

LOS ABUSOS EN EL DERECHO PÚBLICO	61
I. Introducción	61
II. Los abusos en el derecho constitucional	64
III. El abuso del derecho en las reformas	69
IV. Consideraciones finales	71

LOS ABUSOS EN EL DERECHO PÚBLICO

En memoria de mi maestro,
Alberto Antonio Spota

*Power tends to corrupt and absolute
powers corrupts absolutely*
Lord Acton

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo nos ocuparemos de los abusos en el derecho constitucional porque el tema de los abusos en el derecho, en general, nos llevaría mucho más lejos y probablemente necesitaríamos mucho más tiempo y espacio del que disponemos. Además, ya el Código Civil en el artículo 1071 deja bien en claro que la ley civil no ampara los derechos abusivos. Está claro que tal afirmación se funda en la noción de legitimidad del derecho como ordenamiento social. Lo contrario, es decir, la falta de esa legitimidad implicaría admitir al derecho como una suerte de razón de la fuerza o razón de la dominación por el poder mismo.

En consecuencia, tanto por razones funcionales como por exigencias éticas, el poder debe sustentarse sobre la legitimidad y mantenerse dentro de sus límites, si bien tal legitimidad puede tener distintos contenidos conforme a los tiempos históricos y los supuestos estructurales y coyunturales. Sólo la limitación del ejercicio del poder por el principio de legitimidad puede evitar su corrupción, de lo contrario, cobra vigencia la sentencia de Lord Acton citada como epígrafe de este trabajo.

El poder es impensable sin la coerción, pero la actualización de ésta tiene, entre otros límites, las resistencias que tenga que vencer, las cuáles serán tanto menores cuanto más extensa y profunda sea la vigencia del principio de legitimidad, de modo que en líneas generales, puede decirse que la actualización de la coerción es inversamente proporcional a la vigencia del principio de legitimidad.

No hay que asombrarse que insistamos en poner tanto el énfasis sobre el principio de limitación del poder como caracterización fundamental del derecho constitucional. Ello es porque no han faltado doctrinas que se han apartado de tal principio, como el *decisionismo*, a partir de Carl Schmitt¹ y su *Teoría de la Constitución*. La legitimidad del Derecho Constitucional consiste, en palabras del propio Carl Schmitt en la facultad de legislar sobre lo excepcional. Las consecuencias de su aplicación práctica están a la vista en la historia con lo sucedido con el tristemente célebre artículo 48 de la Constitución de la República de Weimar y que permitiera sucesivas delegaciones legislativas en el entonces canciller del Reich, hasta que la suma de poderes de hecho convirtiera el resto del texto constitucional de una constitución paradigmática en una mera anécdota.

No menos apegadas al principio de limitación del poder resultan ser las posiciones que han pretendido fundamentar el derecho constitucional desde el ser olvidándose del deber ser, idea que es de una importancia lógica fundamental en la construcción piramidal del orden jurídico, a la manera kelseniana, colocando a la Constitución en la cima de la pirámide que representa al orden jurídico identificado con el Estado de derecho y que representa en toda su dimensión al principio de supremacía. Desde Herman Sélmer² y su Teoría del Estado fundada en la pretendida legitimidad del *poder normativo de lo fáctico*, remontándonos hacia atrás con Ferdinando Lasalle, quien visualizaba a los factores reales de poder como orden constitucional, no existen mayores diferencias en la cosmovisión sociológica que cabe dar al orden jurídico institucionalizado.

Si bien todo análisis de derecho constitucional que ignore la realidad podría caer en mero romanticismo, porque es casi siempre el mundo de los hechos —lo político— el que condiciona a lo jurídico —y no al revés— como bien nos enseñó el maestro Spota, no por eso el derecho puede desprenderse del principio de la lógica de los antecedentes que le da legitimidad a partir de la Constitución, siendo la misma una norma jurídica —la más importante del sistema— que a su vez encuentra legitimidad en el poder constituyente como momento de tránsito desde lo político a lo jurídico. El poder constituyente es poder político que se juridiza al normarse.

1 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
2 Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica.

Distinta es en cambio la fundamentación de otro autor alemán que vivió en la misma época, Max Weber³ quien ve el fundamento de la autoridad del derecho en la creencia generalizada en una determinada legitimidad. De modo que es esa legitimidad la que da fundamento a la legalidad, y no al revés como pretende el decisionismo. Es la misma raíz que se encuentra en los aportes de la sociología y la ciencia política aplicada al derecho constitucional, a la manera en que lo hiciera Maurice Duverger cuando marcó la diferencia entre el mero poder desnudo como hecho de la fuerza, de la *autoridad* y que significa ejercicio de un poder legítimo, es decir el que se atiene a las formas y procedimientos que el sistema político institucional sostiene. De ahí también resulta que el Estado constitucional de derecho privilegie los medios y no los fines. Es en el autoritarismo en sus diversas formas (incluyendo el eficientismo economicista) donde el fin justifica los medios. No en la democracia constitucional porque los fines son los valores enumerados y no enumerados en la parte dogmática del texto constitucional y constituyen el techo axiológico del sistema.

La palabra “abuso” proviene del latín *abusus*: de *ab*, en sentido de perversión, y *usus*, uso. En derecho, por *abuso* se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión; en definitiva, todo acto que fuera de los límites impuestos por la razón, la equidad, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general.

Puede así hablarse de abuso de derecho, de poder, de autoridad, de confianza, de superioridad, etcétera. En cuanto al abuso de autoridad, éste puede consistir en exceso o desviación en su ejercicio, público o privado. En el derecho administrativo, la figura de “desviación de poder” se encuentra enmarcada en la teoría del acto administrativo como un vicio que afecta la finalidad con que el acto ha sido dictado.

Todas esas clases de abusos se relacionan de manera directa o indirecta con el derecho constitucional, mucho más que otros tipos de abusos que también existen en el derecho, como el abuso deshonesto, el abuso de firma en blanco, y el abuso del derecho en general, pero que no son nuestra materia en esta oportunidad.

3 Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.

II. LOS ABUSOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

En el ámbito específico del derecho constitucional podemos enunciar diferentes clases de abusos: a) terminológicos, b) en la práctica constitucional, c) institucionales, d) prohibidos.

a) Los abusos terminológicos son frecuentes en materia de interpretación de normas constitucionales, especialmente cuando se presentan ambigüedades semánticas o sintácticas, o también cuando se trata de integración de las denominadas lagunas, y tal integración se realiza mediante concepciones valorativas o axiológicas. De ese modo, no pocas veces la interpretación constitucional se ha apartado del recto sentido de las normas y aun de la intención del legislador, haciéndole decir a la constitución cosas que ésta de ningún modo dice o quiso decir, llegando incluso en algunos casos a apartarse totalmente no sólo del uso corriente y del significado de las palabras, sino también del sentido común que, a decir de Winston Churchill, representaba el menos común de los sentidos.

William Godwin señala que la ley servía originariamente para que el hombre medio pudiera saber lo que debía hacer y hoy en día no hay en Inglaterra un abogado lo suficientemente presuntuoso como para creer que domina el código. Se trata de una frase pronunciada hace décadas pero que mantiene plena actualidad en nuestros días.

Un ejemplo de esto es la interpretación que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del *leading case* Fernández Arias vs. Poggio, dio al artículo 102 de la Constitución argentina en cuanto a la prohibición al presidente de la nación de arrogarse el conocimiento de causas judiciales, sosteniendo que tal prohibición no alcanzaba a las causas *jurisdiccionales* y que por ende eran legítimos los llamados tribunales administrativos, siempre que existiera una amplia revisión posterior. Este ejemplo y otros, entre los que se encuentran las interpretaciones extensivas, se apartan de la concepción racional-normativa de la Constitución y, en definitiva, constituyen abusos que alteran su sentido. La Constitución es una norma que tiene por objeto limitar el poder, por lo que las extensiones interpretativas son siempre peligrosas.

En mi opinión es menester desarrollar y afirmar el principio constitucional de claridad, que siguiendo la concepción dada por Linares al principio de razonabilidad, ponga atención en la fundamentación racional del texto conforme no sólo a la norma y a los hechos sino también al recto sentido que cabe darle a las palabras. El carácter científico del derecho

será puesto siempre en duda si se sigue pensando que hay siempre media biblioteca para fundar una posición y media biblioteca para sostener lo contrario. De modo que nada hay más opuesto al concepto constitucional de claridad que la tesis ecléctica, es decir aquélla que sin mayor rigor de fundamentación busca el punto medio tratando de conciliar una posición con otra.

Entre nuestros autores del derecho constitucional, Bidart Campos ha criticado la jurisprudencia contradictoria al darse soluciones diversas para casos iguales o semejantes, y se ha pronunciado a favor de la jurisprudencia plenaria y a los tribunales de casación, saliendo al cruce de quienes entienden que la obligatoriedad de la jurisprudencia desnaturaliza su concepto frente a la ley. Ha dicho en tal sentido que aun cuando puedan aparecer similitudes en los efectos, persisten las nítidas diferencias en cuanto a la sustancia.

Sostengo, en definitiva, que en materia de interpretación constitucional, deben afrontarse los riesgos de una fundamentación más rigurosa y apegada a los textos no sólo a través del principio de unidad y no contradicción, sino también del principio de claridad que debe proseguir y completar la regla de razonabilidad. Y a la hora de las críticas a los abusos es menester señalar que no pocos de ellos han provenido de la llamada *interpretación dinámica*, a partir del caso *Avico vs. De la Pesa*, por oposición a la llamada interpretación estática y que en realidad ha propugnado el apartamiento estricto del texto cuando las circunstancias de la realidad fáctica circundante han variado notoriamente, a la manera en que las posiciones denominadas *contextualistas* se oponen en los Estados Unidos a las corrientes *originalistas* que defienden la interpretación del texto conforme la entendían los llamados padres fundadores.

Pero una cosa es la interpretación basada en los valores sustanciales o immanentes del sistema democrático, como defiende Ronald Dworkin,⁴ y otra muy distinta es que la llamada interpretación dinámica sea una suerte de agujero negro que dé cabida por vía interpretativa a doctrinas que no tienen anclaje alguno con la Constitución. La doctrina de la emergencia es un claro abuso en ese sentido, pero ese tema constituye un subtipo de abuso en sí mismo.

b) Los abusos en la práctica constitucional responden a prácticas permitidas y expresamente previstas en el texto de la Constitución, pero cuya

4 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

utilización por parte de los poderes públicos conforma, sin duda verdaderos abusos en nuestro sistema institucional. Entre ellos van a la cabeza en nuestro sistema el estado de sitio (artículo 23) y la intervención federal (artículo 60.), de manera que Carlos Nino ha tenido oportunidad de catalogarlas como las dos normas de la Constitución que más han contribuido a la conformación —o deformación— del llamado hiperpresidencialismo hegemónico. Creo que la mera enunciación basta, es suficientemente ilustrativa y conocida por todos la historia de abusos y persecuciones políticas a que dieron lugar. Claramente podemos afirmar que tipifican en lo que se denomina abuso de poder, pero que en este caso lo es a través del uso final incorrecto o abusivo de instrumentos previstos en la propia Constitución.

Hay una particularidad especial en los llamados institutos de emergencia y que en nuestra opinión favorece su práctica abusiva. Se trata de la lógica finalista que los justifica, en sentido inverso a la lógica del Estado de derecho donde prevalecen los fines y el principio de limitación del poder tiene rango central y trascendente de modo que el principio de reparto o de reserva (artículo 19) juega en favor de los ciudadanos quienes tienen todos los derechos y libertades que no estén expresamente prohibidos por las leyes, a diferencia de los poderes públicos que sólo pueden realizar aquello que expresamente les haya sido delegado (artículo 121). Para Nino, ambos artículos son normas de clausura del sistema en el sentido kelseniano del término.

Los institutos de emergencia tienen una naturaleza de excepción y, como condición relevante, su *temporalidad*; el ejemplo clásico es el *Diktator* del derecho romano que asumía todos los poderes pero cuyo mandato caducaba a los seis meses. El estado de sitio se remonta en sus orígenes a las restauraciones monárquicas, de modo que el rey pudiera en casos de grave conmoción interior o de ataque exterior (guerra) asumir la totalidad de los poderes mientras durase la emergencia. Se trata de concepciones finalistas que someten y restringen los derechos a una voluntad de poder superior y que por ende contrarían la lógica del Estado de derecho. Su inclusión en el texto de la Constitución ha demostrado ser, en la práctica, el germen de su propio mal. Es notable que tales instituciones de emergencia no existen en el modelo de la Constitución de los Estados Unidos.

Y si queremos extender la lista de las instituciones de emergencia previstas en la Constitución, a partir de 1994 el catálogo incluye a los llamados reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3) y la dele-

gación legislativa (artículo 76). Especialmente en el primer caso, los abusos incumben a los tres poderes constituidos, el Ejecutivo al exceder el marco de las materias prohibidas, el Legislativo al no reglamentar el mecanismo ni crear la comisión bicameral permanente y el Judicial al contemplar su legitimidad sin haber estado cumplidos los extremos constitucionales antes señalados. En nuestra opinión ambos artículos conforman dos caras de una misma moneda como institutos de excepción, y por lo tanto los límites del artículo 99, inciso 3 también rigen para el caso del artículo 76.

c) Los abusos también han existido en la creación de instituciones que contrarían el sentido de la constitución y entre las que tienen lugar destacado la doctrina de facto y la doctrina de la emergencia. La doctrina de facto comenzó a delinearse con el acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación justificando el golpe revolucionario del 6 de septiembre de 1930, acuerdo que citó entre sus fundamentos la obra del profesor canadiense Constantineau y la necesidad de continuidad del orden jurídico, de manera que la llamada doctrina de facto fue desarrollándose en la medida de las sucesivas interrupciones del orden institucional. En un principio se sostuvo que la legislación emanada de los gobiernos de facto por medio de los llamados decretos-leyes requería de una confirmación legislativa posterior para cobrar vigencia, en tanto que más adelante se señaló por el contrario que tal aprobación era tácita y se requería que no hubiese un rechazo expreso para considerarla vigente. Algunos autores han destacado el carácter de institución de emergencia que revestiría la doctrina de facto. En nuestra opinión, los golpes de Estado y las pretensiones para legitimarlos mediante la llamada doctrina de facto no son instituciones de emergencia sino, por el contrario, violaciones al orden constitucional de acuerdo con lo previsto en los artículos 22 y 29 y ahora ratificado con el nuevo artículo 36 del texto fundamental.

En cuanto a la llamada emergencia en lo económico y social, creación de raíz pretoriana, mucho se ha escrito y muchas veces se la ha invocado, tanto que no queda muy en claro si han sido más extensos los periodos de normalidad o de anormalidad constitucional. Distintas doctrinas han fundado la invocación de la emergencia en distintos periodos y en algunos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ocupado de establecer límites a la misma. En un primer tiempo, la fundamentación de la emergencia se centró en la doctrina del poder de policía proveniente del

derecho norteamericano, entendido en sentido amplio, a partir del caso Ercolano vs. Lanteri de 1922, siendo el precedente en la materia el caso Avico vs. De la Pesa de 1948, en el que se establecieron los límites jurisprudenciales dentro de los cuales la declaración de emergencia podía tener lugar. En 1989, con la sentencia en el fallo Peralta, Luis Arcenio vs. Estado nacional (Ministerio de Economía) s/amparo se pasó de la fundamentación basada en la doctrina del poder de policía a la fundamentación lisa y llana en el estado de necesidad como sustento de la emergencia, en tanto el denominado principio de supervivencia del Estado aparece en el horizonte jurídico como la nueva finalidad que justificaría la implementación de los medios utilizados.

d) Finalmente, hemos dedicado la arbitraria denominación de abusos prohibidos a aquéllos que específicamente la Constitución tipifica como abusos de poder contrarios al Estado de derecho. Entre ellos se destaca el artículo 29 que castiga con la pena que corresponde a los infames traidores a la patria, a los poderes públicos o cuerpos legislativos que concediesen a persona alguna facultades extraordinarias o la suma del poder público, de modo que a su merced queden la vida, fortuna y honor de los argentinos. Se trata de una prohibición que tuvo su origen histórico en las prevenciones surgidas de la tiranía de Rosas, pero de la norma se desprenden principios que serían aplicables a otros casos de abuso de poder. El artículo 22 de la Constitución argentina, por su parte, al tiempo que afirma los términos de la democracia representativa, sostiene que toda fuerza armada o grupo de personas que se arrogue los derechos del pueblo o peticione en su nombre comete delito de sedición. La tipificación que resulta de este artículo corresponde a más de un levantamiento militar, asonada militar, o golpe de estado perpetrado en la Argentina, sin embargo, su aplicación no se ha dado en la práctica, reiterándose la malhadada costumbre de no exigir rendiciones de cuentas ni responsabilidades por los actos realizados, aun cuando los mismos hayan consistido en flagrantes violaciones del texto constitucional.

El nuevo artículo 36, incorporado por la reforma constitucional de 1994, consagra la defensa del orden constitucional y la denominada cláusula ética en los siguientes términos:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pa-

sibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurpen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Bidart Campos destaca que el artículo 36 exhibe un rostro docente y catequístico, porque procura enseñar que el orden institucional y el sistema democrático deben ser respetados. Tiene también algo de prevención, de admonición y de disuasión para que la continuidad institucional no se interrumpa. Por supuesto que si, desgraciadamente, recayéramos en los actos de fuerza que la Constitución descalifica, el imperio —o la vigencia sociológica— de ella no subsistirían por la exclusiva circunstancia de que este artículo exprese que tal imperio se mantendrá. Hará falta algo y mucho más que la norma declarativa pero, de todos modos, la reivindicación que ella hace del orden institucional y del sistema democrático es capaz de suscitar colectivamente las valoraciones sociales imprescindibles para su mantenimiento. De cualquier modo, contenida en la Constitución la incriminación de la conducta adversa, nos hallamos ante la situación de todas las normas penales: por sí mismas no impiden que los delitos se cometan, pero prevén la sanción para quienes sean sus autores.⁵

III. EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS REFORMAS

Cabe recordar que la reforma constitucional de 1949 modificó el texto del artículo 28 de la Constitución nacional, agregándole un párrafo al final en una redacción que enumeraba como artículo 35:

⁵ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, EDIAR, pp. 264 y 265.

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 subrayado es nuestro).

La figura así descrita se denominó “abuso de la libertad” y fue fundamentada por el asambleísta Arturo Sampay en los siguientes términos:

La Constitución vigente establece en su artículo 28 que los derechos personales reconocidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, lo cual es sabido, porque admitir lo contrario significaría destruir el principio de la rigidez constitucional que, sin duda alguna, es la suprema garantía de la libertad contra la opresión legislativa; pero ahora, como llave de bóveda de la nueva tónica solidarista que la reforma imprime a la Constitución, se consagra también el principio de que ese reconocimiento de la libertad personal no puede entenderse como amparo de unos en detrimento, perjuicio o menoscabo de otros; y, más aún, de que el abuso de esos derechos personales —obsérvese que apuntamos al centro del orden jurídico del liberalismo burgués— si perjudica el bien común o lleva a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configura un delito que será castigado por las leyes.

Elevamos, pues, a categoría constitucional el principio del abuso del derecho, consagrado en algunos códigos civiles modernos; pero vamos más lejos todavía, porque consideramos delito la falta de solidaridad social, el uso abusivo de la libertad personal, y si con el nuevo concepto de propiedad asentamos la piedra angular de un nuevo código civil —porque si se exceptúan los derechos de familia, el Código Civil no es más que la reglamentación del derecho de propiedad, como lo demuestra el Código de Napoleón, animado por el concepto individualista de la propiedad privada— lanzamos con esto las coordenadas de un nuevo código penal, donde tendrán su capítulo los llamados delitos económicos —infracciones al orden económico-social por el abuso del derecho de propiedad y de la libertad de comerciar— de la misma manera que tendrán el suyo los delitos cometidos, por ejemplo, por falta de asistencia familiar; así que el usurero, el explotador del hombre, el que negocia con el hambre de otros, el mal padre hallarán su castigo en el nuevo código penal y no sólo, como

en el mundo burgués, en el Infierno de Dante. Con este artículo, que en el último plan lleva el número 34, creemos haber encontrado la concepción verdadera e integral de la libertad de la persona, conjugadas con las exigencias de la solidaridad social.⁶

La reforma del Código Civil por la Ley 17.711 estableció una doble directriz, por una parte relacionada con la índole del derecho que se ejerce, conforme a la cual habría abuso del derecho cuando se lo ejerce de manera contraria al fin de la institución, a su espíritu o finalidad, es decir, cuando se lo desvía del fin para el cual ha sido creado en la opinión de Jossierand. Se trata de un criterio que se asimila a la doctrina administrativista de la desviación de poder.

Surge de la misma reforma en la nueva redacción del artículo 1071 una segunda directriz que es más amplia y que importa la subordinación del orden jurídico al orden moral, siguiendo la idea de Borda al calificar abusivo un derecho cuando exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.⁷

El artículo 1071 del Código Civil establece lo siguiente en su primera parte: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Por su parte, el párrafo agregado por la reforma de 1968 señala: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe 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”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La consideración en particular de la reforma del Código Civil por la Ley 17.711 tiene relevancia porque en oportunidad de fundarla, durante el gobierno de facto del general Onganía, quien fuera el autor de la reforma, el ministro del interior Guillermo Borda sostuvo la relevancia del Código Civil frente a la Constitución por contener el primero normas de aplicación diaria para la vida de los ciudadanos y habitantes, en tanto la norma fundamental trata de cuestiones más distantes. Al parecer ese razonamiento no pretendía reeditar la célebre polémica entre Alberdi y Vélez

6 *La Constitución de 1949 comentada por sus autores*, Buenos Aires, El Coloquio, 1975.

7 Llamias, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, t. II-B, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Sarsfield sino que era una constatación seguramente honesta de quien era ministro de un grupo faccioso que se había arrogado el ejercicio del poder constituyente.

Las circunstancias hicieron que algunas de las reformas introducidas en el Código trataran sobre cuestiones que podrían considerarse materialmente constitucionales en razón de su contenido (como el principio de buena fe contractual que reafirma la autonomía de la voluntad, artículo 1198), y que venían a sumarse a otras normas del Código Civil que también podrían considerarse materialmente constitucionales (como el título preliminar sobre las leyes).

De allí que la consagración del abuso del derecho en una amplia concepción como la segunda parte del artículo 1071 del Código Civil fue entendida por Llambias como una reafirmación de lo que antes sostuviera el artículo 35 de la Constitución de 1949 y que a su entender era una concepción asumida por la doctrina argentina.

Es cierto que los límites al abuso del derecho del artículo 1071 segunda parte (desviación de finalidad y ser contrarios a la moral, la buena fe o las buenas costumbres), son límites mucho menos laxos que los del artículo 35 de la Constitución de 1949 que se referían a cuestiones mucho menos precisas, como los perjuicios a la comunidad o la explotación del hombre por el hombre.

Pero aun admitiendo ese punto, siguen teniendo lugar varias objeciones:

- Sólo el concepto de moral pública es pasible de interpretación constitucional (artículo 19 *in fine*) pero no así la buena fe y las buenas costumbres que son criterios válidos de interpretación infraconstitucional, como la materia contractual y las relaciones de familia.
- No deja de manifestarse una notable contradicción entre el fundamento marcadamente liberal de la primera parte del artículo 1071 y el criterio finalista que sostiene la segunda parte.
- Sólo la primera parte del artículo 1071 guarda correlación ideológica con el artículo 28 de la Constitución nacional. No estamos con eso criticando la reforma de la ley civil, por el contrario, la consideramos útil y válida en ese plano, pero no se puede pretender por ello elevarla a rango constitucional. El artículo 35 de la Constitución de 1949, como bien se sabe, no llegó a tener validez

jurídica, aunque pueda haber tenido vigencia sociológica durante algunos años.

- La doctrina constitucional ha elaborado su propio remedio o garantía a todo pretendido abuso en el ejercicio de la legalidad y éste es el llamado principio de razonabilidad que Juan Francisco Linares consideró en buena medida una consecuencia de la aplicación de criterios vinculados al derecho natural y al *common law*.⁸ Así entendido, tal principio se refiere a una configuración racional de un concepto jurídico de justicia fundado en la supremacía de la Constitución.
- También desde una concepción neo-iusnaturalista puede interpretarse tanto la cláusula ética (artículo 36 constitucional) como la consagración normativa y jurisprudencial de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional como una afirmación axiológica *pro homine* limitativa de los abusos de la ley.

En definitiva, en nuestra opinión y en relación con las ideas que hemos venido exponiendo, el tema de los abusos en el derecho público y, especialmente en el ámbito del derecho constitucional, debe enmarcarse en el ámbito del abuso de poder y no en la pretendida construcción de un abuso de libertad.

No solamente nos lleva a esa conclusión la relevancia que tiene para el derecho constitucional la concepción racionalista de la limitación del poder, sino que nos fundamos en la enseñanza de la historia: los abusos rara vez han venido del lado de la libertad y casi siempre han venido del lado del poder. Los abusos de libertad se curan con más libertad.

⁸ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso sustantivo como garantía innominada*, Buenos Aires, ASTREA.