



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL ABUSO DEL DERECHO

T E S I S

Que para optar por el Título de
LICENCIADA EN DERECHO

p r e s e n t a

ANA ROSA BAUTISTA VILLEGAS

México, D. F.

1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N T R O D U C C I O N

Hay que descubrir y remediar las inquietudes existentes que afecten a la sociedad y todos aquellos asuntos que causen conflicto entre los individuos que la componen.

El Derecho debe estar al servicio de la justicia y no ésta al servicio de aquél.

Nunca ha sido querido por el derecho desproteger o permitir abusos, pues el fin del derecho es disciplinar la convivencia social, regular las relaciones entre los miembros de la comunidad y responder mejor a una función económica-social.

Tenemos así que el derecho busca la forma de evitar que los miembros de la comunidad abusen de la protección que él concede a los titulares de los intereses predispuestos, o de alguna forma provocados y que en determinadas situaciones, retire a las relaciones privadas, precisamente aquella protección y los efectos que los mismos particulares habían determinado con su comportamiento, ya por que los beneficiados hayan abusado de los medios que el derecho pone a su disposición para regular sus relaciones económicas o sociales, o bien porque razones superiores de equidad, merezcan, una solución en sentido de corrección.

Debe respetarse la esencia misma de los derechos, debe procurarse la mayor autonomía en el ejercicio de éstos, pero jamás debe permitirse que el derecho de uno sea incompatible con el derecho de los demás o con el interés social.

El respeto al derecho individual no debe aprobar el abuso de su ejercicio. Es indispensable impedir que el control exclusivo del titular de un derecho sobre éste impida a la masa el acceso al mismo derecho que debe estar a disposición de otros. El cuidado o deber de conciliar el ejercicio del derecho privado con el interés colectivo justifica, en principio, las restricciones puestas por el legislador a la libertad individual y a los derechos absolutos.

Todas las razones e inquietudes antes mencionadas han sido determinantes para atreverme a estudiar un tema tan complejo y controvertido como es el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

a) DERECHO ROMANO.

La mayoría de los especialistas de la materia coincide en que en el Derecho Romano, cuya orientación ha sido calificada de individualista, era imposible incurrir en culpa cuando se ejercía un derecho. Los adversarios de la teoría del abuso del derecho argumentan que el Derecho Romano negaba toda reparación del daño causado con el ejercicio de un derecho. Así, por ejemplo, Gayo decía: "Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur" (quien de su derecho usa, se presume que a nadie causa mal); por su parte Paulo afirmaba: "Nemo damnum fecit nisi qui id facit quod facere jus non habet" (Ninguno causa daño, salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer); el jurista Ulpiano también sostenía: "Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur" (quien usa de su derecho, a nadie lesiona, a ninguno causa daño).

No obstante lo anterior, Charles Appleton ^{1/} ha demostrado que los citados jurisconsultos también afirmaron: "Male enim nostro jure uti non debemus" (No debemos, pues, usar mal de nuestro derecho) -Gayo; "Non omne quod licet honestum est" (No todo lo que es lícito es honesto) -Paulo; asimismo existía la máxima siguiente: "Summum jus, summa injuria" (La aplicación extrema del derecho puede desenlazar en la mayor injusticia) -Cicerón. "Malitiis non est indulgendum" (No hay que tener indulgencia con la maldad).

^{1/} Citado por MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Tomo Primero, Vol. II, pag. 241.

Por otra parte, en el Derecho Romano se encuentran restricciones al derecho de propiedad, que podían configurar prohibiciones al mal uso, aunque sería aventurado encontrar en ellas el origen pre-ciso de la teoría del abuso de los derechos. A manera de ilustración, podemos mencionar algunos ejemplos significativos como los siguientes: En la legislación imperial se impusieron serias limitaciones "con el propósito de que las tierras no se mantuvieran incultas y con el deseo de fraccionar latifundios". Parece que llegaron a cederse (sin que esté probado definitivamente este hecho) las tierras incultas, de cualquiera que fuesen, en favor de quien las ocupara y las cultivara ^{2/}. En la copropiedad originada por la medianería, no podía ejercerse el derecho derivado de ésta para elevar el muro medianero, simplemente para privar de luz o de sol a uno de los copropietarios, debía haber alguna utilidad al hacerlo.

Messineo ^{3/} nos dice que el legislador no ha arrancado de la prohibición del abuso del derecho, pero sin embargo ha puesto otro género de limitación, que se reconduce, no al predominio de exi-gencias de carácter general o colectivo, sino al deber del propietario de no hacer de su derecho un uso que no estaría justificado por los fines que son intrínsecos al derecho de propiedad individual (libre manifestación del poder del sujeto sobre la cosa para conseguir una propia utilidad y salvo el respeto del derecho ajeno); por consiguiente, como tutela de otro derecho de propiedad, está la limitación por la que no se le permiten actos de emulación (o chica-

^{2/} Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pag. 128.

^{3/} Derecho Civil y Comercial, Vol. III, pag. 267.

nas), o sea, actos que realice él sobre las propias cosas al sólo objeto (llamado *animus aemulandi*, o *nocendi*) de perjudicar, o de originar molestias a otro, sin obtener de ello ninguna utilidad para sí: acto ilícito donde está en cuestión un exceso y no ya un abuso, y donde se pone de manifiesto el concurso de un elemento objetivo (el acto) y de un elemento subjetivo (la finalidad del acto), que, como se ha dicho, puede también consistir en el mero originar molestias aun sin llegar al perjuicio (o daño) para otro.

Vittorio Scialoja, ^{4/} demuestra que el vocablo *aemulatio* se encuentra dos veces, tan sólo, en el Derecho Justiniano, una en un fragmento del Digesto y otra en el Código y que se empleó con el significado que tiene la palabra italiana *gara* (aproximadamente: concurso, competición, carrera, rivalidad deportiva o artística). Pero en la Edad Media la palabra *aemulatio*, o la frase *animus aemulandi*, fueron usadas técnicamente por los juristas para designar "la intención de quien cumple ciertos actos, que estarían comprendidos normalmente en el ejercicio de su derecho, sin utilidad propia o con una mínima, con el fin de perjudicar a otro".

Pietro Bonfante reconoce que la teoría de los actos de emulación es de origen medieval. Según ella, "se prohibían al propietario los actos por él cumplidos, con la maligna intención de perjudicar a otro, *animo nocendi*, con poca o ninguna utilidad propia. Alguien, por ejemplo, edifica un muro en su propio fundo, no porque le sirva para algo, sino tan sólo para molestar o hacer sufrir al vecino, al privarlo de la luz o de un panorama ameno. Los juristas medie

^{4/} Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pags. 128 y 129.

vales llamaban a estos actos "ad aemulationem", de donde viene el nombre de la teoría." 5/

Scialoja ha citado varias obras (a partir de los siglos XVI y XVII), donde se admite la vigencia de las reglas que prohibían los actos de emulación, así como sentencias de altos tribunales (figuran algunas del siglo XVII), que hicieron aplicación de dichas reglas, fundándolas en el derecho común. La prohibición de la emulación surgió al principio con referencia al derecho de levantar edificios y se extendió después por analogía a los demás casos. 6/

b) DERECHO ITALIANO.

En Italia se ha mantenido esta denominación, que cuenta con arraigada tradición. Al estudiarse el proyecto del Código Civil que entró en vigor en 1942, el profesor Roberto de Ruggiero, relator del libro referente a la propiedad, manifestó que la comisión encargada del proyecto no había estimado necesario incluir "la prohibición de los actos emulativos o de abuso del derecho", porque formaba parte de "los principios generales en los que el nuevo Código se inspira". 7/

Sin embargo, el artículo 833 del Código Civil Italiano, tal como fué sancionado, dispone que: "El propietario no puede efectuar actos que no tengan otro fin que el de perjudicar o molestar a otros". 8/
Por lo que concluimos que el propietario no puede abusar de su cosa.

5/ Citado en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pag. 129.

6/ Idem.

7/ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pag. 129.

8/ Idem.

El vigente Código Civil Italiano no tuvo necesidad de hacer referencia a tal prohibición que, como los historiadores del Derecho aseguran, no ha sido reconocida nunca: ni siquiera en el Derecho de la Edad Media, como ya vimos: la correspondiente fórmula era - más que otra cosa - una afirmación meramente teórica y el síntoma de una aspiración, como reacción a la condición en que se encontraba la propiedad, entonces cargada de innumerables vínculos de naturaleza feudal.

Por lo demás, tampoco la fórmula con que el artículo 436 del abrogado Código Civil Italiano de 1865 definía la propiedad, se prestaba a admitir la posibilidad y la prohibición del abuso de ese derecho real.

Fuera de los indicados presupuestos, el conflicto entre propietarios singulares, que afecten a intereses individuales, se resuelve sobre la base de que cada derecho de propiedad es digno de tutela y de que a cada propietario se le debe permitir hacer valer los propios derechos frente a los otros. Se trata de establecer a cual de ellos corresponde la tutela jurídica.

c) DERECHO FRANCES.

El antiguo Derecho Francés reprimía todo abuso malicioso; así tenemos que el Parlamento de Aix, condenó, el primero de febrero de 1577, a un cardador de lana que cantaba con el único objeto de molestar a un abogado, vecino suyo.^{9/} Se admitía que el ejercicio de un derecho compromete la responsabilidad cuando es maliciosa o no

^{9/} MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre. - Ob. Cit. pag. 241.

se haya justificada por algún interés de obrar.

En 1871 la Corte de Casación afirmaba que, "para que hubiera lugar al abono de daños y perjuicios, era preciso que existiera culpa" y que, la ley no reputaba culpable a quien hacía lo que tenía derecho a hacer, a menos que lo hiciera para perjudicar a otro, y sin interés para él mismo". ^{10/}

Sin embargo, en el Derecho Francés hubo también quien llevara el ataque contra la teoría del abuso de los derechos, y quien lo encabezó fue Marcel Planiol; los argumentos que cita para defender su posición son argumentos de lógica: "Nadie ha pretendido nunca que los derechos subjetivos, definidos o no, sean ilimitados, sino, al contrario, son limitados evidentemente por los derechos de los demás. Hablar, por tanto, de abuso de los derechos, es enunciar una fórmula inútil y aún incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho.

Sin duda alguna, cuando dos intereses chocan, mereciendo igual protección del derecho y siendo imposible su conciliación, hay que decidir cual de ellos debe prevalecer". ^{11/}

Así mismo Planiol agrega que: "El desarrollo de la noción de abuso de los derechos es posible, con la condición de mantenernos en el campo de los actos intencionales.

Es necesario que la finalidad perseguida sea ilegítima. Se trata, en síntesis, de sentar que el acto ilícito no puede simularse bajo la apariencia del ejercicio de un derecho: es un simple desarro

^{10/} MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre, Ob. Cit. pag. 242.

^{11/} PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, pag. 791.

llo de la teoría del fraude". 12/

Lo que viene a corroborar la inexistencia del abuso del de recho para el autor mencionado.

La negación del uso abusivo de los derechos no tiene por objeto que se consideren como permitidos los variadísimos actos perjudiciales que ha reprimido la jurisprudencia, únicamente se trata de advertir que todo acto abusivo, por el sólo hecho de serlo es ilícito y no constituye el ejercicio de un derecho, una categoría distinta del acto ilícito.

Para los Mazeaud y Tunc "el antiguo Derecho Francés y el Derecho Romano reconocieron la posibilidad del abuso del de recho, desde luego no intentaron construir una teoría en la materia. De ahí el silencio guardado por los redactores del Código Civil Francés y por la mayoría de sus primeros comentaristas.

Sin embargo, apuntaron lo siguiente: "considerando que la propiedad es un derecho en cierto modo absoluto, se autoriza al pro pietario a usar y a abusar de la cosa, sin embargo, como el de cualquier otro, debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo" 13/ y no ir contra el interés social, según el cual nues tros derechos no son conferidos no tanto para defender nuestra liber tad individual, como para permitirnos cumplir con nuestra misión social; no tanto en nuestro interés individual, sino en interés social.

Por otra parte, los autores franceses afirman que sus tribunales empezaron a sancionar el ejercicio abusivo de los derechos al día siguiente de entrar en vigor el Código Civil de 1804, el que en

12/ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, Ob. Cit., pag. 791.

13/ MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre.- Ob. Cit. pag. 242.

su artículo 544 prevé que "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de las mismas un uso prohibido por las leyes y reglamentos".

En razón de lo anterior, en Francia no ha habido necesidad de elaborar una fórmula legislativa que contemple, en especial, el ejercicio abusivo de los derechos; siendo como es la nación de la que se conoce el mayor número de aplicaciones jurisprudenciales del precepto. Esto se ha logrado merced al contenido amplísimo de los artículos 1382 y 1383 del Código de Napoleón, que a continuación se transcriben:

Artículo 1382: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido".

Artículo 1383: "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo de intento, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

Queda así establecido que en Francia prevalece la orientación subjetiva, puesto que las normas de referencia obligan a tener en cuenta el requisito de la culpa. Un resumen de los casos juzgados en los que predomina, como sucedió con los actos de emulación, el enjuiciamiento del ejercicio abusivo del derecho de propiedad, exhibe el vasto campo de actuación de la teoría.

Del derecho de propiedad, los tribunales extendieron la aplicación de esta teoría al ejercicio de otros derechos; así tenemos, en el caso de huelga, que el asalariado abusa de su derecho, si lo ejerce antes de haber presentado sus reivindicaciones, o si lo hace con una finalidad puramente política, razón por la cual puede ser condenado a reparar el perjuicio padecido por el patrón.

Los Mazeaud y Tunc, sostienen que el propio legislador ha consagrado la noción de la citada teoría. "Se inspiraba ya en 1804 cuando redactaba los artículos 1869 y 1870 del Código Civil francés que a la letra dicen:

Artículo 1869:" La disolución de la sociedad por la voluntad de una de las partes no se aplica sino a las sociedades cuya duración sea ilimitada, y se produce por una renuncia notificada a todos los socios, con tal que esa renuncia sea de buena fe, y no hecha a destiempo. "

Artículo 1870:"La renuncia no es de buena fe cuando el socio renuncia para apropiarse por sí solo del beneficio que se habían propuesto retirar en común los socios.

Se hace a destiempo cuando las cosas no están ya íntegras e interesa a la sociedad que su disolución sea diferida. "

Como podemos observar, estos dos artículos se refieren a la disolución de una sociedad de personas de duración indeterminada por la voluntad unilateral de uno de los socios.

La sobreentendía cuando, en la Ley del 27 de diciembre de 1890, que completa el artículo 1780 del Código Civil, tras haber permitido la rescisión, por voluntad unilateral, del contrato de arrendamiento de servicios concertado sin duración determinada, agregaba: No obstante, la rescisión del contrato por voluntad de uno sólo de los contratantes puede dar lugar al abono de daños y perjuicios. En la actualidad ha revelado por completo su pensamiento.

El artículo 23 del libro I del Código del Trabajo, que reproduce el artículo 1780 del Código Civil, ha sido modificado por la ley del 19 de julio de 1928: luego de haber declarado que "la rescisión del contrato por voluntad de uno solo de los contratantes puede

dar lugar al abono de daños y perjuicios", el legislador ha agregado: "El abono de daños y perjuicios que puede ser concedido por inobservancia del preaviso no se confunde con el pago de aquellos a que puede dar lugar, por otra parte, la rescisión abusiva del contrato por la voluntad de una de las partes contratantes; el tribunal, para apreciar si hay abuso, podrá efectuar una encuesta sobre las circunstancias de la ruptura. En todo caso, la sentencia deberá mencionar expresamente el motivo alegado por la parte que hubiera roto el contrato".

Los Mazeaud citan así mismo que numerosas disposiciones y tal vez el principio mismo de las leyes que, luego de 1926, reglamentan la renovación de los arrendamientos, ya se trate del alquiler de locales para usos profesionales o de vivienda, de arrendamientos comerciales o de arrendamientos rústicos.

El arrendador que se niega a alquilar un local destinado a vivienda por un "motivo basado en el número de hijos a cargo del eventual inquilino" compromete a su responsabilidad penal (ley del 5 de febrero de 1941) y, por tanto, su responsabilidad civil; abusa de su derecho de no contratar.

Los artículos 453 y 471 del Código de Procedimientos Civil, modificados por la ley del 23 de mayo de 1942, sancionan con una multa al litigante que interpone una apelación "juzgada como dilatoria o abusiva".

Por último hacen mención los Mazeaud al artículo 223 del Código Civil, modificado por la ley del 23 de septiembre de 1942, aún reconociéndole al marido el derecho de oponerse a que su mujer ejerza una profesión separada, exige que tal oposición esté justificada por el interés de la familia, si no, el marido abusa de su

derecho. 14/

Adoptando una postura sistemática Jossierand 15/ construye una teoría del abuso de los derechos y nos dice: ". . . La tésis del abuso ha encontrado gran crédito ante los tribunales franceses, que han realizado, en estos últimos años, aplicaciones inéditas de ella, por ejemplo, al derecho de no contratar, al derecho de respuesta, a la facultad del arrendador de inmuebles de oponerse a la cesión del arrendamiento o al subarrendamiento, al derecho de imputación en materia de pago, o a la guarda de los hijos; y si la misma Corte de Casación no siempre ha ratificado y consolidado estas nuevas conquistas de un concepto muy antiguo, se ha mostrado, en su conjunto, sumamente favorable a la idea de la relatividad de los derechos, manteniendo todas las posiciones que había obtenido en el pasado, y también ocupando nuevas en un espíritu siempre más favorable a una concepción social del Derecho. Y como hemos observado, y como indicaremos aún, los progresos de este punto de vista se han realizado en una doble dirección. No sólo en el sentido de que los derechos, considerados antiguamente como absolutos han sido clasificados en la categoría de las facultades relativas, sino también el criterio del abuso se ha desplazado en el sentido de su extensión, pues cada vez más los tribunales franceses toman en consideración, para la responsabilidad del titular, otros elementos distintos de la intención de dañar y del fraude, afirmándose la tendencia en el espíritu de los jueces, a considerar, como abusivos los actos realizados en una direccióndistinta de la social que corresponda al derecho de que se trata.

14/ MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre. Ob. Cit. pags. 242, 243 y 244.

15/ El Espíritu de los Derechos y su Relatividad, pags. 252, 253 y 254.

Por tanto, el desarrollo de la teoría es indiscutible en la jurisprudencia; lo es también en la doctrina, pues la resistencia que en un principio encontré, se ha debilitado, hasta el grado de desaparecer y las desidencias sólo existen ya, cuando se trate de proceder al acondicionamiento de la tésis, de fijar el criterio del abuso o de determinar su sanción; pero en principio del mismo se aparta del *jus controversum*, para entrar en el dominio de las verdades ciertas.

El éxito es así casi completo y constituye, por sí mismo, una asombrosa justificación de la idea que lo ha logrado. Es cierto que a veces la jurisprudencia y la doctrina han aceptado algún concepto, que posteriormente rechazan debido a un justo retorno ofensivo de los verdaderos principios; pero este fenómeno se ha producido, generalmente, sobre puntos de detalle, como la cuestión de la naturaleza de las restituciones de la mujer, o de la acumulación de la legítima y de la cuota de libre disposición y no, que sepamos, en cuanto a vastas concepciones como la de la relatividad de los derechos; por otra parte, tales cambios habían sido preparados por la oposición tenaz y brillante de ciertos autores y de diversos tribunales y no advertimos, por lo menos, una resistencia semejante en la vía, libre actualmente, que sigue la doctrina del abuso: el desarrollo de esta doctrina constituye un fenómeno constante, indiscutible, y no hay ejemplo de que un concepto tan profundamente enraizado en las costumbres judiciales no responda a una necesidad y por tanto, a una verdad social: las sentencias dictadas en esta materia constituyen un cuerpo de doctrina, un conjunto orgánico que se impone al jurista y que exige de su parte, en lugar de una voluntad estéril de negación, un esfuerzo fecundo de sistematización".

Finalmente el mencionado autor nos dice: "En último análisis, el espíritu de los derechos se nos ha presentado como el criterio mismo del abuso, criterio abstracto que se concreta y cristaliza en la noción del motivo legítimo; en definitiva, toda esta teoría del abuso constituye la consagración y sanción del espíritu de que están animadas nuestras diferentes prerrogativas y cuya perfecta observancia pretende asegurar; gracias a ella, los derechos se realizan no en cualquiera dirección, sino en un ambiente social, en función de su misión y de conformidad con sus principios generales, que, como hemos dicho, están subyacentes a la legalidad, y que constituyen, en su conjunto, un Derecho natural de contenido variable y algo así como una superlegalidad. Cada una de nuestras facultades tiende a un fin, determinado por el espíritu de la institución; la teoría del abuso las mantiene en el camino recto, impidiéndoles desviarse de él, y conduciéndolas así, como un impulso seguro hasta el fin por alcanzar". 16/

d) DERECHO ALEMÁN.

El Código Civil Alemán contiene algunas disposiciones que se refieren expresamente al abuso del derecho, entre las que cabe destacar los artículos 138, 226, 242, 823 y 826, que para un mejor análisis se transcriben a continuación:

Artículo 138. "Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo.

Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien,

16/ Ob. Cit. pag. 327.

explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasan de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación."

Artículo 226. "El ejercicio de un derecho es inadmisibile si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona."

Artículo 242. "El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la finalidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico. "

Artículo 823. "Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad , la propiedad o cualquiera otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto.

La misma obligación incumbe a aquel que infringe una ley destinada a la protección de otro. Si según el contenido de la ley es también posible una infracción de ésta sin culpa, la obligación de indemnización sólo tiene lugar en el caso de culpa."

Artículo 826. " Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño."

Referente al 138 Jossierand ^{17/} nos dice: "No cabe duda que el legislador alemán ha querido prevenir y reprimir, mediante esta severa disposición, el abuso contractual, el abuso cometido en las transacciones y en la formación de los contratos; trátase indudable-

mente, de una significativa disposición, puesto que se refiere a todos los actos jurídicos pero en la cual todavía no puede descubrirse la consagración sistemática y estandarizada del concepto del abuso. Se trata de una disposición dirigida a proteger a la colectividad."

Henri Lehmann ^{18/} nos dice: "Al conceder el ordenamiento jurídico un derecho subjetivo decide un conflicto de intereses en favor del interés del titular o favorecido. De aquí deriva lo siguiente: El perjuicio de intereses ajenos no es en sí mismo obstáculo para ejercitar el derecho; se puede, en principio, ejercitar el derecho sin tener en cuenta si con ello se perjudica a otro (qui iure suo utitur, neminem laedit).

En consecuencia, el propietario puede, por ejemplo, cavar en su fundo, aunque con ello ciegue un manantial que se encuentre en el fundo vecino.

Continúa diciéndonos el citado autor que se han trazado, empero, ciertos límites al ejercicio del Derecho, aún dentro de las fronteras jurídicas, y así afirma que del artículo 226 se desprende que el abuso del derecho lleva esencialmente consigo la intención de dañar, el animus nocendi, una malicia subjetiva a la que se aplicará la máxima: *Malitiis non est indulgendum*.

Sin embargo, no es suficiente que se persiga la finalidad de perjudicar; es preciso que la conducta, objetivamente contemplada no pueda tener ningún otro fin, es por ello que el Código, colocándose en la hipótesis más restrictiva, previene que sólo quedan fuera de la protección de la ley los actos cuyo fin único sea el de causar

^{18/} "Parte General" del Código Civil Alemán (BGB) Vol. I, pags. 159 a 162.

un daño a otra persona.

Para ejemplificar lo anterior cita la "sentencia del tribunal de Reich 72, 254; ..., "en cuyo caso" ...El padre; enemistado con el hijo, prohibió a éste entrar en el jardín de la casa, en donde es taba enterrada la madre; consideró en este caso el tribunal que había abuso del Derecho; también en la sentencia 96,1,184: el demandado, para garantizar un mutuo, pignoró determinadas acciones, y al ser demandado para devolución del mutuo exigió la entrega de la mismas acciones, aunque se habían desvalorizado totalmente". 19/

Cuando por el contrario, hay de por medio un interés serio y legítimo, el acto no podrá ser punible, por maligna que pueda ser la intención que lo anime, así tenemos que un comerciante que persiga dentro del incremento natural de sus propios negocios y sin recurrir a medios delictuosos, el arruinar a sus competidores, será irreprochable ante la ley.

Karl Larenz 20/ refiriéndose a las argucias de leguleyo (226) y otros abusos de derecho, así como al aprovechamiento abusivo de una posición jurídica válida y formal, la aplicación de sentencia injusta sabiendo que es injusta (por declaraciones falsas); deduce que estos casos comprenden la inmoralidad de una acción que se sobre pone también a su justificación formal por medio de un derecho subje tivo (por ejemplo la propiedad) o mediante una sentencia firme. Por consiguiente el principio de que "qui jure suo utitur, neminem laedit" no rige ilimitadamente, sino únicamente hasta el límite que resulta de los artículos 826 y 242, es decir, hasta donde comienza el abuso.

19/ LEHMANN, Henri.- Ob. Cit. pag. 160.

20/ Derecho de Obligaciones, Tomo II, pag. 598.

Referente a la fracción II del artículo 823, Enneccerus ^{21/} dice: que está obligado a indemnizar el que infringe una ley que tiene de a la protección de otro. Aunque conforme al contenido de la ley sea también posible infringirla sin culpa, el deber de indemnización sólo surge en el caso de culpa. Sin embargo, el 823 no comprende en modo alguno todas las lesiones de los derechos y de las personas, como es el caso de la prohibición del abuso del derecho que se contempla en el artículo 226.

El mismo autor nos habla de los daños causados cuando se actúa contra las buenas costumbres, haciendo referencia al artículo 826. ^{22/} Por medio de este artículo la ley incorpora, aunque de un modo mediato, ciertos principios de la moral, por cuanto desapruueba determinados actos que, aún sin conculcar ninguna prohibición legal positiva, representan una ofensa a la conciencia jurídica y moral del pueblo entero y a los sentimientos de decoro de todos los hombres de juicio recto y justo.

Los artículos 826, 242 y 226, abogan por la implantación de un orden jurídico más elevado y permiten prestar atención a las exigencias de una auténtica e íntima justicia, combatiendo de un modo particular todas las prácticas que representan el abuso del derecho.

Enneccerus ^{23/} enumera una serie de casos en los que considera que existe abuso en el ejercicio de un derecho o en sacar ventaja de una situación jurídica, entre los que destacan los siguientes:

^{21/} ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin - Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Segunda Parte, pags. 1070 y 1072

^{22/} Ob. Cit. pag. 1077.

^{23/} Idem. pag. 1083.

a) Es inmoral la alegación de un derecho que ha sido obtenido faltando a la fidelidad debida a otro, por ejemplo, protesto de una letra que ha sido adquirida con la intención de atajar excepciones; ejercicio de una hipoteca que el apoderado del propietario se ha hecho adscribir en contra del mandato; alegación de prescripción por parte del deudor, a pesar de haber él mismo impedido al acreedor que interrumpiera la prescripción y alegación de un vicio de forma que uno mismo ha provocado.

b) Es inmoral el valerse de una sentencia con conciencia de su injusticia, aunque no haya sido obtenida subrepticamente, pero en cuya obtención se intervino de un modo que hace aparecer como abusiva su utilización.

c) Es inmoral el valerse de una situación jurídicamente cuando, en atención a la propia conducta anterior, representa una falta de lealtad: idea del venire contra factum proprium, por ejemplo, caducidad de las facultades de denuncia en el derecho laboral; ejercicio a posteriori de una pretensión de revalorización; ataque, en una competencia, a una situación posesoria nacida a consecuencia de la inactividad del titular.

d) Aprovechamiento de una situación jurídica formal en detrimento de otro, sin intereses propios justificados o, a sabiendas de la otra parte, para quebrantar la fidelidad contractual frente a un tercero. Ejemplo: Cesión de una deuda inmobiliaria para privar de una excepción al deudor; firma de una fianza con el nombre de la sociedad mercantil en asuntos personales y conocimiento de esa circunstancia por el acreedor.

e) DERECHO SUIZO.

Suiza contiene una legislación de criterio social y funcional en que se toma en cuenta la función o destino que deben realizar las facultades jurídicas de acuerdo con los fines del derecho objetivo.

Josserand ^{24/} nos dice que la legislación federal suiza comprende al igual que la codificación alemana cierto número de disposiciones que satisfacen parcial y localizadamente la tesis de la relatividad de los derechos: en primer lugar debe mencionarse el artículo 21 del Código Federal de las Obligaciones del 30 de marzo de 1911, que constituye la replica al 138 del Código Civil Alemán, y que consagra una interesante teoría de la lesión en los contratos, teoría subjetiva, basada en los móviles y que tiende a reprimir la explotación de una de las partes por la otra, es decir, el abuso contractual. El precepto en cita prevé lo siguiente: "En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida, por una de las partes, y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, en el plazo de un año, declarar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su mala posición, ligereza o inexperiencia. El plazo de un año corre desde la celebración del contrato."

Sin embargo, la relatividad de los derechos adquirió el valor de principio general hasta 1912, año en que entró en vigor el Código Civil de 1907, el que en su artículo 2 dice: "Toda persona está obligada a ejercitar sus derechos y a cumplir sus obligaciones,

^{24/} Ob. Cit. pag. 232.

según las reglas de la buena fe. La ley no protege el abusomanifiesto de los derechos".

La comparación de este artículo con el 226 del Código Civil Alemán es procedente, en razón de que su historia es idéntica, pues el anteproyecto del Código Federal, así como el Bundesrath, únicamente se refería al derecho de propiedad. Con el transcurso del tiempo se extendió la teoría a todos los derechos sin distinción y en tal forma que le dan un significado y amplitud superiores a las que reviste en Alemania.

Como podemos ver de la redacción del artículo 2 citado, este precepto no tiene un campo de aplicación limitado a las relaciones jurídicas contractuales sino que abarca las más variadas hipótesis, como corresponde a un principio general de derecho.

Como nos dice Juan Ramón González Baquero:^{25/} "Dos aspectos de gran importancia merecen señalarse en el texto de este artículo, primero, la referencia que el legislador hace a la "buena fe" y en segundo lugar el calificativo de "manifiesto" que acompaña al abuso. Respecto a la buena fe, reviste importancia por la amplitud que ese concepto permite en la apreciación del Juez y el calificativo del abuso por lo que puede significar para la concepción objetiva del mismo.

Es indudable que la expresión "buena fe" da una mayor libertad al Juez para evaluar la conducta de las partes en una relación de obligación determinada; pues podrá medir, según las circunstancias concomitantes a cada hipótesis, y decidir en consecuencia, si el acreedor y el deudor se comportan de acuerdo con lo que razonablemen-

^{25/} GONZALEZ BAQUERO, Juan Ramón, La Recepción del Principio del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Venezolano; pag. 48.

te puede ser exigido en un momento dado. Esa expresión "buena fe", como otras de contenido también general, v.g. las de "orden público", "buenas costumbres" y la misma "culpa", constituyen puntos de referencia que permiten que las normas jurídicas se puedan adecuar más fácilmente a la cambiante realidad social, pues las mismas expresiones no tienen un idéntico contenido en épocas diferentes ni en sociedades regidas por conjuntos de principios éticos, sociales o políticos también diferentes. Esa movilidad del contenido conceptual posibilita el que unas mismas normas pueden servir para dilucidar conflictos que en un principio el legislador no se planteó. Esa circunstancia posibilita al Derecho por su parte, a pesar de su identidad expresiva, que se renueve constantemente, a la par de la sociedad cuyas actividades rige.

Respecto al "abuso manifiesto" que el Código exige en la actuación del agente del daño para no considerarlo protegido por la ley, se ha planteado la interrogante de si debe existir el elemento subjetivo, la intención de causar el daño, para que pueda configurar se el abuso del derecho; o si, por el contrario, tal elemento es indiferente y sólo el daño causado por desviación del ejercicio del derecho subjetivo basta. Es esta última opinión la que prevalece en la doctrina y la jurisprudencia, no necesitándose probar que tuvo intención de dañar por parte de quien ejerció el derecho.

Para Jossierand ^{26/} conviene agregar que la sanción del abuso debe consistir, no sólo en la reparación del perjuicio experimentado, sino también en la supresión del abuso, es decir, es una satisfacción en especie como lo contempla el artículo 27 del Código Civil,

^{26/} Ob. Cit. pag. 233.

el precepto en cita prevé, quien sufre un atentado ilícito en sus intereses personales, puede demandar al Juez que cese este.

Tales son los principios que el legislador suizo inscribió en el frontispicio de su obra, en el título preliminar del Código Civil de 1912, obra flexible y humana, inspirada por un amplio espíritu social y en opinión de Josserand, superior a la gran codificación alemana, cuyo valor técnico indiscutible no deja de tener cierta rigidez y cuyo desarrollo ha sido entorpecido, en lo que hace a la teoría del abuso, por el conflicto surgido entre la influencia romana y la nacional, que con frecuencia ha conducido a una fórmula de transacción, y limitada, como la consagrada por el artículo 226 del Código Civil, que constituye una concesión al pasado más bien que una mirada hacia el porvenir.

f) DERECHO SOVIETICO.

En primer término cabe destacar el contenido de la ley fundamental de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, cuyos artículos constitucionales disponen:

Artículo 10." La base del sistema económico de la URSS es la propiedad socialista de los medios de producción en forma de propiedad del Estado (patrimonio de todo el pueblo) y propiedad de los koljoses y otras organizaciones cooperativas.

Es también propiedad socialista el patrimonio de los sindicatos y otras organizaciones sociales necesario para el desempeño de sus tareas estatutarias.

El Estado protege la propiedad socialista y crea premisas para multiplicarla.

Nadie tiene derecho a utilizar la propiedad socialista para lucro personal y otros fines egoistas."

Artículo 11. "La propiedad del Estado, patrimonio común de todo el pueblo soviético, es la forma fundamental de la propiedad socialista.

Son propiedad exclusiva del Estado: la tierra, el subsuelo las aguas y los bosques. Pertenecen al Estado los medios básicos de producción en la industria, la construcción y la agricultura, los medios de transporte y de comunicación, los bancos, los bienes de los establecimientos comerciales, de servicios públicos y otras empresas organizadas por el Estado, el fondo inmobiliario fundamental de las ciudades, así como otros bienes necesarios para cumplir las funciones del Estado, el fondo inmobiliario fundamental de las ciudades, así como otros bienes necesarios para cumplir las funciones del Estado."

Artículo 13. "Los ingresos provenientes del trabajo constituyen la base de la propiedad personal de los ciudadanos de la URSS. Pueden ser propiedad personal los utensilios de menaje y uso cotidiano, los bienes de consumo y comodidad personal, los objetos de la hacienda doméstica auxiliar, la vivienda y los ahorros procedentes del trabajo. El Estado protege la propiedad personal de los ciudadanos y el derecho de heredarla.

Los ciudadanos pueden tener en usufructo parcelas proporcionadas, según el procedimiento establecido por la Ley, para utilizarlas como hacienda auxiliar (incluyendo el mantenimiento de ganado y aves de corral), para horticultura y fruticultura, así como para la construcción de vivienda individual. Los ciudadanos están obligados a utilizar racionalmente las parcelas que se les han conce

dido. El Estado y los koljoses prestan concurso a los ciudadanos en el mantenimiento de la hacienda auxiliar.

Los bienes que se encuentran en propiedad personal o usufructo de los ciudadanos no deben servir para extraer ingresos parasitarios ni ser utilizados en perjuicio de los intereses de la sociedad."

Artículo 14." El trabajo de los soviéticos, libre de la explotación, es fuente de la riqueza social, del bienestar del pueblo y de cada soviético.

El Estado ejerce el control de la medida de trabajo y consumo según el principio socialista: "De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según su trabajo". Determina la cuantía del impuesto sobre la renta sujeta a gravamen fiscal.

El trabajo socialmente útil y sus resultados determinan la posición del hombre en la sociedad. El Estado, conjugando los incentivos materiales y morales y estimulando el espíritu innovador y la actitud creadora ante el trabajo, contribuye a transformarlo en la primera necesidad vital de cada soviético."

Artículo 36."Los ciudadanos de la URSS de diferentes razas y nacionalidades tienen iguales derechos.

Aseguran la realización de estos derechos la política de desarrollo y acercamiento, en todos los dominios, de las naciones y etnias de la URSS, la educación de los ciudadanos en el espíritu del patriotismo soviético y del internacionalismo socialista y la posibilidad de usar la lengua materna y los idiomas de otros pueblos de la URSS.

La Ley castiga toda restricción directa o indirecta de los derechos o el establecimiento de privilegios directos o indirectos

de los ciudadanos por motivos de la raza o nacionalidad, lo mismo que toda prédica de exclusivismo, de enemistad o desdén racial o nacional."

Artículo 39. " Los ciudadanos de la URSS poseen toda la plenitud de derechos y libertades socio-económicos , políticos y personales, proclamados y garantizados por la Constitución de la URSS y las leyes soviéticas. El régimen socialista asegura la aplicación de los derechos y libertades y el constante mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos a medida que se cumplen los programas de desarrollo socio-económico y cultural.

El uso de los derechos y libertades por los ciudadanos no debe lesionar los intereses de la sociedad y del Estado, ni los derechos de otros ciudadanos."

Artículo 57. " El respeto del individuo y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos es obligación de todos los órganos estatales, organizaciones sociales y funcionarios.

Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a defensa judicial contra los atentados a su honor y dignidad, a su vida y salud, a su libertad personal y sus bienes."

Artículo 59. "El ejercicio de los derechos y libertades del ciudadano es inseparable del cumplimiento de sus deberes.

El ciudadano de la URSS tiene el deber de cumplir la Constitución y las leyes soviéticas, respetar las normas de convivencia socialista y llevar con dignidad el alto título de ciudadano de la URSS. "

En cuanto al Código Civil de 1923 ^{27/} cabe destacar el con

27/ Citado por JOSSE RAND, (ib. Cit. pag. 234.

tenido de los siguientes artículos:

Artículo 19. "La ley protege los derechos civiles salvocuando se ejerciten en sentido contrario a su destino económico y social".

Artículo 39. "Son nulos los actos jurídicos celebrados con un fin contrario a la ley o para eludir ésta, así como los que manifiestamente lesionen al Estado".

Artículo 12, 1. "La obligación caduca si el fin social y económico determinado por la ley, no se realiza."

Artículo 13. "Caduca la obligación contraída en vista de un fin social o económico, futuro, si este fin no se realiza. No se tomará en consideración la causa de la no realización."

A juicio de Jossierand ^{28/} el Código Civil Federal de Suiza, y sobre todo, el Código Civil Soviético han evocado un criterio esencialmente social y funcional que debe realizar las facultades jurídicas de acuerdo con los fines del derecho objetivo, dando así a la teoría una amplitud infinitamente superior, al elevarla hasta el espíritu mismo de las diferentes instituciones sobre las cuales ejerce ella su vigilancia: se considera que cada derecho tiene, sobre todo en el concepto soviético, una función social de la cual no pueden separarse por la voluntad de su titular, esta función y no ya sólo la intención de dañar constituye la esencia misma de la teoría del abuso.

"La Legislación Soviética, más aún que el Código Civil Suizo, ha repudiado la técnica de Derecho que caracteriza a la codificación alemana; más que en el dato, se inspira en el punto de vista social, al cual subordina, frecuentemente de manera decisiva, el punto

28/ Ob. Cit., pag. 231.

de vista individual. Esta fuerte tendencia estatista debía conducir la a orientar el ejercicio de los derechos en un sentido funcional, a sustraerla a las fantasías y egoísmos individuales para mantenerla en la dirección social". 29/

Comentando el contenido del artículo 1º del Código Civil, antes transcrito Josserand 30/ considera que es similar al artículo 2 del Código Civil Suizo, se trata de un concepto muy alejado del concepto limitado del Código Civil Alemán y del Derecho Romano que identifica el abuso de los derechos con la sola y exclusiva intención de dañar; el abuso ya no es de esencia intencional, sino de significación "económica y social"; cada prerrogativa, por individual que parezca, tiene una misión colectiva que llenar; tan pronto como se separa de esta misión, aunque sea sin mala intención e inconscientemente, se desvía y no puede esperar ya la protección de la ley, órgano de los intereses de la comunidad social. El concepto de la intención se borra o se atenúa, para ceder su lugar al concepto del fin; ésto no quiere decir, por otra parte, que el sistema soviético rechace todo elemento subjetivo, pues continúa tomándose en consideración, como en el sistema de la jurisprudencia francesa, las razones que han inducido al titular del derecho a usarlo en tal o cual forma, así como todas las circunstancias de la causa; pero esta investigación únicamente se efectúa con el objeto de saber si la función social de derecho ha sido respetada en el caso y, en este sentido, el sistema soviético es esencialmente funcional, en oposición al concepto tradicional, absolutamente impregnado de subjetividad, que se basa en la

29/ JOSSERAND, Ob. Cit., pags. 233 y 234.

30/ Idem. pags. 234 y 235.

intención; ya no se dice "a cada quien según sus intenciones", sino, "a cada quien según la conformidad de sus actos con la finalidad social de sus derechos". El abuso de los derechos se identifica con el desvío de éstos.

Para hacer más clara esta explicación podemos recalcar que el artículo 19 del Código Civil; en forma evidente y clara, consagra el principio de la finalidad económica y social en el ejercicio de los derechos civiles, sujetándose la tutela jurídica o protección de la ley a la condición de que ese ejercicio no vaya en contra de las finalidades sociales y económicas perseguidas por la legislación soviética y categóricamente expuestas en su ley fundamental Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, cuyos principales artículos hemos transcrito en este trabajo.

V. Serebrovsky y R. Jálfiná ^{31/} nos dicen que: "por obligación se entiende la relación jurídica en virtud de la cual una persona tiene el derecho de exigir de otra persona que ejecute una acción determinada o que se abstenga de ejecutarla.

La ley no establece una enumeración exhaustiva de las obligaciones por su contenido. De aquí que la obligación pueda antever el derecho a la ejecución o abstención de cualquier acto, con tal de que con ello no se infrinja la legislación vigente.

En caso de incumplimiento de una obligación por el deudor, el acreedor puede exigir la defensa de sus intereses por medio del tribunal, el arbitraje o el tribunal de arbitraje".

31/ En "Fundamentos del Derecho Soviético", pags. 222 y 223.

En consecuencia "desviar un derecho privado, por ejemplo, un derecho contractual de su destino, es cometer un acto de la misma naturaleza de los que tienden a lesionar al Estado mismo; no cabe duda de que ésta es una concepción esencialmente estatista, y casi panteísta, profundamente social y cuyo interés no puede discutirse: ja-más las nociones de fin, de finalidad social habían recibido una consagración tan solemne y general, y es evidente que una disposición como la establecida en el umbral del Código Civil Soviético es, por su naturaleza, capaz de imprimir profundamente su huella a toda la le-gislación y, por consiguiente, a toda la vida de la comunidad social, que está llamada a regir y cuyos destinos ordena". 32/

Ahora bien por lo que hace al abuso del derecho "Es menes-ter asimismo que el cumplimiento consciente y voluntario de las re-glas de convivencia, hoy ya propio de la mayoría de los soviéticos, llegue a ser costumbre de todos los miembros de la sociedad para que desaparezca la necesidad de aplicar medidas de coacción por parte del Estado". 33/

g) DERECHO AGLOSAJON.

Josserand 34/ nos dice referente a este derecho: Hasta aquí hemos visto a las naciones cultas seguir, sin duda con más o menos prisa y fervor, pero de manera constante y unánime, la gran corriente que la conduce hacia un ideal siempre social; pero hay dos países que, durante mucho tiempo, han resistido esta atracción, casi

32/ JOSSERAND, Ob. Cit., pag. 235.

33/ ROMASHKIN, P. En "Fundamentos del Derecho Soviético", pag. 11.

34/ Ob. Cit., pags. 241 a 243.

universal, y que continúan siendo, a pesar de las concesiones que han hecho, durante estos últimos años, al punto de vista finalista, los campeones de la doctrina del individualismo, del absolutismo de los derechos: estos países son Inglaterra y Estados Unidos de la América del Norte.

Principio.- Individualistas en su vida, costumbres y filosofía, los anglo-sajones lo son también en sus instituciones; los derechos son para ellos, medios de acción que pueden ejercitar hasta agotarlos, armas susceptibles de cualquier uso, en los límites objetivos trazados por la ley o por la costumbre. El papel del legislador no es, en forma alguna, asegurar el reinado de una justicia distributiva, sino más bien poner a cada uno en posibilidad de desarrollar libre y plenamente sus facultades, desarrollar plenamente su personalidad; este resultado se obtendrá gracias a los derechos, que pueden ejercerse en todas las direcciones, en vista de cualquier fin y siempre impunemente; el pabellón debe cubrir la mercancía en toda ocasión. Sin duda, en la selva jurídica, habrá víctimas, lesionados y vencidos: pero, ¿No es éste el precio de la acción y del progreso? ¿Como podría obligarse a no perjudicar nunca a tercero? Sólo podría yo satisfacer esta exigencia permaneciendo inmóvil y no obrando en ningún sentido "not acting at all", no siendo ésta, evidentemente, solución a la cuestión social, sobre todo, para una raza que rinde culto a la acción y que admira a los "realizadores de actos". Los derechos deben ser absolutos en su realización o no existir.

Las aplicaciones de este punto de vista son innumerables: los juristas ingleses y americanos las deducen implacablemente, con una lógica dura, casi con orgullo, principalmente uno de los más fa-

mosos, Federik Pollock, en su libro consagrado al Derecho de los delitos, el autor ilustra, con numerosos ejemplos tomados de la vida diaria, el principio caro para su compatriotas, de la inmunidad en el ejercicio de los derechos (immunity in exercise of common rights). Ya es el ejemplo de un propietario de inmuebles que puede usar libremente de su propiedad aún que sea con el objeto de dañar a su vecino, privándolo de la vista o agotando la fuente que brota en su predio; cava un pozo profundo y bombea una enorme cantidad de agua, de manera que la corriente que movía el molino del vecino no puede ya hacerlo; o bien practica una apertura para mirar en la casa contigua; al hacerlo así, no puede incurrir en responsabilidad, aunque se propusiera dañar a tercero, aunque haya obrado maliciously: según la jurisprudencia de la Cámara de los lores, "nunca un uso de la propiedad, que sería legítimo de inspirarse en un motivo correcto podría llegar a ser ilegítimo, por estar determinado por un móvil incorrecto o malicioso. Ya es el ejemplo del patrón, que puede despedir, a su gusto, un obrero o un empleado, con tal de que respete los plazos usuales y sin tener que explicar su decisión; los móviles en que ésta se haya inspirado son indiferentes, inmaterial; o un litigante, cualquiera que sea su mala fe, a quien no puede condenársele a pagar a su adversario, que haya obtenido sentencia favorable, los daños y perjuicios causados, por lo menos en materia civil: el abuso malicioso de los procedimientos civiles (malicious abuse of process, malicious civil proceedings). No constituye un "actionable wrong", un entuerto jurídicamente reprobable, un delito.

Por tanto, en América y en Inglaterra encontramos, con la glorificación de la acción e iniciativa, el triunfo sin restricción del *summum jus*; los derechos se realizan abstractamente, en todos

los sentidos; son potentes instrumentos susceptibles de ponerse al servicio de todos los deseos, de todas las pasiones. La ley de Darwin se realiza en el dominio jurídico; los derechos aseguran el juego de la concurrencia vital, realizan la selección de la especie por la eliminación de los débiles, por el triunfo de los más fuertes y de los más listos: ¿Acaso no decían ya los romanos? "Jura vigilantibus succurrunt".

Pero esta concepción absoluta de los derechos, por conforme que sea a las doctrinas de la filosofía inglesa, y a las leyes de ducidas por Darwin y H. Spencer principalmente, esta concepción estricta no podía subsistir intacta, indefinidamente, pues oponer los individuos entre sí, era antisocial, y al separar los actos de los móviles que los inspiran, confiriendo a los derechos un carácter abstracto y fantasmático confinaba con lo inverosímil y aún con lo absurdo. Llegó un día en que fué necesario hacer concesiones; en que el individualismo anglosajón tuvo que teñirse de socialismo jurídico, en que el dogma del absolutismo vió surgir ante sí el concepto social de la realidad de los derechos.

Contrariamente a lo expuesto por Josserand, el jurista Lino Rodríguez - Arias Bustamante ^{35/} afirma lo siguiente referente a la jurisprudencia anglo-sajona. La inglesa ha proclamado desde 1706, que no se podría usar de las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro. Lo ha hecho en el principal de los de decoy cases (caso de la escopeta): se trataba de un propietario, Kleeble, que había establecido en sus dominios una escopeta para ti rar a los pájaros del pasaje, matarlos y venderlos; su vecino,

^{35/} El Abuso de los Derechos, (Teoría de los Actos Antinormativos) pags. 32 y 33.

Hikeringill, propietario limitrofe -en el deseo de espantar los pájaros-, disparaba sobre su propio fundo con fúsil, y causaba así maliciosamente un daño a su vecino; el acto de este último era en sí lícito, lo que era ilícito fué su "malicia", porque el lo hacía con la única intención de causar un perjuicio a otro.

El ejercicio del derecho de propiedad, encuentra un límite objetivo en la teoría de los nuicances, que señala límites al mismo en interés de las buenas relaciones de vecinidad, quedando obligados a responsabilidad de un modo objetivo los actos que caen bajo dicho concepto, por cuanto constituyen la violación de una regla expresa de derecho.

Por otra parte, el concepto de conspiracy civil representa, en realidad, un reflejo de la teoría del abuso en Derecho Inglés. La conspiracy consiste en el acuerdo para hacer lo que es injustamente dañable a otra persona, dando lugar a una acción on the case, cuando el daño ha sido efectivamente causado a la persona; puede presentarse bajo dos aspectos: 1º, ejecución en común de un acto ilícito; 2º, acuerdo ilícito para alcanzar, por medios ilegales, un objeto lícito en si mismo.

No es otra cosa la conspiracy, que la apreciación de las consecuencias económicas y sociales de una acción concertada que ha decidido a los jueces a tratar esta coalición como un delito civil generador de acción y a forzarles a buscar una fórmula jurídica, permitiéndoles integrarla en sistema general de la responsabilidad.

De todas maneras, un principio que ha venido a jugar un papel importantísimo en la jurisprudencia anglo-sajona desde la segunda mitad del siglo XIX, es el standard jurídico, instrumento elástico y flexible que señala al juez una directiva general, permitiéndo

le, por ende, dar la solución más apropiada a las circunstancias de cada especie, o sea, guía al juez en la administración de la justicia dándole una idea de la finalidad del Derecho, ya que las exigencias prácticas de la vida económica no soportan una reglamentación rígida; por medio de este principio, puede conseguir en cada caso, adaptar la realidad jurídica a la social, a fin de conseguir el mayor equilibrio de los intereses en conflicto.

CAPITULO SEGUNDO

CARACTERISTICAS DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO

A fin de estar en posibilidad de definir y determinar las características del uso abusivo del derecho, a continuación se anotan algunas definiciones doctrinarias y legales de actos ilícitos, ilegales y excesivos.

a) ACTOS ILICITOS.

a) I) Definiciones doctrinarias.

1. El maestro Ernesto Gutiérrez y González ^{36/} dice que el acto ilícito es toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes de un convenio.

Los clasifica de la siguiente forma:

a). La conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con lo determinado por un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o dictado por las buenas costumbres. Como un aspecto especial de estos hechos ilícitos se apunta el llamado "uso abusivo de los derechos".

b). La conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con una declaración unilateral de voluntad.

c). La conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes en un convenio.

2. Hans Kelsen ^{37/} afirma: Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica; lo que es lo mis

^{36/} Derecho de las Obligaciones, pags. 441 y 442.

^{37/} Teoría Pura del Derecho, pags. 87 y 88.

mo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Para la teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar una función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

3. Para Rafael de Pina ^{38/}. Los actos ilícitos se definen como las acciones u omisiones prohibidas por la ley.

Este autor distingue tres clases de actos ilícitos:

a). Aquellos que representan acción u omisión voluntaria por la que resulte incumplida una obligación constituida por convenio (culpa contractual).

b). Actos que tienen categoría de delitos o hechos punibles y que producen una responsabilidad civil como accesoria de la criminal. Esta culpa o responsabilidad civil no es contractual, perteneciendo su estudio al derecho penal, por lo mismo que es una consecuencia de la criminal.

c). Actos ilícitos por culpa o negligencia que producen un daño y cuya responsabilidad no es consecuencia de obligación contractual, ni los hechos ilícitos revisten carácter delictivo.

^{38/} Elementos de Derecho Civil Mexicano, pags. 235 y 236.

4. Francisco Messineo ^{39/} nos dice! Se entiende por acto ilícito (civil), un acto (unilateral) de ordinario, humano que origina: daño a otro y que genera, a cargo del agente (autor del daño), una responsabilidad, la cual consiste en la obligación de resarcir dicho daño.

La ilicitud del acto (factum contra ius) existe, en cuanto configura una antijuricidad o injusticia (romanísticamente: iniuria); y, por consiguiente, hace antijurídico, o injusto, también el daño.

El acto ilícito es, de ordinario, generador de la obligación de resarcimiento, cuando pueda adscribirse a culpa o a dolo. Correlativamente, se distingue culpa (o dolo) penal, de culpa (o dolo) civil.

Puede haber así: figuras de puro ilícito penal en que acompañe un ilícito civil; figuras de ilícito penal, que es también ilícito civil (y da lugar también al resarcimiento del daño); figuras de puro ilícito civil, que son aquellas a las cuales, principalmente, nos referimos aquí.

Una ulterior premisa - ésta de naturaleza dogmática - se debe fijar desde ahora; y es que un carácter esencial del concepto moderno de acto ilícito es la injuria, o sea, el acto que origina un daño injusto; no también y necesariamente, la culpa (o el dolo). A tal conclusión induce, precisamente, la consideración de que existen figuras (y por ventura, no pocas) que son de acto ilícito, aún cuando de ellas escape absolutamente el elemento (subjetivo) "culpa", o "dolo" (responsabilidad objetiva).

^{39/} Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, pags. 475, 476 y 477.

Por tanto, la "culpa", o el "dolo", es un coeficiente normal, pero no constitutivo, del acto ilícito.

Se discute si la ilicitud del acto reside en la violación de una norma jurídica: acto contra ius (concepción denominada objetiva), o en la lesión de un "bien jurídico" ajeno, o sea de un derecho subjetivo o, en absoluto, también de un interés (concepción denominada subjetiva). Es obvio que, en abstracto, el acto ilícito puede concebirse de uno y otro modo; falta determinar en que modo se haya de entender.

Consideramos que debe aceptarse la segunda tesis, aunque no sea más que por la decisiva razón de que, para la existencia del acto ilícito, es necesario también un daño; y el daño no puede haberlosino en cuanto se suponga lesionado un derecho subjetivo (o en hipótesis, un interés). El equívoco de quien sigue la primera tesis, está en concentrar la investigación sobre el elemento "injusticia" (del acto ilícito), descuidando el elemento "daño", que es el elemento central de la figura del acto ilícito; y el concepto de daño es correlativo a la lesión de una zona jurídica subjetiva.

Sin decir que, aceptada la concepción objetiva, se atenuaría la diferencia entre acto ilícito y negocio ilícito, donde, precisamente, la ilicitud se manifiesta en el carácter contrario del ordenamiento jurídico, sin que al mismo acompañe la lesión de derecho alguno (o de interés) ajeno.

Otra cosa es que, al lesionar el derecho ajeno, implícita o indirectamente se viole también la norma jurídica, en el sentido de que, si no existe una norma que lo reconozca como tal, no se tiene un bien jurídico posible objeto de lesión y de daño.

La violación de la norma entra en discurso solamente con carácter de presupuesto, en virtud del cual puede distinguirse entre el acto ilícito civil y las figuras del delito, improductivo del daño.

5. Para Rafael Rojina Villerjas ^{40/}: De acuerdo con el deber jurídico fundamental que sirve de base a la convivencia humana y a la seguridad jurídica, así como a la paz pública y al orden, nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si no existe una expresa autorización normativa que faculte ese acto de interferencia. Por consiguiente, lo ilícito se puede definir en el derecho como toda interferencia en una esfera jurídica ajena, cuando lo normado autorice ese acto de interferencia.

6. En la Enciclopedia Jurídica Omeba ^{41/} se da el siguiente concepto general de ilicitud: Ante conceptos expresados mediante términos que contengan algún prefijo privativo, nos sentimos inclinados a remitirnos a su contradictorio para captar su significación. Tal ocurre comunmente, incluso en lo jurídico, pero no es así en nuestro caso: la "ilicitud", dista mucho de ser la "ausencia de licitud" o su contrario. Anticipamos que el concepto jurídico portador de una auténtica significación es la "ilicitud", materia obligada de todo ordenamiento positivo. La "licitud" en cambio, no precisa ser mentada por norma alguna, pues no es rigurosamente necesario prescribir conductas lícitas: lo son todas, excepto precisamente las ilícitas.

Sin embargo, basta con abrir un cuerpo de leyes al azar para encontrar referencias concretas a lo lícito: "el pago puede ser

^{40/} Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Vol. 2, pag. 140.

^{41/} Tomo XIV, pags. 962 a 967.

hecho por un tercero"; "el derecho del vendedor puede ser cedido"; "las sociedades comerciales pueden pedir reunión de sus acreedores". Evidentemente, es fácil hallar expresas referencias a facultades varias, pero ello hace a la dogmática y más bien que crear derecho se limita a regular las dimensiones de la conducta que precisamente por no ser prohibida, es lícita. Se reafirma así el anterior aserto en el sentido de que, como reza el postulado, "todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", lo cual equivale a decir que todo lo que no es ilícito, es lícito.

De aquel postulado pueden extraerse diversas interpretaciones. Nosotros lo aceptamos con el alcance de que "si una acción nos es establecida como prohibida, entonces esa acción tiene establecidos como prohibidos a sus impedimentos", lo que implica que la no prohibición apareja la no impedibilidad de una conducta: basta, pues, con la no prohibición de una conducta para que esa conducta quede eo ipso permitida, permisión que importa la prohibición de su impedimento. Por eso dice bien Kelsen que "cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también puede omitir simplemente prohibir esa conducta". Agrega que "cuando el acto del individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida, está jurídicamente permitida". La consecuencia necesaria del postulado, en el sentido de que es lícita toda conducta que no haya sido establecida como ilícita, hace al seudo problema de las lagunas del derecho, que se reduce en última instancia a un criterio valorativo respecto de las soluciones que consagran como tácitamente lícitas aquellas ac-

ciones no previstas como ilícitas en el ordenamiento.

Sintetizando: el concepto de lo lícito es inesencial. La "ilicitud", en cambio, es uno de los presupuestos fundamentales del Derecho positivo. Del "Derecho positivo" en su acepción estricta, ya que en orden más amplio - y menos preciso - de conceptos cabe admitir una sistematización que no se apoya rigurosamente en ella.

Ilicitud y valoración. Vimos que la conducta ilícita es la que prevé la norma como antecedente de una sanción; y vimos también que más bien por atendibles razones de comodidad expositiva, se dice que la conducta ilícita "viola" la norma. En rigor, como mostrara agudamente Binding, el delincuente no viola la ley, sino que se adecua a ella. En cierta medida es así: el homicida no quebranta la disposición legal que describe una transgresión, sino que por lo contrario encaja en esa previsión típica; y es que la ley no "prohibe" matar, sino que para el caso de muerte de un hombre por otro prescribe una sanción. En ese sentido, sí, la conducta ilícita se adapta a la ley en vez de oponérsele.

Sin embargo, para una conciencia pre-crítica, desprevenida, ingenua digamos, el delito algo viola: ello es de tal evidencia que los argumentos en contrario, si tienen tal fortuna dialéctica que neutralizan toda repulsa, carecen de una auténtica fuerza persuasiva, y más bien nos inclina a pensar en una desnaturalización del objeto por exceso de racionalización. Y ese "algo" no era la ley -Binding- o por lo menos no era sólo la ley: se vivía la evidencia de que la conducta antijurídica lesionaba valores: que el delito, amén de su caracterización formal, rebasaba los límites legales y hacía impac- tos en otras vigencias. De ahí que, con Von Liszt, sugiera la conocida doctrina de la antijuridicidad material: paralelamente a la

transgresión de una norma positiva -antijuridicidad formal- el delito importa una acción antisocial: esa acción antisocial es diversamente caracterizada por los juristas que participan de esa concepción, pero en definitiva traduce una clara referencia a circunstancias no exclusivamente formales como índices de connotación de lo ilícito. En ese sentido, el intento más logrado ha sido el de Max Ernst Mayer con su célebre formulación de las "Normas de cultura", una especie de vigencia a lo Ortega y Marias que sintetizan e involucran principios morales, religiosos, costumbres, usos comerciales, hábitos profesionales, etcétera. Todo ello condujo a postular la existencia de normas trascendentes al orden positivo, que se hallarían a la base y como fundamento de las normas jurídicas. Superado el "juego de palabras" de que habla Kelsen sobre el punto -en su crítica Binding- encontramos con distinto nombre lo que ya dijimos: una vigencia estimativa -complexo de valores jurídicos, éticos, económicos, etcétera- cuya gravitación es manifiesta en el acto creativo del derecho: "porque" se valora positiva o negativamente tal conducta, se la "ordena" o sea la "prohíbe", pero esto es conocido desde hace por lo menos sesenta años, cuando Husserl señaló con meridiana claridad que las ciencias normativas tienen como fundamento auténticas valoraciones; un guerrero "debe ser" valiente "porque" sólo un guerrero valiente es un "buen" guerrero. El positivismo no tiene porque negar la realidad axiológica propia del Derecho: lo que sí es necesario, en orden al deslinde óptico de los objetos en estudio, es precisar lo que es "valor" y lo que es "norma"; ésta -para algunos- es el único objeto de la ciencia del Derecho; de los valores se ocupa la axiología. Para otros, la ciencia del Derecho también debe ocuparse de valores, lo cual define una posición acepta-

bley y fundada. Kelsen dice que no: el objeto que estudia el jurista es solamente el sistema de normas; pero deducir de ahí que el derecho es ajeno a los valores, importa por lo menos confundir métodos con ontología.

Positividad y autodeterminación de la conducta ilícita. De lo precedentemente expuesto resulta que el factor estimativo opera en el acto de la creación del Derecho. Es entonces cuando esas vigencias llámeselas justicia, intereses colectivos, sentimiento jurídico, normas de cultura o como fuere - concurren como componente primordial, como relevante motivación del acto creativo. Esa relevancia no equivale a una especie de instancia supraordinaria, competente para validar o invalidar las normas positivas. Una vez "puesta" la norma, su validez se juzga en función del sistema: vale, por ejemplo, hasta que otra norma creada con arreglo al ordenamiento la derogue, o hasta que se cumpla el término de su vigencia en su caso.

Núñez, para abonar su opinión de que sólo el derecho positivo es fuente de antijuridicidad recuerda en oportuna cita estas palabras de Bettiol: "El legislador . . . crea las figuras delictuosas teniendo presente el grado de desenvolvimiento cultural del pueblo y las exigencias que en un momento dado se dejan sentir en los diversos sectores de la vida social. Ellos determinan un influjo directo en el momento pre-legislativo en cuanto son criterios de valoración de los intereses, en cuanto dan tono a los "valores" sociales que las normas penales están llamadas a tutelar. En el momento posterior a la posición de la norma, ellas sirven de excelente guía para la interpretación de la norma, pero no pueden constituir el objeto de una pretendida antijuridicidad material. Núñez es categórico en el sentido de que "únicamente el derecho positivo le puede de

cir legítimamente al juez si la conducta a juzgar armoniza o no con lo que la organización estatal garantiza como interés jurídicamente protegido", y agrega, citando a Beling: "por cierto que es hermoso ver que el Derecho se mantenga en armonía con los otros ordenadores de la vida; pero cuando no sucede así, a la validéz jurídica de los preceptos no puede quitársele ni una coma".

Es decir: las valoraciones gravitan como determinantes en el acto creativo del derecho, pero no como instancias de su posible invalidación. Volviendo al esquema normativo, lo que "debe ser" sanción para el supuesto de que se incurra en la conducta prevista como antecedente -ilicitud-, sólo resulta del Derecho creado en la forma y por el órgano competentes. La ilicitud no es la resultante de vivencias axiológicas, sino de un acto previsto por el ordenamiento jurídico que en su momento tuvo, sí, como componente de esas vivencias, pero que una vez realizado no condiciona su validéz a la conformidad o adecuación con aquellas. Es decir: lo que es ilícito "porque" ha sido previsto como antecedente de una sanción, no requiere ya el visto bueno de las valoraciones vigentes para continuar siéndolo: la pretensión de aceptar o no una norma positiva porque satisfaga o no determinados valores, a la manera jusnaturalista, importa la negación de un ordenamiento jurídico: obsérvese que para esa doctrina, cada intérprete es árbitro competente para decidir si la norma vale o no vale; ello implica algo más que la quiebra del valor seguridad; implica la quiebra del sistema positivo como sistema, ya que de él sólo restarían, como disjecta membra, aquellas disposiciones que en cada caso y para el sentido estimativo de cada intérprete satisficieran esa su personal valoración.

Parecería quizás que en la posición positivista la regulación de la conducta estaría librada al arbitrio de la autoridad, sin el freno morigerador de las valoraciones reales. Sin embargo, más bien ocurre lo inverso: el acceso a los órganos legislativos inherentes a los regímenes democráticos implica la garantía de que sean los propios súbditos quienes decidan qué conducta aparejará sanción, ya que, no habiendo más ilicitud que la que dimana de la creación normativa, serán los propios destinatarios quienes decidan cuáles son los presupuestos de posibles sanciones.

Vimos que el modo de manifestar el Estado su "voluntad" consiste en la determinación de sanciones para ciertos tipos de conducta; que la conducta así configurada a la que se asocia la sanción, es lo ilícito; que la ilicitud sólo puede resultar de una norma jurídico positiva, y que toda conducta no mentada como antecedente de una sanción es lícita. Ello, unido a la existencia de un órgano competente para la producción del derecho y a la elegibilidad de los miembros de ese órgano, equivale a decir que inversamente a la situación imperante en los siglos triunfales del jusnaturalismo, hoy son los propios súbditos quienes deciden qué comportamiento aparejará sanciones y, con el margen de conducta no sujeta a mención expresa -mar en que afloran las islas de lo prohibido según la metáfora de Zitelmann-, el ámbito de libertad dentro de cual podrán desenvolverse lícitamente.

7. Concepto general de acto ilícito. ^{42/} El concepto general del acto ilícito se confunde con el concepto de la antijuricidad en

^{42/} Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pags. 371 a 374.

el sentido que presupone una conducta contraria al Derecho positivo, cuando viola un mandato o una prohibición, sea ella dolosa o negligente.

En la agresión a los bienes jurídicos pueden lesionarse así mismo (ocurre con frecuencia en el orden civil) los derechos subjetivos ajenos, y con ello tenemos dados los elementos esenciales del acto ilícito: antijuricidad, perjuicio (a un interés jurídico o material), es decir, el elemento objetivo, y la imputabilidad por dolo o culpa estricta (negligencia), lo que configura el elemento subjetivo.

En este orden de ideas, lo ilícito, lo antijurídico, lo injusto, resulta de una presuposición básica: el ordenamiento jurídico. De ahí que sea consecuente el criterio doctrinario, considerando que el planteo integral de los problemas atinentes debe hacerse estableciendo lógica y dogmáticamente como un prius a lo jurídico, y como un posterius a lo antijurídico.

Así también resulta claro que, si en cuanto a lo lícito se puede adosar la idea fundamental de permisión, de limitación jurídica constitucional, a lo ilícito se debe relacionar la idea básica de lo prohibido o de lo no permitido.

Toda actividad consentida y tutelada por el Derecho define el área de lo lícito. Cuando la conducta (culposa, por acción u omisión) resulta contraria al ordenamiento positivo y perjudicial a los bienes individuales, estamos en el área de lo ilícito, y es de necesidad jurídica una consecuencia sancionatoria para el actor del hecho injusto, en orden a las necesidades colectivas y particulares lesionadas. Porque el derecho es un orden esencialmente coactivo.

El concepto general requiere las previas delimitaciones dentro del orden jurídico total; dentro del ordenamiento penal y civil en particular y aún dentro de un concepto estricto y propio del ordenamiento civil, como se esbozará más adelante.

El ordenamiento positivo de cada Estado sirve de pauta para la definición de lo ilícito, en cualquier orden del Derecho.

El orden jurídico, en su total vigencia, demarca la esfera de actividad lícita de los sujetos de derecho. Fuera de la esfera especial de lo permitido, lo no prohibido, como sucede en nuestro ámbito constitucional, la conducta humana puede transgredir los preceptos tuitivos de los intereses generales y particulares, aún cuando no se cause un daño en el sentido civil, privado, y el agente sea inimputable en orden a su capacidad jurídica. Se trata, en primer lugar, de la ilicitud objetiva.

La antijuricidad de la conducta humana puede llegar a lesionar los intereses más sagrados de la personalidad total, como sus particulares intereses pecunarios. De cualquier manera, el acto injusto, a los efectos de su punibilidad, requiere la ilicitud subjetiva, un hecho ilícito culpable y dañoso a la vez. De modo que en el ordenamiento jurídico se determinan las consecuencias del acto ilícito, distinguiendo el objeto atacado, según sea bienes jurídicos generales o particulares.

En sentido civil estrictamente, se puede considerar como acto ilícito a todo acto positivo o negativo, contrario al ordenamiento jurídico o violatorio de un derecho particular, perjudicial para ambos intereses (colectivos y privados), imputable al agente por dolo y culpa, y que trae como consecuencia substancial un deber

resarcitorio. Lo que está de acuerdo con el concepto moderno de la unicidad de los actos ilícitos y de la antijuricidad esencial en cuanto a la responsabilidad resultante en la esfera del Derecho privado. Otra cosa es la cuestión no subestimada en absoluto, de los presupuestos de hecho del acto ilícito (el dolo o la culpa) y de los intereses perjudicados, que tiene en mira cualquier ordenamiento para cualificar el resultado, dañoso.

En el ordenamiento positivo se pone de manifiesto la garantía del derecho a los intereses tutelados con las sanciones impuestas a los actos ilícitos. La legislación comparada demuestra que se ha superado el elenco clásico de la pena, la indemnización y la caducidad de un derecho, como límite de las medidas sancionatorias de la infracción jurídica.

El Derecho privado no carece completamente de elementos penales. Ciertas normas descansan en la idea de que la conducta contraria al deber, debe castigarse con un perjuicio patrimonial, v. gr., la privación de la legítima; la indignidad para suceder.

La cuestión de la terminología no es uniforme en la doctrina comparada, por la diversa perspectiva de los enfoques legislativos, en primer lugar, y, además por las variadas tendencias oscilantes entre el concepto objetivo o subjetivo de la ilicitud. (V. Antijuricidad, Delito, Ilícito, Lícito.)

a) II). Definiciones Legales.

1. CODIGO CIVIL ALEMAN.

Artículo 823. "Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquiera otro derecho de otra persona, está obligado para

con ella a la indemnización del daño causado por esto.

La misma obligación incumbe a aquel que infringe una ley destinada a la protección de otro. Si según el contenido de la ley es también posible una infracción de ésta sin culpa, la obligación de indemnización sólo tiene lugar en el caso de culpa.

Artículo 826. "Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño."

2. CODIGO CIVIL ARGENTINO.

Artículo 898. "Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos."

Artículo 1066. "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto."

Artículo 1067. "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia."

Al delito civil se le define en el artículo 1072.

"El acto ilícito ejecutando a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito."

3. CODIGO CIVIL FRANCES.

Artículo 1370. "Algunas obligaciones se forman sin que in

tervenga ninguna convención de parte del que se obliga ni de parte de aquel hacia el cual está obligado.

Unas resultan de la sola autoridad de la ley; las otras nacen de un hecho personal del que se encuentra obligado.

Las primeras son las obligaciones formadas involuntariamente, tales como entre propietarios vecinos, a las de los tutores y otros administradores que no pueden rechazar la función que se les discierne.

Las obligaciones que nacen de un hecho personal del que se halla obligado, resultan o de los causicontratos, o de los delitos o causidelitos; y constituyen la materia del presente título."

Artículo 1382. "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido."

Artículo 1383. "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo de intento, sino también por su negligencia o imprudencia."

4. CODIGO CIVIL ITALIANO.

Artículo 2043. "Resarcimiento por hecho ilícito. Cualquiera hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño."

5. CODIGO CIVIL MEXICANO.

a) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870. No define la ilicitud, sino la lícitud en los términos siguientes:

Artículo 1396. "Es lícito lo que no es contrario a la ley o a las buenas costumbres."

b) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.

Artículo 1280. "Reproduce el mismo texto del Código anterior."

c) Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia Federal de 1928."

Artículo 89. "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

Artículo 1830. "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Como podemos notar el ordenamiento en vigor es más completo que el de los Códigos anteriores, ya que hace mención expresa a lo que es ilícito y a las leyes de orden público.

6. CODIGO CIVIL RUSO.

Artículo 403. "El que ha causado un daño a la persona o bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de esta obligación si prueba que no podía prevenir este daño o que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma."

7. CODIGO SUIZO DE LAS OBLIGACIONES.

Artículo 41. "El que causa de una manera ilícita un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que causa intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a las buenas costumbres, está igualmente obligado a repararlo."

b) ACTOS ILEGALES.

1. Para Joan Dabín ^{43/} los actos ilegales son derechos utili-

^{43/} El Derecho Subjetivo, pag. 334.

zados con espíritu egoísta constituyen un uso ilegal, precisamente porque son contrarios a la norma constitucional del derecho función: al usar mal de él, su titular se evade de su derecho, pues sólo tenía derecho para usarlo bien, en el sentido de la función y para el provecho de la función.

2. Para Josserand ^{44/} el acto ilegal es el incorrecto en sí mismo cuando un individuo comete un acto perjudicial, procede desde luego investigar si este acto se ha realizado sin derecho y, por consiguiente, con violación del derecho ajeno, en cuyo caso por este mismo hecho incurrirá en responsabilidad su autor, pues el acto ilegal exige fatalmente una sanción, ya que es intrínsecamente incorrecto y constituye un atentado intolerable contra el derecho ajeno.

Por ejemplo, el propietario de un inmueble que realiza actos de dominio en un predio vecino, o que practica aperturas no reglamentarias en los límites de ambas heredades; o bien, un acreedor que embarga sin estar provisto de un título ejecutivo o un bien que no es de la propiedad de su deudor, o un litigante que apela de una sentencia dictada en última instancia o extemporáneamente; en tales eventualidades, y podrían multiplicarse los ejemplos hasta el infinito, el agente ha quebrantado la legalidad; voluntariamente o por error, conscientemente o no, se ha levantado contra ella; no puede mantenerse la situación que ha creado, debe terminar y lo más pronto posible; la persona interesada en su desaparición, obtendrá casi siempre una satisfacción en especie (es procedente excluir aquellos casos en que una sanción en especie sea contraria a la dignidad humana y a toda verosimilitud; por eso el despido ilegal de una de las partes

^{44/} Ob. Cit., pags. 282 y 283.

por la otra, en el contrato de trabajo de duración indeterminada, no puede producir una satisfacción directa, la cual consistirá, en la especie, en el mantenimiento del contrato hacia y contra la voluntad de quien haya querido liberarse de él; la parte despedida deberá entonces limitarse a una indemnización pecunaria, aunque sea víctima de un acto realizado sin derecho), y también, en su caso, daños y perjuicios; para obtener sentencia favorable no necesita probar ni la culpa ni aún el daño, le bastará demostrar que el acto impugnado se ha realizado sin derecho, por tanto, contra su derecho, que es, en sí mismo o específicamente, ilegal; por tanto, ha roto el equilibrio de los derechos; el restablecimiento de la situación se impone y por los medios más enérgicos.

3. Ilegalidad según la Enciclopedia Jurídica Omeba, ^{45/} en términos generales, y en una acepción corriente, ilegal importa todo aquello que es contradictorio o contrario con la ley, según el Código Civil Español, los actos ilegales son los ejecutados contra lo dispuesto en la ley, y por tanto son nulos, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

c) ACTOS EXCESIVOS.

1. Para Josserand ^{46/} los actos excesivos sólo son productivos de responsabilidad en razón del exceso o de la anormalidad del daño que resulta de él para tercero.

El acto perjudicial ha sido realizado en virtud de un derecho y conforme a su destino: no es ni ilegal ni ilícito. Como te

^{45/} Tomo XIV, pags. 940 y 941.

^{46/} Ob. Cit., pags. 282 y 284.

sis general, no será productiva de obligaciones, siendo irreprochable en sí misma, y en su génesis como en su finalidad; su autor se beneficiará de una completa inmunidad.

Sin embargo, de otra manera acontece si el daño causado es excesivo o anormal, como si los vapores pestilentes de una fábrica dañan las cosechas vecinas o si los humos de una locomotora causan un daño a una lavandería establecida en la proximidad de una estación de ferrocarril o de una vía férrea, o en caso de que las chispas de una locomotora incendien cosechas o bosques próximos. El acto tan emi- nente, tan anormalmente perjudicial es constitutivo de riesgos, debe soportar su incidencia: responsabilidad sin culpa y puramente objetiva.

En estos casos, quien demande la indemnización debe probar tanto el daño -que aparece en primer lugar- como el carácter anormal del riesgo; pues la ruptura del equilibrio entre los derechos rivales resulta no del acto mismo, sino de los móviles que lo han inspirado, de sus efectos, de su potencial de nocividad. Por ello, quien se queja no puede pretender se le satisfaga en especie: ¿podría concebirse que quisiera impedir a la Compañía de Ferrocarriles que circulen las locomotoras sobre las vías de su red? Tan pronto como el acto perjudicial es legal y lícito, podrá renovarse, con la salvedad de que la víctima obtendrá una indemnización pecuniaria.

2. El Doctor Lino Rodríguez-Arias Bustamante, ^{47/} Profesor de la Universidad de Panamá, nos dice: Hay actos que se ejecutan en virtud de un derecho -en contra de lo que ocurre en los ilegales-, e incluso, conforme al espíritu de la institución a que sirve aquél

^{47/} El Abuso del Derecho (Teoría de los actos antinormativos) (Conclusión), pag. 15.

-lo que no sucede en el acto ilícito-, y sin embargo, su autor incurre en responsabilidad; éste es el caso de los actos excesivos o creadores de riesgos; v. gr. cuando los vapores pestilentes de una fábrica dañan a las cosechas vecinas, resultando la ruptura del equilibrio de los derechos, de sus efectos, del potencial de su movilidad.

El mencionado autor dice que de las tres categorías de actos ilegal, ilícito, excesivo, la primera y la última revisten marcadamente carácter objetivo, en tanto que la segunda es subjetiva. Josserrand sitúa la teoría del abuso entre los actos ilegales y los excesivos y Markovich, hace entrar en la concepción del acto ilícito, el abuso de los derechos y el acto excesivo. Sin embargo, para él la doctrina del abuso participa de las tres categorías de actos, pues considera que si el ejercicio abusivo de un derecho equivale a un acto de apariencia jurídica, se está en presencia de un acto ilegal; si por abuso del derecho, se entiende un acto intencionalmente dañoso, estamos en presencia de un acto ilícito, y, por último, si por abuso del derecho nos figuramos el ejercicio de un derecho lícito en su origen y finalidad, pero sin atenderse a los intereses ajenos o salvando reglas de prudencia, o sea, que su ejercicio pueda suponer "desconsideración" hacia los derechos ajenos, estamos ante un acto excesivo; v. gr. es el caso de los humos excesivos, el del patrono que consiente persista la huelga de sus operarios, aferrándose a una interpretación egoísta de sus derechos, pero sin mala fe. ^{48/}

^{48/} Ob. Cit., pag. 16.

d) USO ABUSIVO DEL DERECHO.

d) I) Definición.

1. Para Ripert y Boulanger ^{49/} habrá abuso de un derecho cuando:

1º. El titular disimule bajo el ejercicio de un derecho un acto ilícito que figura en el contenido del derecho; por ejemplo, el titular de una servidumbre que use la propiedad de otro en forma diferente a cómo tiene derecho a hacerlo: en este caso hay un acto fuera del derecho. El ejercicio termina donde comienza el abuso. Siempre se ha admitido que un acto semejante es ilícito.

2º. En ciertos casos en que la responsabilidad no está fundada en la culpa, puede resultar del acto realizado en el ejercicio de un derecho porque está ligada a una actividad lícita. Se necesita por lo tanto determinar las modalidades de ejercicio del derecho para saber en qué momento comienza la responsabilidad. El acto llamado abusivo es aquí simplemente el acto normal, es decir, aquel que excede las condiciones habituales del ejercicio del derecho. Por ejemplo, un industrial que explota con una autorización administrativa una industria en condiciones tales que causa un perjuicio a las propiedades vecinas, es declarado responsable de ese perjuicio y se dice que abusó de su derecho.

3º. El titular de un derecho que utiliza las prerrogativas legales para perjudicar a otros incurre en una responsabilidad por este acto voluntariamente nocivo.

La intención de dañar puede ser tolerada en la sociedad.

La jurisprudencia hace frecuentes aplicaciones de esta idea

^{49/} Tratado de Derecho Civil, Tomo I, parte general, pags. 476 a 478.

y es en este caso en que se debe hablar verdaderamente de abuso del derecho.

La Teoría de la Relatividad de los Derechos. Después de haber declarado que hay abuso del derecho cuando el titular actúa de mala fe, se quiso ir más allá y decidir que hay igualmente abuso cuando no actúa conforme a la misión social que se considera recibida. Los derechos deberían ser ejercidos dentro de un cierto espíritu y para un fin legítimo. Del mismo modo que en derecho público un acto administrativo está viciado por desviación de poder si la autoridad que lo realiza utiliza los poderes que le fueron conferidos, para un interés privado, en derecho civil el titular de un derecho no podría desviarlo de su fin social. Esta teoría de la relatividad de los derechos fue seguida por Josserand.

2. Los Mazeaud y Tunc ^{50/} sostienen que al ejercer alguno de los derechos de que sea titular, una persona causa un daño a otra; ¿debe por ello reparación? Es la llamada cuestión de "el abuso del derecho"; los que en este supuesto exigen la responsabilidad del autor del perjuicio declaran, en efecto, que ha "abusado" de su derecho. Por consiguiente, ¿puede haber abuso de un derecho? ¿Cabe comprometer la responsabilidad propia cuando se ejerce un derecho?

El que ejercita un derecho con el deseo de causar un daño incurre en una culpa delictual; el que, sin intención maliciosa, se comporta, al ejercitar un derecho, de modo distinto del que lo habría hecho un individuo cuidadoso, con imprudencia o negligencia, incurre en una culpa cuasidelictual; en ambos casos, su responsabilidad es exigible. En pocas palabras, ya se cause el daño en el ejercicio

^{50/} Ob. Cit., págs. 232 y 233.

de un derecho o fuera de ese ejercicio, la solución es la misma: procede averiguar siempre si existe culpa y, desde el instante en que la haya, condenar el autor del daño a reparación. Tal es la concepción del "abuso del derecho", admitida con mucha generalidad por la jurisprudencia, que se contenta con acudir a los artículos 1382 y 1383 del Código Civil. Por el contrario, numerosos autores pretenden excluir en esta esfera los principios de la culpa, ya sea porque se niegue a exigir la responsabilidad cuando haya intención de perjudicar, culpa delictual; ya sea por hacer del abuso del derecho una fuente de responsabilidad civil distinta de la culpa.

3. Para Roulet ^{51/} la teoría del abuso del derecho es una violación no del orden jurídico, sino del orden moral.

4. Lo decisivo para Dabin ^{52/} es que el criterio del abuso del derecho es moral y humano y no, por lo menos de manera inmediata, económico y social. Lo que propiamente constituiría el abuso del derecho serían ciertas modalidades de su ejercicio, en cuanto repugnan o chocan con la conciencia social, con los valores asumidos por ella en cada situación histórica.

5. Para Luis Jiménez de Asúa ^{53/} el ejercicio de un derecho tiene como valla insuperable el abuso. Antes, el titular de derechos podía usar de ellos hasta abusar, aunque el *ius abutendi* romano no podía interpretarse así.

La época individualista lo consagró en la práctica más que en las leyes; pero la solidaridad humana y los principios socialistas, que poco a poco avanzan en las legislaciones, han condenado el

^{51/} Citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El Abuso del Derecho en Derecho Internacional, pag. 300.

^{52/} Idem, pag. 298.

^{53/} Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, pag. 554.

abuso del derecho.

Algunos autores confunden el término de ejercicio legítimo con el de abuso del derecho (Código Penal español y Código Penal argentino).

La noción de fronteras, en el ejercicio de los derechos, por causas sociales, para impedir el abuso de los poseedores de aquellos, es la inevitable consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho. Se abusa de él siempre que su titular ejercite el propio derecho sin tener en cuenta el fin que con él debe pretenderse, la posición del sujeto en la sociedad, y el indispensable juego de intereses individuales y colectivos que la vida moderna nos presenta y exige. La conciencia pública reprueba el anormal uso del derecho, el ejercitarlo contra el destino económico y social del propio derecho subjetivo que encuentra límites en el derecho o en las necesidades ajenas, puesto que no existen derechos absolutos.

Es abandonada la tiránica doctrina del absolutismo de los derechos, a cuya salvaguarda tendrá torpemente esa eximente; lo que debe perseguirse mediante ella en el día de hoy, es no tanto su defensa como su armonización; desde el momento en que su uso lesiona a otros, deja de ser uso para convertirse en abuso, con lo que la juridicidad de su ejercicio cesa.

Para que exista causa de justificación en el uso de un derecho, nos vemos obligados a considerar que si la conducta encaja en el tipo de delito no se justificará, sino cuando se ejecute legítimamente.

Parece importante hacer mención que la constitución española de 1931, proclamaba la sanción social de la propiedad, diciendo en su artículo 44 que "toda riqueza del país, sea quien fuese su

dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional". De aquí surgió un precepto penal, configurado en el artículo 555, en que el Código de 1932 castiga una forma del abuso del derecho; el que intencionalmente y por cualquier medio, destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o de cualquier otro modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional, será castigado con las penas de arresto mayor y multa tanto al triple del valor de la cosa o del daño producido. El Código de 1944, conserva intacta esta disposición en su artículo 562.

6. Juan Ramón González Baquero ^{54/} sostiene que el ejercicio de un derecho por su titular puede representar un evento dañoso para otros que no siempre es excusable y es, entonces, cuando surge la interrogante de si cabe hacer recaer responsabilidad sobre quien ocasionó el daño con su conducta. La noción del abuso en el ejercicio de los derechos, o abuso del derecho, responde a ese planteamiento; pues sustenta la afirmación de que los derechos no pueden utilizarse sino dentro de ciertas limitaciones. Quien no respete ese condicionamiento abusa del derecho y será eventualmente obligado a reparar los daños que cause.

7. En Omeba ^{55/} se menciona que en el lenguaje jurídico existe el adagio anónimo que sintetiza esta situación:

"Abusus non est usus, sed, corruptela".

Jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial,

^{54/} Ob. Cit. pag. 15

^{55/} Ob. Cit. pags. 113 y 114.

como asimismo de una cosa u objeto, más allá de lo que resulta lícito, por la naturaleza o por la costumbre y, también, con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal.

Tendiendo en cuenta el ordenamiento legal-positivo o consuetudinario, y el ordenamiento moral de la sociedad, el abuso se comete cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad, se sale de los límites impuestos por la justicia, la equidad, la ley y la razón.

De ahí que este concepto lato de abuso sea aplicable a todo el ámbito del derecho. Tanto en las instituciones, como en las leyes y en las formas de gobierno, cabe el abuso.

El término tuvo antiguamente una acepción técnica en el Derecho Romano, donde para enunciarse el contenido del derecho de dominio se decía "ius utendi, fruendi et abutendi". Significando esto último, el ius abutendi, el uso máximo, el uso degradatorio y consuetivo de la cosa y no, como se ha creído, el verdadero derecho de abusar de la misma hasta el daño extrapatrimonial. En realidad, apesar del carácter absoluto del derecho de dominio, no se legisló el abuso de ese derecho.

8. Para Joaquín Escriche ^{56/} el derecho de propiedad envuelve la facultad de disponer de las cosas del modo más absoluto, sin otras limitaciones que las que por causa del interés general se marcan en las leyes o reglamentos, puede el dueño de una cosa usar y abusar de ella como quisiere hasta deteriorarla y aún destruirla: *Dominium est jus utendi et abutendi quatenus ratio juris patitur.*

^{56/} Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, pag. 73.

Es cierto que el cuerpo social está interesado en que nadie abuse de sus cosas, porque así se disminuye la suma de las riquezas; pero la ley que prohibiese el abuso sería perjudicial, pues, por impedir un mal que el interés individual reprime suficientemente, causaría otro mal cierto y continuo, cual era el de embarazar a todo propietario en el libre uso de sus cosas dando lugar en muchos casos a calificaciones que serían indispensables para la aplicación de las penas que se estableciesen. Debe dejarse, pues, que el propietario use o abuse de lo que es suyo como mejor le pareciere; y no ha de oponerse la ley a sus abusos sino cuando de ellos pueda resultar daño a tercero.

Así que podrá el dueño pegar fuego a su casa si estuviere enteramente aislada; pero se le habrá de impedir el hacerlo, si formase grupo con otras; por el peligro que habría de que el incendio se propagase a las vecinas.

Podrá igualmente el pasajero embarcado inutilizar los víveres que lleve a precaución o por lujo; pero debe impedírsele que los inutilice cuando se ha consumido o se teme que se consuma la provisión de la nave antes de llegar a puerto, pues tiene que darlos en tal caso por su justo precio para la subsistencia de todos, como está dispuesto en el Código de Comercio.

El usufructuario tiene el derecho de usar y gozar como el propietario, pero no tiene como éste el de abusar; y así el abuso que hiciere de las cosas sujetas al usufructo, sea empeorándolas o cometiendo degradaciones en ellas, sea dejándolas arruinar o perecer por falta de cuidado, puede dar lugar a que el tribunal mandase le quitan y se secuestren o entreguen al propietario con la carga de darle los frutos, rebajados gastos, o de pagarle anualmente una can-

tividad determinada.

El abuso que un inquilino hace de la casa alquilada, deteriorándola o allegando en ella malas mujeres o malos homes, de que se siguiese mal a la vecindad, es causa suficiente para que el dueño pueda expelerle, aunque no éste cumplido el tiempo del alquiler, y lo mismo debe decirse del abuso que el colono o arrendatario hiciere de las tierras que tiene en arriendo.

Por fin, el abuso que un tutor o curador hiciere de su cargo, es causa de remoción.

9. En el Diccionario Jurídico Mexicano ^{57/} se plantea:

I. La voz abuso del derecho no tiene una raíz etimológica propia. Sin embargo, algunas frases del Derecho Romano recogen la idea: *summun jus summa injuria*: la aplicación ciega de la reglade derecho conduce a consecuencias injustas; o bien al contrario se puede citar la frase del Digesto "*neminem leadit qui suo iure utitur*": aquel que usa de un derecho no perjudica a nadie. La teoría del abuso del derecho tiene como problema central el considerar que el ejercicio sin control del derecho, representa una amenaza para la justicia que es el fin esencial del sistema jurídico.

II. El instrumento de control por excelencia es la teoría del abuso del derecho. El tema más discutido en esta teoría es la determinación del límite que establezca que más allá de él, el ejercicio del derecho es abusivo y por tanto reprochable. El sistema para la determinación del límite varía según algunos autores: unos opinan que lo determinante es la intención de dañar a otro; otros afir-

^{57/} Tomo I, pag. 37.

man que lo importante es la desviación del derecho de su función social. Los elementos que se señalan como constitutivos de la teoría del abuso de derecho son:

a). Culpa en el ejercicio del derecho; b). Intención de causar daño; c). El desconocimiento de la función social del derecho.

10. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual ^{58/} el Abuso del Derecho es ejercicio del mismo más en perjuicio ajeno que en el beneficio propio. El ejemplo antisocial de alguna facultad jurídica. Acción u omisión jurídica, positivamente protegida, que lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa.

1. Perspectiva. El abuso configura una de las antitésis del Derecho, con una expresión de injusticia que solivianta a cuantos no la explotan. No suele tipificarlo una conducta antijurídica plena, aún cuando el codificador penal se haya apropiado de la voz para diversas figuras sancionadas en el fuero común, y en los repressivos especiales, que en las voces siguientes a ésta constan, junto con otras manifestaciones abusivas en las esferas de lo político y de lo judicial, de las funciones públicas y de las actividades privadas. Esta amplitud obedece a que el abuso se suele caracterizar por un desbordamiento de facultades lícitas en principio, que tiendan a explotarlas contra su finalidad o el régimen jurídico existente, en inicuo beneficio para quien abusa o, en la proyección antisocial más repulsiva, en perjuicio tan sólo de las víctimas.

2. Actuación. Se abusa cuando los bienes materiales se

58/ CABANELLAS, Guillermo, Tomo I, pag. 55.

tornan males; cuando se desvía el ejercicio de la autoridad para satisfacer apetitos o concretar venganzas personales, al servicio de un grupo, partido, clase o sistema. Por su diferenciación a veces confusa entre el rigor de las potestades y el comienzo del exceso, el que abusa se asegura casi siempre una etapa de explotación impune, hasta que se concreta por las víctimas primero la queja, la protesta después y el acudimiento a los medios de defensa, judicial o extrajudicial, que el abuso sugiera, en una escala infinita que recorre desde la perturbada convivencia familiar, de vecindad o laboral hasta la esfera pública, a través de dictaduras y tiranías. (v. "Animus abutendi", Recurso de abuso, Uso.)

11. Para los maestros Rafael de Pina ^{59/} y Ernesto Gutiérrez y González ^{60/} el abuso del derecho entra en la esfera de los actos ilícitos reconociéndolo así el legislador al disponer (artículo 1912) que cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo, si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar daño sin utilidad para el titular del derecho, es decir, en el verdadero y propio caso de abuso del derecho.

d) II) Características.

1. Para Rojina Villegas ^{61/} los elementos del abuso del derecho son:

- a). Intención de causar daño.
- b). Falta de utilidad en el ejercicio de la facultad.

^{59/} Ob. Cit., pag. 235

^{60/} Ob. Cit., pag. 508.

^{61/} Ob. Cit., pag. 187.

2. Miguel Angel Quintanilla García ^{62/} nos dice que el principio adoptado por nuestro Código Civil debe llenar dos requisitos.

a). Que el causante del daño obre con intención de dañar.

b). Que su actuación no le haya significado ninguna utilidad a dicho causante.

3. Borja Soriano ^{63/} nos dice: La fórmula de la noción de abuso de los derechos se reduce a una fórmula psicológica: ejercicio de un derecho, sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente nocivo. Elementos constitutivos de esta fórmula son:

a). Ejercicio de un derecho.

b). Ausencia de utilidad para el titular de ese derecho.

c). Intención nociva.

d). Perjuicio efectivamente ocasionado a otro.

4. Para Lino Rodríguez - Arias Bustamante ^{64/} el desarrollo de la doctrina de esta teoría tiene dos fases, una estrecha y una amplia.

a). La fase de la teoría estrecha se guía por el criterio subjetivo o psicológico y en la cual el principio que la rige es la intención de dañar, y

b). La fase de la teoría amplia que se guía por el criterio objetivo, de orden económico y social; habiendo prevalecido en esta el principio de la utilidad del acto.

5. Para Ernesto Gutiérrez y González ^{65/} los elementos del uso abusivo del derecho varían tratándose de derechos reales y persona-

^{62/} Derecho de las Obligaciones, pag. 169.

^{63/} Teoría General de las Obligaciones, Tomo Primero, pag. 431.

^{64/} Ob. Cit., pag. 35.

^{65/} Ob. Cit., pags. 511 y 512.

les nos dice que para que se realice el hecho ilícito de abusar de un derecho de crédito o derecho personal se necesita que:

- a). Al ejercitar el derecho se cause un daño.
- b). Se ejercite únicamente con el fin de causar el daño; y
- c). El ejercicio del derecho no reporte utilidad para su titular.

Nuestro Código sanciona al hecho ilícito de abusar de un derecho personal, en su artículo 1912 que dice: Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Elementos del uso abusivo del derecho real.

Los requisitos que precisa el uso abusivo del derecho real, son menos que los anotados en el apartado anterior para el derecho personal. Aquí sólo se precisa de que:

- a). Se cause un daño al ejercitar el derecho, y
- b). No le reporte utilidad a su titular con su ejercicio.

No se precisa el elemento psicológico de que se ejercite el derecho únicamente con el fin de causar daño.

El Código sanciona este hecho ilícito de hacer un uso abusivo, cuando en su artículo 840 dispone: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercer, sin utilidad para el propietario",

6. Diversos criterios se han defendido para fijar los elementos del ejercicio abusivo del derecho de los cuales Omeba ^{66/} señala los siguientes:

66/ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pag. 131.

a). El designio de dañar y sus derivados o sucedaneos, como el dolo o el fraude. "La maxima malitiis non est indulgendum fraus omnia corrumpit son tan viejas como la regla social misma, consagrando ellas la ineptitud para realizar deliberadamente la injusticia".

b). La mala fe, "noción que es netamente distinta de la voluntad nociva".

c). La culpa, en sentido estricto, caracterizada como una falta inexcusable de diligencia o cuidados, e identificada tanto como una conducta imprudente como con la desidia o la negligencia.

d). La falta de un interés legítimo. Esta concepción, según Jossierand, es de orden económico y utilitario.

e). La desviación del derecho de su función social.

7. Joan Dabin ^{67/} nos dice: desde el momento que el limite legal ha sido franqueado el uso del derecho ya no se discute, que el mismo derecho está fuera de toda discusión: el titular ha obrado contra la regla que limitaba su derecho y, por consiguiente, sin derecho alguno; el acto es ilegal pura y simplemente. (El propietario de arma que mata con ella no abusa de su derecho de propiedad, ya que eso es salirse del derecho.) Poco importa, a este respecto, los términos empleados: así cuando el Código Civil dispone, en el artículo 618, que "el usufructo puede cesar también por el abuso del usufructuario en el goce de su derecho, bien cometiendo desgastes en el fundo, bien dejándolo perecer por falta de entretenimiento", los desgastes o la falta de entretenimiento condenados como "abusos" de goce son constitutivos, no de un abuso del derecho del usufructuario,

^{67/} El Derecho Subjetivo, pags. 334, 335, 339, 342, 343, 353 y 354.

sino de actos formalmente ilegales, por traspasar los límites del usufructuario.

Técnicamente el problema del abuso sólo nace después que el legislador ha dispuesto respecto a la interpretación y aplicación del derecho.

Por tanto, cuando para impedir el abuso de un derecho prohíbe el legislador, por una regla especial o por un principio general (como la causa ilícita), el uso que estima abusivo, el acto abusivo perpetrado contra esa limitación cae de golpe en la categoría de la ilegalidad, aunque el legislador haya conservado en su texto la expresión del abuso. Más aún, el abuso en sentido técnico desaparece cuando el legislador sólo concede un derecho con la reserva de que se use de un modo determinado no abusivo, que apreciará el juez: el uso en las condiciones prohibidas colocaría a su titular fuera de su derecho legal. La situación cambia, evidentemente, cuando el legislador viene a consagrar la teoría del abuso a título de principio general que rige el ejercicio de todo o parte de los derechos: en este caso el abuso está previsto y reconocido como tal, independientemente del acto ilegal.

Yo puedo abusar de los órganos de mi cuerpo.

Se admite con bastante frecuencia que el abuso de derecho no es concebible, como noción distinta del acto ilegal, más que en el caso de los derechos definidos, lo que excluirá la posibilidad de un abuso del derecho general de libertad.

Las libertades particulares, llevan consigo evidentemente el derecho subjetivo, oponible a cualquiera, de realizar los actos correspondientes a su objeto. Cuando el legislador concede tal libertad afirma al mismo tiempo la licitud del uso de esa libertad y el

derecho a usar de ella: libertad de asociación supone, lógicamente, derecho de asociación.

La solución no se modifica respecto al derecho general de libertad, si se entiende por él no una virtualidad de derechos, sino aún más en otros aspectos, sigue siendo bueno legalmente y sustraído a toda crítica.

OPINION PERSONAL.- En primer lugar, quiero hacer mención a la terminología para definir el abuso del derecho, se habla de uso abusivo del derecho cuando debe hablarse de ejercicio abusivo del derecho, ya que se usan las cosas y los derechos se ejercen.

En cuanto a la esencia de lo que es abuso de un derecho tenemos que aclarar primeramente qué es el derecho objetivo y qué es el derecho subjetivo, para lo cual a continuación transcribo las definiciones que nos dá el maestro Raúl Ortiz-Urquidí ^{68/}: "Derecho objetivo es la norma o conjunto de normas impero-atributivas que a la par que imponen deberes a uno o algunos sujetos, conceden facultades a otra u otras personas. Un precepto aislado de una ley, un artículo cualquiera de ella, puede ser, así, derecho objetivo; pero también lo es un conjunto de normas, como nuestro Código Civil, o todo un sistema jurídico, como el Derecho Mexicano, etcétera.

Derecho subjetivo es la facultad, derivada de una norma, que una persona tiene de hacer o no hacer (omitir) algo y cuyo ejercicio debe ser respetado por todas las demás personas".

De lo que se desprende que la noción del abuso se encuentra vinculada al derecho subjetivo. Se abusa de los derechos subjetivos, concebido cada derecho subjetivo como un conjunto de facultades

^{68/} Derecho Civil, Parte General, pag. 63.

des, poderes o autorizaciones para obrar o abstenerse de actuar y para pretender el amparo estatal; este conjunto está fundado en el Derecho positivo y protegido por éste, aflora la cuestión del mal uso o del ejercicio abusivo, en perjuicio de alguien, de tales facultades, poderes, autorizaciones y pretensiones, es decir, del abuso en el ejercicio de los derechos, ya que la norma protege al interés del titular anteponiéndolo a cualquier otro, creando una situación de favor, de preeminencia respecto de los terceros y en relación con el bien que representa la posible satisfacción de ese interés.

Por tanto, debemos tener presente que en el abuso del derecho el titular se mantiene dentro de los límites legales de su derecho, pero desnaturalizándolo al ejercerlo, porque contraría el fin racional a que está destinado. Como consecuencia de lo anterior considero que los elementos del abuso del derecho son:

- a). Ejercicio de un derecho, aún sin beneficio propio.
- b). Ejercicio del derecho, aún cuando se cause daño a otro.
- c). Transgresión al espíritu de la norma.

De estos elementos sólo dos son indispensables para que se dé el abuso del derecho, es decir, puede darse alguno de lo supuestos previstos en los incisos a) y b), siendo invariable la existencia del elemento c).

Ahora bien, las diferencias entre acto excesivo, ilícito e ilegal las podemos apreciar en los siguientes artículos.

Artículo 436. Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Artículo 2914. "Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas por un término que exceda a la duración de la hipoteca, bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración.

Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas, ni arrendamiento por más de un año, si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses, si se trata de finca urbana. "

Artículo 264. "Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

I. Cuando se ha contraído estando pendiente de la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa;

II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289"

Como podemos ver en el caso del artículo 436, se puede dar lugar al acto excesivo; el artículo 2914 prevé la comisión de un acto ilícito que será sancionado bajo la pena de nulidad y el artículo 264 es un caso claro de ilegalidad y no de ilicitud ya que si lo fuera el matrimonio sería nulo.

CAPITULO TERCERO

a). CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870: No contiene disposición alguna referente al abuso del derecho.

b). CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884: No contiene disposición alguna referente al abuso del derecho.

c). CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, DE 1928: En la Exposición de Motivos del Código Civil se dice que "...nuestro actual Código Civil; producto de las necesidades económicas y; jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo; se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hayan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad.

"Para transformar un Código Civil, en que predomina el criterio individualista, en un código privado social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad.

"Es completamente infundada la opinión de los que sostie-

nen que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones deban ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social, y que, por lo mismo, al reglamentarlas no deba tenerse en cuenta ese interés. Al individuo, sea que obre en interés propio o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de considerarse como miembro de la colectividad; sus relaciones jurídicas deben reglamentarse armónicamente y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social.

"La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la "voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos".

"La célebre fórmula de la escuela liberal, *laissez faire, laissez passer*, es completamente inadecuada para resolver los importantísimos y complejos problemas que a diario se presentan en la vida contemporánea.

"La idea de solidaridad arraiga cada vez más en las conciencias y encauza por nuevos derroteros las ideas de libertad y de igualdad.

"En nombre de la libertad de contratación han sido inicua-
mente explotadas las clases humildes, y con una declaración teórica
de igualdad se quiso borrar las diferencias que la naturaleza, la
educación, una desigual distribución de la riqueza, etcétera, mantie-
nen entre los componentes de la sociedad.

"Es preciso socializar el derecho, porque como dice un pu-
blicista: "Una socialización del derecho será un coeficiente indis-
pensable de la socialización de todas las otras actividades , en opo-
sición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hom-
bre más elevado: el hombre social".

"Socializar el derecho significa extender la esfera del de-
recho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del indus-
trial asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni
exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un pri-
vilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra.

"Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un
trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades
de una sociedad, y por eso se condena enérgicamente la adaptación
de leyes e instituciones existentes en otros países. Esa opinión en-
cierra un gran fondo de verdad; pero como toda idea unilateral y ex-
clusivista, no expresa toda la verdad.

"Para legislar no deben tenerse en cuenta solamente las ne-
cesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males,
porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso desubrir y
remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armoni-
zar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir.

"La fuerza de la tradición, la obra de las costumbres, sin duda que son irresistibles; pero muchas veces sancionan irritantes injusticias, privilegios odiosos, que el legislador con valentía debe borrar, y debe también recoger las reivindicaciones de los oprimidos, de los vejados, para convertirlas en preceptos legales.

"Se ha dicho, no sin cierta razón, que las leyes no crean las condiciones del mundo social y que no hacen más que expresarlas. Pero la legislación no se limita a este papel pasivo; es gran parte el eco de las condiciones sociales nuevas, de los sentimientos y de las necesidades nuevas; y las sanciones del legislador ejercen a su vez una acción propulsiva y estimulan a reivindicaciones.

"Por otra parte, la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe olvidarse que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta.

"Las anteriores consideraciones normaron la conducta de la comisión y por eso fué que no tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados trata-
distas europeos para proponer algunas reformas. Esto, sin descuidar nuestros propios problemas y necesidades, y, sobre todo, procurando que enraizáran en el Código Civil los anhelos de mancipación económica de las clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en la constitución federal de 1917.

"En el Segundo Libro al tratar de la propiedad se separó la Comisión de la tendencia individualista que campeaba en el Derecho Romano, en la Legislación Napoleónica y en gran parte de nuestro

Código Civil pasado, y aceptó la teoría progresista que considera el derecho de propiedad como el medio de cumplir una verdadera función social. Por tanto, no se consideró a la propiedad como un derecho intangible y sagrado, sujeto en su ejercicio a la apreciación individual del propietario, sino como un derecho mutable que debe modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales está llamado a responder preferentemente. A este efecto, y de acuerdo con los preceptos constitucionales relativos, se impusieron algunas modalidades a la propiedad, tendientes a que no quedara al arbitrio del propietario dejar improductiva su propiedad, y a que no se usará de su derecho con perjuicio de tercero o con detrimento de los intereses generales.

"El criterio que en esta materia siguió la comisión fué: garantizar al propietario el goce de su propiedad, a condición de que al ejercitar su derecho procure el beneficio social.

"En el Libro Cuarto la doctrina orientadora sustituye el principio fundamental de la autonomía de la persona para obligarse y disponer de sus bienes como mejor le parezca, por una norma menos metafísica e individualista, cual es la sujeción de la actividad humana a los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social, creados por la división del trabajo y comunidad de necesidades. Se desea que la fecunda iniciativa individual no se detenga frente al rigorismo de los contratos solemnes, y que la equidad, base esencial del derecho, prepondere al inflexible texto de la ley, a cuyo efecto se reconoció que producen consecuencias jurídicas los convenios cumplidos por el deudor, aunque no llenen las formalidades legales.

"A efecto de que la buena fe prepondere en las relaciones entre particulares, de que la ley sea fielmente cumplida y no burlada, con grave perjuicio del fisco, de la sociedad o de los derechos de tercero, se relegendó ampliamente la simulación de los contratos, distinguiendo el caso en que no existe ningún acto real, del caso en que sólo se trata de desvirtuar la naturaleza del acto jurídico que se mantiene oculto.

"Para que la clasificación de las fuentes de las obligaciones estuviese más de acuerdo con el tecnicismo jurídico moderno, se comprendieron algunas materias que en el Código de 84 figuraban entre los contratos, en un título especial denominado de las obligaciones no contractuales, en el que se estudia la restitución de lo pagado indebidamente, la responsabilidad civil, la responsabilidad por actos ilícitos y gestión de negocios, porque analizada la fuente de que emanan los actos mencionados, no se encuentra en ellas la coexistencia de voluntades, que es el elemento esencial para el nacimiento del contrato.

En el prólogo de la obra conmemorativa del 50 aniversario de la entrada en vigor del Código Civil para el Distrito Federal, realizada por los profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, Licenciados Gabriel Leyva y Lizandro Cruz Ponce, el doctor Miguel Acosta Romero cita entre los grandes avances del mencionado Código la limitación al ejercicio de las actividades y uso y disposición de los bienes en forma que no perjudique a la colectividad. Disposición general que se relaciona con la contenida en el artículo 840 y con la del artículo 1912, ambas relativas a la teoría del abuso del derecho.

De todo lo anterior podemos concluir que: Los derechos son poderes conferidos al hombre para la satisfacción de sus intereses y no tienen valor sino en tanto que son útiles. Ejercer un derecho sin utilidad, es abusar de él. Poco importa que su titular haya obrado con la intención de perjudicar o que solamente haya sido imprudente o negligente, todo derecho, facultad inherente al hombre particular, es relativo, y su medida verdadera es dada por su fin económico, jurídico y social, determinado según su ejercicio. El abuso de un derecho (fuera de toda intención de perjudicar; aún útil) consiste en el ejercicio contrario a ese destino económico, jurídico y social fijado por las costumbres, por la vida y sobre todo, por el espíritu del legislador.

Lo expuesto se corrobora con el texto del artículo 16 del Código, que dice: Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas.

Además en el propio Código Civil tenemos los siguientes preceptos que previenen casos de ejercicio abusivo del derecho:

Artículo 840. "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario."

Artículo 934. "Si alguno perforase pozo o hiciere obras de captación de aguas subterráneas en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado a indemnizar, pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 840."

Estos dos artículos concretan la limitación al derecho de propiedad al establecer que es ilícito ejercer este derecho cuando

sólo se pretende causar un perjuicio sin utilidad para el propietario.

Artículo 1912. "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

En este artículo se hace clara la obligación de indemnización cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro si se demuestra que se ejercitó a fin de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Los siguientes artículos aún cuando no lo establecen expresamente pueden dar lugar al ejercicio abusivo.

Artículo 267. "Son causales de divorcio":

XVIII. "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya, originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".

Este artículo viene a facilitar la disolución del vínculo matrimonial, pero da lugar a que se lleve a cabo por causas injustas para el cónyuge inocente, o para los hijos.

Artículo 2453. "El propietario de un predio rústico debe cultivarlo, sin perjuicio de dejarlo descansar el tiempo que sea necesario para que no se agote su fertilidad. Si no lo cultiva, tiene obligación de darlo en arrendamiento o en aparecería, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Tierras Ociosas".

Artículo 2751. "El propietario no tiene derecho de dejar sus tierras ociosas sino el tiempo que sea necesario para que recobren sus propiedades fertilizantes. En consecuencia, pasada la época que en cada región fije la autoridad municipal, conforme a la

naturaleza de los cultivos, si el propietario no las comienza a cultivar por sí o por medio de otros, tiene obligación de darlas en aparcería, conforme a la costumbre del lugar, a quien las solicite y ofrezca las condiciones necesarias de honorabilidad y solvencia".

Estos artículos debieron pre ver que el descanso no debe ser en perjuicio del interés social o de terceros, pues lo contrario constituiría un ejercicio abusivo de esa facultad.

Artículo 2492. "Si el arrendador, sin motivo fundado, se opone al subarriendo que con derecho pretenda hacer el arrendatario, podrá éste pedir la rescisión del contrato".

Este artículo se presta para un abuso por parte del arrendador al no existir un motivo fundado, no obtener beneficio en la oposición y no evitarse perjuicios al ser subarrendada la localidad.

d). JURISPRUDENCIA.

Aún cuando no encontré tesis de jurisprudencia sobre la materia son interesantes y por ello se transcriben las siguientes tesis.

127. Actos Ilegales. De acuerdo con el criterio que sobre el particular tiene establecido esta Sala, suponiendo que en el caso se tratara de actos ilegales, ello no implica su inexistencia e ineficacia, así pueda ser meramente provisional su eficacia, en caso de que llegase a prosperar su impugnación legal, y de ahí que el acto ilegal -no el ilícito- se convalide si lo consiente aquélla quien perjudica, lo cual acontece si no se le combate dentro de los términos otorgados para tal fin.

Ampáro en revisión 326/1957. Sociedad Cooperativa de Transportes Coatzacoalcos Minatitlan, S.C.L., y coagraviados. Re-

suelto el 9 de septiembre de 1957, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Ramírez. Ponente el Sr. Mtro. Rivera P.C., Srio. Lic. Genáro Martínez Moreno, 2ª Sala - Boletín 1957, pag. 597.

2267. Propiedad, Derecho de la. El derecho que el artículo 850 del Código Civil concede al dueño de un predio para que levante un muro o pared contiguo a la finca vecina aunque con ello cubra los huecos y ventanas que en ella existieren, debe entenderse necesariamente limitado a los derechos adquiridos con anterioridad por terceras personas.

Ampáro directo 71/1970. G.H. de D.P. Diciembre 4 de 1970. Unanimidad Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil.

CONCLUSIONES

1. Negar que podemos adquirir responsabilidad al ejercer uno de nuestros derechos, ver en éstos un derecho absoluto, sería dar pruebas de un individualismo excesivo. No se nos han conferido los derechos para que los ejerzamos con un fin puramente egoísta, sin tener en cuenta la trascendencia que puede tener ese ejercicio sobre nuestros semejantes. El interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho.

2. Los derechos nos son conferidos, más que para cumplir con nuestra libertad individual, para permitimos cumplir con nuestra misión social, por tanto, con el interés social.

3. En principio, todos los derechos son susceptibles de abuso, pero existen algunas excepciones en las que el ejercicio de un derecho no puede comprometer la responsabilidad de su titular. Como ejemplo podemos citar el derecho de los ascendientes para oponerse al matrimonio de sus hijos menores.

4. La ley expresamente limita algunos derechos, pero cuando no lo hace se debe tener en cuenta que el derecho individual está subordinado al interés social.

5. Debe tenerse en cuenta el principio general del equilibrio de los intereses en conflicto, para que los derechos sean ejercitados sin causar daño a tercero, procurando siempre que haya un beneficio para el titular.

6. No debe hablarse de uso abusivo, sino de ejercicio abusivo del derecho, ya que se usan las cosas y los derechos se ejercen.

7. En mi opinión el acto abusivo contradice el espíritu de la ley, el que abusa de su derecho actúa dentro de las prerrogativas que la ley confiere, pues aprovechándose del derecho, que ha sido conferi-

do y actuando al amparo de la ley, con una desconsideración a los intereses ajenos, el titular puede incluso causar daños a los demás.

8. Los elementos del ejercicio abusivo del derecho son:

- a). Ejercicio de un derecho, aún sin beneficio propio.
- b). Ejercicio del derecho, aún cuando se cause daño a otro.
- c). Transgresión al espíritu de la norma.

9. Como no está regulado el ejercicio abusivo del derecho es conveniente que al Código Civil se le adicione con un artículo 16 bis que establezca: "Existe abuso del derecho cuando su titular, manteniéndose en los límites legales, al ejercer su derecho contraría el fin racional de la norma, aún sin beneficio propio y de que cause o no daño a otro."

10. Como consecuencia de lo anterior debe adicionarse el texto del artículo 1912 para quedar como sigue: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. La misma obligación tiene quien incurra en ejercicio abusivo del derecho."

B I B L I O G R A F I A

- BATIZA, Rodolfo, "Las Fuentes del Código Civil de 1928", Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1979.
- BORJA SORIANO, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Tomo Primero, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1966.
- CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo I, Editorial Meliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979.
- DABIN, Joan, "El Derecho Subjetivo", Serie C. Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México D.F., 1982.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomos I y XIV, Editorial Driskill, S.A., Argentina, 1979.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, "Tratado de Derecho Civil Alemán", traducida por Carlos Melón Infante. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1955.
- ESCRICHE, Joaquin, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Tomo I, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1977.
- GOMEZ ROBLEDO, Antonio, "El Abuso del Derecho en Derecho Internacional", Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ejemplar No. 12, México D.F., 1980.
- GONZALEZ BAQUERO, Juan Ramón, "La Recepción del Principio del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", Ediciones Amón, C.A., Caracas, Venezuela, 1976.

- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Cájica, S.A., Puebla, México.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- JOSSERAND, Louis, "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad", traducción de José M. Cájica Jr., Editorial Cájica, S.A., Puebla, México, 1946.
- KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", traducida por Moises Nieve, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1977.
- LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª Edición, Madrid, España, 1957.
- LEHMAN, Henri, "Parte General del B.G.B." (Sección sobre Negocios Jurídicos), traducción José M. Navas, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1956.
- MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual", Tomo Primero, Vol. II, traducida por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- MESSINEO, Francisco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomos III y VI, traducida por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- ORTIZ-URQUIDI, Raúl, "Derecho Civil", Parte General, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1982.
- PINA, Rafael de, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Volumen Tercero, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1980.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, "Tratado Práctico de Derecho Civil

Francés", traducción de Mario Díaz Cruz y Dr. Eduardo Le Riverend Briesone, Tomo VI, 1ª parte, Editorial Cultural, S.A., Habana, Cuba, 1940.

QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel, "Derecho de las Obligaciones", Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª Edición, México, D.F., 1981.

RIPERT, George y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol", Tomo I, Parte General, traducción de la doctora Delia García Daireaux, Editorial La Ley, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1965.

RODRIGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, Lino, "El Abuso del Derecho", (Teoría de los actos antinormativos), Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo IV, número 16, octubre-diciembre, 1954, Tomo V, números 17-18, enero-junio, 1955.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo V, Obligaciones, Volumen II, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1981.

ROMASHKIN, P. y SEREBROVSKY, V., "Fundamentos del Derecho Soviético", Ediciones en Lenguas Extranjeras, Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y Derecho, Moscú 1962.

LEGISLACION EXTRANJERA.

Código Civil Alemán

Código Civil Argentino

Código Civil Francés

Código Civil Italiano

Código Civil Ruso

Código Civil Suizo

Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas
Soviéticas.

LEGISLACION MEXICANA.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja
California de 1870.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja
California de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y
para toda la República en materia federal de 1928.

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la 3ª Sala de 1965
a 1977, Ediciones Mayo.

Informes rendidos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación,
por su Presidente al finalizar los años de 1974 a 1983.

I N D I C E

P á g i n a

EL ABUSO DEL DERECHO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

a) Derecho Romano.....	1
b) Derecho Italiano.....	4
c) Derecho Francés.....	5
d) Derecho Alemán.....	13
e) Derecho Suizo.....	19
f) Derecho Soviético.....	22
g) Derecho Anglosajón.....	29

CAPITULO SEGUNDO

Características del uso abusivo del derecho

a) Actos Ilícitos.....	35
a) I Definiciones doctrinarias	35
a) II Definiciones Legales.....	48
b) Actos Ilegales.....	51
c) Actos Excesivos.....	53
d) Uso abuso del derecho.....	56
d) I Definición.....	56
d) II Características.....	65
Opinión Personal.....	70

CAPITULO TERCERO

a) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.....	73
b) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.....	73
c) Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal de 1928.....	73
d) Jurisprudencia.....	81
Conclusiones.....	83
Bibliografía.....	85
Indice.....	89