

ABUSO DEL DERECHO



RAMIRO J. PRIETO MOLINERO

LA LEY

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE: EL DERECHO SUBJETIVO

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN Y TEORÍA DEL DERECHO SUBJETIVO

I - El Derecho Objetivo	3
A) Algunas precisiones iniciales	3
B) Derecho, moral y orden justo	5
II - La Genésis del Derecho Subjetivo	8
A) De la "potestas" al "ius"	8
1) Roma	8
2) Edad Media	11
a) La asimilación entre "potestas" y "ius"	11
b) La influencia de GUILLERMO DE OCKHAM	13
3) La escuela del Derecho natural y el derecho como potestad moral	15
4) HOBBS y el comienzo de la idea del derecho como facultad legal	19
B) La denominación "derecho subjetivo"	20
III - La Esencia del Derecho Subjetivo	24
A) ¿Poder de la voluntad o facultad legal?	24
B) Teorías	27
1) La teoría de la voluntad	27
a) Su formulación	27
b) Objeciones	28
2) La teoría del interés	30
a) Su formulación	30
b) Objeciones	31
3) La tesis mixta	32
a) Su formulación	32
b) Objeciones	33
4) DABIN y la "pertenencia-dominio"	35
IV - Algunas Cuestiones Adicionales: Titularidad y Ejercicio	37
A) Sujeto, facultades y derechos	37
B) La prerrogativa y su ejercicio	39

CAPÍTULO II: LAS TESIS NEGATORIAS

I - Tres Autores, Tres Posturas.....	41
A) Duguit, o la aspiración del objetivismo puro.....	41
1) Su formulación.....	41
2) Críticas.....	45
B) Kelsen, o el análisis de la forma.....	50
1) Su formulación.....	50
2) Algunas precisiones adicionales.....	52
C) Villey, o el desprecio por el derecho subjetivo como traición a la moral clásica.....	54
1) Su formulación.....	54
2) Críticas.....	56
II - Una Reafirmación de la Idea de Derecho Subjetivo.....	60
A) Política y semántica.....	60
B) El derecho subjetivo más allá de la semántica.....	62

SEGUNDA PARTE: TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

CAPÍTULO III: LA CUESTIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

I - El Origen de la Cuestión.....	67
A) Racionalismo y formalismo legal.....	67
1) La supuesta lucha contra el carácter "absoluto" de los derechos.....	67
2) El positivismo dogmático.....	69
B) El abuso del derecho como cláusula general de los sistemas codificados.....	71
1) Los límites de la codificación.....	71
2) El abuso del derecho como síntesis de concepciones antagónicas.....	72
II - Antecedentes Históricos que han sido mal interpretados.....	75
A) Una primera advertencia.....	75
B) Las menciones al Derecho romano.....	77
C) Edad media.....	79
1) Los actos de emulación.....	79
a) Su formulación.....	79
b) Una teoría adicional: la <i>immissio</i>	82
c) Algunas apreciaciones.....	83
2) Las Partidas y el Fuero Juzgo.....	84
III - La Aparición del Abuso del Derecho.....	87
A) El <i>Landrecht</i> de 1794.....	87
B) El Código Napoleónico y su influencia.....	89
C) Tres casos clásicos.....	91

	Pág.
D) La doctrina francesa	94
1) Una introducción	94
2) PLANIOL Y JOSSEERAND	95

CAPÍTULO IV: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ABUSO DEL DERECHO

I - Introducción.....	99
A) La "ilicitud legal" y los contextos de análisis.....	99
B) El relativismo jurídico	102
II - Las Tres Dimensiones Axiológicas del Abuso del Derecho	105
A) La dimensión funcional.....	105
B) La dimensión moral	108
C) La dimensión dogmática.....	112
1) El punto de partida.....	112
2) El abuso del derecho como acto ilícito	115
a) Licitud e ilicitud	115
b) Lo "abusivo" como ilicitud.....	117
c) El tipo "acto abusivo"	118
III - Abuso de Derecho y Antijuricidad	121
A) "Antijuricidad", "ilicitud" y el recurso al "acto abusivo"	121
1) Ilícitud y positivismo.....	121
2) Ilícitud e inmoralidad	126
B) La necesidad de crear un acto ilícito específico	128

CAPÍTULO V: LAS TEORÍAS IDENTIFICATORIAS

I - La Prohibición y su Contenido	131
A) El abuso del derecho como factor flexibilizador	131
B) El papel de los criterios identificatorios	132
II - Teorías Identificatorias Subjetivas	134
A) Como acto doloso	134
B) Culpa genérica.....	137
C) Ejercicio contrario a la buena fe	139
1) ¿Criterio objetivo o subjetivo?.....	139
2) ¿Un criterio ambiguo o preciso?	140
D) Ejercicio contrario a la moral.....	143
E) Ejercicio contrario a las buenas costumbres.....	146
1) La vertiente sociológica	146
2) La vertiente valorativa.....	148
3) La suma de las partes	149
III - Teorías Objetivas.....	151
A) Falta de interés legítimo	151
B) La desviación de la finalidad de la norma.....	153
1) Una primera aproximación	153

	Pág.
2) Las dos vertientes	155
a) La idea de la función social y económica	155
b) Los fines del legislador y la finalidad de la norma	159
c) Un tercer enfoque: la finalidad de la norma en combinación con la idea de interés protegido.....	162
C) Otras teorías objetivas	164
1) Enriquecimiento sin causa	164
2) Riesgo creado.....	165
3) Ruptura del equilibrio de intereses.....	167

CAPÍTULO VI: TESIS CONTRARIAS A LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO

I - Las Críticas Clásicas	171
A) El colapso de la seguridad jurídica	171
1) La crítica y su réplica.....	171
2) Seguridad jurídica y justicia	173
B) La imposibilidad de determinar el abuso con precisión	176
1) La necesidad de parámetros expresos.....	176
2) El abuso del derecho como libre discrecionalidad judicial	177
a) Opiniones doctrinarias	177
b) La pretendida "autosuficiencia" de los magistrados	179
c) Abuso del derecho y seguridad jurídica.....	181
II - El Instituto Como Factor Conservador.....	184
A) Planteo de la cuestión.....	184
B) Una réplica.....	185
III - La Imposibilidad de Separar al Derecho de su Ejercicio	187
A) La imagen de la campana y el badajo.....	187
B) Ilícitud y causas de justificación	188
IV - Los Derechos Incausados.....	190
A) Planteo de la cuestión.....	190
B) Justificaciones.....	191
1) Los derechos que se confunden con la libertad	191
2) PLANIOL, RIPERT Y JOSSEAND	195
3) Las justificaciones individuales	197
C) Argumentos para descartar el distingo	200

CAPÍTULO VII: DERECHO COMPARADO

I - Los Países de Derecho Codificado	203
A) Europa.....	203
1) Francia	203
2) Alemania.....	208
3) Suiza	211
4) Italia.....	213
5) España.....	215

	Pág.
6) Portugal.....	219
7) Holanda.....	220
B) Latinoamérica	225
1) Uruguay.....	225
2) Brasil.....	226
3) Perú	230
4) Venezuela.....	232
5) Paraguay.....	234
6) México.....	235
II - El <i>Common Law</i>	236
III - El Abuso del Derecho como Principio del Derecho Internacional.....	240

TERCERA PARTE:
APLICACIÓN Y VIGENCIA DEL
ABUSO DEL DERECHO EN ARGENTINA

CAPÍTULO VIII:
EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN LA ARGENTINA

I - VÉLEZ SARSFIELD y el Abuso del Derecho.....	245
A) La cuestión en el <i>Esboço</i> de FREITAS	245
B) La tesis original del Código Civil.....	248
1) La negación del abuso del derecho	248
2) VÉLEZ SARSFIELD y la propiedad privada.....	249
3) La supuesta consagración a través de la nota al 2514 CC	251
II - La Evolución hasta la Ley 17.711	254
A) Los primeros Congresos Nacionales y el Anteproyecto de 1936	254
1) Sistema germánico, interpretaciones francesas	254
2) Primeros intentos de reforma	256
B) El Proyecto de 1936	258
C) La Constitución de 1949 y el Anteproyecto de 1954.....	261
D) El papel de la doctrina previo a la 17.711.....	264
1) La perspectiva desde la cual considerar las opiniones	264
2) Las interpretaciones forzadas	265
a) El abuso del derecho como "doctrina implícita"	265
b) SPOTA, o la voluntad de lo que no es.....	266
c) La pretendida consagración expresa del instituto	268
E) La ley 17.711 y tendencias posteriores.....	270
Proyecto de 1987.....	272
Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993.....	273
Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993	273
Proyecto de 1998.....	273

CAPÍTULO IX: LA REGULACIÓN ARGENTINA

I - Estructura del Artículo 1071 CC	275
A) El primer párrafo	275
1) La cuestión del ejercicio del derecho como causa de justificación.....	275
2) El ejercicio "regular"	277
B) El segundo párrafo	279
1) El "no amparo" del abuso	279
2) Los criterios identificatorios.....	281
a) El "orden moral" y la supuesta aplicación del 953 CC	281
b) La "buena fe"	284
c) La moral.....	285
d) Las buenas costumbres.....	288
e) La finalidad de la norma	289
II - El Vínculo entre el 1071 CC y las Restricciones al Derecho de Dominio	291
A) Los artículos 2513 CC y 2514 CC y el uso "regular" de la propiedad.....	291
B) El artículo 2618 CC y la "normal tolerancia entre vecinos"	292
1) Antecedentes	292
a) El sistema de Vélez Sarsfield	292
b) El camino hasta el actual 2618 CC	295
c) Luces y sombras del artículo 2618 CC.....	298
2) De nuevo, la cuestión de la ilicitud.....	300
a) Las distintas explicaciones.....	300
b) Licitud e ilicitud en la normal tolerancia entre vecinos	302
3) Su vínculo con el abuso del derecho	305

CAPÍTULO X: LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO

I - Requisitos para su Procedencia	311
A) Ejercicio de un derecho legítimo	311
B) Antijuricidad.....	313
C) Concurrencia de un factor de atribución.....	314
D) Existencia de un daño	316
E) Relación de causalidad entre la acción u omisión calificada de ejercicio abusivo del derecho y el daño causado.....	319
F) No existencia de otra solución legal expresa.....	322
II - Alegación.....	325
A) La facilitación probatoria	325
B) La procedencia o no de oficio	327
C) Cuestión de hecho o de derecho	329
III - Valoraciones a Tener en Cuenta por los Magistrados	331
IV - Efectos	336
A) Algunos supuestos generales	336
B) Abuso de derecho y actos jurídicos	339
1) La cuestión de la nulidad.....	339
2) El "reencauzamiento" del acto jurídico.....	341

**CAPÍTULO XI:
CASOS Y APLICACIÓN DEL ABUSO DEL
DERECHO EN LA ARGENTINA**

I - Obligaciones en General.....	346
A) Las relaciones acreedor-deudor	346
B) El acreedor y las vías más gravosas	348
C) Concursos y homologación de acuerdos	350
D) Juicios ejecutivos	353
II - Contratos	355
A) La regla general y los contratos de adhesión	355
1) La buena fe como criterio fundamental	355
2) Casos particulares	358
B) Pacto comisorio y cláusulas penales	359
C) Contratos de distribución e indeterminación del plazo	361
D) La llamada "responsabilidad precontractual"	364
E) Nominalismo y valorismo.....	366
F) Otros supuestos	370
III - Derecho Procesal	371
A) El derecho a accionar.....	371
B) Las medidas cautelares.....	373
C) Las conductas contrarias a la buena fe	375
D) Otros supuestos	376
IV - Derecho Societario	377
A) El caso del abuso de la personalidad.....	377
B) El abuso de mayoría.....	379
V - Derechos Reales	380
A) Propiedad horizontal y el valor del reglamento de copropiedad.....	380
B) Obra nueva en propiedad horizontal	383
1) Introducción	383
2) Las diversas posturas	385
3) Abuso del derecho y discrecionalidad.....	387
C) Otros casos.....	390
VI - Relaciones Familiares	391
A) Relaciones paterno-filiales.....	391
B) Las relaciones conyugales	394
1) La facultad del artículo 1277 CC	394
2) Divorcio y separación de hecho	395
VII - Derecho Laboral	398
A) Un pretendido derecho incausado: el de despedir pagando la indemnización..	398
B) Otros casos.....	400
VIII - La Cuestión de los Derechos Incausados	402
A) Los supuestos clásicos	402
B) Otros pretendidos ejemplos	405

CAPÍTULO XII:
DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

I - Con el acto ilícito	407
II - Con el Fraude a la Ley.....	411
III - Con la Desviación de Poder	416
IV - Con la Colisión de Derechos	421
V - Con la Imprevisión	424
A) Una Introducción	424
B) Contradicciones de la regulación argentina	426
C) Imprevisión y abuso del derecho.....	429
VI - Con la Inexistencia del Derecho	431
VII - Con el Abuso de Posición Dominante	434
Anexo: Modelo de Cláusula de Abuso del Derecho.....	437
Bibliografía.....	441