

ABUSO DEL DERECHO Y CONFLICTOS DE DERECHOS *

MANUEL A. LAQUE

I. DOCTRINA Y CRITERIOS PREDOMINANTES

La Teoría del "abuso del derecho" ha inquietado el pensamiento jurídico y la obra legislativa de los últimos tiempos, sin que hasta el presente pueda afirmarse sin hesitaciones que ha sido acogida en forma incóncava. Eminentes juristas la apoyan y sustentan; otros de no menor jerarquía se oponen a ella.

En los albores de nuestro siglo Marc Desjardins, exponía en las páginas de la Revista Trimestral de Derecho, una de las críticas más interesantes de los criterios en boga a la sazón, tales: "intención de dañar" "falta de interés"; "desviación del fin económico y social"¹.

La extensión que el principio confería al arbitrio judicial, al punto de "autorizar al juez, en determinados casos, a no otorgar un derecho expresamente establecido en la ley"² despertó la resistencia y alimentó las corrientes opuestas, dirigidas a la preservación de la "seguridad jurídica".

Empero, la concepción del "abuso del derecho" se ha expandido extraordinariamente y postulado criterios de extrema amplitud — Jessenand, "figura cumbre" del derecho francés, ha sostenido sus alcances... "a dominios inexplorados hasta hoy; llegando a originar y limitar derechos con los que hasta entonces — se refiere a la tesis tradicional del abuso — no había tenido contacto"³.

¶ Concretando su "significado y criterio", así como su desenvolvimiento, prosigue diciendo: "mientras que para los juristas romanos el acto abusivo era, principal sino exclusivamente al acto malicioso, ha llegado a ser en el estado actual del Derecho positivo francés, el acto antifuncional, el acto contrario al espíritu de un derecho determinado; de intencional que era en otro tiempo, su criterio se ha tornado en social y la tesis ha ganado con ello mucho en poder y extensión"⁴.

Esta orientación ha conquistado cultores e influido grandemente en la doctrina y en la jurisprudencia.

No obstante, se ha desarrollado un concepto limitado y restrictivo, intermedio entre la tesis amplia precitada y la negativa del "abuso del derecho".

* Trabajo presentado en el Curso de Doctorado a cargo del Dr. Guillermo L. Allende.

¹ Revista de Derecho Civil, 1906, p. 119 y sigs.

² Relatividad de los Derechos y Abuso del Derecho, Guillermo L. Allende. Revista "La Ley", julio 6 de 1966.

³ El Espíritu de los derechos y su relatividad —este título—, T. II, p. 13.

⁴ Ob. cit., p. 13.

En nuestro país lo hemos podido estimar en el primer Congreso de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en el año 1927. En él se consagró la incorporación del principio, con un agregado al art. 1071 del C. Civil, originado en una moción del doctor Henoch D. Aguiar⁶. Como es sabido, posteriormente, el segundo Congreso de Córdoba adoptó una solución más amplia que no satisface a autores como el doctor Spota, que consideran que ella no "constituye el desideratum en la materia"⁷.

Asimismo, estas tesis contrapuestas, recibieron ilustrado debate en el seno de la Comisión Reformadora del C. Civil, suscitadas por la discusión del art. 411 del Anteproyecto de Bibiloni, negación rotunda del principio del "abuso del derecho", como norma general a introducirse en el ordenamiento positivo⁸.

La inagotable y ardua controversia en torno a la teoría, se proyecta pues en todos los tonos y extremas posturas; que sólo esbozamos para facilitar el desarrollo del tema propuesto⁹.

⁶ *Hechos y Actos Jurídicos*, Henoch D. Aguiar, T. II, p. 106, 53.

⁷ Spota, *ob. cit.*, p. 859, 573.

⁸ *Reforma del C. Civil*, Observaciones y Actas de la Comisión, T. I, p. 284-287, Ed. Guillermo Knab.

⁹ "En el fondo de todas estas teorías, no hay sino un concepto violado de lo que es la función de la ley, y una caracterizada sublevarción contra su imperio". Bibiloni, *Anteproyecto de Reformas del C. Civil Argentino*, p. 128.

H. BIBILONI Y LA TESIS FINALISTA

De cómo los factores académicos, sociales, políticos, morales e ideológicos determinan el orden jurídico y definen su finalidad y espíritu; dentro de cuya estructura y límites deben desenvolverse los derechos.

Jousserand La concepción de Jousserand que hemos puntualizado, asume alcance en los cuáles los elementos "ideológico" y "social", constituyen factores centrales y dinámicos de la teoría, que gravitan en su desarrollo y aplicación. Aspira a través de ella, "asegurar el triunfo del Espíritu de los derechos" cuya existencia, "inherente a toda prerrogativa subjetiva", no puede realizarse "en contravención o despreciando su relación social"¹.

Spota En nuestro medio, el doctor Spota que con tanta amplitud de miras y fecundidad ha expuesto la teoría del "abuso del derecho", ha definido el derecho subjetivo "como un poder jurídico" "... que ... no puede ejercerse..." sino para satisfacer intereses humanos y no para que sea fuente de actos abusivos del derecho, contrarios al contenido social-o-económico de la norma y no congruentes con el fin que informa la institución"².

Adviértase la amplitud y dimensión que cobra el principio; no obstante, mantiene la ductilidad insita en su concepción originaria, sobre la cual se desarrollará la actividad del intérprete y reposarán los derechos del individuo.

Bibiloni aguda y críticamente penetró los conceptos básicos de la teoría. En torno al concepto del "abuso" y de la "desviación de los fines sociales y económicos" abrió serios interrogantes que consideramos decisivos.

¿Qué es abuso? ¿dónde empieza? ¿cuándo se manifiesta?, se preguntaba en la lúcida y apasionada nota al art. 411 del Anteproyecto de Reforma. "No lo dice el Código. Lo resolverá el juez, prosigue, para afirmar seguidamente en cuanto a los fines económicos y sociales que ellas quedan "sin precisión", entregados "al libre arbitrio del juez". Concretando su pensamiento dice: "los fines sociales y económicos no los define el Juez; los determina la ley"³.

Después de puntualizar el proceso y condiciones en que los derechos "nacen, se transmiten y extinguen", "cuando un derecho — expresa — ha pasado por todo este trámite, cuando se dice que existe regido por tales condiciones ¿qué se ha dicho? Se ha dicho, que, todo bien pensado, pesadas las circunstancias, considerados la naturaleza de un derecho, las necesidades que por su medio se satisfacen, el interés económico, el público

¹ Ob. citada, T. II, págs 14-15.

² Tratado de Derecho Civil T. I. V. I. p. 132.

³ Anteproyecto de Reforma al C. Civil, Juan Antonio Bibiloni T. I, Cañeros Kraft, 1929, p. 126.

del Estado, los factores sociales, todo, todo cuanto importe considerar, se reconoce a una persona el deber de obrar, dentro de los límites asignados"⁴. Es decir, que no puede desvincularse la norma de los factores ideológicos, sociales y económicos que la condicionan, dentro de cuyo ámbito, espíritu y extensión se ejercitan los derechos conferidos por ella; cuyo sustrato en nuestra sociedad es individualista, se asienta en los principios de la propiedad privada, iniciativa privada y tiende a consolidar los derechos individuales.

Señalando las enseñanzas de Ripert, el "espíritu" que "impregna" este derecho, posee características que este ilustre jurista esboza:

"Existe — sostiene — efectivamente, un espíritu capitalista. El Capitalismo, dice James, no se caracteriza solamente por ciertas instituciones y una cierta estructura de las empresas sino por un cierto estado de espíritu. Viene a ser como un clima, una atmósfera moral... No existe solamente una estructura capitalista sino un espíritu y una moral capitalistas. Este espíritu y esta moral podrían caracterizarse por la prosecución de un provecho ilimitado". "La idea presentada — agrega Ripert — con una timidez que acusa el condicional es, sin duda, exacta"⁵.

No es menos concluyente cuando puntualiza la incidencia determinante de los factores económicos sobre el orden legal:

"Las Leyes — expresa — son tratados de paz entre fuerzas diversas, tratados puestos en discusión y revisados continuamente. Es fácil reconocer la fuerza victoriosa, que ha impuesto a cada una de las leyes. El capitalismo industrial y financiero ha creado una legislación, que le ha permitido afirmar su poder..."⁶.

El pensamiento de los maestros del derecho que venimos citando, nos permite caracterizar el espíritu y el contenido de los derechos. Los elementos "finalistas" y "sociales" que privan en la teoría del "abuso del derecho", deben deducirse consecuentemente de los preceptos normativos y de los factores sociales y económicos. La dematerialización de su espíritu o de sus fines, no se puede emancipar abstractamente de ellos.

Pese a la "fuerza evolutiva" atribuida a la teoría, incuestionablemente encuentra un valladar infranqueable y una cimbra en la legislación sustantiva, para el progreso de un derecho social por la vía de un principio general, no acompañado de las necesarias transformaciones legislativas e institucionales básicas.

Nuevamente Ripert aporta importantes conclusiones: "De nada sirve — dice — declarar contra el régimen capitalista si se destruyen solamente algunos de sus resortes y se le deja luego funcionar después de haberlo sacudido inoportunamente. Es inútil creer en el advenimiento de un nuevo

⁴ Anteproyecto citado. T. I, p. 127; "Vélas Sarsfield y sus principios éticos y económicos en los contratos del C. Civil", Julio J. del Carril, La Ley 18-V-57.

⁵ Ob. cit., pág. 6 y sigs., 15 y sigs. Sobre la importancia de la estructura económica e interacción entre los hechos jurídicos y económicos, e "importancia" del materialismo histórico, Gustav Radbruch, Introducción a la Filosofía del Derecho, págs. 15-16; contra: "La teoría Ecológica del Derecho", Carlos Cosío, p. 201; "Teoría Comunitaria del Estado y del Derecho", Hans Kelsen págs. 34 y 37 y sigs., sobre la insuficiencia de las "valoraciones económicas y sociales" "concretadas" en la norma, para adaptarla a las transformaciones económicas, políticas, sociales, morales cambiantes (crítica a Bóbbio). Spota, ob. cit., Vol. 2, págs. 815-16.

✓ sistema económico si no se tienen preparadas las instituciones que le son indispensables. Toda revolución social ha de ser al mismo tiempo una revolución jurídica, si no se quiere que sea una vana perturbación política¹.

Subsistentes instituciones individualistas que confieren amplia posibilidad de desarrollo y ejercicio de los derechos subjetivos, apreciamos que, en medios sociales como el nuestro, la teoría del "abuso" cuando es llevada a la práctica repliega su ambiciosa formulación a la elucidación de conflictos de intereses que no traspasen la esfera individual y en los cuales manteniéndose ineluctable el orden jurídico vigente. En los que además como se verá más adelante, la limitación de los derechos se origina en su relatividad, preceptuada por la norma.

Nuestra proposición es pues, el reconocimiento de la existencia de "hechos económicos", de factores sociales e ideológicos, de una estructura determinante del orden jurídico, que define el espíritu y finalidad de los derechos. Con lo cual, el acto contrario al "espíritu" de los derechos o al "fin social o económico" contenido en la norma, está ligado a dicha estructura, condicionante de los derechos subjetivos por ella conferidos².

✓ ¹ Ob. cit., pág. 2; Sociología anotando el pensamiento de Rigetti considera: "La cierta es que, aún con una innovación profunda de la infraestructura económica, la superestructura jurídica es susceptible de perdurar a través de la noción del derecho subjetivo, al lo entendemos como poder jurídico con amplitud para satisfacer los intereses humanos y al advertimos toda esperada idea de las prerrogativas individuales abstractas absolutas, encasadas, como arrojando en un medio extraño a lo social..." ob. cit., T. I, V, 3, p. 429-249.

² Antonio Comarrosa sostiene que hay un orden jurídico, dentro de cuya estructura no es posible excluirse, Responsabilidad Extracontractual, T. I, pág. 132, 133, Nº 105.

III. EL FIN SOCIAL Y ECONOMICO Y LO ILICITO. LA SEGURIDAD JURIDICA

La teoría del "abuso del derecho" desambra en el campo de lo "ilícito"; en su caracterización "autónoma" tiene un desarrollo arbitrario que compromete la seguridad jurídica.

Además de la limitación esencial de la teoría del "abuso del derecho", la valoración del acto antifuncional o contrario a los fines económicos y sociales, permite comprobar que se desliza ostensiblemente al terreno de lo "ilícito"¹.

En este orden de consideraciones, Stapnia ya había calificado la fórmula "uso abusivo de los derechos" de "logomaquia", "severa" pero "justicieramente", en el decir de Duggan².

El ilustrado jurista expresaba "...si yo uso de mi derecho, mi acto es lícito; y cuando el es ilícito, es que yo excedo un derecho y actúo sin derecho, injuria, como dice la Ley Aquilia"³.

Si bien Josserand sustenta el concepto de que el "abuso" constituye una "estepeia autónoma", independiente tanto del acto "excesivo" como del "ilegal", admite también que el "abuso mismo no es frecuentemente, sino un delito o un cuasi delito, una variedad de la culpa delictuosa"⁴; asimismo, lo encuadra entre los actos "ilícitos, injustificados, abusivos", en el análisis tendiente a situar el concepto del abuso en el sistema general de la responsabilidad⁵. Excluidos los actos ilícitos, ¿en qué ámbito —muy restringida ya— se desenvuelve y produce el abuso y cuándo se da la derivación del derecho? La respuesta no puede ser certera porque atribuida la "recepción" del principio a una norma o legislado él, el libre arbitrio judicial privará, aún contra el ordenamiento positivo. La apreciación del "espíritu" del derecho o del "fin social o económico" dependerá de la interpretación, ideología o sentimientos del juzgador. Edilóni, el notable jurista argentino, exclamaba: "...cada juez lo verá según su criterio moral, político, económico!"⁶.

Es por ello que la actividad comercial o financiera, la propiedad latifundista o la urbana, en su desenvolvimiento y ejercicio, podrían reputarse "abusivos", "injustificados" o bien, factores básicos de progreso,

¹ Hénoch D. Aguilar, *Hechos y Actos Jurídicos*, T. II, p. 117.

² Frijón, *El abuso del Derecho en la Reforma del C. Civil Argentino*, p. 12-18.
³ T. Elemental, T. II, 284-271; "Si hay violación de reglas legales, la cuestión no puede eludir ninguna duda y es posible hablar del abuso del derecho, porque al que ha cometido el acto no puede prevalerse de ningún derecho". Síntesis de un Informe emitido por Josserand, (Archivos 7 de Estudios, de 1915) D. P. 191. B. 2, p. 177. Granada, 15 de julio 1915, D. P. 19282, p. 2.

⁴ *Ibid.*, pág. 379.

⁵ *Ibid.*, p. 282. Syros, Vol. 2, p. 848, prevalece conforme con Josserand, la diferencia entre acto abusivo y acto ilícito.

⁶ Anteproyecto citada, p. 122.

aunque en algunos casos lesionen el "cuerpo social"; igualmente, los derechos de reunión, asociación, huelga, prensa, conceptuaríamos alternativamente derechos ejercidos abusivamente o absolutos, intangibles...⁷

Observamos pues que la "teoría", restringida como vimos por el orden jurídico, en su caracterización autónoma, es confusa, de desarrollo arbitrario y "peligroso" por su "plasticidad".

Frente a lo cual predomina facticamente la propensión a la estabilidad y seguridad jurídicas, garantía de real vigencia de los derechos.⁸

La introducción de fórmulas generales acrecenta inevitablemente la inseguridad jurídica. Es evidente que conspiran contra la claridad y precisión de los derechos, por la primacía en su determinación, de factores de orden individual, subjetivo.

«No favorece tampoco la sustentación y progreso de la teoría, su posibilidad de adaptación al espíritu cambiante de las épocas y a la "mora" en que se encontraría el legislador, respecto a transformaciones. Porque a todas las consideraciones expuestas de agregar que, tanto el concepto de "solidaridad social" ⁹ "orden funcional" y "finalista" ¹⁰ asignado al derecho objetivo por una ficción, mientras no se opere el correspondiente cambio de la sociedad. En este orden de ideas, Ripert ha dicho acertadamente:

«El equilibrio necesario de las fuerzas solamente puede ser el juego de las instituciones. Si no se las imagina, si no se las crea, de nada sirve atacar al capitalismo».

«Mientras no hayamos reformado nuestras leyes sobre las sociedades mercantiles y la empresa no habremos hecho nada. El espíritu nuevo sólo nacirá de instituciones nuevas»¹¹.

Por otra parte debe consignarse que la vida en un estado no puede ser arbitraria ¹²; y si la ley es "anacrónica", su superación confiarse a la obra del legislador. No debe desalentar la idea la experiencia infuista de parlamentos inactivos o desequilibrados, extraordinaria labor de árbitros que dieron cima a la vida de república. La comunidad también, a través de un adecuado centro de investigación, podrá impulsar la obtención de las reformas o las transformaciones sociales exigidas.

⁷ Jasserand, Capítulo VI. Libertades individuales corporativas. T. siguientes.

⁸ Radbruch, *ob. cit.*: "Los fines y valores supremos del Derecho ríen con arreglo a los estados sociales de los diversos tiempos y los países, sino que son establecidos además, subjetivamente, de diferente manera, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepto de". pág. 37.

⁹ Duguit, Las transformaciones generales del derecho privado desde de Napoleón, p. 42-43.

¹⁰ Jasserand, *ob. cit.*, p. 171.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 355.

¹² Riblani, *Anteprep. cit.*, págs. 127-28.

IV. LEGISLACIÓN COMPARADA

Sobre la importancia del principio del "abuso del derecho" en estructuras de total socialización.

Los estudios, muy completos, realizados sobre la legislación comparada nos relevan de entrar en el análisis de cada una de ellas. Lo circunscribiremos al de la legislación soviética, por ser la que más se adecua a la demostración de nuestra posición crítica del criterio "funcional", en la teoría del abuso del derecho.

Josserand contraponen esta codificación a la alemana, cuya técnica dice, ha "repudiado", destacando el sentido "funcional" del ejercicio de los derechos y su "dirección social", sustraída a las "fantasías" y "egoísmos" individuales¹.

No hay dudas sobre el contenido "individualista" del código civil alemán; asimismo, que su tesis "finalista" en la legislación del abuso del derecho, niega ésta; tal es su restricción². Empero consideramos que, por esta misma circunstancia, no puede oponerse a ella una legislación socialista, como ejemplo de recepción del principio.

La Constitución soviética establece la "base económica de la U.R.S.S." constituida por el "sistema socialista de la economía y la propiedad socialista sobre los instrumentos y medios de producción", así como la "abolición de la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción" (art. 4)³.

El espíritu y contenido de la legislación originada en esta organización social⁴, como resulta de su constitución y códigos vigentes, es pues bien distinta de la de las sociedades capitalistas y la dirección social de todo el orden jurídico nace de la estructura de "total socialización".

Josserand sostiene que "...es evidente — se refiere al art. 1 del Cód. Civil Soviético⁵, que una disposición como la establecida en el umbral del

¹ Ob. cit., pág. 234.

² "Art. 236. — El ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando sólo puede tener por fin causar daño a otro". "En lo esencial este constituye la prohibición del abuso del derecho, llamada con frecuencia, pero también muchas veces discutida, en el derecho común. Tiene por base un mandato de la ética social, que es mucho más lejos, pero que sólo es elevado a principio jurídico en esta extensión limitada". Derecho Civil (Parte General) Ludwig Enneccerus. Volumen II, p. 531.

³ Derecho Constitucional Soviética, p. 173, Segundo Y, Línea Quinta.

⁴ Por ser ilustrativo de esa organización social y su régimen de propiedad, ver arts. 5 y 6 de la Const. Soviética, Línea Quinta, ob. cit., pág. 173-74.

Este régimen de propiedad y los derechos acordados a las personas, está consagrado en el código civil, títulos I, II y III que corresponden a las disposiciones generales, sujetos de derecho (personas) y objetos jurídicos (bienes) respectivamente. Legislación Soviética Moderna, p. 144 y sigs. Miguel Lobo, México.

⁵ Efectivamente el C. Civil de 1923 principia con esta expresa disposición, que rige toda la legislación positiva: "La ley protege los derechos civiles salvo cuando se ejercitan en sentido contrario a su destino económico y social". ob. cit., pág. 234.

Código Civil soviético es, por su naturaleza, capaz de imprimir profundamente su huella a toda la legislación y, por consiguiente, a toda la vida de la comunidad social, que está llamada a regir y cuyos destinos ordena"²

En nuestro concepto, el precepto carece de la influencia que se le atribuye, ya que sólo puede ser analizado e interpretado en función y a partir de la "estructura" que hemos puntualizado. Además, no es determinante de ella, ni decisivo para caracterizar e imprimir un "sentido funcional" al ejercicio de los derechos, cuya naturaleza, espíritu y extensión provienen de la organización socialista del Estado³.

Ahora bien, prescindiendo de estas consideraciones, cabe preguntarse si la existencia del art. 1 del Código Civil soviético ha significado la recepción del principio del "abuso del derecho"; asimismo, cuál ha sido la medida de su aplicación, como también la amplitud del arbitrio judicial.

Contrariamente a lo que hacen suponer las opiniones glossadas y citadas, David-Hazard resucitan la franca tendencia legislativa y judicial soviética, hacia la mayor precisión de las normas y limitación, "en el mayor grado posible", de la libre facultad de resolución de los jueces.

... El derecho soviético — expresa René David — tiende a ser siempre más preciso y más estricto y a restringir en los límites más estrictos el uso de las fórmulas generales...

¿En qué medida puede el juez — se pregunta — por otra parte, en la U.R.S.S. hacer uso de una fórmula general para corregir la aplicación de la ley?

No esperamos ver en la Unión Soviética las fórmulas generales sirviendo a la subversión del orden legislativo. Una teoría como aquella del abuso del derecho o aquella del orden público demanda un medio donde se esté preparado a dejar al juez corregir el derecho y guiar su desarrollo. Tales teorías tienen tan poco lugar en la U.R.S.S. actualmente, como ellas lo habrían sido al día siguiente de los códigos napoleónicos en Francia, cuando la Francia era, en el sentido pleno del término, un país de derecho escrito con el predominio de los métodos exegéticos dentro de la ciencia del derecho⁴.

Estos conceptos son seguidos de otros que también transcribiremos en lo pertinente, desde que ilustran y contribuyen a completarlos; del mismo modo facilitan el conocimiento del sentido de la legislación soviética: la preeminencia de la ley y sobre todo, el error en que se incurre cuando se asigna al art. 1º del Código Civil soviético, proyecciones que parece no haber tenido.

Prosiguendo la exposición de David, Al referirse a la opinión de los juristas de occidente sobre el problema, expresa: "...ellos creen de buen grado que el derecho soviético es un derecho poco preciso, administrado por los jueces con un algo de arbitrario, de preocupaciones de orden político que en sílos tienen más peso que los argumentos de orden propiamente jurídico. Esta creencia incorrecta está nutrida en el famoso art. 1º

² Ob. cit. pág. 235; ver también Spota, ob. cit., págs. 623 y sigs.

³ Sobre la estructura de la legislación soviética ver Spota, Ob. cit. pág. 628.

⁴ Institute de Droit Comparé de l'Université de Paris, Le Droit Soviétique, por René David y John N. Hazard, T. I, págs. 349-50, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1954.

del Código Civil de la R.S.F.S.R. y por el no menos famoso artículo permitiendo una interpretación por analogía del Código penal. Ella reposa también sobre una inexacta comprensión de las palabras "justicia de clase", empleada por los marxistas para designar no sólo su propio derecho, sino también los derechos capitalistas; y ella reposa al fin, sobre una inexacta comprensión de la definición dada al derecho en la U.R.S.S. según la cual el derecho no es más que un aspecto de la política... "El artículo 1º del Código Civil de la R.S.F.S.R. está lejos de tener, en la práctica, la importancia que le habían prestado sus primeros comentaristas de Occidente. En efecto, él parece haber caído de a poco en desuso y no se lo tiene casi como recales. Su desaparición es considerada en el código civil oficial de la U.R.S.S. que debe, un día próximo, substituir a los diferentes códigos civiles actuales de las diversas repúblicas soviéticas".¹⁰

La importancia de estas consideraciones exigía su reproducción completa. Demuestran especialmente que en la legislación soviética no tienen aplicación preeminente los principios generales ni teorías sobre el abuso del derecho¹⁰.

La propensión a la seguridad y estabilidad jurídica resulta evidente, siendo evidente que no se vincula con el carácter individual o socialista del régimen jurídico imperante.

Los derechos subjetivos, cualquiera sea la extensión que les confiera el derecho objetivo o se trate de derechos con "sentido funcional" o "social" reclaman precisión y claridad, por lo que no resulta extraña, según hemos visto, la orientación actual del legislador soviético, dirigida a la mejor definición de los mismos.¹¹

¹⁰ Ob. cit., pág. 251.

Corroborando las afirmaciones de David: "...las redacciones de los nuevos códigos federales a distintos discursos, entre otras cosas, la cuestión del grado de flexibilidad o inoperación que deben tener las normas codificadas. Salido es que los codificadores soviéticos de 1922 optaron por el principio flexible, cosa que se tradujo, no sólo en la admisión de la analogía en derecho penal, sino también en la admisión del art. 1 del Código Civil... En contraposición con estas normas, se sostiene actualmente que es necesaria una mayor precisión en el derecho, no sólo porque ya ha pasado el turbulento período revolucionario, sino también porque las leyes no se imponen al solo efecto de reprimir, sino, además, para educar. Y para educar se necesitan definiciones precisas, especialmente en derecho penal..." La Ley, "Revista de Revistas", marzo 5 de octubre de 1946. John N. Hazard, "El futuro de la codificación en la U.R.S.S."

¹⁰ El doctor Spota sostuvo: "...Ni el finalismo social es extendido a una estructura jurídica sobre la base de esos derechos subjetivos así entendidos (como poder jurídico con aptitud para satisfacer intereses humanos), ni en un orden civil pleno de meras funciones a Dejar, en un régimen de total socialización, es extraña a la ciencia el principio del abuso del derecho como se desprende del mismo derecho soviético", ob. cit., V. 2, p. 459-549.

¹¹ Jhering, cuya consecuencia con la teoría es indudable, ha expresado, sin embargo que: "teoría del abuso retrocede ante los detalles establecidos por el legislador en la regulación de las prerrogativas individuales; quienes más se defienda en derecho meros abusos será en ejercicio voluntario; las limitaciones objetivas hacen innecesarias las limitaciones subjetivas; a menudo, llegan a privar de todo utilidad". Ob. cit., p. 23.

V. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

En nuestro ordenamiento positivo no se encuentra consagrada la teoría del "abuso del derecho"; desconocida para la jurisprudencia que la aplica (deben exceptuarse los fallos en los cuales se invocó el art. 35 de la Constitución de 1949).

El doctor Raymundo Salvat hace veinte años, ordenaba en un trabajo doctrinario, la noción de la teoría del "abuso del derecho", sus antecedentes históricos y legislación comparada, los distintos sistemas y su "recepción" por la legislación argentina¹. Sobre este aspecto considera que "...en principio, la idea que sirve de base a la teoría del abuso del derecho, no puede considerarse absolutamente extraña a las disposiciones del Código Civil y las fuentes oficiales de ellas".

En general el reconocimiento de que la teoría del abuso del derecho no debe conceptuarse "extraña a las disposiciones del Código Civil" ha sido mantenido hasta nuestros días, tanto por la doctrina de los autores como por la jurisprudencia. Es opinión aceptada que tiene consagración en nuestro ordenamiento positivo.

Sin embargo, ello no se concilia con el espíritu y contenido de la legislación vigente. Salvo excepciones, los derechos son relativos, sufren "atenuaciones" y no debe deducirse de tal circunstancia, la "recepción" del principio de la teoría del abuso del derecho, que en todo caso requiere la sanción de una norma que lo establezca².

Estas conclusiones se fundan en los trabajos del doctor Gilferding E. Allendy quien además ha establecido la "confusión" importante entre los principios de la "relatividad de los derechos" y del "abuso del derecho". En ese orden de consideraciones, con agudeza crítica a José María sosteniendo:

"En esta confusión, Josserand multiplica los ejemplos, que saca del código francés, pero todos ellos, y aún muchos que podríamos extraer

¹ La ley, T. VI, Sec. doc. n.º 51-55.

² "La relatividad de los derechos se opone a la existencia de derechos absolutos. La historia del derecho muestra que los derechos han sido siempre relativos, salvo naturalmente excepciones".

"El legislador otorga un derecho de propiedad, de patria potestad, etc., nunca absoluto, sino hasta cierta límite. Si así no fuera, no habría necesidad de legislar sobre las distintas instituciones, pues sería suficiente — si hubiera derechos absolutos — determinar las instituciones y luego agregar que a su titular le correspondía, a su arbitrio, ejercer de la misma; y esto no se ve en ninguna legislación".

"De tal manera, que la relatividad de los derechos, es tan antigua como la existencia del hombre en sociedad (Código de Hammurabi, el Deuteronomio y la ley de las Doce Tablas, bien que nos dicen de la relatividad de los derechos)". Diego La Ley, 6 de julio de 1936. (Relatividad de los Derechos y Abuso del Derecho, Colombes L. Allendy).

analizando los artículos del código, no abonan la teoría del abuso del derecho, pues se refieren sólo a la relatividad de los mismos o sea, que Jessenrad no pese de manifiesto otra cosa que la particular manera de legislar de un determinado código...³.

Quiere decir que no es justo el concepto que considera existente la idea del abuso en nuestra legislación. Las observaciones a Jessenrad se hacen extensivas a Spata, que acepta la "excepción" del principio y de las que no quedaría excluido Salvát. No obstante, este maestro advierte que no ha "encontrado en la jurisprudencia fallos que puedan considerarse como aplicaciones típicas de ellas (las ideas que sirven de base a la teoría): se ha hablado algunas veces de "abuso del derecho", manifiesto, "pero en circunstancias en que la aplicación de la teoría no estaba realmente en juego"⁴. Este criterio puede mantenerse; sin excepción las sentencias mencionan el "abuso del derecho" o fundamentan en preceptos que establecen la relatividad o la limitación de los derechos y sin definir "sistema" alguno en el cual encuadran la idea del acto abusivo.

Tomando al caso algunos ejemplos corroboramos lo expuesto.

✓ Un fallo registrado en La Ley, tomo 57, pág. 47, por dice en su síntesis:

✓ "El contrato tiene valor de ley para las partes siempre que no se oponga a los límites establecidos por el art. 21 del Código Civil y a los que resultan de las doctrinas sobre el "abuso del derecho", dentro de cuyos límites no se halla comprendido el pago a destiempo del interés pactado, que autoriza la ejecución hipotecaria por decaimiento del plazo, a menos que no sea por diferencia mínima y no muy reiterada, no causando de perjuicio y que no afecte la esencialidad del plazo convenido".

Es ostensible, que la limitación emana de la ley; en cuanto a la teoría del abuso del derecho, es superflua, preexistente la norma limitativa de la autonomía de a voluntad y los términos del contrato suscripto por las partes.

"La Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, ha sostenido: "Quien construye su propia casa y toma obreros con ese fin sin propósito de lucro, no realizando actos de los enumerados en el art. 8 de Cód. de Comercio, no está obligado a abonar las indemnizaciones de despido previstas en el art. 2º inc. 4º y 6º del dec. 33.302 (ley 12.912)".

"El método de interpretación histórico y mecánico de la ley es inadecuado en materia de derecho del trabajo. El abuso del sistema, sacrificando todo el principio general que expresa la ley, sin discriminación alguna, sin armonizarlos con otros de mayor jerarquía y sin condicionarlos a los preceptos que laborean la buena fe y la doctrina del abuso del derecho, conduce, necesariamente, a soluciones no siempre acordes con el sentido de lo humano y de lo justo". La Ley 40-931.

Como primera observación advertimos que se invoca la "doctrina del abuso del derecho" a pesar de que carece de sustentación legítima; además, que en el caso se está, en presencia de una disposición expresa de la ley.

³ Trabajo citado.

⁴ Trabajo citado, p. 88.

El juzgador ha apelado a los principios generales del derecho, a lo que la doctrina llama "fundamentos que no suscitan nuestra discrepancia. Si en cambio se remiten a los "preceptos" que informan "...la doctrina del abuso del derecho" insistente la norma que la consagra y porque la "doctrina" no puede ser constituida en "fuente de interpretación..." y "aplicación," excepto en cuanto conduya a explicar y comprender el sentido de la norma

Excedería los límites de esta monografía comentar más casos en los cuales podrían repetirse las críticas expuestas. Por tal circunstancia citaremos tan sólo algunos, en los cuales se ha entendido puede analizarse la aplicación de la teoría del "abuso del derecho" a la luz del criterio sostenido.

1º Art. 16 del C. Civil.

“La doctrina es, sin duda, un valioso auxiliar para la interpretación de la ley. Es la más libre y lúcida, pero es tiene otra utilidad que la consagrada que pueda producir en el ánimo del juez. No podría a nuestro juicio decirse que es “la mejor fuente de interpretación auténtica” como se expresa en algún fallo”, C. Civil Anotado, T. I, p. 158, Eduardo B. Basso; Trat. D. Civil Argentino, P. General, p. 22-26, Ricardo M. Salvat.

1 La Ley: T. 57-51; T. 63-610; T. 68-396; T. 71-199; T. 54-1039; T. 55-356; T. 54-710 (nota antecedente jurisprudencial sobre abuso del derecho); T. 46-312; T. 43-458; T. 51-303; T. 47-549, etcétera.

2 El Doctor Aguilar, en la obra ya citada, después de analizar la jurisprudencia de nuestros tribunales, ha expuesto conceptos que apoyan la postura sostenida:

“La posición vacilante y hasta confusa de nuestra jurisprudencia, tiene, así, su lógica y legal explicación. En vez de limitar la doctrina del abuso del derecho, para aplicarla al caso concreto, lo que no podía hacer, mientras no exista un precepto legal que la establezca, precediendo al juez para tratarla a ella, ha caído a su vez sobre referencias a dicha doctrina, como aquellas que afirman que los derechos deben ser ejercidos sin abuso o en la repugnancia del uso anormal o abusivo del derecho.” Ob. cit. págs. 128 al 130.

VI. ABUSO DEL DERECHO Y CONFLICTOS DE DERECHOS

El abuso de los derechos no origina conflictos de derechos.

Hemos visto que las facultades emergentes de los derechos se ejercitan dentro de ciertos límites, resultantes de las propias restricciones que informan su configuración¹.

Ahora bien, cuando estos derechos se contraponen, dan lugar en la práctica a lo que se ha denominado conflictos de derechos o de intereses². La cuestión no ha sido susceptible de grandes desarrollos, pero cuando ha sido abordada a veces se le ha confundido con el abuso del derecho o asimilado a casos en los cuales no existía estrictamente "conflicto de derechos".

El ejercicio del derecho de propiedad es el que en determinadas situaciones, permite ilustrar mejor el tema y sobre el cual se ha desarrollado principalmente la doctrina y la jurisprudencia. Laurent lo ha tratado en especial y en lo que se refiere a los derechos de vecindad.

Se ha apoyado esencialmente en el pensamiento de Pothier de acuerdo al cual expone el problema del siguiente modo:

"...por derechos ajenos se entienden también los de los propietarios vecinos. Sin embargo dice él (se refiere a Pothier), el dominio de la propiedad brinda al propietario el derecho de hacer lo que le parezca en su heredad, no obstante no puede hacer lo que las obligaciones de vecindad que permiten hacer en perjuicio de los vecinos".

Aquí nosotros entramos en la verdadera cuestión. Tenemos dos propietarios, cada uno con un derecho absoluto sobre su cosa, por consiguiente un derecho igual. "Si uno, usando de su derecho, causa un perjuicio al otro, ¿será responsable y deberá repararlo?"³.

Laurent comenta que parecería que Pothier entiende que la obligación de reparar los daños sería absoluta. Sin embargo, considera que no es éste su pensamiento, haciendo notar al mismo tiempo, los "peligros" que entrañan las fórmulas generales. Remitiéndose al "pequeño tratado de las obligaciones" de dicho jurista, reproduce las que originan los derechos de vecindad y el concepto que de ellas formula⁴.

A través de ello arriba a la enunciación de principios que interesan inmediatamente a nuestro tema: "...el derecho del propietario no está

¹ Trabajo citado, Guillermo L. Allende.

² Mayra, Cours de Droit Romain, T. 1, págs. 385-88.

³ Principes de Droit Civil Français, T. VI, Nº 136, Ver. arts. 1071, 2514, 2620, 2637 y notas del C. Civil Argentino; Salva, trabajo doctrinario citado, p. 53 La Ley.

⁴ Ob. cit Nº 136.

limitado sino cuando está en conflicto con el derecho igual de otro propietario. No es suficiente por consiguiente que cause un perjuicio por el ejercicio de su derecho para que tenga que repararlo, es indispensable que en el ejercicio de su derecho lesione el derecho de su vecino. Si no lesiona el derecho de su vecino, aunque le ocasione un daño, no deberá ninguna reparación”³.

Subrayamos dos conceptos que consideramos fundamentales: existe conflicto de derechos cuando se oponen derechos iguales; en el orden de la responsabilidad por los daños o perjuicios que se ocasionen, sólo nace la obligación de repararlos, cuando se ha lesionado el derecho ajeno.

DERECHOS DE VICINDAD Y ABUSO DEL DERECHO — JURISPRUDENCIA

✓ El acto “excesivo” en las relaciones de vecindad, fue inicialmente asimilado, por nuestra jurisprudencia, al abuso del derecho. Con posterioridad se apartó de tal criterio, sosteniendo el de la responsabilidad objetiva, compartido actualmente por la doctrina de los autores. Daremos a continuación la síntesis de los fallos que ilustran esta evolución:

✓ 1. — “Corresponde indemnizar por la existencia del perjuicio causado en el valor locativo de la finca, cuando el ruido causado por el establecimiento es intolerable para los vecinos.”

“No tratándose de daños y perjuicios emergentes de un cuasi-delito, sino del caso en que, el abuso en el ejercicio de un derecho obliga a indemnizar al perjudicado, no corresponde la indemnización de costas” (J. A. II, 600; qta L. Anastasi).

✓ 2. — “No es posible aceptar la teoría del abuso del derecho como fundamento de la responsabilidad por los daños causados por ruidos molestos en la hipótesis de los arts. 2618 y 2619 del Código Civil ya que no se tiene el propósito de causar un daño” (La Ley, I. 597).

✓ 3. — “El fundamento de la obligación de indemnizar por ruidos molestos no se encuentra en el abuso del derecho” (La Ley VI. 1088).

En este último fallo, el Jefe L. Anastasi, en nota, analiza las distintas teorías de acuerdo a las cuales se procura fundamentar la obligación de indemnizar. En lo tocante a la del abuso del derecho, comentando el fallo citado en segundo término y los conceptos de los magistrados y autores que lo fundamentan, concluía:

“...en estas hipótesis no hay abuso del derecho, sino conflictos de derechos, decidiéndose la ley en favor del propietario perjudicado, cuando las molestias son intolerables y exceden las medidas de las incomodidades ordinarias de la vecindad”, p. 1089⁴.

³ Ob. cit. N° 126.

JOSEPHARD, EL ABUSO DE LOS DERECHOS Y CONFLICTOS ENTRE ESTOS

Hasta aquí, podemos considerar que el problema del conflicto de los derechos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se encuentra suficientemente clarificado, así como el de la responsabilidad emergente de los casos en que él se da.

Sin embargo, la tesis del abuso del derecho es llevada también por Josephard a la esfera de los conflictos de derechos, como una especie dentro de la categoría general de los mismos.

Desarrollando en su esfuerzo por obtener la limitación de las prerrogativas judiciales en la aplicación de la teoría del abuso de los derechos, formuló su reducción a la noción del conflicto de derechos.¹ Josephard reaccionó contra esta pretensión. En la obra que venimos citando, escribió su discurso sin desconocer el principio de que "el derecho de cada uno termina allí donde empieza el de los demás".² Empero, cree que la concepción del conflicto de derechos es insuficiente para caracterizar el concepto del abuso en el vasto campo de la responsabilidad. Después de ejemplificar los casos de actos ilegales y excesivos, concreta su pensamiento en el sentido de que "...no todos los conflictos de derecho son abusos de este; constituyen solamente una categoría de estos conflictos, es decir, solamente una especie de un género más vasto y que los abarca; son conflictos de derechos y de intereses especiales, caracterizados por el desvío funcional de una prerrogativa subjetiva; al calificarlos de conflictos de derechos, se da a conocer un régimen ético, la familia a la que pertenecen, pero se deja en la penumbra su individualidad propia, tal como hemos tratado de caracterizarla"³.

Observamos que Josephard califica como conflictos de derechos los actos ilegales y excesivos⁴; del mismo modo, de acuerdo con los esquemas precedentemente expuestos, el abuso del derecho sería fuente de tales conflictos. Sin embargo, de acuerdo con los fundamentos críticos expuestos sobre la teoría del abuso del derecho, consideramos que en este último caso no nace un conflicto de derechos, porque el que ejerce un derecho "contrariando" o "desnaturalizando" su "espíritu" o "desviando" su "fin social o económico", actúa "sin derecho". Consecuentemente, en estas condiciones, no se originan conflictos de derechos, que sólo se producen cuando entran en contradicción o se oponen derechos

¹ "Podríamos afirmar — dice el Dr. Spang — que nuestra jurisprudencia ha reaccionado en contra de la doctrina sentada en tales discursos en hechos no muy lejanos. En este sentido ha rechazado la tesis que basaba la responsabilidad, en materia de límites y restricciones al dominio, en la existencia de un elemento subjetivo: la culpa equívoca. Su posición hoy es ésta, es bien simple: el daño causado hace surgir la responsabilidad aun cuando se produzca la incertidumbre de toda culpa o negligencia; se trata de un criterio meramente objetivo, o sea; de una responsabilidad *ab actu*. Por ello queda también rechazada, como fundamento de esa responsabilidad, la doctrina del abuso de los derechos, puesto que no así en juicio el acto antilocial" *ob. cit.*, V, 3, p. 375.

² *Ob. cit.*, págs. 119 y siguientes.

³ *Ob. cit.*, págs. 285-286.

⁴ *Ob. cit.*, p. 206.

iguales o antagónicos, cuyos titulares hayan obrado en la esfera de sus límites y extensión¹⁸.

Igualmente, en lo que respecta a los "actos ilegales", habiendo violación de reglas legales, quien las infringe "no puede pretender de ningún derecho": por tanto, los "actos ilegales" tampoco engendran "conflictos de derechos".

¹⁸ Sobre la postura que sustenta el criterio de que la "falta de derecho" y el "abuso" o "dolo" de éste constituyen dos situaciones distintas, ver Jerssard, *ob. cit.*, p. 387, T. II.