

## **EL ABUSO DEL DERECHO**

*por*

*Lisardo NOVILLO SARAIVIA*

*Ponencia presentada a las IV Jornadas de la Magistratura*

Comercio y Justicia, 3 de octubre de 1980, p. 3<sup>1</sup>

I.- Es facultad inherente a la función jurisdiccional declarar el derecho. Si el juez tiene con relación a los hechos las limitaciones que impone el principio de congruencia, no sucede lo mismo con la potestad de interpretar o aplicar la ley.

Mientras los hechos que sirven de fundamento a la acción condicionan la actividad del juzgador, que debe resolver de conformidad "a lo alegado y probado", no ocurre lo mismo con la aplicación del derecho, tarea en la que el juez es libre y no está limitado por las alegaciones de las partes. El análisis de los presupuestos fácticos de la acción entablada, su característica jurídica, y encuadramiento legal, es operación que cumple libremente el

---

<sup>1</sup>. Prosiguiendo con nuestra serie de notas relacionadas a las IV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina ofrecemos hoy una de las ponencias en materia de Derecho Civil.

juzgador, sin ataduras de ninguna especie. El procesos lógico de subsumir los hechos en la norma legal no reconoce condicionamientos procedimentales. Quien lo hace en ejercicio de la facultad de juzgar, no está obligado a atender las alegaciones de las partes: "iura curia novit".

En ese concepto el juzgador es libre para determinar los límites del ejercicio de los derechos y para discriminar si el derecho cuya tutela se reclama contraría o no los fines que le son propios o los traspasa en desmedro de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Eso es así, porque el derecho subjetivo tiene su origen en el derecho objetivo. Es la norma legal la que determina el contenido y la extensión de cada derecho e incumbe al intérprete ponerlo de manifiesto y delimitar su ámbito.

Es labor de interpretación descubrir el espíritu de la ley, indagar su razón de ser, buscar la "ratio legis", y señalar la finalidad que persigue. Todos esos elementos conforman el contenido y marcan los límites de cada derecho subjetivo, por lo que es incuestionable que la actividad encaminada a distinguir entre el ejercicio regular o irregular de un derecho, es eminentemente interpretativa y pertenece a la hermenéutica jurídica.

De allí que el juez, frente al caso concreto de una pretensión jurídica, debe actuar la ley y decidir si dicha pretensión se adecua a la norma legal, no sólo en su letra, sino en su espíritu; esto supone una confrontación entre lo pedido, la forma en que se lo pide y el poder de obrar que aquélla confiere, para decidir si realmente la pretensión encuadra en la tutela legal.

La demarcación de límites entre el ejercicio regular o el irregular de un derecho, es inherente a la función misma de declarar el derecho y es por lo tanto independiente del

requerimiento de parte.

II.- El juzgamiento como abusivo del ejercicio de un derecho no está subordinado a la instancia de parte, ni a la introducción en la litis de ese planteo. El juez puede declarar abusivo el ejercicio de un derecho de oficio, por su iniciativa, sin violar el principio de congruencia, porque esa evaluación pertenece al ámbito de la aplicación del derecho, en el que el juez es soberano.

El juzgador está facultado para decidir si el derecho es ejercido por su titular sin verdadero interés, o si lo ejercita en la forma más gravosa para el deudor al aparecer ostensiblemente el designio de perjudicar prevaleciendo sobre el beneficio que el titular pueda obtener, o si el ejercicio es irrazonable, arbitrario o caprichoso, a los efectos de restringir la tutela a sus justos límites.

Un caso típico es el del acreedor que en garantía de su crédito solicita medidas cautelares. Indudablemente tiene derecho a ellas, pero debe ejercitar su derecho dentro del criterio de razonabilidad que la ley reconoce a medidas de esa índole. La cautela tiene como finalidad asegurar el derecho del acreedor y no poner en sus manos un instrumento legal para perjudicar u hostilizar al deudor.

Por consiguiente, si las medidas de seguridad exceden la finalidad a que responden, como si se pide embargo, innecesariamente, sobre bienes que cubren con exceso el crédito del embargante, el juez puede de oficio limitar la medida a lo que sea necesario. La negativa a consentir un pedido de sustitución de embargo, a pesar de que con ello no se disminuya la garantía, constituye un ejercicio abusivo del derecho, que el juez puede declarar sin que medie pedido de parte. Como también el uso abusivo del derecho de

retención, con fines extorsivos o el pedido de resolución del contrato por incumplimiento, a pesar de la escasa entidad del mismo, así como en tantas otras situaciones que pueden presentarse, los jueces pueden decidir si el ejercicio del derecho es regular o no, y rechazar las pretensiones de una de las partes, si ellas exceden los fines que la ley ha atendido en vista o contrarían los dictados de la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

III.- Sin embargo, el ejercicio abusivo de un derecho puede haber ocasionado un daño y dado lugar a la obligación del autor de indemnizar. El ejercicio de la acción resarcitoria por el damnificado dará lugar a un juicio por daños y perjuicios, similar a todos los que tienen su origen en hechos ilícitos. En tales supuestos la posición del juez no es la misma que tiene cuando juzga del ejercicio abusivo del derecho. A diferencia de lo que sucede en estos casos la actuación del juzgador está limitada por el principio de congruencia y por consiguiente no puede resolver más allá de lo alegado y probado, porque la ilicitud del acto requiere como presupuesto esencial la demostración del ejercicio abusivo del derecho. No basta alegarlo, sino que hay que probarlo, porque la ilicitud del acto no resultará sólo del daño sufrido, sino de la demostración de que es consecuencia del ejercicio irregular del derecho.

IV.- En suma, corresponde reconocer que la aplicación del artículo 1071 del Código civil requiere instancia de parte, y que incumbe a los jueces, con un corolario de la aplicación de la ley, decidir si el ejercicio de un derecho es regular o contraría los principios de la buena fe contractual, de la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, cuando se trata de hacer efectiva la responsabilidad civil emergente del ejercicio abusivo de los derechos, los jueces están limitados por el principio dispositivo y no pueden apartarse de lo que exige el principio de congruencia.