con lo cual su consideración de principio del ordenamiento no le resta fuerza obligatoria, sino que, por el contrario le otorga una fuerza mayor.

II.3. La Buena Fe Procesal en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano

El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece como uno de los principios del proceso, el principio de buena fe. De esta manera, la referida norma dispone que: "Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria".

Asimismo, el inciso 5 del artículo 50º del Código Procesal Civil establece que uno de los deberes de los jueces es sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude.

II.4. La Buena Fe Procesal, el Abuso del Derecho y el Fraude Procesal

La doctrina se ha encargado ya de señalar que los límites entre buena fe, abuso del derecho y fraude procesal son muy difíciles de trazar¹⁸. No existe duda alguna, sin embargo, que estos tres institutos se encuentran íntimamente relacionados. Es más, la buena fe es el principio del cual parten o se originan el abuso del derecho y el fraude procesal. De esta manera, el abuso del derecho y el fraude procesal suponen conductas lesivas a la buena fe. El abuso del derecho y el fraude

procesal, aunque son también categorías genéricas, pueden ser identificadas como supuestos concretos de infracción a la buena fe procesal. La labor consiste más bien en establecer los límites y las diferencias entre las categorías de abuso del derecho y fraude procesal, a fin de poder identificar qué conductas suponen uno u otro instituto y, como tal, las consecuencias que podrían derivarse de cada uno de ellos.

III. El Abuso de las Situaciones Jurídicas Procesales

III.1. Problemática

El abuso de las situaciones jurídicas procesales es un tema que es estudiado por la doctrina con bastante cuidado y prudencia. Las razones de ello creemos son dos:

- (i) Hablar de abuso de situaciones jurídicas procesales supone necesariamente referirse a la limitación de los derechos procesales, que tienen una connotación constitucional.
- (ii) Los derechos procesales son considerados como *abstractos*, es decir, son posibilidades de actuación determinada, sin un contenido específico. A esto precisamente se debió el desarrollo del derecho procesal, pues se separó el derecho material del derecho procesal, al punto que la forma más recurrida de explicar en qué consiste la autonomía y abstracción del derecho material frente al derecho procesal es señalando que uno puede demandar y defenderse a pesar de no tener la razón. Curiosamente, como veremos más adelante, la forma en que se enseñan estas dos características propias de los derechos procesales es con un ejemplo que pone de manifiesto el ejercicio abusivo de los derechos procesales.

La unión de esas dos razones son las que originan que la doctrina venga teniendo un desarrollo prudente para el estudio del abuso del derecho en materia procesal, al punto que uno de los más importantes procesalistas de nuestro tiempo, Michelle Taruffo, señala que: "No parece del todo infundado el temor de limitar indebidamente el desenvolvimiento pleno de las garantías, que no han expresado todavía todo su potencial, en la tentación de establecer en qué casos su actuación 'excesiva' produce efectos no aceptables"¹⁹. Más adelante sostiene que: "Se pone, en otros términos, el problema de establecer si, o hasta qué punto, la actividad procesal que implique la actuación de garantías constitucionales puedan considerarse abusivas, o sea, si la actuación de estas garantías encuentran algún límite externo signado por el empleo abusivo de los instrumentos procesales que de esas garantías son la manifestación específica"²⁰.

17 PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003, p. 69.

18 PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003, p. 91.

19 TARUFFO, Michele. "Elementi per una definizione di 'abuso del processo'". En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 440 - 441.

20 TARUFFO, Michele. "Elementi per una definizione di 'abuso del processo'". En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 441.

A la preocupación demostrada por la doctrina se agrega la excesiva cautela de la judicatura ante casos incluso de manifiesto abuso, cautela que llega al punto de convertirse en cómplice o muchas veces hasta en promotora del abuso del derecho. Si a eso le agregamos que tenemos una legislación que no provee de claros y adecuados mecanismos para hacerle frente al abuso, concluimos que tenemos el marco adecuado para que los maliciosos litigantes puedan abusar de los derechos que tienen al interior del proceso.

III.2. Noción

Si el tema de la delimitación de los derechos fundamentales es difícil²¹, no más sencilla es la tarea de estudiar en qué casos se produce un ejercicio abusivo de los mismos. Sólo para comenzar a delinear los contornos del problema que analizamos, es necesario tener en cuenta que el ejercicio abusivo de un derecho es distinto a una típica actividad ilícita, puesto que en esta última de lo que se trata es de la "constatación en absoluto y en abstracto de la inexistencia de un derecho"²², mientras que en el caso del abuso del derecho se trata de "una evaluación que se limita a excluir la legitimidad de la modalidad de ejercicio del derecho en las circunstancias de hecho"²³. Es que el presupuesto para que estemos ante un caso de abuso del derecho es que éste exista y que quien lo ejerza sea su titular, caso contrario, no estaríamos ante una hipótesis de abuso de derecho, sino de otro tipo de ilícito. Para poder aclarar esto, creemos importante citar un ejemplo. Si con el propósito de alargar innecesariamente el proceso de ejecución, el ejecutado interpone un recurso de apelación contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República que resuelve un recurso de casación en su contra, esta maniobra no puede ser considerada como abuso de derecho, pues no tiene el derecho a apelar esa decisión, razón por la cual su actuar es una simple actividad ilícita. En cambio, si es que el litigante por el solo hecho de alargar el tiempo de la ejecución interpone un recurso de casación contra la sentencia expedida, en revisión, por la Sala Civil o Comercial de la Corte Superior, su acto sí supone el ejercicio abusivo del derecho en la medida que está ejerciendo un derecho que le confiere la ley, pero, como veremos, con fines distintos a aquellos que el ordenamiento jurídico prevé.

De esta manera, entonces, no toda infracción de una norma procesal supone un abuso, sino sólo el ejercicio impropio, es decir, aquél comportamiento inapropiado

o inadecuado de cualquier situación jurídica procesal activa²⁴. El problema está precisamente en establecer cuándo dicho ejercicio es impropio, lo que no es nada fácil más aún si se tiene en cuenta el hecho de que el ejercicio de todo derecho supone siempre un cierto margen de elección por parte de su titular en torno a cómo ejercerlo, lo que se complica en el caso de un derecho de naturaleza procesal, pues en este caso existe cierta discrecionalidad respecto del uso de los instrumentos procesales por parte de aquel a quien el ordenamiento jurídico le permite usarlos²⁵, derivados muchas veces de las estrategias que el litigante plantea al interior de un proceso.

Lo que ocurre en el proceso es que los instrumentos procesales que confiere el ordenamiento jurídico normalmente están previstos para obtener determinada finalidad. De esta manera, así como no se inicia un proceso por el solo hecho de estar en un proceso, no se utiliza un instituto procesal para solo usarlo, sino para conseguir determinados fines. Por ello, "en los términos de una relación de instrumentalidad remedio – fin, el abuso puede ser definido como el empleo de un remedio procesal para conseguir un fin que no es propio de aquel remedio, puesto que no entra en el ámbito de los objetivos para los que el remedio ha sido previsto. Hay abuso, en otros términos, cuando se verifica una distorsión en el empleo de un instrumento procesal, que viene destinado a conseguir objetivos diversos de aquellos que le son propios"²⁶. De esta manera, para poder hablar de abuso de un remedio procesal es preciso que se presenten dos condiciones²⁷:

- (i) que exista la intención de perseguir objetivos perjudiciales y dañosos para alguien (la contraparte o un tercero), y;
- (ii) que estas consecuencias negativas se verifiquen en la esfera del sujeto a quien se ha querido perjudicar.

De esta manera, por ejemplo, si a través de una medida cautelar se desean conseguir efectos distintos a los de asegurar la eficacia de la sentencia, o si se quieren lograr, además de ello, efectos perjudiciales no admitidos por el ordenamiento jurídico para la contraparte o un tercero, estamos frente a un supuesto de abuso del derecho fundamental a la tutela cautelar.

III.3. El Abuso del Derecho Procesal en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano, el abuso del derecho se encuentra establecido en

21 Este tema lo hemos desarrollado en: PRIORI POSADA, Giovanni. La tutela cautelar. ARA: Lima, 2006.

22 BRECCIA, Humberto. *L'abuso del diritto*. En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 7.

23 BRECCIA, Humberto. *L'abuso del diritto*. En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 7.

24 TARUFFO, Michele. "Elementi per una definizione di 'abuso del processo'". En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 440.

25 TARUFFO, Michele. "Elementi per una definizione di 'abuso del processo'". En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 440 - 441.

26 TARUFFO, Michele. "Elementi per una definizione di 'abuso del processo'". En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 447. En el mismo sentido, puede verse: PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003. Págs. 83-85 y 96 y ss.

27 TARUFFO, Michele. "Elementi per una definizione di 'abuso del processo'". En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. p. 452.

la Constitución, la que en su artículo 103²⁸ dispone expresamente que no se ampara el abuso del derecho. Definitivamente no existe una distinción en nuestro texto constitucional en torno a si los derechos a los que se refiere son de naturaleza procesal o no, ni tendría por qué hacerlo, así que podemos afirmar que la prohibición del abuso de los derechos procesales se encuentra prohibida por nuestra Constitución.

A nivel legislativo, una primera referencia al abuso del derecho se encuentra en el artículo 4º del Código Procesal Civil, conforme al cual: “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado”. Si bien la norma resulta sumamente interesante, en la medida que prevé legalmente de manera expresa no sólo la posibilidad de abusar del derecho de acción, sino la consecuencia de ello (el resarcimiento por los daños y perjuicios que dicho abuso ha generado), tiene a nuestro modo de ver un defecto, y es que sólo se refiere de manera expresa al ejercicio abusivo del derecho de acción; dejando de lado las demás situaciones jurídicas procesales, como por ejemplo, la del derecho de defensa o la tutela cautelar.

Ello, sin embargo, no obsta para que en nuestro ordenamiento jurídico podamos hablar de abuso de otras situaciones jurídicas procesales. La sola referencia constitucional, sería suficiente, pero además existe otra norma a nivel legal de la cual se puede desprender diversas consecuencias derivadas del ejercicio abusivo de las situaciones jurídicas procesales en general. Nos referimos al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil²⁹, según la cual se exige a todos los que intervienen en el proceso a adecuar su conducta a la buena fe procesal, facultando al Juez a sancionar cualquier conducta ilícita o maliciosa³⁰ e, incluso, a impedir que se realice.

Adicionalmente a ello, el régimen de regulación en general del abuso del derecho en materia procesal

tiene un grave defecto. Si bien es cierto el artículo 4º del Código Procesal Civil, como hemos visto, regula de manera específica el abuso del derecho de acción; nuestro ordenamiento procesal civil cuenta con un texto deficiente que en algunas situaciones concretas que podríamos denominar como críticas, podría generar en algún juzgador la idea de que no es posible abusar del derecho de defensa e incluso, del derecho de acción. Nos referimos al artículo 3 del Código Procesal Civil, que establece: “Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”.

Esta norma recoge claramente la concepción de que tanto los derechos de acción, como de contradicción son derechos abstractos y, además, constitucionales. Por ello, se establece que no admiten limitación ni restricción alguna. Sin embargo, ningún derecho constitucional es ilimitado, todos, incluyendo los derechos procesales como hemos mencionado, admiten límites. Uno de esos límites se encuentra impuesto por el artículo 103 de la Constitución que establece que no se ampara el abuso del derecho. Por ello, la deficiente norma del artículo 3 del Código Procesal Civil debe ser leída de manera conjunta con el artículo 103º de la Constitución, caso contrario, el artículo 3º podría terminar siendo el sustento normativo del abuso del derecho en materia procesal.

De las normas procesales que hemos revisado acerca del abuso del derecho en materia procesal, podemos apreciar que dichas normas establecen diversas consecuencias para los casos de abuso de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, así,

- (i) la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que el abuso ha generado;
- (ii) la imposición de multas y sanciones por abusar de un derecho fundamental de carácter procesal;
- (iii) la condena al pago de costos y costas, e;
- (iv) impedir que se produzcan los actos de abuso, es decir, evitarlos.

28 “Artículo 103 de la Constitución Política del Perú.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.

La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

29 “Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria”.

30 Esa posibilidad de sanción incluye también al abogado, de acuerdo a lo establecido en el inciso 5 del artículo 50 del Código Procesal Civil.

“Artículo 50 del Código Procesal Civil.- Deberes.- Son deberes de los Jueces en el proceso:

(...)

5. Sancionar al Abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude;

(...)”.

Ahora bien, si el Juez puede también impedir que se produzca el abuso, puede también, en nuestra opinión, dejar sin efecto cualquier acto procesal que sea producto de él, es decir, anularlo, aunque lamentablemente no existe en nuestro ordenamiento una norma que lo establezca. Es más, el proceso que haya sido iniciado en ejercicio abusivo del derecho debe ser anulado de la misma manera como lo es un proceso fraudulento.

También existe en nuestro Código Procesal Civil una norma relativa al ejercicio abusivo del derecho fundamental a la tutela cautelar (artículo 621º del Código Procesal Civil³¹); en la que se prevén sólo tres de las cinco consecuencias antes mencionadas. Dicha norma está prevista para los casos en los que la medida cautelar haya sido obtenida de manera maliciosa y prevé como consecuencias: el pago de una indemnización, la condena al pago de costos y costas y la imposición de una multa. Sin embargo, de manera específica no se encuentra la posibilidad de impedir que se cometa el abuso con el ejercicio del derecho a la tutela cautelar o de dejar sin efecto una resolución cautelar expedida con base en el ejercicio abusivo del derecho. Creemos, sin embargo, que esas posibilidades entran en las facultades del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

III.4. El Abuso del Derecho en Materia Procesal: Algunas Hipótesis Concretas

A fin de concretizar un poco los elementos conceptuales y normativos que hemos propuesto, analizaremos algunas situaciones de abuso del derecho que se presentan en el marco de los procesos.

(i) El ejercicio del derecho de defensa de forma manifiestamente infundada

El derecho de defensa es el derecho constitucional que le asiste a toda persona que es parte de un proceso a ser informada suficiente y oportunamente de lo que ocurre en el proceso, en especial, de los pedidos de su contraparte, así como a formular los argumentos de hecho y de derecho, ofrecer los medios probatorios, impugnar las decisiones contrarias y a que se pronuncien sobre los argumentos que ella formula. Para efectos de este análisis, nos centraremos en el derecho a esgrimir los argumentos de hecho y de derecho de su posición, pues las otras manifestaciones de este derecho serán materia de análisis posterior.

De esta manera, el abuso del derecho de defensa se presentará en todos aquellos casos en los que el titular de dicho derecho utilice los medios de defensa que le confiere el ordenamiento jurídico para conseguir intencionalmente, fines u objetivos distintos a aquellos previstos legalmente para cada medio de defensa, generando un daño ilícito a su contraparte.

En términos generales, podemos decir que se presenta abuso del derecho de defensa, en los siguientes casos:

- a. Cuando los medios de defensa son utilizados con el único propósito de alargar injustificadamente el proceso. Ello quiere decir que se presentará el abuso cuando la finalidad del medio de defensa empleado es distinto a la intención de alegación, prueba e impugnación; así por ejemplo:
 - Cuando en un proceso de conocimiento se formulan cuestiones probatorias que son manifiestamente infundadas.
 - Cuando en un proceso de conocimiento se formulan excepciones o defensas previas manifiestamente infundadas.
 - Cuando en un proceso de conocimiento se formula una contestación a la demanda manifiestamente infundada.
 - Cuando en un proceso de ejecución se formulan cuestiones probatorias que son manifiestamente infundadas.
 - Cuando en un proceso de ejecución se formulan excepciones o defensas previas manifiestamente infundadas.
 - Cuando en un proceso de ejecución se formula una contradicción manifiestamente infundada o improcedente.

Los casos anteriormente señalados tienen algo en común, se ejerce un derecho establecido en la ley para el demandado en un proceso pero no con el propósito de esgrimir argumentos que contradigan las pruebas, la relación procesal, el título de ejecución o los argumentos esgrimidos en la demanda, sino solo con el ánimo de entorpecer el normal desarrollo del proceso sabiendo que no existe razón para formular el medio de defensa específico. Eso se aprecia con mayor claridad cuando uno formula una excepción que fuerza a la formación de un incidente con el alargamiento del proceso que ello supone. Asimismo, ocurre de manera clara cuando dentro de un proceso de ejecución se formula una contradicción haciendo pasar una alegación como un argumento pasible de ser planteado como contradicción en un proceso ejecutivo, cuando en realidad, no puede hacerse, por no corresponder a él.

- b. Cuando se utiliza **varias veces un mismo medio** de defensa con la finalidad de cuestionar exactamente lo mismo que ya fue resuelto.

31 "Artículo 621º del Código Procesal Civil.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo".

c. Cuando se utilizan diversos medios de defensa con la finalidad de cuestionar lo mismo. Lo que ocurre, por ejemplo, cuando:

- Se formula la excepción de falta de legitimidad pasiva por defecto y se formula una denuncia civil.
- Se formula un pedido de nulidad y se interpone contra la misma resolución un recurso de apelación solicitando su nulidad.
- Se apela el mandato ejecutivo alegando la falta de elementos formales del título y se formula la contradicción alegando la causal de nulidad formal del título.

(ii) El ofrecimiento de medios probatorios con propósitos claramente dilatorios

El derecho a la prueba es un derecho fundamental que tienen las partes de un proceso a ofrecer, que se admitan, actúen, valoren y se conserven los medios de prueba que sirven para sustentar los hechos que afirman y formar convencimiento en el Juzgador sobre los puntos controvertidos. Sin embargo, desviando dicha finalidad, se puede abusar del derecho al ofrecimiento de los medios de prueba, en los siguientes casos:

- Cuando se ofrecen medios probatorios de actuación mediata, siendo ello innecesario, pues con medios probatorios de actuación inmediata se puede obtener la misma finalidad, pero se hace con el único propósito de que el trámite de la actuación del medio de prueba genere indebida dilación en el proceso.
- Cuando se ofrecen varios medios de prueba para acreditar lo mismo con ánimo dilatorio.
- Cuando se ofrecen medios de prueba que se conocen de difícil obtención para demorar el trámite del proceso.
- Cuando se ofrecen medios de prueba consistentes en la revisión de documentos contables o libros societarios, con el único propósito de tener acceso a documentación reservada, clasificada o de cierto nivel de confidencialidad, sin que la misma sea relevante y con el único propósito de generar incomodidad, molestias y pérdida de tiempo a la contraparte.
- Cuando se ofrece como medio probatorio la exhibición de documentos cuya inexistencia se conoce, con el único propósito de que la contraparte sufra los perjuicios de su no presentación.
- Cuando se tarda injustificadamente la incorporación de un medio de prueba que ha sido ofrecido por sí mismo.

(iii) La interposición de medios de impugnación con propósitos dilatorios

La impugnación es un instituto que tiene por finalidad cuestionar los errores cometidos en una resolución judicial, a fin de que sean revisados y, eventualmente corregirlos, para ello, las partes ejercen el derecho a la impugnación a través de alguno de los medios impugnatorios previstos en la ley. Dentro de ellos, los más usados son el recurso de apelación o de casación. En este ámbito se puede presentar abuso del derecho en estos casos:

- Cuando se interpone recurso de apelación contra todas las resoluciones que le son contrarias a la parte que lo hace, con argumentos manifiestamente infundados o improcedentes, con el único propósito de demorar el trámite del proceso.
- Cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia con el único propósito de demorar la ejecución de la sentencia, aprovechando el efecto suspensivo que el ordenamiento jurídico le otorga a ese acto procesal.
- Cuando se interpone recurso de casación con el único propósito de demorar la ejecución de la sentencia, aprovechando el efecto suspensivo que el ordenamiento jurídico le otorga a ese acto procesal.

(iv) El inicio de procesos de conocimiento con el ánimo de entorpecer la ejecución

Este caso supone el ejercicio abusivo del derecho de acción y se manifiesta a través del inicio de un proceso de conocimiento paralelo a la ejecución con el ánimo de dilatarlo. Podemos identificar los siguientes casos:

- Cuando el ejecutado dentro de un proceso de ejecución de garantía inicia un proceso de tercería de propiedad.
- Cuando el ejecutado inicia un proceso cognitivo paralelo al proceso de ejecución, invocando de manera infundada algún vicio o defecto del acto jurídico que da lugar a la deuda que es ejecutada, para tal efecto solicita la acumulación del proceso, haciendo que el proceso ejecutivo termine demorando tanto como el de conocimiento.
- Cuando el ejecutado inicia, sin mayor fundamento, un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra la resolución dictada en el proceso en el que se pretende su cobranza.

(v) El proceso de amparo contra resoluciones judiciales

Al igual que en el caso anterior, este es un supuesto que podría dar lugar al ejercicio abusivo del derecho acción, pero esta vez iniciando un proceso de amparo contra la

resolución judicial. Cabe señalar que si bien el artículo 200 de la Constitución es bastante claro en señalar que esto solo era posible si se alegaba la vulneración del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional con carácter de precedente de observancia obligatoria, ha establecido que es posible formular un proceso de amparo contra una resolución judicial por afectación a cualquier derecho fundamental y no solo del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, si es que el demandado en un proceso de cobranza inicia un proceso de amparo contra la resolución judicial dictada en él, solicitando además una medida cautelar, ambas sin mayor fundamento, pero con el propósito de obtener la demora de la ejecución, o evitar el cobro ya establecido en una resolución judicial, se produce un ejercicio abusivo del derecho de acción.

Cabe señalar en ese sentido que en la medida que el Tribunal Constitucional ha ampliado los casos de procedencia de amparo contra resoluciones judiciales, es perfectamente posible que un deudor, por ejemplo, inicie un proceso de amparo contra una resolución dictada en un proceso de ejecución alegando la afectación al derecho de propiedad, cuando por ejemplo se ha dispuesto la ejecución de un bien dado en garantía o de un bien afectado con medida cautelar. Ello es posible además en el caso de que el proceso de cobranza se haya dado en un proceso de conocimiento. De esta manera, a pesar de que ha habido un largo proceso de conocimiento para la protección del derecho de crédito es perfectamente posible que en un proceso sumarísimo de trámite – en teoría- urgente, donde además no hay estación probatoria, se deje sin efecto la sentencia dictada en otro donde la posibilidad de prueba y defensa han sido amplias³². Para ello es necesario tener en consideración, además, que el Código Procesal Constitucional establece que las sentencias dictadas en los procesos constitucionales tienen prevalencia sobre cualquier otra sentencia.

III.5. Abuso de Derecho y Deficiencia Legislativa: Los Dos Enemigos de la Efectividad de los Procesos en Tutela del Derecho de Crédito.

Muchos de los casos de abuso del derecho antes reseñados se deben a una inadecuada regulación de algunos institutos procesales que antes que la protección de los derechos de las partes o de los ciudadanos en general, no son sino deficientes regulaciones que lo único que hacen es generar incentivos para mal usar los mecanismos procesales. De esta manera, la deficiente regulación legal acompaña al actuar indebido de algunos sujetos procesales, lo que aunado a la inercia judicial ante estos temas genera grandes problemas en la efectividad de los procesos. Solo a manera de ejemplo, citaremos algunas de esas deficiencias:

- a. La Ley de Títulos Valores introdujo una serie de modificaciones al Código Procesal Civil en la parte relativa a las causales de contradicción pasibles de ser planteadas dentro del proceso de ejecución, con lo se ha abierto el abanico de posibilidades para que un demandado de mala fe pueda debatir la ejecución.
- b. El Código Procesal Civil tiene un generalizado régimen de impugnación, donde casi todo es apelable.
- c. El Código Procesal Civil establece que todas las apelaciones contra las sentencias (con excepción de aquellas dictadas en los procesos de alimentos) se concedan con efecto suspensivo, convirtiéndose esto en un incentivo para la interposición de infundados recursos de apelación porque se sabe que su sola interposición genera dilación.
- d. Nuestro ordenamiento procesal civil establece un régimen generalizado del recurso de casación que determina que en casi todos los procesos quepa, incluso en los procesos de ejecución, recurso que, además, es concedido con efecto suspensivo y su interposición asegura al que lo interpone la demora, en aproximadamente un año, de la ejecución de la sentencia.
- e. Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional en el sentido de ampliar la procedencia del proceso de amparo contra resoluciones judiciales a la alegación de afectaciones de derechos constitucionales distintos al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, no hace sino generar un incentivo en quien pierde un proceso para el inicio de un proceso de amparo en el que, además, puede obtener una medida cautelar con la cual lograría suspender la ejecución de la sentencia.

Por ello, no solo se trata de crear mecanismos que de manera efectiva enfrenten las situaciones de abuso del proceso, sino obtener una urgente reforma legislativa que elimine estos incentivos de abuso del proceso.

IV. El Fraude Procesal

IV.1. Noción

El fraude procesal es otra de las conductas lesivas al principio de buena fe procesal o de moralidad y se sustenta en el uso del engaño para obtener un provecho ilícito en perjuicio de un tercero. Ese engaño puede suponer la alteración de los hechos que sustentan un acto procesal o todo un proceso, o la influencia ilícita en la voluntad de un órgano jurisdiccional, de opinión (Ministerio Público) o pericial. Para poder comprender los verdaderos alcances de este instituto, la doctrina tanto nacional como extranjera³³ establece una distinción entre *fraude en el proceso* y *fraude por el proceso*. Estas

32 PRIORI POSADA, Giovanni. Debate en torno a dos sentencias del Tribunal Constitucional. En: Themis. Revista de Derecho. No. 55.

33 Es el caso del profesor español Picó i Junoi (PICÓ I JUNOI, Joan. El principio de la buena fe procesal. Bosch: Barcelona, 2003, pp. 108 – 110) y de la profesora peruana Ana María Arrarte (ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta". En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 10, p. 176.

dos formas de fraude son aquellas que analizaremos a continuación:

(i) **Fraude en el proceso**

Es aquel que se presenta en el trámite de un proceso³⁴. La conducta fraudulenta se produce en un acto procesal en concreto, cuando por ejemplo, una de las partes declara falsamente la dirección de su contraparte, o cuando jura en falso haber agotado todas las gestiones para proceder a la notificación por edictos, o cuando un testigo presta una declaración falsa, o cuando se adultera un documento, o cuando se obtiene un peritaje por corrupción o cuando se contesta con hechos falsos.

En estos casos el proceso se ha hecho con el firme propósito de demandar y existe contenido en él una verdadera y real controversia, sin embargo uno de los actos de ese proceso se realiza de manera fraudulenta sea por un acto unilateral (como cuando el demandado contesta sobre la base de hechos falsos o adulterando ciertos documentos) o por un acto bilateral o acuerdo ilícito (es el caso del peritaje obtenido por corrupción).

(ii) **Fraude por el proceso**

Este es el fraude que se presenta con el proceso en sí. En este caso “el proceso es usado como instrumento para conseguir un objetivo ilícito, en clara afectación de un tercero, es decir, se pretende –en muchos casos- delinquir con apariencia de legalidad y transparencia”³⁵. De esta manera, este tipo de fraude “suele tener un carácter bilateral, e intenta utilizar el proceso como mecanismo para perjudicar a terceros mediante la creación de una sentencia firme con eficacia de cosa juzgada, o proceder a la ejecución del bien perteneciente al tercero con el fin de privárselo fraudulentamente”³⁶.

En este caso la sola existencia del proceso se funda en una conducta fraudulenta provocada sobre la base de crear una situación aparentemente conflictiva e iniciar un proceso con el propósito de beneficiarse de la legalidad que sus decisiones ofrecen para perjudicar a un tercero. Ello puede deberse al acuerdo entre las partes de iniciar un proceso en esas condiciones o al actuar de una de ellas creando toda una situación aparente y previa al proceso con el propósito de crear las condiciones para el inicio de un proceso posterior que es realizado no con el propósito de obtener una protección a sus situaciones jurídicas, sino lesionar ilícitamente el derecho de un tercero.

Los dos supuestos de fraude anteriormente señalados tienen el mismo grado de gravedad y cualquiera de ellos es suficiente para restarle validez y eficacia a cualquier decisión que haya sido obtenida con base en él.

IV.2. El Fraude Procesal en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano

Al igual que en el caso del abuso del derecho, la norma general que prohíbe el fraude en el proceso civil peruano se encuentra en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, al exigir que las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los participantes en el proceso, adecuen su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Frente a ello, el Código Procesal Civil establece una serie de consecuencias. De esta manera, el inciso 5 del artículo 50 establece que es un deber del juez sancionar al abogado o a la parte que actúe con dolo o fraude. Nótese que el Código Procesal Civil utiliza las expresiones *dolo o fraude* como sinónimas, ello puede generar problemas de interpretación, en la medida que el dolo es un aspecto relativo a la intencionalidad de la conducta, la misma que puede darse tanto en el abuso del derecho, como en el fraude procesal. Pero para poder establecer una mejor interpretación de estos textos, es necesario acudir a la norma establecida en el artículo 178 del citado cuerpo de leyes, que regula la denominada *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*.

La referida norma señala en su primer párrafo, lo siguiente: “Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por este y aquellas”.

El presupuesto es el haber seguido un proceso con fraude o colusión, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por este y aquellas. Es necesario señalar que esta versión vigente del artículo 178 del Código Procesal Civil es distinta al texto original, siendo uno de sus cambios, precisamente, el hecho de que en la anterior versión se incluía *el dolo* como supuesto que permitía el inicio de este proceso, con lo cual, hubiese mantenido la interesante cuestión de establecer si el abuso del derecho podría haber permitido el inicio de este proceso. Creo que una interpretación de esa naturaleza con el texto vigente, sin embargo, resulta más difícil, y aunque se puede invocar en su beneficio el artículo 103 de la Constitución, la interpretación judicial básicamente legalista y el carácter excepcional del instituto bajo comentario, dificultarían su éxito.

De cualquier modo, resulta interesante apreciar que el presupuesto para obtener la nulidad de la sentencia, de conformidad al artículo 178º es el fraude, sea que

34 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 10, p. 176.

35 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 10, p. 176

36 PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Bosch: Barcelona, 2003, p. 109.

este haya sido cometido por una o ambas partes. No hay tampoco una diferencia que pueda apreciarse de la norma en el sentido de establecer si esa vía se encuentra habilitada solo para el *fraude en el proceso* o también para el *fraude por el proceso*; sin embargo, como hemos señalado anteriormente, ambos institutos tienen la misma gravedad y, en consecuencia, deben producir los mismos efectos, con lo cual el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta debe ser capaz de producir la nulidad de la sentencia en los dos tipos de fraude.

El Código Procesal Civil exige, además, que el fraude genere una afectación al derecho al debido proceso. Por esencia, el fraude lo hace, por ello no hay que buscar además de él un requisito especial que no haga sino dificultar más el inicio de este proceso. ¿Qué otra situación más grave para el proceso que el fraude procesal! Su comisión puede suponer una afectación, entre otros, a los siguientes derechos: la imparcialidad, el derecho de defensa, la igualdad procesal, la efectividad de la tutela, la independencia judicial. No hay fraude que no afecte algún derecho que integra el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva.

Es necesario resaltar un problema que ya ha sido expuesto anteriormente, y es la excepcionalidad de este proceso. Es claro que nos encontramos ante una situación no querida por el ordenamiento: anular la cosa juzgada, pero menos querido para nuestro ordenamiento que tiene como uno de sus pilares a la justicia, es el hecho de que el fraude adquiera la fuerza de la cosa juzgada. Por ende, el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta debe ser visto con una excepcionalidad menor a la que es vista, porque corremos el riesgo de precisamente anular la seguridad jurídica y la credibilidad del proceso como medio pacífico de protección de derechos, si permitimos que con una mirada excepcional de este proceso que puede responder a un enunciado dogmático respecto de la cosa juzgada, dejemos de lado la justicia manteniendo la validez de una resolución basada en el fraude. Esto, como ya ha sido dicho, no hace sino generar incentivos para que el litigante malicioso no tenga reparos en realizar conductas fraudulentas, sabiendo que se encuentra amparado por una mirada excepcional de los magistrados respecto de este proceso.

Lamentablemente muchas veces el propio proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es usado para perpetrar el fraude o el abuso del derecho.

IV.3. Algunos Casos de Fraude Procesal

Corresponde ahora que analicemos algunas situaciones de fraude procesal que se presentan en el marco de los procesos de cobranza iniciados por los acreedores que desean satisfacer sus derechos de crédito.

(i) El inicio de procesos de tercería de propiedad

La tercería de propiedad es en estricto una forma de intervención de un tercero a un proceso en el que se ha afectado con medida cautelar o con un medio de ejecución un bien que es de propiedad de ese tercero. El Código Procesal Civil ha establecido que la forma en la que se produce esa intervención de terceros es a través del inicio de un auténtico y autónomo proceso de cognición (en el trámite del proceso abreviado) que se acumula al proceso en el que se está pretendiendo la cobranza del crédito, y que suspende, por cierto, la ejecución del bien hasta que no se decida en definitiva acerca de la propiedad del bien en el proceso cognitivo³⁷, el mismo que debe transitar por todo su trámite incluyendo dos instancias y un recurso de casación.

La manera como –según nuestro Código Procesal Civil– el proceso de tercería de propiedad incide en impedir que se lleve adelante la efectiva cobranza de una deuda a través de la ejecución forzada del bien que ha sido afectado con una medida cautelar ha sido, qué duda cabe, el principal incentivo para que los deudores de mala fe utilicen este proceso como medio para la dilación de los procesos de cobranza o para evitar que se lleve adelante la ejecución. Sin perjuicio de proceder a explicar más adelante como el uso de este proceso representa un auténtico supuesto de fraude procesal, es necesario decir que si, como acabamos de señalar, la regulación de este proceso ha sido el principal incentivo para su uso de mala fe, la manera como el Poder Judicial –y específicamente la Corte Suprema de Justicia de la República– ha venido resolviendo esos procesos ha sido ya no solo un incentivo, sino una real invitación a que los deudores inicien este tipo de procesos como el ánimo de evitar la ejecución.

Veamos como la deficiente regulación legislativa, la negligente o dolosa forma de resolver por parte de los jueces las demandas de tercería de propiedad y la mala fe de los deudores en los procesos de cobranza se confabulan para hacer que el proceso de tercería de propiedad se convierta más que en un medio para proteger la propiedad del tercero por un acto de ejecución indebida, en un instrumento para evitar de manera fraudulenta la cobranza de un crédito.

Como hemos señalado, el proceso de tercería es un medio para proteger la propiedad de un tercero al proceso de cobranza en el que se afectado un bien que le pertenece. Al no ser el deudor, su patrimonio no puede responder por la deuda. En vez de ser usado por el tercero que se ve afectado en su patrimonio, este proceso es utilizado en verdad por el deudor en colusión con un tercero, de manera tal que se: (i) simula un contrato de compraventa que es elevado a escritura

37 Artículo 536º del Código Procesal Civil.- "Efectos de la tercería de propiedad.- Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.

El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad".

pública –mas no inscrito- en una fecha anterior al inicio de cualquier proceso o de la traba de cualquier medida cautelar- con el propósito de aparentar la transferencia de un bien de su propiedad a un tercero con el propósito de que cuando venga una afectación a ese bien puede presentar un documento de fecha cierta que acredite esa transferencia, evitando con ello la ejecución a través del inicio de un proceso de tercería de propiedad; o, (ii) apenas es demandado logra por medios ilícitos obtener un documento que represente una aparente transferencia de propiedad, de fecha cierta anterior a la de la traba de cualquier medida cautelar, de modo que apenas se trabe se pueda presentar la fraguada prueba de que el bien ya no es de su propiedad sino del tercero en un proceso de tercería de propiedad con el que se evita la ejecución.

El elemento común en esos casos es que si bien se tiene un documento de fecha cierta que en muchos casos llega a estar representado, incluso, en una Escritura Pública, no se inscribe dicha fraudulenta transferencia en los Registros Públicos. Por más que la medida cautelar sí se encuentra inscrita en Registros Públicos, el Poder Judicial³⁸ ha venido señalando que, de acuerdo al artículo 949 del Código Civil, el solo acuerdo de voluntades, transfiere la propiedad de un bien inmueble, con lo que cualquier inscripción posterior a la transferencia (por más que se haya hecho sobre la base de la información registral anterior) como la medida cautelar, no tiene ningún efecto. Una decisión de este tipo no hizo sino legalizar una conducta manifiestamente fraudulenta, porque el proceso de tercería con ello ya no solo servía para dilatar casi indefinidamente las ejecuciones, sino que permitía incluso, evitarlas. El Poder Judicial así, le dio a los deudores de mala fe una herramienta mucho más poderosa que aquellas que muchos de ellos podían imaginar, porque lo que surgió primero como una posibilidad de dilatar la ejecución, se terminó convirtiendo en una manera para evitarla.

Si por alguna razón el inicio del fraudulento proceso de tercería termina con una sentencia que declara infundada o improcedente la demanda, el proceso de cobranza se podía ver nuevamente suspendido a consecuencia de otro proceso de tercería el que habría que esperar que se tramite nuevamente en sus dos instancias más su recurso de casación.

De esta manera, el fraude resultaba ser un medio eficaz para evitar la cobranza de legítimas deudas.

(ii) El inicio de procesos de tercería de derecho preferente

Una situación parecida a la anteriormente descrita se presenta en los procesos de tercería de derecho preferente. La tercería de derecho preferente es una forma de intervención de terceros a un proceso de cobranza de una persona que alega tener un derecho de preferencia de cobro respecto de un bien o, en general, respecto del patrimonio del deudor. Al igual que en el caso de la tercería de propiedad, esta forma de intervención de terceros se tramita en un proceso abreviado que se acumula al proceso de cobranza, pero a diferencia de él, su inicio no suspende la ejecución, sino el pago al acreedor hasta que se defina a quién le corresponde la preferencia del derecho³⁹; lo que se hará, como se ha dicho, luego de un proceso de conocimiento que se tramita en la vía del proceso abreviado y que debe correr el trámite de la segunda instancia y del recurso de casación.

“El fraude procesal es otra de las conductas lesivas al principio de buena fe procesal o de moralidad y se sustenta en el uso del engaño para obtener un provecho ilícito en perjuicio de un tercero.”

Cuando la preferencia de esos derechos está establecida en función de la inscripción registral, no hay mayor problema, el tema se presenta en aquellos casos en los que la preferencia está establecida en una norma material, sin que exista mayor certeza respecto del monto del crédito. Eso ocurre con las deudas laborales. En efecto, la Constitución⁴⁰ establece una preferencia absoluta de los créditos labores, de la que se aprovechan los deudores de mala fe que simulan la existencia de una deuda laboral, sobre la base de establecer un contrato simulado o una conciliación ante el Ministerio de Trabajo respecto de determinada deuda laboral. El pago de esa deuda debe hacerse con prevalencia respecto de las demás deudas, con lo que si el patrimonio del deudor no es suficiente para cubrir esas deudas, las únicas que quedarán satisfechas serían esas laborales. La solución dada por el ordenamiento jurídico puede

38 Es necesario señalar que no ha habido uniformidad en el criterio del Poder Judicial en torno a estos temas, lo que se vio materializado en que las dos Salas Civiles de la Corte Suprema resolvieran de manera contradictoria, así mientras en algunos casos una Sala resolvía a favor del fraudulento derecho de propiedad, la otra lo hacía a favor de la medida cautelar.

39 Artículo 537 del Código Procesal Civil.- “Efectos de la tercería de derecho preferente.- Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien”.

40 Artículo 24 de la Constitución.- “(…)

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

(…)”

ser la acertada, en virtud del carácter alimentario que tiene la remuneración, sin embargo, lo reprobable en este caso resulta ser las conductas fraudulentas que se encuentran asociadas a esa regulación, pues para entrar en el supuesto de esa norma se aparenta la existencia de una deuda laborar para beneficiarse indebidamente de la regulación provocando perjuicio en un tercero.

(iii) El inicio de procesos de ejecución de garantía de segundo rango

Esta modalidad de fraude se presenta de la siguiente manera: una persona debe determinada cantidad de dinero y esa deuda está garantizada por una hipoteca de primer rango. Ese deudor simula la existencia de una segunda deuda, que se encuentra garantizada por una hipoteca de segundo rango. La fecha de vencimiento de esta segunda deuda se pone como anterior a la del vencimiento de la primera deuda. De esta manera, se inicia un proceso de ejecución de garantías en un distrito judicial distinto al distrito judicial donde tiene su sede la entidad financiera (normalmente se hacen en juzgados de poblaciones alejadas) que es acreedora hipotecaria de primer rango, lugar donde se realizan las publicaciones. Este proceso de ejecución de la garantía de segundo rango se realiza, por supuesto, sin notificar a la entidad financiera⁴¹ o notificándola mediante edictos en la misma localidad alejada donde se está llevando la ejecución fraudulenta.

Una vez concluido el proceso, el bien le es adjudicado a un tercero libre de gravámenes, ordenándose el levantamiento de la garantía hipotecaria de primer rango. Ello, aunque resulte sorprendente para cualquiera con cierta sensibilidad jurídica, es posible en la medida que el artículo 726 del Código Procesal Civil⁴² hace que el derecho del acreedor que tiene un derecho preferente dependa de su voluntad de intervención sin exigir una adecuada notificación al tercero para hacer valer sus derechos, en los casos en los que lo considere.

(iv) El inicio de un proceso de ejecución de hipoteca sobre el derecho de superficie

En la línea similar a las situaciones anteriormente descritas, en este caso un deudor constituye una

hipoteca de primer rango respecto de un determinado bien en garantía de una obligación. Con posterioridad a ello, el deudor constituye un derecho de superficie por todo lo que esté encima y debajo del terreno. Luego de ello, constituye una garantía hipotecaria respecto del bien objeto de la superficie para garantizar una deuda cuya fecha de vencimiento es anterior a la fecha de vencimiento de la anterior obligación. Estos dos últimos actos jurídicos (el de constitución de derecho de superficie y el de la garantía respecto de él) son como resulta obvio simulados. De esta forma, se inicia el proceso de ejecución de garantía de la hipoteca que recae sobre el objeto de la superficie, dejando de esta manera reducida a prácticamente nada la garantía hipotecaria de primer rango.

IV.5. Los Remedios ante el Fraude Procesal

La ley procesal establece diversos remedios frente al fraude, entre los cuales podemos citar los siguientes:

(i) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta

El artículo 178 del Código Procesal Civil⁴³ regula el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Este proceso tiene algunas notas que es preciso analizar

• Pretensión

En este proceso puede plantearse la nulidad de la sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, o del acuerdo entre las partes homologado por el Juez. No hay mención alguna en la norma acerca de la posibilidad de plantear de manera acumulada en este mismo proceso la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, contra aquellas personas que han sido las que han propiciado el fraude. En nuestra opinión, no habría ninguna razón para pensar que ello no sea posible⁴⁴, aun cuando lo más conveniente hubiese sido colocarlo expresamente en la norma. Es necesario tener presente, sin embargo, que en el caso en el que uno de los demandados sea el o los magistrados que intervinieron en el proceso, en ese caso no se podría lograr la acumulación, debido a que para el caso de la responsabilidad civil de los jueces existen reglas especiales de competencia por

41 Este comportamiento fraudulento es realizado contraviniendo lo establecido en el segundo párrafo del artículo 690 del Código Procesal Civil, según el cual: "Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el Artículo 101".

42 Artículo 726 del Código Procesal Civil.- "Intervención de otro acreedor.- Un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien, puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Sus derechos dependen de la naturaleza y estado de su crédito. Si su intervención es posterior, sólo tiene derecho al remanente, si lo hubiere".

43 Artículo 178 del Código Procesal Civil.- "Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal".

44 En el mismo sentido: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta". En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 13, p. 181.

razón de la función que impedirían que sea posible la acumulación.

Es importante señalar que el fraude que habilita el inicio del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta puede ser tanto el fraude en el proceso como el fraude por el proceso.

- **Legitimidad activa**

La pretensión puede ser planteada por la parte que se considere agraviada por el fraude cometido en el proceso o incluso por un tercero que se considere directamente agraviado por la conducta fraudulenta.

- **Legitimidad pasiva**

La pretensión puede ser planteada contra los que han sido parte en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, porque serán ellos los que de manera directa se verán afectados con lo establecido en la sentencia. Sin embargo, en el caso en el que se alegue que el fraude ha sido cometido por el órgano jurisdiccional, las personas que se hayan desempeñado como magistrados deben ser comprometidas en la demanda. Puede ocurrir también que el fraude haya sido cometido por un tercero al proceso, en cuyo caso esta persona debe ser incorporada también a la demanda⁴⁵. Cabe señalar, sin embargo, que este tema no es pacífico porque un sector de la doctrina ha establecido que solo deben tener legitimidad para obrar pasiva aquellos respecto de quienes ha surgido un derecho derivado de la sentencia; "nadie más (y nadie menos)"⁴⁶.

- **Competencia**

El Juez competente para conocer este proceso es el Juez civil.

- **Oportunidad**

El Código Procesal Civil establece que hay un plazo de seis meses para interponer la demanda. El inicio del cómputo del plazo dependerá de la naturaleza de la sentencia. Así, si la sentencia es una de condena, o tiene una parte de condena, el plazo se computará desde los seis meses de haberse ejecutado la sentencia. Es preciso señalar que alguna jurisprudencia ha señalado que la demanda no puede plantearse si es que la sentencia no fue ejecutada. Por otro lado, si la sentencia no es ejecutable, el plazo se computa desde que esta adquirió la calidad de cosa juzgada.

Un tema que resulta debatible en este caso es si el plazo al que se refiere la ley es un plazo de prescripción⁴⁷ o es un plazo de caducidad. La doctrina nacional no es pacífica en ello, aunque nosotros seamos de la opinión de que se trate de un plazo de caducidad, debido al interés que se trata de proteger con él. Para un sector de la doctrina incluso, dada la gravedad de la situación no debería haber plazo alguno⁴⁸.

- **Requisitos de procedencia**

Aunque el Código Procesal Civil no establece especiales requisitos de procedencia, más allá del plazo o de que la sentencia haya adquirido la calidad de cosa juzgada, la doctrina⁴⁹ sí los ha establecido con base a otras regulaciones o principios contenidos en nuestra ley procesal; así: (a) que la sentencia haya adquirido la calidad de cosa juzgada; (b) que el fallo sea producto de una conducta fraudulenta; (c) que la sentencia haya originado un perjuicio efectivo; (d) que quien demanda sea la persona perjudicada y no haya originado o consentido el acto o proceso fraudulento; y, (e) que la demanda sea planteada dentro del plazo establecido en la ley.

- **Medidas cautelares**

El Código Procesal Civil señala que en este proceso solo es posible otorgar medidas cautelares inscribibles. Con ello resulta clara la posición de la norma en el sentido de que en este proceso no se puede pedir una medida cautelar que tenga como finalidad restarle efectos a la sentencia. Ello establece una diferencia entre la tutela cautelar que brinda el amparo contra resoluciones judiciales y el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, lo que genera una inconsistencia en el sistema acerca de la protección de la cosa juzgada. En ese sentido, mientras en el proceso de amparo contra resoluciones judiciales es posible dictar una medida cautelar de suspensión de los efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada en mérito a la regulación genérica contenida en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional respecto a las medidas cautelares, dicha posibilidad no existe en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta por más que este proceso, para su procedencia requiera que el fraude suponga una afectación al derecho al debido proceso (algo que por lo demás, como ha sido dicho ya en este informe, se presenta en esencia cada vez que existe un fraude).

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos de esta manera, un tratamiento incoherente, porque la sola afectación al debido proceso permite que se solicite una medida cautelar de suspensión de los efectos, en

45 En el mismo sentido: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta". En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 13, pp. 180 - 181.

46 ARIANO DEHO, Eugenia. "La llamada nulidad de cosa juzgada fraudulenta: Una impugnación llena de dudas". En: *Cuadernos jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica. Número 44. Febrero 2004, p. 8.

47 Por ejemplo, ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta". En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 13, pp. 179 - 180.

48 ARIANO DEHO, Eugenia. "La llamada nulidad de cosa juzgada fraudulenta: Una impugnación llena de dudas". En: *Cuadernos jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica. Número 44. Febrero 2004, pp. 8 - 9.

49 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta". En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 13, pp. 178 - 180.

cambio, si además de la afectación al debido proceso ha habido fraude (es decir, en nuestra opinión, una afectación al debido proceso agravada) no es posible hacerlo. Se podría pensar que entonces ante los casos de fraude procesal, lo mejor sería iniciar un proceso de amparo, pero ello no sería posible por dos razones: (i) la compleja actividad probatoria que normalmente acompaña a las situaciones de fraude procesal no sería posible realizarla en el proceso de amparo por la naturaleza sumaria de este y (ii) de acuerdo a la reciente regulación del proceso de amparo, este tiene como una de sus principales características, la residualidad, con lo que habría que demostrar que es la vía más idónea para discutir el fraude, lo que resulta difícil, precisamente, por el problema de prueba antes señalado.

No solo existe el problema anteriormente señalado, sino que de considerar como posible la formulación de una pretensión indemnizatoria en este proceso, la restricción cautelar señalada podría ser considerada por los jueces aplicable también al caso de las pretensiones indemnizatorias.

“Es importante señalar que en el fraude que habilita el inicio del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta puede ser tanto el fraude en el proceso como el fraude por el proceso.”

- **Efectos de la sentencia**

El Código Procesal Civil establece que en caso se declare fundada la demanda, “se repondrán las cosas al estado que corresponda”. Ello no quiere decir que se va anular el proceso hasta el momento en que se produjo el fraude y a partir de allí se va a continuar con el proceso; en ese sentido, coincidimos con el sector de la doctrina⁵⁰ que establece que el efecto de la sentencia que declara fundada una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta determina que se rescinda la resolución impugnada y que la situación sustancial regresa al estado como estaba antes de la resolución. Sin embargo, señala el Código Procesal Civil, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

- **Costos y costas**

El carácter excepcional que, desde nuestro ordenamiento jurídico, tiene este proceso determina que el Código Procesal Civil señale que si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal. Nos parece que es una sanción extrema. La solución nos parece adecuada en caso se

pruebe que la demanda de nulidad de cosa juzgada haya sido maliciosa, pero el solo hecho que no haya sido amparada no justifica a nuestro juicio que el demandante sea sancionado con el pago del doble de las costas y costos y una multa. Recordemos que la prueba del fraude no siempre es sencilla.

(ii) El llamamiento por fraude o colusión

Este es un supuesto de intervención de terceros previsto en el artículo 106 del Código Procesal Civil, norma que establece que si el juez presume en cualquier etapa del proceso que se está actuando con fraude o colusión, de oficio, ordenará la citación de las personas que él considere pueden resultar perjudicadas. El problema es que esta norma no establece con claridad qué es lo que los llamados pueden hacer, ni tampoco precisa con claridad cuáles son las consecuencias de esa intervención. La mencionada norma se limita establecer que ese llamado se hace con el propósito de que “hagan valer sus derechos”. Es claro que pueden pedir la nulidad de todo el proceso si demuestran que ha habido fraude en ese mismo proceso, sin tener que esperar que este concluya y que se llegue al dictado de una sentencia con autoridad de cosa juzgada. De la misma manera, podría solicitarse se ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que los llamados puedan haber sufrido a consecuencia de la fraudulenta tramitación de ese proceso.

(iii) El fraude o malicia en la tercería

Hemos analizado como los procesos de tercería de propiedad y tercería de derecho preferente pueden ser usados fraudulentamente y hemos también criticado la regulación que estos procesos tienen. Sin embargo, es necesario reconocer que el Código Procesal Civil tiene una norma expresa que regula los casos en los que esos procesos de tercería hayan sido iniciados de manera fraudulenta. En efecto, el artículo 583 del Código Procesal Civil establece que en caso se haya probado la connivencia o malicia entre los litigantes en un proceso de tercería, se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de 5 ni mayor de 20 URP, más la indemnización de daños y perjuicios y la condena de costos y costas; sin perjuicio de remitir los actuados al Ministerio Público.

(iv) Responsabilidad civil de los jueces

El Código Procesal Civil regula la responsabilidad civil de los jueces. Uno de los casos que la norma establece como supuesto de responsabilidad es, precisamente, el fraude procesal. Se establece que en estos casos la responsabilidad es solidaria entre el Juez y el Estado. Ahora bien, este proceso de responsabilidad se tramita en la vía del proceso abreviado y para plantear la pretensión hay un plazo de tres meses desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño. La ley exige

50 ARIANO DEHO, Eugenia. “La llamada nulidad de cosa juzgada fraudulenta: Una impugnación llena de dudas”. En: Cuadernos jurisprudenciales. Gaceta Jurídica. Número 44. Febrero 2004, p. 10.

que antes de que la demanda sea admitida exista un pronunciamiento de parte del Ministerio Público.

La competencia corresponde al órgano jurisdiccional de inmediata mayor jerarquía que el órgano jurisdiccional que resolvió, sin embargo este hecho resulta ser incoherente con la regulación de la competencia en los procesos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En efecto, según las normas de competencia en el mencionado proceso, la demanda con la cual se pretende enervar los efectos de una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada se plantea ante el juez civil de primera instancia, en cambio, en el caso de la responsabilidad civil de los jueces, la competencia depende del órgano jurisdiccional que expidió en última instancia su fallo. Si a ello le agregamos que en el proceso de amparo contra resoluciones judiciales le corresponde siempre a la Sala Civil de la Corte Superior, podemos apreciar con claridad que no existe en nuestro sistema procesal un común régimen de competencia para la revisión de la cosa juzgada, sea para anularla o para solicitar reparación por los daños por ella causados, lo que impide que el demandante pueda acumular estas pretensiones y se vea entonces en la obligación de iniciar, al menos, dos procesos para hacerle frente al fraude.

(v) Sanción penal

El Código Penal establece, en su artículo 416, que “El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”. Como se aprecia, nuestro ordenamiento también prevé una sanción penal para aquel sujeto que cometa fraude al interior de un proceso, sin embargo, la pena prevista por el legislador no permitiría que se brinde una privación de la libertad efectiva.

V. A Manera de Conclusión: Algunas Propuestas para hacer frente a la Actuación de Mala Fe Procesal

La situación de las actuaciones de los litigantes de que contrarian el principio de la buena fe procesal es el resultado, como se ha señalado, de un comportamiento malicioso de los litigantes y abogados, combinado con una deficiente regulación legal respecto de algunos institutos procesales pero también sobre las consecuencias del actuar de mala fe y con una actitud de los jueces bastante tolerante o poco enérgica frente a esas conductas.

- (i) Mantener el principio de buena fe de la manera como se encuentra regulado en el actual Código Procesal Civil, como principio que obliga a todos los que intervienen al proceso.
- (ii) Modificar el artículo 3 del Código Procesal Civil estableciendo que los derechos de acción y de contradicción son pasibles de ser limitados en base al juicio de ponderación con otros derechos fundamentales y por el principio de buena fe.

- (iii) Modificar el artículo 4 del Código Procesal Civil estableciendo que el ejercicio abusivo de cualquier derecho procesal tiene como consecuencias: (i) la nulidad de los actos procesales realizados en ejercicio abusivo del derecho; (ii) la indemnización de los daños y perjuicios producidos a consecuencia del actuar abusivo, (iii) la imposición de multas para la parte y el abogado que suscribe el acto abusivo, (iv) que el juez impida que se produzcan los efectos de los actos considerados abusivos y (v) condenar al pago de costos y costas a quien realice el acto abusivo.
- (iv) Establecer que el recurso de apelación y/o casación en algunos procesos sean concedidos sin efecto suspensivo.
- (v) Reducir el número de causales de contradicción pasibles de ser planteadas dentro del proceso de ejecución a los casos que en estricto se refieran al título, y en los demás casos establecer un mecanismo diferente (que bien podría ser un plenario posterior) de manera tal que la interposición del medio de defensa no suponga la suspensión de la ejecución.
- (vi) Establecer con claridad que no es posible acumular un proceso de conocimiento con uno de ejecución.
- (vii) Realizar una modificación de la Constitución donde se establezca que el amparo contra resoluciones judiciales solo procede por afectación al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva y no por la afectación de otro derecho fundamental.
- (viii) Limitar el recurso de casación en los procesos de ejecución.
- (ix) Limitar el recurso de apelación contra autos en los procesos de ejecución.
- (x) En general, modificar cualquier norma que suponga generar un incentivo a los litigantes de mala fe en el ejercicio de uno de sus derechos procesales, sin vulnerar la esencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o el debido proceso.
- (xi) Establecer que los remedios frente el fraude procesal son: (i) la nulidad de los actos procesales realizados en fraude; (ii) la indemnización de los daños y perjuicios producidos a consecuencia del actuar fraudulento, estableciendo la responsabilidad solidaria entre el litigante y el abogado (iii) la imposición de multas para la parte y el abogado que suscribe el acto fraudulento, (iv) que el juez impida que se produzcan los efectos de los actos fraudulentos y (v) condenar al pago de costos y costas a quien realice el acto fraudulento.
- (xii) Regular de manera precisa los requisitos para la procedencia de la tercería de propiedad, estableciendo la improcedencia liminar de las demandas que no los cumplan.

- (xiii) Establecer fuertes sanciones a los litigantes y abogados que suscriban y hayan intervenido en procesos de tercería de propiedad maliciosos.
- (xiv) Establecer la improcedencia de las demandas de tercería de propiedad en las ejecuciones de garantía.
- (xv) Establecer que las demandas de tercería de propiedad y de derecho preferente deban tramitarse en la vía del proceso sumarísimo.
- (xvi) Establecer mecanismos que eviten que la simulación de deudas laborales perjudiquen el cobro de los créditos, por ejemplo, buscar con el Ministerio de Trabajo y con la SUNAT procedimientos comunes que permitan un cruce de información con el que el Juez pueda advertir si hubo o no fraude.
- (xvii) Modificar el Código Civil y el Código Procesal Civil en el sentido de que la ley establezca que el derecho de propiedad no inscrito no puede primar respecto de un embargo inscrito.
- (xviii) Modificar el Código Procesal Civil en el sentido de establecer que en los procesos de ejecución de bienes que tengan inscrito un derecho, el tercero a favor de quien se ha inscrito el derecho debe de ser notificado en su domicilio personal, bajo sanción de nulidad.
- (xix) Permitir expresamente la acumulación de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la correspondiente indemnización contra las partes, los abogados y los demás partícipes en los actos de fraude.
- (xx) Permitir en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta la acumulación de las pretensiones relativas a la nulidad de los actos jurídicos que han servido de base para el actuar fraudulento o que son consecuencias de él.
- (xxi) Mejorar el régimen de medidas cautelares en los procesos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta equiparando su régimen al del amparo.
- (xxii) Establecer que el tercero que interviene bajo el instituto de llamamiento por fraude o colusión pueda acreditarle al juez el actuar fraudulento y pedir en ese mismo proceso la nulidad de todos los actos procesales que se basen en él.

- (xxiii) Establecer que el demandante tenga la posibilidad de acumular la responsabilidad civil contra el juez en el mismo proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, para lo cual es importante unificar el régimen de la competencia de los procesos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, con la de los procesos de responsabilidad civil de los jueces.
- (xxiv) Modificar la competencia en los procesos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.
- (xxv) Incrementar el plazo de la pena privativa de la libertad por el delito de fraude procesal.
- (xxvi) Es necesario también generar una conciencia de parte de los jueces, los abogados y los litigantes en torno a la adecuación de la conducta conforme al principio de la buena fe.

Somos conscientes que cualquier reflexión que se haga sobre el tema respecto del cual ha versado el presente artículo, nos permitirá descubrir otros medios de abuso del derecho o de fraude procesal. El ordenamiento jurídico no puede estar regulando cada hipótesis en particular, por lo que la sola previsión de la buena fe como principio rector del proceso debería ser suficiente para hacer que los litigantes adecuen su conducta a él. Es más, no tendría que haber una norma que lo haga. Lamentablemente nuestra realidad nos ha demostrado que no basta la previsión del principio, sino, además, la regulación de las hipótesis concretas, con sus claras consecuencias y, la justicia clama hoy también por el incremento de las sanciones y que nuestra judicatura y los diversos órganos de control estén mucho más atentos.

Es preciso hacer que las herramientas frente al actuar de mala fe, el abuso y el fraude sean más efectivos. Muchas veces el litigante perjudicado con estos actos se ve en la situación de tener que afrontar estas situaciones con herramientas que no son adecuadas para las diversas situaciones en las que se manifiesta las diversas conductas contrarias a la buena fe, que incluyen el fraude y el abuso del derecho. Creemos firmemente que hoy se nos exige de una vez reaccionar frente a esas situaciones. Somos de la opinión que la falta de valores en los abogados, los defectos en la legislación procesal y la pasividad cómplice que muestran nuestros magistrados alegando no recortar el derecho de defensa crean el escenario perfecto para el desarrollo de conductas maliciosas, abusivas o fraudulentas 