

El abuso del derecho y la interpretación jurídica

PAOLO COMANDUCCI*

Resumen: El ensayo presenta y critica, en general, la teoría de los ilícitos atípicos de ATIENZA y RUIZ MANERO. Luego pone en tela de juicio, de manera más específica, la teoría normativa que ATIENZA y RUIZ MANERO han delineado sobre el abuso del derecho. El autor basa sus críticas en una teoría escéptica de la interpretación jurídica y en un enfoque meta-ético de corte no-objetivista.

Palabras clave: Ilícitos atípicos – ATIENZA y RUIZ MANERO – abuso del derecho – interpretación jurídica

Abuse of Right and Legal Interpretation

Abstract: This essay presents and criticizes by and large Atienza's and Ruiz Manero's atypical torts theory. Then, more specifically, it disapproves of Atienza's and Ruiz Manero's normative theory concerning the abuse of right. The author's criticism is based on a skeptical theory of legal interpretation and a non-objectivist meta-ethical approach.

Keywords: atypical torts – ATIENZA and RUIZ MANERO – abuse of right – legal interpretation

* Decano de la facultad de derecho de la *Università degli Studi di Genova*, Italia. Profesor Ordinario, Departamento de Cultura Jurídica "G. Tarello". Correo electrónico: [comanducci@unige.it]
Fecha de recepción: 30 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2011.

1. ILÍCITOS ATÍPICOS

Una decena de años atrás, MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO desarrollaron, e hicieron más atractiva para los juristas positivos, su teoría general del derecho¹ mediante la publicación de un librito, *Ilícitos atípicos*², que ha gozado de un merecido éxito³ y generado varias discusiones. Se trata de una obra sin lugar a dudas interesante y muy aguda.

ATIENZA y RUIZ MANERO afirman que la noción de ilícito atípico⁴ no ha sido elaborada en las teorías clásicas del derecho de corte positivista (AUSTIN, Kelsen, ROSS) porque éstas “descuidan el hecho de que el orden jurídico está compuesto por reglas y por principios”⁵, y no solo por reglas. Según ATIENZA y RUIZ MANERO —que siguen, aunque parcialmente modifican, la propuesta de DWORKIN—, los sistemas jurídicos están compuestos, sobre todo, por reglas (de conducta y de fin⁶) y principios (en sentido estricto y directrices o normas programáticas). Los principios sirven como justificación de las reglas (son las razones que otorgan “sentido” a las reglas), pero pueden también regular conductas, específicamente las acciones que consisten en establecer normas o aplicar normas:

“Esto [...] (la dimensión directiva de los principios en relación con los órganos aplicadores) ocurre cuando no existen reglas específicas aplicables, cuando éstas presentan problemas de indeterminación en su formulación, o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema. Lo característico de los principios se halla en que en su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; y en este último, o solución normativa, se contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas)”⁷.

Cuando un juez es dirigido por principios en la aplicación del derecho a un caso concreto, él debe ponderar los principios relevantes: el resultado de la ponderación es la regla que hay que aplicar.

¹ Cuya más acabada presentación está contenida, en mi opinión, en M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

² M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, 2006² (de ahora en adelante IA).

³ Una demostración de este éxito la constituye, por ejemplo, la edición italiana, coordinada por MICHELE TARUFFO: M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. de V. CARNEVALE, *Presentazione* de M. BARBERIS, Bologna, il Mulino, 2004.

⁴ Una rápida definición de esta noción, que después analizaremos con mayor detalle, podría ser la siguiente: un ilícito atípico es un acto conforme a una regla permisiva pero contrario a un principio, y por eso prohibido.

⁵ IA, p. 14.

⁶ Las reglas de fin apuntan a realizar un estado de cosas.

⁷ IA, pp. 18-19.

En las normas concebidas como razones para la acción, ATIENZA y RUIZ MANERO distinguen un elemento directivo (que hace obligatoria, prohibida o permitida una acción) y uno justificativo (la razón por la cual la acción obligatoria es valiosa, la acción prohibida no es valiosa y la acción permitida es indiferente). El elemento justificativo es preeminente sobre el directivo⁸: en caso de contraste prevalece. "Los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran – que el ordenamiento jurídico considera – como *últimos*"⁹ y que constituyen las razones que justifican todas las reglas regulativas (que son "el resultado de ponderaciones entre principios en sentido estricto y/o directrices")¹⁰.

Según ATIENZA y RUIZ MANERO los actos ilícitos son aquellos contrarios a una norma de mandato (regla o principio). Los ilícitos típicos son "conductas contrarias a una *regla* (de mandato), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a *principios* de mandato"¹¹. ATIENZA y RUIZ MANERO introducen sin embargo una distinción entre los ilícitos atípicos:

"Unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (*analogía legis*) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (*analogía iuris*). Otros [...] son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo –y en razón de su oposición a algún principio o principios–, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder"¹², y quizás también, agregaría yo, con la elusión.

"La analogía opera cuando *prima facie* el caso aparece como no subsumible en ninguna regla; esto es, como permitido meramente en el sentido de no cubierto por una regla prohibitiva; por el contrario, en el abuso del derecho, en el fraude de ley o en la desviación de poder, estamos frente a un caso que de entrada aparece cubierto por una regla permisiva, esto es, que *prima facie* está regulado por una regla como permitido, pero que modifica su *status* deóntico (pasando a estar prohibido) una vez considerados todos los factores"¹³.

Las reglas, como afirma FREDERICK SCHAUER, son potencialmente supraincluyentes o infraincluyentes, en relación con sus justificaciones subyacentes: los ilícitos por *analogía legis* surgen cuando una regla es infraincluyente; los ilícitos por *analogía iuris* surgen del balance entre los principios relevantes que produce una nueva regla prohibitiva; los ilícitos atípicos del tercer tipo surgen cuando una regla permisiva es supraincluyente y, por lo tanto, hay que restringir el alcance o

⁸ Cfr. IA, p. 20.

⁹ IA, p. 21.

¹⁰ IA, p. 22.

¹¹ IA, p. 27.

¹² IA, p. 27.

¹³ IA, pp. 27-28.

ámbito de aplicación de la regla: "Se trata de acciones que, aun siendo *prima facie* subsumibles en una regla permisiva, respecto de ellas no resulta aplicable la justificación subyacente de dicha regla permisiva, o esta se ve desplazada por algún otro principio que, en relación con el caso, tiene un mayor peso"¹⁴.

También en el caso de los ilícitos típicos los principios juegan un papel: antes del momento de la producción de la regla, pero también con posterioridad a la producción de la regla, ya que los principios "no pierden del todo su virtualidad, sino que pueden resultar un elemento esencial a la hora de resolver, por ejemplo, un problema de interpretación"¹⁵.

El planteamiento de ATIENZA y RUIZ MANERO ha sido contundentemente criticado por BRUNO CELANO¹⁶, entre otros. Según CELANO, en la teoría del derecho de ATIENZA y RUIZ MANERO las reglas son superfluas: a los fines de calificar una acción como lícita o ilícita no desempeñan ninguna función. De ellas sólo depende la posibilidad de rotular como típicos o atípicos los ilícitos; etiqueta que, sin embargo, no parece generar ninguna consecuencia jurídica.

A esta conclusión llega CELANO por medio de una secuencia de argumentos.

"En la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO la ilicitud no deriva nunca de la infracción de reglas (la infracción de una regla no es ni condición necesaria, ni condición suficiente de ilicitud). Para determinar si una conducta contraria a una regla constituye un ilícito, es necesario acudir a los principios aplicables"¹⁷. Y sucede lo mismo con la licitud, como se ve en el esquema siguiente:

acto	conforme a una regla	conforme a un principio	lícito	Típico
acto	conforme a una regla	no conforme a un principio	ilícito	Atípico
acto	no conforme a una regla	no conforme a un principio	ilícito	Típico
acto	no conforme a una regla	conforme a un principio	lícito	Atípico

¿Cómo puede ser compatible esta conclusión, se pregunta CELANO, con la tesis de ATIENZA y RUIZ MANERO que instituye una separación fuerte entre reglas y principios? En efecto, según ATIENZA y RUIZ MANERO, las reglas tienen –como para RAZ– carácter perentorio: son razones (de segundo orden) excluyentes para la acción, es decir, excluyen la deliberación de los destinatarios al momento de decidir qué conducta realizar (se actúa así porque la regla lo impone y no por otras razones). Las reglas tienen carácter concluyente y excluyente: son razones para *no* actuar con base en otras razones. Los principios, en cambio, son razones de

¹⁴ IA, p. 29.

¹⁵ IA, p. 29. ATIENZA y RUIZ MANERO admiten, sin embargo, que, a veces, es difícil distinguir entre ilícitos que surgen por medio del uso de la analogía (*legis o iuris*) y los que invierten el sentido de la regla: cfr. por ejemplo IA, pp. 29-31.

¹⁶ Cfr. B. CELANO, *Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, Ilícitos atípicos*, en B. CELANO, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 171-91.

¹⁷ B. CELANO, *Principios, reglas, autoridad, cit.*, p. 172.

primer orden, ni perentorias ni excluyentes, que deben ser balanceadas con otras razones. Pero –ya lo vimos presentando la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO– si una regla se opone a los principios subyacentes, el juez no tiene que aplicarla: esto quiere decir, según CELANO, que las reglas no tienen ni carácter concluyente ni excluyente, son “transparentes” –y no “opacas”– respecto a las razones.

Pero ¿esto sólo pasa en el caso de los ilícitos atípicos? En opinión de CELANO, no. ATIENZA y RUIZ MANERO deberían coherentemente afirmar que esto también pasa en el caso de reglas de mandato –que obligan o prohíben–, y no sólo en el caso de reglas permisivas. ATIENZA y RUIZ MANERO admiten, sin embargo –como relaté anteriormente–, que en el caso de ilícitos típicos los principios guardan su “virtualidad” (su rol y potencialidad) en materia interpretativa; pero –se pregunta CELANO– ¿por qué sólo en ésta? ¿Por qué no podrían invertir el sentido de reglas en términos de obligación o prohibición? Y, en efecto, ATIENZA y RUIZ MANERO lo admiten claramente cuando tratan de la licitud atípica. Por lo tanto la (i)licitud típica y atípica parecen colapsar.

CELANO rechaza las réplicas de ATIENZA y RUIZ MANERO como insatisfactorias: decir que las reglas excluyen *algunas*, y no todas las razones es equivalente a admitir que siempre las reglas son transparentes frente a las razones, y que –después de haber ponderado todas las razones de primer orden aplicables al caso– las reglas se aplican sólo si no son contrarias a los principios relevantes. Yo creo que, incluso, se podría extender la conclusión de CELANO y afirmar que para ATIENZA y RUIZ MANERO –como para NINO– es todo el derecho el que es, en último análisis, inútil: en último análisis la licitud o ilicitud de las conductas sólo depende de la moral.

Podemos, por lo tanto, y de acuerdo con CELANO, reformular el esquema precedente de esta manera¹⁸:

Reglas	Principios	Conductas
P p	P p	p: lícito típico
P p	Ph p	p: ilícito atípico
Ph p	Ph p	p: ilícito típico
Ph p	P p	p: lícito atípico

La conclusión de CELANO es la siguiente: “Hay, en la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO, un único concepto de lícito o ilícito: es ilícito aquello que, y sólo aquello que, la ponderación de los principios aplicables al caso prohíbe (digan lo que digan las reglas); es lícito aquello que, y sólo aquello que, la ponderación de los principios aplicables permite (digan lo que digan las reglas)”¹⁹.

Si las teorías de AUSTIN, KELSEN y ROSS son inadecuadas por incompletas, ya que no contemplan ningún espacio para los principios, igualmente lo es la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO, ya que en ella no hay lugar alguno para las reglas.

¹⁸ P = permitido, Ph = prohibido, p = conducta.

¹⁹ B. CELANO, *Principios, reglas, autoridad*, cit., p. 185.

Como último argumento²⁰, CELANO subraya la ausencia del problema de la autoridad en la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO²¹. Acerca del resultado del balance hay desacuerdos (los principios son "múltiples, conflictivos, inconmensurables e indeterminados"): ¿quién decide o debería decidir? y ¿cómo? ¿con qué procedimiento? ATIENZA y RUIZ MANERO no ofrecen una respuesta precisa, y sólo pueden hacer referencia –agrego yo– a las creencias morales de los jueces.

2. OBSERVACIONES CRÍTICAS...

Estoy de acuerdo en gran medida con las críticas de CELANO a la propuesta teórica de ATIENZA y RUIZ MANERO relativa a la estructura de los sistemas jurídicos y a la naturaleza de las normas, críticas que se basan, principalmente, en la falta de coherencia interna de la misma, si bien al final parece –con la referencia al rol de las autoridades– que CELANO también acuse a la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO por ser distante de la realidad. Y por este camino voy a seguir yo.

Una teoría como la de ATIENZA y RUIZ MANERO puede ser entendida como si tuviera, contemporáneamente, dos direcciones de ajuste opuestas: palabras-a-mundo y mundo-a-palabras. En efecto, ella pretende describir los fenómenos jurídicos reales de nuestras sociedades (es una *teoría*), pero también quiere evaluar y orientar estos fenómenos, los cuales, además, no podría describir sin realizar, contemporáneamente, valoraciones morales (es una *teoría normativa*).

Ahora bien, en mi opinión, la *teoría* de ATIENZA y RUIZ MANERO puede ser criticada –más allá de como lo hizo CELANO– por ocultar, o, al menos, no resaltar suficientemente la discrecionalidad de las, en sentido amplio, actividades interpretativas de los jueces, especialmente cuando manejan principios.

Mientras que la *teoría normativa* de ATIENZA y RUIZ MANERO podría ser criticada porque favorece el activismo interpretativo de los jueces, que genera una mayor indeterminación del derecho, sin que se vean claramente las ventajas que quizás podrían compensar semejante costo.

Intentaré ilustrar estas críticas en el caso específico del abuso del derecho, que es uno de los ilícitos atípicos analizados por ATIENZA y RUIZ MANERO. El interés por esta figura, que tiene una historia larga y undívaga, sea desde el punto de vista sincrónico, sea desde el punto de vista diacrónico, ha sido reavivado, al menos en Italia, por algunos fallos recientes de la Corte de Casación. En algunos países la prohibición del abuso del derecho está prevista explícitamente por la ley, como en España²² o en Alemania, o como también en la Carta de los derechos

²⁰ CELANO presenta antes un argumento sobre la naturaleza particularista del razonamiento jurídico, que balancea principios y valores que son múltiples, conflictivos, inconmensurables, indeterminados.

²¹ Cfr. B. CELANO, *Principios, reglas, autoridad*, cit., pp. 190-91.

²² Cfr. art. 7.2 del Código Civil: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales

fundamentales de la Unión Europea (la así llamada "Carta de Niza"), en su art. 54²³. En otros países, como en Italia y Francia, en cambio, la figura del abuso del derecho no está prevista legislativamente y es una creación de la doctrina y de la jurisprudencia. Sin embargo, dada la formulación absolutamente indeterminada de dichas previsiones explícitas sobre el abuso del derecho, no sorprende que el rol de esta figura no haya sido muy diferente en los países que no han regulado de manera explícita en su legislación la prohibición del abuso del derecho y en aquellos países que, en cambio, la han regulado.

2.1. ... a la *teoría*

ATIENZA y RUIZ MANERO presentan una redefinición del abuso del derecho – que restringe un poco la definición del concepto que está dada por los usos efectivos de la locución – que, en su opinión, "viene a ser una reconstrucción y generalización adecuadas de la manera como la misma opera"²⁴.

"La acción *A* realizada por un sujeto *S* en las circunstancias *X* es abusiva si y solo si:

1. Existe una regla regulativa que permite *S* realizar *A* en las circunstancias *X*. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra *S* como titular de un cierto derecho subjetivo.

2. Como consecuencia de *A*, otro u otros sujetos sufren un daño, *D*, y no existe una regla regulativa que prohíbe causar *D*;

3. *D*, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1. Que, al realizar *A*, *S* no perseguía otra finalidad discernible más que causar *D*, o que *S* realizó *A* sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2. Que *D* es un daño excesivo o anormal.

4. El carácter injustificado del daño determina que la acción *A* quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1 y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* [*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o de 3.2)] la acción *A* está prohibida"²⁵.

del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

²³ "Prohibición del abuso de derecho. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta".

²⁴ IA, p. 56.

²⁵ IA, p. 57.

Como también ha mostrado, de forma detallada y rigurosa, Giorgio Pino en varios trabajos²⁶, que constituyen el mejor y más reciente análisis desarrollado en Italia sobre el tema, los elementos problemáticos, en ésta, así como en otras definiciones del abuso del derecho, son múltiples:

a. La configuración del derecho subjetivo. Es difícil hablar de abuso si se concibe el derecho subjetivo según la *will theory*, o a la manera de Kelsen, ya que en este caso la figura sólo abarcaría los actos emulativos. La *interest theory*, en cambio, si por "interés" se entiende también un interés social, parece ser la que mejor se ajusta a la elaboración de la figura del abuso del derecho.

b. La regla permisiva.

b1. ¿Existe? ATIENZA y RUIZ MANERO parecen pasar por alto el problema interpretativo de la individualización de la regla a partir de una o más disposiciones. Esto pasa casi siempre en su teoría y no voy a repetirlo en cada paso.

b2. Si el intérprete afirma que existe la regla, esto quiere decir que ya se ha optado por la inexistencia de una laguna, que – si la hubiese habido – habría podido ser colmada de diferentes maneras.

b3. ¿Cómo y cuándo la regla determina las modalidades de ejercicio de la acción A? Esto también depende de la configuración de la regla por vía interpretativa. Intuitivamente, entre más las modalidades no están determinadas por la regla, tanto más es posible que el intérprete pueda configurar un ejercicio abusivo del derecho, y viceversa.

c. La finalidad de S al realizar A en las circunstancias X, si es considerada desde un punto de vista subjetivo (la intención de S), es algo difícilmente determinable, y deja por lo tanto gran discrecionalidad al juez en la decisión. Los actos emulativos, además, no parecen tener hoy en día gran relevancia práctica. Tienen, en cambio, gran relevancia práctica los casos en los que el juez quiere determinar la finalidad objetiva de la acción A en las circunstancias X, en concreto o en abstracto (es decir la finalidad de la clase de acciones de la que A es una instancia). Tal determinación siempre conlleva un amplio margen de discrecionalidad: ¿en la realidad cómo se decide si el daño es excesivo o anormal? O bien, en otras palabras, ¿cuál es el criterio valorativo que permitiría al juez decidir que el ejercicio de un derecho es abusivo? ¿Se trata de un criterio interno o externo al sistema jurídico? Como recuerda GIORGIO PINO²⁷, los criterios efectivamente empleados, al menos en Italia, son múltiples: criterio subjetivo (*animus nocendi*); criterios económicos (eficiencia); criterios morales (en el sentido de la moral crítica, de la social, o de la así llamada

²⁶ Cfr. sobre todo: G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, en G. MANIACI (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 115-75.

²⁷ Cfr. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit., pp. 145-56.

moralidad interna al derecho); criterios teleológicos (*ratio legis*; función social; principios balanceados entre sí).

d. Claramente, el punto máximo de discrecionalidad se realiza en la configuración del principio que constituiría la razón subyacente a la regla que permite realizar *A* en las circunstancias *X*, o de otros principios relevantes que deben ser *balanceados* entre sí. Entre otros factores, de esto depende el surgimiento, o no, a partir de tal principio, de la regla que prohíbe *A* en las circunstancias *X'*: el juez construye una laguna axiológica relativa a la acción *A* en las circunstancias *X'*, dado que anteriormente se ha restringido – siempre por medio de la interpretación – el alcance de la regla permisiva; sobre la base del principio se colma después la laguna, derivando la regla según la cual está prohibido *A* en las circunstancias *X'*.

Espero que resulte evidente, a partir de lo que he dicho anteriormente, basándome en el penetrante análisis de GIORGIO PINO, cómo toda la actividad interpretativa (en sentido amplio) llevada a cabo por el juez – o por la dogmática – para determinar si una acción ha sido, o no, un ejercicio abusivo de un derecho, está marcada por una multitud de decisiones discrecionales que, en buena medida, son ocultadas por la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO. Y esto depende:

1. en parte de su adhesión a la tesis de la separación fuerte entre principios y reglas²⁸, que presupone que esta distinción es independiente de la actividad interpretativa;

2. en parte de su adhesión a una teoría moderadamente cognitiva de la interpretación, que a su vez depende de la meta-ética objetivista de Atienza y Ruiz Manero y de su versión neoconstitucionalista de la tesis de la conexión (identificativa y justificativa) necesaria entre moral crítica y derecho constitucionalizado.

Abriendo un breve paréntesis, analizamos ahora, muy rápidamente, una importante sentencia de la Corte de Casación italiana²⁹ para mostrar, con un ejemplo, los pasos discrecionales en la configuración del abuso del derecho.

El caso

Una empresa *A* es concesionaria de una casa automotriz *B* para la venta de autos en una determinada zona. Durante la última crisis económica hubo una fuerte disminución en la venta de autos. *B* pidió entonces a *A*, en varias cartas, la modificación – en un sentido para sí mismo favorable – de las condiciones contractuales relativas al precio de venta de los autos a la concesionaria. *A* respondió que no quería modificar el contrato. *B*, entonces, terminó unilateralmente el contrato, con base en una cláusula de receso *ad nutum*, expresamente prevista a su favor en

²⁸ Para una breve explicación de esta distinción cfr. P. COMANDUCCI, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, R. ESCUDERO ALDAY (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, cap. 9.

²⁹ Cass., sez. III, 18-9-2009, n.º 20106.

el contrato. A citó en juicio a B por abuso del derecho y violación de la buena fe contractual. La Corte de Casación anuló con reenvío la sentencia favorable a B emitida en segundo grado.

La argumentación

La regla contractual prevé como permitido el receso. Y esta regla es *expresión de la autonomía negocial*, que a su vez encuentra respaldo en un principio del código civil que protege la *autonomía de los privados*.

Pero todos los contratos están gobernados por el principio de la *buena fe objetiva*, es decir, de la recíproca lealtad de conducta entre las partes, que a su vez deriva del *deber de solidaridad*³⁰. El principio de buena fe impone a las partes actuar de forma tal que se realice un *balance entre los intereses recíprocos*, más allá de la existencia de específicas obligaciones contractuales. La violación del principio de buena fe conlleva el incumplimiento del contrato y la obligación de resarcir el daño.

El principio de buena fe constituye el criterio que el juez debe usar para controlar el contrato y *equilibrar los intereses* de las partes. Las partes pueden ejercer los poderes negociales sólo de conformidad con los cánones de *buena fe, lealtad y corrección*, en aras de que sus derechos subjetivos no se transformen en arbitrarios, determinando así un *abuso del derecho*.

Los pasos discrecionales en la interpretación y argumentación de la Suprema Corte (por mí resaltados antes en cursiva) me parecen totalmente evidentes: usando de esta forma los principios, siempre se puede despojar de su contenido prescriptivo cualquier cláusula contractual.

2.2. ...a la teoría normativa

Como dije hace poco, la teoría de los ilícitos atípicos de ATIENZA y RUIZ MANERO me parece que muestra (con las reservas ya expresadas) las prácticas interpretativas y argumentativas de los jueces y de la dogmática en sociedades contemporáneas caracterizadas por el proceso de constitucionalización del derecho³¹. Sin embargo, reconstruye estas prácticas al interior de un marco teórico-normativo en el que las mismas prácticas son evaluadas positivamente. Más aún: la teoría *normativa* de ATIENZA y RUIZ MANERO intenta orientar aquellas prácticas de forma tal que se adecuen, en lo posible, a los requerimientos del neoconstitucionalismo metodológico y del neoconstitucionalismo ideológico³². Específicamente, los jueces y

³⁰ La Casación hace aquí referencia al artículo 2 de la Constitución italiana: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social".

³¹ Acerca de este fenómeno véase R. GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-83.

³² Una explicación de estas dos categorías se encuentra en P. COMANDUCCI, *Hacia una teoría*

la dogmática deberían, desde el punto de vista del método, aceptar la tesis de la conexión necesaria (identificativa y justificativa³³) entre derecho y moral crítica. Mientras que, desde un punto de vista ideológico, los jueces y la dogmática deberían comprometerse en la defensa de aquellos derechos, principios y valores morales que han sido acogidos en nuestras constituciones liberal-demócratas de la segunda posguerra. Deberían, además, favorecer la obediencia al derecho conforme a estas constituciones y, por lo que a los jueces se refiere, aplicarlo en la decisión de los casos concretos.

En la medida en que el neoconstitucionalismo resulta exitoso y se difunde —lo que efectivamente está pasando en muchos países de Europa y América—, se propagan también prácticas como la de configurar (i)lícitos atípicos y, más en general, de solucionar las controversias por medio del uso de principios y del resultado de su ponderación *ad hoc*, caso por caso —y no categorial o definitoria, es decir, individuando un criterio estable para solucionar todos los casos pertenecientes a una clase³⁴—. Si no creemos, como ATIENZA y RUIZ MANERO, que haya una moral objetiva y que sea cognoscible y empleada por los jueces; si no creemos que haya una moral social compartida por los jueces y la sociedad, y que los jueces la empleen como base de sus decisiones; entonces, sin lugar a dudas, estas prácticas aumentan la indeterminación de los sistemas jurídicos contemporáneos, disminuyendo el nivel de seguridad jurídica³⁵. Una seguridad que, por cierto, ya está socavada por una pluralidad de factores bien conocidos: la ambigüedad y vaguedad de las disposiciones normativas; el frecuente empleo de la técnica del reenvío, implícito o explícito, a otras disposiciones; las fallas en las técnicas del *drafting* legislativo; la multiplicación y la pulverización de los contenidos de la legislación, etc.

A pesar de que, generalmente, la certeza del derecho sólo es considerada como uno de los valores jurídicos relevantes, y podría, por lo tanto, ser parcialmente sacrificada en aras de realizar otros y más importantes valores (como la justicia en abstracto, la justicia en concreto o equidad, la adecuación del derecho a los cambios sociales, etc.), no veo cuáles serían las ventajas que podrían derivar de la adopción, en general, de la teoría normativa de ATIENZA y RUIZ MANERO, y específicamente de su teoría de los ilícitos atípicos. Esto porque, en mi opinión:

a) se trata de una teoría normativa que intenta empujar a los jueces para que, de hecho, decidan con base en sus propias y personales creencias e intuiciones morales;

analítica del derecho, cit., pp. 251-61.

³³ Una presentación y una crítica de esta tesis se encuentran en P. COMANDUCCI, *op. cit.*, pp. 65-74.

³⁴ Sobre los dos tipos de ponderación o balanceo cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 187-93.

³⁵ Una crítica análoga a aquella desarrollada en el texto se encuentra en L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, que será próximamente publicada en *Doxa*.

b) también estimula a los jueces para que usen discrecionalmente instrumentos de corrección y modificación profunda de las interpretaciones literales (entendidas, estas últimas, sea como interpretaciones *prima facie*, sea como interpretaciones llevadas a cabo empleando el código semiótico brindado por la lengua natural en la que están formuladas las leyes);

c) les permite –o incluso les obliga desde un punto de vista moral– a revisar permanentemente, y eventualmente modificar, el balanceo de las razones efectuado por el legislador cuando aprobó la ley.

Si así están las cosas, entonces la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO debería ofrecer argumentos persuasivos para justificar prácticas que evidentemente se alejan de aquellas propias del modelo de estado democrático de derecho. Y no me parece que estén en condición de hacerlo, sobre todo a causa de los insuperables problemas epistemológicos que afligen su meta-ética objetivista.