

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

*Abuso
del
derecho*

Prólogo de
GUILLERMO A. BORDA



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1992

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	VII
----------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR DEL ABUSO DEL DERECHO

A) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 1. Introducción	1
§ 2. Dificultades que se presentan en la elaboración dogmática del abuso del derecho	5
§ 3. Consagración normativa del abuso del derecho ..	13
§ 4. El abuso del derecho y la crisis de la ciencia jurídica	16

B) CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR

§ 5. El abuso del derecho como límite genérico impuesto al ejercicio del derecho subjetivo	21
§ 6. La conciencia jurídica colectiva como límite genérico al ejercicio abusivo del derecho	27
§ 7. La función judicial y el abuso del derecho	29
§ 8. Revisión del tradicional concepto de abuso del derecho	32
§ 9. Necesidad de un previo esclarecimiento sobre los conceptos de derecho y de derecho subjetivo	36

CAPÍTULO II**DERECHO Y DERECHO SUBJETIVO****A) HACIA UNA VISIÓN INTEGRAL DEL DERECHO**

§ 10.	La tridimensionalidad de la experiencia jurídica	43
§ 11.	El derecho como intersubjetividad	47
§ 12.	La noción de relación jurídica	52

B) LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA

§ 13.	El derecho subjetivo	54
§ 14.	Significado del concepto de situación jurídica subjetiva	65
§ 15.	Apreciación crítica de la noción de situación jurídica subjetiva	68
§ 16.	Categorías de la situación jurídica subjetiva	71
§ 17.	La situación jurídica subjetiva en la doctrina contemporánea	72
§ 18.	Algunas conclusiones en torno al concepto de situación jurídica subjetiva	78
§ 19.	Conexión conceptual entre relación jurídica y situación jurídica subjetiva	81
	a) La conexión como problema	81
	b) La discutible prelación entre los conceptos de situación y de relación jurídica	83
	c) Implicancia entre los conceptos de situación y de relación jurídicas	84
	d) Fundamento de la implicancia conceptual	85

CAPÍTULO III**PROBLEMÁTICA DEL ABUSO DEL DERECHO****A) INTRODUCCIÓN**

§ 20.	La cuestión terminológica	87
§ 21.	Planteamiento preliminar de la problemática del abuso del derecho	89

§ 22.	Cuestiones centrales del problema del abuso del derecho	90
-------	---	----

B) EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO

§ 23.	Necesidad de una referencia histórica	92
§ 24.	El abuso del derecho en Roma	93
§ 25.	La emulación en el derecho intermedio	99
§ 26.	La teoría de las inmisiones	103
§ 27.	El abuso del derecho en la jurisprudencia francesa ..	104
	a) La jurisprudencia como fuente de derecho ..	104
	b) Las sentencias de Colmar y de Lyon	109

C) PRESUPUESTO SOCIO-POLÍTICO

§ 28.	El abuso del derecho y las transformaciones sociales	112
§ 29.	El abuso del derecho y el ocaso del concepto tradicional de derecho subjetivo	116
§ 30.	Significación sócio-política de la teoría del abuso del derecho	118

CAPÍTULO IV

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICOS

A) EL ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA JURÍDICA

§ 31.	Teorías sobre el abuso del derecho	123
§ 32.	Criterios para la determinación del abuso del derecho	125
	a) Posición subjetivista	125
	b) Concepción objetiva	129
	c) Solución mixta	131

B) NATURALEZA DEL ABUSO DEL DERECHO

§ 33.	Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito	135
§ 34.	El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito ..	139

§ 35.	El abuso del derecho como la transgresión de un genérico deber jurídico	142
	a) La situación jurídica subjetiva como punto de partida para la comprensión del abuso del derecho	142
	b) El abuso del derecho como transgresión de un genérico deber jurídico	143
§ 36.	La cláusula general prohibitiva del abuso del derecho	145
§ 37.	El abuso del derecho como un acto ilícito “sui generis”	150
	a) El abuso del derecho no es un acto lícito	150
	b) El acto abusivo no es una conducta situada entre lo lícito y lo ilícito	153
	c) Distinción entre el acto ilícito genérico y el abuso del derecho como ilícito “sui generis”	155
	d) El abuso del derecho y los derechos de la persona	165
§ 38.	El abuso del derecho y la conciencia jurídica colectiva	170
§ 39.	El abuso del derecho, las libertades públicas y el fraude a la ley	174
	a) Las libertades públicas	174
	b) El fraude a la ley	177
§ 40.	Apreciación conclusiva	179
§ 41.	Fenomenología del acto ilícito abusivo	182

CAPÍTULO V

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO

A) DERECHO COMPARADO EUROPEO

§ 42.	Alcances de la norma que condena el acto abusivo	189
§ 43.	Francia	193
	a) La jurisprudencia precursora	193
	b) El abuso del derecho en el antiguo derecho francés	195
	c) El abuso del derecho en el Anteproyecto de Código Civil francés	196
	d) Las propuestas de Saleilles	198

	e) La tesis de Josserand	201
	f) Las tesis negadoras de Duguit y de Planiol ..	206
§ 44.	Alemania	208
	a) El abuso del derecho en el Código Civil prusiano de 1794	209
	b) El Código Civil alemán de 1900	210
§ 45.	Suiza	214
§ 46.	Italia	217
§ 47.	España	224
	a) Introducción	224
	b) La legislación precursora	225
	c) La sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1944	227
	d) La incorporación del abuso del derecho al Código Civil en el año de 1974 y la noción de buena fe	229
	e) Abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo	231
	f) El abuso del derecho como acto u omisión de una prerrogativa	233
	g) El abuso como manera manifiesta de sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho	234
	h) Criterios para determinar el abuso del derecho	237
	i) El daño derivado del acto abusivo	239
	j) Consecuencias del acto abusivo	242
	k) La acción preventiva	243
§ 48.	Código Civil del Portugal de 1967	244

B) ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS

§ 49.	Introducción	245
§ 50.	Código Civil del Uruguay	247
§ 51.	México	252
§ 52.	La Argentina	254
	a) El derecho argentino anterior a la reforma del Código Civil en 1968	255
	b) El Anteproyecto Bibiloni de 1936	258
	c) El Proyecto Llambías de 1954	261
	d) Posición de la doctrina anterior a 1968	262
	e) El abuso del derecho en la reforma del Código Civil en 1968	264
	f) La doctrina posterior a la reforma de 1968	266
§ 53.	En el ordenamiento brasileño	272

§ 54.	Código Civil de Venezuela	275
§ 55.	Código Civil boliviano	276
§ 56.	Código Civil del Paraguay	278
§ 57.	Colombia	280
§ 58.	Código Civil cubano de 1988	284
§ 59.	Guatemala	285

**C) EL ABUSO DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO**

§ 60.	El abuso del derecho en el Código Civil de 1936	288
	a) Introducción	288
	b) Comentarios en torno a la fórmula adoptada por el Código de 1936	290
	c) La ilicitud del abuso del derecho según lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1137	297
§ 61.	El abuso del derecho en el Código Civil de 1984	299
	a) Las vicisitudes del Proyecto de reforma	299
	b) La tutela preventiva de intereses	302
	c) La ilicitud del acto abusivo en el Código Civil peruano	304
	d) Apreciación crítica del principio general “la ley no ampara el abuso del derecho”	311
	e) Casuística normativa alusiva al abuso del de- recho	315
	<i>Bibliografía</i>	321