

ABUSO DEL DERECHO Y CONFLICTOS DE DERECHOS *

MANUEL A. LAQUIS

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 inconcusa. Eminentes juristas la apoyan y sustentan; otros de no menor jerarquía se oponen a ella.

En los albores de nuestro siglo Magn. Desseziaux, exponía en las páginas de la Revista Trimestral de Derecho, una de las críticas más intensas 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 — Jousserand, "figura cumbre" del derecho francés, ha sostenido sus alcances... "a dominios inexplorados hasta hoy; legados a originar y limitar derechos con los que hasta entonces — se refiere a la tesis tradicional del abuso — no había tenido contacto"³.

x Concretando su "significado y criterio", así como su desenvolvimiento, prosigue diciendo: "mientras que para los juristas romanos el acto abusivo era, principal sino exclusivamente el 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 teoría 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. 129 y sigs.

² Relatividad de los Derechos y Abuso del Derecho, Guillermo L. Allende. Revista "La Ley", julio 6 de 1906.

³ El Espíritu de los derechos y su relatividad — ante citada —, T. II, p. 12.

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. Aguilar². 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"³.

Animismo, 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 positivo⁴.

La irragotable 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 propuesto⁵.

² Hechos y Actas Jurídicos, Henoch D. Aguilar, T. II, p. 106, 53.

³ Spota, *ob. cit.*, p. 828, 833.

⁴ Reforma del C. Civil. Observaciones y Actas de la Comisión, T. I, p. 284-287. Ed. Guillermo Kraft.

⁵ "En el fondo de todas estas teorías, no hay sino un concepto viciado 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. 138.

II. BIBILONI Y LA TESIS FINALISTA

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

Jousserand La concepción de Jousserand que hemos puntualizado, asume alcances en los fundos los elementos "teleológicos" 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 misión social"¹.

Sera En nuestro medio, el doctor Spota que con tanta amplitud de miras y fecundidad ha expuesto la tesis del "abuso del derecho", ha definido el derecho subjetivo "como un poder jurídico", "... que ... no puede ejercerse..." sino para satisfacer intereses humanas 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 inherente 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 serias interrogantes que consideramos decisivos.

¿Qué es abuso? ¿dónde empieza? ¿cuándo es manifiesto?, 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 límites económicos y sociales que ellas quedan "sin precisión", entregados "al libre arbitrio del juez". Concretando su pensamiento decía: "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 — expresaba — 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, Cuadernos Kraft, 1989, p. 138.

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 substrato en nuestra sociedad es individualista, se orienta en los principios de la propiedad privada, iniciativa privada y tiende a consolidar los derechos individuales.

Siguiendo 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 desnaturalización de su espíritu o de sus fines, no se puede emancipar abstractamente de ellos.

Pese a la "fuerza evolutiva" atribuida a la teoría, incontestablemente encuentra un valladar infranqueable y una rímora 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 — declamar contra el régimen capitalista si se destruyen solamente algunos de sus resortes y se le deja luego funcionar después de haberlo sacudido inopertamente. Es inútil creer en el advenimiento de un nuevo

⁴ Anteproyecto citado. T. I. p. 127; "Vélez 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. 4 y sigs., 15 y sigs. Sobre la importancia de la estructura económica e interacción entre las hechos jurídicos y económicos, e "importancia" del materialismo histórico, Gunnar Rothrock, Introducción a la Filosofía del Derecho, págs. 15-18; como: "La teoría Ecológica del Derecho", Carlos Cosío, p. 281; "Teoría Constitutiva del Estado y del Derecho", Hans Kelsen págs. 34 y 37 y sigs., sobre la insuadencia de las "subsunciones económicas y sociales" "convencionales" en la usura, para adaptarlas a las transformaciones económicas, políticas, sociales, morales cambiantes (teoría e Bibliofil. Spota, ob. cit., Vol. 2, págs. 415-16).

✓ 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 política.

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 traspasan la esfera individual y en los cuales se mantiene inalterado el orden jurídico vigente. En los que además como se verá más adelante, la limitación de los derechos se origina en su relatividad, percibida 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 conferidos.

✓ ¹ Ob. cit., pág. 2; Agassi anotando el pensamiento de Ripert considera: "Lo cierto es que, sólo con una innovación profunda de la infraestructura económica, la superestructura jurídica es susceptible de perder a través de la acción del derecho subjetivo, el carácter de ordenamiento como poder jurídico con amplitud para atender los intereses humanos y si creemos toda esperanza libre de las prerrogativas individuales abstractas absolutas, encasadas, como actuando en su medio extraño a lo social..." ob. cit., T. I, V. 2, p. 628-648.

² Antonio Capranza sostiene que hay un orden jurídico, dentro de cuyo estructura se sitúa el poder ejecutivo, Responsabilidad Extrac contractual, T. I, págs. 132, 133, 134-135.

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

La teoría del "abuso del derecho" desemboca 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 antijurídico o contrario a los fines económicos y sociales, permite comprobar que se desliza ostensiblemente al terreno de lo "ilícito".

En este orden de consideraciones, Pianigiani ya había calificado la fórmula "uso abusivo de los derechos" de "logomasquia", "severa" pero "justiciaramente", en el decir de Duguij.

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

Si bien Jasserand sustenta el concepto de que el "abuso" constituye una "categoría autónoma", independiente tanto del acto "excesivo" como del "ilegal", admite también que el "abuso mismo en su frecuentemente, sino un delito o un cuasi delito, una variedad de la culpa delictuosa"; 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 responsabilidad. Excluidos los actos ilícitos, en qué órbita — muy restringida ya — se desenvuelve y produce el abuso y cuándo se da la desviación del derecho? La respuesta no puede ser certera porque atribuida la "recepción" del principio a una norma o legislado él, el liber 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. Bibiloni, el notable jurista argentino, proclamaba: "...cada juez lo verá según su criterio moral, político, económico!".

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 Herssch D. Aguir, Hechos y Actos Jurídicos, T. II, p. 117.

² Elías, El abuso del Derecho en la Reforma del C. Civil Argentino, p. 12-13.

³ Y. Elemental, T. II, 285-271: "Si hay violación de reglas legales, la cuestión no puede elevar ninguna duda y es ilícito hablar del abuso del derecho, porque el que ha cometido el acto no puede prevalerse de ningún derecho". Sistema de un fallo anulado por Tercetand, Agencia T de febrero de 1912 D. F. 181, B. 2, p. 177, Granobla, 15 de julio 1915, D. F. 19208, p. 9.

⁴ Op. cit., pág. 379.

⁵ Op. cit. p. 288. Epoca, Xal. 2, p. 849, postulaba conforme con Jasserand, la diferencia entre acto abusivo y acto ilícito.

⁶ Anteproyecto citado, p. 128.

— aunque en algunos casos lesionen el "cuerpo social": igualmente, los derechos de reunión, asociación, huelga, prensa, conceptualizamos alternatively asente 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 desenlaces arbitrario y "peligroso" por su "plasticidad".

Frente a lo cual predomina fuertemente la propensión a la estabilidad y seguridad jurídicas, garantía de real vigencia de los derechos⁸.

La introducción de fórmulas generales acarrea 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 del abuso, su posibilidad de adaptación al espíritu cambiante de las instituciones y a la "mora" en que se encontraría el legislador, respecto de dichas transformaciones. Porque a todas las consideraciones expuestas, corresponde agregar que, tanto el concepto de "solidaridad social"⁹ como el de "orden funcional" y "finalista"¹⁰ asignado al derecho objetivo, constituyen una ficción, mientras no se opere el correspondiente cambio estructural de la sociedad. En este orden de ideas, Ripert ha dicho categóricamente:

«El equilibrio necesario de las fuerzas solamente puede asegurarse al juego de las instituciones. Si no se las imagina, si no se logra darle vida, de nada sirve atacar al capitalismo».

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

Por otra parte debe consignarse que la vida en un estado de derecho no puede ser arbitraria¹²; y si la ley es "anacrónica", su superación habrá de confiarse a la obra del legislador. No debe desalentar la idea de ello, la experiencia infuante de parlamentos inactivos o desequilibrados, ni omitir la extraordinaria labor de aquellos que dieron cima a la vida democrática republicana. La comunidad también, a través de un adecuado desarrollo de su conciencia jurídica, de sus órganos de opinión, partidos políticos, centros de investigación, podrá impulsar la obtención de las leyes que progreso o las transformaciones sociales exigen.

⁷ Eisenrad, Capítulo VI. Libertades individuales corporativas, T. II, p. 172 siguientes.

⁸ Radbruch, ob. cit.: "Los fines y valores supremos del Derecho no sólo varían con arreglo a los estados sociales de los distintos tiempos y los distintos países, sino que son enjuiciados además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo", pág. 31.

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

¹⁰ Eisenrad, ob. cit., p. 171.

¹¹ Ob. cit. p. 362.

¹² Hübner, Anstreeoy, cit., págs. 177-98.

IV. LEGISLACION 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 adecúa a la demostración de nuestra posición crítica del criterio "funcional", en la teoría del abuso del derecho.

Josserand, contraponiendo esta codificación a la alemana, cuya técnica dice, ha "repuñado", destacando el sentido "funcional" del ejercicio de los derechos y su "dirección social", sustraída a las "fantasías" y "egolamos" 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 muy 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 *Ibid. cit.*, pág. 234.

² "Art. 226. — El ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando sólo puede tener por fin causar daño a otro". En lo esencial esto constituye la prohibición del abuso del derecho, afirmada con frecuencia, pero también muchas veces discutida, en el derecho común. Tiene por base un mandato de la ética social, que va mucho más lejos, para que sólo se elevase a principio jurídico en esta extensión limitada". Demicheo Ciel (Parte General) Ludwig Ensselen. Volumen II, p. 332.

³ Demicheo Constitucional Soviética, p. 173, Segundo V. Linares Quintana.

⁴ Por ser ilustrativos de esa organización social y su régimen de propiedad, ver arts 5 y 6 de la Const. Soviética, Linares Quintana, *ib. cit.*, pág. 173-74.

Este régimen de propiedad y los derechos asociados 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 Servicios Modernos, p. 144 y sigs. Miguel Lebar, México.

⁵ Efectivamente el C. Civil de 1923 comienza con esta expresa disposición, que rige toda la legislación soviética: "La ley protege los derechos civiles salvo cuando se ejercitan en sentido contrario a su destino económico y social", *ib. 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”⁶

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 Estado.⁷

Ahora bien, prestando 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 enseñan 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 está preparado a dejar al juez corregir el derecho y guiar su desarrollo. Tales teorías tienen “un 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 derecho”⁸.

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.

“... Prosiguiendo 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 ellos tienen más peso que los argumentos de orden propiamente jurídico. Esta creencia inexacta está nutrida en el famoso art. 1º

⁶ Ob. cit. pág. 228; ver también Spota, ob. cit., págs. 628 y sigs.

⁷ Sobre la naturaleza de la legislación soviética ver Spota, Ob. cit. pág. 628.

⁸ Instituto de Droit Comparé de l'Université de Paris, Les Droit Socialistes, por René David y John N. Hazard, T. I, págs. 249-50, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París 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 le tiene casi como recurso. Su desaparición es considerada en el código civil general 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 como la del "abuso del derecho" ¹¹.

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

Los derechos subjetivos, cualquiera sea la extensión que les confiere 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 ¹².

¹⁰ Ob. cit., pág. 233.

Corroborando las afirmaciones de David: "...los redactores de los nuevos códigos federales a dictarse discuten, entre otras cosas, la cuestión del grado de flexibilidad e impenitencia que deben tener las normas codificadas. Sabido es que los codificadores soviéticos de 1922 optaron por el principio flexible, como que se trataba, 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 torbellino período revolucionario, sino también porque las leyes no se imponen al solo efecto de reprimir, sino, además, para educar. Y para educar se requieren definiciones precisas, especialmente en derecho penal..." La Ley. "Revista de Revistas", diario 5 de octubre de 1936. John N. Hazard, "El futuro de la codificación en la U.R.S.S."

¹¹ El doctor Spangolastro: "...En el Estado social es extraño a una estructura jurídica sobre la base de unos derechos subjetivos así entendidos (como poder jurídico con aptitud para satisfacer intereses humanos), ni en un orden civil pleno de normas funcionales a llenar, en un régimen de total socialización, es extraño a la idea el principio del abuso del derecho como se desprende del mismo derecho soviético", ob. cit., V. 2, p. 629-349.

¹² Jougla, 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 reglamentación de las prerrogativas individuales; mientras más se delimita un derecho menos abusivo será su ejercicio voluntario; las fronteras objetivas hacen menos necesarias las teorías subjetivas a menudo, llegas a privarlas de toda utilidad". Ob. cit., p. 23.

V. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

En nuestro ordenamiento positivo no se encuentra consagrada la teoría del "abuso del derecho"; decretada pues 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 conviene citar 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 limitaciones y no debe deducirse de tal circunstancia, la "recepción" del principio de la teoría del abuso del derecho, que en todo caso requiere la creación de una norma que lo establezca².

Estas conclusiones se fundan en los trabajos del doctor Guillermo L. Allierdy quien además ha establecido la "confusión" impropia, entre los principios de la "relatividad de los derechos" y del "abuso del derecho". En este orden de consideraciones, con aguda crítica a José

Carrié sosteniendo:

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

¹ La Ley, T. VI, Ser. dec., p. 81-88.

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

"El legislador otorga un derecho de propiedad, de patria potestad, etc., menos absoluto, que hasta cierto límite. Si así no fuera, no habría necesidad de legislar sobre las distintas instituciones, pues según criterio — el antiguo derecho absoluto — determinar las instituciones y luego agregar que a su titular le corresponde, a su ejercicio, estar de la manera y que no se le otorga 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 los Doce Tribus, bien que nos dicen de la relatividad de los derechos"). Diego La Ley, 6 de julio de 1904. (Relatividad de los Derechos y Abuso del Derecho, Guillermo L. Allierdy)

analizando los artículos del código, no abonan la teoría del abuso del derecho, para se refiere sólo a la relatividad de los mismos o sea, que Josserand no pasa de manifiesto otra cosa que la particular manera de legislar de un determinado código...".²

Quiere decir que no es lúgic el concepto que considera existente la idea del abuso en nuestra legislación. Las observaciones a Josserand se hacen extensiva a Spota, que acepta la "receptión" del principio y de los que no quedaría excluido Sárbat. 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", manifiesta, "pero en circunstancias en que la aplicación de la teoría no estaba realmente en juego"³. 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, nos 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 situación hipotecaria por decaimiento del plazo, a menos que no sea por diferencia mínima y no muy reiterada, no causante 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. 33.303 (ley 12.913)".

"El método de interpretación hierático 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 informan 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 49-931.

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.

² Trabajo citado.

³ Trabajo citado, p. 44.

El juzgador ha apelado a los principios generales del derecho, a lo menos le² fundamentos que no suscitan ninguna discrepancia. Si en cambio su remisión a los "preceptos" que informan "...la doctrina del abuso del derecho" inexistente la norma que la consagra y porque la "doctrina" no puede ser constituida en "fuente de interpretación..." y "aplicación", concepto en cuanto consigna 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 citaremos³ 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 sostenido⁴.

² Art. 16 del C. Civil.

² "La doctrina es, en sí sola, un valioso auxiliar para la interpretación de la ley. Es la más libre y lozana, pero no tiene otra utilidad que la capacidad que pueda producir en el ánimo del juez. No puede a través [sic] de ella que es "la mejor fuente de interpretación auténtica" como se expresa en algún fallo", C. Civil Anotada, T. I, p. 155, Eduardo R. Basso; *Treat. D. Civil Argentina, P. General*, p. 22-23, Bernardino H. Salvo.

³ La Ley: T. 32-34; T. 62-63; T. 65-66; T. 71-72; T. 34-100; T. 55-56; T. 54-73 (Causa antecedente jurisprudencial sobre abuso del derecho); T. 66-72; T. 47-68; T. 51-53; T. 47-59, etcétera.

⁴ El Doctor Aguirre, 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 desarrollar la doctrina del abuso del derecho, para aplicarla al caso concreto, lo que se podría hacer, más bien se cree un precepto legal sin la intención, pretendiendo su promulgación basada a ella, en razón a su ley según referencias a dicha doctrina, como aquellas que afirman con los doctores citados: "se refieren al abuso a su reproducción del uso normal o abusivo del derecho". Ob. cit. págs. 128 y 129.

VI. ABUSO DEL DERECHO Y CONFLICTOS DE DERECHOS

El abuso de los derechos no origina conflicto 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 consagración¹.

Ahora bien, cuando estos derechos se contraponen, dan lugar en la práctica a lo que se ha denominado conflictos de derechos² o de intereses³. 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 [Fothier] 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 [Fothier]); 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 le 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?"⁴

Laurent comenta que parecería que Fothier entiende que la obligación de reparar los daños sería absoluta. Sin embargo, considera que no es así 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 formula⁵.

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 Mayas, Cours de Droit Romain, T. 1, págs. 362-66.

³ Principes de Droit Civil Français, T. VI, N° 136, Ver. art. 1071, 1514, 1620, 1637 y notas del C. Civil Argentino; Salsac, trabajo doctrinario citado, p. 53 La Ley.

⁴ Ob. cit N° 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 se lesiona el derecho de su vecino, aunque le ocasione un daño, no deberá ninguna reparación”².

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 VICINIDAD Y ABUSO DEL DERECHO — JURISPRUDENCIA

✓ El acto “excesivo” en las relaciones de vecindad, ha inicialmente asimilado, por nuestra jurisprudencia, al abuso del derecho. Con posterioridad se apartó de tal criterio, sosteniendo el de la responsabilidad objetiva, compartida *atenuadamente* 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; nota 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. 507).

✓ 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, concluye:

“...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. 1089².

² Ob. cit. N° 136.

JOSEPH BRAND, 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 Joseph Brand, a la esfera de los conflictos de derechos, como una especie dentro de la categoría general de los mismos.

Deseñando, 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 Joseph Brand reaccionó contra esta pretensión. En la obra que venimos citando, TUMBA SU DISCOSO sin desconocer el principio de que "el derecho de cada uno termina allí donde empieza el de los demás". Espera, 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 éste; constituyen solamente una categoría de estos conflictos, es decir, solamente una especie de un género más vasto y que lo subyuga; 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"².

Observamos que Joseph Brand califica como conflictos de derechos los actos ilegales y excesivos³; del mismo modo, de acuerdo con los conceptos 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 "Podemos afirmar — dice el Dr. Brand — que nuestra jurisprudencia ha reaccionado en contra de la doctrina según en hechos dictados en hechos no muy lejanos. En este sentido ha rechazado la tesis que tendía la responsabilidad, un materia de límites y restricciones al dominio, en la existencia de un elemento subjetivo: la culpa equívoca. Su posición hoy en día es bien simple: el dolo cuando hace surgir la responsabilidad una cuando se prueba la existencia de toda culpa o negligencia; se trata de un criterio meramente objetivo, o sea; de una responsabilidad *ab rém*. Por ello queda también rechazada, como fundamento de esa responsabilidad, la doctrina del abuso de los derechos, puesto que no está en juego el acto antijurídico" *ob. cit.*, V. 2, p. 375.

² *Ob. cit.*, pág. 119 y sigs.

³ *Ob. cit.*, págs. 285-286.

⁴ *Ob. cit.*, p. 238.

[iguales o antagónicas, cuyos titulares hayan obrado en la esfera de sus límites y extensión¹⁹.

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

¹⁹ Sobre la postura que sustentó el autor de que la "falta de derecho" y el "abuso" o "desuso" de éste constituyen dos situaciones distintas, ver Joverosa, ob. cit., p. 362, T. II.