

Aportes de la teoría tridimensional a la definición de abuso de derecho

Contributions of the Three-Dimensional Theory to the Definition of Abuse of Rights

Gustavo E. Silva Tamayo*

RESUMEN

La teoría del abuso de derecho, o mejor, del ejercicio abusivo de los derechos, representó un importante avance para la ciencia jurídica al brindar respuesta a un ilícito muy especial verificado en la faz dinámica del derecho subjetivo. Nuestro Código Civil y Comercial, sin apartarse en lo esencial de su antecesor, el Código Civil de Vélez, reformado por la Ley 17711, contiene una muy completa definición de la figura, que, a la vez, brinda pautas flexibles al juez para decidir si este se ha configurado y actuar en consecuencia. Esa definición, opinamos, ha recibido aportes de la teoría tridimensional del derecho que nos proponemos analizar muy brevemente en estas líneas.

PALABRAS CLAVE: abuso de derecho, Código Civil, Ley 17711, Código Civil y Comercial, teoría tridimensional del derecho

ABSTRACT

The Theory of Abuse of Right, or better yet, of the abusive exercise of rights, represented a significant advance for Legal Science by providing a response to a very specific

* Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Posdoctor en Derecho (UBA). Especialista en Administración Financiera (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesor titular de Derecho Administrativo (USAL). Profesor adjunto regular de Elementos de Derecho Administrativo (UBA). Profesor titular de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA).

wrongdoing observed in the dynamic realm of subjective law. Our Civil and Commercial Code, without departing essentially from its predecessor, the Vélez Civil Code, amended by Law 17711, contains a very comprehensive definition of the concept, which, at the same time, provides flexible guidelines to the judge to determine if it has occurred and to act accordingly. That definition, we believe, has received contributions from the Three-Dimensional Theory of Law that we intend to analyze very briefly in these lines.

KEYWORDS: Abuse of right, Civil Code, Law 17711, Civil and Commercial Code, Three-dimensional Theory of Law

I. Introducción

Mucho se ha escrito —doctrinaria y jurisprudencialmente— sobre la teoría del abuso de derecho o, mejor, sobre el *ejercicio abusivo de los derechos*. Sin embargo, a nuestro modesto entender, no se ha advertido que la teoría tridimensional está presente en las definiciones que tanto la reforma al Código Civil (CCiv)¹ —dispuesta por el Decreto-Ley n.º 17711 en 1968— introdujo en el artículo 1071, como en la que el Código Civil y Comercial (CCyC)² adoptó para su artículo 10.

Estas breves reflexiones abordarán, entonces, este aspecto.

II. El derecho subjetivo y los límites a su ejercicio

*Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Posdoctor en Derecho (UBA). Especialista en Administración Financiera (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesor titular de Derecho Administrativo (USAL). Profesor adjunto regular de Elementos de Derecho Administrativo (UBA). Profesor titular de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA)

¹ Sancionado mediante la Ley N.º 340 en el año 1869.

² Sancionado mediante la Ley N.º 26994 en el año 2014.

Consideramos que el derecho subjetivo es una prerrogativa que el derecho objetivo reconoce a los individuos para que la ejerzan al amparo del Estado, y representa una de las nociones básicas del derecho. Por ello es que el derecho subjetivo ha sido regulado en los aspectos atinentes a su creación, ejercicio, reglamentación y extinción. Y su límite más importante se halla en la repulsa al desajuste, desorden o irregularidad en su ejercicio que la figura del abuso de derecho viene a representar.

Pero la admisión plena de esta idea (que reconocía antecedentes milenarios, baste recordar el adagio romanista *summum ius summa iniuria*) chocó contra el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, que nutrió de principios a la Revolución Francesa y a su plexo jurídico derivado, basado en la “libertad” por naturaleza del hombre y en la titularidad de goce de derechos individuales, absolutos, inalienables e imprescriptibles.

A través de ese proceso revolucionario, la burguesía pasó a ser la clase dominante, valiéndose de la noción clásica de soberanía (la misma que durante los siglos XVI y XVII había servido para consolidar el absolutismo monárquico). En parte porque permitía desarrollar la sociedad disciplinaria (aquella que se valía de un poder heterogéneo). Pero también porque a través de la codificación, construyó un sistema de derecho que ocultaba la dominación subyacente en tal sociedad y que, a la par, permitía a los individuos ejercer sus propios derechos soberanos, a través de la soberanía estatal, “democratizándolos” en términos *foucaultianos*.

Esta suerte de “soberanía individual” reivindicó al derecho subjetivo como un poder moral de obrar libremente dentro de la ley, sin ningún tipo de cercenamientos, como contrapartida de las limitaciones que el absolutismo despótico y soberano había impuesto a los individuos. Bajo esta concepción, lógicamente, no podía concebirse que el ejercicio de

los derechos pudiera tornarse abusivo. El Código Napoleón de 1804, consecuentemente, no contempló la figura.

III. El Código Civil de Vélez Sarsfield y los proyectos de reforma

Bajo este influjo, entendemos que Vélez impuso a “su” código esa orientación disciplinaria liberal, coincidente con los intereses de la clase dominante de su tiempo, conformada, a la sazón, por hacendados y terratenientes. De allí es que se preocupó por resguardar la tierra, el bien máspreciado de la época (en Europa, acaso, no lo fuera tanto, pues se encontraba en plena expansión el capitalismo industrial), y por sacralizar el contrato, instrumento por excelencia en la intermediación económica. Para lograr ello erigió, como sus categorías absolutas informantes, una ficticia libertad contractual de las partes —la autonomía de la voluntad— y una, también irreal, igualdad entre ellas. Por ello también se abstuvo de incluir el abuso de derecho.

Tal vez Bibiloni no haya podido desprenderse de esta impronta y por ello, en su Anteproyecto de 1926, adoptó una postura adversa a la consagración del abuso del derecho, manteniendo el texto originario del artículo 1071 del Código. Su influencia se proyectó sobre la Comisión Reformadora de 1936, integrada, entre otros, por Lafaille, no incluyéndose ninguna propuesta reformista en tal sentido.

IV. La incorporación de la figura del abuso de derecho por la Ley n.º 17711

A nuestro modo de ver, el derecho es una reproducción cultural de la vida humana que, por ende, se encarga de que, en su dimensión lingüística, las situaciones reflejen la continuidad y coherencia de los saberes que sirvan, en cada caso, a la práctica comunicativa cotidiana. Así, cuando con el devenir del tiempo histórico, político y social se generan

situaciones que ya no hallan su correlato en esa reproducción cultural, la integración social se perturba, se genera anomia y se producen conflictos por la pérdida de legitimación, los cuales perduran hasta encontrar un nuevo punto de equilibrio.

Nos parece que esto es lo que ocurría en la Argentina a casi cien años de la sanción del CCiv: un deterioro progresivo de su legitimación, al menos en aquellos de sus artículos que resultaban más representativos de esa ideología individualista. Curiosamente un gobierno de *facto*, que había usurpado el poder en 1966, de manifiestas tendencias liberales en lo económico pero autoritarias, de corte corporativista, en lo político y social, incorporó la figura del abuso de derecho —y otras que remozaron el Código atenuando su impronta liberal—, a través del más arriba citado Decreto-Ley n.º 17711.

De todas maneras, las innovaciones siguieron las opiniones expuestas por el Dr. Guillermo A. Borda —eximio jurista que integrara la Comisión Reformadora—, en su *Tratado de Derecho Civil* (12 volúmenes).

El abuso de derecho fue incorporado al artículo 1071, el que, en el texto originario de Vélez, permitía inferir que el único límite para el ejercicio de los derechos se hallaba en la propia voluntad de su titular. La reforma aclaró que ese ejercicio debía ser *regular*. Y adicionó un segundo párrafo que estipulaba lo siguiente:

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

V. El abuso de derecho en el Código Civil y Comercial

Esta fórmula ha sido reproducida, casi textualmente, en el CCyC, artículo 10, del Título Preliminar, Capítulo 3, “Ejercicio de los derechos”. La ubicación actual es, a nuestro

parecer, atinada, pues se erige la figura como Principio General de Derecho (PGD), aplicable en sus dimensiones: informadora, integradora, interpretativa y limitativa.

El texto reza así:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal aquel que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiese, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Dejando de lado las cuestiones meramente formales y destacando que el añadido del tercer párrafo mira la actuación del juez, remarcamos que la nueva definición ha ubicado los fines en el “ordenamiento” y no solo en la “ley”, lo cual constituye, a nuestro modo de ver, un acierto, porque se comprenden otras manifestaciones del derecho o de la juridicidad, como la Constitución, los Tratados y los PGD.

VI. Los aportes de la teoría tridimensional del derecho

Ahora bien, la teoría tridimensional del derecho, como es sabido, reviste especial relevancia en nuestro sistema continental, pues abarca en los fenómenos sociales, en su sentido de totalidad e interrelación y, bajo este prisma, describe el fenómeno jurídico en sus planos normológico, valorativo y sociológico (Goldschmidt, 1996, pp. 6-20). Creemos que los tres aparecen en el artículo 10 del CCyC (y estaban presentes en el artículo 1071 del CCiv. reformado).

En el plano normológico, por cuanto el ordenamiento es tenido como manifestación de lo jurídico (“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico”), solo la ley en el artículo 1071 reformado). Esos “fines del ordenamiento jurídico” se encontrarán —expresa o implícitamente—, en la Constitución y en los Tratados.

En el plano valorativo (dikelógico o axiológico), porque se relaciona con los valores subyacentes en el Derecho (“...o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”).

En el plano sociológico (o fáctico), porque la realidad social sirve de referencia y contexto no solo para interpretar el Derecho, sino también para comprobar si las normas que lo integran son aplicadas y acatadas plenamente, es decir, si son eficaces. No debe olvidarse que el abuso de derecho configura un ilícito muy especial en el cual no se verifica una ilicitud inicial, sino un arranque legítimo de la conducta atribuida al titular que abusa, verificándose inicialmente todos los extremos necesarios para el goce de la prerrogativa en forma individualizada, pero que después, al ejercerse, se tuercen o desmadran.

Así, los repertorios jurisprudenciales nos permiten apreciar que las conductas tenidas en cuenta por los jueces para decretar el abuso han sido las de “uso antisocial” o “sin interés” o “que no reportan beneficio alguno a su titular”, en todos los casos perjudicando a un tercero.

Entendemos que esta dimensión sociológica se ve reforzada también por la pauta que el artículo 10 del CCyC contiene en su tercer párrafo, dirigida, como dijimos, a la labor judicial. En efecto, el juez deberá acudir al material sociológico disponible que le permita conocer qué es lo que la valoración social media —vigente en un momento y lugar determinados— considera como un comportamiento contrario a la buena fe, la moral y las

buenas costumbres. Me da pues, en nuestra opinión, una evidente imbricación entre las dimensiones sociológica y axiológica.

VII. Conclusión: el carácter dinámico del derecho en retrospectiva y en prospectiva

Por último, nos permitimos resaltar el carácter dinámico del derecho, por el cual, como realidad histórico-cultural, se encuentra en constante formación.

Esto es así, según Reale (1996) porque

los hombres buscan realizar valores nuevos y, cuando los alcanzan, quieren mayores garantías para ellos...La norma es un medio de realización de garantía de valores y, al mismo tiempo, un amparo de la conducta social para la comprensión y la solidaridad de todos los que componen la convivencia humana. Hecho social, valor y norma son los tres elementos que se complementan recíprocamente.

Este carácter dinámico, precisamente, fue el que permitió que la teoría del abuso de derecho, ante la ausencia de texto expreso, se gestara y desarrollara a expensas de la labor creativa de los jueces, especialmente en el derecho francés.

Y también es el que posibilitará que los jueces brinden una justa respuesta ante las nuevas formas abusivas que, sin duda, habrán de presentarse en la realidad jurídica futura, en un escenario cambiante y complejo, producto del advenimiento de un mundo globalizado (no solo en lo económico como a menudo se afirma) y sometido —para bien y para mal— a la creciente evolución tecnológica.

Es rigurosamente cierto que, como dice a través de su obra Estévez Araujo (2021), “el Derecho ya no es lo que era”. Pero ello no nos excusa de enfrentar los nuevos problemas y desafíos que se nos presenten.

Referencias

ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. (2021). *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones en la globalización neoliberal*, 1º edición. Trotta.

GOLDSCHMIDT, W. (1996). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría tridimensional del mundo jurídico y sus horizontes*, 6º edición. Depalma.

REALE, M. (1996). El término 'Tridimensional' y su contenido. *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Lima N° 50.

Apartado normativo

Código Civil argentino

Código Civil francés

Código Civil y Comercial argentino

Ley 17711