

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE: EL DERECHO SUBJETIVO

CAPÍTULO 1: 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 Génesis del Derecho Subjetivo	8
A) De la "potestas" al "fús"	8
1) Roma	8
2) Edad Media	11
a) La asimilación entre "potestas" y "fús"	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

Pág.

1- 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) Vílley, o el desprecio por el derecho subjetivo como traición a la moral clásica	54
1)Su formulación	54
2)Críticas	56
11 - 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

1- 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
11 - 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
e) 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

ABUSO DEL DERECHO

	Pág.
D) La doctrina francesa	94
1) Una introducción	94
2) PLANIOL y JOSSERAND	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
n- 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) Ilicitud Y positivismo	121
2) Ilicitud e inmoralidad	126
B) La necesidad de crear un acto ilícito específico	128

CAPÍTULO V: LAS TEORÍAS IDENTIFICATORIAS

1- La Prohibición y su Contenido	131
A) El abuso del derecho como factor flexibilizador	131
B) El papel de los criterios identificatorios	132
2- 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
In - 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
e) 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

1- 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
e) Abuso del derecho y seguridad jurídica	181
11 - 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)Illicitud 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 JOSSERAND	195
3)Las justificaciones individuales	197
C) Argumentos para descartar el distingo	200

CAPÍTULO VII: DERECHO COMPARADO

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

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
11 - 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

1 - VÉLEZ SARSFIELD y el Abuso del Derecho	245
A)La cuestión en el <i>Esboco</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
11 - 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
e) 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

Pág.

1 -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
e) La moral	285
d)Las buenas costumbres	288
e)La finalidad de la norma	289
II - El Vínculo entre el 071 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
e) 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

1 - 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 "reencuzamiento" del acto jurídico	341

CAPÍTULO XI:
CASOS y APLICACIÓN DEL ABUSO DEL
DERECHO EN LA ARGENTINA

Pág.

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 comisario 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

Pág.

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