

REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO Y DEL ABUSO EN SU EJERCICIO

Noemí Lidia NICOLAU (*)

1. El Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, que cuenta ya con media sanción legislativa, modifica el art. 1071 del CC., agregando un nuevo párrafo: "...En su caso, el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización". Esto supone que la Comisión de juristas nombrada para la redacción del Proyecto, y en caso de ser promulgada la unificación, también nuestro Poder Legislativo, tomarán una posición frente a dos interrogantes aún debatidos en la doctrina: admiten la existencia del derecho subjetivo y consideran posible el ejercicio abusivo del mismo.

Con motivo de esta reforma, nos replanteamos el problema: ¿es posible reconocer la existencia del derecho subjetivo? ¿en qué consiste? En su caso: ¿es posible hablar del abuso del derecho subjetivo?

I. EL DERECHO SUBJETIVO (1)

2. El vocablo derecho puede referir al derecho objetivo (ordenamiento normativo) o al derecho subjetivo (ente ideal creado por el derecho objetivo, producto de las normas). Tradicionalmente se aceptó la existencia de estas dos categorías, pero en este siglo, especialmente a partir de Duguit y Kelsen, y en la actualidad con las escuelas de filosofía analítica, se observa una tendencia a negar la existencia del derecho subjetivo.

En la doctrina tradicional las discrepancias surgían en relación al concepto y fundamento del derecho subjetivo, pero no en cuanto a su existencia misma. Las diferentes

(*) Investigadora del Consejo de Investigadores de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Acerca de los derechos subjetivos, p.v. entre otros, los siguientes trabajos: HAURIOU, Maurice, "Précis de droit constitutionnel", Paris, Sirey, 1923, págs. 42 y ss.; SAVIGNY, M.F.C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Masía y Poley, Madrid, Góngora, 2a. edición, t. 1 págs. 257 y ss.; WINDSCHEID, Bernardo, "Diritto delle Pandette", trad. Fadda e Bensa, Torino, Unione tipografico Editrice Torinese, 1925, t.1, pág. 107 y ss.; IHERING, Rudolf Von, "El espíritu del Derecho Romano", trad. Enrique Príncipe y Stones, Madrid, Bailly-Bailliére, s/f., 5a. edición, t. IV, pág. 353; DUGUIT, Leon, "Manuel de Droit Constitutionnel", París, Fontemoing Editeurs, 1918, 3a. edición, pág. 1 y ss.; KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, pág. 112 y ss.; DABIN, Jean, "El derecho subjetivo", trad. Francisco Javier Osset, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955; IONESCU, Octavian, "Leon Duguit et le droit subjectif (Quelques remarques sur les écrits récents consacrés a la question)", en "Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique", Sirey, 1932, No 1-2, pág. 269; KALINOWSKY, Georges, "Concepto, fundamento y concreción del Derecho", trad. Arias de Ronchietto-Beltrán Calderón-Massini, Bs. As., Abeledo Perrot, 1982, págs. 27 y ss.; SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., Depalma, 1967, Vol. 1, pág. 127 y ss.

teorías podían agruparse, con cierta aproximación, en dos corrientes: a) la corriente voluntarista, para la cual el derecho subjetivo es el señorío del querer, poder de la voluntad, concedido a la persona por el derecho objetivo (2); b) la corriente del interés: el centro de la cuestión pasa por saber si existe un interés jurídicamente protegido. El derecho subjetivo comprende dos elementos: el elemento material, utilidad o goce y el elemento formal, protección jurídica (3).

En este siglo, uno de los primeros embates contra la noción de derecho subjetivo lo emprende Duguit, quien dedicó sus mayores esfuerzos a negar la existencia del mismo. Para este jurista se trata de una noción vacía de contenido, si se reconociera su existencia se trataría de una cualidad superior de la voluntad del sujeto. Pero, se pregunta ¿cómo captar científicamente la voluntad del sujeto de la que no puede saberse nada? Sostiene que el propietario que cultiva la tierra, el funcionario que arresta a una persona, no ejercen derechos subjetivos, sino simplemente realizan actos materiales que no tienen incidencia jurídica en tanto no encuentren la oposición de un tercero. La oposición está prohibida por el derecho, pero de eso se trata, precisamente, de prohibiciones y no de reconocimiento de derechos subjetivos.

Para Kelsen el derecho subjetivo no existe si no ha sido creado por el derecho objetivo, es dependiente de éste. Más cerca de nuestro tiempo, Jean Dabin, trató de probar la existencia de un derecho subjetivo, anterior y diferenciado del derecho objetivo.

Creemos que a partir de la comprensión trialista del mundo jurídico (4), puede lograrse una mayor exactitud en la conceptualización del derecho subjetivo y en su diferenciación con el derecho objetivo.

Dimensión normológica:

3. Las normas, entendidas como captaciones lógicas de lo que acontece en la realidad (de los repartos), integran esa realidad a través de los conceptos. Precisamente como concepto, para integrar la realidad social, nace el reconocimiento del derecho subjetivo. Es un producto de las normas. Estas crean entes ideales a través de captaciones lógicas de la realidad social. Entre dichos entes ideales se encuentran las relaciones jurídicas que engendran derechos y obligaciones, que dan nacimiento a derechos subjetivos.

Para comprender este producto de la norma que es el derecho subjetivo, se hace necesario interpretarla. Sólo a través de los distintos elementos de la interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático) puede conocerse cuál ha sido la intención del legislador al reconocer un derecho subjetivo, lo cual es de relevante importancia para determinar, luego, la posibilidad de abuso en el ejercicio de ese derecho.

(2) SAVIGNY, M.F.C. de, op. cit.,pág. 259; WINDSCHEID, Bernardo, op. cit.,, pág. 412.

(3) IHERING, Rudolf Von, op. cit.,, pág. 365.

(4) Para la elaboración del presente nos basamos en los postulados de la filosofía jurídica menor expuesta por el Prof. Werner Goldschmidt en su "Introducción Filosófica al Derecho", Bs. As., Depalma, 6a. edición.

Como vimos, en este tiempo, el problema se plantea por el enfrentamiento: derecho objetivo-derecho subjetivo. Para Duguit el derecho subjetivo no existe, sólo es posible el derecho objetivo; para Kelsen es sólo una creación del derecho objetivo; para Dabin, por el contrario es posible el derecho subjetivo, aparte y desvinculado del derecho objetivo, es anterior a éste. Cronológicamente, el derecho subjetivo es anterior al objetivo y, desde el punto de vista de los valores, superior a él. Para este autor, con la afirmación de los derechos del hombre, el paso se opera del derecho subjetivo al derecho objetivo, es un patrón del derecho objetivo.

Quizás pueda apreciarse el problema con mayor claridad si se lo aborda desde dos aspectos distintos del fenómeno jurídico: por un lado, lo que ocurre en la realidad social; por otro, lo que dice la norma. Cuando Dabin emprende una explicación, salta de la norma a la realidad. Desde el punto de vista conceptual, el derecho objetivo crea el derecho subjetivo, es un ente ideal producto del derecho objetivo, pero su verdadero origen y explicación está en la realidad social.

Dimensión sociológica (5):

4. En la realidad social encontramos que los hombres recibimos y adjudicamos potencias e impotencias. Recibimos, por ejemplo, la potencia de nacer, la impotencia de morir. Esas potencias e impotencias provienen de adjudicaciones que realizan los hombres (repartos) o distribuciones (de la naturaleza, del azar, de influencias humanas difusas).

En principio, las potencias adjudicadas por distribuciones de la naturaleza, son como decía Duguit, simples hechos materiales (nacer, morir, por ejemplo), hasta aquí no podría hablarse de derechos subjetivos. Pero cuando el hombre interviene y adjudica potencia e impotencia y existe una norma que capta ese reparto, se da origen a un derecho subjetivo. Por ejemplo, si nace un niño, estamos en presencia de un hecho, de una distribución de la naturaleza (actualmente para algunos podría, en ciertos casos, tratarse de un reparto, dado el desarrollo de los medios artificiales de fecundación humana); si además existe una norma que presume hijo del marido al niño nacido después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o separación de hecho de los esposos (art. 243 CC.), se ha dado origen a derechos subjetivos: ser considerado hijo del esposo, y padre del niño.

Lo que precede al derecho objetivo, según nuestro entender, no es el derecho subjetivo, como sostiene Dabin, sino la adjudicación de una potencia (o impotencia) que se da en la realidad social, pero que todavía no es un derecho subjetivo, hasta tanto no sea captado por el derecho objetivo, en la norma.

Otros ejemplos pueden ayudar en la comprensión de nuestro planteo. Cuando se produce la avulsión (art. 2583 y ss. CC.), se genera una potencia para el dueño del fundo

(5) El estudio sociológico del derecho subjetivo ha sido propuesto de una manera muy interesante por CARBONNIER, Jean, "Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho", trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Tecnos, 1974, pág. 131 y ss. Este autor propone el estudio sociológico de la "formación y el ejercicio" de los derechos subjetivos.

al que fueron a adherir las tierras desprendidas súbitamente; y una impotencia para el dueño del fundo de las cuales esas tierras se desprendieron. Cuando el legislador capta ese hecho, genera un derecho subjetivo. Si entrego un libro de mi propiedad a una persona para que lo lea, hay un hecho material. Pero si esa adjudicación de potencia e impotencia ha sido captada por un contrato o por el legislador (por ejemplo art. 2255 CC.), se ha dado origen a distintos derechos subjetivos: para quien recibió el libro (comodatario) usarlo, para quien lo entregó (comodante) reclamar su devolución.

5. ¿Qué importancia puede tener que el derecho subjetivo preceda al derecho objetivo, o a la inversa? Es clara: si el derecho subjetivo precede al objetivo, éste no tiene más posibilidades que actuar dentro del marco que el derecho subjetivo le acuerda. El legislador no tiene más que reconocerlo y entonces no podrá juzgar acerca de la justicia de lo que acaece en la realidad social, si es justo o no producir ese derecho subjetivo. Según nosotros lo entendemos, es posible que antes de reconocer o no el derecho subjetivo, se observe la justicia o injusticia del reparto.

Dimensión dikelógica:

El derecho objetivo, antes de producir un derecho subjetivo debe valorar la distribución o el reparto desde el punto de vista de la justicia. No debe crear derechos subjetivos que se opongan a ciertas distribuciones o repartos que por su naturaleza necesariamente deben ser reconocidos (vida, libertad, etc.). En general, respecto de los otros repartos, sólo si son justos puede crear el derecho subjetivo respectivo.

6. Desde el punto de vista de los valores, el derecho subjetivo, entendido en sentido tradicional, realiza en mayor medida el valor poder, previsibilidad, y en grado mucho menor el valor solidaridad. Esto se observa en el propio concepto de derecho subjetivo dado por la corriente voluntarista: derecho subjetivo = poder de la voluntad. Por otra parte, según esa concepción tradicional, parece realizar en menor grado la justicia, pues en principio, contribuye al bien individual de cada sujeto, y sólo indirectamente a la realización del bien común. Dabin, por ejemplo, considera que existen derechos subjetivos con fines egoístas (que constituyen la mayoría), y derechos subjetivos en función social (un grupo muy reducido). En los primeros el titular está autorizado para utilizar los valores que se le reconocen en su propio beneficio, pero como aquello que es bueno para cada individuo en particular, indirectamente se torna bueno para la sociedad en su conjunto, por vía de consecuencia se logra el bien común. Este autor insiste en que el derecho subjetivo no está dado más que en interés de su titular, cuando se lo limita teniendo en cuenta el interés común, no se convierte por ello en función social, porque no se modifica ni la naturaleza, ni la función del derecho.

Nuestra solución es distinta, porque partimos de criterios distintos. En principio, porque consideramos que cuando se reconoce el nacimiento de un derecho subjetivo, en ese momento debe tenerse en cuenta el bien común; si esa atribución al sujeto contribuye al bien común, la captamos lógicamente en una norma, en caso contrario no debe darse nacimiento al derecho subjetivo. Por otra parte, Dabin sostiene que cuando se limita un derecho subjetivo egoísta atendiendo al bien común, sigue manteniendo su naturaleza de derecho egoísta, pues no se modifica su naturaleza, ni su función. Si bien compartimos que ni una ni otra se modifican al limitarse el derecho subjetivo, ello se debe a que la consideración de su función social ha sido previa, en el momento que se capta

la realidad social en la norma que genera el derecho subjetivo. En ese momento debe observarse si lo que acontece en la realidad es justo o no, si realiza o no el bien común y si es necesario limitarlo.

7. Como ya dijimos, para atribuir el derecho subjetivo es necesario valorar si se realiza o no la justicia en el reparto. Si éste contribuye al principio supremo de justicia, la personalización del hombre, debe ser reconocido por el derecho objetivo. El principio supremo de justicia consiste, según opinión que compartimos, en dar a cada hombre una esfera de libertad en la que pueda ser más persona (6), por lo que el reconocimiento del derecho subjetivo acuerda ese espacio de libertad. Sin embargo, si se permite al hombre que en dicho espacio use su derecho con fin egoísta, se vuelve contra el principio antes mencionado, el hombre se despersonaliza. Si se le tolera que desarrolle todo su egoísmo, se le permite, en definitiva, aislarse, volverse contra sí mismo. La personalización sólo es posible en comunicación sincera con los otros, no sólo a través de nuestra persona individual espiritual, y de nuestra persona ciudadano, sino también de nuestra persona económica (7).

II EL ABUSO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO (8)

Dimensión sociológica:

8. En la realidad social observamos que todas las personas al obrar benefician o perjudican a otros, reparten potencias o impotencias. Por ejemplo, los padres, generalmente, y de manera natural, espontánea, benefician a sus hijos criándolos, enseñándoles. Como vimos, en la dimensión normológica puede existir una captación lógica de esa realidad, una norma legal que reconozca el derecho de criar a los hijos y educarlos (art. 265 CC.),

(6) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit. pág. 439.

(7) SCHELER, Max, "Ética, nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético", trad. H. Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1942, tomo II, pág. 317.

(8) Respecto del abuso del derecho, es posible consultar entre otras las siguientes obras: WINDSCHEID, Bernardo, op. cit.: CAPITANT, Henri, "Sur l'abus du droit", en "Revue Trimestrielle de droit civile", 1928, pág. 365; RIPERT, Georges, "Abus ou relativité des droits", en "Revue critique", Paris, 1925; CORNIL, Jorge, "El Derecho Privado", trad. Rafael García Ormaechea, Madrid, Reus, 1928; pág. 125 y ss. En la doctrina argentina, puede verse: LAFAILLE, Héctor, "Derecho Civil", Parte General, II, Bs. As., Ediar; BUSSO, Eduardo, "A propósito del abuso del derecho", en "Revista de Derecho Civil", Bs. As., 1931, año 1 N° 3, pág. 297 y ss.; BIBILONI, Juan A., "El abuso del Derecho", en "Revista de Derecho Civil", Bs. As., 1931, año 1 N° 1, pág. 7 y ss.; LEON, Pedro, "La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional", en "Revista de la UNC", año XVIII, N° 5/6, julio-agosto 1931, pág. 29; CASTIGLIONI, José F. L., "El abuso del derecho", Bs. As., Abeledo, 1921; LEONFANTI, María Antonia, "Abuso del derecho", Bs. As., Abeledo, 1945; RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil", Bs. As., Abeledo, 1946, págs. 145 y ss.; FLEITAS, Abel M., "El abuso de los derechos en la Reforma del Código Civil Argentino", en "Diez años de vigencia de la Reforma al Código Civil, Instituto de Derecho Privado", Anuario 1978, Editorial de Belgrano, Vol. 1, pág. 15 y ss. En este trabajo p.v. con provecho las abundantes citas bibliográficas.

allí nace el derecho subjetivo del padre, como concepto.

Pero, siempre en el marco de la realidad, debemos observar otro aspecto: ¿Cómo puede el padre, titular del derecho subjetivo de educar a su hijo, comportarse respecto del mismo? Dentro de ciertos límites. ¿Quién impone los límites en la actuación social de los seres humanos? La propia naturaleza de las cosas: las leyes de la naturaleza, las leyes político sociales, la realidad económica, las leyes síquicas (9). Así en nuestro ejemplo, el padre no podría exigir a un hijo de seis años cursar el quinto año bachillerato satisfactoriamente, a menos que sea un genio (excedería el límite impuesto por leyes síquicas). Es posible que en el ejercicio de su derecho subjetivo de educar a su hijo, el padre se extralimite, lo ejerza irregularmente, pero allí se enfrentará con los límites derivados de la naturaleza de las cosas. El derecho subjetivo, como concepto, no es susceptible de ser abusado, sino que es en la realidad donde se abusa, se exceden sus límites.

Parece que lo correcto sería comprender que la captación lógica que determina el nacimiento del derecho subjetivo, debe llevar implícita siempre una condición, aún cuando no esté desarrollada: el reconocimiento del derecho positivo para el derecho subjetivo se acuerda, siempre que en la realidad se respeten los límites impuestos por la naturaleza de las cosas.

Dimensión normológica:

9. La afirmación anterior sería suficiente para rechazar todo abuso en el ejercicio del derecho, sin embargo, parece acertado y más adecuado que los ordenamientos normativos contengan una norma que integre la realidad social creando el concepto de abuso en el ejercicio del derecho, como norma general, aplicable a cada derecho subjetivo. No siempre los ordenamientos contienen normas de esta naturaleza (10).

10. En nuestro Código Civil, el art. 1071 en su redacción originaria, plasmaba un criterio contrario al que venimos sosteniendo: "El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

Esa norma cumplía con su función descriptiva y resultaba fiel al pensamiento de su autor. En efecto, el espíritu liberal de Vélez, necesitaba de este reconocimiento del ejercicio sin límites del derecho subjetivo. Esto se comprueba al leer el art. 2513, según su primitiva redacción, y aún más en la nota, especialmente en su última parte. Este pensamiento de nuestro codificador se reafirma en el art. 2514.

(9) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones sobre los límites de los repartos", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", de la Facultad de Derecho de la UNR., Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, No 6, 1985, pág. 77 y ss.

(10) En nuestro país, por ejemplo, hasta la Reforma de 1968 no existía norma legal al respecto. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que durante algunos años estuvo vigente el art. 35 de la Constitución Nacional de 1949 que decía: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes".

El artículo 1071 trataba de integrar la realidad a través de un concepto. Mucho se ha discutido si dicho concepto es correcto o no. En efecto, la doctrina durante todo este siglo ha estado discutiendo si es posible que el derecho dado a una persona pueda tener jurídicamente un uso bueno o malo; si el uso que se hace de un derecho subjetivo interesa todavía al derecho.

Se admite, por ejemplo, que el legislador tiene facultad para condicionar el uso del derecho, pero cuando lo hace ¿no lo limita? Es el derecho mismo que está en juego. El que lo usa de modo diverso, marginal, ¿no se encuentra en una hipótesis de carencia del derecho? Planiol sostenía que hablar de "abuso de derecho" implica una logomaquia: si abuso no actúo dentro del derecho, es una contradicción. El derecho cesa donde el abuso comienza. Cuando el hombre ejerce sus derechos no puede abusar de ellos, si abusa procede sin derecho, y en ese caso es ilícito. Para los partidarios de estas críticas el concepto legislativo de Vélez sería correcto.

Según nuestra opinión, el derecho subjetivo, conceptualmente, como captación lógica de un reparto proyectado, no puede tener limitaciones. Los límites están en la realidad, no en el derecho subjetivo. Por eso se dice que el ejercicio, el uso del derecho subjetivo, es lo abusivo. El ejercicio, el uso, corresponden a la dimensión sociológica y no a la normológica.

Por lo expuesto, para nosotros el concepto de Vélez Sarsfield es correcto en cuanto refiere al derecho subjetivo, pero incorrecto por no haber captado los repartos proyectados con sus límites, por desconocer que la persona, ejerciendo sus derechos subjetivos, puede adjudicar potencias e impotencias, pero que su accionar tiene límites fijados por las reglas de la naturaleza. Por ello debió referir al ejercicio regular del derecho subjetivo.

11. La norma del Código Civil decimonónico a que venimos refiriendo, padecía en las últimas décadas de una notable inexactitud. Había devenido inexacta, pues ya no describía más lo que acontecía: la jurisprudencia y la doctrina reconocían, con distintos fundamentos, el principio del ejercicio abusivo de los derechos (11).

Esta inexactitud sobrevenida dio origen a la reforma que introdujo la ley 17711. Desde entonces el art. 1071 contiene dos normas (entendiendo por norma una unidad jurídica). Cada una de ellas tiene su tipo legal y su consecuencia jurídica.

Primera norma: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". El legislador de 1968

(11) Respecto de la jurisprudencia, p.v. la interesante reseña efectuada por LEONFANTI, María Antonia, op. cit. pág. 13 y ss.

En cuanto a la doctrina, son significativos los Congresos de Derecho Civil. En el 1er. Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1927, se aprueba la moción de Aguiar: "El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercitare sin necesidad o beneficio para el titular, y en perjuicio de alguien". En el 2º Congreso, 1937, se recomienda: "El que en el ejercicio de un derecho causare un daño a otro, debe repararlo si obró con dolo o culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le fue conferido" (citados por LEONFANTI, María Antonia, op. cit., pág. 36).

modifica el tipo legal: no se trata del ejercicio de un derecho propio, sino que se incluye el concepto de "regular". Se corrige de este modo la incorrección conceptual, sólo se comprende en el tipo, el ejercicio del derecho de manera regular. La consecuencia jurídica se mantiene: el acto es lícito.

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

12. El tipo de esta norma es muy abierto: se considera abusivo el ejercicio que: contrarie los fines que tuvo en mira la ley al reconocer el derecho subjetivo; o bien a aquél que contrarie la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Para determinar el tipo, el reformador argentino debió seleccionar criterios que caracterizan el ejercicio abusivo. En ese sentido, la doctrina actual toma en consideración distintas pautas:

Criterios subjetivos: Para los autores partidarios de investigar la conducta del agente, el ejercicio abusivo consistirá: a) en la intención de perjudicar, dolo (12); o b) en la culpa al ejercerlo. Este criterio supera al anterior, pues la sola culpa ya implicaría ejercicio abusivo, pero merece críticas porque obliga a investigar la culpa, que consistiría en usar el medio más dañoso en el ejercicio; o bien c) en ejercitar el derecho sin interés legítimo, sin utilidad alguna. Esa falta de interés hace presumir que se actuó con intención de dañar (13).

Criterios objetivos: Para quienes adhieren a esta corriente, el ejercicio abusivo se reconoce sin investigar la conducta del agente, y consistiría en: a) ejercer el derecho contra el destino económico o social del mismo. Esto significa un avance respecto de las corrientes subjetivistas, se reconoce, por lo menos, que el límite está en el reparto, no en el querer del sujeto. Sin embargo, se olvidan otros límites (los que nacen de las leyes síquicas, de la naturaleza, etc.) (14); b) contrariar el objeto de la institución, su espíritu, su finalidad (15). Ya dijimos que cuando el derecho objetivo crea un derecho subjetivo debe tener en consideración la justicia; debe tener en cuenta los límites que las leyes de la naturaleza imponen a los repartos. Por tanto, si se contraría lo que se tuvo en cuenta al reconocerlo, se contrarían las leyes de la naturaleza y, en consecuencia, resulta fuera de sus límites; c) contrariar la moral o las buenas costumbres. Este criterio, quizás, deba comprenderse en el anterior, ya que el legislador al reconocer el derecho subjetivo ha de tener en cuenta la moral y las buenas costumbres.

La ley 17711, correctamente, sólo admite dos criterios objetivos, los dos últimos en la enumeración anterior, desechando los criterios subjetivos (16).

13. La consecuencia jurídica de esta norma no es sancionar el acto como ilícito, sino como abusivo.

(12) JOSSERAND, Louis, en sus primeras obras.

(13) LAFAILLE, Héctor, op. cit.

(14) Tal el criterio utilizado por el art. 10 del Código Civil Soviético de 1922: "Los derechos civiles están protegidos por la ley, salvo el caso de que sean ejercidos en sentido contrario a su destino económico y social".

(15) JOSSERAND, Louis, en sus trabajos posteriores.

(16) Acerca de cómo se pretende minimizar la Reforma de 1968 reduciendo el tipo legal al segundo criterio y olvidando el primer criterio de la segunda norma incorporada por la ley 17711, p.v. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Justicia contractual", Bs. As., Ediar, 1978, pág. 64.

Se crea una categoría distinta a la ilicitud, diferenciada en algo, lo que parece más enriquecedor. De este modo se aprecia mejor la dinámica del fenómeno jurídico: no se trata de que haya derecho o no lo haya, y en el último supuesto entender que existe ilicitud. Se da también la posibilidad de que haya derecho subjetivo, pero se ejercite de una manera reprochable (17).

Respecto a las consecuencias jurídicas del acto abusivo, se consideran similares a las del acto ilícito pero diferenciadas en algo. Tienen en común que en ambos nace la obligación de reparar el daño causado. Pero se diferencian porque en el ejercicio abusivo, se puede peticionar la paralización del accionar, aún cuando todavía no se haya producido un daño (prevención), pero siempre que pueda demostrarse que ese daño se produciría realmente de no cesar el ejercicio antifuncional. Esta diferente consecuencia jurídica que hasta el presente sólo es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, ha sido incorporada, como un tercer párrafo, al art. 1071 en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

Dimensión dikelógica:

14. En esta dimensión debe requerirse acerca de los fundamentos por los que no es justo ejercer abusivamente el derecho subjetivo.

Debe sancionarse el ejercicio abusivo del derecho, en razón de que cuando el hombre no respeta los límites de los repartos, hace prevalecer el valor relativo poder, sobre los valores superiores solidaridad, justicia, humanidad.

Es justo impedir que el titular del derecho lo ejerza sólo en su interés individual cuando causa daño a otros, porque de ese modo obstaculiza la realización del bien común que se tuvo, o se debió tener en consideración, cuando se le atribuyó el derecho subjetivo.

Por otra parte, quien ejerce abusivamente su derecho utiliza la esfera de libertad que le reconoció el legislador para ir contra el principio mismo de justicia: su personalización y la de los otros hombres. Se despersonaliza él mismo, pues la persona crece cuando reconoce en los otros su propio ámbito de libertad, cuando respeta ese ámbito. Despersonaliza a los otros, pues les impide usar su propia esfera de libertad.

Porque no es justo el abuso del titular, se hace necesario proteger a los otros hombres, mediante sanciones adecuadas, y también en ciertos casos es menester, proteger al titular de sí mismo (18). Su tendencia egoísta, casi inherente a la condición humana, si no se limita le ocasiona graves perjuicios (soledad, desamor, etc.).

(17) En igual sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 65. LEONFANTI, María Antonia, op. cit., pág. 94, efectúa un distingo que merece ser tenido en consideración: "El abuso del derecho implica un acto materialmente jurídico por su objeto; pero formalmente antijurídico por su fin intencional".

(18) Se relaciona con esta protección la necesidad de evitar el abuso de ciertos derechos personalísimos, integrantes del sector de los llamados derechos a la integridad física, como el derecho a morir en dignidad, cuyo abuso por el titular genera un acto injusto para sí mismo.

III CONCLUSION

En síntesis, admitimos la existencia del derecho subjetivo como una creación del derecho objetivo, en cuyo proceso de creación deben valorarse, desde la justicia, las distribuciones y repartos. Sostenemos además que, en la dimensión sociológica, es posible que el hombre en la atribución de potencia e impotencia, contrariando los límites impuestos por la naturaleza de las cosas, ejerza abusivamente su derecho subjetivo, abuso que debe ser reprochado como un injusto, distinto del ilícito, siendo conveniente plasmar la sanción en una norma general.