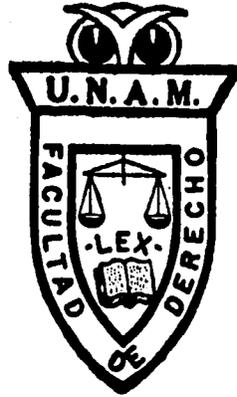


El Uso Abusivo del Derecho



Irma Torres Carreto

MEXICO, D. F.

1968.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

FACULTAD DE DERECHO U.N.A.M.

USO ABUSIVO DEL DERECHO

T E S I S

**Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO
presenta la pasante**

IRMA TORRES CARRETO.

**A mi mamacita:
Sra. Dra. Lucina Carreto L.**

**A mi tío:
Sr. Dn. Aurelio Lozada M.**

A mi hermana Leonor y sobrinos.

A la familia Manriquez Moreno.

**Al Seminario de Derecho
Civil de la UNAM.**

**Al Seminario de Derecho
Romano de la UNAM.**

**A mi maestro director de tesis:
Lic. José Barroso Figueroa.**

Al Lic. Guillermo Floris Margadant.

PROLOGO .

La vida moderna exige que el Derecho tenga un fundamento y finalidad sociales, por ello, las normas no pueden conceder prerrogativas que tiendan a satisfacer intereses exclusivamente particulares.

La teoría del abuso del derecho, surge precisamente de la aparente contradicción que pudiera existir entre lo establecido en la ley y el espíritu general que anima el orden jurídico, caso en el cual establece que el interés particular debe ceder al social por ser éste superior y de mayor valor.

La interesante cuestión planteada, acerca de si el ejercicio de un derecho puede estar al mismo tiempo prohibido y permitido, es en especial lo que ha despertado mi deseo de estudiar con detenimiento el tema, ya que en verdad, el derecho cesa donde el abuso comienza.

El presente trabajo, que someto a la consideración y benevolencia del Jurado, trata de encontrar un punto de acuerdo entre las innumerables polémicas que connotados tratadistas realizan en torno a la moderna teoría del abuso del derecho, para lo cual se ha dado un enfoque objetivo al contenido de la misma.

CAPITULO I.

LA HISTORIA .

A. En la Antigüedad.

1. Derecho Romano.

B. En la Edad Media.

1. La doctrina de la *aemulatio* en Roma.

2. Los derechos canónico, germánico y musulmán.

a) Derecho canónico.

b) Derecho germánico.

c) Derecho musulmán.

3. El derecho español en la alta edad media.

4. El derecho de costumbres francés.

C. Fase totalmente negativa.

1. De la Revolución Francesa a fines del siglo pasado.

D. En la actualidad.

1. Decadencia del individualismo y supremacía del colectivismo.

EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

CAPITULO I.

LA HISTORIA.

A. EN LA ANTIGUEDAD.

1. Derecho Romano.

Algunos autores han querido encontrar en el derecho romano los orígenes de la teoría del abuso del derecho; otros, fundándose en el hecho de que en esa época el derecho era esencialmente casuístico y de que los juristas preferían describir aplicaciones concretas, más bien que fijar reglas abstractas y generales, niegan que el derecho romano haya podido ser la cuna de este principio (1).

Para asegurar sus posiciones respectivas, los escritores se apresuran a coleccionar citas del antiguo derecho, que afirmen o rechacen que el ejercicio del derecho pueda dar a otro el derecho de reclamar una indemnización (2). Un brillante estudio realizado por el romanista Vittorio Scialoja (3) en relación con este tema, ilustra la controversia respectiva.

Piensa este autor, que en caso de mantenerse el derecho subjetivo dentro de sus límites, el perjuicio que pueda producir su ejercicio, no lo es a otro derecho, sino sólo a otros intereses, no jurídicamente protegidos.

En apoyo de su tesis menciona una serie de citas del Digesto y del Código de Justiniano. De especial importancia es: "Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur" (D.50.17.55, Gaius), o sea

-
- (1) DASSEN, JULIO.—"De la iurisdictio del pretor al abuso del derecho".—Revista Jurídica de Buenos Aires.—Núm. IV, Octubre-Diciembre, 1960.—Buenos Aires, Argentina.—p. 165 y s. En este mismo sentido: CLEMENTE ARRAIZ, RAFAEL.—"El abuso del derecho".—Revista del Ministerio de Justicia.—Año XI — No. 40, Enero-Febrero-Marzo 1962.—Venezuela, — p. 150.
 - (2) CRABB, JOHN H.—"The french concept of abuse of rights" (Traducción al español).—Inter-American Law Review.—Vol. 6. No. 1. 1964. January-June.—New Orleans, La.—p. 28.
 - (3) SCIALOJA, VITTORIO.—"Procedimiento Civil Romano".—Traducción de Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redin.—Buenos Aires, Argentina.—Ediciones Jurídicas Europa América.—1954.—p. 29 y s.

“Se considera que nadie que ejerce su derecho obra con dolo”. Esto significa que en el ejercicio de un derecho no se toma en cuenta la intención con que se realice. “Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet” (D.50.17.151) o sea: nadie infiere daño, sino quien hace lo que no tiene derecho de hacer”. Interpretando en sentido contrario la cita anterior, resulta que quien hace algo conforme a su derecho, si acaso causa daño, no tiene que resarcirlo.

Esta regla fue aplicada en el campo del derecho de propiedad y, así, Próculo decía (D.39.2.26) que si uno construía un edificio muy alto, que tapara la luz y las vistas de los vecinos, o si mediante excavaciones en su propiedad privaba de agua al vecino, no debía una indemnización, a menos que estuviere obligado por servidumbre a omitir los señalados actos.

De esta cita se desprende que, sin promesa formal o sin el establecimiento de una servidumbre, el propietario de un predio puede hacer las obras que le convengan, sin fijarse en los intereses del vecino. Efectivamente, parece que Scialoja tiene razón y que sólo derechos, no simplemente intereses son protegidos por el sistema romano clásico.

Para negar el reconocimiento de la teoría del abuso del derecho en Roma, se mencionan otros preceptos. Por ejemplo, en D.47.10.13.1 se establece que si alguien ejerce un derecho público, no se presume que lo hace por dañar a otro, pues la ejecución de un derecho no produce “injuria”.

Sin embargo, de otros textos del Corpus Juris se puede extraer la regla contraria, o sea, que si el ejercicio abusivo de los derechos perjudica a otro, el que cometió tal abuso de derecho, deberá una indemnización.

Las diversas disposiciones de las XII Tablas en contra del lujo en los entierros, prohibiendo que los muertos sean enterrados con objetos de oro, etc., ya pueden considerarse como un comienzo de la lucha contra el abuso de derecho, en el 5 S. antes de Cr.: tal ejercicio del derecho de propiedad es lesivo de los intereses de la comunidad, ya que la riqueza nacional se compone de riquezas individuales: ¡no hay que enterrar joyas! (4).

Encontramos también que la “venta” (en realidad se trata de un “arrendamiento de servicios”, pero la primitiva terminología de las XII Tablas no permite aún esta distinción), tres veces repetida, de un *filiusfamilias*, por su *paterfamilias*, es considerada en el derecho arcaico como contraria a las buenas costumbres: los hijos deben trabajar en su propia *domus* y no deben ser utilizados como objetos de explotación financiera; por lo tanto, tal venta,

(4) Tabla X,8-9.

en caso de repetirse tres veces, es un abuso de derecho, castigado con la pérdida de la patria potestad (es conocido cómo esta regla fue utilizada por los sacerdotes, intérpretes de las XII Tablas, para crear la emancipación, no prevista por el antiguo derecho republicano).

Con fundamento en estos textos, Charles Appleton (5) ha podido decir que la teoría del abuso del derecho no es muy moderna, y que ha venido evolucionando, junto con el propio derecho romano, yendo del derecho estricto hacia la equidad, o sea, desde las XII Tablas, pasando por la definición de Celso: "ius est ars boni et aequi" (el derecho es el arte de lo bueno y equitativo), hasta la afirmación de Paulo: "non omne quod licet honestum est" (no todo lo que es permitido es honesto). Sin embargo, en mi opinión, este último rafrán niega precisamente que el abuso de los derechos sea un principio jurídico sancionable, y parece relegarlo al campo de la moral; esta cita alegada por Appleton, contraria precisamente su idea de que la teoría del abuso del derecho sea clásica. De todos modos, es posible que, después de unos aislados antecedentes preclásicos, la victoria de la teoría del abuso del derecho ya se deba a los proculeyanos y luego al influjo de la ética cristiana. (6).

Hemos visto que el derecho clásico me permite construir y excavar en mi predio, sin fijarme en el interés del vecino; pero, ¿permite este principio construir y excavar sin provecho propio, solo con la intención de causar daño? Nada nos autoriza a afirmar esto; ¡al contrario! Ya Gayo (Inst.II.53) había afirmado que: "male enim nostro jure uti non debemos" (no debemos usar mal de nuestro derecho), para justificar las leyes que consideraban a los pródigos como incapaces y las que prohibían a los dueños ensañarse con sus esclavos. Además, el Digesto señala que toda servidumbre debe utilizarse "civiliter" (D.8.1.9), como buen ciudadano, siempre con un ojo abierto sobre el interés del propietario del fundo sirviente. D.50.10.3 pr. distingue claramente entre la licitud de obras que se hacen sin *aemulatio*, y la ilicitud de obras realizadas con el fin de *aemulatio* ("aemulari" pasa de "competir", a "envidiar", y finalmente a "hacer daño").

(5) RIOS AMAYA, JOSE ALFONSO.—"El abuso del derecho".—Revista del Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. No. 442. Mayo-Junio 1967. Bogotá Colombia. p. 85.

(6) 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. t. IV. Núm. 16. Octubre-Diciembre. 1954. p. 13.

En un problema surgido a raíz de una construcción hecha de buena fe en un terreno ajeno, D.6.1.38 recomienda al juez que, para determinar cuál derecho corresponde al constructor y cuál al propietario del terreno, utilice su buen criterio y no haga concesiones a la malicia ("malitiis non indulgendum est"); así, si el constructor, por el solo placer de causarle un daño, quiere llevarse los materiales de la construcción, que para él tendrían poco valor, en vez de dejar una construcción útil en beneficio del propietario del terreno, contra cierta indemnización, el juez deberá permitir que el constructor utilice en cierta forma su derecho, en perjuicio ajeno. Si es verdad que el Corpus Juris dice en D.47.10.13.1 que la persona que me acusa, no incurre en sanciones por haberme perjudicado, dos párrafos después añade que si una persona me acusa con malicia, tendré una acción contra él.

Para demostrar que los actos emulatorios fueron prohibidos se menciona además el texto de la Novela 63 de Justiniano, que impedía en ciertos casos edificar a una distancia menor de cien pies; él mismo, declara en Inst. 1.8.2 que **expedit rei publicae ne quis sua re male utatur**. (Pues conviene a la República que nadie use mal de sus bienes). Otros ejemplos de abuso de derecho en el sistema jurídico romano son los siguientes:

1. El propietario que prohíba a su vecino pasar cada tercer día sobre su terreno para recoger frutos caídos allí desde el terreno del vecino, comete un abuso de derecho, y el perjudicado podrá invocar el **Interdictum de glande legenda** (D.43.28; véase Lenel, Ed. Perp.2a.ed.,487), que le permitirá recolectar tales frutos.

2. Aunque los padres deben autorizar el matrimonio de los hijos, si abusan de esta facultad, reteniendo su consentimiento sin que hubiese una causa objetiva para tal actitud, la autoridad puede suplir la autorización (desde el Emperador Augusto).

3. La **Lex Fufia Caninia** (Inst. 1.7; Codex Justiniani 7.3) considera el exceso de manumisiones por testamento como contrario al interés público (esclavos manumitidos por testamento se convirtieron en ciudadanos romanos) y limita cuantitativamente tales manumisiones. Se puede considerar esta ley como expresión del pensamiento de que tal exceso de manumisiones constituye un abuso de derecho (Justiniano suprimió esta Ley).

4. Cuando en tiempos republicanos la antigua libertad testamentaria que probablemente existió en las XII Tablas, fue substituída por el sistema de la **portio legítima**, de la cual el testador no podía privar a ciertos próximos parientes, se llegó a una situación que podía caracterizarse diciendo que la disposición **mortis causa** de todo un patrimonio en violación del "deber de cariño" (**officium pietatis**) que normalmente existe en la familia, consti-

tuye un abuso de derecho y queda sancionada mediante una querrela *inofficiosi testamenti*.

5. Paulo (D.39.3.2.5), en el libro Núm. 49 de su comentario al Edicto Perpetuo, dice lo siguiente: "Soy de la opinión de que debe otorgarse una acción útil (es decir discrecionalmente creada por el Pretor por analogía con acciones ya existentes — nota de la traductora) o un interdicto, contra el vecino, en beneficio de la persona que quisiera restaurar un dique (o camino) en el terreno vecino, si tal obra aprovecha al actor sin causar daño al demandado; éste es un requisito de equidad, aunque no encontremos para tal medida un apoyo en el *ius civile*".

Esta cita ha tenido grandes repercusiones durante la "segunda vida del derecho romano", como ya veremos, e indica claramente que una persona que prohibiera al vecino realizar la mencionada obra en su propiedad, aunque aprovechara al primero sin causar daños o perjuicios al propietario, abusaría de su derecho de propiedad, de acuerdo con el *Ius Honorarium*, aunque nada podría reprochárselo de acuerdo con el *Ius Civile*.

El problema reside en la traducción de la palabra "agger". Si este término significa "dique", estamos en presencia de una defensa procesal de la regla de que en materia de aguas todo el mundo tiene derecho a la conservación del *status quo*, de manera que la mencionada "actio utilis" está defendiendo un derecho establecido (actio aquae pluviae arcendae). En cambio, si "agger" significa camino, estamos en presencia de una norma transcendental, que implicaría un general derecho legal de paso.

Por la colocación de esta cita, Justiniano indica que se relaciona con cuestiones de agua, ya que el título D.39.3 se refiere a esta materia. También Paulo en el libro 49 de su comentario al Edicto, fuente de esta cita, de acuerdo con la Palingenesia de Lenel (I, pág. 1058) se refiere a cuestiones del derecho de aguas. Sin embargo, no deja de ser curioso que Paulo justifica su *actio utilis* por referencia a la equidad, en vez de alegar que todo el mundo tiene derecho a que ningún cambio se produzca en la existente situación de aguas; por lo anterior es probable que dicha *actio utilis* haya protegido un verdadero derecho establecido, y no puede considerarse como punto de partida para la regla de que "cada vez que yo tengo interés en que se haga algo en propiedades ajenas, y que esto no cause daños y perjuicios al propietario, tengo acción para exigirlo". A pesar de esto, el *Usus Modernus Pandectarum* utilizó dicha cita para formar el brocardio de que "quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli" (véase Glück, Pand., 1.1.3, Pág. 37), o sea: "lo que no te hace daño y aproveche a otro, es obligatorio para ti".

6. Algunos ven también en las penas de litigación temeraria, una sanción del abuso del derecho (Inst. IV.16.1.2.3). Sin embargo esto se presta a crítica. El litigante se comporta precisamente en forma temeraria por saber que **no** existe el derecho en que está basando su actuación procesal. Si admitiéramos para la antigüedad la moderna teoría autónoma del derecho de la acción, entonces el derecho de acción existe sin necesidad de que exista el derecho sustantivo que uno reclama, y en tal caso sería posible hablar de un abuso del derecho de acción, aunque más bien constituye un hecho ilícito, sancionado por el derecho objetivo.

7. Por último, la **actio pauliana** sanciona actos celebrados válidamente de acuerdo con el **Ius Civile**, pero perjudiciales para los acreedores; también aquí podríamos decir que la celebración —formalmente válida— de actos que aumentan la insolvencia de un deudor, constituyen un abuso de derecho, sancionado por el **Ius Honorarium** (y, en algunos casos, ya por el **Ius Civile**, como cuando se trata de manumisiones en perjuicio de acreedores, declaradas nulas por la **Lex Aelia Sentia**, de tiempos de Augusto).

En resumen: el derecho clásico es más liberal, más individualista; sin embargo, aún allí, los casos de un abuso de derecho sin provecho propio, son considerados, no solo como inmorales, sino inclusive como ilegales.

El derecho postclásico, Justiniano, es más socialista: allí, a **fortiori**, el abuso de derecho es sancionado (I.1.8.2).

La escasez de ejemplos en el Digesto se debe a que los abusos fueron reprimidos por medio de la actividad de los pretores, magistrados iudicantes. (7).

Se sabe que el derecho clásico distinguía entre la **iurisdictio** y la **iudicatio**: aquélla correspondía al magistrado (**praetor**, **aedil**, gobernador de una Provincia), ésta, en cambio, a un juez, generalmente a un ciudadano privado designado por el magistrado para decidir la cuestión. El juez tenía que acatar las decisiones del magistrado, y éstas le eran enviadas mediante la "fórmula", una autorización condicional de condenar ("Si encuentras que . . . , entonces condena"). (8).

El magistrado gozaba de una amplia discrecionalidad; no estaba obligado a dar entrada a demandas que le parecieran injustas

(7) DASSEN, JULIO.—Op. cit. pp. 165 y 166.

(8) KOVALIOV, S. I.—"Historia de Roma".—Buenos Aires, Argentina.—1959. Editorial Futuro, S. R. L.—Tomo I, La República (1a. Parte) Traducción del italiano de Marcelo Ravoni. p. 133. En este mismo sentido PETIT, EUGENE.—"Tratado Elemental de Derecho Romano".—Traducción de la 9a. Ed. francesa por Dn. José Fernández González. México, D. F.—Editora Nacional. 1953. pp. 39 a 45.—SCIALOJA.—Op. cit. p. 167 y s.—SOHM, RODOLFO.—"Instituciones de Derecho Privado Romano".—Traducción de Wenceslao Roces. México, D. F.—1951. p. 43 y s.

(a causa, por ejemplo, de abuso de derecho). Además podía añadir a la fórmula toda clase de condiciones negativas ("Si encuentras que A causó un daño a B, en ejercicio de sus derechos pero con dolosa intención de causar dicho daño, entonces condena..."). (9).

A causa de este filtro de equidad, que era el pretor, es muy probable que la teoría del abuso de derecho haya penetrado en el derecho clásico:

a) mediante denegación de acción, en algunos casos, y

b) mediante inserción de condiciones negativas para la condena, en las fórmulas.

De todos modos, es poco probable que el derecho pretorio haya considerado como abuso de derecho, un simple ejercicio de un derecho en beneficio del titular, pero en perjuicio de un tercero: es verosímil que sólo consideraba como abuso de derecho un ejercicio de un derecho sin provecho para el titular, únicamente con el objeto de causar un daño a terceros. Sin embargo, en las XII Tablas, anteriormente al derecho pretorio y correspondientes a una mentalidad más campesina y colectivista, ya hemos señalado un caso de abuso de derecho, sin tal intención de dañar.

B) EDAD MEDIA.

1. La doctrina de la *aemulatio* en Roma.

La Edad Media continuaba la teoría romana de que *malitiis non est indulgendum*, y desarrolla la idea de la *aemulatio*, doctrina dada a conocer sobre todo por la obra de Cino de Pistoia, el culto maestro de Bártolo, quien afirma claramente que el ejercicio del propio derecho se convierte en injusto cuando uno lo ejercita, no en propio beneficio, sino con el fin de perjudicar a otro *cum animo aemulandi*, obrando *ad aemulationem*. (10).

La ejecución de un acto *animo nocendi*, determinado por la envidia, celos, malignidad, despecho, etc., que inspiren el ejercicio de un derecho, constituye la *aemulatio*. (11).

En la época de los comentaristas posteriores se recurrió a presunciones para comprobar el *animus aemulandi* (algunas francamente extravagantes) ya que la investigación de la intención es difícilísima, y a menudo imposible de probar en juicio los motivos psicológicos, si no se recurriera a presunciones. (12).

(9) DASSEN, JULIO.—Op. cit. p. 162 y s.

(10) PARDO LOPEZ, JOSE LUIS.—"El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos".—Revista de Derecho Privado. Enero 1964. Madrid, España. p. 10.—Veanse: RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.—Op. cit. p. 12 y s.; SCIALOJA.—Op. cit. p. 32 y s.

(11) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit.

(12) SCIALOJA, V.—Op. cit. p. 42.

2. Los derechos canónico, germánico y musulmán.

También fuera del derecho romano medieval se pueden encontrar contribuciones a la teoría del abuso del derecho. Aún cuando sigue pesando la vieja fórmula romana de "Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur", es factible encontrar una orientación favorable a la teoría del abuso del derecho en los derechos canónico, germánico y musulmán. (13).

a) Derecho Canónico.—La doctrina de los padres de la Iglesia contiene, desde hace más de 7 siglos, reglas de restricción al uso y ejercicio de los derechos, principalmente al derecho de propiedad y en general a todo aquel que se utilice sin propio beneficio y con el solo ánimo de dañar, y en sus escritos pueden encontrarse reflejos de la ética cristiana y de lo que a ella se debe en esta materia. (14)

Es curioso que la patristica, la escolástica y el derecho canónico no nos ofrezcan puntos de partida más firmes para la teoría del abuso del derecho. Sólo encontramos, en los autores de estas tres corrientes, un sólido desarrollo del concepto de "equidad", y no podría desde luego, derivar de la equidad las normas sobre abuso de derecho, aunque indudablemente tuvieron alguna influencia.

En cuanto a la teología, Santo Tomás de Aquino afirma que es imposible establecer leyes que puedan aplicarse ciegamente; esta imposibilidad viene de la enorme variedad de circunstancias concretas que ofrece la vida, y que impide al legislador prever soluciones infaliblemente justas para cada caso; por lo tanto, en algunos casos la estricta observancia de ellas va en contra de la justicia y contra el bien común, desvirtuando las reglas de la equidad (Summa Teológica II/II,q.120.a 1;cf.). En el Renacimiento español encontramos a un autor como Suárez, que enseña que la obediencia a la ley humana no siempre coincide con la obediencia a la ley natural, ya que una ciega aplicación de la ley humana puede contrarrestar la equidad (De Legibus et Deo Legislatore, II. 16/17, y IV. 7/8). (15).

También los canonistas acogieron plenamente la doctrina de la equidad; lo señala José Alfonso Ríos Amaya (16), y para demostrarlo nos dá los siguientes ejemplos: el Papa Alejandro III estableció que el juez debe admitir "excepciones razonables y proceder en la causa, conforme a la equidad del derecho". El glosador y canonista Dino de Rossoni afirma: "la equidad natural es prefe-

(13) PUIG PEÑA, FEDERICO.—"El abuso en el área del derecho penal".—Estudios de Deusto. Vol. XIII. Nos. 25-26, Enero-Junio, 1965.— Bilbao, España. p. 568.

(14) PUIG PEÑA, F.—Op. cit.

(15) RÍOS AMAYA, JOSÉ ALONSO.—Op. cit. pp. 62 a 90.

(16) IBIDEM.—p. 85 y s.

rible al rigor del derecho". Para el gran canonista San Raimundo de Peñafort, "derecho es equidad". Además, según el Código de Derecho Canónico, los principios generales del derecho deben ser aplicados con equidad canónica, de lo cual se infiere, que si en un determinado caso la aplicación de la norma canónica conduciría a resultados contradictorios a la justicia o ética cristiana, el intérprete en este caso está autorizado a no respetar la norma.

El derecho canónico, o sea el derecho de la Iglesia católica, tiene como fuentes principales la doctrina cristiana, decisiones de concilios regionales o ecuménicos, decisiones papales —pero utiliza como derecho supletorio el romano— (Ecclesia vivit iure romano). Por su mayor libertad respecto del Corpus Iuris (que para él es sólo una fuente subsidiaria, no la base de su sistema) los canonistas añaden a menudo interpretaciones audaces, modernizantes, al derecho justiniano.

Como no era un derecho para uso exclusivo dentro de la Iglesia, sino para ser aplicado también a los intereses seculares de ella, a todo acto jurídico relacionado con un sacramento (matrimonio), a todo contrato confirmado por juramento, a testamentos y otras cuestiones sucesorias, a los intereses de viudas, huérfanos y cruzados, tutelados por la Iglesia, etc., el derecho canónico medieval y renacentista fué un sistema panorámico completo, comprendiendo personas, familia, derechos reales, contratos y obligaciones, sucesiones, normas procesales y penales. Su codificación final en el Corpus Iuris Canonici (1582), conjunto de "bloques de normas" sistematizados anteriormente, en forma sucesiva (Decretum Gratiani de 1120 o 1140; Decretales de 1234; Sextus de 1275; Clementinae, 1317) además de diversas normas antes "extravagantes" (o sea "andando solas"), ofrece mucho material interesante para el desarrollo de las instituciones jurídicas no esencialmente eclesiásticas (teoría de la causa, rebus sic stantibus, etc.). (17).

Este derecho canónico se mezcló en el pensamiento medieval con el romanista (aunque generalmente fué aplicado por tribunales propios); así como el derecho romano penetró en el canónico, también salió el canónico del ambiente eclesiástico para mezclarse, en la mente de los juristas medievales y renacentistas, con el derecho romano. En la corriente del Usus Modernus Pandectarum no es raro encontrar influencias canónicas (como también influen-

(17) Sirve de referencia histórica: LOSADA COSMES, ROQUE.—"Reformas legislativas en la historia de la Iglesia".—Estudios de Deusto. Vol. VIII. Fasc. I. No. 17. Enero-Junio, 1961. Bilbao, España; ARCENEGUI y CARMONA, ISIDRO DE.—"Aportaciones del derecho canónico a la ciencia Jurídica".—Información jurídica.—Ministerio de Justicia.—Comisión de legislación extranjera.—No. 80. Enero 1950. Madrid, Esp. p. 6 y s.

cias germánicas) y como un jurista que se respetaba solía recibirse de Doctor en ambos Derechos (o sea en el romano y el canónico), muchas veces los juristas postrenacentistas no se daban cuenta, conscientemente, hasta qué grado influía la literatura canónica en la instrucción jurídica que gracias a sus estudios habían desarrollado.

Tratándose de un derecho con fuerte influencia de la moral, a priori era probable que también éste hubiera contribuido a la teoría del abuso del derecho. Sin embargo, no encontramos en el derecho canónico normas específicas sobre el tema del "abuso del derecho" (18). Por otra parte, este tema está tan íntimamente relacionado con la equidad, que ya hemos señalado —en sustitución de un claro teorema sobre abuso del derecho— el florecimiento de la equidad en la teoría canónica.

b) Derecho germánico.—En el norte de Europa, fuera del alcance de la civilización romana, se había desarrollado la cultura neolítica germana, cuyo contacto con Roma y poderío de Julio César, conducen finalmente a la sumisión gala y su subsecuente romanización; no obstante ésto, al debilitarse el Imperio Romano, tribus germánicas comenzaron a atravesar sus fronteras y después de asolar su territorio, se establecen en él.

Durante esta primera fase de la cultura germánica, el derecho era consuetudinario y lo conocemos en parte a través de las descripciones que hacen Tácito y Julio César.

Entre las diversas tribus germánicas que se establecen, en mezcla con la población romanizada, en el antiguo Imperio Occidental, sobresalen los visigodos (España, sur de Francia) a quienes debemos el Codex Euricianus (470, derecho puramente visigodo, no disponible en nuestra biblioteca) y el Breviarum Alarici (506, derecho romano, que debía ser utilizado por los tribunales visigodos para pleitos, entre los originales habitantes de Francia y España). En tres etapas (654, 681 y 694) los visigodos promulgan finalmente un código que ya no es aplicable solo a visigodos (Codex Euricianus) o sólo a no visigodos (Breviarum Alarici) sino, a todos los habitantes del territorio sujeto al poder visigodo: con esta obra pasamos del sistema de la personalidad del derecho, al de la territorialidad. Esta obra se llamó el Liber Jidicum o Fuero Juzgo (derecho visigodo, con infiltraciones romanas y canónicas).

Este Fuero Juzgo se encuentra en nuestra biblioteca histórico-jurídica; su análisis produce, en relación con nuestro tema, lo siguiente:

(18) Los índices del Corpus Iuris Canonici no mencionan voces como "abusus", "malitiis non est indulgendum" en relación con nuestro tema, y el gran diccionario renacentista del Cardenal Tuschi tampoco da indicio de la existencia de una teoría especial, canónica, sobre el abuso del derecho.

1). Hay algunas medidas contra la prolongación culpable o inclusive maliciosa de los pleitos (2.1.8; 2.3.4). Es dudoso que esto pueda considerarse como una medida, tomada contra un "abuso de derecho". ¿Tengo "derecho" a prolongar un pleito? Es verdad que tengo derecho de dirigirme a las autoridades para hacer dirimir alguna controversia que tengo con otra persona, pero ¿implica esto mi derecho de filibustear durante el proceso? (Recuérdese la pintoresca costumbre parlamentaria norteamericana, de que cualquier miembro del Congreso, que quiera sabotear las discusiones, bloquea el trabajo parlamentario mediante interminables discursos, leyendo en voz alta la biblia, etc.). Para pueblos primitivos, los pleitos son, a menudo, una gran diversión pública y todos tienen derecho a tomarse el tiempo que quieran para lucirse en ellos (la población de Abisinia, por ej., pasa gran parte de su vida en los tribunales —encantada—). Si ésto era el antiguo ambiente gótico, el abuso de esta facultad de desarrollar, con toda calma, la propia posición procesal puede haber sido considerado como un abuso de un derecho, sancionado por las dos citadas normas.

2). Los hermanos deben autorizar el matrimonio de la hermana, después de la muerte del padre. Si ella se casa sin obtener tal autorización, los hermanos no tienen porqué entregarle su cuota en la herencia paterna. Sin embargo, si se niegan a autorizar el matrimonio 2 o 3 veces, en la esperanza de que la hermana renuncie a dicha cuota, para no convertirse en vieja solterona, los hermanos cometen (en nuestra terminología) un abuso de derecho, utilizando una facultad, concedida por el derecho, fuera de su verdadera función, con perjuicio ajeno, y deben entregar, de todos modos la cuota de la herencia. Al parecer, no se trata de un típico caso de abuso de derecho: los hermanos no están aprovechando sus facultades, en perjuicio ajeno y sin ventaja propia, sino más bien, con el fin de obtener, maliciosamente, una ganancia. Sin embargo, el Fuero Juzgo 2.1.9 que se refiere a esta cuestión, más bien castiga a los que utilicen un derecho, concedido por el legislador, fuera del fin perseguido por éste (la protección de la hermana contra imprudentes llamadas del corazón); y aún en el caso de que no existiera la herencia, el hermano que se opusiera al matrimonio de su hermana, sin justa causa, es probable que hubiese sido constreñido a autorizarlo, estando entonces en presencia de un claro ejemplo de abuso de derecho.

La próxima tribu germánica que logra destacarse es la de los francos, que derrotaron en 510 a los visigodos. Paulatinamente llegan a ser el gran poder en Europa Occidental, y gracias a sus conquistas y su apoyo al Papa, Carlomagno llega a ser, en 800, el nuevo Emperador Occidental, reanudándose la traición imperial occidental, interrumpida en 476.

El derecho franco que conocemos en gran parte gracias a los capitularia de la Corona y al último y más genuino fruto de la evolución de las Costumbres del norte de Francia, y de un sin-fin de derechos consuetudinarios regionales del centro de Europa (complicados por los regímenes especiales para las ciudades, los gremios, el feudalismo, los comerciantes, etc.), es el Espejo de Sajonia (ca.1220), un trabajo de carácter privado que configura el derecho sajón del siglo XIII. (19).

c) La teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia musulmana.—El derecho musulmán no forma un bloque compacto, en virtud de la existencia de varios sistemas jurídicos, escuelas, con técnicas y terminología propias que se yuxtaponen los unos a los otros. (22).

En el Islam, la ley no se puede separar de su soporte metafísico, pues se le considera de origen divino. El Derecho, "Figh", nace de la combinación de textos coránicos tradicionales, la tradición generalmente aceptada y el consentimiento de los juristas, cuando menos de los juristas de una determinada escuela. El derecho se atribuye a un principio sobrenatural (aproximándose a la definición de San Agustín: "Ratio divina, vel voluntas Dei, ordimen naturalem conservari jubens et perturbari vetans". "La razón divina, o la voluntad de Dios, conserva el orden natural siempre renovado y se opone a su perturbación".) (23).

La moral religiosa o *Ibádát*, se infiltra en el Islam, en el derecho positivo o *Muámalát*, por lo que al igual que en la filosofía tomista, la actividad de los hombres no tiene más sujeción, que la del bien común. (24).

Especialmente por el espíritu suavizador y moralizador de las escuelas makelita y hanefita, es en ellas que se manifiesta la doctrina del abuso del derecho. (25).

El texto esencial que corresponde a lo que nosotros llamamos la teoría del abuso del derecho es el siguiente: (26).

(19) Tanto los capitularia de la Corona como el Espejo de Sajonia, se encuentran en la biblioteca histórica-jurídica, en alemán, por lo que no se consultaron. Véase HANS PLANITZ.—"Principios de Derecho Prviado Germánico". Trad. Carlos Melon Infante.—Bosch, Casa Editora. Barcelona, España. 1957. p. 6.

(22) CHEHATA, CHAFIK.—"La theorie de l'abus de droits chez les jurisconsultes musulmans" en: Instituto Italiano di studi Legislativi.—Actorum academiae universalis jurisprudentiae comparativae. Roma Ministerio de Grazia e Giustizia. 1953. Vol. III Prs. 3. p. 105 y s.

(23) PARFENTIEFF.—"La theorie de l'abus du droit chez les jurisconsultes musulmans de rite malekite". Instituto Italiano di Studi Legislativi. Actorum academiae universalis jurisprudentiae comparativae. Roma. Ministerio de Grazia e Giustizia. 1953. Vol. III. prs. 3. p. 117 y s.

(24) IBIDEM.

(25) PUIG PEÑA, FEDERICO.—Op. cit. p. 568.

(26) PARFENTIEFF.—Op. cit. p. 120.

“Lá Dharor wa lá Dhirór”, es decir: “No debe causarse ningún daño, provechoso o no”, o “No te dañes a ti y no dañes a tus prójimos” (Ibn Rami, 19) o, más claro: “Lo que no te procure una ventaja y cause daño a tu vecino es ilícito” (Bahja II/335, Ibn Abd al-Barr). Esta idea está muy vinculada con el dogma de la intención como alma de los actos jurídicos, ya que más adelante el profeta dice: “Las acciones no valen más que por las intenciones” (Bahja II/335, Abul Hassan; la misma idea se encuentra también en el Korán XVII/86).

En relación con el problema del abuso del derecho, los teólogos, dentro del sistema malekita, desprenden las dos reglas siguientes: (27)

1.—Prohibición de todos los actos detestables desde el punto de vista religioso.

2.—Elaboración de soluciones más bien en conformidad con el respeto del interés de las partes en pugna, que con la aplicación rigurosa de los principios del derecho. Encontramos aquí una forma de la *epeikeya* de Aristóteles o *aequitas* del tomismo, que tiende a la individualización de las aplicaciones de la ley, en los casos en que esta última, en razón de su universalidad, no debería aplicarse sorda y mecánicamente.

El derecho musulmán es empírico: parte de soluciones adaptadas para casos concretos. Los principales ejemplos de abuso del derecho han sido clasificados en la siguiente forma: (28)

I. Actos que entrañan para un tercero un perjuicio excesivo. (Bahja II/335).

Toda obra nueva que causa al vecino un perjuicio cierto, está prohibida sin otro examen; no así la obra nueva que solo causa un daño eventual o inminente. Por lo tanto:

a) Serán clausurados el horno y el baño edificados junto a la casa de una persona, a la que molesten por el humo o el fuego;

b) Está prohibido abrir una puerta frente a la puerta de su vecino, (1) si uno lo hace para ver lo que pasa en casa del otro y (2), si al dejar sus amigos su cabalgadura a la puerta se estorba el paso. Esta prohibición, por lo tanto, no se establecerá si la calle es amplia;

c) No está permitido dañar los muros, por ejemplo, cavar fosos sépticos cerca del muro del vecino, construir un molino que cause daños, etc.;

d) En relación con los pozos, según el Tahdib, el vecino tiene el derecho de taparles, si por ellos se ha agotado el agua en el suyo

(27) PARFENTIEFF.—Op. cit. p. 124.

(28) IBIDEM. p. 125. y s. Además: CHEHATA, CHAFIK.—Op. cit. p. 108.

y el que perforó el nuevo pozo hubiera podido preveer esto. Lo mismo vale si se establecen letrinas que contaminen el agua de un pozo vecino.

II. Actos que entrañan un perjuicio general:

a) Es necesario cortar las ramas del árbol que está al borde del camino y molesta a los transeuntes; lo mismo se puede decir en relación con las ramas del árbol del vecino, "que descienden hasta el pie de mi muro".

b) No podrá el propietario que tenga dos casas en las orillas opuestas del camino, reunir las dos por medio de una pieza construída sobre el camino, porque esto podría ser molesto para el tráfico. Khalil prohíbe inclusive toda construcción sobre la vía pública y ordena su demolición, aún cuando no interfiera con el tráfico;

c) Una persona no tiene derecho a sacudir su estera a la puerta de su domicilio, pues molestaría a los que pasan (Tohfa);

d) El propietario de un muro que por su estado ruinoso constituye un peligro, puede ser conminado a consolidarlo o a destruirlo, desde el momento en que haya lugar a pensar que puede desplomarse y matar al transeunte.

III. Actos motivados con la intención de perjudicar.

En principio, el musulmán no debe causar ni perjuicio, ni daño, pero "si alguno os oprime, entonces oprímidle como el os ha oprimido" (Corán). Prohibiciones de abuso de derecho se encuentran en lo siguiente:

a) No tenemos derecho, una vez que hayamos autorizado al vecino a empotrar vigas en nuestro muro, a que después, disgustados con él, se las hagamos quitar para perjudicarlo (Malik).

b) Aquél que derrumba su muro y causa con ello un daño a un tercero, está obligado a rehacerlo, si ha obrado con intención malévola. Por el contrario si ha obrado por su propio interés, no está obligado a reponerlo.

c) Una persona puede hacerse representar en un proceso por un mandatario no aceptado por la parte adversa. Sin embargo, no se tiene el derecho de escoger para mandatario a un enemigo de su adversario, pues los doctores musulmanes ven en esta elección, un deseo de "envenenar" el proceso.

d) Deberá hacer remisión de su deuda el acreedor que sepa que su deudor está en penuria, y trata con ello de aumentar su insolvencia (Corán II/280).

IV. Actos que perjudican a otro, sin perjudicar a su autor.

a) No obtendrá sentencia favorable, el que reivindique una cosa de la cual ya no puede obtener ningún provecho, mientras que de ella resulte un daño para la parte adversa;

b) Cuando una persona sepa que el dintel de la puerta de su vecino se apoya en su muro, no podrá demolerlo y si lo hace, al reedificarlo, deberá dejar la viga que sirve de dintel en el mismo lugar.

Se ha notado en los ejemplos citados, el deseo de los juristas musulmanes de mantener un ético orden social, basado en la solidaridad de los ciudadanos y prohibiendo los abusos de derecho.

3. El derecho español de la alta Edad Media.

El derecho español de esta época está representado sobre todo por las leyes de las Siete Partidas, redactadas por orden del Rey Dn. Alfonso X "El Sabio", las cuales comenzaron a escribirse el 23 de junio de 1256 y se terminaron el 28 de agosto de 1265. (29)

Para su formulación se estudiaron los códigos romanos, el derecho justinianeo (Digesto y Código), el decreto de Graciano, las decretales, el derecho visigodo incorporado a las leyes y costumbres españolas y la literatura teológica, filosófica y jurídica de aquella época. Así como en el Fuero Juzgo, también en las Siete Partidas no se deslindan las esferas de actuación laica y religiosa. (30)

Del estudio de las Siete Partidas, del Fuero Viejo de Castilla, del Fuero Real y de las Leyes de Toro, que fueron acordadas por los reyes católicos y publicadas por su hija Juana el 7 de marzo de 1505, encontramos algunos preceptos que sancionan el abuso del derecho.

1). Las Siete Partidas ordenan al juez, apremiar a los que demandan a otros (mercaderes) que tienen sus cosas listas para viajar; porque muchas veces lo hacen maliciosamente o por envidia y tratan de alargar los juicios. Si el demandante no quiere mover su demanda, no debe ser oído, hasta que el demandado retorne de su viaje. (47.2.3)

2). Este mismo cuerpo legal autoriza al propietario a hacer nuevos pozos en su heredad, aunque con ella disminuya el agua del pozo o fuente del vecino y este no se lo puede impedir, a menos que el que mande abrir el pozo no lo necesite y solo lo haga por malicia, caso en el cual sí puede pedir que se derribe o se cierre. Porque dijeron los sabios, que la maldad de los hombres no debe permitirse por las leyes ni los reyes, sino que por el contrario la deben combatir. (19.32.3)

3). Los propietarios de torres o edificios cuyas azoteas acojan el agua de las lluvias y las hagan salir por medio de canales que sobresalgan mucho del límite de su propiedad y que provoquen

(29) PALLARES, EDUARDO.—"Leyes de las Siete Partidas".— Foro de México. No. 83. 1o. de Febrero de 1960. México, D. F. p. 24.

(30) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.—"Partidas".—Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo XXI. pp. 541 a 571.

que el agua caiga sobre las paredes y tejados de los vecinos y les causen daño; deben pagar los daños y el juez debe mandar que se compongan los canales para que no causen daño. Las mismas medidas deben tomarse para el caso en que los vecinos sufran perjuicios, por desviarse el curso de las aguas o por estancarlas. Porque "maguer el ome aya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero develo facer de manera, que non faga daño, nin tuerto a otro" (13.32.3).

A este mismo respecto, encontramos en el Fuero Viejo de Castilla (1.5.4), que las personas que ocupen solares deshabitados cerca de construcciones, no deben hacer excavaciones ni hoyos que desvíen el agua de lluvia del terreno vecino al suyo y si lo hacen, se les puede demandar daños y menoscabos.

4). En la IV Partida, encontramos tres razones (abusos), por las cuales se puede obligar al padre, para que saque de su poder al hijo:

- a) Cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe tener por naturaleza,
 - b) Si el padre diese carreras a sus hijas de ser malas mujeres de sus cuerpos, apremiándolas para que lo hagan, y
 - c) Si recibe una cosa en testamento con la condición de emancipar a sus hijos y el padre la acepta.
- 5). Encontramos también, que aquél que castiga a su hijo o discípulo tan cruelmente, que éstos mueren a consecuencia de esas heridas; debe el juez desterrar al que mató por cinco años en alguna isla, si no lo hizo con intención de matar, pero si lo hizo con esa intención, debe considerársele como homicida (9.8.7.).
- 6) Si el deudor transmite el dominio de sus bienes, tal transmisión se puede revocar, lo mismo si los dona o los mandase en su testamento, o los diera en dote o prenda; si tal traslación de dominio se hizo en fraude de acreedores. (7/11.15.5)
- 7). Según las leyes 8.4.4 del Fuero Real y 5.3.4 del Fuero Viejo, cuando el señor cogía manceba o mancebo a sueldo por tiempo cierto, si lo echare de casa sin culpa de él, "otrosi le deve pechar la soldada dobrada".

8). Por otra parte, en la ley 12, tit. 90., Partida V., se hacía responsable civilmente al socio que se separaba engañosamente de la sociedad con el dañado fin de recibir él solo la ganancia.

Más tarde, en las Leyes de Toro, encontramos también disposiciones que reprimen los abusos de derecho, así por ejemplo: La ley 25 dispone que las mejoras que haga el testador en las porciones hereditarias, no deben salir de las dotes y donaciones **propter nuptias**. En este mismo cuerpo legal, se considera como un abuso e

hecho de que la mujer durante el matrimonio, renuncie sin consentimiento del marido a la herencia que le corresponda en un abintestado, (ley 54).

Asimismo, la ley 69 prohíbe la donación de todos los bienes. Esta es una limitación al derecho real. Debe reservarse una parte de los bienes para gastos necesarios por el alma del donante, si muriese intestado.

En resumen, a través del estudio realizado, hemos encontrado que una preocupación del legislador español de aquella época, fue el evitar que se produjesen abusos al amparo de la Ley, por lo que prohibió no solo los actos mal intencionados, sino también aquellos que al amparo de la ley contrariaban la finalidad para la cual había sido creada ésta.

4. Derecho de costumbres francés.

En el derecho consuetudinario francés, puede también observarse la proscripción del uso de un derecho sin beneficio para su titular y con el único objeto de perjudicar a un tercero.

La vieja jurisprudencia francesa presentó algunos claros ejemplos del castigo por abuso del derecho (31), permaneciendo algunos antiguos autores franceses fieles a la máxima romana "summum jus, summa injuria", y son testimonio de ello las obras de Basnage, de Guy Coquille y de Domat. (32)

Louis Josserand, tenaz defensor de la teoría del abuso del derecho, nos indica que ya en el siglo XVI Guy Coquille había desarrollado esta teoría y expresado en fórmulas que han llegado a ser clásicas: "Bajo el pretexto de quererse atener al espíritu de la ley en todo su rigor, se aleja uno fácilmente de la equidad que es naturalmente contraria a esta justicia inflexible que no perdona nada..."; y estima que el derecho en su conjunto, no es "una oficina de sutileza y rigor". (33)

Por su parte, Domat —nos dicen los hermanos Mazeaud—, (34) admitía que el ejercicio de un derecho compromete la res-

(31) "Sic utere iure tuo, neminem laedit: debes usar de tu derecho de modo que no perjudiques el ajeno". Revista de derecho español y americano. Año II. No. 5. Enero-Febrero 1957, p. 70.—Véase MAZEUD, HENRI, LEON, Y JEAN.—"Lecciones de Derecho Civil". La Responsabilidad Civil. Parte 2a. Vol. II. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina. 1960. p. 139.

(32) JOSSERAND, LUIS.—"Derecho Civil". Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola. Ed. Jurídicas Europa América. Basch y Cia. Editores. t. II. Vol. I. Buenos Aires, Argentina. 1950. p. 312.

(33) IBIDEM.—"El espíritu de los derechos y su relatividad" (Teología Jurídica). Trad. por los Lics. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr.—Ed. José M. Cajica Jr.—Puebla, Pue. 1946. pp. 9 y 312.

(34) MAZEAUD.—Op. cit. p. 139; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.—Op. cit. p. 17.

ponsabilidad cuando es malicioso o no se halla justificado por ningún interés.

No obstante las aisladas aplicaciones de la teoría del ejercicio abusivo de los derechos, en el derecho de costumbres francés, esto no significa que la misma, tuviera el reconocimiento de un principio jurídico general y si acaso hubo algún intento de sistematización, la esperanza se perdió, al sobrevenir la Revolución francesa.

Resumiendo: durante toda la edad media se sancionó el abuso del derecho, no sólo por reglas morales, sino a la vez por preceptos jurídicos; considerando como acto abusivo, el ejercicio de un derecho en beneficio del titular y en perjuicio de un tercero, hemos mencionado algunos ejemplos en los cuales no se alude a la intención de dañar.

C. FASE TOTALMENTE NEGATIVA.

1. De la Revolución Francesa a fines del siglo pasado.

La filosofía individualista del siglo XVIII, surgida a raíz de la Revolución Francesa de 1789, con la cual se combatió al poder real, acentuó la protección de los derechos individuales, sobre todo el de propiedad, proclamando el absolutismo de los derechos subjetivos. Es cierto que el derecho de costumbres produjo alguna inquietud en la doctrina científica, pero Demolombe y los viejos comentaristas franceses, al amparo de los mismos principios individualistas de la Revolución, sostuvieron que la naturaleza de los derechos es la de ser absolutos, y la tesis totalmente negativa, que se puede resumir en los siguientes puntos: (35)

a) La prohibición de los actos mal intencionados, significa una limitación al ejercicio de los derechos, que hace imprecisas las fronteras entre el derecho y la moral.

b) La seguridad del comercio jurídico, requiere, que las normas que se dicten, sean cumplidas en toda la extensión de sus prescripciones.

c) Cualquier cortapisa en este sentido al ejercicio de los derechos; tanto de propiedad como de otra índole, puede hacer entronizar en la administración de justicia, un excesivo arbitrio judicial.

d) Aceptar la limitación en el ejercicio de los derechos tomando como base su sentido intencionalista, dicen, sería ir en

(35) PUIG PEÑA, FEDERICO.—Op. cit. p. 569; ALVAREZ, VICTOR MANUEL.—“El individualismo del Código Civil y la orientación moderna en el ejercicio del Derecho. Los hechos ilícitos, el abuso del derecho y la reparación del daño moral.—Revista del Colegio de abogados del Estado de Zulia.—Año 7. Núms. del 80 al 83 Febrero a Mayo 1942. p. 3036.

contra del progreso jurídico, que se orienta más hacia lo objetivo.

Con apoyo en las consideraciones anteriores, los mismos comentaristas manifestaron, que el propietario, autorizado como está por la ley a usar, gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, no puede incurrir en ningún abuso, ni ser objeto de ninguna inquisición en lo que se refiere a los propósitos con que ejercita sus derechos.

Se atribuye a Laurent ser el primero en emplear el término "abuso del derecho" citado después en una nota de Esmein en Sirey en el año de 1898, y pueden citarse como precursores de ésta teoría a tres comentaristas del Código Napoleón: Toullier, Larombiere y Sourdat, los cuales teorizaron sobre ella, considerando que no puede haber falta cuando se hace lo que se tiene derecho, siempre y cuando no se exedan los justos límites de su derecho y se vea claramente que entre varias formas de ejercitarlo se ha escogido precisamente la que daña a otro. (36)

D. EN LA ACTUALIDAD.

1. Decadencia del individualismo y supremacía del colectivismo.

A finales del siglo pasado, se inicia una corriente contraria a las exageraciones del absorbente pensamiento individualista y si bien es cierto, que nosotros, en materia legislativa continuamos rigiéndonos por disposiciones del Derecho Romano y del Código Napoleón; también es innegable que tales cuerpos de leyes que representaron no sólo para sus épocas, sino también para siglos después, acabados monumentos de progreso y cultura, actualmente no se compaginan con nuestra evolución sociológica. (37)

El individualismo rígido, que ha tenido general aceptación en nuestro ordenamiento civil, ha querido detener el avance de las nuevas concepciones humanitarias, de justicia social (por ejemplo la teoría del uso abusivo de los derechos), que destacan la función social del individuo y que colocan al lado de las garantías individuales, reglas de solidaridad colectiva. (38)

Los cambios de la vida social merecen reflejarse en el ordenamiento jurídico. Desde su origen, la teoría estudiada quiso, por medio de principios justos restablecer el orden jurídico que se hayaba lesionado en lo social, por el ejercicio absoluto de algunos derechos perjudiciales para terceros, imponiendo una reparación

(36) PUIG PEÑA, FEDERICO.—Op. cit. p. 569 y s.; RODRIGUEZ-ARIAS BUS-TAMANTE, LINO.—Op. cit. p. y s.

(37) ALVAREZ, VICTOR MANUEL.—Op. cit. p. 3035.

(38) IBIDEM.

a aquel que perjudicara ese orden. (39) Para quienes el derecho no tiene más que un fundamento y finalidad individualistas, es lógico que pueden aceptar la actuación de un derecho, que sin violar la letra de la ley cause un daño por no estar su fin en armonía con el social.

Los derechos subjetivos se han elaborado y ejercitado diariamente dentro de la colectividad y es elemental establecer que el interés particular debe ceder ante el social. (40)

Algunos tratadistas desean conciliar los términos individualismo y colectivismo, afirmando que los mismos no son incompatibles y para demostrarlo ponen algunos ejemplos desprendidos de la propia Revolución Francesa, origen de los derechos individuales: a) con un carácter colectivo y social se señaló la voluntad del Estado como de la mayoría, b) la discutida tesis de Juan Jacobo Rousseau de la voluntad general, tiene ese mismo carácter colectivista y, c) en el mismo artículo 4o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se dice que el ejercicio de los derechos naturales no tiene más límite que los que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos; por lo que puede afirmarse, que al mismo tiempo que se salvaguardan los derechos individuales se cuida de los colectivos. Esta posición es señalada como intermedia, (41) siendo en realidad individualista porque no es protegiendo al individuo como queda salvaguardada la sociedad, sino viceversa, es custodiando los intereses sociales como se ampara a los individuales.

Hoy día puede decirse, que gracias al maravilloso empuje que le dió la jurisprudencia francesa, la teoría del ejercicio abusivo de los derechos, ha triunfado casi totalmente y con ella el postulado de la relatividad de los derechos, pues apenas existe autor que se atreva a sostener el absolutismo de los mismos y niegue la actualización y validez de la teoría que ocupa nuestra atención. (42)

(39) RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, LINO.—Op. Cit. p. 9 y s.

(40) RESTREPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—"El abuso del derecho como fuente de responsabilidad".—Estudios de dercho. Vol. XXI. No. 61, Marzo 1962.—Medellín, Colombia p. 32.

(41) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—"Abuso del derecho".—Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas.—Francisco Seix, Ed.—Barcelona, España. 1950. Tomo II.

(42) "Sic utere iure tuo, neminem laedit".—Op. cit. p. 70. Consúltese: JOSSERAND, Louis.—"Derecho Civil".—Op. cit. p. 313.

CAPITULO II

LA DOCTRINA

- A. Abuso del derecho en la doctrina jurídica.—Planteamiento del problema.
 - 1. Problema del reconocimiento de los derechos subjetivos.
 - 2. Doctrinas que niegan validez a la teoría del abuso del derecho.
 - a) Críticas de forma.—Réplica.
 - b) Críticas de fondo.—Réplica.
 - 3. Doctrinas que aceptan la teoría.
 - a) Teorías subjetivistas.—Concepción clásica.
 - b) Teorías objetivistas.—Concepción moderna.
 - c) Teorías mixtas.
 - 4. Concepto y naturaleza jurídicos.
- B. Distinción del abuso del derecho de otras nociones.
 - 1. Hecho ilícito y acto abusivo.
 - 2. Abuso del derecho y riesgo creado.
 - 3. Abuso del derecho y fraude a la ley.
 - 4. Desvío de poder y abuso del derecho.
 - 5. Colisión de derechos, conflicto de intereses y abuso del derecho.
 - 6. Acto emulativo y abuso del derecho.
 - 7. Cuasidelito y abuso del derecho.

CAPITULO II

LA DOCTRINA

A. ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA JURIDICA.

Planteamiento del problema.

En el capítulo anterior se ha demostrado como la historia es propicia al dominio absoluto de la teoría del abuso del derecho, entendiéndola como "el espíritu del pueblo" (1) que alienta el derecho. Ahora, surge la interrogante: ¿La doctrina acepta también plenamente la presente teoría?

La importante cuestión relativa a si puede una persona usando de su derecho al mismo tiempo abusar de él, ha sido aún en nuestro siglo, uno de los problemas más comentados por la doctrina de esta disciplina jurídica, y la diversidad de soluciones adoptadas parece conducir a una controversia interminable entre los tratadistas que lo estudian.

Las posiciones extremistas adoptadas por la doctrina, no obstante la aceptación que en su gran mayoría tiene la teoría del abuso del derecho, hacen que los autores que la acogen, no logren unificar sus ideas en cuanto al concepto legal y naturaleza jurídica de la misma.

El origen de tal divergencia reside en los puntos de vista de los que parta cada jurista, de la tendencia ideológica (política, social, económica o filosófica) que siga, y como la misma no es unánime, irremediablemente influirá en la teoría sujeta a examen, haciendo que algunas de las conclusiones a las que se llegan sean más o menos relativas por lo extremosas, y alejadas de la realidad.

El problema doctrinal se puede reducir a saber: a) Si los derechos subjetivos pueden ser actuados con arbitrariedad en perjui-

(1) Expresión usada por SAVIGNY. citado por ERGAR BODENHEIMER.—"Teoría del derecho".—Tercera edición en español. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. 1964. pp. 272 y 288.

cio de la sociedad b) En caso afirmativo, que debe entenderse por abuso del derecho y c) Cual es su naturaleza jurídica.

Las cuestiones expuestas sólo podrán resolverse, con el análisis de las diferentes posturas doctrinales que se han elaborado en torno a la teoría del abuso del derecho. Por lo tanto, nos proponemos seguir el siguiente plan: 1o. Trataremos brevemente el problema del reconocimiento de los derechos subjetivos, que parece ser el origen de la discusión respecto al tema: 2o. Expondremos las doctrinas que niegan validez a la teoría del abuso del derecho, en sus dos críticas, las de forma y las de fondo, haciendo de cada una la réplica respectiva; 3o. Estudiaremos las tesis que la aceptan, en sus concepciones subjetivistas, objetivistas e intermedias y daremos nuestra opinión; y 4o. Creemos así, poder precisar el concepto y naturaleza jurídicos del abuso del derecho.

1.—El problema del reconocimiento de los derechos subjetivos.

Se manifiesta en esta época, una tendencia a ejercitar los derechos subjetivos con arbitrariedad, sin tomar en consideración los daños que pueden causarse a la sociedad con esta actitud; por lo que se siente la necesidad de reajustar el derecho a la realidad por medio de la teoría del abuso del derecho. (2)

Con la postura anterior se inicia la discusión relativa al reconocimiento del concepto jurídico del derecho subjetivo, que rechazan los positivistas seguidores de Augusto Comte, para quien el individuo no puede tener derechos, sino sólo un derecho, que es invariablemente el de cumplir con su deber. (3)

Para Kelsen (4), propagador de la "teoría pura del Derecho", el derecho subjetivo no es ni puede ser una realidad distinta de la norma; y lo define diciendo que: "el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma". Para él, el derecho subjetivo se encuentra condicionado por la obligación de otro, más no a la inversa.

Por su parte León Duguit, (5) representante de la escuela de la función social, nos dice, que estamos asistiendo a una transformación del derecho privado, ya que el sistema individualista está siendo reemplazado por una concepción socialista. Todo derecho

(2) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO.—Op. cit. p. 9.

(3) JOSSERAND.—"El espíritu de los derechos y su relatividad". p. 262.

(4) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.—"Introducción al estudio del derecho".—Ediciones Porrúa. S. A.—México, D. F. 1953. pp. 192 y 193; BODENHEIMER, Edgar.—Op. cit. p. 321 y s.

(5) DUGUIT, LEON.—"Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón".—Traducción de Carlos G. Posada.—2a. Ed. Francisco Beltrán. Librería Española y extranjera. Madrid, España. p. 17 y s.

implica una relación entre sujetos y no cabría el mismo en la consideración del hombre aislado. Ni el hombre ni la colectividad tienen derechos, pero todo individuo tiene en sociedad una función que cumplir, una tarea a ejecutar. Es verdad que Duguit menciona que el derecho subjetivo es un concepto jurídico metafísico, que está fuera de la naturaleza y no es susceptible de una demostración directa, y que por lo mismo, esta noción está arruinada. Pero también es cierto que para él, los actos que deben reprimirse son aquellos que están en contra de la función social y por el contrario los que se realicen para cumplir con esa misión, serán socialmente protegidos y garantizados. Para que un acto de voluntad pueda producir un efecto de derecho, es preciso que también esté determinado por un fin de solidaridad social, es decir, debe tener un valor social conforme al derecho objetivo.

El problema suscita entre nosotros una serie de interrogantes:

¿Qué razón se argüiría para explicar que el hombre únicamente debe tener obligaciones?

¿La socialización del derecho privado, excluye la posibilidad de que las personas ejerciten sus derechos?

¿Acaso hablar de obligación, no implica claramente la existencia de derechos?

¿El ejercicio de los derechos subjetivos acordes con la realidad social, no garantizarán el orden jurídico?

¿La teoría del abuso de los derechos trata de hacer desaparecer los derechos subjetivos?

Podemos responder a las preguntas mencionadas, haciendo la crítica de las opiniones expuestas anteriormente.

Si correlativamente a un deber de alguien, no se concede un derecho a otro para exigir la conducta prevista en la norma, ese deber no tendrá carácter jurídico. Las normas son preceptos imperoatributivos. La posibilidad jurídica que tiene una persona para hacer o no hacer algo, y cuya realización está jurídicamente protegida, es el derecho subjetivo. El derecho objetivo es la norma que permite o prohíbe; el subjetivo, la autorización derivada de aquélla. El derecho subjetivo tiene que apoyarse en el objetivo. Por lo tanto, sostener como dice Kelsen que el derecho subjetivo es el mismo objetivo en determinada relación con un sujeto, es confundir los conceptos de norma y facultad. La norma es el fundamento, la facultad es la posibilidad. Aún admitiendo la opinión del jurista vienés, en el sentido de que los derechos subjetivos son reflejos de los objetivos; no podemos admitir que un derecho sea reproducción o copia de obligaciones. (6)

En la concepción positivista de Kelsen, creemos que no podría haber la noción de abuso del derecho, ya que no concebimos que el derecho pueda abusar de sí mismo; razón por la cual aceptamos que el abuso debe provenir de una persona que ha sido facultada para exigir deberes.

Si entendiéramos el Derecho desde un punto de vista subjetivo, la doctrina del abuso del derecho sería más comprensible, pero dentro de la concepción netamente positivista de Duguit esta teoría sólo trata de enmendar los errores de aquél. (7) La imposibilidad para el propietario de realizar en la cosa que posee actos sin utilidad, no la explica el ilustre maestro por medio de la teoría a que aludimos, sino en razón de la función social que todo individuo debe desempeñar. Los actos inútiles no están en realidad prohibidos al propietario, lo que está prohibido es el daño que pueda causar a otro; están vedados de por sí, por que si así no fuera, los mismos no tendrían sanción, serían lícitos y el que experimentara el perjuicio no podría pedir reparación. León Duguit⁽⁸⁾ considera al abuso del derecho como un hecho ilícito.

La postura positivista de Duguit, con un marcado sello personal, ha sido considerada por algunos tratadistas como de un iusnaturalismo socialista. (9) No obstante las críticas, algunas de las cuales son muy severas, encontramos en su doctrina una realidad, y es, que efectivamente el derecho privado debe adaptarse o ya lo está haciendo, a la transformación social protectora no tanto del individuo, sino de la colectividad.

El hombre es un ser social por naturaleza y por lo tanto, requiere de los demás para alcanzar su más alto grado de perfección; en consecuencia y para poder convivir, su conducta debe ser ordenada por el derecho, pero no de una manera simple y sin objetivos, sino por el contrario tendiente a la realización de valores: propios unos, esenciales otros. Los valores jurídicos deben considerar su aspecto fundamentalmente social. (10)

Para garantizar el interés social, la armónica convivencia, es necesario establecer un justo equilibrio en el trato entre los hom-

(7) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—"Abuso del Derecho".—Revista de ciencias jurídicas y sociales.—Año IX (3a. época) Núm. 41-1944.—Santa Fe, República Argentina.—p. 67; RIOS AMAYA, JOSÉ A.—Op. cit. p. 74. GONZÁLEZ DIAZ LOMBARDO, FRANCISCO.—"Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho".—Ediciones Botas.—México, D. F.—1956. pp. 216 y 217.

(8) DUGUIT, LEON.—Op. cit. p. 186 y s.

(9) BODENHEIMER, EDGAR.—Op. cit. p. 212 y s. PECCORINI LETONA, FRANCISCO.—Los fundamentos últimos de los derechos del hombre. Justicia, moral y obligación".—Edición del ministerio de Educación.—Dirección General de Publicaciones.—San Salvador, el Salvador, C. A. 1964. p. 123 y s.

(10) GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, FRANCISCO.—Op. cit. p. 171 y s.

bres. El interés público sólo será garantizado a través del orden justo que establezca el derecho. (11)

Por lo general, el ejercicio de los derechos subjetivos se lleva a cabo pacíficamente con el consenso de la sociedad, en forma activa de prestación o en la pasiva de respeto y abstención. Pero en muchas ocasiones y aún sin la intención perversa de dañar, al hacer uso de las facultades concedidas por la norma, se ataca un derecho (o interés protegido) ajeno. (12)

Pensamos que la teoría en estudio no trata de obstaculizar el ejercicio de los derechos subjetivos, en cuanto estos se ajusten al orden social y jurídico establecidos. Únicamente tratamos de encontrar ese "justo equilibrio" del que habla el culto maestro Francisco González Díaz Lombardo, por medio del establecimiento en la legislación civil de la teoría moderna del abuso del derecho.

Por lo anteriormente expuesto se puede concluir, que reconocemos plenamente el concepto jurídico de derecho subjetivo y que sentimos la necesidad de reajustar este mismo a la realidad social existente, por medio de la teoría del abuso del derecho.

2.—Doctrinas que niegan validez a la teoría del abuso del derecho.

Las críticas a esta teoría pueden ser enmarcadas en dos grandes categorías: (13)

- a) Críticas de forma y
 - b) Críticas de fondo.
- a).—Críticas de forma.—Réplica.

Estas críticas se encaminan en dos sentidos:

En un primer sentido, afirman los tratadistas franceses Plantiol y Ripert (14), que lo único original en la teoría del abuso del derecho es el nombre, en el que se ha ampleado un juego de palabras completamente inútil, ya que un solo y mismo acto no puede ser conforme y contrario a derecho. Si uso de mi derecho, mi acto es lícito. El propósito de esta teoría es el mismo que se obtiene cuando se define el carácter ilícito como condición de la culpa. El hecho ilícito no puede simularse, en ese caso —dicen— la teoría del abuso de los derechos sería un simple desarrollo de la teoría del fraude a la ley.

(11) GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, F.—Op. cit. p. 186.

(12) ARIAS RAMOS, J.—"Derecho Romano".—7a. edición.—Editorial Revista de Derecho Privado.—Madrid, España,—pp. 145 y 146.

(13) JOSSERAND.—"El espíritu de los derechos y su relatividad". p. 261 y s.

(14) PLANTIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE.—"Tratado práctico de derecho civil francés".—Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz.—Ed. Cultural, S. A.—La Habana, Cuba.—1942. p. 787 y s.

La misma opinión se encuentra en Duguit, Esmein, E. Lévy, Barde, Alfred Martin, Brunetti y Coviello. (15)

En el segundo aspecto, hacen la observación de que no se ha llegado a establecer un criterio práctico del abuso del derecho y que el mejor que se ha propuesto es el del uso anormal del derecho. Para ellos la aplicación de la teoría no hace más que seguir la tradición, ya que siempre se ha admitido que el simple espíritu de malquerencia que causa daño a otro, aún en el ejercicio de un derecho, produce la responsabilidad por daño. Se trata de una tendencia a expandir los casos de responsabilidad por restricción del alcance de los derechos subjetivos. Sin duda alguna, los intereses siempre han estado en pugna y el problema debe resolverse estableciendo límites a cada derecho subjetivo.

El hecho de que las reglas jurídicas se enuncian no como reglas de conducta, sino como prerrogativas de los individuos; nos conduce a tratar de ampliar estas, limitando las restricciones impuestas. En este sentido la teoría del abuso de los derechos vendría a establecer completamente lo contrario, poniéndose entonces en contra del espíritu de solidaridad que anima el derecho moderno.

La fuerza de la sociedad proviene de la que tienen sus miembros y por los mismo no hay que debilitarlos sistemáticamente. No se debe olvidar el papel tan importante del individuo en la lucha contra el absolutismo del poder.

No obstante lo anterior, admiten que en ocasiones se deben restringir los derechos subjetivos que dañan a otra persona, atendiendo al caso en particular, sin señirse a una fórmula, ya que esto conducirá a considerar el ejercicio de los derechos como una fuente de responsabilidad.

Por último, aceptan la noción de abuso de los derechos únicamente en el campo de los actos intencionales.

Frente a las objeciones de forma que se hacen a la teoría del abuso del derecho, encontramos la réplica brillante del más grande defensor de la misma, Louis Josserand (16):

En cuanto a la contradicción existente entre las palabras abuso y derecho, sin que puedan unirse, porque el derecho cesa donde el abuso comienza; debe considerarse que la palabra derecho tiene dos acepciones muy diferentes, como conjunto de reglas sociales y como prerrogativa determinada. Considerando el Derecho en su primera significación, como "juridicidad", este debe confor-

(15) JOSSERAND.—Op. cit. p. 264. LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 66.

(16) JOSSERAND.—"Derecho Civil".—p. 324; "El espíritu de los derechos y su relatividad".—p. 265 y s.

marse a cada derecho subjetivo cuando se aplica aisladamente. Es así que, si el ejercicio de los derechos subjetivos está en desacuerdo con el conjunto de reglas sociales, se abusa del derecho. Sólo en esta forma puede darse el abuso del derecho.

Para Josserand, "el abuso del derecho es aquel que no obstante haberse realizado en virtud de un derecho subjetivo cuyos límites han sido respetados, es contrario al Derecho considerado en su conjunto y como juridicidad, como cuerpo de reglas sociales obligatorias", (debería hablarse de derechos subjetivos cuyos límites no han sido fijados).

La discusión se debe a la pobreza de la terminología.

El verbo abusar tiene muchos significados, etimológicamente proviene del latín *abusus*, de *ab* = a contra y *usus* = a uso. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa: "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa".

Todos los términos son rechazados por imprecisos y vagos, y no obstante reconocer lo impropio de la denominación (y creer más propio el de uso egoísta del derecho), nos adherimos a la opinión que acepta la evidencia de la fuerza persuasiva de la designación de la teoría que se estudia y resuelve que el término **abuso** perdure en la legislación (17), —ya que de lo contrario, en este punto, la discusión sería interminable.

Josserand (18) distingue los hechos ilegales o ilícitos de los abusivos. Los primeros son los que violan una disposición legislativa o reglamentaria; en cambio los segundos, son los ejercitados en virtud de una prerrogativa que le pertenece, sin violar la norma objetiva, sólo que en contra de la finalidad del derecho en general. De lo que se entienda por hecho ilícito, depende en gran parte la solución del problema; si aceptamos que el mismo es la conducta culpable que viola la moral o las normas prohibitivas o imperativas y cuyo daño obliga a la reparación, es indudable que la opinión de Josserand es exacta.

Por otra parte, la afirmación de que la teoría del abuso va en contra del espíritu de solidaridad que alienta el Derecho, por el hecho de que limita las facultades de los individuos en beneficio de la sociedad; es completamente infundada, ya que —es por medio de ella que el derecho deja de ser egoísta para convertirse en humanitario. (19)

(17) MENDOZA DIEZ, ALVARO.—"Filosofía del abuso del derecho".—Estudios jurídicos.—Centro de estudios jurídicos.—Año I. No. 1.—Diciembre 1958.—Cuzco, Perú.—p. 44 y s.

(18) JOSSERAND.—"El espíritu de los derechos y su relatividad".—p. 33 y s.

(19) IBIDEM.—p. 9; "Derecho Civil".—p. 313 y s.

Planiol y Ripert, acaban por admitir la existencia del abuso del derecho y la conveniencia de reprimirlo, atendiendo en cada caso a los intereses en conflicto, más no sujetándose a una norma jurídica concreta que pueda favorecer una tendencia peligrosa por lo imprecisa, y que quita contenido a los derechos subjetivos, a tal grado que todo ejercicio de derecho, implicaría una responsabilidad. (20) Ese miedo debe rechazarse ya que únicamente se reprimirán las actuaciones que dañen a la sociedad. (21)

En verdad, con esta exposición ha quedado combatida la crítica de forma que trata de probar que el acto abusivo es el realizado sin derecho, ya que se ejerce conforme a una norma. Más adelante ampliaremos estas consideraciones y advertiremos que el abuso no es un simple desarrollo del fraude a la ley.

Por lo que se refiere a la crítica también de forma, que considera a la teoría del abuso del derecho sin originalidad e interés, por no ser más que la aplicación histórica de la represión del daño causado en el ejercicio de los derechos y tratarse únicamente de la aplicación de la teoría de la responsabilidad; ésta es más firme y su postura más difícil de rebatir.

Las teorías existentes a cerca de la responsabilidad se bifurcan y es necesario precisar si el abuso de los derechos cabe dentro de alguna de ellas.

a) La teoría clásica de la responsabilidad está basada en la culpa. La responsabilidad civil subjetiva, generada casi siempre de la responsabilidad penal, se basa en el hecho de que un individuo que causa un daño, o las cosas o animales que posea o las personas bajo su cuidado lo hagan, es culpable. (22)

La esencia del hecho ilícito es la culpa, o sea la conducta humana consciente e intencional o inconsciente por negligencia que causa un daño y que el derecho considera para los efectos de responsabilizar a quien lo produjo. La culpa es un producto psicológico, porque si no existe intención de causar daño y por lo mismo se toman las precauciones para evitarlo, y a pesar de ello se produce, no hay responsabilidad por hecho ilícito. (23)

(20) PLANIOL Y RIPERT.—Op. cit. p. 792 y s.; JOSSERAND.—Op. cit. p. 264. Para MENDOZA DIEZ, no existe contradicción entre Planial y Jossierand y sus doctrinas se complementan.—Op. cit. p. 53 y s.

(21) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.—Op. cit. pp. 11 y 33.

(22) BORJA SORIANO, MANUEL.—“Teoría General de las Obligaciones”.—Editorial Porrúa, S. A.—México, D. F., 1953.—p. 399 y s.

(23) BORJA SORIANO, MANUEL.—Op. cit. p. 437; GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.—“Derecho de las Obligaciones”.—Editorial Cajica.—Puebla, Pue.—México, 1965.—p. 574 y s.; RESTREPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—“El abuso del derecho como fuente de responsabilidad”.—Op. cit. p. 29 y s.; JOSSERAND.—Op. cit. p. 41.

b) Actualmente se han multiplicado las acciones de responsabilidad civil que demandan una reparación, al incluirse en el Código una nueva fuente generadora de obligaciones: la responsabilidad objetiva o riesgo creado. En este sistema el que produce un daño, responde por el sólo hecho del daño, sin entrar a analizar el concepto de culpa; los daños o perjuicios que causen los objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos, deben ser reparados por su poseedor. La teoría moderna de la responsabilidad objetiva es completamente independiente de la responsabilidad penal. (24)

Sabemos que entre más derechos poseamos y más eficaces sean, seremos más responsables.

Habíamos ya anotado que en el abuso del derecho no hay violación de una norma, por tanto, no habrá responsabilidad por culpa. En el abuso del derecho el daño causado no es producido por el uso de mecanismos u objetos peligrosos en sí; y por lo mismo, tampoco la responsabilidad será por riesgo creado.

La solución al problema del equilibrio entre los derechos individuales —y sociales— es muy disímil, ya que no siempre la ruptura de aquel se presenta con la misma evidencia, ni con la misma intensidad; por lo tanto si en el abuso del derecho las causas que producen el daño no son las mismas que en los casos de responsabilidad citados, es imposible utilizar iguales argumentos. Para descubrir el abuso del derecho se requiere una evaluación más profunda de la justicia. (25)

Ningún derecho subjetivo es ilimitado y no puede serlo porque no habría orden social posible. Los derechos subjetivos al limitarse en interés de la sociedad, quedan limitados a su vez en beneficio de cada titular de otro derecho subjetivo. (26)

La delimitación de los derechos es un tanto problemática, ya que no podemos decir que el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro. Alvaro Mendoza Diez (27), nos presenta gráficamente este principio por medio de varios círculos que apenas se rozan; expresando cada uno el derecho de un sujeto, de tal manera que precisar la esfera de actividad de los individuos no ofrece ninguna dificultad.

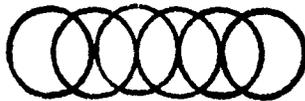


(24) GUTIERREZ Y GONZALEZ, E.—Op. cit. p. 399.

(25) JOSSERAND.—Op. cit. p. 273.

(26) ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.—Editorial Bibliográfica Argentina.—T. I. p. 128. JOSSERAND.—“Derecho Civil”.—p. 311 y s.; Rodríguez-Arias Bustamante.—Op. cit. p. 9, 20 y 33; ALVAREZ, VICTOR MANUEL.—Op. cit. p. 3038.

Esta regla que él llama "casillero", surge de la lucha contra el feudalismo absolutista; el liberalismo jurídico y económico pronto habían de apartarse de la rectitud dogmática, al aparecer el monopolio y agudizarse la cuestión entre capital y trabajo, sintiéndose la necesidad de renovar la tesis de los derechos encasillados. Por la complejidad de la vida moderna los derechos se entrelazan y condicionan mutuamente: el derecho de uno depende del derecho del otro o exige modificarlo o anularlo. A esta teoría la designa "de la interpenetración" y la representa con el diagrama siguiente:



La vida social moderna hace más difícil la tarea de delimitar por medio de normas, todos y cada uno de los actos humanos susceptibles de producir consecuencias jurídicas. La razón de ser del abuso del derecho se debe justamente a esta situación contradictoria: por una parte la impotencia del legislador para dictar leyes que abarquen todas las conductas (menos aún las dañinas a la sociedad que se apoyan en algún precepto), y de otra, la urgencia de esas mismas leyes para reprimir un peligro general, un daño a terceros. (28)

Entre más limitado esté un derecho menos abusivo será (29). La prevención de los daños por medio de declaraciones abstractas y generales es indudablemente un freno que los contiene, pero ese obstáculo puede ser salvado por una fuerza en particular. (30) "Quien hace la ley no hace la trampa", nos dice Rafael Ruiz Gallardón (33) y tiene razón, no obstante que no sea aplicable esta expresión al abuso del derecho, ya que en este no hay trampa, sino uso legal.

Por otra parte, una de las características del Derecho es la de dictar normas generales y no para casos particulares, porque esto último implicaría una labor intensísima y prácticamente imposible de realizar; además, aún en el supuesto de que como dice John H. Crabb (32), el código pueda cumplir su objetivo de "Abra-

(27) MENDOZA DIEZ, ALVARO.—Op. cit. p. 35 y s.

(28) IBIDEM.—Op. cit. p. 49.

(29) JOSSERAND.—"El espíritu de los derechos y su relatividad".—p. 23.

(30) MENDOZA DIEZ, A.—Op. cit. p. 34.

(31) RUIZ GALLARDON, R.—"El abuso de los derechos en la nueva ley de arrendamientos urbanos".—Anuario de Derecho Civil.—T. IX, fascículo IV, Octubre-Diciembre 1956.—Madrid, España.—p. 1186.

(32) CRABB, JOHN H.—Op. cit. p. 32 y s.

zar la totalidad del Derecho dentro de sus límites", todavía quedarán situaciones que indudablemente tendrán que resolverse.

Las opiniones que anteceden han dejado impugnado magníficamente el segundo aspecto de las críticas de forma que se hacen a la teoría del abuso del derecho, o sea la que considera que la misma es una aplicación de los casos de responsabilidad civil existentes, por represión del ámbito de validez de los derechos subjetivos.

b).—Críticas de fondo.—Réplica.

Las objeciones de fondo pueden resumirse en el ataque a tres aspectos: 1o. Confusión de la moral con el derecho; 2o. Facultades discrecionales del juez y, 3o. Falta de objetividad de la responsabilidad. (33)

1o. La crítica que considera que el abuso del derecho acarrea una confusión entre moral y derecho, es dirigida por Esmein, Braudy Lacantinerie, Coviello y Demolombe. (34)

La separación entre moral y derecho ha sido muy discutida, sobre todo a raíz de la aparición de la teoría sostenida por Thomasius y Kant, según la cual derecho y moral se distinguen en que el primero regula las relaciones externas de los hombres, en tanto que la segunda gobierna su vida íntima. Esta teoría no representa una verdad universal, sino sólo es expresión de un cierto estadio en el desarrollo del derecho. (35) La exterioridad del derecho y la interioridad de la moral no constituyen un razgo característico entre los dos conceptos, así lo señala el maestro García Maynez, (36) que nos da como verdaderas notas distintivas: la bilateralidad y la unilateralidad, la coercibilidad e incoercibilidad de uno y otra.

Todo sistema jurídico incorpora en su seno ciertas ideas esenciales de moralidad, pero además existen otras normas también morales que no han sido consideradas por el derecho y que son las que verdaderamente pertenecen al reino de la conciencia individual. (37)

Un régimen de derecho necesita que no exista otro medio coercitivo de control que deshaga su obra, de lo contrario, si se dotara a la moral de esa característica, la decadencia del derecho sería manifiesta. La naturaleza de la moral se alteraría si sus normas

(33) JOSSERAND.—Op. cit. p. 274.

(34) IBIDEM.—p. 275; LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 68.

(35) BODENHEIMER, EDGAR.—Op. cit. p. 94 y s.

(36) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.—Op. cit. p. 15 y s.

(37) BODENHEIMER.—Op. cit. p. 98 y s.

(38) BODENHEIMER, EDGAR.—Op. cit. p. 101. RUIZ GALLARDON, R.—Op. cit. p. 1183 y s.

se exigieran por la fuerza. La separación entre moral y derecho garantiza la libertad política y da seguridad y certeza al derecho. (38)

La teoría del abuso del derecho no obscurece en nada los campos entre moral y derecho. Desde el momento en que se está exigiendo, aún por la fuerza, que una persona no puede basándose en la facultad concedida por la norma, desconocer el sentido objetivo del derecho y dañar a la sociedad, se está únicamente dentro del Derecho. Por lo tanto la crítica a que hacemos referencia es infundada.

2o. La crítica encaminada por Charmont (39), en el sentido de que la teoría del abuso del derecho confiere a los jueces un temible poder al dejarlos decidir sobre la finalidad de los derechos en relación con los móviles de los titulares, es injusta. En la aplicación de cualquier norma forzosamente interviene, de una manera más o menos acentuada, la participación del órgano que la aplica. (40) Entre más general es una prerrogativa más necesidad tiene de la actividad del juez. La aplicación de la ley fácil y mecánicamente requiere de una gran precisión y como hemos visto, no es posible que la misma reglamente pormenorizadamente el caso particular.

En algunos casos de abuso del derecho le juez únicamente tendrá que interpretar la ley, o sea desentrañar su sentido, pero este sentido no es la voluntad del legislador como dice Gény (41). La ley es la voluntad general, no la del cuerpo legislativo. Por otra parte, la interpretación no se refiere a consideraciones aisladas de los preceptos legales, sino como conjunto sistemático, exento de contradicciones. La tarea interpretativa es anterior al acto de aplicación del derecho objetivo. (42)

Todos los problemas jurídicos reclaman una solución y el juez está obligado a darla pronunciando el Derecho (43); en tal sentido expresa el maestro García Maynez (44): "si en la ley hay lagunas en el derecho no puede haberlas". Ahora bien, la ley deja muchos

(39) CHARMONT citado por JOSSERAND.—Op. cit. p. 277.

(40) JOSSERAND.—Op. cit. p. 279. KELSEN, citado por GARCIA MAYNEZ.—Op. cit. p. 352.

(41) GENY, FRANCOIS citado por BODENHEIMER.—Op. cit. p. 207 y s. Véase además, GARCIA MAYNEZ.—Op. cit. p. 347 y s.

(42) GARCIA MAYNEZ.—Op. cit. p. 359 y s.

(43) El artículo 83 del Código de Procedimientos civiles dice: "Los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito".

(44) GARCIA MAYNEZ.—Op. cit. p. 360. ZITELMANN, citado por GARCIA MAYNEZ y ENNECCERUS, LUDWIG.—"Derecho de las Obligaciones".—Traducción de la 35a. edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer.—Ed. Bosch.—Barcelona, España. 1933.—Tomo I. p. 215.

vacios, problemas cuya satisfacción prepara la ciencia del derecho (45).

En muchas otras ocasiones el juez, para resolver un caso —por ejemplo de abuso del derecho—, deberá encontrar por sí la norma que ha quedado indeterminada en la ley, analógicamente. Para legitimar la analogía deberán existir razones iguales para determinar si una situación puede ser resuelta del mismo modo que la otra y que esa diversidad de los casos afecte a aspectos no esenciales (46).

Raras veces o ninguna el juez no encontrará, usando de la interpretación y la analogía, una norma aplicable y en ese caso deberá integrar la ley.

Muchas veces las disposiciones no determinan la manera en que han de cumplirse las obligaciones que imponen ni como han de ejercitarse los derechos que conceden, surgiendo ante el juez dos o tres formas de resolver el problema. En ese caso puede suceder que el juez interprete erróneamente una norma o le dé un sentido que no tiene, pudiendo en otras oportunidades modificarlo o contradecirlo (47).

El error a que se hace alusión en el párrafo anterior, puede darse también en la aplicación de la teoría del abuso del derecho, teniendo razón León Barandiarán al afirmar que hay que sufrir el riesgo de que el arbitrio judicial sea alguna vez mal empleado (como en cualquier otra materia), en beneficio de la justicia y del derecho (48); o como dice Josserand: "Más vale que los tribunales alguna vez se engañen al realizar su misión y no que sistemáticamente se nieguen a realizarla (49).

En consecuencia, la crítica de Charmont es exagerada, por considerar que dentro de la teoría del abuso del derecho el juez ejercita su tarea con amplias facultades, sin sujeción a la ley, ni al ordenamiento jurídico.

c) Por último se objeta que la teoría del abuso del derecho es contraria a la objetivación que se manifiesta en el campo de la responsabilidad. Josserand, siempre en defensa de la teoría en estudio, la coloca dentro de la responsabilidad subjetiva y alega en su favor, que las tesis objetivistas y subjetivistas de la responsabilidad pueden coexistir, porque persiguen el mismo fin: el equilibrio de los derechos (50).

(45) ENNECCERUS, LUDWID.—Op. cit.

(46) IBIDEM.—Op. cit. pp. 217 y 218.

(47) GARCIA MAYNEZ.—Op. cit. p. 364.

(48) MENDOZA DIEZ, A.—Op. cit. p. 50. DASSEN, JULIO.—Op. cit. p. 176.

(49) JOSSERAND, L.—Op. cit. p. 280.

(50) IBIDEM.—p. 281.

Pensamos que dentro de la teoría moderna del abuso del derecho, la investigación de los motivos psicológicos de los sujetos que cometen el acto, no tiene razón de ser, ya que sea cuales fueren éstos, si se descubre que en el ejercicio de un derecho subjetivo se producen daños que repercutirán socialmente, quebrantando el orden jurídico, deberán sancionarse tales actos con su reparación (51). En esta forma, la teoría del abuso del derecho es muy objetiva, ya que lo único que tendrá que averiguar el juez es si la norma al ser aplicada, se aparta del cuerpo legal en su conjunto. De lo expuesto en este párrafo se deduce que no estamos de acuerdo en este punto con Jossierand.

3.—Doctrinas que aceptan la teoría del abuso de los derechos.

En la evolución de la teoría del abuso de los derechos existen según Markovitch (52), dos fases: una inconsciente y fragmentaria o sea la subjetiva o psicológica y otra, la fase moderna del criterio objetivo. A esta distinción podemos añadir otra intermedia o sea posiciones subjetivas-objetivas.

Siguiendo el plan que nos hemos propuesto, expondremos en primer lugar la concepción clásica o tradicional, en segundo la objetivista o moderna y por último las tesis intermedias.

a) Teorías subjetivistas.—Concepción clásica o tradicional.

TESIS: la intención de dañar es el único criterio constitutivo del abuso.

Esta concepción surgió como consecuencia del fenómeno histórico y social, de la tradicional represión del daño y encuentra su apoyo en viejos aforismos romanos (53). Esta postura es la de más frecuente aplicación jurisprudencial y es el origen de la teoría del abuso del derecho. (54).

La teoría subjetivista tiene dos variantes: la llamada de la intencionalidad o deseo de perjudicar y la del resultado o ausencia de beneficio (55). La primera requiere del *animus nocendi* (dolo, mala fe, fraude), empleando la apariencia normal del ejercicio de un derecho (esta doctrina se concreta en el Código Civil Alemán). La segunda es una variante del subjetivismo y considera como esencial no tanto el deseo de dañar, como la falta de beneficio o la conexión directa entre las dos fórmulas (Código Civil mexicano).

(51) RESTREPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—“Criterios para determinar el abuso del derecho”.—Año XXII.—Vol. No. 60.—Septiembre 1961.—Medellín, Colombia.—p. 282.

(52) MARKOVITCH, citado por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 33.

(53) INFRA.—Cap. I. p. 16.

(54) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 36 y s.

(55) PUIG PEÑA, FEDERICO.—Op. cit. pp. 570 y 571.

La naturaleza del acto con intención dañosa es variable según los autores (56).

En Francia Ripert, sostenedor de la fuerza jurídica de la regla moral, se adhiere al criterio intencional y sostiene que abusar del derecho es darle apariencia jurídica al acto que se tenía el deber de no realizar, o al menos que no era posible afectar más que indemnizando a los perjudicados por el mismo. Para él, en el abuso del derecho el ejercicio del mismo se prohíbe, como consecuencia de la falta de moral del que lo ejerce. Para este tratadista la falta de utilidad o de beneficios, presume la malignidad del agente y fundamenta el abuso (57).

Savatier al igual que Ripert, destaca el predominio de la moral; para él, la teoría del abuso del derecho no es más que un conflicto entre el derecho positivo y un deber moral, en el cual debe triunfar este último. Estos dos tratadistas consideran a esta tesis como un triunfo, no de la técnica, sino de la moral (58).

Para Planiol (59), el dominio de la teoría del abuso de los derechos se encuentra en el ejercicio de un derecho con el único fin de causar daño a otro. Las condiciones de existencia de la misma son: a) el ejercicio de un derecho, b) la intención de perjudicar a otra persona, c) la inutilidad del acto para su autor, y d) el conocimiento del perjuicio que va a causarse. La inutilidad del acto es lo característico del abuso y en el caso de que la intención maliciosa, procure un beneficio para su autor, el acto ya no será abusivo, sino ilícito. En esta materia la jurisprudencia equipara la culpa grave al dolo y aplica también el criterio de que los derechos deben ejercitarse conforme a su destino o finalidad legítima, debiendo en realidad orientarse con el criterio de conflicto entre dos intereses inconciliables. Para Planiol existen algunos derechos absolutos que no pueden ser sometidos a control por los tribunales, ya que tienen una reglamentación legal rígida que impide los abusos y que son: el derecho de los ascendientes para oponerse al matrimonio de sus hijos mayores de edad o de negarse a la realización del mismo cuando son menores; derecho de los padres para desheredar a sus hijos. Menciona otros, que para considerárseles absolutos, es necesario que no se haya inducido a error a la otra parte, como el de nulidad, prescripción y presunción legal; además, la adquisición de la medianería de una pared; el ejercicio del derecho de propiedad; el derecho de réplica utili-

(56) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 36.

(57) RESTREPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—Op. cit. pp. 275 y 276.
LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 77 y s. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit.

(58) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 78.

(59) PLANIOL Y RIPERT.—Op. cit. p. 793.

zado correctamente; y la negativa a contratar, si no se trata de un servicio público u obrero no sindicalizado. Para terminar, afirma que el abuso del derecho debe comprenderse dentro de la responsabilidad por hecho ilícito.

Orientación material y psicológica de Bonnecase (60).—De las aplicaciones jurisprudenciales se pueden distinguir dos aspectos en la noción de abuso de los derechos: uno psicológico y otro material. Dentro de la orientación psicológica, se abusará de un derecho si el titular del mismo lo ejercita con intención malévola y sin ningún interés. Desde el punto de vista material, se dice que hay abuso cuando el poseedor de un derecho, aparentemente absoluto, al usarlo perjudica a otro, por obrar fuera de los límites materiales del mismo. Julién Bonnecase afirma que abuso del derecho y límites en el ejercicio de los derechos son dos cosas diferentes y reduce el concepto del que hemos venido tratando, a la forma psicológica.

Para Bonnecase el abuso del derecho es: “ejercicio de un derecho, sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente nocivo”. Los elementos constitutivos del mismo serán: 1o.—ejercicio de un derecho; 2o.—ausencia de utilidad en su ejercicio; 3o.—intención nociva y; 4o.—perjuicio efectivo ocasionado a tercero. La sanción del abuso debe ser la reparación del perjuicio, por medio de la destrucción de la causa que lo produjo y no la condena al pago de daños y perjuicios —ya que como dice—, el derecho subjetivo no ha sido entendido sanamente. La teoría de que tratamos opera como una fuente del derecho positivo y de no aplicarse, es indiscutible que el ejercicio de los derechos, sin interés presente o eventual, pondría en “jaque” a la sociedad (61).

Criterio técnico formulado por Larombire, al sostener que el derecho debe ejercitarse prudentemente, con precaución, sin abusar de él, conforme a la técnica jurídica. Si hay culpa en la ejecución, habrá abuso de derecho. En muchas legislaciones la culpa gráve se equipara al dolo y de este modo el problema se reducirá a lo sostenido por los partidarios del criterio intencional. En relación con las otras especies de culpa, se incurrirá en abuso cuando pudiendo actuar de manera de no causar perjuicio, se escoge precisamente la que daña a terceros en beneficio propio. (62).

Los hermanos Mazeaud eligen la culpa como criterio base del abuso del derecho y dicen: “existe abuso en el ejercicio de un derecho siempre que al ejercerlo, su titular cometa, ya sea una culpa

(60) BONNECASE, JULIEN.—“Elementos del derecho civil”.—Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr.—Editorial José M. Cajica Jr.—Puebla, Pue.—1945.—p. 321.

(61) IBIDEM.—Op. cit. p. 330 y s.

(62) RESTREPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—Op. cit. p. 278 y s.

intencional, ya sea una imprudencia o negligencia". Defienden la teoría, considerando la relatividad de cada uno de los derechos, porque estos no se nos han conferido con un fin egoísta. El interés social debe ocupar un sitio igual al del titular del derecho ejercitado. En principio, todos los derechos son susceptibles de abuso, aunque excepcionalmente aceptan también algunos derechos absolutos o discrecionales. Una conducta no intencional, también comprende la responsabilidad. Por último dicen, el autor de un abuso del derecho debe reparar el daño que ha causado, en especie o en equivalente (63).

Esta concepción intencionalista, es demasiado limitada para estructurar la teoría del abuso del derecho. Algunos autores (64) piensan que no siempre la voluntad de dañar a un tercero le imprime al acto un carácter abusivo. Puede haber abuso aún sin esa intención nociva, de lo contrario caeríamos en el terreno de los vicios del consentimiento (dolo y mala fe). Opinamos que estas nociones no tienen relación con esta teoría, ya que el abuso del derecho es el ejercicio de la norma dentro de los límites objetivos de ésta, pero en desacuerdo con todo el ordenamiento jurídico.

Según el artículo 1815 de nuestro Código Civil, el dolo se produce por medio de sugerencias o artificios que empleen para inducir a error o mantener en el a una persona y la mala fe es la disimulación del error una vez conocido. En el abuso del derecho, el que ejercita una norma no hace que otra persona tenga una falsa creencia en relación con su derecho, no reviste de legalidad su acto, porque este es completamente legal por estar permitido por la ley; lo que sucede es que las normas muy generales, no especifican hasta donde o en que forma deben cumplirse y permiten que los sujetos las usen en la forma más conveniente para ellos, sin fijarse si con su ejercicio están lesionando el orden jurídico.

La intención dañina no puede alegar en su favor un supuesto interés individual y si lo invoca, no por ello se desvirtúa la teoría del abuso del derecho. El ejercicio de un derecho debe ser armónico con el "espíritu" del derecho actuado. Precisamente si se atendiera a ese interés individual por encima del social, es como se destruiría la teoría que se defiende. (65).

b) Teorías objetivistas.—Concepción moderna.

TESIS: Habrá abuso del derecho, cuando los derechos se ejerciten en desacuerdo con el fin social del ordenamiento jurídico.

Junto a la corriente subjetivista de la teoría del abuso del derecho, últimamente se ha venido desarrollando una postura ob-

(63) MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN.—Op. cit. pp. 134 y s.

(64) JOSSERAND.—Op. cit. p. 291 y s. RESTREPO GUTIERREZ, F.—Op. cit. p. 277. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 37.

(65) RESTREPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—Op. cit. p. 278.

jetivista, la cual ha sufrido también algunas modificaciones que se manifiestan ya, en diversas legislaciones. Se inicia esta postura en el Código suizo, se continúa en el de Brasil y en 1922 el Código ruso da una fórmula más avanzada de la recepción de ésta doctrina. (66).

El sistema objetivo puede contemplarse desde dos puntos de vista: 1) el criterio del interés serio y legítimo o económico y 2) el funcional o finalista.

1. Criterio del interés serio y legítimo o económico.

La falta de interés serio y legítimo en el ejercicio de los derechos, es constitutiva del abuso y tal criterio es el que ha tenido mayor aceptación y ha sido consagrado en varias ocasiones por los tribunales. El mismo se inspira en la definición de Ihering acerca de los derechos, los cuales consideró como "intereses jurídicamente protegidos". Los poderes públicos confieren al hombre facultades para la satisfacción de sus intereses, pero solo de aquellos que sean legítimos; si los derechos se utilizan con vista a la realización de ese fin, su titular tiene asegurada la protección legal, aún cuando cuase perjuicios a terceros no compromete su responsabilidad. (67).

Con base en la definición de Ihering. Saleilles (68) considera que todo derecho es relativo y que por lo mismo el abuso recide en el ejercicio anormal, contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, reprobado por la conciencia pública. Para él, un acto cuyo efecto no puede ser más que dañar a otro sin interés legítimo para el que lo cumple, nunca puede constituir el ejercicio de un derecho, por ser de carácter antisocial su objeto intencional.

Gény (69) estima que la medida justa y verdadera de los derechos individuales, solo se descubre determinando su fin económico y social y comparado su importancia a la de los intereses que contrarían.

Bartin (70) nos dice que el ejercicio de un derecho no puede

(66) PUIG PEÑA, FEDERICO.—Op. cit. p. 571 y s. Véase además NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—"Abuso del derecho".—Legislación comparada.—Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas.—Francisco Seix Editor.—Tomo II, 1950.

(67) JOSSERAND.—Op. cit. p. 306 y s.

(68) SALEILLES, citado por JOSSERAND.—Op. cit. p. 306 y s. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 37 y s. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.—"Abuso del derecho".—Editorial Labor, S. A.—Barcelona, España, y por AGUIAR, HENOCH D.—"Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley".—Tipográfica editora Argentina, Buenos Aires.—1950.—Tomo II.—p. 112.

(69) GENY, citado por JOSSERAND.—Op. cit.

(70) BARTIN, citado por JOSSERAND.—Op. cit.

llegar a ser ilegítimo si responde al interés en vista del cual ha sido reconocido por la ley (por el ordenamiento jurídico), no importando si hubo móvil malicioso.

La tesis de Ruiz Luján de Colombia es absolutamente legalista y de matiz económico, por colocarse en la posición del código ruso y más aún dentro del proyecto Koschembar-Lyrkowski, que en materia de obligaciones expresa: "se convierte en caduca la obligación contraída en vista de un fin social y económico futuro, si ese fin no se realiza. No se tendrá en cuenta la causa de la no realización". (71).

Se ha criticado esta tesis, porque dentro de ella no cabrían los casos evidentes de abuso del derecho con intención maléfica, por no aparecer contrarios al fin económico y porque como dice Jossierand (72), este criterio solo se aplicaría a las prerrogativas de carácter egoísta, pero no a los derechos altruistas como las potestades familiares, el derecho de exteriorizar el pensamiento, etc.

En relación con este tema, Capitant opina (73) que la autoridad de los padres, tutores y marido, no es en realidad un verdadero derecho, ya que se otorga en interés del que está sometido más no de los que ejercen la facultad y que por lo tanto, el que hace mal uso de esa autoridad lo que viola es la ley. El derecho de familia está perfectamente reglamentado por el legislador de una manera imperativa. De esta forma, niega también la distinción que hace Jossierand entre los derechos altruistas y egoístas, concluyendo que por naturaleza todos los derechos son egoístas.

Rodríguez-Arias Bustamante (74) no vé inconveniente en calificar de derechos a las facultades familiares, puesto que todos los derechos suponen un deber frente a otros y pueden o no ejercitarse. Estamos de acuerdo con ésta opinión y además pensamos que no obstante ser el derecho de familia uno de los mejor reglamentados, pueden en algún caso abusar de una de sus prerrogativas.

Markovitch (75), reduce el criterio económico a una aplicación finalista, considerando al primero como una mutación al segundo.

Restrepo Gutiérrez, califica a esta noción como tautológica por considerar que el destino social lleva implícito el económico. Fin antieconómico significa contrario al espíritu social del derecho ac-

(71) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. pp. 79 y 80.

(72) JOSSEIRAND.—Op. cit. p. 306 y s., y AGUIAR HENOCH D.—Op. cit. p. 117.

(73) CAPITANT, H.—"Sur l'abus des droits".—Rev. Trim.—1928, citado por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 39.

(74) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. pp. 39 y 40.

(75) Citado por Rodríguez-Arias Bustamante.—Op. cit. p. 40.

tuado, de lo contrario el fin económico individual y egoísta justificaría el ejercicio del derecho. (76)

El error de esta postura, nos dice María Antonia Leofanti, es además técnico, puesto que el positivismo radical desconoce la personalidad del hombre y niega los derechos que se derivan de la persona humana; hace de la sociedad un fin y del hombre un medio, debiendo ser por el contrario el hombre el fin y la sociedad el medio. Los derechos del hombre dimanar de su naturaleza y sólo tendrán las limitaciones que les imponga la vida en sociedad. Por reaccionar contra el subjetivismo individualista, no debemos caer en el otro extremo que es el sociologismo positivista, cuyos frutos estadistas lamentamos. (77)

Es verdad que dentro de una concepción netamente positivista, la teoría del abuso del derecho no podría ser considerada, pero consideramos que la misma sí es reconocida, dentro de un criterio funcionalista o finalista. La crítica anterior, tiene un gran fondo político e idealista que la hace alejarse de la realidad.

La mayoría de los estadistas agrupan en un criterio el económico y la falta de interés serio y legítimo, otros los estudian por separado por considerarlos diferentes.

Aceptamos el criterio de interés serio y legítimo, si a este se le da el sentido de finalidad.

Criterio Funcional o Finalista.

Todas las facultades jurídicas son sociales en su esencia y hasta en la misión que están destinadas a cumplir, ya que el derecho objetivo no es otra cosa que la regla social obligatoria; todos los derechos subjetivos deben ejercitarse en función del deber social que están llamados a desempeñar (78).

Esta postura es aplicable a toda clase de derechos (egoístas y altruistas) y completamente realista y armónica, ya que no existe una prerrogativa que no tenga un fin social que llenar. Se abusará del derecho, desde este punto de vista, cuando permaneciendo en sus límites, se persigue un fin diferente al sancionado en todo el ordenamiento jurídico. (79)

c) Teorías mixtas o intermedias.

TESIS: La intención de dañar en desacuerdo con su fin social, constituye el abuso del derecho.

Las posturas llamadas intermedias, lo son, porque tratan de combinar los criterios objetivo y subjetivo, para lograr la conciliación entre los intereses sociales y los individuales.

(76) Restrepo Gutiérrez, Francisco de P.—Op. cit. p. 281.

(77) Leofanti, María Antonia.—Op. cit. p. 80 y s.

(78) JOSSERAND.—Op. cit. p. 308 y s.

(79) IBIDEM. Ese criterio se ha inspirado en la doctrina de Duguit; así opina Jossierand. p. 313 y Puig Peña, p. 571.

Josserand (80) con su tesis de "motivo legítimo" considera que si el móvil no contradice la finalidad, el móvil es legítimo. No existe dificultad en aceptar una tesis objetiva y subjetiva del abuso del derecho, puesto que no se contradicen y cada una tiene su dominio y función propias. Las dos se unen al mismo fin o sea, lograr el equilibrio de los derechos.

En el acto abusivo —sigue diciendo el mismo autor— se necesita demostrar tanto el desvío del fin, como el daño. Los elementos del mismo acto serán: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal, b) daño a otro derecho o interés que no ha sido jurídicamente protegido y c) desvío social o moral de la norma, manifestado en forma subjetiva u objetiva.

Para Federico Puig Peña el abuso del derecho es el que se ejercita en contra de la finalidad económica y social, con el deseo de lograr ese destino antifuncional, por consecuencia de su grave culpa. Este tratadista considera que el abuso del derecho puede comprenderse dentro del campo del derecho penal y ser considerado como delito. (81)

María Antonieta Leofanti afirma que el abuso del derecho implica la existencia de un derecho natural de aplicaciones progresivas, y da una fórmula jurídica en esta materia: "La ley no ampara el ejercicio de un derecho realizado por un motivo legítimo manifiesto y determinante del acto, que desvirtúa sus fines naturales y sociales. (82)

Se ha sostenido también por Desserteaux (83), que el abuso del derecho no es más que una colisión de derechos o un conflicto entre ellos, es decir, que el acto abusivo responde a un derecho de parte del lesionante, pero contrario al derecho del lesionado. Para Josserand esta doctrina es relativamente cierta, ya que el derecho de uno termina donde comienza el derecho de los otros, igualmente respetable; pero no todos los conflictos de derecho son abusos de éste, sino únicamente una cierta categoría de estos conflictos.

Las tesis intermedias presentan su parte verdadera, en cuanto determinan como abuso del derecho, la actuación acorde con una prerrogativa jurídica en desacuerdo con la finalidad del orden jurídico; pero pensamos que una vez que el Derecho se desvió de su finalidad, no es necesario estudiar los móviles que lo produjeron.

(80) JOSSERAND.—Op. cit. p. 281 y s. PUIG PEÑA.—Op. cit. p. 572.

(81) PUIG PEÑA.—Op. cit. p. 573 y s.

(82) LEOFANTI, MARÍA ANTONIA.—Op. cit. Núm. 42 y 43. p. 38 y s.

(83) DESSERTAUX, citado por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. T. V. p. 14; por RETRESPO GUTIERREZ.—"El abuso del derecho como fuente de responsabilidad". p. 30 y s. por JOSSERAND.—Op. cit. p. 285.

La intención de dañar hace confusa esta noción y lleva a algunos tratadistas a considerar el abuso del derecho como una violación de la norma, como un delito o hecho ilícito.

Por otra parte, creemos que no es posible determinar hasta donde llega el derecho de cada uno, porque esta labor sería interminable y prácticamente imposible para el legislador.

4.—Concepto y naturaleza jurídica del abuso del derecho.

Aceptamos la definición propuesta por Francisco de P. Restrepo (84):

El abuso del derecho es: "El daño causado a un interés como consecuencia del ejercicio de un derecho de acuerdo con la legalidad objetiva, pero en desarmonía con su espíritu o finalidad".

Nosotros diríamos que el ejercicio de un derecho acorde con las prerrogativas otorgadas por la norma que dañe el interés social previsto en el ordenamiento jurídico, se considerará como abuso de derecho.

El autor citado, no se coloca exactamente en la postura de Duguit, para quien el derecho tiene tan solo un fundamento social, acepta que el derecho debe actuarse con vista al interés social pero sin desconocer al individuo que actúa la facultad. Busca también esa armonía que debe existir entre el interés colectivo y el individual; pero en caso de conflicto entre los dos, tendrá la primacía el social.

Continuaremos con la descripción de los elementos que según la definición propuesta, se encuentran en la teoría del abuso del derecho:

a) **Actuación de un derecho.**—Actuar a un derecho (norma) es ejercitarlo en sentido positivo o negativo, por ejemplo: no hacer producir la tierra.

El abuso del derecho dice Demogue (85), puede extenderse a la inacción o al silencio.

b) **Daño causado a un interés jurídico.**—Es indispensable que exista un perjuicio en el ejercicio de la norma, para que pueda surgir la responsabilidad. Debe ser un perjuicio a otro interés (individual, de un tercero o colectivo) cuyo valor social sea innegable, más no a otro derecho; lo que se debe violar es una esfera aún no revestida de la coactividad jurídica del derecho.

(84) RETRESPO GUTIERREZ, FRANCISCO DE P.—Op. cit. p. 34 y s.

(85) DEMOGUE, citado por POPESCO-RAMNICEANO, M. RENE.—"El silencio creador de obligaciones y el abuso del derecho".—Revista General de Derecho y Jurisprudencia.—Año II, Nos. y 3.—Abril-Septiembre 1931, México, D. F., p. 265 y s.

- c) **El derecho debe actuarse en desacuerdo con su espíritu o finalidad.**—La norma debe ejercitarse en armonía con su espíritu, con su finalidad (de acuerdo con el ordenamiento jurídico en general), sin entrar al análisis del *animus nocendi*.

En vista de la exposición anterior, puede considerarse que la naturaleza jurídica del abuso del derecho es la de ser una fuente de responsabilidad autónoma, distinta del hecho ilícito, del riesgo creado, del fraude a la ley, del desvío del poder, de la colisión de derechos o conflictos de intereses, de los actos emulativos y del cuasi delito.

B.—Distinción del abuso del derecho, de otras nociones.

Es necesario separar el concepto de abuso del derecho, de otras nociones que pudieran confundirse con él en el campo de la responsabilidad, y constatar como el abuso del derecho es una noción autónoma e independiente (86).

1. Hecho ilícito y acto abusivo.

Habíamos ya anotado en páginas anteriores que no es posible confundir el hecho ilícito y el abuso del derecho.

El hecho ilícito nos dice el maestro Manuel Bejarano (87) es: "la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente a su autor".

Por otra parte entendemos por deber jurídico, "la necesidad de observar una conducta conforme a una regla de derecho". (88)

Obrar ilícitamente es actuar en contra de la ley o de las buenas costumbres; y podemos decir que en el abuso del derecho, el uso de éste está dentro de la prerrogativa otorgada por una norma general que no indica en su texto la forma en que ha de ejercitarse, pero la cual indudablemente en la actualidad, debe tener presente que no es posible su existencia si contraría la finalidad social o los intereses colectivos a los que debe estar condicionada.

La responsabilidad civil subjetiva se basa en un hecho que produce daño y es culpable, en cambio en el abuso del derecho no es indispensable el concepto de culpa, ya que el daño puede producirse aún sin la intención de dañar, por el solo perjuicio que infiere su uso egoísta.

2. Abuso del derecho y riesgo creado.

Dentro del concepto de riesgo creado, encontramos ya la responsabilidad objetiva, que no analiza el concepto de culpa y que

(86) RESTREPO GUTIERREZ.—Op. cit. p. 27.

(87) BEJARANO SANCHEZ, MANUEL.—Apuntes tomados en la cátedra de Obligaciones.

(88) GUTIERREZ Y GONZALEZ, E.—Op. cit. p. 406.

responsabiliza al autor por el solo hecho del daño. Estas mismas características las encontramos en el abuso del derecho, distinguiéndose en que en éste no se hace uso de mecanismos, instrumentos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza, explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas.

En el riesgo creado, el ejercicio de la norma no se aparta de la finalidad del Derecho y es posible hacer una reglamentación minuciosa y detallada del mismo, características que no son compatibles con la noción del abuso del derecho. (89)

3. Abuso del derecho y fraude a la ley.

Julien Bonnecase (90) asegura que el concepto de abuso del derecho está perfectamente determinado, no así el de fraude a la ley que es muy complejo e inconsistente y cuya noción surge en el dominio del derecho internacional privado.

J. P. Niboyet (91), considera que debe existir una sanción en los casos en que una ley deje de ser aplicable a una relación jurídica debido a que los intereses se han colocado, fraudulentamente bajo el imperio de una nueva ley que conserva su carácter imperativo.

La noción se ha extendido al campo del derecho privado y así Demogue define el fraude como: "Eludir la aplicación de una ley imperativa", logrando esta finalidad de común acuerdo varios interesados. (92)

En derecho privado, eludir la ley equivale a violarla y tal falta se sanciona con la nulidad. La distinción entre fraude a la ley y abuso del derecho radica en que en el primero, puede o no existir daño, en tanto que en el segundo, forzosamente debe producirse y no hay violación a la norma (93)

4.—Desvío de poder y abuso del derecho.

Existe en derecho francés un concepto conocido por *détournement de pouvoir*, es decir **desvío de poder**, utilizado en el ámbito del Derecho Público y específicamente dentro del derecho administrativo. Se dice que el acto administrativo debe tener el fin

(89) RESTREPO GUTIERREZ.—Op. cit. p. 29.

(90) BONNECASE, JULIEN.—Op. cit. T. III. p. 71 y s.

(91) NIBOYET, J. P.—"Derecho internacional privado".—Traducida y adicionada por Andrés Rodríguez Ramón.—Editora Nacional.—México, D. F. 1959 p. 441.

(92) BONNECASE.—Op. cit. p. 78.

(93) JOSSERAND.—Op. cit. p. 293 y s.

propio de la función administrativa, que es la utilidad pública y que en tal sentido no puede sino perseguirse ese fin (94).

Dentro de la doctrina francesa el desvío de poder se refiere a la responsabilidad resultante de la deformación (perseguir un fin diferente del debido) por parte del funcionario oficial, de las facultades que ejerce. En la doctrina norteamericana habrá desvío de poder cuando la administración, haciendo uso de facultades discrecionales, emite un acto notoriamente injusto o irracional. En suma, se dice que el desvío de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho (95).

Para algunos autores como Demogue y Hauriou (96), entre las teorías señaladas existe gran afinidad, distinguiéndose únicamente por la sanción que aplican, ya que el desvío de poder conduce a la nulidad, en tanto que el abuso tiende a la obtención de una indemnización.

Josserand desprende del abuso del derecho, la teoría del desvío de poder, que se ha adaptado en el campo del derecho público; por el contrario para John H. Crabb es más amplio este último concepto que el primero (97).

El desvío de poder impone una sanción (la nulidad), por infracción a las leyes fiscales, así lo establece el Código Fiscal de la Federación en su artículo 202 inciso d), y además surge una responsabilidad subsidiaria del Estado por los daños causados por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones que les están encomendadas, ya sea por impericia, negligencia o dolo (Artículo 1928 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales).

Tomando en cuenta la exposición anterior, se puede establecer que abuso de derecho y desvío de poder, son conceptos aplicados a campos diferentes, el primero en el derecho administrativo (Público), el segundo en el derecho civil (Privado).

5. Colisión de derechos, conflicto de intereses y abuso del derecho.

Existe colisión de derechos, cuando estos ocurren de tal manera que el ejercicio de uno de ellos hace imposible o perjudica el del otro. Técnicamente hablando esta noción es inconcebible,

(94) OLIVERA TORO, JORGE.—"Manual de Derecho Administrativo".—Primer Trimestre.—Editorial jurídica mexicana.—México, D. F. 1963, p. 110; FRAGA, GABINO.—"Derecho Administrativo".—Sexta Edición.—Editorial Porrúa, S. A. México, 1955, p. 216; ZANOBINI, citado por SERRA ROJAS, ANDRES.—"Derecho Administrativo".—2a. Edición, Librería de Manuel Porrúa, S. A., México, D. F.—1961 p. 387.

(95) OLIVERA TORO, JORGE.—Op. cit. p. 110.

(96) DEMOGUE Y HAURIOU, citados por JOSSE RAND.—Op. cit. p. 207 y s.

(97) JOSSE RAND.—Op. cit. p. 207 y s.; CRABB JOHN H.—Op. cit. p. 35 y s.

pero en la práctica pudiera ocurrir, dadas las imperfecciones legislativas (98).

En cuanto a los conflictos de intereses que no están jurídicamente protegidos, no puede ocuparse de ellos el derecho. En el abuso del derecho el ejercicio de un derecho causa daño a un interés que debía estar protegido, por la importancia social que representa.

6. Acto emulativo y abuso del derecho.

Los actos de emulación son aquellos que se verifican en la forma que más perjuicio puedan causar a un tercero, se distinguen del abuso del derecho por cuanto suponen intención maliciosa; en cambio en el abuso del derecho, el daño causado no siempre es resultado de la intención nociva. Además en el acto emulativo, se viola una norma específica y con ello el orden jurídico en general, en cambio el acto abusivo se ejercita de conformidad con una norma que no fija límites (por lo que es más difícil preveer el daño) y hace pensar que se encuentra en armonía con el Derecho en su conjunto.

7. Causidelito y abuso del derecho.

El profesor Eudoro González G. (99) define el cuasidelito como: "El hecho ilícito que ha causado perjuicio o daño a otro pero que se ha ejecutado sin intención, en forma involuntaria. Del daño o perjuicio creado por el hecho culposo surge para el autor la obligación de reparar". En los delitos y cuasidelitos se obra sin que exista una norma que autorice la conducta, en cambio en el abuso, existe la norma que por ser imprecisa y amplia, pierde de vista el espíritu del derecho, causando daño.

Por lo tanto, debe considerarse que el abuso del derecho es una fuente de responsabilidad autónoma.

(98) RESTREPO GUTIERREZ.—Op. cit. p. 30 y s.

(99) GONZALEZ G., EUDORO, citado por RESTREPO GUTIERREZ.—Op. cit. p. 28 y s.

CAPITULO III.

LA JURISPRUDENCIA.

- A. Jurisprudencia Absolutista.
 - 1. Inglaterra y los Estados Unidos.
- B. Jurisprudencia Limitativa.
 - 1. Resto de los países del mundo.
 - 2. Aplicaciones.
 - a) Potestades familiares.
 - 1o. Patria potestad.
 - 2o. Potestad marital.
 - 3o. Derecho del cónyuge inocente sobre las ganancias adquiridas por el otro, después de la sentencia de divorcio.
 - b) Facultades del tutor.
 - c) Derecho de propiedad.
 - d) Derechos que nacen de un contrato.
 - 1o. Abuso en el período pre-contractual.
 - 2o. Abuso en la conclusión de los contratos.
 - 3o. Abuso en la disolución de los contratos.
 - 4o. Abuso en la ejecución de los contratos.
 - 5o. Abuso en el período post-contractual.
 - e) El contrato accesorio de hipoteca.
 - f) Derechos procesales.

CAPITULO III.

LA JURISPRUDENCIA.

Sabemos ya, que en el campo histórico y doctrinal, la teoría del abuso del derecho ha encontrado gran aceptación; nos falta averiguar si la misma encuentra aplicación jurisprudencial.

Ha sido la jurisprudencia la que ha impulsado y regido la teoría del abuso del derecho, extendiéndola no solo dentro del Derecho Privado, sino en cierto sentido al ámbito del Derecho Público (derecho administrativo, derecho internacional privado y derecho internacional público.)

La actividad judicial ha incrementado y remozado el horizonte jurídico, con nuevas perspectivas dadas a la doctrina y práctica de la acción de daños y perjuicios. Es difícil dictar una solución justa a un caso nuevo o poco tratado, sobre todo teniendo la responsabilidad de la última palabra. Labor delicada la de la jurisprudencia, que debe armonizar la ciencia y los principios con la vida, por ser el Derecho hecho para poder convivir y no a la inversa. Esto no significa que el juez esté creando una nueva regla, en lugar de concretarse a la aplicación de la ley específica; lo que hace el juez es deducir de todo el ordenamiento jurídico, la norma que resuelva el caso imprevisto. (1)

En relación con este tema, podemos dividir a la jurisprudencia en dos grandes ramas:

- A) Jurisprudencia absolutista, proclamada por Inglaterra y Estados Unidos y,
- B) Jurisprudencia limitativa o relativista, aceptada por el resto de los países del mundo.

(1) DE LA VEGA BENAYAS, CARLOS.—“Daños y perjuicios por abuso en el ejercicio formal de los derechos procesales”.—Revista de Derecho Judicial.—Año I No. 3.—Julio-Septiembre 1960.—Madrid, España.—p. 72.

A. JURISPRUDENCIA ABSOLUTISTA.

Inglaterra y los Estados Unidos.

La filosofía individualista de los anglosajones, se revela en todos los actos de su vida, inclusive en sus instituciones; los derechos son considerados como medios de acción que pueden ejercitar hasta agotarlos, en vista al desarrollo libre y pleno de sus capacidades y en busca a la obtención de cualquier fin. La única forma de no perjudicar a nadie es permaneciendo inmóvil "not acting at all . . .", por ello, los derechos deben ser libres en su realización o no existir. (2)

Desde la segunda mitad del siglo XIX la jurisprudencia anglosajona es un instrumento elástico y flexible que señala al juez una dirección general, una idea de la finalidad del derecho, que le permite dar soluciones más adecuadas a las circunstancias del caso, adaptando la realidad jurídica a la social, a fin de conseguir el mayor equilibrio entre los intereses y derechos en conflicto. (3)

Dentro de esta manera de pensar, la teoría del abuso de los derechos no tienen razón de ser, ya que si alguien en realidad al ejercitar su derecho causa un daño evidente a otro como consecuencia de ese acto, ello significa que ha violado algún derecho que pudiera tener aquél otro y es responsable por actuar fuera del derecho. (4)

Como enunciado de carácter general, la teoría del abuso del derecho es extraña al derecho anglosajón y hasta está establecido que un acto legítimo aunque dañoso no da derecho a iniciar una acción aunque haya sido realizado con motivo malicioso. (5).

La también inflexible actitud individualista norteamericana, rechaza la sentencia dictada en el litigio Bradford vs. Pickles, al expresar que: (6)

"La posibilidad de que un derecho legal pueda ejercitarse imprudentemente con un espíritu de malevolencia y egoísmo es uno de los razgos poco satisfactorios de nuestro derecho, que parecería constituir un motivo evidente para una reforma en tal dirección".

Sin embargo, encontramos en su sistema algunas figuras, conceptos y leyes que nos indican que existe un gran número de excepciones al absolutismo de los derechos.

Josserand (7), piensa que la Gran Bretaña es uno de los pue-

(2) JOSSERAND.—Op. cit. p. 241 y s.

(3) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. T. IV. p. 32.

(4) CRABB, JOHN.—Op. cit. p. 26.

(5) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 59.

(6) CRABB, JOHN.—Op. cit. p. 25 y s.

(7) JOSSERAND.—Op. cit. p. 244.

blos que se muestra más favorable a la relatividad de los derechos y que su sistema no solo es represivo, sino también preventivo. Así encuentra una ley del 14 de agosto de 1896 según la cual, la persona que con frecuencia inicie juicios injustificadamente, no podrá hacerlo más, si antes no ha obtenido autorización judicial previo examen del negocio, y hasta que la Suprema Corte se haya asegurado de que el procedimiento de que se trata no es abusivo.

Se localizan otras figuras y conceptos, que los autores han querido equiparar a la teoría del abuso del derecho, como por ejemplo: los *restraints of trade* (restricciones a la libertad de contratar en materia económica, los *trusts*, los *Kartelles* y los *konzern*); las *nuicances* (limitaciones a las molestias entre vecinos); y la *conspiracy* (ejecución en común de un hecho ilícito); (8). Además, nos dice Capitant, existe una noción de origen inglés llamada *consideration*, que es de contenido igual al de la causa, lo que prueba que la noción de fin en los contratos es básica y se encuentra en todos los sistemas jurídicos (9).

No obstante las excepciones más o menos numerosas que Inglaterra y Estados Unidos han impuesto al absolutismo de los derechos, éste sigue siendo proclamado y aceptado como principio.

Sería conveniente —opina Crabb (10)— que dada la gran actividad internacional de nuestra época, los dos grandes sistemas a que aludimos se unificaran, pero para ello encuentra las siguientes dificultades:

- a) Resistencia en el campo anglosajón a reconocer la responsabilidad extracontractual;
- b) Falta de una definición del término "tort", que se refiere a la responsabilidad resultante de un acto indebido;
- c) La proverbial inclinación inglesa hacia lo conveniente y práctico, que hace que su derecho civil proteja a los particulares con leyes federales y estatales específicas, y
- d) La dificultad que implicaría a la legislación anglosajona, la introducción de una norma general sobre abuso del derecho.

Según el mismo autor, la teoría del abuso, sería de doble aplicación: reduciría la denegación judicial y refrenaría las exigencias excesivas de los particulares. La teoría de que se trata, debería servir de inspiración a los sistemas anglosajones.

Para Jossierand (11), el dogma del absolutismo está conde-

(8) IBIDEM.—p. 245. RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 32. LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 59.

(9) CAPITANT, HENRI.—"De la causa de las obligaciones".—Traducción de Eugenio Tarrogato y Contreras.—Casa editorial Góngora.—Madrid, España.—1922.—p. 23.

(10) CRABB, JOHN.—Op. cit. pp. 50 y 51.

(11) JOSSIERAND.—Op. cit. p. 247.

nado a declinar y deberá ceder el paso a los conceptos triunfantes de la relatividad y del abuso.

B. JURISPRUDENCIA LIMITATIVA.

1. Resto de los países del mundo.

Podemos decir que fuera de Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica, los demás países del mundo aceptan el relativismo de los derechos y la teoría del abuso de los mismos, la cual ha tenido mayor aplicación en la jurisprudencia europea, sobre todo en Francia y Alemania.

2. Aplicaciones.

A continuación, haremos mención de los casos en los cuales la jurisprudencia ha considerado que existe abuso del derecho, así como un breve análisis de aquellos, para poder precisar si se trata de un verdadero abuso o de un hecho ilícito.

a) Potestades familiares.—Para Edmundo Gatti, no existen propiamente derechos subjetivos individuales en el derecho de familia, sino derechos deberes, o sea que en ellos, el deber está antes que el derecho y que por lo mismo no puede hablarse en esta materia de abuso del derecho. Como hemos visto, esta opinión es la misma que sostiene Capitant (12). Sin embargo, la mayoría de los autores no encuentran dificultad para considerar a las potestades familiares como derechos, ya que todo derecho supone un deber frente a otros (en este caso las obligaciones son frente a los parientes), y pueden o no ejercitarse.

1o. Patria potestad.—En su origen este poder era absoluto, incluía el *jus vitae necisque*, pero poco a poco ha venido relativizándose en favor del hijo y en la actualidad, gracias al influjo de la jurisprudencia existen leyes protectoras de las relaciones familiares, en especial del bienestar moral y físico de los hijos (13).

Por ejemplo, en Argentina el artículo 3o. del Código Civil que es modificado por la ley Agote, dice: "...los jueces pueden suspender el ejercicio de la patria potestad si el padre o la madre tratasen a sus hijos, sin motivo, con excesiva dureza o si por consecuencia de su ebriedad consuetudinaria, conducta notoria o negligencia grave, comprometiesen la salud, seguridad o moralidad de los hijos".

(12) GATTI, EDMUNDO.—"Abuso del derecho. Síntesis y conclusiones de un análisis jurisprudencial".—Lecciones y ensayos.—No. 18.—1960.—Buenos Aires, Argentina.—p. 35; CAPITANT.—"Sur l'abus des droits".—Rev. Trim. 1928, citado por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 39.

(13) JOSSERAND.—Op. cit. p. 79 y s.

En verdad que con el tiempo, la patria potestad ha venido limitándose para favorecer a los hijos, expidiéndose leyes que los protegen, sin que pueda decirse que cuando se violan tales preceptos exista abuso del derecho; pero puede ocurrir en algunas ocasiones, que ejercitando la patria potestad uno de los cónyuges, lesione el derecho que el otro también tiene sobre sus hijos, o que resulten perjuicios para un tercero.

Josserand nos cita una sentencia por abuso del derecho, en la cual un padre mantiene a su hijo en el extranjero y continuamente cambiando de domicilio, con el fin de que su esposa, en su afán de ver a su hijo, abandone el hogar conyugal y pueda así demandar el divorcio (14).

Puede también presentarse el caso de que un padre habiendo dado consentimiento a su hija para sostener un noviazgo, en vispera del matrimonio encuentre que el mismo no es conveniente y se oponga a su realización. En este supuesto, no obstante que la patria potestad se está ejercitando en favor de la hija, se ha obrado con ligereza y ha resultado un perjuicio para el novio que había realizado gastos o vendido inmuebles, para el establecimiento de su nuevo hogar.

En estos casos imprevistos, en los que se actúa conforme a una norma pero en contra del orden social y jurídico, debe imponerse una sanción por abusar del derecho, consistente en el pago de daños y perjuicios en dinero. El derecho positivo ha dejado libre el camino a la jurisprudencia para que intervenga reprimiendo tales abusos. (15)

2o. Potestad Marital.—El anteriormente poder del marido sobre la esposa, es en la actualidad una facultad concedida a este en beneficio de la familia y la comunidad, y podría decirse que tal prerrogativa no es susceptible de abuso ya que los malos tratos dan lugar a divorcio, separación de cuerpos y hasta caen bajo el imperio de la ley penal (16). Sin embargo el referido derecho del esposo a que su mujer cohabite con él, dondequiera que fije su residencia, ha sido tema de algunas sentencias que lo consideran propenso al abuso. (17).

3o. Derecho del cónyuge inocente sobre las ganancias adquiridas por el otro, después de la sentencia de divorcio. El derecho de recibir alimentos es irrenunciable y podría decirse que las per-

(14) JOSSERAND.—Op. cit. p. 87 y s.

(15) JOSSERAND.—Op. cit. p. 92 y s.

(16) IBIDEM.—Op. cit. p. 96 y s.

(17) GATTI, EDMUNDO.—Op. cit. p. 36. En México, el Código Civil de 1884 en su artículo 92, admitía la potestad marital, pero en la actualidad se ha suprimido ésta (art. 167).

sonas que tienen acción para pedirlos y no lo hacen, están abusando de su derecho en el caso de que perjudiquen a terceros; por ejemplo, el ascendiente que tiene bajo su patria potestad a un hijo y decide, por diversas razones, no asegurar sus alimentos, le está causando un daño si con ello le priva de ciertos beneficios que hubiera podido tener, exigiéndolos.

Puede ocurrir también, que el cónyuge inocente obtenga una pensión alimenticia en una época en la que los ingresos del que debe darlos alimentos eran muy elevados y le alcanzaban para cubrir sus necesidades y que sin embargo con el tiempo aumenten éstas o disminuya su salario, siendo entonces abusivo el ejercicio de este derecho.

b) **Facultades del tutor.**—Puede considerarse como abuso, el cambio continuo de domicilio por parte del tutor, que tienda a frustrar la reunión del consejo de familia, para supervisar sus actos. (18)

c) **Derecho de propiedad.**—El derecho de propiedad, considerado antiguamente como el más absoluto de todos los derechos, actualmente está siendo objeto de un sin número de limitaciones tendientes todas a la realización de una función social. En virtud de esas restricciones que paulatinamente se ha sentido la necesidad de hacer a éste derecho, pocos casos de abuso se presentan en ese campo, ya que sabido es que entre más normado esté un derecho, menos susceptible de abuso es; sin embargo, se encuentran algunas resoluciones que han sancionado el abuso en materia de propiedad inmobiliaria:

La sentencia Doerr, de la Corte de Colmar (2 de mayo de 1855) así lo resolvió en el típico caso de un propietario que había construido sobre su techo, una falsa chimenea, sin utilidad alguna para él y con el único fin de privar de luz a la finca vecina (D.56,2,9).

Lo mismo en el caso Savart (Trib. Civ. de Sedán, de 17 de diciembre de 1901), que es análogo al anterior, pues trata de una persona que construyó una pared altísima pintada de negro, cuyo fin evidente era molestar, injuriar al vecino.

Son también dignos de mencionarse, los siguientes asuntos: (19)

El caso Clément Bayard (Trib. Civ. de Compiègne, de 12 de febrero de 1913) donde un propietario lindante de un hangar de dirigibles, construyó postes de madera con púas de hierro, que di-

(18) JOSSERAND.—Op. cit. p. 103.

(19) CARBONNIER, JEAN.—“Derecho Civil”.—Traducción de la 1a. edición francesa por Manuel Ma. Zorrilla R.—Bosch, Casa Editorial.—Barcelona, España.—T. II. Vol. I. p. 311.

ficultaban la ascensión de los dirigibles, con el fin de obtener una ventaja económica.

La instalación de una bomba de agua que disminuía de un modo apreciable la producción de una vertiente mineral, con fines lícitos pero perjudiciales; las instalaciones radiofónicas que estaban siendo afectadas por el funcionamiento de un fonógrafo eléctrico (1930), y, el caso de un anuncio luminoso cuya falla eléctrica dañaba a los vecinos (1933). (20)

Existe responsabilidad para el propietario que utiliza su inmueble produciendo una serie de inconvenientes a las propiedades contiguas, no obstante que haya tomado todas las precauciones debidas y que obre sin intención malévola, si el daño es continuo e intolerable (por ejem., al instalar una industria que ocasiona humos, olores, ruidos o trepidaciones, multiplicación excesiva de animales, grave riesgo de incendio, etc.), y el tribunal puede ordenar al responsable que realice los actos que sean necesarios para que el daño cese, sin que se pueda llegar a mandar la clausura del establecimiento administrativamente autorizado. (21)

Para León Duguit (22) la propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica y social. La propiedad está evolucionando en el sentido socialista y los actos de los propietarios que no persigan esa finalidad deben ser sancionados, ya no debe aceptarse el concepto de propiedad romana de *dominium*, porque consecuencias de esa aplicación son:

1. Dejar las tierras abandonadas y sin cultivar,
2. Solares urbanos sin construir,
3. Casas sin alquilar y sin conservar y,
4. Capitales mobiliarios improductivos.

Esos actos del propietario pueden considerarse como abusivos.

d) Derechos que nacen de un contrato.—Los derechos que nacen de un contrato deben también sujetarse a la realización de la nueva función social, lo que significa una cierta limitación a las disposiciones de igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad. (23)

Josserand (24), encuentra que los abusos en materia contractual pueden ser realizados en diversos periodos que son:

- 1o. Abuso cometido en el período Pre-contractual y sólo en

(20) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 37.

(21) CARBONNIER.—Op. cit. p. 304 y s.

(22) DUGUIT, LEON.—Op. cit. p. 167 y s.

(23) Motivación del Código Civil vigente.

(24) JOSSERAND.—Op. cit. p. 110 y s.

el caso de que el contrato no se celebre. Por ejemplo, un profesionalista que se niega arbitrariamente a realizar su función (notarios, procuradores judiciales, teatros, ferrocarriles, etc.).—Estos asuntos no son en realidad abusos de derecho, sino hechos ilícitos, ya que ni funcionarios ni empresas tienen derecho arbitrariamente a negar sus servicios.

El mismo autor, considera que abusa el autor de una negativa a contratar, aún cuando no se encuentre obligado por una ley. Por ejemplo, el comerciante que no hace con anticipación una oferta clara y precisa, como cuando no le pone precio a la mercancía; así también el hostelero y el fondista. (En estos ejemplos no hay abuso del derecho, lo que sucede es que se han violado reglamentos de precios).

20. Abuso en la conclusión del contrato.—Muchos abusos han sido permitidos por la legislación, por lo tanto su realización implica un hecho ilícito, por ejemplo: la cesión de derechos en fraude de acreedores, el fraude a la ley, etc., pero su campo de aplicación es muy amplio en la compra-venta de inmuebles por mensualidades y en todo lo que atañe a la usura. (En los últimos casos citados, trátase más bien, de enriquecimiento ilegítimo). (25)

Josserand considera como abusivo, el que el consejo de accionistas traslade su domicilio a un lugar lejano, para evitar que concurran a las asambleas generales socios demasiado exigentes y acusiosos.

30. Abusos cometidos en la disolución de los contratos.—Hay contratos que pueden disolverse por la voluntad de una de las partes, por ejemplo, el mandato, la sociedad civil, el arrendamiento de servicios de duración indefinida, si la ley lo autoriza. En caso de que se vea afectada la otra parte por la disolución del contrato la misma ley señala una indemnización y no puede tampoco hablarse de abuso, sino de hecho ilícito.

40. Abuso en la ejecución de los contratos.—La noción de abuso se aplica ordinariamente en provecho del deudor, poniendo una barrera a las pretensiones del acreedor. (26)

Los herederos son responsables para con el empresario del cumplimiento de un contrato de obras a precio alzado, en caso de muerte del dueño de la obra. El ejercicio de este derecho por parte del empresario debe ser proporcional a la situación económica en la que se hayan quedado los herederos, que en muchas ocasiones desconocen (por extravío de recibos) las condiciones de pago.

(25) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 46.

(26) JOSSERAND.—Op. cit. p. 134 y s.

El arrendador que estorba continuamente el uso de la cosa arrendada, alegando reparaciones urgentes e indispensables; y el que se niega a prorrogar el contrato de arrendamiento, argumentando que quiere habitar la casa, sin verdaderamente necesitarlo, comete abuso de su derecho. (27)

50. Abuso durante el período post-contractual.—La violación de los deberes negativos de abstenerse, después de celebrado un contrato, a tratar en determinadas condiciones con otras personas; es según Jossierand abuso del derecho, pero en esta situación no existe ningún derecho, sino deberes.

En materia contractual, tal vez, es poco probable que se presente el abuso.

e) El contrato accesorio de hipoteca.—La garantía real llamada hipoteca y los atributos inherentes a este Derecho, son poco socializadores; como cuando el titular de la hipoteca general se aprovecha de su situación (abusa) y no obstante tener dos bienes en donde satisfacer su deuda, escoge el inmueble sobre el cual otros acreedores especiales posteriores tienen interés, privando a los demás de satisfacer sus derechos. (28)

f) Derechos procesales.—El derecho de acudir a los tribunales en demanda de las pretensiones de los particulares, ha sido muy debatido. El moderno concepto de acción, sobre la cual no pueden ponerse de acuerdo los autores, no es un derecho subjetivo cuyo ejercicio depende de la voluntad del titular del mismo, sino un derecho autónomo, de orden público, cuyo sujeto pasivo es el Estado o el órgano jurisdiccional que administra justicia. (29) No es un derecho sino una posibilidad (30); en este sentido el derecho de acción no es susceptible de abuso.

Para Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga (31), "la acción es un derecho público subjetivo, que implica dos facultades: la inicial de provocar la actividad jurisdiccional y la derivada de la constitución de éste, que permite a su titular la realización de actos procesales inherentes a su posición en el mismo".

Aún en la actualidad, el problema del abuso en materia procesal ha preocupado grandemente, pero en realidad no se puede

(27) En relación con el tema ENRIQUE PARRY considera como abuso la ocultación del arrendador al arrendatario de su propósito de reedificar. "Daños y perjuicios. Abuso del derecho. Desalojo. Mejoras".—La Ley.—Buenos Aires, Argentina.—Jueves 10 de junio 1943.—p. 678 y s.

(28) JOSSERAND.—Op. cit. p. 42 y s.

(29) PALLARES, EDUARDO.—"Derecho Procesal Civil".—segunda edición.—Editorial Porrúa, S. A.—México, 1965, p. 143.

(30) ALCALA ZAMORA, NICETO.—citado por PALLARES, E.—Op. cit. p. 146.

(31) DE PINA RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE.—"Instituciones de Derecho Procesal Civil".—Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A.—México, 1963, p. 137.

hablar de un derecho a prolongar los procesos o a iniciarlos infundadamente. Para que una persona haga intervenir a los órganos jurisdiccionales, debe tener una pretensión o derecho material que deban por su importancia hacerse valer.

Si consideramos como Ugo Rocco (32), que el derecho de acción tiene como contenido un "interés abstracto" o sea que cualquiera puede provocar los órganos jurisdiccionales del Estado, aún cuando en realidad no tenga un verdadero derecho material que hacer valer —debemos entender también que esa pretensión tiene que estar de acuerdo con la finalidad que persigue el ordenamiento jurídico.

J. Eduardo Couture (33), autor del Proyecto de Código de Procedimientos Civiles de Montevideo en 1945, trata de que se establezca un ambiente de honestidad en el proceso, consagrando el principio de moralidad en el debate.

Al actor le bastará demostrar que el derecho ejercitado es contrario a la finalidad social que persigue el ordenamiento jurídico, para probar que su pretensión es legítima. (34)

La jurisprudencia mexicana hasta el año de 1957, no sanciona ningún caso de abuso del derecho. (35)

(32) ROCCO, UGO.—citado por PALLARES.—Op. cit. p. 146 y s.

(33) COUTURE, EDUARDO, citado por ROJINA VILLEGAS.—Op. cit. T. V. v. 2, p. 460.

(34) RESTREPO GUTIERREZ.—Op. cit. p. 34 y s.

(35) Apéndice de la Suprema Corte de Justicia.—1917-1965. Anales de Jurisprudencia y Boletín del Instituto de Derecho Comparado.—Índices de los años I (1948) a X (1957).

CAPITULO IV

LA LEGISLACION.

- A. Países que sancionan expresamente, dentro de su cuerpo legislativo, el abuso del derecho.**
 - 1. Legislaciones con criterio intencional;**
 - 2. Legislaciones con criterio finalista y,**
 - 3. Legislaciones eclécticas.**
- B. Legislaciones que no contienen una regla general escrita que reprima el abuso del derecho, pero que son favorables a ella.**
- C. Ordenamientos jurídicos que aceptan el absolutismo de los derechos, con excepciones más o menos numerosas.**

CAPITULO IV

LA LEGISLACION

En el indeclinable intento y cada día más necesario esfuerzo, para humanizar el Derecho, encontramos el hecho palpable de que todo país trata de consignar dentro de su ordenamiento jurídico, la norma que sancione expresamente el uso abusivo de los derechos.

La mayor parte de las legislaciones han reconocido la limitación de los derechos y por lo tanto han aceptado y consagrado la teoría del abuso de los mismos, dentro de sus Códigos civiles; evitando en esta forma las discusiones doctrinales sobre la existencia de la misma. (1)

El estudio de las legislaciones extranjeras es muy valioso por los derroteros que señala y por la orientación que brinda al jurista, al magistrado y al mismo legislador (2); en esa tarea continuaremos nuestro trabajo.

Podemos afirmar, que todas las posiciones doctrinales materializan en las diferentes legislaciones, siendo las más recientes y modernas las de tendencia finalista.

Tres son los grupos que pueden formarse y que destacan, en relación con el tema que nos ocupa, con las legislaciones de los diferentes países: (3)

- A.—Legislaciones que contienen una regla general escrita, que sanciona el abuso del derecho.
- B.—Países que deducen esa teoría de algunos de los artículos de sus Códigos, sin consagrarlo expresamente como un principio general.
- C.—Ordenamientos jurídicos que aceptan el absolutismo de los derechos, con excepciones más o menos numerosas.

(1) GONZALEZ, RICARDO C.—"Abuso de los derechos".—JUS.—Revista de Derecho y Ciencias Sociales.—Tomo XIII.—Núm. 77.—Diciembre 1944.—México, D. F. p. 550.

(2) JOSSERAND.—Op. cit. p. 224 y s.

(3) NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA.—"Abuso".

No intentaremos hacer un análisis en detalle de las normas que consignan el abuso del derecho, ya que el objeto del presente trabajo es ofrecer una visión de conjunto y a grandes trazos de la evolución legislativa de la teoría que nos ocupa, aunque sí procurando que su exposición nos permita percatarnos del valor que representa el reconocimiento dentro de los textos legales de la doctrina sobre el abuso del derecho.

A.—Países que sancionan expresamente, dentro de su cuerpo legislativo, el abuso del derecho.

Para hacer más claro el estudio que nos proponemos, creemos conveniente hacer una subdivisión en la clasificación enunciada:

1.—Legislaciones con criterio intencional,

2.—Legislaciones con criterio finalista, y

3.—Legislaciones eclécticas.

1.—Legislaciones con criterio intencional.

No obstante ser la teoría del abuso de los derechos una limitación de aquellos que causan un perjuicio social, la misma, no ha podido sustraerse al influjo de la filosofía individualista iniciada en Inglaterra con la Carta Magna 1215, continuada en norteamérica en 1776 y coronada en 1789 en Francia con la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano y otras sucesivas manifestaciones de la actualidad, que impiden su reglamentación objetiva y que hacen que algunas legislaciones sigan sosteniendo un punto de vista netamente subjetivista, como lo son las que en seguida mencionaremos:

a) Código Civil Alemán.—La sistematización de la doctrina del abuso del derecho empieza con la consagración oficial que de ella hace el Código Civil Alemán (1900), en su artículo 226: "No está permitido ejercer un derecho, cuando su ejercicio no puede tener otro fin que el de perjudicar a otro". (4)

El artículo mencionado trata de evitar los perjuicios de la *chicane* (conducta que tiene por objeto causar daño a otro), que es sólo una de las variaciones del abuso del derecho, porque únicamente toma en cuenta la intención nociva. En este precepto está inspirado el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928. (5)

El artículo 226 del Código Civil alemán, se encuentra bajo el título: "Del ejercicio de los derechos y de la defensa y justicia personales". Aplica con excesiva prudencia la teoría del abuso de los derechos y deja fuera los casos en los que sin existir intención malévola, se daña el orden jurídico y social. (6)

(4) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 26 y s.

(5) IBIDEM; véase también GONZALEZ, RICARDO C.—Op. cit. p. 557.

(6) JOSSERAND.—Op. cit. p. 227 y s.

b) Código Civil Austriaco.—El Código Civil de 1811 no tenía una disposición general sobre el abuso del derecho y sólo su artículo 364 consignaba que el derecho de propiedad no puede ejercitarse en perjuicio de los derechos de tercero, sino a condición de respetar los límites fijados por la ley en interés del orden y del bien común (aquí se aprecia la limitación hecha a uno de los derechos que había sido considerado como el más absoluto de todos). El precepto citado parece ser una excepción del 1305 que a la letra dice: “Quien hace uso de un derecho dentro de los justos límites, no es responsable del daño ocasionado a otro”. (7)

En 1914, con la segunda guerra mundial y por decreto imperial del 19 de marzo de 1916, se revisa el anterior criterio y se introduce en el apartado segundo del artículo 1295, el siguiente texto: “El que cause intencionalmente un daño de una manera que lesione las buenas costumbres es igualmente responsable. No lo es si el daño ha sido causado por el ejercicio de un derecho que no tenga manifiestamente el fin de perjudicar a otro”. La aplicación tímida del abuso del derecho se hace en éste artículo en forma subjetiva.

c) Código Civil Portugués.—En Portugal el artículo 13 del Código Civil dispone: “Quien de conformidad con la ley, ejerce el propio derecho, no responde por los perjuicios que puedan resultar de ese mismo ejercicio”, y el artículo 14 preceptúa: “El que ejercitando un derecho busca un beneficio, deberá en caso de oposición ceder ante el que trata de evitar una pérdida”.

Estos artículos han tenido diversa interpretación, y algunos autores han considerado que los mismos contienen la prohibición del abuso de los derechos; otros, negando tal aseveración afirman que el artículo 13, acepta el absolutismo de los derechos y que el 14, regula la colisión de los mismos. (8)

Es posible considerar que el artículo 14 sea una excepción al absolutismo de los derechos, porque sanciona el abuso en los casos en que tratando de obtener un beneficio, una persona actúa un derecho, haciendo caso omiso de la pérdida que trata de evitarse otro. La oposición al ejercicio de un derecho, puede ser de otro derecho o de un interés que merezca protección de la ley.

d) Código Civil Español.—La Ley de Arrendamientos urbanos, texto articulado de 13 de abril de 1956, con las modificaciones introducidas por la ley de 11 de junio de 1964 y Decreto de 24 de diciembre del mismo año que aprueba su texto, dispone en su artículo 9, lo siguiente: “El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley se acomodará a las reglas de la buena fe.

(7) JOSSERAND.—Op. cit.; LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 50 y s.

(8) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—Op. cit. p. ; PLANIOL RIPERT. Op. cit. p. 796.

Los jueces y tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación, de una norma imperativa, que deberá prevalecer a todos los casos frente al fraude de la ley". (9)

En España, la jurisprudencia ha tenido una gran influencia en el desarrollo, concepto y tratamiento del abuso del derecho, ya que es dentro de ella donde se encuentran los requisitos que han de darse para que sea procedente la aplicación de la teoría enunciada. Es a partir de la sentencia del 14 de febrero de 1944 que se admite la teoría de referencia con un criterio intencional, ya que se hace alusión a que el ejercicio del derecho no debe traspasar los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad; tesis que ha sido recogida por la doctrina española de la actualidad. (10)

La doctrina ha llegado a considerar que realizando una interpretación amplia de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil de 1889 actualmente en vigor, se puede apreciar en tesis general, que no hay obligación de indemnizar los daños causados al ejercitar lícitamente un derecho, siempre que ello no pugne con las exigencias éticas del mismo. (11)

Artículo 1101.—“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas”.

Artículo 1902.—“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Existen manifestaciones aisladas de la represión del abuso de los derechos en diferentes textos como: el 171 del Código Civil, relativo a la suspensión de la patria potestad, cuando los padres traten con dureza excesiva a los hijos, y los artículos 1705 y 1706 del mismo ordenamiento, que sancionan la renuncia hecha de mala fe, de manera inoportuna e imprevista por uno de los socios.

2. Legislaciones con criterio finalista.

No obstante las innumerables reticencias teóricas y las trabas jurídicas y políticas que se han querido oponer al avance de la

(9) LEYES CIVILES ESPECIALES.—J. Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.—1965.

(10) CORDOBA GRACIA, DIEGO.—“Estudios sobre Jurisprudencia: El abuso del derecho según la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”.—Revista de derecho judicial.—Año I, No. 2. Abril-Junio 1960. Madrid, España. p. 232.

(11) IBIDEM.—p. 236; Código Civil de 1889.—Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. pp. 554 y 970.

teoría del abuso del derecho, éstas, no han podido detener el empuje que sobre ellas ha ejercitado la filosofía social, la cual se refleja en las siguientes legislaciones:

a) Legislación Rusa.—El artículo 10. del Código Civil de 1923 dispone: “Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en el caso de que sean ejercidos en un sentido contrario a su destino económico y social”. Encontramos en este precepto la tutela de un interés netamente social, al cual se subordina el interés individual. El legislador soviético se inspiró probablemente en la doctrina de León Duguit. (12)

Entiende Aguilar (13), que considerar como finalidad del derecho el destino económico y social, es dejar fuera de la consideración de la teoría del abuso del derecho, el ejercicio de éste sin utilidad para su titular y con perjuicio para otro individuo y por tal motivo, considera incompleto el artículo 10. del citado Código.—Esta crítica es injusta, porque dentro del destino social se involucra la protección a terceros; no es posible entender por ejercicio contrario al destino social, aquel que sólo causa un daño tan grande que abarca a toda la sociedad, sino también el que perjudica a un grupo o a un individuo.

Para María Antonia Leofanti (14), la dificultad que presenta aceptar el artículo referido, está en la posibilidad de que se anulen los derechos personales.

Pensamos que los derechos individuales nunca podrán ser anulados y que es evidente que los mismos quedan protegidos, al quedar garantizado el orden jurídico y social, ya que únicamente serán reprimidos en el caso de que al ejercitarlos se pase por alto la función del deber social que están llamados a desempeñar, caso en el cual es preferible esta medida a que se cause un perjuicio social.

Identificados con el artículo 10. se encuentran otros: (15)

Artículo 30.—“Es nulo el acto jurídico basado en un objeto contrario a la ley, o para violarla, lo mismo que el que tiende manifiestamente a lesionar al Estado”.

Artículo 153 relativo a la patria potestad, que previene: “Los derechos del padre se ejercitarán exclusivamente en interés de los hijos, y en el caso de ejercicio abusivo, el Tribunal tiene el derecho de privar al padre de estos derechos”.

b) Legislación Checoslovaca.—El artículo 30. del Código Ci-

(12) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—Op. cit. p. 137.

(13) AGUIAR, HENOCH D.—Op. cit. p. 117.

(14) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 52.

(15) JOSSE RAND.—Op. cit. pp. 83 y 234; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 30.

vil de Checoslovaquia de 1950 sigue la misma orientación del ruso y ordena: "Nadie debe abusar de los derechos civiles en detrimento de la colectividad". Esta sumisión de los derechos subjetivos al interés social, ha sido considerada por algunos autores como un peligro para el individuo (Planiol-Esmein, Ripert, Dabin), sin embargo, en materia de propiedad —y en todas las demás materias siempre que exista probidad en los jueces y magistrados—, no existe ese peligro, ya que únicamente se supervisará el uso de aquellos. (16)

c) Código Marroquí de las obligaciones.—El artículo 94 de dicho ordenamiento prevee: "No incurra en responsabilidad civil la persona que sin intención de dañar ha hecho lo que tenía derecho de hacer. Sin embargo, cuando el ejercicio de un derecho es de naturaleza capaz de causar a otro un daño notable y este daño puede ser evitado o suprimido sin inconveniente grave para el derechohabiente, se incurre en responsabilidad civil cuando no ha hecho lo necesario para prevenir el daño o para hacerlo cesar". Este artículo —dice Demogue (17)— tiene un contenido extenso pero muy preciso.

d) Legislación China.—El Código Civil de China (1930) contiene el texto siguiente: "El ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro". (18)

e) Código Montenegrino.—Artículo 1000: "Tu puedes tener un derecho; tu no puedes servirte de él con el único fin de causar molestia o perjuicio a otro". (19)

f) Legislación Uruguaya.—El Código Civil de Uruguay, en su artículo 1321 dispone: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable". Al comentar esta norma se puede desprender de ella, que derecho actuado con exceso es aquel que inmuta el orden social. (20)

g) Legislación Peruana.—El Código Civil de Perú en la segunda de sus disposiciones establece: "La ley no ampara el abuso del derecho". La fórmula un tanto escueta, acepta una interpretación muy amplia y no exige que en la comisión del abuso del derecho haya intención dolosa, sino le basta con que la conducta no se ajuste al fin objetivamente previsto por el orden jurídico. (21)

3. Legislaciones eclécticas.

(16) CARBONNIER.—Op. cit. p. 308.

(17) DEMOGUE. citado por LEOFANTI, MA. ANTONIA.—Op. cit. p. 51.

(18) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit.

(19) IBIDEM.

(20) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 31.

(21) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—Op. cit.; LEOFANTI, MA. ANTONIA.—Op. cit. p. 53.

Indudablemente la política internacional de los diferentes países se refleja en su legislación, así es posible comprender que los gobiernos amantes de la paz, contengan disposiciones conciliadoras, así por ejemplo:

a) Suiza.—El artículo 20. del Código Civil Suizo de 1907, contiene entre los principios fundamentales del derecho, el no abuso del mismo, en la forma siguiente: "Toda persona está obligada a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. La Ley no protege el abuso manifiesto de los derechos". Se observa que en esta legislación el criterio de la buena fe no fué suficiente para abarcar todos los casos de abuso del derecho, por lo que el segundo párrafo amplía la idea considerando también el sólo daño. (22)

b) Polonia.—El Código de las obligaciones de 1934 de la República de Polonia, en su artículo 135 instituye: "Quien intencionalmente o por negligencia ha causado un daño a otro en el ejercicio de su derecho, está obligado a repararlo si ha excedido los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido"; y el Proyecto de Código Civil Polaco, en su artículo 18 ordena: "Quien goza de un derecho contrariamente a los principios fundamentales del orden jurídico, comete un abuso de derecho y no goza de la protección de la ley". De igual modo en otro de sus artículos dispone: "El abuso del derecho, cometido conscientemente o con negligencia, que cause daño a otro, obliga a la reparación". (23)

c) Francia e Italia.—El Proyecto franco-Italiano del Código de las Obligaciones y Contratos de 1927, en su artículo 74 preceptúa: "Debe igualmente reparación aquel que ha causado un daño a otro excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho ha sido conferido". (24)

Italia tiene ya su Código Civil de 1942, pero el mismo no tiene un artículo expreso sobre abuso del derecho; en este sentido es más avanzado el proyecto a que hicimos mención.

d) Líbano, en su Código Civil de 1934, reproduce en su artículo 124 el concepto que sobre abuso del derecho establece el proyecto franco-italiano de las obligaciones. (25)

(22) JOSSERAND.—Op. cit. p. 231; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 27.

(23) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. pp. 30 y 31.

(24) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 52.

(25) RIOS AMAYA, JOSE A.—Op. cit. p. 87; LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 52.

B. Legislaciones que no contienen una regla general escrita que reprima el abuso del derecho, pero que son favorables a ella.

a) Legislación Francesa.—Francia cuya jurisprudencia es tan importante en esta materia y que marca los primeros pasos dentro de la actualización de la doctrina del abuso del derecho, carece de una disposición legal que consagre la teoría.

Los tribunales y comentaristas franceses, haciendo una interpretación amplia de los artículos 1382 y 1383, se han basado en ellos para dar entrada en el derecho positivo a la teoría del abuso, considerándola como un principio general del mismo. (26)

b) Legislación Belga.—El Código Civil de Bélgica tampoco contiene un artículo que establezca la relatividad de los derechos en una fórmula sintética, sin embargo, parcialmente en casi todas las prerrogativas que concede limita el ejercicio abusivo. Los juristas belgas entienden que abusa de su derecho quien, teniendo varias maneras de ejercitarlo, escoge sin necesidad ni utilidad la que sea más perjudicial a tercero. (27)

c) En Italia encontramos, con respecto a la teoría del abuso del derecho, la misma situación que en los ordenamientos jurídicos anteriores, pero también encontramos la idea de la relatividad en diferentes textos legales. En el Código Civil de 1865, el artículo 436 pone cortapisas al contenido del derecho de goce y al uso de la propiedad. (28)

El Código Civil italiano de 1942, no obstante aceptar la teoría del abuso de los derechos, no incluyó en su texto el artículo 74 del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y Contratos, aunque sí hace referencia a los actos de emulación en su artículo 833, por el cual regula la propiedad en interés no solo de la comunidad, sino cuando surjan problemas entre intereses privados.

En todas las ramas del derecho italiano, la figura del abuso tiene una específica aplicación, así por ejemplo: el artículo 1048, limita el uso de las corrientes hidráulicas; el artículo 1108, párrafo segundo, relacionado con la comunidad de bienes, prohíbe las innovaciones y actos que excedan de la administración ordinaria que perjudiquen el interés de alguno de los participantes; existen sanciones por abuso de la imagen ajena, de la patria potestad, de la tutela, etc. (29)

(26) JOSSERAND.—“Derecho civil”.—Op. cit. p. 325.

(27) IBIDEM.—“El espíritu de los derechos y su relatividad”. p. 236.

(28) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 29.

(29) MESSINEO, FRANCISCO.—“Manual de Derecho Civil y Comercial”.—Traducción de Santiago Sentis Melendo.—Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina.—T. I. p. 216 y s.

En opinión de Lino Rodríguez-Arias B. (30), la tutela contra el abuso del derecho no ha sido considerado como un principio general, para no comprometer la certeza del derecho objetivo y hacer incierto el ejercicio del derecho subjetivo; en éste punto hace suyo el pensamiento de Messineo. (31)

d) Legislación de los Países Escandinavos.—En ellos está prohibido legislativamente el abuso del derecho de propiedad, así como el ejercicio del derecho de rescisión unilateral de los esponeales. (32)

e) Derecho Musulmán.—El destino religioso y social que para ellos tiene el derecho, hace que se considere el abuso del Derecho, como una cuestión natural e inevitable. (33)

f) Derecho Argentino.—El estudio del abuso del derecho en la República Argentina —según María Antonia Leofanti (34), gira en torno a la hermenéutica del artículo 1071 del Código Civil que establece: “El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. A primera vista parecería que en Argentina no se acepta la represión del ejercicio abusivo de los derechos, sin embargo, otros autores (35) mencionan que de conformidad con todo el ordenamiento legal se puede aceptar la responsabilidad de las personas que hagan un uso ilimitado de los derechos, que no sólo perturban el orden social, sino los intereses de grupos e individuos.

En los Congresos de Derecho Civil de 1927 y de 1937, reunidos en Córdoba, se conceptuó el abuso de derecho tomando en cuenta el perjuicio causado, el dolo, la culpa y la mala fe (es decir, que se aceptaron todos los criterios), y el proyecto de Constitución Argentina de 1949, en su artículo 35 asienta que los derechos y garantías reconocidos por ella no “amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que llevan a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”. Los casos de ejercicio abusivo del Derecho son calificados en esta forma de ilícitos y dan lugar a la indemnización de daños y perjuicios. (36)

g) Colombia.—La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Colombia, funda su doctrina en relación con el abuso del derecho en el artículo 2341 del Código Civil, a la manera de la ju-

(30) Op. cit. p. 30

(31) MESSINEO.—Op. cit. p. 101.

(32) JOSSERAND.—Op. cit. p. 239.

(33) IBIDEM.

(34) Op. cit. p. 60 y 65.

(35) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.—Op. cit. p. 127.

(36) IBIDEM.—Op. cit. p. 135.

risprudencia francesa y lo cataloga como una forma sui generis de la culpa aquiliana. (37)

La estructuración de la teoría de que se trata es posible, gracias a la aplicación aislada que de ella se hace en algunas normas, por ejemplo en el artículo 1002 del Código Civil que permite a cualquiera cavar un pozo aunque con ello se disminuya el agua de otro, a menos que al hacerlo no reporte utilidad, o que la ventaja que pudiera obtener no pueda compararse con el perjuicio ajeno. Por otra parte el artículo 21 de la Ley 200 de 1936, ordena a los jueces de tierras tomar en cuenta en sus fallos la inspección ocular, los elementos de convicción producidos por las partes o alegatos de oficio, la persuasión racional y aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no debe protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley. (38)

La postura de Colombia en relación con el abuso del derecho, es mixta, acepta el criterio intencional y el social o finalista; no se le sitúa dentro de sus propios contornos y se la hace tributaria de otras teorías.

h) Venezuela.—De la interpretación que se haga de algunos artículos del capítulo de los actos ilícitos del Código Civil Venezolano de 1942 en vigor, se puede desprender la aceptación que en materia de obligaciones tiene la teoría del abuso del derecho, así por ejemplo: el 1217 dispone. "Todo hecho del hombre que cause daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido el daño, a repararlo", y el 1218.—"Toda persona es responsable del daño que haya causado no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o su imprudencia" y el 1221, que hace responsable al dueño de un edificio por los daños que cause la ruina de éste o por falta de reparación o vicios de construcción.

Asimismo, encontramos limitaciones a la propiedad, al usufructo, al uso de la habitación y del hogar, como ejemplo de esta última tenemos el artículo 616 que preceptúa: "Una persona no puede establecer sino un hogar, que es el suyo y si constituyere otro u otros, éstos se regirán por las disposiciones sobre donaciones".

i) Panamá.—Terminaremos esta breve descripción de las legislaciones con el Código Civil Panameño, que si bien no hace alusión expresa a la teoría del abuso del derecho, cuenta con un precepto en donde la misma se proyecta con bastante claridad,

(37) LEOFANTI, MARIA ANTONIA.—Op. cit. p. 60.

(38) RIOS AMAYA, JOSE ALFONSO.—Op. cit. p. 87 y s.

nos referimos al artículo 622, que en esencia es idéntico al 1002 del Código Civil de Colombia. (39)

C. Ordenamientos jurídicos que aceptan el absolutismo de los derechos, con excepciones más o menos numerosas.

Hasta antes de la segunda guerra mundial, las legislaciones de Inglaterra y los Estados Unidos fueron acendradamente individualistas, reconocían que los derechos pueden ejercitarse hasta agotarlos, sin que debiera oponérseles ningún obstáculo, y por lo mismo, no admitieron que pudiera abusarse de ellos y que dado el caso de que su uso pudiera causar algún daño, no se puede responsabilizar a nadie, porque tal medida impondría la inmovilidad, y la vida del hombre exige para su progreso del empleo de todos los medios al alcance del individuo. (40)

Los países a que nos referimos siguen doctrinalmente sosteniendo el absolutismo de los derechos, sin embargo, se nota en la actualidad la preocupación de limitar algunos, a saber: el de recurrir a los procedimientos legales (reprimiéndolo por medio de una ley), el de propiedad (por medio de la teoría de las **nuicances**), así como los derechos de grandes compañías; además atenúa dicho rigor la jurisprudencia, que es un instrumento elástico y flexible, y es muy posible que a esta situación se deba la falta de ejemplos en esta materia.

Intentaremos dar nuestra opinión y fijar nuestra posición, ajustándonos a la verdadera situación que guarda el problema que plantea la admisión de la teoría del abuso del derecho, según nuestra apreciación personal de lo que debería ser el ejercicio del derecho; para después hacer el estudio de la legislación mexicana.

De los tres grupos que destacan, en relación con la teoría del abuso del derecho, en la formación de las legislaciones de los diferentes países extranjeros, somos partidarios de aquellas que contienen una regla general escrita que reprime el abuso de la ley. Consideramos este hecho como un avance, de lo contrario, la situación en relación con nuestro tema no encontraría ninguna diferencia en relación con el romano, en donde como hemos visto, aún sin contener un principio general en relación con la teoría del abuso del derecho y a pesar de sus contradicciones, se castiga aisladamente y con preferencia la intención maligna que causa daño a otro sin provecho para su autor y esporádicamente sanciona, el simple ejercicio de un derecho en beneficio del titular y en perjuicio de un tercero.

(39) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 31.

(40) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.—"Derecho Civil Mexicano".—Antigua Librería Robredo.—México, D. F. 1960. T. V. Vol. II. p. 457.

Dentro de la subdivisión de las legislaciones que tienen una regla general escrita en relación con el abuso del derecho, se puede observar que las finalistas, son las más recientes, modernas y atinadas, pues reflejan en sus normas la necesidad que se siente en la actualidad de objetivisar el derecho. Es indudable que todas las prerrogativas tienen un fin social que realizar y que es conforme a esa finalidad que deben actuarse, de lo contrario, al hacer uso de ellas en forma egoísta, se corre el riesgo de **desquebrajar** el orden jurídico. Con esta medida de ninguna manera se cohibe la actividad personal, ni desaparecerán los derechos subjetivos, sino únicamente se obligará a utilizarlos en forma más humana.

Consideramos que la teoría estudiada es un puente de unión entre el derecho legislado en forma precisa y el que únicamente generaliza y permite su mal uso, y que desde le momento en que la situación particular que ha dado lugar al abuso se regule en forma de norma clara y específica, su violación dará lugar a un hecho ilícito. El abuso del derecho es una fuente especial de obligaciones, en el que no interviene culpa ni riesgo, y en donde la norma específica, redactada en forma tan general, no permite percibir el espíritu socializador que anima todo el Derecho.

CAPITULO V

LA LEGISLACION MEXICANA

CAPITULO V

LA LEGISLACION MEXICANA

El derecho positivo mexicano, a través de su Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y las legislaciones de los Estados que lo han seguido, introducen normas de orientación social a diferencia de los anteriores, e incorporan a su seno la teoría del abuso del derecho que no contaba con un precepto específico en el Código de 1884. (1)

La Comisión redactora del citado Código se inspiró en esta materia en el artículo 226 del Código Civil alemán y en la teoría de Bonnet, sistematizando el abuso en el Capítulo V del Libro Cuarto, bajo el título "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", artículo 1912 que a la letra consigna: "Cuando al ejercer 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". (2)

Es criticable que se hable de obligaciones que nacen de actos ilícitos, ya que siguiendo la teoría francesa que adopta nuestro código, la conducta humana ilícita, no puede estimarse como acto jurídico, pues quien viola una ley o una norma previa, no desea y espera las consecuencias, por lo tanto, la conducta ilícita de una persona, es un hecho jurídico. (3)

Hecho ilícito Civil es la acción u omisión contraria a una ley de orden público o a las buenas costumbres (4), por lo mismo, algunos autores (5) consideran que la colocación del artículo 1912 es contraria al contenido del capítulo en que se encuentra, ya que

(1) GONZALEZ, RICARDO C.—Op. cit. p. 257.

(2) BORJA SORIANO, MANUEL.—Op. cit. p. 435.

(3) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.—Op. cit. p. 398.

(4) El artículo 1910 del Código Civil vigente ordena: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

(5) GOMIS SOLER, JOSE.—"Derecho Civil Mexicano".—Teoría general de las obligaciones.—México, 1944.—p. 416 y s.

si se ejercita un derecho es porque el mismo es lícito y nunca podrá ser un hecho ilícito.

Apegándose a la lógica jurídica, el maestro García Maynez (6) formula distintos axiomas que en seguida referiremos:

- 1.—“Lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.
- 2.—Lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido.
- 3.—Ninguna conducta puede hallarse, al propio tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida.
- 4.—La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida.
- 5.—Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.
- 6.—Lo que estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse”.

Debe considerarse que la conducta permitida es lícita y la prohibida es ilícita. (7)

Una consecuencia del tercer principio será: “El que ejercita su derecho, no puede abusar de él”. Si al ejercitar un derecho, se comete un abuso, tal conducta sale del ámbito de lo permitido y pasa al de lo ilícito; no puede considerársele como ejercicio de un derecho, por que si así se hiciera, se caería en la contradicción de afirmar que lo que está permitido, al propio tiempo está prohibido. Una conducta sólo puede estar prohibida o permitida. (8)

Con base en las consideraciones anteriores podemos afirmar que la conducta abusiva no se encuentra implícita en la facultad concedida por el derecho, el cual no ha sido otorgado ni establecido sino en los límites a que obliga el respeto al interés de tercero. Ocurre sin embargo, frecuentemente, que esos límites no están determinados de manera clara y absoluta, lo que puede dar lugar a que el titular del derecho subjetivo los trasponga, ocasionando un perjuicio social, caso en el cual se requiere de la intervención del juez para que determine si tal conducta es lícita o abusiva; a cuyo efecto deberá tomar en cuenta el espíritu que anima el orden jurídico de cada país, pues en cada caso para considerar si existe abuso del derecho debe tomarse en cuenta el carácter absoluto o relativo que el sistema en cuestión reconoce al ejercicio de los derechos.

En nuestro derecho para considerar a una conducta como abu-

(6) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.—“Introducción a la Lógica Jurídica.—Primera edición.—Fondo de Cultura Económica.—México-1951. p. 234 y s.

(7) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.—Op. cit. T. V. vol. II, 1960.—p. 490.

(8) GARCIA MAYNEZ.—Op. cit. p. 235.

siva, debemos examinar si viola o no el espíritu que anima al Código Civil, el cual es caracterizado por su creador en la exposición de motivos del mismo como un "Código Privado Social"; no podemos olvidarnos de la tendencia socializadora del Código porque como dice Josserand, al derecho no debe únicamente considerársele aisladamente en una norma, sino en su conjunto, como **juridicidad**, ya que sólo en esta forma se puede entender la teoría de que nos ocupamos.

En el hecho ilícito, la ley sí ofrece una regla clara que permite distinguir la zona de frontera de las prerrogativas; en cambio en el abuso del Derecho no existe esa regla precisa y tal vez en algunas ocasiones no existe ninguna reglamentación de las conductas y como "todo lo que no está prohibido está permitido", se propicia el abuso; así por ejemplo, la no fijación de los arrendamientos mediante tarifa, hace posible la determinación unilateral por parte de los propietarios, que al no encontrar limitación pueden establecer cantidades que resulten desproporcionadas ateniendo al valor real de la localidad que alquilan. El hecho abusivo se convertirá en ilícito, cuando se cree una regla específica y clara que substituya a aquella que era general y sin fronteras.

El abuso del derecho presenta además, una característica diferente de los otros casos de responsabilidad que consigna nuestro Código Civil, ya que se puede presentar aún sin la intención de causar daño, ni por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias en sí mismos peligrosas, sino tan solo por ejercitar una prerrogativa en forma que cuase daño socialmente.

El Código Civil mexicano de 1928 incorpora normas de orientación social, que se encuentran íntimamente relacionadas con la teoría del abuso del derecho, tales son, los artículos 16 y 17. Dice el primero de ellos: "Los habitantes del Distrito y Territorios Federales, 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"; y el segundo "Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación". (9)

El artículo 16, junto con el 840 que se encuentra en el título relativo a la propiedad, y el 1912 que se le localiza en el capítulo de los hechos ilícitos; como tratan de la misma materia, o sea del abuso del derecho, se les debiera reglamentar en forma conjunta, y

(9) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.—Op. cit. p. 31.

ser redactados con base en un principio inspirador más humano, más social.

Puede considerarse al abuso del derecho como una fuente autónoma generadora de obligaciones y por lo tanto crearle un capítulo especial que debiera colocarse junto al capítulo III "Del enriquecimiento ilegítimo, en esta forma se evitaría también la doble regulación del abuso en el campo contractual y extracontractual y se podría concentrar en él la sistematización que en esta materia existe en diversas partes del Código.

La colocación del artículo 1912, dentro de los hechos ilícitos, puede decirse que es errónea, ya que el abuso del derecho no es ni lícito ni ilícito, sino solamente abusivo y que para que tal acto sea considerado como tal, se precisa de la actuación del juez que es el único que podrá determinarlo.

El concepto de abuso del derecho, es un fenómeno transitorio, pero en continuo desarrollo. (10) Mientras no se pueda expresar en forma exacta hasta donde llega el derecho de cada uno, seguirá existiendo el abuso y como el legislador no puede prever todas las posibles conductas y además sería un trabajo agotador e inmenso el de asentar todas las formas en que puede usarse una norma, se seguirá precisando de la intervención del juez, a fin de no dejar de prestar justicia.

El que haciendo uso de una prerrogativa concedida por una norma cause un daño social, abusa de su derecho y está obligado a la reparación del mismo.

Continuando el estudio de nuestra legislación, encontramos que al igual que en otros derechos, el nuestro ha aplicado en casos particulares la teoría del abuso del derecho; así encontramos que el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales contiene las siguientes disposiciones:

a) Respecto a las donaciones antenuptiales entre esposos, el artículo 221 dispone que aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso la donación será iníficosa.

b) En materia de propiedad, el propietario ejercerá su derecho con las limitaciones que fijen las leyes (artículo 830); al hacer uso de su propiedad, evitará el perjuicio a terceros, sin utilidad para él (artículo 840); y no podrá utilizar su derecho en forma peligrosa o nociva, si no se guardan las precauciones necesarias (artículos 845 y 846).

(10) ROTONDI, MARIO.—"Instituciones de Derecho Privado".—Traducción por Francisco F. Villavicencio.—Editorial Labor, S. A.—Barcelona, Madrid, Buenos Aires, México, Montevideo.—1953.—p. 98 y s.

d) El artículo 1913 responsabiliza a la persona que hace uso de mecanismos, aparatos o sustancias peligrosas.

e) En materia de compra-venta se limita el derecho de exigir el precio de las bebidas, cuando su venta fué hecha al fiado en la cantida (artículo 2268).

En general se reprime el uso de los derechos, cuando los mismos perjudican a la sociedad.

Por su parte, las legislaciones de los Estados, siguen la posición subjetiva que adopta el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; encontrando, sin embargo, interesantes brotes más objetivos en algunos Códigos Civiles estatales, a saber:

En Nuevo León: artículo 384.—“El propietario o el inquilino de un predio, tienen derecho de ejercer las acciones que procedan para impedir que por el mal uso de la propiedad del vecino, se perjudiquen la seguridad, el sosiego o la salud de los que habiten el predio”.

También el Código Civil de Zacatecas en su artículo 920, identificado con el 937 del de Morelos y el 1001 de Sonora, dispone:

“La propiedad es un derecho real que otorga a una persona el poder jurídico de usar, gozar y disponer de una cosa, pero dentro de las limitaciones y con arreglo a las modalidades que fijen las leyes.

El propietario está obligado a ejercitar sus derechos cuando por falta de ejercicio de los mismos se causen algún daño o algún perjuicio a tercero, o a la colectividad. El Estado puede imponer las modalidades o formas de ejercicio de los derechos de propiedad que el interés público reclame, cuando los bienes permanezcan ociosos o improductivos, o cuando el propietario ejerza sus derechos de modo notoriamente discordante o contrario a la naturaleza o destino de los bienes”.

El Código Civil de Veracruz ordena en su artículo 867 lo siguiente: “El que tiene la propiedad de una cosa puede gozar y disponer de ella; pero tal aprovechamiento sólo es lícito en cuanto se hace de acuerdo con los intereses de la sociedad”.

Después de la anterior exposición, nos resta hacer el estudio del artículo 1912 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que exige como elementos del abuso, los siguientes:

- 1.—Ejercicio de un derecho;
- 2.—Intención de causar daño y,
- 3.—Inutilidad del acto para su autor.

Interpretando el artículo en cuestión, resultaría que, la actuación de una norma general con intención de causar daño, si produce utilidad a su autor, no responsabiliza a éste. Resulta absurdo

exigir el tercer elemento, cuando se trate de un hecho doloso o culposo. Al exigir el citado precepto la intención de dañar sólo se refiere al dolo, de tal suerte que en el caso de culpa (inutilidad de esa actividad), no habrá responsabilidad civil por el daño causado. (11)

Para evitar confusiones, sería necesario adoptar otra fórmula más correcta, que sea más objetiva y no recurra al concepto de dolo o culpa. En este sentido y tomando en cuenta el espíritu socializador de nuestro orden jurídico, es mejor la norma que sobre abuso del Derecho contiene el Código Civil ruso en su artículo 10., que se puede generalizar así: "Los derechos subjetivos gozarán de la protección de la ley sólo en los casos en que se ejerciten conforme a sus fines sociales" (12).

En su Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales, el maestro Rojina Villegas (13), considera indispensable ampliar los artículos que sobre el abuso del derecho se establecen en ese ordenamiento jurídico, de manera especial el 16, el 840 y el 1912, en la forma siguiente:

Artículo 16.—"Los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales tienen la obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, no sólo en forma que no perjudiquen a la colectividad, sino también de manera que redunde en beneficio de la misma, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas, sin perjuicio de incurrir, además, en responsabilidad civil para reparar el daño causado en los términos de los artículos 840 y 1912. También tienen la obligación de ejercer sus derechos, de usar y disponer de sus bienes, cuando por el no ejercicio, uso o disposición, se cause un perjuicio general o se impida un beneficio colectivo".

"Limitaciones al dominio.—Artículo 840: El propietario no puede realizar actos que solo tengan por objeto molestar o causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario. Si lo hiere, pagará los daños y perjuicios que cause".

"Abuso del derecho.—Artículo 1912: Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, habrá obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejerció a fin de causar el daño".

Es muy atinada la reforma propuesta al artículo 16, en el sentido de que el ejercicio de las actividades y el uso de los bienes debe

(11) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.—Op. cit. p. 481 y s.

(12) IBIDEM.—p. 486.

(13) IBIDEM.—"Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales".—México, 1967.

redundar en beneficio de la colectividad y el mismo sentido deberían tener los artículos 840 y 1912.

El propietario no debe utilizar actos que causen perjuicios a la colectividad, sino debe actuar en beneficio de ella y si por ejercitar sus actividades en esta forma deja de percibir una utilidad, no debe permitirsele ninguna acción, ya que en este caso el bien mayor es la sociedad y no el interés particular.

El abuso del derecho es el ejercicio de una prerrogativa concedida por la ley, que causa un perjuicio social.

Por otra parte puede considerarse el abuso del derecho, como un conflicto o discrepancia del concepto de justicia y por tanto un problema de filosofía del derecho (14).

CONCLUSIONES.

1. La historia nos demuestra como el derecho romano consideró como abuso, el ejercicio de una prerrogativa sin beneficio para su titular, que causa daño a otro.
2. En principio, todas las normas jurídicas son susceptibles de abuso.
3. Las normas que no obstante permitir una actuación, no señalan límites de la misma, son el campo donde se propicia el abuso.
4. La teoría del abuso del derecho en sus tres concepciones objetiva, subjetiva y mixta, tiene numerosos partidarios entre la doctrina actual.
5. Entre las teorías que estudian el abuso, el criterio objetivo de la funcionalidad del derecho, es el más moderno y acertado.
6. En nuestra legislación el abuso del derecho requiere de la culpa y de la inutilidad.
7. La postura de nuestro Código Civil en esta materia, es contraria a la motivación socialista de la vida actual.
8. Debe considerarse que el abuso del derecho es una fuente de responsabilidad autónoma.
9. El abuso del derecho no es un hecho ilícito, porque éste es violación de una norma cuyos límites son precisos y requiere forzosamente de la culpa, lo que no ocurre tratándose del primero.
10. Nuestra legislación debe adoptar un criterio funcional del abuso del derecho.
11. El aspecto social y humano que introduce esta teoría, debe penetrar también en el contenido de los artículos 16, 840 y 1912.
12. Proponemos la siguiente redacción para el artículo 1912: El que haciendo uso de una prerrogativa concedida por una norma cause un daño a otro, abusa de su derecho y está obligado a la reparación, si se demuestra que el mismo se ejercitó en contra de la función social que le es propia.
13. El abuso del derecho merece un capítulo especial dentro de nuestro Código Civil, que debiera ser colocado junto al enriquecimiento sin causa.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS.

- AGUIAR, Henoch.—“Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”.—Tipográfica editora,—Argentina, Buenos Aires.—1950, Tomo II.
- ARIAS RAMOS J.—“Derecho Romano”.—Editorial Revista de Derecho Privado.—7a. edición.—Madrid España.
- BODENHEIM, Edgar.—“Teoría del derecho”.—Fondo de cultura Económica.—3a. edición en español.—México, Buenos Aires, 1964.
- BONNECASE, Julien.—“Elementos del derecho civil”.—Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr.—Editorial José M. Cajica Jr.—Puebla, Pue. 1945.
- BORJA SORIANO, Manuel.—“Teoría general de las obligaciones”.—Editorial Porrúa, S. A.—México, D. F.—1963.
- CAPITANT, Henri.—“De la causa de las obligaciones”.—Traducción de Eugenio Tarrogato y Contreras.—Casa editorial Góngora.—Madrid, España.—1922.
- CARBONNIER, Jean.—“Derecho civil”.—Traducción de la 1a edición francesa por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz.—Bosch, Casa editorial, Barcelona, España.—Tomo II vol. I.—1960.
- CHEHATA, Chafik.—“La theorie de l'abus de droits chez les juriconsultes musulmans” en: Instituto Italino di Studi Legislative.—Actorum acadamiæ universalis jurisprudentia.—Roma.—Ministerio de Grazia e Giustizia.—1953.—Vol. III pars. 3.
- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José.—“Instituciones de Derecho Procesal Civil”.—6a. edición.—Editorial Porrúa, S. A.—México, D. F.—1963.
- DUGUIT, León.—“Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”.—Traducción de Carlos G. Posada.—Francisco Bertán, Librería española y extranjera.—Madrid, España.

- ENNECCERUS, Ludwig.**—“Derecho de obligaciones”.—Traducción a la 35a. edición por Blas Pérez González y José Alguer.—Librería de Bosch.—Barcelona, España.—1933.—T. II. Vols. 10. y 20.
- FRAGA, Gabino.**—“Derecho administrativo”.—6a. edición.—Editorial Porrúa, S. A.—México, 1955.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo.**—“Introducción a la lógica jurídica”.—1a. edición.—Fondo de Cultura económica.—México 1951.
—“Introducción al estudio del derecho”.—Ediciones Porrúa, S. A. México, D. F.—1963.
- GOMIS SOLER, José.**—“Derecho civil mexicano”.—Teoría General de las obligaciones.—México, D. F. 1944.
- GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, Francisco.**—“Introducción a los problemas de la filosofía del derecho”.—Ediciones Botas.—México, D. F.—1956.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.**—“Derecho de las obligaciones”.—Editorial Cajica.—Puebla, Pue.—México, 1965.
- JORS, Paul.**—“Derecho privado romano”.—Edición totalmente refundida por Wolfgang Kinkel.—Traducción a la 2a. edición alemana por L. Prieto Castro.—Editorial Labor, S. A.—Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, México, Montevideo.—1965.
- JOSSERAND, Louis.**—“Derecho civil”.—Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola.—Ediciones Jurídicas Europa América.—Bosch y Cía. editores. Buenos Aires, Argentina.—1950.—T. II. Vol. I.
—“El espíritu de los derechos y su relatividad” (Teología Jurídica).—Traducción por los Lics. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr.—Puebla, Pue.—México.—1946.
- KOVALIOV, S. I.**—“Historia de Roma”. Traducción del italiano por Marcelo Ravoni.—Editorial Futuro, S. R. L.—Buenos Aires, Argentina.—1960.—Parte 2a. Vol. II.
- MAZEAUD, Henri, León y Jeand.**—“Lecciones de derecho civil”.—La responsabilidad civil.—Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo.—Ediciones jurídicas Europa América.—Buenos Aires, Argentina.—1960.—Parte 2a. Vol. II.
- MESSINEO, Francisco.**—“Manual de derecho civil y comercial”.—Traducción de Santiago Sentis Melendo.—Ediciones jurídicas Europa América.—Buenos Aires, Argentina.—T. I.
- NIBOYET, J. P.**—“Derecho internacional privado”.—Traducida y adicionada por Andrés Rodríguez Ramón.—Editora Nacional.—México, D. F.—1959.

- OLIVERA TORO, Jorge.**—“Manual de derecho administrativo”.—Primer Trimestre.—Editorial jurídica mexicana.—México, D. F.—1963.
- PALLARES, Eduardo.**—“Derecho procesal civil”.—Editorial Porrúa, S. A.—México, 1965.
- PARFENTIEFF.**—“La theorie de l'abus du droit chez les jurisconsultes musulmans de rite malekite”.—Istituto Italino di Studi Legislativi.—Actorum academiae universalis jurisprudentiae comparative. Roma. Ministerio de Grazia e Guisrizia. 1953.
- PETIT, Eugene.**—“Tratado elemental de derecho romano”.—Traducción a la 9a. edición francesa por Dn. José Fernández González.—Editora Nacional.—México, D. F.—1953.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge.**—“Tratado práctico de derecho civil francés”.—Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz.—Editora Cultural, S. A.—La Habana, Cuba.—1942.
- PLANITZ, Hans.**—“Principios de derecho privado germánico”.—Traducción de Carlos Melon Infante.—Bosch, Casa Editora.—Barcelona, España.—1957.
- ROJINA VILLEGA, Rafael.**—“Derecho civil mexicano”.—Antigua Librería Robredo.—México, D. F. 1960.—T. V. vol. II.
—“Proyecto de reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales”.—México, 1967.
- ROTONDI, Mario.**—“Instituciones de derecho privado”.—Traducción por Francisco F. Villavicencio.—Editorial Labor, S. A.—Barcelona, Madrid, Buenos Aires, México, Montevideo.—1953.
- SCIALOJA, Vittorio.**—“Procedimiento civil romano”.—Traducción de Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redin.—Ediciones Jurídicas Europa América.—Buenos Aires, Argentina.—1954.
- SERRA ROJAS, Andrés.**—“Derecho Administrativo”.—2a. edición. Librería de Manuel Porrúa, S. A.—México, D. F.—1961.
- SOHM, Rodolfo.**—“Instituciones de derecho privado romano”.—Traducción de Wenceslao Roces.—México, D. F. 1951.

ARTICULOS.

- ALVAREZ, Víctor Manuel.**—“El individualismo del Código Civil y la orientación moderna en el ejercicio del Derecho. Los hechos ilícitos. El abuso del Derecho y la reparación del daño moral.—Revista del Colegio de abogados del Estado de Zulia.—Año 7. Núms. 80 al 83.—Febrero-Mayo.—1942. Maracaibo, Venezuela.
- ARCENEGUI Y CARMONA, Isidro de.**—“Aportaciones del derecho canónico a la ciencia jurídica”.—Información Jurídica.—Ministerio de Justicia.—Comisión de legislación extranjera.—No. 80. Enero 1950.—Madrid, España.

- CLEMENTE ARRAIZ, Rafael.—“El abuso del derecho”.—Revista del Ministerio de Justicia.—Año XI-No. 40.—Enero-Febrero-Marzo 1963.—Venezuela.
- CRABB, John H.—“The french concept of abuse of rights”.—(Traducción al español).—Inter-American Law Riview.—Vol. 6 No. 1.—1964.—January-June.—New Orleans, La.
- CORDOBA GARCIA, Diego.—“Estudios sobre jurisprudencia: El abuso del Derecho según la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.—Revista de Derecho Judicial.—Año I. No. 2. Abril-Junio. 1960, Madrid, España.
- DASSEN, Julio.—“De la juirisdictio del pretor al abuso del derecho”.—Revista jurídica de Buenos Aires.—Núm. IV Octubre-Diciembre 1960.—Buenos Aires, Argentina.
- DE LA VEGA BENAYAS, Carlos.—“Daños y perjuicios por abuso en el ejercicio formal de los derechos procesales”.—Revista de Derecho Judicial.—Año I. No. 3.—Julio-Septiembre 1960.—Madrid, España.
- GARCIA MINGE Y MARTIN, Jacinto.—“El abuso de derecho en el recurso de suplicación”.—Revista de Derecho Privado.—Julio-Agosto.—1962.—Madrid, España.
- GATTI, Edmundo.—“Abuso del Derecho”.—Síntesis y conclusiones de un análisis jurisprudencial.—Lecciones y ensayos.—No. 18. 1960.—Buenos Aires, Argentina.
- GONZALEZ, Ricardo C.—“Abuso de los derechos”.—JUS.—Revista de Derecho y Ciencias Sociales.—Tomo XIII.—Núm. 77.—Diciembre, 1944.—México, D. F.
- LAQUIS, Manuel A.—“Abuso del derecho y conflictos de derechos”. Lecciones y ensayos.—Facultad de derecho y ciencias sociales.—No. 7, 1958.—Buenos Aires, Argentina.
- LEOFANTI, María Antonia.—“Abuso del derecho”.—Revista de ciencias jurídicas y sociales.—Año IX (3a. época) Núm. 41—1944.—Año IX (4a. época) Núm. 42-43/1944.—Santa Fe, República Argentina.
- LOSADA COSMES, Roque.—“Reformas legislativas en la historia de la Iglesia”.—Estudios de Deusto.—Vol. VIII. Fasc. I No. 17.—Enero-Junio, 1961.—Bilbao, España.
- MENDOZA DIEZ, Alvaro.—“Filosofía del abuso del derecho”.—Estudios jurídicos.—Centro de estudios jurídicos.—Año I. No. 1.—Diciembre 1958.—Cuzco, Perú.
- MONTARCE LASTRA, A.—“La voluntad individual y el límite de las incapacidades de derecho”.—Revista de Ciencias jurídicas y Sociales.—Año XII (3a. época) 1949.— Nos. 58-59.—Santa Fe, República Argentina.

- PALLARES, Eduardo.—“Leyes de las Siete Partidas”.—Foro de México.— No. 83. 1o. de febrero de 1960.—México, D. F.
- PARDO LOPEZ, José Luis.—“El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos”.—Revista de derecho privado.—Enero, 1964. Madrid, España.
- PARRY, Enrique.—“Daños y perjuicios.—Abuso del derecho.—Desalojo-Mejoras”.—La Ley.—Buenos Aires, Argentina.—Jueves 10 de junio de 1943.
- PECCORINI LETONA, Francisco.—“Los fundamentos últimos de los derechos del hombre. Justicia, moral y obligación”.—Edición del Ministerio de Educación.—Dirección General de Publicaciones. San Salvador, El Salvador, C. A.—1964.
- POPESCO RAMNICEANO, René M.—“El silencio creador de obligaciones y el abuso del derecho”.—Revista General de Derecho y Jurisprudencia.—Año II. Nos. 2 y 3.—Abril-Septiembre, 1931. México, D. F.
- PUIG BRUTAU, José.—“Los conceptos de “relaciones de vecindad”, “responsabilidad por acto ilícito” y “abuso de derecho”, vistos a través de sentencias del Tribunal Supremo Español y de los Tribunales de los Estados Unidos”.—Revista del Instituto de Derecho Comparado.—No. 1.—Julio-Diciembre, 1953. Barcelona, España.
- RESTREPO GUTIERREZ, Francisco de P.—“Abuso de derecho en las Potestades familiares”.—Revista Internacional del Notariado.—Año 12. No. 48.—4o. trimestre.—1960.—Madrid, España.
- “Criterios para determinar el abuso del derecho”.—Estudios de derecho.—Año XXII.—Vol. XX.—No. 60. Septiembre 1961. Medellín, Colombia.
- “El abuso del derecho como fuente de responsabilidad”.—Estudios de derecho.—Vol. XXI.—No. 61.—Marzo 1962.—Medellín, Colombia.
- RIOS AMAYA, José Alfonso.—“El abuso del derecho”.—Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.—No. 442.—Mayo Junio 1957.—Bogotá, Colombia.
- 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.— T. IV.—Núm. 16, Octubre-Diciembre, 1954.
- RUIZ-GALLARDON, Rafael.—“El abuso del derecho en la nueva ley de arrendamientos urbanos.—Anuario de derecho civil.—Tomo IX.—Fascículo IV.—Octubre-Diciembre, 1956.—Madrid, España.
- “Sic utere iure tuo, neminem laedit, debes usar de tu derecho de modo que no perjudiques al ajeno”.—Revista de derecho español y americano.—Año II.—No. 5.—Enero-Febrero. 1957.

DOCUMENTOS.

CORPUS JURE CIVILE.
LIBER JUDICUM O FUERO JUZGO.
LEYES DE LAS SIETE PARTIDAS.
FUERO VIEJO DE CASTILLA.
FUERO REAL.
LEYES DE TORO.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.—“Abuso del Derecho”. Editorial Bibliográfica Argentina.—Tomo I. y “Partida”, Tomo XXI.
NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—“Abuso del derecho”.—Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas.—Francisco Seiz, Editor.—Barcelona, España, T. II.
DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.—“Abuso del derecho.”—Editorial Labor, S. A.—Barcelona, España.

CODIGOS.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. 1928.
CODIGO CIVIL DE ESPAÑA. 1889.
LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE ESPAÑA, texto articulado de 13 de abril de 1956, con las modificaciones introducidas por la ley de 1 de Junio de 1964.—LEYES CIVILES ESPECIALES: J. Santos Briz.—Editorial Revista de Derecho Privado.—Madrid, España, 1965.
CODIGO CIVIL DE ITALIA.—1942.
CODIGO CIVIL DE VENEZUELA.—1942.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE CHIAPAS.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE DURANGO.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.
CODIGOS CIVILES DE LOS ESTADOS DE MEXICO, GUERRERO Y NAYARIT.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE NAYARIT.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE SINALOA.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE SONORA.

**CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE TLAXCALA.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE YUCATAN.
CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE ZACATECAS.**

JURISPRUDENCIA.

**APENDICE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.—1917-1965.
ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETIN DEL INSTITUTO
DE DERECHO COMPARADO.—Indices de los años I (1948)
& X (1957).**

S U M A R I O .

	Pág.
CAPITULO I.—LA HISTORIA	11
A. En la Antigüedad	13
1. Derecho Romano	
B. En la Edad Media	19
1. La doctrina de la <i>aemulatio</i> en Roma	
2. Los derechos canónico, germánico y musulmán	20
a) Derecho canónico	20
b) Derecho germánico	22
c) Derecho musulmán	24
3. El derecho español en la alta edad media	27
4. El derecho de costumbres francés	29
C. Fase totalmente negativa	30
1. De la Revolución Francesa a fines del siglo pasado	
D. En la actualidad	31
1. Decadencia del individualismo y supremacía del colectivismo	
 CAPITULO II.—LA DOCTRINA	 33
A. Abuso del derecho en la doctrina jurídica.—Planteamiento del problema	35
1. Problema del reconocimiento de los derechos subjetivos ..	36
2. Doctrinas que niegan validez a la teoría del abuso del derecho	39
a) Críticas de forma.—Réplica	39
b) Críticas de fondo.—Réplica	44
3. Doctrinas que aceptan la teoría	48
a) Teorías subjetivistas.—Concepción clásica	48
b) Teorías objetivistas.—Concepción moderna	51
c) Teorías mixtas o intermedias	54
4. Concepto y naturaleza jurídicos	55
B. Distinción del abuso del derecho de otras nociones	56
1. Hecho ilícito y acto abusivo	57
2. Abuso del derecho y riesgo creado	57
3. Abuso del derecho y fraude a la ley	57
4. Desvío de poder y abuso del derecho	58
5. Colisión de derechos, conflicto de intereses y abuso del derecho	59
6. Acto emulativo y abuso del derecho	59
7. Cuasidelito y abuso del derecho	60

CAPITULO III.—LA JURISPRUDENCIA	61
A. Jurisprudencia absolutista	64
1. Inglaterra y los Estados Unidos	
B. Jurisprudencia limitativa	66
1. Resto de los países del mundo	
2. Aplicaciones	
a) Potestades familiares	66
10. Patria Poestad.	
20. Potestad marital.	
30. Derecho del cónyuge inocente sobre las ganancias adquiridas por el otro, después de la sentencia de divorcio.	
b) Facultades del tutor	68
c) Derecho de propiedad	68
d) Derechos que nacen de un contrato	69
10. Abuso en el período pre-contractual.	
20. Abuso en la conclusión de los contratos.	
30. Abuso en la disolución de los contratos.	
40. Abuso en la ejecución de los contratos.	
50. Abuso en el período post-contractual.	
e) El contrato accesorio de hipoteca	71
f) Derechos procesales	71
CAPITULO IV.—LA LEGISLACION	73
A. Países que sancionan expresamente, dentro de su cuerpo legislativo, el abuso del derecho	76
1. Legislaciones con criterio intencional	76
2. Legislaciones con criterio finalista	78
3. Legislaciones eclécticas	80
B. Legislaciones que no contienen un regla general escrita que reprima el abuso del derecho, pero que son favorables a ella	82
C. Ordenamientos jurídicos que aceptan el absolutismo de los derechos, con excepciones más o menos numerosas	85
CAPITULO V.—LA LEGISLACION MEXICANA	87
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFIA	99