

778



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**EL USO ABUSIVO DEL DERECHO COMO GENERADOR  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CODIGO CIVIL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

**TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA**

**CARLOS ILICH RIOS FIGUEROA**



**ASESOR**

**LIC. JORGE ANTONIO IBARRA RAMIREZ**

**MEXICO, D. F.**

288251

2004



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.

**Jorge Antonio Ibarra Ramírez  
Licenciado en Derecho**

**DR. IVAN LAGUNES PEREZ  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.  
P R E S E N T E.**

Muy Distinguido y estimado Señor Director:

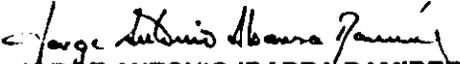
El alumno **CARLOS ILICH RÍOS FIGUEROA**, elaboró bajo mi dirección su Tesis de licenciatura denominada "**El Uso Abusivo del Derecho como Generador de Responsabilidad Civil en el Código Civil para el Distrito Federal**", misma que pretende someter a sínodo para aspirar al Título de Licenciado en Derecho.

Después de haber revisado el presente trabajo de investigación que abarca aproximadamente 176 cuartillas y que consta de cinco capítulos, así como se sintetiza en catorce conclusiones, destacándose más adelante la bibliografía, diccionario, legislaciones consultadas y un apéndice, habiendo sido atendidas las correcciones sugeridas, le informo que en mi concepto reúne los requisitos que señalan los reglamentos respectivos para este tipo de investigaciones, por lo cual me es grato otorgarle por este conducto mi voto aprobatorio.

Al efecto me permito acompañar al presente la tesis citada para que previa revisión por el Seminario a su muy digno cargo, de no haber inconveniente, le suplico haga la autorización correspondiente, para que la misma sea impresa para que su autor sustente el examen profesional respectivo.

Muy Distinguido Maestro, Permitame felicitarlo cordialmente porque los trabajos que se elaboran en este Seminario y que usted supervisa, son de tal calidad que mantienen enhiesta la efigie de la Facultad de Derecho y de la Universidad Nacional Autónoma de México.

**ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"  
CD. UNIVERSITARIA, 27 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2000.**

  
**LIC. JORGE ANTONIO IBARRA RAMÍREZ**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

No. 049/2000

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,  
P R E S E N T E .

El alumno CARLOS ILICH RIOS FIGUEROA, elaboró en este Seminario bajo la asesoría del Lic. Jorge Antonio Ibarra Ramírez, la tesis denominada "EL USO ABUSIVO DEL DERECHO COMO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL", que consta de 176 fojas útiles.

La tesis de referencia satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D.F., 30 de Noviembre del 2000

DR. IVAN LAGONES PERDOMO  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

ILP'egr.

## **AL SER SUPREMO**

Gracias por TODO, eres causa, medio y fin del universo.  
A todos los guerreros de Acuario y a S.A. W. su guía.

## **A MI ESPOSA ESTELA**

Te dedico ésta tesis mi amor, por todo tu apoyo y comprensión, eres mi sol  
Que ilumina mi vida y da sentido a mi existencia....el ave fénix resurgirá  
De sus cenizas...tu sabes. Sonríe y buscando tu paz interior serás feliz.

## **A MIS PADRES**

Papá y mamá sin su ayuda esta tesis no hubiera sido posible y por todo lo demás.  
Que Dios les permita ver realizado un esfuerzo que comparto con ustedes.

## **A LA UNAM:**

Al pueblo de México porque sin sus impuestos no podría haber estudiado en sus aulas.  
Me siento orgulloso de ser de la Facultad de Derecho, me he preparado con esmero y  
Pondré tu nombre en alto. Me siento preparado para competir con éxito con egresados  
de otras universidades.

## **ASESOR:**

Por medio de este trabajo de investigación se comprueba una vez más que eres de los mejores  
Maestros de la Facultad de Derecho y me siento orgulloso de haber sido tu alumno.

## **A MIS COMPAÑEROS:**

Dedico con todo alegría este trabajo a ustedes amigos míos. Deseo sinceramente que  
Ustedes también den término a todo su esfuerzo y dedicación.  
Que nos sigamos viendo como amigos en la vida profesional.

## **A MIS PROFESORES:**

A esos profesores que combinaron dominio de su materia y amor a sus alumnos,  
Porque gracias a ellos aprendí a amar el Derecho.

## **SINODO**

Gracias a todos y a cada uno de sus integrantes de mi sinodo, por distraerse de sus múltiples  
Ocupaciones para dedicarle una parte de su valioso tiempo en la valoración de este trabajo y  
me siento distinguido que abogados tan excelentes llevan a cabo el examen profesional.

# EL USO ABUSIVO DEL DERECHO COMO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

## INDICE GENERAL

Página

Introducción.....	I
-------------------	---

### CAPITULO PRIMERO

#### HISTORIA Y NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DERECHO

1.1) SIGNIFICACION DE LA EXPRESION: "ABUSO DEL DERECHO".....	1
1.1.1) Significación gramatical de la expresión "abuso del derecho".....	1
1.1.2) Significación lógica de la expresión "abuso del derecho".....	1
1.1.3) Significado común y jurídico de la expresión "abuso del derecho".....	4
1.2) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	6
1.2.1) Necesidad de un marco histórico del uso abusivo del derecho.....	6
1.2.2) El uso abusivo del derecho en Roma.....	6
1.2.3) El uso abusivo del derecho en la Edad Media.....	8
1.2.4) El uso abusivo del derecho en el siglo XIX y XX.....	11
1.3) NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	15
1.3.1) Conceptos doctrinales sobre el uso abusivo del derecho.....	15
1.4) CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	29
1.4.1) Uso abusivo del derecho como "delito" (en nuestro Código Penal Federal)	30
1.4.2) Uso abusivo del derecho como "exceso" de los derechos subjetivos (Criterio tradicional).....	31
1.4.3) Uso abusivo del derecho como ataque a la moral, a la buena fe y las buenas costumbres.....	31
1.4.4) Uso abusivo del derecho como afectación o daño a los "bienes jurídicos" o derechos de terceros o de la colectividad.....	32
1.4.5) Uso abusivo del derecho como trasgresión de la "finalidad" del derecho subjetivo. (Josserand).....	32
1.4.6) Uso abusivo del derecho como "mala intención" (Criterio tradicional).....	32
1.4.7) Uso abusivo del derecho como "no utilidad del derecho" causante del daño. (Criterio tradicional).....	33
1.4.8) Uso abusivo del derecho como "la forma menos adecuada" de ejercitar un derecho para evitar un daño o otro.....	33
1.4.9) Uso abusivo del derecho como "violación de un deber de cuidado implícito en el derecho subjetivo". (Sessarego).....	33
1.4.10) Uso abusivo del derecho como "hecho ilícito".....	34

1.4.11) Uso abusivo del derecho como " hecho ilícito sui generis". (Sessarego)	34
1.5) UTILIDAD DE LA ACCION DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	35
1.6) PROPUESTA SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	35
1.7) LEGISLACIONES DE ALGUNOS PAISES DE EUROPA Y AMERICA SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO. ....	40
1.8) CRITERIOS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO EN LAS LEGISLACIONES MENCIONADAS.....	41
1.9) USO ABUSIVO DEL DERECHO EN LA LEGISLACION MEXICANA.....	45
1.9.1) Uso abusivo del derecho como "trasgresión de la finalidad social" del derecho subjetivo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	45
1.9.2) Uso abusivo del derecho como "intención de dañar" del agente en la Parte General del Código Penal Federal.....	48
1.9.3) Uso abusivo del derecho como "intención de dañar" en el Código Civil para el Distrito Federal.....	48

## CAPITULO SEGUNDO

### EL USO ABUSIVO DEL DERECHO COMO HECHO ILICITO Y FUENTE DE LAS OBLIGACIONES EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1) NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO SEGUN LA DOCTRINA DEL ACTO Y EL HECHO JURÍDICO.....	49
2.1.1) El hecho jurídico y su función en la estructura de la norma jurídica.....	49
2.1.2) Teoría francesa y alemana del hecho y acto jurídico.....	53
2.2) CONCEPTO DE LA OBLIGACION JURIDICA.....	60
2.3) ELEMENTOS DE LA OBLIGACION.....	63
2.3.1) Los sujetos de la obligación.....	63
2.3.2) La relación entre los sujetos de la obligación.....	63
2.3.3) El objeto de la obligación.....	63
2.4) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES Y EL USO ABUSIVO DEL DERECHO	64
2.4.1) EL CONTRATO.....	65
2.4.1.1) El convenio tomado en el sentido amplio y en el sentido estricto.....	65
2.4.1.2) Formas de exteriorizar el consentimiento.....	65
2.4.1.3) Diferencias entre la voluntad y el consentimiento.....	66
2.4.1.4) La autonomía de las partes y su limitación por preceptos de orden público y de interés social.....	66
2.4.2) LA DECLARACION UNILATERAL DE LA VOLUNTAD.. ....	68
2.4.3) ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	68
2.4.4) LA GESTION DE NEGOCIOS.....	68
2.4.5) ELEMENTOS DEL HECHO ILICITO QUE ENGENDRA OBLIGACIONES: Y EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	69
2.4.5.1) Antijuricidad.....	72
2.4.5.1.1) Tipos de antijuricidad (formal, material, etc).....	73
2.4.5.2) La culpa.....	75
2.4.5.2.1) El dolo.....	78
2.4.5.2.2) Tipos o grado de culpa.....	80
2.4.5.3) El daño.....	81
2.4.5.3.1) El daño moral.....	82
2.5) RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	83
2.5.1) Responsabilidad civil objetiva y subjetiva.....	83

2.5.2) Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	84
2.5.3) RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA.....	85
2.5.3.1) Responsabilidad civil por hechos propios.....	85
2.5.3.2) Responsabilidad civil por hechos ajenos.....	85
2.5.3.3) Responsabilidad civil por obra de las cosas.....	86
2.6) RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO CREADO.....	86
2.6.1) Relación de causalidad entre la conducta y el daño.....	87
2.7) EL HECHO ILICITO QUE ENGENDRA OBLIGACIONES Y LA INDEMNIZACIÓN.....	88
2.7.1) Evolución histórica de la responsabilidad civil.....	88
2.7.2) Requisitos para la indemnización del daño.....	89
2.7.3) Formas de indemnización.....	90
2.7.3.1) Indemnización cuando el daño se realiza en una cosa.....	91
2.7.3.2) Indemnización cuando el daño afecta la integridad corporal.....	91
2.7.3.3) Indemnización en el "daño moral".....	91
2.8) EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.....	91

## CAPITULO TERCERO

### EL USO ABUSIVO DEL DERECHO EN LOS ARTICULOS 1910 Y 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1) BREVE HISTORIA DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.....	94
3.2) DESGLOSE DE LOS ELEMENTOS DEL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL.....	95
3.3) DESGLOSE DE LOS ELEMENTOS DEL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL.....	102
3.3.1) Un sujeto ejercita su derecho subjetivo.....	104
3.3.2) El sujeto titular del derecho produce un daño a otro sujeto.....	104
3.3.3) El sujeto titular del derecho tiene como único fin causar un daño a otro sujeto.....	105
3.3.4) El sujeto titular del derecho no obtiene ninguna utilidad.....	106
3.3.5) El problema de probar la utilidad del agente.....	106
3.4) EL EJERCICIO DE LA ACCION EN EL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL.....	108
3.4.1) Requisitos de la acción.....	108
3.4.2) Objeto de la acción.....	109
3.4.3) Prescripción de la acción.....	109
3.5) COMPARACION DE LOS ELEMENTOS DEL LOS ARTICULOS 1910 Y 1912 DEL CODIGO CIVIL.....	109
3.5.1) La antijuricidad.....	109
3.5.2) El daño.....	110
3.5.3) El dolo o culpa.....	111

## CAPITULO CUARTO

### EL USO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1) DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PERSONAL Y REAL.....	114
4.1.1) El derecho real y la propiedad.....	116
4.2) LA PROPIEDAD.....	116
4.2.1) Etimología de la palabra propiedad.....	116
4.3) BREVE HISTORIA DE LA PROPIEDAD.....	117
4.3.1) El derecho de propiedad en Roma.....	117
4.3.2) Limitaciones a la propiedad en el Derecho Romano.....	118
4.3.3) El derecho de propiedad en la Edad Media.....	118
4.3.4) El derecho de propiedad en el Código Napoleón.....	119
4.3.5) El derecho de propiedad en México en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 a partir del Código Napoleón.....	119
4.3.6) La propiedad como función social en el Código Civil de 1928.....	119
4.4) LIMITACIONES, MODALIDADES, GARANTIAS Y DEFENSAS DE LA PROPIEDAD, EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	122
4.4.1) Limitaciones y modalidades de la propiedad.....	122
4.4.2) Garantías y defensas de la propiedad.....	123
4.4.3) Limitaciones específicas a la propiedad que se establecen en algunos artículos del Código Civil para el Distrito Federal.....	124
4.4.4) Defensa, por violación a la limitación a la propiedad establecida en el artículo 839 del Código Civil para el Distrito Federal.....	125
4.5) FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ARTICULOS 837, 839 Y ARTICULO 840 SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	126
4.6) ELEMENTOS DEL ARTICULO 837 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	127
4.6.1) Propietario o inquilino de un predio afectado.....	127
4.6.2) "Mal uso" de la propiedad de uno de los propietarios.....	128
4.6.3) Perjuicio en la seguridad, el sosiego o la salud de los habitantes del predio afectado.....	128
4.7) ELEMENTOS DEL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	128
4.7.1) El ejercicio de un derecho por el propietario.....	129
4.7.2) El único resultado de ejercitar ese derecho es un perjuicio a otro habitante de otro predio.....	129
4.7.3) El propietario que daña no obtiene utilidad con el ejercicio de su derecho.....	130
4.8) LA ACCION POR REALIZACIÓN DE LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	130
4.9) COMPARACION DE LOS ELEMENTOS DE INTEGRACION DE LOS ARTICULOS 837 Y 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	131
4.10) REFLEXIONES SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	132

## CAPITULO QUINTO

### PROPUESTA DE REFORMAS A LOS ARTICULOS 1910 Y 1912, Y DEROGACION DEL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

5.1) LAS DISTINTAS CLASES DE HECHOS ILICITOS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	138
5.2) JUSTIFICACION DE LA PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	142
5.3) TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	144
5.4) INTERPRETACION DEL SUSTENTANTE DEL TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	144
5.5) JUSTIFICACION DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	145
5.6) TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	145
5.7) INTERPRETACION DEL SUSTENTANTE DEL TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y SU COMPARACION CON TERMINOS SIMILARES CONTENIDOS EN PARRAFOS DIVERSOS DE PRECEPTOS LEGALES DE OTROS CODIGOS CIVILES DE EUROPA Y AMERICA.....	146
5.8) JUSTIFICACION PARA DEROGAR EL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	153
CONCLUSIONES.....	154
BIBLIOGRAFIA.....	157
APENDICE.....	159

## INTRODUCCION

Esta tesis surge como necesidad de una investigación para contestar a preguntas como las siguientes:

¿Es realmente el uso abusivo del derecho una contradicción lógica, es decir, el concepto "abuso" es incompatible con el concepto "derecho"?

¿Es la expresión "uso abusivo del derecho" más adecuada que, por ejemplo, "abuso del derecho", "uso indebido del derecho" y otras?

¿Si el abuso del derecho responde a una realidad fáctica, es una figura jurídica que es una especie del hecho ilícito o es independiente de éste?

¿La noción del uso abusivo del derecho es una noción antigua o moderna?

¿Existen semejanzas en la legislación mexicana y extranjera en la noción del uso abusivo del derecho?

¿Esta contemplado de alguna forma el uso abusivo del derecho en el Código Penal Federal?

¿Es el uso abusivo del derecho un hecho lícito o un hecho ilícito?

¿Si el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito, en que elementos de éste se genera la obligación de indemnizar?

¿El uso abusivo del derecho se rige por las mismas reglas de la responsabilidad civil subjetiva?

¿Existe una acción especial para el uso abusivo del derecho o es la misma acción de la responsabilidad civil por hechos ilícitos?

¿Requieren reformas los artículos 1910 y 1912 del Código Civil para el Distrito Federal?

¿Es necesario el artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal si existe un artículo más general en el mismo Código, o sea el art. 1912?

A todas estas preguntas, y a otras, se les da una contestación en este trabajo. Como adelanto podemos decir, que el hacer de uso abusivo del derecho un tema de tesis, supone que éste no es una aberración jurídica; de hecho y de derecho se puede abusar del derecho: una persona puede "abusar" de una facultad que le confiere la norma, o hablando con rigor, ejercerlo de la manera establecida el artículo 1912 u 840 del Código Civil.

Se puede entender el "uso abusivo del derecho como otra especie distinta del hecho ilícito, por ejemplo, distinta de la responsabilidad

civil subjetiva, o distinta del aplicable a la responsabilidad civil objetiva.

Para llegar a un concepto del uso abusivo del derecho y de justificar que también se necesita reformar los artículos 1910 1912 y derogar el 840 se sigue un orden expositivo:

En el Capítulo Primero se estudia la historia y criterios más generales que se han dado en la Doctrina sobre el uso abusivo del derecho.

En el Capítulo Segundo se estudia el uso abusivo del derecho en relación con la teoría del acto y hecho jurídico, y en relación con el hecho ilícito como fuente de las obligaciones. También en relación con responsabilidad civil subjetiva y objetiva.

En el Capítulo Tercero se estudia el uso abusivo del derecho (1912) en relación con los artículos 1910 y 1913 del Código Civil.

En el Capítulo Cuarto se estudia el uso abusivo del derecho aplicado a la propiedad en el artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el Capítulo Quinto y último se proponen y justifican las reformas a los artículos 1910 y 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, la derogación del artículo 840 de mismo Código.

Esta forma de exposición se justifica. En efecto, un vez dado un punto de partida sobre la naturaleza jurídica sobre el uso abusivo del derecho se puede profundizar el concepto aplicado a los distintos derechos, por ejemplo abuso del derecho de propiedad.

En esta tesis se aborda el estudio del uso abusivo del derecho aplicado a la propiedad de inmuebles.

# HISTORIA Y NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO

## 1.1) SIGNIFICACIÓN DE LA EXPRESIÓN: "ABUSO DEL DERECHO"

### 1.1.1) Significación gramatical de la expresión "abuso del derecho".

La palabra "abuso" deriva: "del latín "abusus" que significa la acción y efecto de abusar. Abusar es usar mal o indebidamente alguna cosa. Abuso se compone de AB, y UTI. Ab-preposición latina, que significa de, desde, fuera de, señala el punto de partida en el espacio y en el tiempo. Aparece en voces españolas bajo las formas ab, abs, a au, como prefijo que denota alejamiento, negación y, algunas veces, terminación: abstenerse, absorber, aversión, ausente, abuso. Uti significa usar"<sup>1</sup>

De lo anterior "abuso del derecho" significa gramaticalmente acción y efecto de abusar del derecho, o sea, de usar mal o indebidamente el derecho. Surge entonces la pregunta ¿Puede usarse mal o indebidamente del derecho? Pero antes de poder contestar esta pregunta hay que recordar que la palabra "derecho" en la expresión "abuso del derecho" puede hacer alusión a dos acepciones posibles del derecho: 1) Derecho como conjunto de normas de un sistema normativo, es decir, es su mayor generalidad, y 2) Derecho subjetivo de una persona. Se pueden así derivar dos preguntas que surgen de la expresión "abuso del derecho": 1) ¿Puede una persona usar mal o indebidamente un derecho subjetivo?, 2) Puede una persona usar mal o indebidamente de un sistema jurídico que lo regula a él y a otras personas miembros de un Estado.

### 1.1.2) Significación lógica de la expresión "abuso del derecho".

En relación a la 1ª. cuestión, de si se puede abusar de un derecho subjetivo, ésta se planteó primeramente a los juristas del siglo XIX, en particular la opinión del jurista francés Planiol de esa época puede ser ilustrativa. Planiol dice que no es correcto plantearla porque implica una contradicción lógica en el lenguaje jurídico, "una logomaquia": No puede decirse que halla un "abuso" del derecho, ni un derecho subjetivo abusivo o sin derecho, sino un acto realizado "sin derecho" o sea, un acto ilícito, es decir el ejercicio de un derecho lógicamente se utiliza con derecho y no puede decirse que

---

<sup>1</sup> Diccionario Enciclopédico, Quillet, tomo I, Edit. Cumbre, 13a ed., México, 1989. p.27

se utiliza sin derecho o con abuso. El concepto del derecho es incompatible con el concepto de abuso entendido este como el no derecho. Por tanto cuando se dice abuso del derecho se dice que un derecho no esta conforme a derecho, que algo es y no es lo que es, lo viola el principio lógico de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Por eso para Planiol (2) la expresión correcta no es abuso del derecho sino acto ilícito, algo así como acto sin derecho:

\*Por el contrario, los juriconsultos y los legisladores modernos tienden a considerar que el uso de un derecho puede constituir un abuso y, por consiguiente, una culpa.

En ocasiones se refieren al uso abusivo de los derechos. Esta nueva doctrina se basa, absolutamente, en un lenguaje insuficientemente estudiado; su fórmula: uso abusivo de los derechos es una logomaquia, pues si uso de mi derecho, mis actos son lícitos; y cuando son ilícitos, se debe a que sobrepasé los límites de mi derecho, obrando sin él, o injuria, como decía la Ley Aquilia. Negar el abuso de los derechos no es tratar de considerar como permitidos, los variadísimos actos perjudiciales que ha reprimido la jurisprudencia; únicamente queremos que se advierta que todo acto abusivo por el sólo hecho de ser ilícito, no constituye el ejercicio de un derecho, y que el abuso del derecho no constituye una categoría distinta del acto ilícito. No debemos engañarnos con las palabras: el derecho cesa donde comienza el abuso; no puede existir un uso abusivo de ningún derecho por la irrefutable razón de un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario a él.

Lo cierto es que los derechos casi nunca son absolutos; la mayoría son limitados en su extensión, y están sometidos, para su ejercicio, a diversas condiciones. Cuando se exceden sus límites o no se observan estas condiciones, se obra en realidad sin derecho. Puede, haber abusos en la conducta de los hombres, pero no cuando ejercitan sus derechos, sino cuando los sobrepasan. El hombre abusa de las cosas, no de los derechos.. En el fondo, unánimemente se admita lo anterior; pero cuando unos dicen: hay un uso abusivo de un derecho, los otros responden: lo que existe es un acto realizado sin derecho.

Se defiende una idea justa, con una fórmula falsa.

La única variedad un poca novedosa (¿lo es realmente?) que resulta de estas discusiones, radica en producir considerables y continuas variaciones en la idea que tienen los hombres sobre la extensión de sus derechos. Tal derecho, que antiguamente se consideraba absoluto, ha dejado de serlo; tal otro, que sufría restricciones poco numerosas, ha visto multiplicarse las suyas. "

En el lenguaje jurídico de Planiol no se pueden abusar de los derecho, sino de las cosas. Sin embargo, reconoce que el ejercicio de un derecho tiene una extensión y está sometido a determinada condición, y que cuando se viola esta condición se comete un ilícito.

Lo que no puede explicar es cómo muchos actos que la jurisprudencia de su tiempo catalogó como uso abusivo del derecho, o sea, según él actos ilícitos, respecto a la ley eran lícitos, o sea que estaban dentro de los límites de extensión y dentro de las condiciones que las ley establecía.

Al contrario de Planiol, Boneccase, otro francés de inicios del siglo XX, pensó que la expresión era correcta, y es que no se concentra en el aspecto lógico sino en los aspectos fácticos peculiares que la figura quiere regular, sin embargo concuerda con Planiol en que si bien los derechos no tienen límites en su principio, si lo tienen en su

---

<sup>2</sup>Planiol, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 3a. ed. Trad. Leonel Perez Nieto Castro, México, 1996, p.788.

ejecución y aplicación, de manera ambos admiten tácitamente la idea de que el abuso del derecho es un acto ilícito.

En conclusión Bonnacase no rechaza la expresión, como Planiol, pero considera que es innecesaria porque la noción ya existía y no es superior a la expresión "violación de los límites materiales y objetivos de los derechos." Por otra parte, para él lo ilícito, reside en la intención malévolas. Sin embargo, la jurisprudencia francesa determinó como actos ilícitos ciertos hechos atendiendo a criterios objetivos. Bonnacase (3) dice:

"Por lo menos no hay duda de que parece singular, a primera vista, establecer como primer elemento del abuso del derecho, fuente de obligaciones, el ejercicio de un derecho? En efecto, ¿no es mantenerse esencialmente en la legalidad, dar a la actividad la forma del ejercicio de un derecho? ¿No es esto limitarse en el dominio de lo permitido, y escapar, por la fuerza misma de las cosas, en virtud de esta contenida actividad, a toda responsabilidad para con terceras personas? Por último, ¿no es contradictorio como abuso de un derecho, el ejercicio de éste?"

En nuestra opinión no es así. La expresión técnica abuso de los derechos se justifica, al igual que el ejercicio de un derecho, como primer elemento de la noción a que se refiere. En efecto, es indiscutible que el poder de acción representado por un derecho recibe del legislador, como hemos visto, una organización en cierta forma material, en la cual su titular puede estrictamente limitarse con la intención secreta de servirse de esta organización únicamente para dañar a otra persona. Es así como un propietario tiene, según el art.552 del código civil, la facultad de construir sobre su terreno y de hacer en el excavaciones a riesgo, por repercusión, de impedir las vistas del vecino o de privarlo de las aguas del manantial de que se beneficia. "La propiedad del suelo comprende la de la superficie y la del subsuelo, dice este artículo. El propietario puede hacer en la superficie todas las plantaciones y obras que crea convenientes, con las excepciones establecidas en el título de las servidumbres. Puede hacer en el subsuelo todas las construcciones y excavaciones que juzgue oportunas, y sacar de ellas cuantos productos puedan darle, con sujeción siempre a las modificaciones establecidas en las leyes y reglamentos de minas y policía." Por tanto, es innegable que un propietario al construir o al practicar excavaciones ejercita un derecho. No obstante, como sabemos, la jurisprudencia lo ha declarado responsable de las consecuencias de este ejercicio, basada en el abuso de derecho o, si de prefiere, en la desviación de éste. Determinaremos bajo qué condiciones. Lo cierto es que se ha tomado como punto de partida la aplicación de la noción de abuso de los derechos. ¿No se imponía, en este estado, una expresión técnica particular como ésta para designar una fuente de responsabilidad que surge dentro de la legalidad misma? ¿Por qué, entonces, no había de conquistar la expresión abuso de los derechos, el derecho de ciudadanía? ¿No es por lo menos una variante lejana de la expresión desvío de poder, tan usada en el derecho público?"

Lo que Planiol y Bonnacase les faltó remarcar es que la ley en ocasiones no es suficiente para marcar los límites y condiciones del ejercicio de un derecho y necesita de la jurisprudencia. La expresión abuso del derecho, aunque no es la más apropiada, no está diciendo de un conducta que sea lícita e ilícita al mismo tiempo sino tiene el mérito de llevarnos a la reflexión de que una conducta puede considerarse lícita para la ley e ilícita para la jurisprudencia. La expresión nos esta diciendo que los derechos subjetivos no son permanentes, pueden perderse si al ejercitarlos en el tiempo cambia

---

<sup>3</sup>Bonnacase, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil, Edit. Pedagógica Iberoamericana, trad. Enrique Figueroa Alfonso, 1995. pp.825-826

las condiciones objetivas y/o subjetivas de su ejercicio; y que el ejercicio de un derecho se puede transformar bajo ciertas condiciones en un acto ilícito. Por tanto no hay contradicción lógica si se interpreta de esa forma la expresión. De lo anterior, se ha dicho que no se trataría real y efectivamente, del abuso de un derecho subjetivo, en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación a su ejercicio, es decir el derecho no es abusivo sino su uso. De ahí que algunos proponen que resultaría más preciso describir tal fenómeno, dentro de la órbita tradicional, como "ejercicio abusivo del un derecho. Sin embargo, hay que notar que no sólo se produce un abuso cuando se ejercita un derecho subjetivo de modo agravante en relación con un interés ajeno, sino que también cabe referirse a esta figura en el caso de la omisión en la actuación de un derecho que, sin bien no reportaría perjuicio alguno para el titular, resultaría, en cambio, lesivo para otro u otros sujetos.

Como la expresión "ejercicio" de un derecho no comprende los alcances conceptuales de la "omisión" en el "ejercicio" de un derecho, Dabin en su obra "El derecho subjetivo", citado por Sessarego (\*) prefiere hablar del "uso" de los derechos. Señala que por uso de un derecho debe entenderse "de modo mucho más amplio toda forma de utilización del derecho, por actos materiales igual que por actos jurídicos, y sin distinción entre la comisión y la omisión". Dabin estima en la misma obra arriba citada que es preferible referirse al uso de los derechos en vez de hablar del ejercicio de los mismos para evitar el equívoco que podría resultar de esta última expresión, ya que en sentido técnico "ejercicio de un derecho" se entiende por oposición a "goce de un derecho". Por tanto, adhiriéndonos a la postura de Sessarego, el cual se basa en Dabin, preferimos utilizar en esta tesis el término "uso abusivo del derecho" en lugar de "abuso del derecho" o "ejercicio abusivo de los derechos de los derechos". No obstante por ser tradicional en la doctrina el termino abuso del derecho muchas veces seguiremos usando ese término para describir nuestro fenómeno a estudio.

### 1.1.3) Significado común y jurídico de la expresión "abuso del derecho".

Normalmente el uso permitido y prohibido de un derecho subjetivo determina lo lícito y lo ilícito de una conducta. Lo permitido y lo prohibido de un derecho subjetivo se pueden encontrar tanto en la norma jurídica como en el supuesto y consecuencia jurídica de la

\* Fernández Sessarego, Carlos. Abuso del derecho. Edit. Astrea, Argentina, 1992, p. 88.

norma. Sin embargo, en el uso no jurídico de las palabras el ejercicio no prohibido de un derecho subjetivo (lo lícito) se llega a identificar con uso normal o correcto del derecho y lo ilícito con el uso anormal y abusivo del derecho. Hay que reconocer que esta identificación de términos es lógica y necesaria en un primer momento de la investigación, pero después se revela inexacta y productora de confusión.

En efecto, siguiendo la asociación de términos, se podría decir en sentido no jurídico (erróneamente), que un arrendador “abuso de su derecho” al fijar un cláusula penal mas alta de lo permitido por la ley; o que tal cónyuge “abuso de su derecho” de pedir alimentos, en lugar de decir que se ejercen los derechos subjetivos de manera prohibida o ilícita. En todos estos casos es verdad, que hay ilícitos pero ni la doctrina ni la ley mexicana los considera como “abuso de derechos” en sentido estricto o jurídico. Hay que notar que con esta significación de la expresión “abuso del derecho” habrá tantas clases de abusos de derechos como tantos ilícitos o ejercicio de los derechos subjetivos prohibidos se pueden presentar.

Por eso, es necesario distinguir entre lo que podríamos llamar la expresión “abuso del derecho” en sentido vulgar, y en sentido estricto o jurídico. Los derechos subjetivos como facultades que el derecho objetivo contempla y atribuye a un sujeto que se encuentra bajo determinados supuestos (subjetivos y objetivos), no son ilícitos o prohibidos sino el uso de esas facultades cuando contrarían la norma. Está dentro de las posibilidades derivadas de la libertad o voluntad de una persona usar de sus facultades de una manera permitida o prohibida por las normas. Todo ejercicio del derecho subjetivo se puede utilizar bajo condiciones de tiempo y espacio y psicológicas de una manera permitida o prohibida por la norma.

La expresión “abuso del derecho” en sentido vulgar significa: la acción u omisión de un derecho subjetivo de una persona que la norma prohíbe expresamente por ser ilícito. El error de esta concepción es el suponer que todo ilícito es un abuso de derechos, acertando en pensar que el abuso de derechos es un ilícito. Otro error es pensar que siempre lo ilícito en el ejercicio de un derecho subjetivo se determina por la norma jurídica.

La expresión “abuso del derecho” en sentido estricto o jurídico significa: El uso (la acción u omisión) de un derecho subjetivo que la norma no prohíbe expresamente y sin embargo viola los valores jurídicos que el derecho protege.

El primer sentido es equivocado, porque abarca demasiado se entiende por "abuso del derecho" toda conducta que es ilícita. El abuso del derecho según veremos es no solamente una conducta ilícita sino que tiene su diferencia específica respecto a otras conductas ilícitas. En otro enfoque, el abuso del derecho en sentido jurídico se refiere a una conducta que tiene caracteres peculiares de ilicitud. Mas adelante veremos, lo que por ahora podemos concluir: que el abuso del derecho en sentido jurídico es un conducta ilícita, pero no toda conducta ilícita es un abuso del derecho.

## 1.2.) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO

### 1.2.1) Necesidad de un marco histórico del uso abusivo del derecho.

Los fenómenos sociales, y por tanto los jurídicos son procesos en el espacio y en el tiempo que adoptan determinadas formas, surgen bajo cierto conjunto de causas, las cuales existieron en el pasado, por eso es necesario un estudio histórico del abuso derecho. A propósito Sessarego (5) dice :

"Para una mejor y puntual comprensión de lo que jurídicamente significa el instituto del abuso del derecho, así como para determinar la importancia de la función que actualmente en lo que atañe a las relaciones de la convivencia humana, es indispensable una breve referencia a las circunstancias históricas que dieron lugar a la formación, de lo que hoy resulta ser un imprescindible principio del derecho, así como repasar sus antecedentes en el tiempo y su evolución hasta nuestro días.

Es sabido que el estudio de cualquier institución jurídica, si pretende ser serio y profundo, no puede en ningún caso prescindir de al menos tres enfoques que iluminan el discurso científico. Ellos están dados por los presupuestos y antecedentes, por el marco conceptual y por la constante presencia de la realidad, elementos que presiden la reflexión científica"

La evolución histórica de la figura del uso abusivo del derecho la podemos esquematizar en los siguientes períodos:

1) En Roma, 2) Edad Media ; y 3) Siglos XIX y XX.

### 1.2.2) El abuso del derecho en Roma.

En la civilización romana la noción del abuso del derecho como actualmente lo entendemos para algunos prácticamente no existía porque más bien existía la concepción individualista del derecho según la cual quién usa de su derecho no comete ilícito alguno incluso aunque cause molestias o perjuicios a otros. Sin embargo, para otros existía en la forma de prohibición de los actos de emulación o incluso de actos que aunque legales no se permitían por la equidad.: "La invocación de las fuentes romanas del abuso del derecho acarrea notorias

<sup>5</sup>Fernández Sessarego, Carlos. Abuso del derecho, Edit, Abeledo Perrot, Argentina. 1992., p.92

discrepancias..... Mientras que para determinados autores en el derecho romano se reprobaba el abuso del derecho, para otros, contrariamente, el derecho romano ignoró la teoría del abuso del derecho. En este sentido Martín Bernal, siguiendo el pensamiento de Rotondi, es tajante al afirmar que "acerca del tema puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del derecho."<sup>6</sup>

Los actos de emulación fue la única concesión a los otros o limitación al derecho individual; se presentaba cuando existían pruebas de que se ejercía sin utilidad y con el sólo afán de dañar. Luego, los pretores tomaron otras consideraciones para limitar el ejercicio del derecho por ejemplo, del padre de familia respecto a sus hijos o del amo frente a su esclavo:

"De otro lado, en el derecho romano no se prohibieron tampoco los actos emulativos, aunque existían algunas máximas vinculadas con esta noción y que procedían de Gayo, Paulo y Ulpiano bajo la rúbrica De diversis regulis iuris antiqui en el Digesto.

Dentro de este orden de ideas Spota va más lejos cuando se refiere "al notable sistema de limitaciones en el ejercicio de los derechos subjetivos que emanan del Corpus iuris civilis y aun del derecho romano clásico. Para este autor, dichas limitaciones constituían, en el fondo, "aplicaciones del principio de que las prerrogativas individuales no deberían ejercerse bastardeando los fines de la ley."

Un tercer sector de la doctrina, sin tomar posición en el debate, se limita, en cambio, a mostrar solamente las diversas contradicciones que se advierten en los textos del Digesto."<sup>7</sup>

"Una definida posición en este debate es la asumida por Charmont. Este autor sostiene que la presencia en el derecho romano de la doctrina del abuso del derecho no se manifiesta de modo accidental o aparece sólo en ciertos textos, sino que ella determina el desarrollo de un gran número de instituciones.

Entre los casos que cita para fundamentar su aserto están, entre otros, el de la protección del esclavo frente al amo, aquella del hijo en relación con el padre, así como el hecho mismo de la represión del fraude y la introducción de la acción pauliana. Todas estas situaciones significan para el citado autor, un control impuesto al ejercicio de ciertos derechos. Por su parte, Rodríguez-Anas Bustamante, considera antecedente del abuso del derecho la excepción dolis generalis (excepción de dolo), citando en esta eventualidad las opiniones de Ulpiano y Marcelo, del Digesto, Libro XXXIX, Título III, 1,12.

El principio general vigente en el derecho romano es que quien actúa de conformidad a un derecho subjetivo no es responsable por el daño originado por otro. Como sostiene Puig Brutau, los textos romanos de los que extraen las máximas de que no causa daño a nadie quien usa de su derecho proceden del Libro I, Título XVII del Digesto, De diversis regulis iuris, a través de textos de Gayo y de Paulo."<sup>8</sup>

Aunque es frecuente escuchar la afirmación de que en el derecho romano existió el ius abutendi, es decir, la facultad de ejercitar abusivamente un derecho subjetivo acordado al titular por el ordenamiento jurídico, no podemos olvidar que esta tendencia estuvo mitigada por el uso que de la equidad hicieron los pretores. Es así que la equidad, en tanto principio rector en la aplicación del derecho, atemperó la estricta, absoluta e ilimitada actuación del derecho subjetivo de parte del sujeto facultado.

Esta actitud de los pretores se traduce en algunas máximas que, a menudo, son puestas de manifiesto por quienes han estudiado con algún detenimiento la figura del abuso del derecho. Recordamos tanto la que expresa que el derecho es, según definición de Celso, el arte de lo bueno y de lo equitativo-ius est ars boni et aequi-como aquella que intuye que la aplicación estricta y rígida del derecho puede traer como consecuencia la comisión de algún despropósito jurídico. A ello se refiere, aproximadamente, la máxima de Cicerón, frecuentemente citada, del summum ius summa iniuria."<sup>9</sup>

"De las máximas jurídicas acuñadas en Roma debe rescatarse la intuición de los pretores romanos en el sentido de otorgar a la justicia un valor comunitario, que se vivencia en la interacciones humanas que se dan en el seno de la colectividad, el mismo que debe armonizarse con los demás valores jurídicos, preferentemente con aquellos de la solidaridad y la seguridad.

De otro lado, el derecho y su plexo de valores deben vivenciarse y aplicarse dentro del horizonte que representa la equidad que, se nos ocurre, es la presencia de la caridad-cristianamente entendida-o del

<sup>6</sup>Fernández Sessarego, Carlos, Op.cit., p.93

<sup>7</sup>Ibid, p.94

<sup>8</sup>Ibid, p. 95-96

<sup>9</sup> Ibid, pp.96-97

amor, si se prefiere, en la convivencia humana. El amor suaviza, morigerada la estricta función que corresponde al derecho, limita el ejercicio del derecho subjetivo, en tanto su actuación no es absoluta ya que debe atender al interés social.

El derecho subjetivo se ejercita dentro del bien común, que no es sólo aquel individual que corresponde al titular debidamente facultado por el ordenamiento positivo, sino a los demás miembros de la comunidad y a ésta en su conjunto. Todo lo hasta aquí expuesto en torno a la intuición que los pretores romanos tuvieron de la equidad, no significa que pueda sostenerse la vigencia, dentro del ámbito del derecho romano, de un concepto semejante al del abuso del derecho. Los pretores, al crear el derecho en función preponderante de la justicia y la equidad, no produjeron un conjunto de derechos subjetivos, objetivados en un determinado ordenamiento positivo, como en la actualidad acontece.<sup>10</sup>

"El sistema normativo en Roma, por el contrario, evolucionaba y se adaptaba a las circunstancias de la vida, a la casuística existencial de manera flexible, de un modo permanentemente creativo. En cierta medida el pretor romano conjugaba en su persona las funciones, hoy diferencialmente atribuidas, de los poderes legislativo y judicial.

Es evidente el desconcierto y la perplejidad que, probablemente, ha de experimentar el jurista de ésta época cuando se asoma al derecho romano en busca de algún antecedente en relación con la doctrina del abuso del derecho tal como hoy es generalmente concebida. No es difícil imaginar, que ante opiniones tan disímiles y hasta polémicas en lo que se contrae el tema tratado, el jurista pueda sentirse desconcertado. Pero, frente a todo el vasto material acumulado por los estudiosos que han acercado al derecho romano en busca de las raíces de esta figura jurídica, es factible llegar a una conclusión.

..., somos del parecer que más que la existencia de un teoría general del abuso del derecho, los prudentes juristas romanos abordaron y resolvieron, dentro del principio de la equidad, cuestiones muy concretas en las cuales percibieron ciertos matices de uso anormal de los derechos. Su actitud fue tónica, razón por la cual los jurisconsultos romanos no se preocuparon de agrupar y sistematizar los elementos dispersos con el deliberado propósito de elaborar una teoría del abuso del derecho.<sup>11</sup>

"Es así que se suele hacer referencia a algunas específicas prohibiciones destinadas a evitar determinados actos que, ejecutados sin ningún beneficio o provecho, estaban destinados a dañar a otros. Dentro de ellos se mencionan, por ejemplo, la prohibición de excavar una fuente para desviarla (Ley XXXVIII; Digesto VI,1) o la desviación de un curso de agua de la propia heredad (Ley II,9; Digesto XXXIX,3).

De ahí que se llegó a convertir el *summun ius* en *summa iniuria*. Es sobre la base de este criterio que la jurisprudencia romana estableció que los derechos debían ser ejercidos *civilliter*.<sup>12</sup>

### 1.2.3) El uso abusivo del derecho en la Edad Media.

#### Actos de emulación

Durante la Edad Media, y para algunos también en la antigüedad romana, se puede considerar como figura jurídica antecedente al uso abusivo del derecho los llamados actos de emulación lo que esencialmente se sanciona no es que un derecho subjetivo se exceda de sus límites sino más bien la intención de dañar con que se ejerce hay pues un elemento de moral muy marcado:

"En el derecho intermedio, durante la época medieval, no es posible tampoco apreciar la vigencia de un principio jurídico semejante al que actualmente designamos como abuso del derecho. No obstante, debido a la influencia de los revolucionarios principios de que era portador el Cristianismo, en virtud de una acentuada vivencia ético-religiosa en la vida comunitaria, surge la teoría de lo que en doctrina se conoce bajo la designación de "actos de emulación"

La palabra *aemulatio* aparece por primera vez, no obstante, en el Digesto, L50, t.10, Ley 3a: "La obra nueva es lícito hacerla a un particular, aun sin permiso del príncipe, a menos que no pertenezca a la emulación de otro Estado o que ofrezca materia de revuelta o que sea cerca de un teatro o de un anfiteatro."

Esta teoría puede considerarse como un inmediato antecedente en la evolución de la noción de abuso del derecho. ....La emulación, del latín *aemulatio*, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la

<sup>10</sup> *Ibid.* p.97

<sup>11</sup> *Ibid.* p.98

<sup>12</sup> *Ibid.* pp.98-99

inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Se trata de una acción proyectada y ejecutada por el titular de un derecho subjetivo con el propósito de dañar, conducida con intención decididamente vejatoria. Es decir, con ánimo nocendi o vexandi, según el caso.<sup>13</sup>

"La moral cristiana....."al imponer la doctrina de los actos de emulación, reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados. Se estableció así el deber de no actuar un derecho subjetivo con la exclusiva finalidad de perjudicar a otro sujeto de derecho. El concepto de emulación conlleva una connotación eminentemente subjetiva, en tanto se debe penetrar en el mundo interior, que es aquel donde campean las buenas o las malas intenciones, las motivaciones psicológicas en general.

La doctrina de la emulación alcanzó, en su momento, un importante desarrollo. La construcción dogmática de esta figura y su preferente aplicación se centró en el área de los derechos reales y en el de las obligaciones. Fundamentalmente cabe señalar que el eje de la teoría de la emulación está representada por las relaciones de vecindad, cuando se "supera una economía primitiva y una industria embrionaria"<sup>14</sup>

"En Roma, según un sector de la doctrina, no se plantea la cuestión atinente a la vecindad entre los fundos. Ella no existía, ya que entre los fundos se interponía una franja de tierra que no correspondía a la propiedad de ninguno de los vecinos, por lo que no se presentaban conflicto entre ellos.

Contrariamente a lo que aconteció en Roma, en la Edad Media se advierten frecuentes roces y fricciones entre los vecinos, muchos de los cuales no obedecían a razones de utilidad para los propietarios sino que estaban motivados por el afán de causar daño al vecino. Esta situación explica por qué la teoría de los actos emulativos alcanzó un notable desenvolvimiento en el derecho intermedio, al extremo que no sólo se prohibió el ejercicio de acciones ejecutadas con animus aemulandi, sino que "se crearon presunciones en número muy grande destinadas a probarlo".

Cabe remarcar, que, los actos emulativos están referidos, principal y fundamentalmente, al uso antisocial del derecho de propiedad, presentándose con mayor frecuencia en lo tocante a las relaciones de vecindad. De ahí que en las definiciones que se formulan sobre los actos emulativos se ponga justamente el acento en este específico aspecto del derecho. "<sup>15</sup>

"Se suele también señalar que las Partidas contienen algunas disposiciones que pueden estimarse como antecedente del abuso del derecho. En ellas se encuentran ciertos preceptos que, como señala Warat,

tienden a limitar el ejercicio del derecho de propiedad. En este sentido, se recuerda que la Ley XIX del Título XXXI de la Partida III, restringe el ejercicio del derecho de propiedad. En efecto, en tal precepto se dispone que el propietario que excava un pozo o una fuente en su fundo no puede hacerlo si no le resultase necesario y sólo ejecutara la obra con el único propósito de causar daño al propietario del fundo vecino. Estos preceptos, como el recién citado, no significan, por cierto, que tales antecedentes puedan ser considerados como un diseño de lo que en nuestros días entendemos con tal concepto. Bajo la inspiración del Digesto, con dichas prescripciones se trata únicamente de limitar el derecho de propiedad, el que tenía el carácter de absoluto en el derecho romano."<sup>16</sup>

## La teoría de las inmisiones

Otro antecedente del uso abusivo del derecho, en la Edad Media, en Europa, son los actos de inmisión donde se sancionaba el derecho de propiedad en los casos particulares de la emisión al predio vecino humos, calor, etc, productos más o menos necesarios de la actividad productiva desarrollada en los predios. El principio que regía era que si bien se tenía derecho a producir humo, etc, y se le llegará al vecino había cierto límite cuantitativo rebasado el cual esa actividad del derecho de propiedad se prohibía:

<sup>13</sup>Ibid.pp.99-100

<sup>14</sup>Ibid. p.100

<sup>15</sup>Ibid., pp.100-101

<sup>16</sup>Ibid. pp.101-102

".....al lado de la teoría de los actos emulativos, de corte subietivista, aparece también aquella otra conocida como la teoría de las inmisiones (del latín immisio). Ella tiene un carácter diferente en cuanto lo que interesa no es la intención del agente sino el resultado de la acción. Es decir, se trata de un planteamiento de corte objetivo.

Las inmisiones nocivas derivan de un determinado aprovechamiento de la propiedad que tiene como consecuencia el acarrear un perjuicio a un vecino. Así, pueden producirse inmisiones provenientes de olores, humos, ruidos, calor, entre otras causas. Según Hernández Gil las inmisiones tienen como origen un pasaje del Digesto en el que se dice "que cada uno le es lícito hacer en su fundo lo que le plazca, con tal que no verifique una inmisión en el fundo ajeno."

"La teoría de las inmisiones ha adquirido relevancia en la época del desarrollo industrial a raíz de que, en ciertos casos, los establecimientos fabriles generan contaminación ambiental, ya sea como consecuencia de la emisión de humos, del arrojado de desperdicios químicos nocivos, entre otras causas.

En cualquiera de estas hipótesis se produce una agresión contra la persona y contra la comunidad pues se lesiona la salud.

La doctrina suele considerar que sólo debe responderse tratándose de las inmisiones cuando sus efectos sobre el vecino son superiores a una tolerancia normal. En este sentido, el art.844 del Código Civil italiano de 1942 prescribe que el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los humores, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del fundo vecino, que no superen la normal tolerancia, teniendo también en cuenta las condiciones de los lugares.<sup>17</sup>

En cualquier caso, las inmisiones se restringen a una específica relación de vecindad, razón por la cual dicha figura no se confunde con la del abuso del derecho que es, a la vez, mas comprensiva y compleja. Esta figura tiene el defecto que no es aplicable a una sociedad industrial, sino a una sociedad artesanal.

Regresando al uso abusivo del derecho en Roma afirma Rojina Villegas (<sup>18</sup>) que los romanos limitaron el ejercicio del derecho establecido en el Digesto, mediante la equidad y el derecho natural:

"El abuso de los derechos ha planteado un problema muy interesante desde el derecho romano, afirmándose como axioma que quién usa de su derecho a nadie perjudica (qui jure suo utitur, neminem laedit). En este sentido se pronuncia la ley 55 del título XVII del Libro L del Digesto, así como las leyes 151 y 155 del mismo título y Libro. La ley 26, título II, del libro XXXIX del mismo Digesto, dice así:

Cuando alguno hiciese alguna cosa en su propio suelo usando de su derecho aunque prometiese al vecino por el daño que amenaza, no se obliga a él por esta estipulación; verbigracia: si inmediato a mis edificios tuvieses los tuyos, que los levantas usando de tu derecho, o si a tu predio inmediato llevases el agua que venía al mío, haciendo algún acueducto cubierto o foso; pues aunque en este caso me quitas el agua, y en aquel me quitas las luces, esto no obstante, por esta estipulación no me compete acción; porque no parece que causa daño el que priva a otro de aquello que disfrutaba por causa lucrativa; pues es muy diferente que uno cause daño a otro o que le prive de aquellos de que se utiliza.

También en el párrafo 12 de la ley 24 del mismo título y libro citados, se consignan los siguientes principios:

"Si hago un pozo en mi casa y por esto se coartaron los manantiales del tuyo, ¿caso estaré obligado? Trebacio dice que no me obligaré por el daño que cause; porque no se juzga que resulte el daño por el vicio de mi obra, respecto que uso de mi derecho. Pero si lo profundizo tanto que no puede subsistir tu pared, tiene lugar la estipulación por el daño que amenaza....."De las anteriores transcripciones se desprende que en el derecho romano no había responsabilidad civil cuando se causaban daños en el ejercicio de los derechos; pero en esa misma legislación se estatula para la propiedad, como el derecho más absoluto, que debía ser ejercido conforme a la razón, a la equidad y a la naturaleza, y se fijó un límite de carácter negativo para su ejercicio, cuando el titular tenía la intención de perjudicar a tercero, sin obtener ningún provecho....Los juristas romanos, fundándose en la razón, en la equidad y en el derecho natural, prohibieron el ejercicio mismo del derecho de propiedad, cuando se hiciera con la intención de dañar, es decir, con dolo, y sin ninguna utilidad para el propietario.

Se han querido interpretar los textos del Digesto, considerando que no podía existir responsabilidad civil en el ejercicio de los derechos, aunque se causara daño a tercero; pero esta interpretación, si está

<sup>17</sup>Ibid., p.103

<sup>18</sup>Ibid. pp.103-104

<sup>19</sup>Rojina Villegas, Rafael. Compendio del Derecho Civil, T. III, Edit.Porrúa., México, 1980., p.322

desmentida a propósito de la propiedad y de las servidumbres en los ejemplos que nos presenta el derecho romano. Tenemos por ejemplo en la copropiedad originada por la medianería, un caso que nos demuestra que no podía ejercitarse el derecho derivado de ésta para elevar el muro medianero, simplemente para privarle de la luz o del sol a uno de los copropietarios.<sup>20</sup>

Rojina Villegas<sup>(21)</sup> basado en Henri y León-Mazeud afirma categóricamente que la idea del abuso del derecho sí fue conocida y aceptada por los juristas romanos, invocando al efecto ciertos pasajes de Gayo y Paulo. Sobre este tema se expresa así:

"En el derecho romano encontramos ya la noción del abuso de un derecho, hoy definitivamente aceptada. Sin embargo, por lo general es en los textos del Digesto donde los adversarios del abuso del derecho escogen sus primeros argumentos. ¿No ha escrito Gallo: "Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur? ¿No ha afirmado Paulo: "Nemo damnum facit, nisi quid id fecit quod facere jus non habet? ¿No declaraba Ulpiano: "Neminem leadit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur." Pero si comparamos estas fórmulas con el contexto, si consultamos el conjunto del derecho romano, veremos que en él se acepta la idea del abuso del derecho. Quizá se limitaba a la prohibición de ejercer un derecho con el propósito de perjudicar a otro, pero existía, en esta forma por lo menos. Nuestro venerado maestro Charles Appleton, que se ha consagrado a dilucidar todas las disposiciones del derecho romano que tienen un carácter moral, ha demostrado el papel que desempeña el abuso de los derechos, y cita, a su turno, textos de Gayo y Paulo: "Maleceni nostro jure uti non debemus; non omne quod licet honestum est, y las máximas: Summum jus, summa injuria; malitiis non est indulgendum".

#### 1.2.4) El abuso del derecho en siglo XIX y XX.

En la época "moderna" siglo XIX y XX surge la noción de abuso del derecho, aunque sin poderse unificar todavía en todas las legislaciones del mundo, sin embargo se es consciente por la Doctrina actualmente que códigos presentan una noción más completa y justa que otros.

Rojina Villegas<sup>(22)</sup> piensa que la noción del uso abusivo del derecho concide con la humanización gradual del derecho y que hay una tendencia a prohibir el uso abusivo de los derechos, para ello comenta a Josserand:

"Explica Josserand que se penetra en el verdadero espíritu de las legislaciones antiguas, podrá comprobarse que es general la tendencia a prohibir el mal uso de los derechos, conforme va evolucionando un derechos positivo. Tal como ocurrió en el seno mismo del derecho romano, si se compara su forma primitiva con la época clásica, o con la consagración que recibe en la codificación de Justiniano, según hemos explicado al principio de este capítulo. La constante y benéfica intervención de los pretores al introducir los principios de equidad y de buena fe en las rígidas instituciones del jus civile, humanizando las soluciones estrictas de los textos romanos, constituye una prueba de lo que afirma Josserand respecto a la evolución de los sistemas jurídicos, pues en tanto que es fácil que se abuse de los derechos cuando se aplican literalmente los textos legales, sin admitir ninguna interpretación de los mismos de acuerdo con la buena fe y la equidad, es difícil, en cambio, que puedan presentarse esas situaciones extremas e injustas, cuando los rigores del ejercicio de los derechos ha quedado suavizado gracias a los sentimientos de justicia y a la influencia bienhechora de la equidad."

Regresando al uso abusivo del derecho en Roma, Planiol<sup>(23)</sup> lo aborda en relación con el principio del libre uso de los derechos y sus limitaciones:

<sup>20</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., pp.322-323

<sup>21</sup> Ibid., pp.323-324

<sup>22</sup> Ibid. p.330

<sup>23</sup> Planiol, Op., cit., p.788

"De la circunstancia de que la culpa es un acto contrario al derecho (ilícito), resulta una consecuencia importante: si tengo derecho de hacer un acto determinado, no incurriré en culpa al ejecutarlo; si tengo el derecho de abstenerme, no incurriré en culpa por no haberlo realizado. En consecuencia, nada debo a ninguna persona, por grande que sea el perjuicio que mi acción o mi abstención haya causado al tercero.

70Es éste un punto que los juristas romanos habían afirmado con la mayor claridad posible.

Gayo dice: "Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.

Paulo: "nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod acere jus non habet"

De lo anterior concluyen, principalmente, que quien tapa las ventanas vecinas construyendo en su propio terreno, no se expone, en principio, a ninguna reclamación: "cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio".

La misma solución se daba al caso de que se agotara un manantial en virtud de los trabajos realizados por otras personas, en sus propios terrenos. Estos ejemplos todavía son válidos. "

En esta cita hay que hacer un comentario: No siempre sucede que un acto lícito no implique culpa ni responsabilidad, y que en cambio un acto ilícito sí implica culpa y responsabilidad. Por tanto, no se sigue necesariamente la consecuencia que deriva Planiol "nada debo a ninguna persona, por grande que sea el perjuicio que mi acción haya causado a tercero" porque esa consecuencia sólo se deriva si un cierto actuar se considera lícito e inculpable. El problema es que actualmente no pensamos como los romanos que ciertas conductas sean lícitas ni identificamos antijuricidad con culpa.

Es en el siglo XIX donde empieza su desarrollo propiamente la noción actual del uso abusivo del derecho, no mediante su codificación sino mediante la jurisprudencia francesa. Después sobre la base de la jurisprudencia y la reflexión de los doctrinarios se van abstrayendo los elementos de esa noción y se convierte en una figura jurídica susceptible de codificación.

Sobre la jurisprudencia francesa como antecedente del uso abusivo del derecho consultese el apéndice basado en citas textuales de Bonnacase conocedor profundo de esa jurisprudencia.

Para Planiol (24) el uso abusivo del derecho es diferente del acto ilícito por violación de una regla legal en la que se incurre en culpa. Para él la intención de dañar y la falta de utilidad del derecho es lo característico del uso abusivo del derecho. Reconoce implícitamente que la violación que se produce en el uso abusivo del derecho no es la violación de una regla expresa:

"En la doctrina y en la jurisprudencia se usa mucho la expresión abuso de los derechos. Pero, como veremos, constantemente se confunden el acto ilícito por violación de una regla legal o por culpa, y el acto abusivo en razón de la intención que anima a su autor. Por otra parte, erróneamente se emplea la expresión abuso del derecho, cuando el autor del acto no invoca para su defensa ningún derecho determinado, pretendiendo haber usado de su libertad de acción."

---

<sup>24</sup>Planiol, op.cit.,789.

A finales del siglo XIX e inicios del XX, en Francia, Planiol <sup>(25)</sup> ya puede sistematizar cierto ámbito de aplicación de la noción del uso abusivo del derecho que todavía se manifiesta múltiple, pues se aplica a diferentes ramas del derecho y en diferentes casos:

"Despidos de obreros o de empleados.

La legislación anterior a 1890 concedía a ambas partes el derecho absoluto de rescindir el contrato por su sola voluntad; La Ley de 27 de diciembre de 1890, completando el art.1870CC decide que no obstante pueden causarse daños y perjuicios sin decir en qué casos ni por qué causas. El código de trabajo consagró también esta disposición (Lib.1, art, 23), que fue reformado por la ley del 19 de julio de 1928. Esta ley, distingue, claramente, la indemnización de los daños y perjuicios por inobservancia del plazo de despido, de la originada por la rescisión abusiva de una de las partes contratantes. Ordena aquélla que el juez mencione el motivo alegado por la parte que haya roto el contrato. Este caso es un ejemplo de abuso en la rescisión de un contrato; pero debe advertirse que si el abuso es posible, se debe a que el derecho de rescisión está restringido por la ley."

"Huelgas

Los obreros o empleados de los particulares tienen derecho a declararse en huelga. Pero este derecho no es ilimitado: por una parte, la Ley del 28 de mayo de 1864, que declaró lícita la huelga en sí misma, continúa reprimiendo los actos de violencia, vías de hecho, amenazas y maniobras fraudulentas, que a menudo acompañan a la huelgas (arts.414 y 415, CP): por otra parte, la huelga es un medio que puede servir para muchas cosas, y cuyo carácter moral depende del objeto que se proponen los huelguistas. ¿Pretenden obtener un salario más elevado o la reducción de las horas de trabajo? Su huelga es lícita. ¿Tratan de que se despidan a un obrero no sindicalizado? Su huelga es ilícita, porque atenta contra la libertad de otra persona. Por tanto, las huelgas pueden ser lícitas, ya sea por su forma de acción o por su objeto. En esta materia el abuso es posible porque el derecho está limitado, y porque los huelguistas pueden hacer, de hecho, cosas prohibidas por el derecho."<sup>26</sup>

"Ejercicio de las acciones judiciales

Una jurisprudencia constante decide que quién sigue su litigio como actor o como demandado, puede ser condenado a pagar a su contraparte daños y perjuicios si obró solamente por malicia o mala fe, o como consecuencia de un error grave. Lo anterior se debe a que el derecho de recurrir a la justicia no es absoluto: sólo se concede a los particulares para la defensa de sus intereses legítimos, y no con un fin de diversión o de malignidad; por tanto, está subordinado a la existencia de un interés serio que condena a un acreedor al pago de 500 francos de indemnización, por haber embargado todos los inmuebles de un enajenado en razón de un crédito de 33 francos, que condena a un propietario que lanzó a su arrendatario, en virtud de una decisión judicial."<sup>27</sup>

"Ejercicio del derecho de propiedad.

El propietario de un inmueble no tiene el derecho de dedicarse a cualquier ocupación en su propiedad; hay muchos edificios o industrias que son molestos para los vecinos y que en principio le están prohibidos. Estos establecimientos han sido clasificados como peligrosos, insalubres o incómodos por el Decreto del 25 de octubre de 1810 que fue reformado por la Ley del 19 de diciembre de 1917. Sólo pueden abrirse con autorización administrativa. Basta leer el Decreto de 1810 para convencerse de que el gobierno imperial deseaba reglamentar totalmente la creación de estos establecimientos, y transferir a los consejos de prefectura el conocimiento de las reclamaciones y oposiciones de los vecinos, de suerte que según los autores del decreto, los establecimientos abiertos después de ser inspeccionados y autorizados no pudieran estar expuestos a ninguna reclamación. Sin embargo la corte de casación decide: 1. Que los vecinos pueden ejercitar sus acciones incluso en contra de los establecimientos autorizados; 2. Que los tribunales comunes son competentes para conocer de estos negocios (19 de julio 1826, dos sentencias). Una jurisprudencia definida concede daños y perjuicios a los vecinos que sufren por la explotación; pero los tribunales no se pronuncian, y con razón, porque en estos casos exista abuso del derecho. Simplemente expresan que el propietario ha sobrepasado las obligaciones ordinarias que le impone la vecindad al hacer de su propiedad un uso excepcional o culpable. Por el contrario, ejemplos muy claros de abusos del derecho de propiedad se encuentran en los casos en que el propietario realiza actos que

<sup>25</sup>Ibid.p.789

<sup>26</sup>Id.

<sup>27</sup>Ibid.p.790

entran en las obligaciones ordinarias que impone la vecindad, pero cuyo objeto solamente es perjudicar a los vecinos sin obtener él mismo ninguna utilidad."<sup>28</sup>

\*Crítica teatral y derecho de respuestas

La responsabilidad de las críticas, es justipreciada generalmente, por los hechos y las circunstancias. El derecho de respuesta en materia de prensa, ha sido considerado como un derecho absoluto, que no es susceptible de abuso.<sup>29</sup>

\*Arrendamiento de locales para habitación

Algunas leyes sucesivas sobre la prórroga de los contratos de arrendamiento, admitían que el propietario tiene, en determinadas condiciones, el derecho de recuperar los locales. La ley del 29 de junio de 1929 que reformó el art. 13 de la Ley del 10 de abril de 1926, decide que el propietario debe indicar con precisión el o los motivos que justifican el ejercicio de dicho derecho, y concede a los tribunales el control de la legitimidad de los motivos invocados.<sup>30</sup>

"En nuestra jurisprudencia no encontramos otros ejemplos de abusos del derecho. Pero la expresión ha sido bien acogida y se ha usado para designar determinados casos de responsabilidad en los cuáles realmente había culpa, aunque ésta era extraña al ejercicio de un derecho. Es así, como erróneamente, se ha hablado del abuso cometido por un padre en el ejercicio del derecho de negar su consentimiento para el matrimonio de su hijo menor; del abuso del derecho de no contratar, a propósito de la negativa del patrón para ocupar los servicios de obreros sindicalizados o del abuso cometido por un sindicato de médicos que se niega a recibir un miembro."<sup>31</sup>

Anteriormente, al surgimiento de las ideas socialistas, el ejercicio de un derecho era siempre legítimo o lícito aunque dañara a otras personas, sin importar otras circunstancias, mientras no se ejercitara con mala intención. El derecho de propiedad permitía el uso y el abuso de la cosa del dueño. Las codificaciones y las doctrinas más modernas sobre el uso abusivo del derecho surgen como un reivindicación del sujeto de derecho, en una ampliación de su tutela jurídica frente a la erosión de un sistema creado para privilegiar la protección del patrimonio y para permitir intolerables excesos en el ejercicio de los derechos individuales, con absoluta prescindencia del derecho o del interés de los demás. La tutela de la persona, ligada estrechamente con la tipicidad de las normas de los Códigos Civiles, se circunscribía sólo a proteger los derechos expresamente normados. Los intereses existenciales, que no habían alcanzado concreción normativa, por más importantes y dignos de tutela que fueran quedaban al margen de la protección del derecho.

La teoría del abuso del derecho surge en el siglo XIX, según Josserand, como una reacción social frente al exacerbado y excluyente individualismo derivado de la Revolución Francesa (que a su vez fué derivado de una tiranía de los reyes o del poder del Estado monárquico contra el individuo), el mismo que subyace en el articulado del Código Civil de los franceses y de aquellos otros de él

---

<sup>28</sup>Id.

<sup>29</sup>Id.

<sup>30</sup>Id.

<sup>31</sup>Id.

derivados. Los Códigos Civiles de la época, aunque elaborados bajo los auspicios de las frondas revolucionarias y democráticas, resultaban atrozmente burgueses, eran códigos a la medida del elemento dominador, y el elemento dominador era la burguesía. El abuso del derecho es una de las infinitas reacciones que a fines del siglo XIX se operan contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista.

La doctrina jurídica elabora paulatinamente, no exenta de contradicciones y vacilaciones, la teoría del abuso del derecho. No obstante, el período de diseño teórico de dicha figura no ha concluido, desde que no existe aún concenso entre los juristas en lo que atañe a su propia naturaleza y, en menor medida, a los criterios de su determinación. Sin embargo es de general aceptación que existen dos criterios de determinación del uso abusivo del derecho: el objetivo y el subjetivo.

A propósito dice ( <sup>32</sup>)Sessarego:

En lo que concierne a la caracterización de la figura, han sido dos los criterios opuestos que básicamente han prevalecido, con distinta fortuna, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días. Nos referimos a las concepciones subjetivistas y objetivistas sobre el abuso del derecho.

### 1.3) NATURALEZA JURÍDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

#### 1.3.1) Conceptos doctrinales sobre el uso abusivo del derecho.

Rojina Villegas, (<sup>33</sup>) cita extractos de Gény, en cuanto a la relación del abuso del derecho y las fuentes legales, es decir para apoyar la idea de que los derechos tienen límites en las mismas leyes que no son señaladas por las lagunas propias de éstas, y que la interpretación de la ley se debe buscar en el principio general del equilibrio de intereses en conflicto. Valorar y equilibrar intereses sociales, políticos, económicos y morales:

".....-; que a pesar de la tradición y de las fórmulas consagradas por el derecho romano, si es posible en el derecho moderno reconocer una limitación necesaria en el ejercicio de los derechos, a efecto de que éstos sean disfrutados siempre en beneficio general. El progreso jurídico a podido colmar las lagunas de la ley en esta materia, considerando que independientemente de los textos legales, debe tomarse en cuenta el principio general del equilibrio de los intereses en conflicto, para que los derechos sean ejercitados sin causar daño a terceros.

..... nuestra conciencia jurídica moderna repugna, más cada vez, admitir que el ejercicio de los derechos pueda ser ilimitado. Esta tendencia se ha traducido singularmente en una jurisprudencia, hoy resueltamente establecida, que rehusa aplicar la máxima tradicional Neminem laedit qui suo jure utitur en todos los casos en que ella reconoce un verdadero abuso del derecho....., en cuanto a mí, me siento inclinado que no se descubrirá la medida justa y verdadera de los derechos individuales más que penetrando su objetivo económico y social y comparando su importancia con la de los intereses que ellos contrarian..... Sea como quiera, además, me es suficiente observar aquí que esta cuestión capital del

<sup>32</sup>Sessarego, Op. cit., p.124

<sup>33</sup> Rojina, op. cit., pp.324-325

abuso del derecho sobre la cual nuestra legislación escrita guarda un silencio casi absoluto, exige del intérprete, para ser juiciosamente resuelta, una compensación de consideraciones morales, políticas, sociales y económicas que se encuentran comprometidas en el conflicto de los intereses opuestos."

A mediados del siglo XX Bonnetcase pensaba sobre la naturaleza jurídica del uso abusivo del derecho, basándose en sentencias que dictaron, los tribunales de apelación y la Corte de casación de Francia lo siguiente:

El abuso del derecho consta de:

- 1.-Ejercicio de un derecho
- 2.-No utilidad del derecho ejercitado
- 3.-Intención de dañar
- 4.-Daño en los intereses de otro sujeto

La posición de Bonnetcase: Todos estos elementos son necesarios, pero el más importante de estos es la intención de dañar (lo que él llama la "forma psicológica"), y no en la forma como se utiliza el derecho o su fin (lo que él llama su forma material).

Primero Bonnetcase <sup>(34)</sup> admite que pese a las discusiones que hubo para aceptar su realidad como figura jurídica, su aceptación ya es un hecho en la jurisprudencia y doctrina de su tiempo:

"La noción de abuso de los derechos, cuyo dominio de aplicación es tan extenso en la actualidad, fue en un principio muy discutida, y hasta se tachó de contradictoria. Sin embargo, necesariamente debió haber presentado una realidad, puesto que hoy no se discute su existencia, y porque se encuentra a cada paso en la jurisprudencia. Comenzaremos exponiendo la obra de ésta para pasar enseguida a la solución que debe darse al problema que plantea."

Pasemos a comprobar con sus ideas textuales que efectivamente Bonnetcase ( <sup>35</sup>) sostiene una teoría del abuso del derecho, basado en la jurisprudencia de su tiempo y en Francia, de corte subjetivista:

"La jurisprudencia ha dividido claramente la noción de abuso de los derechos. Ve en ella por una parte, un estado meramente psicológico y , por otra, una situación material. En el primer sentido, el abuso de los derechos se refiere el de una persona de ejercitar, con el solo fin de perjudicar a otra, y por tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular. En su segundo sentido, el abuso de los derechos designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto. En este segundo caso, la jurisprudencia por mucho tiempo se refirió al "ejercicio anormal" de un derecho, más bien que a su "ejercicio abusivo"; pero progresivamente ha llegado a este último término.

La solución de las controversias sobre la determinación del abuso de los derechos, reside para nosotros en la inadmisibilidad de la pretendida forma material de esta noción, en favor de su forma psicológica. En esta forma nos encontramos de acuerdo con la tradición civilista del siglo XIX y la realidad de las cosas"<sup>36</sup>

El camino que sigue Bonnetcase para explicar el abuso del derecho es a partir de la noción, ya existente, de la intención de dañar o de violación de los límites objetivos de un sujeto que es al mismo tiempo la violación de un derecho subjetivo de otra persona (a la que

---

<sup>34</sup>Bonnetcase, op., cit. p.819

<sup>35</sup>Id.

<sup>36</sup>Ibid. p.824

se causa un daño). Entonces le sorprende que el abuso del derecho se considera una noción nueva ya que en realidad le parece un caso especial del acto ilícito. Lo que no entendió Bonnacase es que cuando en su tiempo se decía que el abuso del derecho era la negación del carácter absoluto de los derechos individuales, no era que éstos no tuvieran límites expresos en la ley sino que la jurisprudencia les había puesto límites (basado en la intención de dañar) que en la ley no existían, violando el principio de que el individuo era libre de hacer todo con sus derechos, salvo, lo que la ley le prohibiera.

Bonnacase no lo entendió así, porque le parecía que lo especial que tenía el abuso del derecho respecto a cualquier acto ilícito era la intención de dañar, y ésta estaba prohibida desde el Imperio romano y la Edad Media, es decir, que la limitación a los derechos individuales era válida porque el individualismo admitía como una limitación a sus derechos la intención de dañar que no eran muy diferentes de otras limitaciones ya existentes en la ley como , el orden público, las buenas costumbres, el respecto a otras leyes y reglamentos. Bonnacase no vió en el abuso del derecho sino actos de emulación conceptuados dentro del acto ilícito, es decir, una especie de los actos ilícitos. (Cfr. apéndice) La posición de Bonnacase no satisface a la conciencia moderna: Si una persona ejerciendo su derecho, y sin violar ninguna ley, causa un daño, sin intención de dañar, sin utilidad o con utilidad, para Bonnacase, no tiene obligación de repararlo, no obstante que admite que el abuso del derecho también es la noción de derecho actuando dentro del derecho positivo. Tal vez confundió Derecho con ley (una fuente).

Una vez establecida la naturaleza jurídica del uso abusivo del derecho Bonnacase (37) pasa a explicar su efecto y dominio de

aplicación: "Una vez comprobada la realización del abuso de los derechos, la situación es de las más sencillas: debe ordenarse la reparación del perjuicio y su mejor forma consistirá en destruir lo que se ha hecho en desprecio del ejercicio sumamente entendido. No se explica uno porque se ha sostenido la solución opuesta; la condena al pago de daños y perjuicios no equivale, lógicamente, a una reparación de especie. Por otra parte, la jurisprudencia se ha pronunciado por la reparación en especie, como lo demuestran las sentencias Doerr y Savart, por ejemplo. Sobre todo, si las consecuencias del abuso de los derechos no presentan actualmente ninguna dificultad, no es así respecto a su dominio de aplicación. Varias dificultades han surgido sobre este punto.....En primer lugar se ha preguntado si el abuso de los derechos no se absorbe realmente en la noción de delito. Pero no es así; el delito, según los arts.1382 y siguientes constituye, esencialmente, el incumplimiento a una obligación legal, y, en nuestra opinión, también a una convencional. Por el contrario, en el abuso de los derechos, el autor del perjuicio se mantiene en los límites objetivos de su derecho, y por tanto no viola ninguna obligación preexistente. Únicamente los autores que reducen el delito al acto de un individuo desprovisto no sólo de diligencia media, sino de prudencia y atención, han podido assimilar el abuso de los derechos al delito. Pero este

---

<sup>37</sup>Ibid. pp.827-828

concepto del delito es inexacto en un buen análisis. La noción de abuso de los derechos tiene una existencia autónoma; un hecho material puede muy bien no ser delito y sin embargo dar nacimiento al abuso de los derechos. En otros términos, el abuso de los derechos refuerza los arts.1382 y ss permitiéndolo afectar las acciones que no quedan comprendidas en el dominio de éste. De la misma manera que el enriquecimiento sin causa, tiene un dominio de aplicación independiente de las fuentes de las obligaciones (?), según la teoría clásica, el dominio de aplicación del abuso de los derechos es independiente del delito y del cuasidelito.... Pero establecido este punto, ha surgido la cuestión de saber si el abuso de los derechos, tal como lo hemos definido, es susceptible de surgir con motivo de cualquier derecho..... Los autores a este respecto han distinguido, por una parte, los derechos especialmente definidos y reglamentados por el legislador, como el de propiedad, y, por otra parte, los derechos no definidos aún por la ley y confundidos en la noción general de libertad. Tal parece que se admite la posibilidad del abuso en todos los casos, pero con mayor facilidad cuando se trata de los derechos no determinados, que con respecto a los precisados y definidos. Parece que es ésta la opinión de algunos autores. Por nuestra parte, no comprendemos que haya podido vacilarse para reconocer doctrinalmente la eventualidad de un abuso de los derechos a propósito de una facultad claramente definida, como el derecho de propiedad. La jurisprudencia se ha encargado de consagrar la afirmativa sin indecisión alguna, y de rechazar en esta materia, como en otras, las tesis de los derechos absolutos en su ejercicio y en su principio. Sin embargo, hay autores que muestran alguna duda respecto de ciertos derechos. Por su naturaleza y fin, estos derechos no implicarían su abuso. Consideramos que no es así. En los casos considerados, hace falta alguno de los elementos del abuso de los derechos; nos encontramos principalmente ante un interés moral por salvaguardar en el titular del derecho; es éste el caso de ciertos derechos de potestad paterna, como la prerrogativa de los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos o de negar su consentimiento sin tener que indicar los motivos de su negativa. El legislador presupone en los padres la existencia de un interés moral."

Para Rojina Villegas (38) los elementos que constituyen el uso abusivo del derecho son:

- 1) Existencia de un derecho
- 2) Ejercicio de ese derecho
- 3) Comisión de un daño

"En el abuso de los derechos partimos de la existencia de un derecho, del ejercicio del mismo y de la comisión de un daño por ese hecho, pero suponemos que hay un abuso en el ejercicio, de aquí que en un principio se haya hablado del uso abusivo de los derechos. Esta terminología que comenzó a ganar terreno fue después criticada. Planiol considera que es contradictorio hablar del uso abusivo de los derechos, porque distingue lógicamente dos situaciones: si hay uso, no puede haber abuso; y si hay abuso, no puede haber uso. De manera que el titular de un derecho o lo usa o abusa de él, pero no puede en el uso abusar del derecho. Dice Planiol que el campo que delimita el ejercicio de un derecho debe estar precisado en cada caso. Esto dependerá de la naturaleza misma del derecho por ejercitar; por ejemplo, la propiedad tiene desde la época romana un gran radio de acción, se le consideró derecho absoluto no sólo en el sentido de erga omnes, sino como derecho no limitado; pero en el propio derecho romano la propiedad sufrió limitaciones muy numerosas y en el actual, aunque disfruta de este atributo, han aumentado constantemente las restricciones a la propiedad con las modalidades a la misma. Por consiguiente, dependerá de cada derecho el definir su ámbito."

Para encontrar en que consiste propiamente el uso abusivo del derecho Rojina Villegas, no le basta el criterio de Planiol de que la norma lo diga expresamente, que se señale la limitación que tiene tal o cual derecho en su ejercicio.

En consecuencia, Rojina Villegas (39) pasa a analizar los criterios de Planiol y Bonnacase sobre el abuso del derecho:

"Ahora bien, ¿basta para poder definir la existencia de un abuso y, por lo tanto, de un hecho ilícito, partir del simple ámbito que resulta del ordenamiento jurídico, fijando los alcances del derecho?

¿O es necesario recurrir a un dato subjetivo, a mal fe, la intención de dañar, el propósito de ejercitar inútilmente el derecho sólo con el afán de perjudicar al tercero? En este sentido está planteado el debate

<sup>38</sup> Rojina, op.,cit. pp.325-329

<sup>39</sup> Ibid. pp.326-327

entre los civilistas. Para algunos, basta extralimitarse en el ejercicio del derecho, cualquiera que sea la intención del titular; desde el momento en que se pasan los límites objetivos que determinan las reglas jurídicas, aun cuando sea de buena fe, aun cuando no exista el propósito de dañar, aun cuando haya un interés lícito en el ejercicio del derecho, si se causa daño, se debe reparar éste, porque el titular sólo puede ejercitar el derecho dentro de los límites que marca la ley.

Bonnecase objetó esta tesis de Planiol, simplemente objetivista, afirmando que en el abuso de los derechos, debe haber además un dato subjetivo: la intención de dañar, y un dato objetivo: que hizo consistir en el ejercicio inútil del derecho; no acepta el criterio de fijar límites al campo de ejercicio de los derechos, porque dentro del propio ordenamiento no es posible determinar tal cosa; por ejemplo, el propietario en ejercicio de su derecho de propiedad está actuando dentro de su predio, hace una excavación, una construcción, no se trata de que se extralimite saliendo del predio para pasar al del vecino, pues aquí si habría la intención de violar un derecho ajeno. ¿Cómo, entonces, dice Bonnecase, podemos afirmar que el titular traspasó los límites del derecho, como dice Planiol? Si está actuando dentro de su propio predio, ejercitando su derecho de propiedad, y así podríamos seguir ejemplificando. No es por consiguiente a través de un límite fijado en el ordenamiento jurídico, como vamos a saber si hay un abuso del derecho, el dato objetivo debe buscarse en el resultado. Si el derecho se ejercita inútilmente, debe considerarse que hay un ejercicio anormal; el derecho autoriza el ejercicio de las distintas facultades, para utilidad de su titular y esto, por lo menos, es indiscutible en los derechos patrimoniales, en los que, como explicó Ihering, hay un interés jurídicamente protegido. No tiene sentido un derecho que se ejercite de manera inútil. Se realizan ciertas actividades precisamente porque son beneficiosas al titular; luego entonces, si se está ejercitando un derecho de manera inútil a sabiendas de que no se podrá obtener un resultado, tenemos un dato objetivo que nos demuestra que se han traspasado los límites del ejercicio normal. Pero, además, dice Bonnecase, debe haber un elemento subjetivo, el propósito de causar daño. Puede haber el ejercicio inútil, sin el propósito de causar daño, caso en el cual no debe haber indemnización; o puede haber el propósito de causar daño, pero en el ejercicio útil de un derecho; tampoco en esta hipótesis deberá repararse el daño causado. Por ejemplo, si por abrir un pozo en mi propiedad, seco el pozo vecino, para aprovechar el agua que necesito, aun cuando procedo con la intención de secar el pozo ajeno, el ejercicio de mi propiedad no es inútil, porque necesito agua, aun cuando el resultado sea perjudicial para el predio vecino. Pero si tengo agua en abundancia y simplemente deseo ejercitar inútilmente mi derecho, y , además, deseo perjudicar al vecino, se cumplen los requisitos fundamentales para que exista el abuso del derecho. Puede darse el caso de que ejercite inútilmente mi derecho, pero sin el ánimo de perjudicar, en este caso el titular sufre las consecuencias de un ejercicio inútil y no debe reparar el daño causado, en virtud de que no tuvo el propósito de dañar.

Luego Rojina, analiza la posición de Duguit sobre el abuso del derecho de acuerdo a la posición de Duguit de lo que es el derecho y sus fines. Según Duguit, no puede hablarse ni de abuso de los derechos ni de ejercicio porque el Derecho como sistema debe obligar a los sujetos a hacer los actos que aumenten la convivencia y prohibir los actos que perjudiquen la solidaridad. Esta idea es totalmente contraria a Planiol, para el cual prohibir fines puramente egoístas al ejercitar los derechos, si estos no están prohibidos (o sea sólo permitir los derechos que tengan fines individuales y sociales) es casi ir contra la naturaleza de las personas y contra los fines del derecho tal como él los concebía.

Rojina (40) comenta a Duguit:

León Duguit nos indica que no puede haber uso abusivo de los derechos, ni ejercicio ilícito; pues los derechos se ejercitan para lograr la solidaridad social. EL mencionado jurista francés deriva dos obligaciones fundamentales del principio de solidaridad social: a) Tanto los gobernantes como los gobernados tienen el deber de ejecutar todos aquellos actos que sean necesarios para intensificar la interdependencia humana y hacerla cada vez menos imperfecta; b) Asimismo, están obligados a abstenerse de ejecutar todos los actos que en algún sentido lesionen la solidaridad social.

---

<sup>40</sup>Ibid. pp.328-329

Aplicando los dos principios que se desprenden lógicamente de las obligaciones que impone la solidaridad social, al problema relacionado con el abuso de los derechos, Duguit sostiene que como todo derecho debe ejercitarse en términos tales que intensifique la interdependencia humana, absteniéndose su titular de ejecutar los actos que pudieran lesionarla, no puede darse el caso de que a la vez haya un ejercicio y que éste sea abusivo del derecho, pues serían contrario a la solidaridad social. Es decir, los derechos sólo pueden ejercitarse en la medida que cumplen funciones sociales. De esta suerte, cuando so pretexto de ejercer un derecho se causa daño a otro, quiere decir que se ha hecho un mal uso de una facultad jurídica, traicionando el fin social para el cual fue creada. Por lo tanto, el abuso del derecho siempre tendrá que ser contrario a la solidaridad social, pues violaría la obligación fundamental que existe a cargo de los gobernantes y de los gobernados, en su aspecto positivo y negativo a la vez, consistente en ejercitar los derechos de manera que se traduzcan directa o indirectamente en un beneficio social, absteniéndose, en consecuencia, de todo empleo de los mismos que cause daño a tercero. Además, el ejercicio abusivo de los derechos entraña en sí mismo una idea contradictoria, pues el verdadero acto de ejercicio de un derecho, implica una forma de cooperación social; en cambio, el abuso del mismo derecho sería un acto contrario a la solidaridad social. En consecuencia, no puede el mismo acto constituir a la vez un uso y un abuso del derecho.... Ante todo, el propietario tiene el deber y el poder de emplear la riqueza que posee en la satisfacción de sus necesidades individuales. Pero, bien entendido, que no se trata más que de los actos que corresponden al ejercicio de la libertad individual, tal como anteriormente la he definido, es decir, al libre desenvolvimiento de la actividad individual. Los actos realizados en vista de este fin serán protegidos. Aquellos que no tienen este fin, y que, por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva, serán contrarios a la ley de la propiedad y podrán dar lugar a una represión o a una reparación. Así resultan muy fácil y lógicamente explicadas todas las decisiones que reconocen y sancionan la imposibilidad del propietario de realizar en las cosas que posee acto alguno que no signifique alguna utilidad. Y he ahí esas decisiones explicadas sin recurrir a las teorías contradictorias e inexplicables del abuso del derecho, de la limitación del derecho de propiedad, fundadas en la distinción imposible del uso normal y anormal del derecho de propiedad.

Si puedo legalmente construir una casa de alquiler en mi terreno, aun cuando cause grave perjuicio a mi vecino, es que en tal caso empleo la cosa en mi interés, es verdad, pero al mismo tiempo en vista de un fin de interdependencia social. Realizo el trabajo social que mi posesión de ese terreno me permite cumplir; aseguro la satisfacción de necesidades sociales. Pero como la jurisprudencia ha decidido con razón, no puedo legalmente construir una pantalla sobre mi terreno, una falsa chimenea sobre mi tejado de mi casa, o hacer sin motivo excavaciones en mi jardín, porque con eso hago cosas que no me son de utilidad ninguna y que de ninguna manera sirven a la interdependencia social.

Como vimos para Duguit, comentado por Rojina, el abuso del derecho es contradictorio con su idea del derecho y sus fines, y además no se pueden resolver problemas basado en distinciones de uso anormal y normal del derecho, y sin embargo, se puede dejar un margen a la libertad individual aunque se afecten a otras personas ya que si se ejercitan un derecho sin intención de dañar, con una utilidad para sí y para la sociedad (implícita) aunque se cause daño a otro, no hay obligación de reparar porque no es incurrir en ningún ilícito. Para Rojina Villegas (41) la naturaleza jurídica sobre el uso abusivo del derecho se aclara con la distinción de Josserand entre actos ilegales, culpables y excesivos, los cuales son relacionados con tres sistemas de responsabilidad civil:

.....distinción que hace Josserand entre actos ilegales, culpables y excesivos. Los primeros son aquellos que se ejecutan violando la ley; los actos culpables se realizan dentro de los términos de la norma jurídica, pero contrariando su espíritu y finalidades; se incluyen aquí especialmente los actos abusivos. Por último, los actos excesivos también se realizan dentro de los límites objetivos de la ley, pero originan daños a terceros por virtud de ciertos riesgos que sería injusto arrojar íntegramente al perjudicado. Josserand aplica esta distinción mencionada al derecho de propiedad y a la realización de los procedimientos judiciales, especialmente de los recursos, de los incidentes, y de otros actos procesales.

<sup>41</sup> Ibid. pp.329-330

Distingue Josserand tres sistemas de responsabilidad civil en relación con la división tripartita de actos ilegales, ilícitos, y excesivos. Es decir, habrá lugar a la responsabilidad civil cuando se ejecuten actos contrarios a la ley que causen daños y perjuicios (actos ilegales); cuando sin infringir una norma jurídica, se ejercite un derecho, pero con un fin doloso, es decir, con el propósito de causar un mal a un tercero (actos ilícitos o abusivos) y, finalmente, cuando se causan daños por el ejercicio de una actividad que implica un riesgo para los demás, aún cuando se proceda lícitamente (actos excesivos)."

En el siglo XIX las ideas de Josserand sobre los límites objetivos de los derechos subjetivos no fueron aceptadas, por algunos, por el supuesto peligro que corrían los derechos subjetivos al dejar a la discrecionalidad del juez limitarlos, es decir, dejar a los jueces, no a la ley, determinar los límites de los derechos:

Para Planiol la naturaleza del uso abusivo del derecho se aborda mediante la idea de la relatividad de los derechos, pero el tratamiento que hace Josserand del asunto no le satisface pese a que se basa en ideas generosas y lleva a la socialización del derecho, porque : 1) Niega toda margen a la libertad, o sea, a la irresponsabilidad, porque su idea del derecho conduce a que entre más derechos tiene una persona más responsabilidad tiene, en lugar de que entre más derechos /Utenga una persona más libre sea 2) Deja al arbitrio del juez valorar si un derecho se ejercita o no de acuerdo a su destino económico-social.

Planiol <sup>(42)</sup> se queja de las ideas de Josserand sobre el uso abusivo del derecho:

"La idea de la relatividad de los derechos es muy antigua y el código civil no ha desconocido que es verdadera, incluso en su definición del derecho de propiedad (art.544), que con tanta frecuencia se le imputa estar inspirado en la idea del absolutismo los derechos individuales. Pero se ha pretendido engirla en principio general cuya aplicación debe el juez asegurar, analizando el espíritu de los derechos. Josserand distingue los derechos de espíritu egoísta y los de espíritu altruista, que llama derechos función y que sólo pueden ejercer a condición de no dañar a nadie. Se adhiere al principio consagrado por el art. 1º del código civil de las repúblicas soviéticas: "los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo cuando se ejercitan en un sentido contrario a su destino económico y social". En la teoría de la relatividad de los derechos se ha encontrado un instrumento de socialización del derecho.

Esta teoría inspirada en pensamientos generosos, tiene como consecuencia entregar el ejercicio de los derechos a la arbitrariedad del juez, sin dar a éste una regla de conducta, para determinar si el derecho se ha ejercitado o no conforme a su destino económico y social. Si se examinan las cosas a fondo, se llega a la negación del derecho individual, pues el subjetivo sólo tiene valor cuando confiere la irresponsabilidad. No debe decirse que "mientras más derechos se tengan se adquiere mayor responsabilidad", sino, por el contrario, que mientras más derechos se tienen, existen mayores probabilidades de ejercer libremente nuestra actividad."

Estas razones que aduce Planiol contra Josserand no son correctas porque: 1) Si bien es cierto que entre más derechos tiene una persona más obligaciones tiene, estas obligaciones no son una carga como lo sugiere Planiol, porque sólo prohíben actuar de modo antisocial y dejan al individuo actuar como quiera, y por tanto no son contrarias a que un individuo al tener más derechos tenga más libertad. Lo que quiere Planiol es que el sujeto puede ser libre dentro

---

<sup>42</sup>Planiol, op.cit.p.788

de una normatividad que le permite, cuando sus fines individuales son incompatibles con la función económico social del derecho, no renunciar. 2) Es una exageración suponer en una arbitrariedad del juez en un sistema social donde sólo se permiten los derechos con una función económico social determinada. No es que no pueda darse arbitrariedad sino que no tendría que darse más de la ya aceptable y posible respecto de cualquier derecho.

En realidad estamos en el viejo dilema de la axiología jurídica: O escogemos mayor libertad individual y entonces habrá menor seguridad jurídica social o a la inversa.

Sobre el papel atribuido a la intención de dañar y al campo de aplicación del uso abusivo del derecho en relación a los sistemas de responsabilidad, Planiol (43) dice:

"Sin embargo, es imposible tolerar que en la sociedad el titular de un derecho lo ejerza sin ningún interés real, y únicamente con objeto de perjudicar a otra persona. También en este caso se dice que abusa de su derecho, adquiriendo entonces la expresión un sentido preciso: significa que la intención que anima al titular del derecho, basta para convertir en ilícito un acto que objetivamente sería lícito. Se incurre en responsabilidad por estos actos intencionalmente nocivos. A la víctima corresponde la prueba de la intención del autor del acto; frecuentemente esta prueba será fácil cuando realizado el hecho de que se trata, su autor no hay obtenido ninguna utilidad de él. En la actualidad la jurisprudencia admite, constantemente, que se incurre en responsabilidad cuando se abusa de un derecho, entendiendo al expresión en este sentido.

La idea es generosa, su aplicación es la que no debe exagerarse. Los hombres pasan la vida dañándose unos a otros; la vida de las sociedades es una lucha perpetua y universal; toda acción, todo trabajo, es un hecho de concurrencia económica o social; todo hombre, toda nación que adquiere una superioridad en una rama cualquiera de su actividad, suplanta a otros, domina a sus concurrentes, los daña, y tiene derecho a ello. Esta es la ley de la naturaleza y la humanidad no tiene interés en sustraerse a ella, porque es el único estimulante de su energía. Manifiestamente es imposible obligar a quién triunfa a costa de otro, a indemnizar a sus concurrentes desafortunados. En la mayoría de los casos, no se toma en consideración la intención de dañar; el carácter lícito o ilícito del acto no dependen de tal intención. Lo anterior, que puede considerarse sorprendente después de todo lo que se ha escrito o juzgado sobre el abuso de los derechos, resulta de muchas observaciones y, principalmente, de las tres siguientes:

1.-Los actos dafinos de la competencia económica o social están permitidos por la ley, sin que sea necesario determinar si el daño es voluntario, pues es inevitable esta daño causado a otra persona; lo único ilícito es el empleo de procedimiento violentos, como se ven en la mayoría de las huelgas, o fraudulentos, como en los casos de concurrencia desleal entre comerciantes.

2.-Cuando el acto perjudicial es reprimido, por medio de la acción de indemnización, es también indiferente la intención de dañar; si hubo intención de dañar, se dice que existe delito; en caso contrario se dice que se trata de un cuasidelito o de una simple culpa; pero ambos casos se tratan en la misma forma y, voluntario o no, el daño siempre origina la misma reparación.

3.-Sin embargo, hay ciertos casos en los cuales la jurisprudencia admite que un acto puede llegar a ser ilícito en razón de la intención del autor, cuando se ejerce el derecho sólo con objeto de dañar a otra persona. Es éste el verdadero dominio del abuso de los derechos; se advierte qué tan limitado es.

Quando se demuestra tal abuso, se suprime el ejercicio de un derecho individual, en razón de la inmoralidad del autor del acto. No debe hacerse esto sino con extrema reserva, y cuando no pueda haber ninguna duda sobre la intención del autor."

Para los pensadores del siglo XIX el abuso del derecho, en su forma objetiva, no podía ser un ilícito porque no existía un deber de respetar al afectado porque no tenía ningún derecho de ser respetado; ningún derecho subjetivo, ningún derecho preexistente,

<sup>43</sup>Ibid. p.789

dado que no había norma expresa que prohibiera el abuso del derecho. Y como lo que no está prohibido expresamente estaba permitido, aunque se causar daño a ese alguien no se le podía prohibir su conducta pues era lícita. Tampoco al afectado se le puede defender porque no existen un interés jurídico que la norma le reconozca y que el Estado proteja.

Además si la propiedad es un derecho oponible a otros tampoco se le puede proteger. En contra de esta posición tenemos actualmente el art. 4º de la Constitución peruana y su Código Civil, en su art.5º (Cfr. Apéndice), que dicen que son materia de protección jurídica todos aquellos intereses existenciales que, sin estar tutelados por una norma jurídica expresa, derivan de la dignidad de la persona.

Bejarano (44) opta por considerar al uso abusivo del derecho como una especie del hecho ilícito, ya que según él, el uso abusivo del derecho participa de los mismos elementos que el hecho ilícito. Para él los elementos del hecho ilícito son : antijuricidad, daño y culpa. En lugar de decir acto ilícito, el dice hecho ilícito.

"Una especie peculiar de hecho ilícito que ha adquirido gran resonancia e interés en el derecho moderno, es el llamado "uso abusivo de los derechos, caracterizado porque causamos daño al hacer uso de un derecho; nuestra conducta perjudicial tiene una juricidad aparente; y digo aparente con toda deliberación, porque aunque parezca que el agente está actualizando un derecho, el sentido con que lo hace o la intención que lo anima, desvirtúan su derecho y lo niegan al punto que no se trata ya entonces del ejercicio de un derecho, sino de una acción antijurídica."

Bejarano (45) primero define el hecho ilícito según el Código Civil para el Distrito Federal, es decir, como antijuricidad, pero para él, en realidad, el hecho ilícito en rigor se compone además de la antijuricidad, el daño, el dolo ó la culpa.

"Qué se entiende por hecho ilícito? El artículo 1830 del CC. señala que es hecho ilícito todo aquel "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". Se trata de un concepto conocido, cuyo alcance fue precisado en la teoría del acto jurídico. El hecho ilícito, caracterizado así como una acción antijurídica, contraria a la ley o a la moral social, anula al contrato que lo tiene por objeto o finalidad principal. Ahora, toca examinar el hecho ilícito que engendra obligaciones, el que es fuente de ellas, regulado en el artículo 1910 del código, que dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo."

Bejarano (46) define las buenas costumbres como un elemento de la definición del acto ilícito:

"Y. ¿qué son las buenas costumbres? Con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad en un tiempo y un espacio determinados. Es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juzga moral. No se trata de la moral individual, sino de la moral social. No es tampoco la de cierto credo religioso sino la conciencia que predomina como el común denominador. Por tanto, será contraria a las buenas costumbres toda conducta que la opinión prevaleciente repruebe como inmoral, la que es ofensiva contra el sentido público de la moralidad y que

<sup>44</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Derecho Civil. Edit. Harla, 3a-ed., México, 1984. p280

<sup>45</sup>Bejarano.Sánchez, Manuel, Op. cit., p.221

<sup>46</sup>Ibid. p.118

por ello suscita reprobación; de ahí que se trate de una idea que varía de un lugar y de un época a otros. Para ser lícitos, los actos jurídicos deben ser congruentes con las buenas costumbres.

A continuación Bejarano (47) explica apoyándose en el Código Civil, como la antijuricidad, o ilicitud se sanciona dejando sin efectos jurídicos los actos afectados de antijuricidad.

"El derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y reglar con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídico-económica gozando de cierta libertad de acción por el ejercicio de su libertad autónoma. Esa autonomía tiene por límite la Ley, el orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no debe contradecir o contrariar las normas contenidas en la Ley.

Cuando el sujeto crea un contrato, una declaración unilateral de voluntad, o cualquier otro acto jurídico que se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno porque nunca podría prevalecer sobre el mandato de la Ley. En el choque producido entre el acto jurídico y la Ley de interés público, siempre saldrá triunfante ésta, pues la oposición se resuelve en el sentido de negar efectos al acto jurídico, al cual entonces se califica de ilícito por ser contrario a las normas de orden público o a las buenas costumbres (de observancia obligatoria para los particulares por prescripción legal). .....Ninguna conducta o finalidad que viole la ley prohibitiva, o imperativa, tendrá la protección del orden jurídico; por el contrario, suscitará la repulsa y represión del mismo. Esta razón evidente es la que explica y confiere sentido lógico a la sanción de nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo o fin ilícitos: Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos", dice el artículo 8 del CC. "El fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco deber ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", dispone el artículo 1831 CC."

Luego Bejarano nos habla entre la distinción francesa entre actos ilícitos 1)intencionales o delitos 2) culposos o cuasidelitos

Esta distinción obviamente no rige en México porque aquí los delitos son culposos o dolosos y no se les llama actos ilícitos sino delitos y se reserva su aplicación a la rama penal, y los actos ilícitos se reservan en materia civil para actos culposos o dolosos.

Lo que es importante observar es que tanto los delitos de la materia penal como los hechos ilícitos de la materia civil son HECHOS ILICITOS en un sentido amplio, es decir comparten características comunes, por ejemplo ambos son fuentes de obligaciones, unos obligaciones penales (la responsabilidad penal) y otros obligaciones civiles. Pero, lo más importante que tienen en común es que son contrarios a los valores jurídicos que un Sistema Jurídico protege; tienen cierta antijuricidad.

También que como lo señala Bejarano (48) desde los romanos (desde Justiniano) se sancionaba mediante una acción general y se generaban obligaciones, hechos que eran antijurídicos y dañosos que no estaban regulados específicamente en las leyes ni poseían una acción particular:

\*Recuérdese que los antiguos ya consideraban al delito como fuente de las obligaciones: la acción humana ilícita y dañosa, prevista por una Ley especial y dotada de una acción, imponía a su autor la obligación de reparar el daño; así, el "furtum", el "damnum", la "rapina", etcétera, eran fuentes de

47Ibid. p.117

48 Ibid. p.220

responsabilidad civil. Más adelante, Justiniano agregó en sus "Instituciones", otros hechos semejantes, igualmente antijurídicos y dañosos, que no estaban regulados específicamente por las leyes ni poseían una acción particular, pero que eran sancionados a través de una acción general y originaban obligaciones como nacidas de un delito-quasi ex delicto- o quasi ex maleficio- entre las que figuraban, como apunta Clemente Diego, "la prevaricación del Juez, arrojar o derramar alguna cosa sobre la vía pública, el robo o daño cometido en una nave o en una fonda, etcétera.

Es así como surgió la noción del "cuasidelito", adoptada después por los Códigos Civiles francés y español, aunque en éstos varía el criterio de la distinción, atendiendo o tono o matiz de la conducta del agente, ya que reservan la calificación de delito al acto intencional, y de cuasidelito al culposo o imprudencial, diferenciándose así la responsabilidad delictual de la cuasidelictual. Tal temperamento tiende a desaparecer en el Derecho moderno, donde, se suele designar tanto a las obligaciones delictuales como a las cuasidelictuales bajo la común denominación de "obligaciones procedentes de la culpa o negligencia" o de obligaciones generadas por los "hechos ilícitos".

Bejarano para explicar el uso abusivo del derecho hace una distinción fundamental entre la antijuricidad formal y material. Esta clasificación se debe según Bejarano, basándose en Jiménez de Asúa, a Franz Von Liszt. En el uso abusivo del derecho la conducta se presenta según Bejarano (<sup>49</sup>) con una antijuricidad material.

"No solo es antijurídica la conducta que choca frontalmente con la norma de derecho sino también lo es el proceder que desvirtúa el fin de la norma, que frustra su propósito contrariando la ratio iuris de su creación. La agresión contra la norma no es sólo aquella que se manifiesta en directa contradicción de su enunciado, sino también lo es la conducta que riñe con los valores que ella tutela.

Así, es contraria a derecho la conducta opuesta a la exigencia formal de la regla jurídica (antijuricidad formal) y también lo es el comportamiento que, ajustado a dicha exigencia, contradice no obstante los principios o intereses que la norma de derecho aspira a proteger (antijuricidad material), porque el ajuste aparente de la conducta a la norma es insuficiente para validar jurídicamente a dicho proceder, si el mismo niega y desnaturaliza el propósito de la creación de tal regla de derecho."

Bejarano (<sup>50</sup>) compara el abuso del derecho con el estado de necesidad en el sentido de la aparente juricidad del abuso y la aparente antijuricidad del estado de necesidad. También son similares en que en el uso abusivo del derecho hay un choque de intereses donde uno de ellos no está protegido, pero el que está protegido, es sacrificado por ser de menor importancia, y en el estado de necesidad los dos intereses están protegidos sólo que es también sacrificado el de menor importancia al de mayor importancia.

"E inversamente, una aparente negación del dispositivo de la regla se justifica, cuando la conducta alcanza a pesar de ello, congruencia con aquellos valores sociales que se pretendían tutelar con ella, o con otros valores de mayor jerarquía. Tal sucede en el "estado de necesidad".

En la colisión de dos intereses, se impone el sacrificio de aquel que se considera de menor jerarquía conforme al criterio de la sociedad recogido en la norma de Derecho. El "estado de necesidad" se tiene ese choque resuelto en la prevalencia del derecho de mayor importancia, y lo mismo ocurre en el caso del "uso abusivo de los derechos", donde se decide el sacrificio de una facultad jurídica (se desdeña su respeto) en aras de la preservación del bien social; porque a despecho de la apariencia, no es el interés privado en juego el que motiva la condena del uso abusivo del derecho, sino la conveniencia de asegurar el bien social puesto en entredicho por el ejercicio inconveniente de los derechos subjetivos."

---

<sup>49</sup>Ibid., p.236

<sup>50</sup>Id.

Ya con estas bases Bejarano subsume los elementos del artículo. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal en estudio en los elementos del hecho ilícito:

La antijuricidad y el dolo : la encuentra en la intención de dañar y la falta de utilidad del derecho. El daño: en el daño causado.

La obligación de reparar el daño: lo deriva del propio artículo 1912 en relación al art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal.

Hay que notar, sin embargo, que el artículo 1912 no contiene es su integración toda forma posible de entender el uso abusivo del derecho, sino más bien su forma más antigua de entenderlo: como acto de emulación. Tomando esas otras formas no parece tan fácil subsumir el uso abusivo del derecho como una especie del acto ilícito. Sobre si el uso abusivo del derecho puede traer como consecuencia para el agente del daño, una responsabilidad civil dice Borja Soriano (<sup>51</sup>), basado en Colin y Capitant:

"El daño causado a otro por el ejercicio de un derecho ¿puede traer consigo la responsabilidad del titular de ese derecho?"

Ninguna cuestión ha dado lugar a más largas discusiones en el curso de estos últimos años. Durante mucho tiempo la tesis de la irresponsabilidad ha parecido indiscutible, se le consideraba como consagrada por un adagio tradicional que se encontraba expresado en los textos en los textos del Digesto.

A nadie perjudica, ningún daño hace, quién usa de su derecho...La doctrina moderna por mucho tiempo ha tomado estas fórmulas a la letra. Sin embargo, habría bastado leer atentamente los textos para convencerse de que jamás han tenido el alcance absoluto que se les atribuía...los romanos... reconocían que se puede cometer una falta ejercitando un derecho...

el adagio: "Ningún daño hace el que usa de su derecho", no significa otra cosa que esto: el que ejerce su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que puede causar a otro. Así comprendida, así entendida, la vieja regla romana, lejos de tener el alcance antisocial que se le atribula aparece al contrario como útil y benéfica. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad de la cual tiene necesidad...

La cuestión del abuso del derecho ha sido objeto de muchas decisiones judiciales. Agruparemos las principales soluciones de la práctica en dos series de casos: 1º Aquellos en que hay que aplicar la regla: "Ningún daño hace quién usa su derecho" y en los que el autor del acto no contrae ninguna responsabilidad; 2º Aquellos, al contrario, en donde hay abuso del derecho... Segunda serie. Esta serie se subdivide en dos grupos de casos: a) Aquellos en los hay intención de perjudicar. b) Aquellos en que hay simplemente falta de prudencia"

Luego, Borja Soriano (<sup>52</sup>) se apoya en una cita textual de Hémard.

"La teoría del abuso del derecho. El ejercicio de un derecho no puede ser ilimitado; lo hemos dicho, los derechos son relativos y hemos mostrado cuán numerosas eran las restricciones impuestas por la ley, la costumbre o el convenio a los derechos de propiedad....Todo derecho tiene un límite; más allá de éste límite se le ejerce abusivamente, hay abuso de derecho. El abuso comienza donde el derecho cesa....Criterios del abuso del derecho. Cada individuo puede ejercer sus derechos sin temor de encontrar una responsabilidad; pero si comete una falta en este ejercicio es responsable. En realidad desde que aparezca esta falta, no usa ya de su derecho y el abuso de derecho se confunde con la ausencia de derecho...La intención de perjudicar. El ejercicio de un derecho es abusivo cuando es, principal o exclusivamente, practicado con la intención de perjudicar a otro. Los derechos no se reconocen a los individuos para servirse de ellos con un fin maléfico...la intención de perjudicar comprende a la vez el dolo, el fraude, la mala fe...La nulidad. Los derechos son poderes conferidos al hombre para la satisfacción de sus intereses y no tienen valor sino en tanto que son útiles. Ejercer un derecho sin utilidad, es abusar de él. Poco importa que su titular haya obrado con la intención de perjudicar o que solamente

<sup>51</sup>Borja Soriano, Manuel. Derecho Civil. Edit. Porrúa, 16a.ed., México, 1998, pp.377-378

<sup>52</sup>Borja, Soriano, Op. cit., p.378

haya sido imprudente o negligente. El uso. Todo derecho, facultad inherente al hombre o derecho particular, es relativo, y su medida verdadera es dada por su fin económico y social, determinado según el uso. El abuso de un derecho (fuera de toda intención de perjudicar; aun útil) consiste en su ejercicio, contrario a su destino económico y social fijado por las costumbres y por la vida... Este criterio objetivo, social, permite explicar todas las hipótesis en las cuales la jurisprudencia ha consagrado el abuso del derecho: el que no obra sino con la intención de perjudicar o sin utilidad no ejerce su derecho conforme a su fin económico y social revelado por el uso

Para éste Hémar, el término abuso del derecho es incorrecto, y más bien se ésta ante un caso de acto ilícito. Lo que caracteriza al uso abusivo del derecho es:

1) la intención de dañar 2 ) La negligencia 3) La no utilidad del derecho 4) el daño . Estos criterios que refieren al fin económico y social de los derechos subjetivos..

Luego Borja Soriano cita a Bonnacasse (que ya analizamos) y posteriormente analiza los Códigos Civiles de Alemania y México. Para no incurrir en repeticiones los Códigos Civiles sobre el uso abusivo del derecho se analizan en el apéndice. Realmente no dice algo distinto que Rojina Villegas.

Para Jorge Carranza, <sup>(53)</sup> doctrinario argentino de los 70's el uso abusivo del derecho es una especie del acto ilícito, donde la diferencia específica consiste en que en el acto ilícito propiamente dicho la ilicitud es inicial, en cambio en el abuso del derecho hay una licitud inicial, produciéndose después la desviación con el propósito de dañar. Los elementos del uso abusivo del derechos son para Carranza:

- 1.-Uso de un derecho, objetivo o extemamente legal
- 2.-Violación del deber de cuidado
- 3.-Daño a un interés juríicamente protegido
- 4.-Imputable al autor del ejercicio abusivo
  - a) Por dolo (acto intencional)
  - b) Por culpa (ejercicio imprudente, negligente o descuidado)
- 5.-Relación causal entre el ejercicio irregular y el daño resultante"

Para Sessarego, <sup>(54)</sup> doctrinario peruano de los 90's, el uso abusivo del derecho es el acto u omisión de un derecho subjetivo que agravia intereses ajenos dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección:

"La protección se realiza por el juez sobre la base del principio general que considera acto ilícito sui generis el denominado abuso del derecho"

Para él pues, el uso abusivo del derecho no es un acto lícito sino que es un acto ilícito sui generis. Lo ilícito en sentido estricto es lo que va contra una concreta norma legal. En sentido amplio, lo ilícito no queda atrapado ni se agota únicamente en la malla de la positividad, sino que supone la violación de algunas de las

<sup>53</sup>A. Carranza, Jorge. El abuso del derecho en la Reforma del Código Civil argentino. Edit. Abeledo Perrot, Argentina,1970.,pp.32-33

<sup>54</sup>Sessarego, Op. cit., p.22

disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del ordenamiento social. Acto ilícito es así no sólo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aún encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a la prescrito en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico.

Tampoco es para él un límite al lícito ejercicio de un derecho subjetivo de parte de su titular, sino más bien constituye el incumplimiento de un genérico deber a cargo del titular, implantado en una situación jurídica subjetiva. Este deber surge como límite impuesto por el propio derecho o en función de la aplicación de los principios generales del derecho. También para este autor la justificación de su definición se encuentra en la idea del derecho como hecho, como norma y como valor; Se apoya en la noción de situación jurídica subjetiva en lugar de la de derecho subjetivo, aunque aquella comprendería a ésta. Esta noción superaría una noción individualista del derecho que él piensa que es equivocada.

Para él, el daño no es un elemento esencial para la configuración del acto abusivo. El daño representa tal sólo el presupuesto del efecto compensatorio. Y ello es así porque es fácil concebir la existencia de una acción o de una omisión de carácter abusivo de la que no dimane un daño efectivo.

Para Sessarego <sup>(55)</sup> existen tres matices de ilicitud o tres sistemas de responsabilidad, como son la genérica (de la responsabilidad civil), el acto abusivo y el fraude a la ley, por lo que no cabe una identificación plena entre ellas no obstante que tienen mucho en común “

Para Sessarego <sup>(56)</sup> la teoría del abuso del derecho opera tanto en el caso de la libertad, en tanto virtualidad, como en el caso de las diversas manifestaciones en que ella se actualiza o particulariza de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Ciertamente frente a la libertad en general existe el deber genérico de no lesionar un interés ajeno y, frente a las manifestaciones concretas de la misma, o se aplica este principio general que prohíbe el ejercicio abusivo o un dispositivo especial acogido por el ordenamiento.”

---

<sup>55</sup>Ibid. p.179

<sup>56</sup>Ibid. p.176

Ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios para que se de el acto abusivo. Si la posición de Sessarego es que el uso abusivo del derecho es un acto ilícito aunque sui generis, y para la antigüedad era un acto lícito, existe incluso la posición doctrinal para la cual es tanto acto lícito como ilícito según el punto de vista: es lícito en relación a su aspecto formal e ilícito en cuanto al contenido valorativo de la norma.

El abuso del derecho se erigiría así como un tercer género, como un género diverso al de los actos lícitos pero también diferente al de los ilícitos. Esto implica que no sólo hay actos lícitos e ilícitos.

Dicha posición permite al juez, calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad.

Esta posición es incorrecta, porque a fin de cuentas el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito.

#### 1.4) CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

El uso abusivo del derecho se refiere a la existencia de dos tipos de ordenamientos jurídicos. 1) El uso abusivo del derecho el fenómeno ha sido asumido normativamente a través de un principio general del derecho, frecuentemente ubicado en el Título preliminar de los Códigos Civiles, que prescriben sus prohibición, mientras que en 2) Su condena está implícita.

La prohibición es explícita, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos peruano, suizo, español y argentino. (Cfr. Apéndice). Tarea aparte es interpretar los alcances de las normas prohibitivas vigentes en cada país. En otros ordenamientos jurídicos el abuso del derecho no ha sido formalmente asumido a nivel normativo. No obstante, en algunos países la jurisprudencia, adelantándose a la legislación, lo condena. El caso en Francia es emblemático a este respecto. Esta situación obliga a la doctrina a plantear el problema relativo a los fundamentos que deberían sustentar su control judicial.

Cuando los jueces se enfrentaron por primera al fenómeno del uso abusivo del derecho decía que existía un uso irregular o anormal del derecho, es decir, se solicitaba por las partes la intervención del juez para prevenir, detener, e indemnizar, según los casos, las irregularidades que con intención o sin ella, se cometían por el titular de un derecho subjetivo en ejercicio de un derecho, en perjuicio del interés de otro o de la sociedad en su conjunto.

**Se suele así a referir el uso abusivo del derecho como la acción u omisión que, a partir de un derecho subjetivo, viola o agrede un interés existencial aún no protegido por una norma jurídica.**

Sin embargo, cuando la ley no expresa un criterio de como determinar un uso anormal el juez debe aplicar su criterio. La Doctrina ha aportado diversos criterios o nociones para determinar o bien un sólo tipo de uso abusivo del derecho o bien varias clases de ellos cuando los criterios no son compatibles en una sola figura.

**Veamoslos a continuación:**

#### **1.4.1) Uso abusivo del derecho como delito (en nuestro Código Penal Federal)**

Existen actos u omisiones en la legislación penal que responden a la noción del abuso del derecho como actos ilícitos pues contienen en común los elementos del acto ilícito, como el dolo o la culpa, la antijuricidad, y el daño de un bien tutelado. Sin embargo, esos actos abusivos necesitan otros elementos según la teoría heptatómica del delito, como imputabilidad, etc.

Lo que hay que hacer notar es que cuando el abuso del derecho se sanciona como delito en el Derecho Penal es porque para la sociedad y el Derecho la conducta y el resultado necesitan otro tipo de sanción (la pena) que la aplicable en Derecho Civil, y existen la posibilidad que el culpable, a diferencia del abuso del derecho en materia civil, sea privado de su libertad.

Otra diferencia esencial entre los abusos del derecho en materia civil y penal es en que para acreditar en materia civil se puede utilizar la analogía, mientras que en materia penal rige el principio de la exacta aplicación de la ley penal.

El Derecho, en materia de responsabilidad civil, no se ocupa del delito sino para asegurar la reparación del daño o perjuicio que haya causado, trata de hacer recaer sobre el patrimonio del autor del hecho delictuoso la pérdida causada en el patrimonio de la víctima de éste hecho. Así, pues, no tiene en cuenta los delitos que no causan daño o perjuicio a otra persona, como, por ejemplo, la tentativa de homicidio, etc, Este criterio no nos interesa, para sólo concentrarnos en el Código Civil para el Distrito Federal.

#### **1.4.2) Uso abusivo del derecho como exceso de los derechos subjetivos. (Criterio tradicional).**

El exceso se determina a partir de la violación de un límite a un derecho subjetivo. Los límites surgen del contenido del propio derecho-fijados por ley o por convenio- ó basados en principios genéricos, válidos y aplicables a todos los derechos subjetivos.

En realidad la palabra "exceso" es muy vaga o equívoca, y normalmente se identifica con lo ilícito, y para determinar éste último se pueden utilizar dos criterios. Uno racional diría que exceso puede ser tanto un aspecto de la conducta que traspasa cierto límite cuantitativo o cualitativo según un criterio explicativo de porqué es así y no de otra manera.

Un criterio convencional establece que una conducta es ilícita si es excesiva, y es excesiva si no cumple ciertas características establecidas dogmáticamente, es decir, sin dar razón de ello.

Ahora bien, si conforme al criterio convencional el exceso del derecho, consiste en que una conducta es ilícita y no se explica qué se entiende por ilicitud , no se explica nada cuando se dice que una conducta excesiva es ilícita ni tampoco si se dice que una conducta excesiva traspasa de lo lícito a lo ilícito. Este criterio funciona junto con el daño, el dolo o la culpa. Este criterio lo desechamos por vago.

#### **1.4.3) Uso abusivo del derecho como ataque a la moral, la buena fe y las buenas costumbres.**

Estos criterios ya, son más explicativos de por qué cierta conducta puede ser un abuso del derecho. Una conducta es uso abusivo del derecho porque viola la moral, la buena fe y las buenas costumbres implícitos en el uso de los derechos subjetivos. Este criterio determinar la ilicitud de la conducta.

Estos criterios aunque pueden determinar el uso abusivo del derecho, históricamente están implícitos o explícitos en las normas prohibitivas que determinan los actos ilícitos. Lo curioso es que por ejemplo, históricamente, los criterios de la moral, la buena fe y las buenas costumbres no evitaron los usos abusivos del derecho. Por tanto, estos criterios podrán o no evitar los usos abusivos del derechos dependiendo que como se definan en un espacio y tiempo determinado. Este criterio funciona junto al daño, el dolo o la culpa.

Otro límite al derecho subjetivo surge de la propia naturaleza del derecho específico. Otro límite al derecho subjetivo surge en un colisión de derechos. Este criterio lo retomamos más adelante, pues

la intención de dañar del art.1912 podría explicarse en terminos de ataque a la moral o a la buenas costumbres.

**1.4.4) Uso abusivo del derecho como afectación o daño a los "bienes jurídicos" o derechos de un tercero o de la colectividad.**

Este daño puede ser a una persona o a muchas. Y aunque algunos piensan que se podría pedir algo al juez para evitar un abuso del derecho futuro , cuando se trata de la indemnización por el abuso del derecho debe haber necesariamente una afectación patrimonial Este criterio determina la indemnización y funciona junto a el dolo o la culpa. Este criterio del daño lo aceptamos como elemento del uso abusivo del derecho, porque es un elemento de hecho ilícito.

**1.4.5) Uso abusivo del derecho como transgresión de la finalidad" del derecho subjetivo. (Josserand)**

Un derecho subjetivo desde el punto de vista de su titular no tiene un finalidad predeterminada, sin embargo desde el punto de vista del Legislador un derecho subjetivo si tiene una finalidad o varias posibles. Las facultades que otorga el derecho objetivo a las personas no se hace solamente pensando en el uso que una persona haga sino se piensa en coexistencia de esos derechos, su lucha, su concidencia, y por tanto, no se puede negar una finalidad objetiva o del legislador de los derechos, diciendo que la única finalidad de los derechos es la que tiene en mente su titular. Este criterio determina la ilicitud o antijuricidad de una conducta. Funciona junto al daño, el dolo o la culpa. Lo exponen Josserand, Bejarano (como antijuricidad) y otros.)

Este criterio lo aceptamos para definir el uso abusivo del derecho en un nuevo artículo.

**1.4.6) Uso abusivo del derecho como "mala intención". (Criterio tradicional).**

El abuso del derecho se puede entender no como la violación de una finalidad objetiva, sino como la culpa proveniente de una intención malévola que se puede reforzar con la no utilidad de la acción u omisión para el titular. Este criterio determina la ilicitud, funciona como dolo, excluye la culpa en sentido estricto, y va acompañado del daño. Lo exponen los jurisconsultos romanos, legislación de la Edad media, Planiol, Bonnecase)

La intención de dañar la subsumimos en la noción de dolo del hecho ilícito.

1.4.7) Uso abusivo del derecho como “no utilidad del derecho” causante del daño. (Criterio Tradicional).

Esto responde a la noción tradicional del abuso del derecho según la cual sin una persona utilizando su derecho, buscando su utilidad, daña a otro, aunque pudiera tener un afán secreto de dañar, no le genera ninguna obligación respecto a la víctima.

De ahí que se pensó que sólo habría abuso del derecho si se lograba probar la no utilidad del derecho , aunque no se lograra probar la intención de dañar.

Este criterio funciona, con el dolo o la culpa y el daño; se sostiene en la Edad media, la doctrina francesa: Planiol, Bonnacase

Este criterio se puede subsumir en el de la finalidad social del derecho subjetivo o junto con la intención de dañar, con el dolo.

1.4.8) Uso abusivo del derecho como “la forma menos adecuada” de ejercitar un derecho para evitar un daño a otro.

Este criterio responde a la noción tradicional del abuso del derecho, o sea, que su esencia se encuentra en la intención de dañar. Pero como este elemento es difícil de acreditar se utilizan formas indirectas de probarla como que el sujeto titular del derecho subjetivo , teniendo varias maneras de ejercerlo, utilizó la más adecuada para dañar a otro. Igual que el inmediato anterior, este criterio se subsume en el criterio de la intención de dañar.

1.4.9) Uso abusivo del derecho como “violación de un deber de cuidado implícito en el derecho subjetivo” (Sessarego ).

El uso abusivo del derecho se puede entender como un culpa proveniente de la violación de un deber de cuidado previamente establecido en la ley o en la jurisprudencia o bien implícitamente establecido en los principios generales del derecho. También esta violación se puede entender como antijuricidad o ilicitud. Este criterio es muy cercano con la concepción del abuso del derecho como acto ilícito. Pues uno de los elementos de éste es la culpa que se acredita con la violación de un deber de cuidado. También la antijuricidad se puede probar, cuando no se viola una ley explícita, con la violación de los principios generales del derecho que informan la norma. Este criterio para determinar la ilicitud o antijuricidad,

corresponde a una ilicitud genérica. El autor excluye como elementos esenciales cooperantes, el dolo o la culpa, y el daño. Este criterio lo aceptamos en cuanto acepta el uso abusivo del derecho como hecho ilícito, pero se rechaza por considerar que el hecho ilícito tiene otros elementos.

#### 1.4.10) Uso abusivo del derecho como “hecho ilícito”.

Un importante sector de la doctrina francesa contemporánea representada, entre otros, por Mazeud, Marty y Raynaud, Carbonnier y Julliot de la Morandière, y en México, Bejarano y Gutiérrez y González propugnan la identificación del abuso del derecho con el hecho ilícito. El abuso del derecho como el hecho ilícito tiene 3 elementos daño, dolo o culpa y antijuricidad (formal y material). El abuso del derecho opera especialmente con la antijuricidad material. La intención de dañar se identifica con el dolo. La negligencia con la culpa en sentido estricto.

La violación del deber genérico del la prohibición explícita o contenida en los principios generales del derecho, se identifica y con la antijuricidad. Bejarano no lo dice pero parece existir cierto tipo de culpa genérica identificable con su antijuricidad material. Tampoco parece admitir el uso abusivo del derecho si no hay daño.

Sin embargo, otros autores piensan que si el abuso del derecho fuera un acto ilícito entraría dentro de la responsabilidad civil y la antijuricidad tendría que provenir en el abuso del del derecho de una norma previa que no se cumple, pero no es así pues el abuso del derecho proviene de lesionar un bien jurídico que no esta tutelado por una norma. Por tanto, el abuso del derecho no entra dentro del hecho ilícito, o si entra no es necesario como figura independiente porque queda como un caso más del hecho ilícito. Criterio de un sector de la doctrina francesa y de la mexicana. Este criterio lo aceptamos porque el uso abusivo del derecho es una especie del hecho ilícito donde la antijuricidad es material.

#### 1.4.11) Uso abusivo del derecho como “hecho ilícito sui generis” (Sessarego).

Para esta concepción el uso abusivo del derecho consiste en la transgresión de un genérico deber jurídico, que lesiona un interés no tutelado por norma jurídica específica, genera una conducta ilícita sui generis. No obstante que no hay una norma que proteja al perjudicado, desde el punto de vista de los valores jurídicos que el

sistema protege, y desde el punto de vista de las obligaciones implícitas que el sistema jurídico impone a todos los sujetos, si existe un deber jurídico genérico de actuar dentro de ciertos límites. Como el acto ilícito deriva del incumplimiento de ese deber jurídico genérico por eso se llama acto o hecho ilícito sui generis .

Para este autor no son necesarios ni el daño, ni el dolo o la culpa para ciertos tipos de usos abusivos del derecho.. Se rige por reglas distintas de la responsabilidad civil subjetiva. Este criterio lo rechazamos por no definir bien lo de “sui generis”.

#### **1.5) UTILIDAD DE LA ACCIÓN DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO**

Las propósitos posibles de una acción contra un uso abusivo del derecho son distintos según el caso, y pueden darse después de los actos preparatorios, en el juicio o después de la sentencia:

1.-Regresar las cosas a como estaban antes del daño o como hubieran seguido de no haberse producido el daño. Este es el objetivo general de la reparación o indemnización.

2.-Entregar un equivalente económico del bien jurídico dañado

3.-Sancionar la conducta. Normalmente no se hace, pero podría hacerse, por ejemplo, con una multa.

4.-Ordena un conducta de hacer en el caso de que el uso abusivo del derecho consista en una omisión

5.-Destruir o modificar las cosas hechas por la persona que abuso de su derecho, en el caso de que el daño se produjo por medio de un cosa.

6.-Apercibimiento de no molestar, cuando el daño se produce por una cierta forma de actuar.

7.-Evitar el daño antes que se realice, es decir, prevenir al sujeto que planea abusar de su derecho, que no lo haga. Es preferible prevenir un daño inminente a esperar que se produzca para pedir la reparación, porque tal vez el daño sea irreparable, y produce un desorden público que puede generar, indirectamente, delitos.

#### **1.6) PROPUESTA SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO.**

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, no está claro si el uso abusivo del derecho es una especie dentro de tres clases de hechos ilícitos (responsabilidad civil subjetiva, responsabilidad civil objetiva y uso abusivo del derecho) y regido por tres sistemas de

responsabilidad civil. O bien el uso abusivo del derecho se rige básicamente por las reglas de la responsabilidad civil subjetiva.

Adoptamos la postura de que el uso abusivo del derecho se rige básicamente por las reglas de la responsabilidad civil subjetiva y de su naturaleza es la de una especie del hecho ilícito que difiere del de la responsabilidad civil subjetiva por su antijuricidad material.

Esta conclusión no es evidente ya que a primera vista la naturaleza jurídica del uso abusivo del derecho es incierta.

Si se admite que el uso abusivo del derecho es una especie del hecho ilícito, se rige por las mismas reglas del hecho ilícito, es decir, tiene sus mismo elementos, y es fuente de obligaciones. Pero en su aplicación hay que admitir, como sugiere Bejarano, además de la ilicitud o antijuricidad formal, ya aceptada como elemento del hecho ilícito, la antijuricidad material que otorga la diferencia específica del uso abusivo del derecho.

La antijuricidad material consiste en violar ciertos fines de las normas o valores axiológicos del derecho. En la aplicación del uso abusivo del derecho como especie del hecho ilícito hay que añadir además de la culpabilidad derivada de violar una norma explícita (como en el hecho ilícito), otra culpabilidad derivada de violar los principios generales del derecho. Es decir, si se admite que puede violarse la juridicidad por violar normas genéricas implícitas en el sistema jurídico, debería admitirse cierta culpabilidad genérica del sujeto que viola esas normas.

Si se decide, lo que no acepto, que el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito con otros elementos del que rige la responsabilidad civil subjetiva o como dice Sessarego un hecho ilícito *sui generis*, entonces se rige por otras reglas, por inventar, diferentes de la responsabilidad civil. A propósito, opina Sessarego, que en la Exposición de Motivos del texto del art.7º del Título Preliminar del Código Civil español de 1974, se alude, precisamente a las diferencias que existen entre un hecho ilícito *sui generis* (como el uso abusivo del derecho) y el hecho ilícito por violación de norma expresa.. Este doctrinario opina que el texto incide en sus diferencias y excluye del acto abusivo intencional un comportamiento doloso y culposo "porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cause de la responsabilidad civil". (57)

---

<sup>57</sup>Fernández Sessarego, Op. cit. p.161

**Comentario:** Esta concepción del Código español la rechazamos.

Si el uso abusivo del derecho es un acto ilícito sui generis, independiente del hecho ilícito, tampoco sería un acto intermedio entre lo lícito y lo ilícito; es un hecho ilícito; una figura independiente aunque relacionada con el hecho ilícito. El uso abusivo del derecho, para Sessarego, <sup>(56)</sup> es un acto ilícito sui generis, si analizamos la forma como surge como fenómeno jurídico:

1.-En primer lugar nos hallamos frente un determinado y preciso derecho subjetivo y a su consiguiente ejercicio o a su omisión. Es decir partimos de la preexistencia de una norma jurídica que reconoce, en favor del titular, un derecho subjetivo.

El acto abusivo sólo surge sobre la base de un cierto derecho subjetivo. Su origen es, por ello, siempre jurídicamente lícito. Es en el decurso de su actuación, u omisión, que se produce, por una conducta calificada de antisocial, la transición a la esfera de la ilicitud, mediante el pase a través de una sutil pero definitiva frontera que separa ambos campos jurídicos, es decir, el permitido del prohibido.

2.-Cabe verificar que el titular o agente del derecho subjetivo, en el curso de su ejercicio o de su omisión, entra en conflicto con un interés ajeno no tutelado por una norma jurídica específica. Es decir, de un interés no incorporado al ordenamiento positivo como típico derecho subjetivo.

No se produce por ello un "conflicto de derechos", no se agravia ningún particular derecho legalmente atribuido a un tercero. El conflicto nace a partir de la actuación de un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico, de un lado, y un interés ajeno no tutelado por una determinada norma jurídica positiva, del otro.

Cabe advertir, sin embargo, que dicho interés, si bien no se encuentra tutelado por una norma específica, sí lo está por un principio general del derecho directamente alusivo al caso. Principio general que significa el no amparo legal del abuso del derecho, el mismo que encierra un genérico deber que se encuentra presente en todo caso concreto.

De no existir dicho principio general del derecho, la tutela se halla, necesariamente, en otros principios generales como el de la buena fe, la equidad o las buenas costumbres, inspirados básicamente en

---

<sup>56</sup>Ibid. pp.182-186

el valor de la solidaridad social. Este recurso a los principios generales se presenta cuando la codificación civil no formula la explícita o implícita condena del abuso.

3.-También se aprecia que el derecho subjetivo es ejercido por el agente de modo irregular. Dicha actuación se constituye como un acto antisocial o inmoral. El acto abusivo, por lo tanto, entra en conflicto con las normas generales de convivencia social, normas de raíz moral, como es el caso de la buena fe o el de las denominadas buenas costumbres. El acto abusivo, por ello, repugna a la conciencia jurídica colectiva.

La antisocialidad en el ejercicio de un derecho se manifiesta, en forma subjetiva, cuando existe en el agente la definida intención de lesionar un interés ajeno o se hace patente en el titular del derecho la carencia de un fin serio y legítimo y, de modo objetivo, a través de una irregularidad en su actuación que se manifiesta por el desvío del derecho de su inherente finalidad socio- económica. Es decir, se contraría la finalidad para la cual fue formalmente incorporado al ordenamiento positivo.

La intencionalidad, sin embargo, no es un elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho.

4.-También se constata que la conducta antisocial del titular del derecho subjetivo produce un daño a un interés ajeno. Es decir, lesión, perjuicio o algún tipo de menoscabo real en lo que concierne a los intereses de una persona.

En lo que se contrae a la presencia del daño se discute en doctrina si él constituye un elemento esencial para la configuración del abuso del derecho, aunque ello no significaría excluirlo del proceso en que consiste el acto abusivo.

El daño se presenta sólo como presupuesto del efecto indemnizatorio.

De ahí se puede deducir que sin daño efectivo, el acto puede ser abusivo y determinar la producción de otro tipo de consecuencia.

5.-Observamos que en ciertos ordenamientos jurídicos positivos, existe un concreto principio general o cláusula general del derecho que acoge el genérico deber jurídico de no abusar de un derecho subjetivo, de cualquier derecho subjetivo. Este principio general se redacta, frecuentemente, a través del enunciado de que "la ley no ampara el abuso del derecho" o "el ejercicio abusivo de un derecho". Su violación supone encontrarnos ante la presencia de un acto ilícito sui generis.

Al lado de los ordenamientos jurídicos positivos que contienen un principio general prohibitivo del abuso del derecho, aparecen otros ordenamientos en los cuales la protección contra el abuso del derecho, por ausencia de dicho específico principio general, opera en virtud de un mandato de raíz moral instalado en otros principios generales, como son el de la buena fe, las buenas costumbres y la equidad, inspirados fundamentalmente en el valor solidaridad.

Cuando no hay en los sistemas jurídicos positivos un principio general de prohibición del abuso del derecho, corresponde a la jurisprudencia un rol protagónico en la medida que logra aprehender, vivenciar o sensibilizar el rechazo que el acto abusivo genera en la conciencia jurídica colectiva.

Los principios generales del derecho son principios informantes de todo sistema jurídico. Por ello, ordenamientos positivos-el mexicano entre ellos, ordena al juez recurrir a tales principios para resolver los conflictos sometidos a su jurisdicción ante la carencia o la deficiencia de la ley.

Finalmente nos encontramos con una sentencia que sanciona el uso abusivo del derecho y fija, en su caso, una reparación por el daño sufrido por la víctima. Este fallo, como se ha dicho, puede tener como fundamento un principio general de expresa condena del acto abusivo o, en su defecto, la conciencia jurídica colectiva a través del juez. La resolución judicial puede cubrir otras diversas posibilidades aparte de aquella de fijar una indemnización por el daño sufrido por la víctima. En efecto el fallo puede también ordenar la cesación o supresión, si fuera el caso, del acto abusivo. Cabe indicar la importante hipótesis recogida por el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 en el cual, a título preventivo, se faculta a un presunto agraviado a promover una acción inhibitoria dirigida a evitar que se produzca un daño futuro a raíz del ejercicio o de la omisión abusiva de un derecho subjetivo. (Cfr. Apéndice)

Esta acción, que responde a una visión moderna de la responsabilidad por daños, será evaluado por el juez, a quien corresponde ponderar la inminencia y certidumbre del daño que se trata de evitar o la vigencia del daño en acto que se pretende impedir se siga cometiendo.

La hipótesis más congruente sobre la naturaleza del uso abusivo del derecho, de las dos, en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal es la de que es una especie del hecho ilícito. Sin embargo,

con algunas modificaciones a nuestro Código podríamos entenderlo como un hecho ilícito con antijuricidad material.

En base a esta premisa de análisis sobre la naturaleza del uso abusivo del derecho se dará en el Código Civil vigente para el Distrito Federal un crítica, y propuesta de reforma de los artículos 1910 y 1912.

## 1.7) LEGISLACIONES DE ALGUNOS PAISES DE EUROPA Y AMERICA SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

### Legislaciones de Europa

Sessarego <sup>(59)</sup> dice que la técnica legislativa no es uniforme al regular el uso abusivo del derecho, pues en unas legislaciones lo condena expresamente dejando a la jurisprudencia determinar las condiciones objetivas y subjetivas en distintos casos, para su integración.

En otras legislaciones, por el contrario si se determinan los criterios para determinarlo. Dentro de estas unas usan un criterio subjetivo, y otras objetivo, incluso algunas mixto:

"La técnica legislativa no es uniforme cuando se trata de descalificar al abuso del derecho. En unos casos, el enunciado normativo es breve y conciso, y por tanto, categórico, como ocurrió con el Código civil suizo de 1907, en cuyo art. 2° se precisa escuetamente: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley." En este mismo sentido, en ellos el texto legal se limita a precisar, como lo hacen los Códigos Civiles peruanos de 1936 y de 1984, que "la ley no ampara el abuso del derecho."

No se señala ningún criterio que pudiera ser utilizado por el juez para determinar la presencia del acto abusivo.

En dicha hipótesis el contenido del principio es sumamente escueto, hecho que es alabado por los más y criticado por los menos. El legislador se contrae simplemente a condenar el abuso, por lo que delega en la jurisprudencia el determinar, frente a cada caso y de conformidad con la doctrina las circunstancias, tanto subjetivas como objetivas, que podrían originar un abuso del derecho. La función del juez adquiere suma importancia en la medida que le corresponde evaluar y vivenciar axiológicamente la conducta del agente, precisar sus alcances y límites. Y es que, como es obvio, el legislador comprende la sutileza, la movilidad, de la frontera de la frontera que existe entre el ejercicio regular de un derecho subjetivo y la ilicitud sui generis derivada de su actuación antisocial por el titular del derecho.

Otras legislaciones, por el contrario, determinan el o los criterios de los que ha de valerse el juez para calificar la actuación abusiva de un derecho.

Pocas, como es el caso del Código Civil alemán de 1900, identifican restrictivamente en la intención de perjudicar el criterio a adoptarse. Es decir, se hace prevalecer un elemento del todo subjetivo.

Otros códigos civiles, en cambio, establecen en sus textos un criterio objetivo. Se alude a la finalidad o función inherente al derecho subjetivo. Algunos cuerpos legales mencionan también, al lado de la finalidad, los estándares jurídicos de la equidad, la buena fe o las buenas costumbres. "Éste es el caso del Código Civil griego de 1941, cuyo art. 281 prescribe: "El ejercicio de un derecho está prohibido si sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres o por el fin social o económico de dicho derecho.... Existen códigos civiles, como es el caso del español a partir de la reforma de 1974, que hacen referencia, de modo simultáneo, tanto al criterio subjetivo de la "intención del autor", como al objetivo de la finalidad del derecho, a los cuales se adosa, como telón de fondo, el principio de la buena fe."

A continuación confróntese el apéndice sobre algunas legislaciones de Europa y América sobre el uso abusivo del derecho que

<sup>59</sup>Ibid. pp.189-190

seleccionamos de Sessarego donde éste se ocupa de la regulación del abuso del derecho dentro del sistema romano-germánico, con especial referencia a los casos emblemáticos de los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania, Suiza, Italia, España y Portugal, etc.

## 1.8) CRITERIOS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO EN LAS LEGISLACIONES MENCIONADAS.

Según Rojina Villegas,<sup>(60)</sup> basado en Josserand, los criterios que se derivan del estudio comparado de las legislaciones que tratan el abuso del derecho son:

1) Criterio intencional, 2) Criterio funcional y 3) Criterio individualista

### Legislaciones de criterio intencional:

\*En este grupo incluye Josserand al Código Civil alemán y austriaco de 1811, reformado en 1916. Comenta principalmente los artículos 138, 226, 826 del primero de los códigos nombrados. Es importante hacer notar que el abuso de los derechos en materia contractual se sanciona enérgicamente por el artículo 138 del Código alemán, al prohibir la usura y en general la lesión en los contratos, considerando que estos son ilícitos y contrarios a las buenas costumbres, cuando se rompa la equivalencia entre la prestación y contraprestación. Dice así el mencionado precepto: "Un acto jurídico que ataca a las buenas costumbres, es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se prometa o se suministre ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación de tal suerte que teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación."

El principio que prohíbe la lesión en los contratos, también constituye un límite al abuso de los derechos en la celebración o vigencia de dichos actos jurídicos, permitiendo la nulidad de los mismos si un contratante pretendiere aprovecharse de las estipulaciones que en una forma excesiva se hubieren pactado en su favor. También brinda al juez una posibilidad para madurar las consecuencias que sean contrarias a la buena fe y a la equidad en aquellos contratos que sin implicar propiamente una lesión, darían lugar a un abuso por parte de uno de los contratantes en el caso de que pretendiese hacer efectivas en forma literal determinadas estipulaciones demasiado rígidas.

Josserand relaciona el artículo 138 con el principio general contenido en el artículo 226 del Código alemán, ya antes transcrito, en donde se prohíbe el ejercicio de los derechos cuando su único afán sea causar un daño a tercero. Asimismo estima que el art. 826 que sanciona los hechos dolosos que causen daño, deben completar el alcance de los dos preceptos antes mencionados."

### Legislaciones de tipo funcional

\*A diferencia de los códigos alemán y austriaco en los que el abuso de los derechos se determina atendiendo a la malévolos intención de su titular, quien al ejercitarlos se propone causar un daño, los códigos suizo y soviético toman en cuenta la función o destino que debe realizar las facultades jurídicas de acuerdo con los fines del derecho objetivo. En tanto que el art. 2º del Código Civil suizo obliga a ejercitar los derechos y a cumplir las obligaciones de acuerdos con las reglas de la buena fe, prohibiendo en consecuencia el abuso manifiesto de las facultades jurídicas, el art. 1º del Código Civil ruso, en forma más evidente y clara, consagra el principio de la finalidad económico-social en el ejercicio de los derechos civiles, sujetándose la tutela jurídica o protección de la ley a la condición de que ese ejercicio no vaya en contra de las finalidades sociales y económicas perseguidas por la legislación soviética y categóricamente expuestas en su ley fundamental o Constitución de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, arts. 1º a 6º y 9º a 11." <sup>61</sup>

---

<sup>60</sup>Rojina, op. cit. pp.331-332

<sup>61</sup>Ibid. p.332

## Legislaciones de tipo individualista

"Las legislaciones de tipo individualista, como fueron hasta antes de la guerra de 1914-1918, Inglaterra y los Estados Unidos, rechazaron la tesis que impone límites al abuso de los derechos, pues reconocieron que éstos pueden ejercitarse libremente, sin que se haga responsable al que cause daños en el uso de sus facultades jurídicas. De esta suerte, no debe atenderse para definir el alcance de los derechos a determinados fines sociales, al resultado útil o inútil de las facultades jurídicas o, finalmente, a la intención de su titular, sino que en todo caso deberá aceptarse el viejo principio romano: el que usa de su derecho a nadie perjudica. La lucha por la vida obliga a convertir los derechos subjetivos en verdaderas armas que será lícito emplear en todo su alcance."<sup>62</sup>

Dentro de las legislaciones que dan un criterio para determinar el uso abusivo del derecho se puede subdividir en tres:

1) Subjetivista 2) Objetivista 3) Mixto.

1.-Criterio subjetivista La corriente subjetivista, se sustenta en numerosas decisiones jurisprudenciales entre las que, básicamente, cabe señalar dos famosas sentencias emitidas por tribunales franceses. Nos referimos a la de Colmar, de 1855 y a la de Lyon, de 1856.

El abuso del derecho, según esta concepción, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio. De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios:

1)) intención de causar perjuicio (animus nocendi)

2)) acción culpable o negligente

3) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.

Estas tres notas constituyen, dentro de esta específica postura, los criterios que permiten identificar la figura del abuso del derecho.

La posición subjetiva, después de un período inicial en la cual tuvo cierto auge, fue motivo de justificadas críticas. Ellas se basan, principalmente, en la dificultad de probanza que conlleva. No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de la persona.

El Código Civil alemán de 1900, citado por Sessarego, <sup>(63)</sup> recoge el criterio de la intencionalidad en su art. 226 cuando dispone: "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener como objeto causar perjuicio a otro"

Una segunda tendencia dentro del sistema subjetivista, propugnada fundamentalmente por la doctrina francesa, exige que para caracterizar el acto abusivo es suficiente el comportamiento negligente del agente del perjuicio.

El criterio de la intencionalidad o de la culpa es limitativo, ya que ninguna de ellas es esencial para la configuración del abuso del

---

<sup>62</sup>Ibid. pp.332-333

<sup>63</sup>Sessarego, Op. cit., pp.125-126

derecho. Si así fuera, muchas situaciones, de suyo abusivas, no podrían ser subsumidas dentro de la teoría del abuso del derecho. <sup>64</sup> De otro lado, si la teoría del abuso del derecho se hubiera detenido en esta fase de su evolución, a través de esta fórmula imprecisa de intencionalidad, se habría paralizado la justicia. No hay nada más peligroso e inútil que remitirse únicamente a la psicología individual como criterio para determinar el abuso ya que, en su concepto, no hay persona alguna que tenga la ingenuidad de confesar que no obra sino con el exclusivo propósito de dañar a otro sujeto, ya que siempre resultará fácil argüir algún interés personal.

De otro parte, como se trata de penetrar en el mundo de la subjetividad, si un juez decide según las circunstancias puramente exteriores acerca de la falta de interés, no es aventurado asegurar que otro juez, llamado a juzgar por los mismos signos objetivos, decidiría absolutamente en sentido contrario.

Es evidente que las dos posiciones antes reseñadas, es decir, la de la intencionalidad y la culposa o negligente, asimilan prácticamente el acto abusivo, que es un ilícito sui generis, con el género del hecho ilícito.

Según Sessarego, <sup>65</sup> "Una tercera tendencia dentro de la posición de carácter subjetivo, estima que el elemento que caracteriza la presencia del ejercicio abusivo es el de la falta de un interés legítimo de parte del agente del perjuicio."

Debemos comprender esta ausencia de interés en un sentido amplio, sin limitarlo exclusivamente a uno de índole económica. Aunque aparentemente dentro de este criterio se logra desembarazarse del dolo y de la culpa, como elementos esenciales caracterizantes del acto abusivo-lo que de suyo es ya una ventaja en el terreno de la precisión conceptual-ello no nos permite abandonar el ámbito de la subjetividad.

En efecto, como es obvio, resulta sumamente difícil establecer, dada la amplia y diversa gama de intereses de que está premunido cada sujeto, una situación subjetiva de estos difusos alcances.

La concepción subjetivista deja de lado otras situaciones en las que, a pesar de no presentarse una conciente intención de dañar, se lesiona el interés de otros en función de ciertas conductas contrarias a la moral, a la buena fe, decididamente antisociales.

No puede perderse de vista, que los actos ejecutados sin interés alguno son excepcionales. Aun en el caso de los más repudiados se

---

<sup>64</sup>Ibid. p.126

<sup>65</sup>Ibid. p.127

presenta un interés del agente, lo que no hace que el acto sea lícito. En apoyo de esto se puede ejemplificar en la conducta del usurero, quien practica su acción sin pensar en perjudicar los intereses de otro sujeto, teniendo sólo en consideración su propio beneficio.

**2.-Criterio objetivista** Con el propósito de evitar las dificultades y las insuficiencias que presentaba la concepción subjetiva del abuso del derecho, aparece una nueva posición que se traduce en la utilización de un criterio objetivo, que algunos califican como finalista o funcional.<sup>66</sup>

Según esta tendencia, el abuso del derecho no se definiría por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, por la presencia de culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino más bien por la gravitación de un elemento objetivo, como es el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo. Es decir, de una actuación contraria a la función económica social inherente a cada derecho subjetivo. Así, ya no se trataría de indagar fundamentalmente por las intenciones del sujeto, por la ausencia de un interés serio y legítimo o de un beneficio personal, sino que para identificar el abuso del derecho se aplicaría un criterio de carácter objetivo como es el de la función o finalidad socio-económica de cada derecho.

Dentro de esta corriente objetiva son numerosos los autores que vinculan el ejercicio abusivo con la transgresión, ya sea del principio de la buena fe como de aquel referido a la moral o a las buenas costumbres:

„Dabin, al criticar la tesis finalista de Josserand, sostiene que el verdadero criterio para determinar el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo es el del uso inmoral del mismo.

Afirma que no es exacto, desde un punto de vista jurídico, que los derechos, al menos los de carácter egoísta, estén sujetos a una finalidad, a una función social, a la que no podrían faltar sin incumplir su misión. Existe, concluye, una legitimidad distinta a la legitimidad jurídica: la legitimidad moral.“<sup>67</sup>

El art.2º del Código Civil suizo de 1907, citado por Sessarego, (68) vincula el abuso manifiesto de un derecho con el principio de la buena fe cuando establece que “cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe” , para inmediatamente agregar que “el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”.

**3.-Criterio mixto.**

Frente a la posición objetiva y la subjetiva, según Sessarego (69), surge una mixta o ecléctica.

“En la doctrina jurídica esta tendencia se halla representada, entre otros autores, por Josserand, quien comprendió, en su momento, que no existía oposición fundamental entre dichas corrientes de pensamiento.....Para Josserand el criterio decisivo para caracterizar el acto abusivo es el de la desviación

---

<sup>66</sup> Ibid. p.129

<sup>67</sup> Ibid. p.130

<sup>68</sup> Ibid. pp.214

<sup>69</sup> ibid. p.132

del derecho de su función social. Pero, al lado de este factor determinante, el autor señala otros criterios complementarios para la configuración del abuso del derecho.

Ellos son, según el autor, la intención de dañar, o sea, lo que califica como el elemento subjetivo; la culpa en la ejecución, que significa para él la presencia de una nota de carácter técnico, y la falta de un interés serio y legítimo, que supone, en su concepción, la existencia de un factor económico.

Propone Josserand para caracterizar el acto abusivo lo que dio en llamar el criterio funcional o finalista, el mismo que conjuga la desviación del derecho de su específica función social (o motivo legítimo), en cuanto elemento objetivo, con el motivo ilegítimo del agente, el que configura el factor de carácter subjetivo.<sup>2</sup>

## **1.9) EL USO ABUSIVO DEL DERECHO EN LA LEGISLACION MEXICANA.**

### **1.9.1) Uso abusivo del derecho como “transgresión de la finalidad social” del derecho subjetivo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

No estoy diciendo que explícitamente nuestra Constitución contemple el uso abusivo del derecho lo cual sería inexacto, aunque podría proponerse la inclusión de tal artículo. Lo que se quiere mostrar es más bien que sus prohibiciones se basan en principios como el de la finalidad social del derecho que también inspira al uso abusivo del derecho. Lo que comprueba la idea que sostenemos de que todo un sistema jurídico tiene valores jurídicos que proteger y que inspiran sus prohibiciones.

El uso abusivo del derecho como hecho ilícito de antijuricidad material puede darse respecto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna. Nos percatamos que las limitaciones a los derechos fundamentales tienen en mente su posible abuso. Estos límites del derecho que establece el legislador tiene como base diferentes criterios, pero tienen relevancia en nuestro derecho, el de la función económico social del derecho, principalmente en la propiedad de la tierras y aguas, y la iniciativa privada económica.

Si analizamos nuestra Constitución Política mexicana obviamos encontramos una serie de derechos subjetivos, pero todos ellos tienen limitaciones y condiciones para su ejercicio (para prevenir su o castigar su “abuso”). La razón de esa limitación de la libertad, de los derechos es la convivencia. Las esferas jurídicas de los gobernados aparte de que tienen un límite en sus alcance y especie se interpenetran entres sí, y cuando esto sucede, como no se puede reducir los derechos de los sujetos, cuando estos son contrarios , para evitar la violencia, el Estado a través de las normas debe dar normas que concilien esos intereses contrarios . Estas normas necesariamente limitan, imponen a la voluntad del sujeto la voluntad

del legislador. Cuando no se cumplen estas limitaciones y condiciones la norma contempla una sanción. Podemos decir la limitación del derecho subjetivo evita el ilícito. Por otro lado, Estado tiene la obligación de respetarán estos derechos individuales y sociales, pero este respeto esta condicionado a que los derechos se ejerciten dentro de ciertos márgenes de libertad previamente establecidos:

El art. 1º Constitucional dice:

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece" <sup>70</sup>

El art. 1º ,interpretado a contrario sensu, nos dice que los derechos subjetivos se pueden restringir y suspender, en ciertos casos y bajos ciertas condiciones. Ahora bien el legislador al establecer estos casos y condiciones debió utilizar un criterio para limitar los derechos subjetivos. Unos elementos de este criterio son:

El bien común es superior al bien individual. El bien individual no debe ser incompatible con el bien colectivo. En en ciertos casos el interés de la colectividad es superior al interés de una persona física o moral. El ejercicio de un derecho no debe producir daños a otros, etc. El criterio de la función social del uso abusivo del derecho supone que los derechos subjetivos tiene previamente a la elección libre del sujeto que los utiliza finalidades posibles en su uso, unas permitidas y otras prohibidos.

El art. 27 Constitucional dice:

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, logra el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.....". <sup>71</sup>

La propiedad de tierras y aguas es de la persona moral Estado, es decir la que se llama la propiedad originaria, y esto permite que el Estado pueda sujetar la propiedad privada de las tierras y aguas a ciertas condiciones favorables al interés público. Si esto ocurre en nuestra Constitución no sería extraño que un juez basado en el Código Civil para el Distrito Federal pueda encontrar un uso abusivo

---

<sup>70</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit Porrúa, 133 ed., México, 2000, p.7., .

<sup>71</sup>Ibid. p.24, "art.27 Constitucional"

del derecho de propiedad de tierras o de aguas si se violan los principios de la finalidad social del derecho

### **Art 28 Constitucional:**

**"En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios**

**, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes.....En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.**

**Las leyes fijarán bases para que señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.....Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes <de la federación>, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público...."**<sup>72</sup>

En este artículo Constitucional se ponen claros límites a la libertad de comercio, e indirectamente a la propiedad, basados en el criterio de la finalidad económico-social del derecho.

### **En el art. 29 de la Constitución dice:**

**"En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fueren obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde."**<sup>73</sup>

El que el interés colectivo es superior al individual, o mejor que el interés de muchos individuos es superior al de un pocos y que el respeto de esto en un Estado es la condición de un gobierno justo lo dice la Constitución. En este artículo se limitan o suspenden las garantías en base a un criterio de orden público.

### **Art. 39 Constitucional:**

**"La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno."**<sup>74</sup>

La Constitución prohíbe que el poder público se instituya para beneficio de unos cuantos en perjuicio del pueblo. Es decir, hay un límite a los gobernantes en sus políticas, por ejemplos las económicas cuando estas atenten contra el beneficio del pueblo".

<sup>72</sup>Ibid. p. 34, "art. 28 Constitucional."

<sup>73</sup>Ibid. pp. 36-37. "art. 29 Constitucional".

<sup>74</sup>Ibid. p.42. "art. 39 Constitucional."

Hay criterio de beneficio social, para limitar el ejercicio del Poder Público, y por tanto, de los tres poderes.

1.9.2) Uso abusivo del derecho como "intención de dañar" del agente, en la Parte General del Código Penal Federal.

"Artículo 15 fracción VI, del Código Penal Federal:

"El delito se excluye cuando.....: VI) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro."<sup>75</sup> En el penúltimo y último renglón tenemos una clara alusión a la idea del abuso del derecho es su forma tradicional es decir, en su forma subjetiva, como en el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal. Se admite por el Código Penal Federal que al ejercer un derecho o cumplir un deber jurídico y existiendo una exigencia racional del medio empleado puede haber aún abuso del derecho. El delito no se excluye si hay abuso del derecho en su forma subjetiva.

1.9.3) Uso abusivo del derecho como "intención de dañar", en el Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo pronto podemos decir, que en nuestro Código Civil, respecto al uso abusivo del derecho, impera un criterio explícito aunque subjetivista, ya anticuado y contrario al criterio de función social del derecho, que incluso fue tomado en cuenta en ciertas limitaciones a la propiedad por el Constituyente de 1917.

Mas en particular, en el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal ni siquiera se prohíbe expresamente el uso abusivo del derecho ni a la figura ahí contemplada se le llama por su nombre.

Más adelante en este trabajo entraremos en detalle sobre este y otras cuestiones relacionadas.

---

<sup>75</sup>Código Penal Federal, Edit. Sista. México, 2000, p.18.

## CAPITULO SEGUNDO

### EL USO ABUSIVO DEL DERECHO COMO HECHO ILICITO Y FUENTE DE LAS OBLIGACIONES EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

#### 2.1) NATURALEZA JURIDICA DEL USO ABUSIVO DEL DERECHO SEGUN LA DOCTRINA DEL ACTO Y HECHO JURIDICO.

Si el uso abusivo del derecho es una especie del hecho ilícito, es decir, una manifestación de voluntad del sujeto, con antijuricidad material, culpable y dañosa, que la ley le asocia ciertas consecuencias jurídicas, sin buscarlas ni quererlas el sujeto, es necesario demostrarlo mediante la teoría general del acto jurídico.

Posteriormente, ya demostrado que el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito se sigue lógicamente que también es fuente de las obligaciones, (para demostrarlo veremos brevemente la teoría de las obligaciones), es decir, el que usa abusivamente de su derecho tiene la obligación de indemnizar a la víctima que daña. Esta indemnización se relaciona con la responsabilidad civil que generan otros hechos ilícitos como el de la responsabilidad civil subjetiva o el de la responsabilidad civil objetiva, y como el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito, por eso relacionaremos el uso abusivo del derecho con la responsabilidad civil y con sus reglas de indemnización del Código Civil para el Distrito Federal.

#### 2.1.1) El hecho jurídico y su función en la estructura de la norma

El hecho jurídico en sentido general se considera como género que abarca toda clase de "hechos", todo lo que en la vida en sociedad se tiene que normar jurídicamente, se encuentra pues dentro de la categoría jurídica de los hechos jurídicos. En otras palabras, todo lo que puede realizar el supuesto jurídico tiene en común ser hechos jurídicos en sentido general. Cuál sea la naturaleza jurídica o esencia de los hechos jurídicos en general lo veremos después.

Este concepto o categoría de los hechos jurídicos se encuentra además relacionado e inscrito en la *estructura de la norma jurídica*.

Por eso algunos autores abordan el estudio del hecho jurídico en relación con la norma jurídica, en particular, con el llamado *supuesto jurídico*.

"...nos es permitido considerar prima facie al hecho jurídico, sin ahondar en su contenido, simplemente como la realización del supuesto jurídico, mas ello implica un enunciado elemental..."<sup>1</sup>

"El supuesto jurídico es el primero de los elementos de la norma jurídica; por el entendemos la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de derecho contenidas en la norma. Estas las consecuencias son su el segundo elemento de las normas, y en razón de la naturaleza de que participan son calificadas como consecuencias de derecho; consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones."<sup>2</sup>

Es realmente el hecho jurídico el que actualiza el supuesto jurídico y da origen a las consecuencias jurídicas antes mencionadas. Esto que se afirma podría plantearse como algo que tendría que investigarse como lo plantea Borja Soriano. Dice, él: ¿Los efectos (o consecuencias) de derechos se producen en verdad por los actos y hechos jurídicos?

Ante este problema Borja Soriano (<sup>3</sup>) propone como antecedentes de solución tres teorías: la clásica (basada en Planiol, Baudry-Lacantinerie y Capitant), la de Duguit y la de Bonnacase.

**Doctrina clásica:**

Los actos jurídicos son la fuente de las obligaciones son la fuente más fecunda de las relaciones de derecho; son causa de la mayor parte de estas relaciones y producen los efectos de derecho.

El elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad del autor, de ella derivan directamente los efectos jurídicos.

En el contrato, la voluntad de las partes forma la obligación: es la fuerza creadora de ella y quién determina a la vez su objeto y su extensión, el legislador no interviene sino para sancionar la obra de las partes, dándoles una acción, o para vigilarla, estableciendo límites a su libertad por medio de prohibiciones y de nulidades. Tratándose de los hechos jurídicos (strictu sensu) puede decirse que los efectos jurídicos son directamente creados por el derecho, que en estos casos la ley es la fuente de las obligaciones.

**Teoría de Duguit**

En el acto jurídico, considerado como acto de voluntad, hay que distinguir los momentos sucesivos de la concepción, la deliberación, la decisión y la ejecución. En el tercer hace la elección; esta decisión constituye la volición propiamente dicha. El querer humano en materia jurídica, no puede tener otro objeto directo inmediato que un movimiento corpóreo del sujeto...La más veces, en el derecho moderno, la ejecución de la volición interna consistirá, simplemente, en la declaración en una forma cualquiera, oral o escrita y aun por simples gestos del objeto inmediato de la volición, en una declaración de la intención. A esta manifestación exterior de la voluntad, el derecho objetivo puede atribuir ciertos efectos de derecho. Este efecto de derecho no es producido por la voluntad del sujeto, no objeto inmediato del querer sino mediato. El efecto de derecho no tiene, pues por causa eficiente a la voluntad, tal efecto de derecho se producirá por la aplicación de la ley jurídica o derecho objetivo, como determinada consecuencia material se produce por la aplicación de la leyes físicas.

Mediante la ley, la voluntad (o el movimiento corpóreo) produce las consecuencias del derecho

**Teoría de Bonnacase**

Este jurista, apoyándose en las ideas de Ihering, Pothier, Toullier, Demolombe y Marcadé, formula con gran claridad su teoría:

El acto jurídico y el hecho jurídico tienen ambos por función poner en movimiento, en contra o en provecho de una o de varias personas, una regla de derecho o una institución jurídica. Solamente que mientras el autor del acto jurídico tiene directamente y de una manera reflexiva a este resultado, el autor del hecho jurídico lo sufre. Es una de las razones que han conducido a la doctrina clásica a asimilar la función del acto jurídico a la de la ley; tal a sido el caso en materia de fuentes de las obligaciones. Semejante asimilación es falsa; el acto jurídico no es por sí mismo generador de efectos de derecho de la misma manera que la ley. Considerada en sí misma la voluntad humana es impotente en el dominio del derecho.

<sup>1</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. 3a.ed., Edit. Porrúa. México, 1992. p.497

<sup>2</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. cit. p.495.

<sup>3</sup> Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 16a. Ed., Edit. Porrúa, México. 1998. pp.86-89.

La función mediata del acto y el hecho jurídico es dar nacimiento a situaciones jurídicas concretas, las cuales se traducen en la aparición de derechos de familia, de derechos reales y de obligaciones.

Se distingue la situación jurídica abstracta y la situación jurídica concreta. Desde que se dicta una regla de derecho, engendra de pleno derecho una o varias situaciones jurídicas abstractas. La situación jurídica abstracta se caracteriza por estar desprovista de consecuencias prácticas para sus beneficiarios. La situación jurídica concreta es una realidad positiva; es la ley funcionando verdaderamente en provecho de una persona determinada; tiene en su base un acto jurídico o un hecho jurídico que a puesto en movimiento la ley de que se trate."

La respuesta de este problema es para Borja Soriano<sup>(4)</sup> una posición ecléctica, o sea la solución de Bonnacase:

"La ley y el acto jurídico juntamente producen los efectos de crear, transmitir, modificar y extinguir las obligaciones y derechos. El art. 1419 del Código Civil de 1884, establece la fuerza obligatoria de los contratos, y sin embargo, no basta con la existencia de éste texto legal para que nazca una obligación; este resultado concreto no se produce, sino cuando efectivamente se celebra un contrato. Pero el contrato por sí mismo no podría engendrar la obligación; ésta nace por aplicación de la ley, que atribuye fuerza creadora de la obligaciones a los contratos..."

Podemos mantener, como Borja Soriano, que el acto y el hecho jurídico mediante la ley producen las consecuencias de derecho. Para el fin que perseguimos en esta tesis, no es necesario mayor profundidad en esa cuestión. Por tanto, el uso abusivo del derecho si produce como consecuencia del derecho la obligación de indemnizar a la víctima, debe ser o bien un acto o un hecho jurídico. Más adelante veremos que es un hecho jurídico.

Continuemos exponiendo la relación entre los actos y hechos jurídicos en relación con la norma: La simple mención en la norma del supuesto jurídico, no implica necesariamente que aquel llegue a realizarse; por el contrario, entre el supuesto jurídico como mera hipótesis y su realización efectiva, existe una *relación contingente (o sea puede realizarse el supuesto o no)*. Pues bien puede darse el caso de ciertas normas con ya buen tiempo de vigencia formal y no obstante ello, las consecuencias previstas en su contenido no llega a actualizarse por la falta de realización de su supuesto; más aún, podríamos llegar al extremo de pensar y aceptar que dicho supuesto no llegue a realizarse nunca.

Entre la realización del supuesto y el nacimiento de las consecuencias jurídicas se observa, en cambio, una *relación necesaria*, esto es, cuando se realiza el suceso previsto por la norma como supuesto jurídico, en ese momento nacerán indefectiblemente las consecuencias de derecho. Por último, entre el nacimiento de las consecuencias anotadas y el cumplimiento de las mismas existe nuevamente una *relación de contingencia*, pues que esos derechos con sus correlativos deberes hayan surgido como consecuencia de la realización del supuesto jurídico, no implica que necesariamente lleguen a cumplirse, ya que por una parte, el derechohabiente podría

<sup>4</sup> Borja Soriano, Manuel, Op.cit., p.89

renunciar a exigir su cumplimiento o el obligado, en su caso, podría no cumplir voluntariamente y no obstante exigirle por la vía judicial el cumplimiento forzado, éste no se logrará por la insolvencia de aquél, su desaparición, etc.

En suma hay que distinguir, según Domínguez, <sup>(5)</sup> entre:

- 1.-El supuesto jurídico como simple hipótesis
- 2.-La realización del supuesto
- 3.-La actualización de las consecuencias de derecho (por ejemplo, la exigencia de indemnización)
- 4.-La realización o no realización de las consecuencias jurídicas (por ejemplo, cumplimiento del deber de indemnizar).

Cuando se dice que hay que distinguir entre un acontecimiento o hecho jurídico y el hecho no jurídico, se quiere decir que el concepto de hecho jurídico no es un concepto empírico o puramente sensible sino un concepto mixto empírico-racional, el cual hay, para formar, que poner en relación con el concepto de norma o ley; es decir, cuando pensamos en el concepto de hecho jurídico implícitamente estamos pensando en una descripción de una norma de un sistema jurídico.

Fuera de este sistema jurídico esa descripción del acontecer jurídico podría ser un "hecho", pero no; un "hecho jurídico". A propósito dice Domínguez <sup>(6)</sup> apoyado en Boffi Boggero, "...tanto el hecho como la norma jurídica que le confiere efectos, son indispensables para que éstos deban producirse. El hecho por sí mismo no deja de ser un acontecimiento sin valor jurídico. Necesita la norma para cobrar ese valor. Por ejemplo, la concepción en el seno materno es un fenómeno biológico, sometido a leyes naturales y sólo es jurídico en la medida que una norma de derecho le asigna efectos normativos."

De lo anterior podría concluirse que se no hay una norma jurídica expresa en relación a determinado hecho no podríamos inferir ninguna consecuencia jurídica de ese hecho. Sin embargo, no es así, como lo sostiene Domínguez <sup>(7)</sup>, porque "...se pueden obtener consecuencias jurídicas de un hecho no previstas en una norma, aunque sí previstas en los principios generales del derecho. Con fundamento en lo establecido por los artículos 14 Constitucional y 19 del Código Civil para el Distrito Federal, no hay necesidad de un señalamiento expreso de efectos por una norma particular...un controversia será resuelta judicialmente conforme a los principios generales del Derecho; con ello se supe la falta aparente de normatividad."

Si para determinar las consecuencias de derecho que un acto o hecho jurídico produce, fuera absolutamente necesario apelar a la existencia de un norma expresa con su supuesto y consecuencia relacionados con ese acto u hecho, indudablemente muchas controversias no podrían resolverse. Nuestra Constitución, artículo 14, permite a los

<sup>5</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. cit., p. 496

<sup>6</sup> Ibid. p.498

<sup>7</sup> Id.

jueces resolver las controversias sin necesidad de recurrir a la norma expresa, cuando esta falta. En el caso del uso abusivo del derecho, como hemos visto, (en Francia en el siglo XIX), no existía en un primer momento norma expresa que lo regulara, y los jueces tuvieron que resolver los casos con ayuda de los principios generales del derecho. Después los jueces pudieron resolver las controversias con la jurisprudencia respectiva, y finalmente actualmente muchos países en el mundo pueden resolver esa clase de controversias mediante norma expresa.

En México tenemos una norma expresa (art. 1912 Código Civil para el Distrito Federal) que en su supuesto y consecuencia contempla el uso abusivo del derecho. Otra posibilidad, como consecuencia lógica de la relación de dependencia entre el concepto de hecho jurídico con la estructura de la norma, es que un mismo hecho sea un acontecimiento ajurídico porque un orden determinado no le atribuya consecuencias de derecho y sin embargo, por producirlas conforme a otro orden, ser jurídico éste, al reconocerle tal carácter precisamente por asignarle consecuencias de esa calidad.

Esto se comprueba fácilmente si recordamos que para los romanos no existía el uso abusivo del derecho (y si se objeta que si existía, se contestaría que si existía ese concepto no sería como actualmente lo entendemos), es decir no existía norma que lo contemplara como una conducta prohibida, y por tanto, era un acontecimiento ajurídico.

Incluso puede darse el caso que en un contrato donde por la naturaleza de éste se crean consecuencias jurídicas aplicables sólo a los contratantes, al realizarse ciertos hechos donde intervenga los contratantes sólo para ellos tales hechos tendrán consecuencias jurídicas (puestos para ellos generan consecuencias de derecho), mientras que para las demás personas, no. Por ejemplo, si una persona asegura sus bienes contra el riesgo de un terremoto, y ocurre efectivamente el siniestro dañando las propiedades de dicha persona, para ella tal hecho tendrá consecuencias jurídicas mientras que para otras cuya situación no sea contemplada por ninguna norma, ni principio general del derecho, tendrá el efecto de un hecho natural solamente.

### 2.1.2) Teoría francesa y alemana del hecho y acto jurídico.

El hecho jurídico en general puede ser si lo tomamos como sinónimo de supuesto jurídico tanto un hecho de la naturaleza donde no interviene el hombre, como uno donde interviene el hombre. Esta

clasificación supone un punto de vista donde el hombre y las cosas naturales son lo mismo o tienen la misma esencia; ser fenómenos de la naturaleza, y se les designaría con el mismo término: "Hechos". En efecto el ser humano, puede ser considerado desde un punto de vista determinista y causalista y ser tratado como un fenómeno más de la naturaleza, o sea un "hecho". Pero como son hechos que le interesan a la disciplina Derecho, por tener ciertas características, les llamamos "hechos jurídicos". Relacionando esto con la norma, podemos decir, que en el supuesto normativo puede actualizarse tanto por un hecho sujeto a la ley de causalidad (todo evento puramente natural), como un hecho donde interviene la voluntad y la razón, y por tanto, la libertad ( o sea, el acto humano)

En los "hechos jurídicos" en que interviene el hombre, y obviamente distinguiendolo de todo evento de la naturaleza por sus atributos de razón y voluntad (la clasificación alemana les llama "actos) , podemos subdividirlos en aquellos en los que no actúa su voluntad (al modo de los actos involuntarios de la moral donde el sujeto no puede elegir entre el bien y el mal y por tanto no se le pueden imputar sus actos), y los actos voluntarios o donde se considera que la voluntad del sujeto actúa (estos actos son aquellos donde, según la Ética, el sujeto es responsable moralmente ya que puede elegir el bien y el mal de sus actos). Hay que observar en la clasificación del Derecho de los actos humanos se habla sólo de la voluntad, mientras que en la clasificación de la Ética de los actos humanos se habla tanto de la voluntad como del entendimiento.

La Ética dice que una persona es responsable moralmente de sus actos si quiere (voluntad) y entiende lo que hace (entendimiento). Parece ser que en el Derecho se le da más peso a la voluntad que al entendimiento, pese a que el entendimiento también es necesario para configurar la responsabilidad personal o mejor, la imputación jurídica, es decir, a un sujeto se le atribuyen ciertas consecuencias jurídicas. Por ejemplo cuando se define el acto jurídico se dice que es una manifestación de voluntad.....etc. Cuando la realidad es que es una manifestación de entendimiento y voluntad. No hay por qué ignorar el entendimiento.

Dejando esta digresión, decíamos que los actos donde interviene la voluntad humana los podemos subdividir en aquellos casos en que se propone obtener unas consecuencias de derecho y aquellas donde no se le propone (y sin embargo se dan consecuencias de derecho).

Para conceptualizar las distinciones anteriores que existen en los "hechos jurídicos en general" se han elaborado dos teorías: la francesa y la alemana:

## TEORIA FRANCESA

La teoría francesa divide o distingue el hecho jurídico en general o en sentido amplio, en dos especies:

- 1.-El hecho jurídico en sentido estricto
- 2.-El acto jurídico

El hecho jurídico en sentido amplio abarca cualquiera de los siguientes casos, en la siguiente combinaciones: caso 1, caso 2, caso 1 con 2, caso 3. Los casos son:

- 1.-Acontecimiento donde sólo interviene la naturaleza
- 2.-Actos donde sólo interviene el hombre (con propósito o sin él), pero sin buscar consecuencias jurídicas.
- 3.-Actos donde sólo interviene el hombre con un propósito, y además buscando las consecuencias jurídicas

*El hecho jurídico en sentido amplio* (que comprende el acto jurídico)

es según Bonnetcase<sup>(9)</sup>, "un acontecimiento engendrado por la actividad humana, o puramente material, tomado en consideración por el Derecho, para hacer derivar de él, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o por el contrario, un efecto jurídico limitado."

Para el mismo autor <sup>(9)</sup> *el hecho jurídico en sentido estricto* "se opone normalmente al acto jurídico, y se define como un acontecimiento puramente material, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones no haya tenido, ni podido tener, el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho"

Vemos que esta definición del hecho jurídico en sentido estricto se califica como hechos, actos humanos voluntarios en la realización de un hecho. La doctrina alemana sacara estos actos humanos de la clasificación de "hechos" y los pasa a la de "actos"

En relación con el uso abusivo del derecho en un primer momento del análisis aparecen como acciones más o menos voluntarias, y por tanto, de acuerdo con la teoría francesa son hechos jurídicos en sentido estricto. El hecho jurídico en sentido estricto ya lo definimos, por lo que pasamos a definir el *acto jurídico*, según la teoría francesa:

Para Planiol <sup>(10)</sup> la palabra acto jurídico tiene dos sentidos diferentes:

"Designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces, a la palabra negotium; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino instrumentum. Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí

<sup>9</sup>Juhen Bonnetcase, Tratado elemental de Derecho Civil. Trad.Enrique Fiqueroa Alfonso. Edit.Pedagógica iberoamericana, México, 1995, p.764

<sup>10</sup>Id.

<sup>10</sup>Marcel Planiol. Derecho Civil. Trad. Leonel Pereznieta Castro. Edti. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p.39

mismos y haciendo abstracción de su prueba, son actos jurídicos; los documentos notariales o privados en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales..."

Para Bonnecase,<sup>(1)</sup> *el acto jurídico es* "una manifestación de voluntad, unilateral o bilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, (transmisión), modificación o extinción de una relación de derecho."

No obstante que puede surgir un uso abusivo del derecho a partir y como consecuencia de un contrato, el uso abusivo del derecho en el contrato no es un acto jurídico sino un hecho jurídico en sentido estricto, ya que si fuera un acto jurídico tendríamos que admitir el absurdo de que una persona realiza una manifestación de la voluntad sin ninguna utilidad y con la intención de dañar con la finalidad (pues en el acto jurídico se persigue un fin) de que una norma lo sancione mediante una indemnización a otra persona (pues es la consecuencia del uso abusivo del derecho). Luego, como la persona no quiere esa consecuencia, en el uso abusivo del derecho esa consecuencia de la indemnización se obtiene independientemente de la voluntad del sujeto.

Por tanto, el uso abusivo del derecho en el contrato y en cualquier otra fuente de las obligaciones es un hecho jurídico en sentido estricto y genera la obligación de indemnizar. Por eso el uso abusivo del derecho es una fuente de las obligaciones. Esto es similar a lo ocurre con el hecho ilícito de la responsabilidad civil subjetiva. Puede darse un hecho ilícito que genere responsabilidad civil subjetiva a partir de un contrato. El contrato es un acto jurídico pero el hecho ilícito de por ejemplo un incumplimiento del contrato es un hecho jurídico en sentido estricto. Pueden, además originarse hechos ilícitos de la especie que genera responsabilidad civil subjetiva a partir de otras fuentes de las obligaciones, por ejemplo de una declaración unilateral de la voluntad: de una oferta al público.

En otras clasificaciones, el hecho jurídico en sentido estricto se puede subdividir:

- 1.-Hecho jurídico voluntario
- 2.-Hecho de la naturaleza.

El hecho de la naturaleza.-Es el acontecimiento de la naturaleza, en donde para nada interviene la voluntad humana y que el Derecho considera como dato, para que se generen ciertas consecuencias jurídicas.

El hecho jurídico voluntario se puede dividir en :

---

<sup>11</sup>Bonnecase. Op.cit. p.764

**1.-Hecho jurídico lícito.** Es aquella conducta humana *que va de acuerdo* con las leyes de orden público, o las buenas costumbres y produce efectos de derecho, sin consideración de la voluntad del autor de la conducta. En la legislación francesa le llaman cuasi-contrato. En la legislación mexicana no existe el término cuasi-contrato; la legislación francesa ejemplifica con la gestión de negocios y el pago de lo indebido.

En México se le ejemplifica también con la gestión de negocios.

**2.-Hecho jurídico ilícito.**-Es la conducta humana *que va en contra* de las leyes de orden público y las buenas costumbres, y las consecuencias jurídicas se generan independientemente de su voluntad. (La legislación francesa ejemplifica con el delito y el cuasidelito. La legislación mexicana ejemplifica excluyendo el término delito, y sustituyendo la palabra cuasidelito por la de actos ilícitos (que en rigor, de acuerdo a la teoría francesa, deben llamarse hechos ilícitos), pero además cambia el concepto, pues el acto ilícito es diferente al cuasidelito porque admite el dolo y la culpa y el cuasidelito solo admite la culpa.

El uso abusivo del derecho es de acuerdo a Bejarano y otros doctrinarios un hecho jurídico (en sentido estricto) ilícito (no obstante que se ejercite un derecho, o que no se ejercite un derecho), ya que es una conducta que si bien está de acuerdo con la norma es contrario a los principios jurídicos y valores jurídicos que el Derecho tutela, es una conducta prohibida. El uso abusivo del derecho tiene una antijuricidad material. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo ubica el uso abusivo del derecho dentro de los actos ilícitos, tal vez teniendo en mente la clasificación alemana entendiendolos como actos en sentido estricto, y de ser así equivaliendo en la clasificación francesa a los hechos (en sentido estricto) ilícitos. En todo caso el Código Civil para el Distrito Federal debería cambiar el capítulo 5, tit.1, del Libro 4 titulado "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" por "de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos", susituyendo la palabra "actos ilícitos" por "hechos ilícitos". También el art.1830 del mismo Código que define el hecho ilícito debería estar en el capítulo 5, tit, 1, Libro 4. Sin embargo en otras legislaciones el uso abusivo del derecho se conceptúa de modo distinto que en el Código Civil mexicano y se le ubica en otra categoría. Por ejemplo, en el Código Civil español no se le trata mediante las reglas de la responsabilidad civil.

En otras clasificaciones el acto jurídico, en la teoría francesa, se puede subdividir en :

1.-Acto jurídico lícito (la doctrina clásica francesa ejemplifica con el contrato.

2.-Acto jurídico ilícito

También en otras clasificaciones:

1.-Acto jurídico unilateral

2.-Actos jurídico plurilateral

La teoría francesa apareció con el racionalismo de fines del siglo XVIII floreciente durante todo el siglo XIX con la escuela de la exegesis y con sustentantes tan prestigiosos como Aubry Y Rau, Braudry-Lacantinerie y otros comentaristas del Código Napoleón. Es la teoría aceptada en México a partir del Código Civil de 1870, tanto doctrinal como legislativamente.

## TEORIA ALEMANA

Es la teoría moderna y tiene su origen en el padectismo alemán de la segunda mitad del siglo XIX, sustenta principios evolucionados, resultantes de una análisis más lógico, más detallado y más profundo de la cuestión planteada comparativamente con la Doctrina francesa. Cristalizó en el Código Civil Alemán de 1900, y la siguen la doctrina italiana y española. La Doctrina mexicana expone ocasionalmente dichos principios, pero cada vez con más atención.

La legislación mexicana actual no toma en cuenta la teoría alemana; sino la francesa. Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal ubica dentro de la especie actos jurídicos: al contrato, a la declaración unilateral de la voluntad, etc. y dentro del hecho jurídico a la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, los hechos ilícitos, el riesgo creado, etc. Tanto en la teoría alemana como francesa se observa el hecho jurídico en sentido amplio como género común de los acontecimientos a los que el Derecho reconoce producción de consecuencias. Asimismo, la teoría alemana ofrece también los conceptos de hecho jurídico en sentido estricto y acto jurídico, como especies del hecho jurídico en sentido amplio, pero los significados de estas especies difieren de los asignados por la doctrina francesa a las mismas fórmulas. Además, la teoría alemana aporta una categoría específica de actos jurídicos: *el negocio jurídico*. Los *hechos jurídicos en general o en sentido amplio* se dividen en la teoría alemana en dos especies: 1.- Hechos jurídicos en sentido estricto

2.-Actos jurídicos

*Los hechos jurídicos en sentido estricto* son acontecimientos naturales donde, por lo tanto, no interviene la voluntad humana, que producen efectos jurídicos. La diferencia de esta clasificación con la teoría francesa es que en los hechos jurídicos en sentido estricto, tal como se definen, no entran los actos humanos donde interviene su voluntad aunque sea solo en la producción del hecho, ni donde se buscan las consecuencias de derecho. Así como el hecho jurídico en sentido estricto y el acto jurídico son especies del hecho jurídico en sentido amplio, el acto, de acuerdo con la teoría alemana, cuenta también con dos especies:

Los actos jurídicos se dividen:

1.-Actos jurídicos en sentido estricto

2.-Negocios jurídicos

Según la teoría alemana, "la voluntad interviene en la realización tanto del acto jurídico en sentido estricto como del negocio jurídico, sólo que en el acto en sentido estricto los efectos no son obra de la voluntad realizadora sino de la ley, en cambio en el negocio jurídico los efectos jurídicos son manifestación de voluntad destinada precisamente a crear determinadas consecuencias de contenido jurídico."<sup>12</sup>

Para Gutiérrez y González<sup>(13)</sup>, Ortiz Urquidi distingue pulcramente, en la teoría alemana, entre hechos, actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos, mediante el siguiente criterio: "tomar en cuenta la intervención de la voluntad-presencia o ausencia de ella- en estos dos momentos:

- a) en la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y
- b) en la creación de las consecuencias jurídicas

En esas condiciones, en la teoría alemana, el *hecho jurídico en sentido estricto* es el acontecimiento en el que la voluntad no interviene ni en la realización ni en la creación de las consecuencias, sin embargo, éstas se producen; en el acto jurídico en sentido estricto, la voluntad interviene sólo en su realización y no en la creación de consecuencias, y por último, si de un *negocio jurídico* se trata, la voluntad de su autor o de las partes en su caso, intervienen tanto en la realización como en la creación de consecuencias jurídicas,

Para Bejarano<sup>(14)</sup> el acto jurídico, según la teoría francesa, es:

"... la manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de Derecho sancionados por la Ley. Como todo ser real o conceptual, precisa para su formación de ciertos elementos sin los cuales no existe:

- 1.-La voluntad
- 2.-Un objeto posible (jurídico o natural) hacia el cual se dirige esa voluntad; y, ocasionalmente,
- 3.-Una manera solemne para exteriorizar la voluntad"

<sup>12</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. 3a. ed, Porrúa, México, 1992, p.509

<sup>13</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a.ed., Edit. Porrúa, México, 1990, p.239

<sup>14</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed., Edit. Harla, México. 1984.p.50

Para Bejarano<sup>(15)</sup> , el acto jurídico que reúne los elementos esenciales y cumple además los requisitos de validez, surte plenos efectos de Derecho. Los requisitos de validez son:

"El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir, además, los requisitos de validez necesarios para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos: Tales requisitos de validez han sido enumerados por el legislador en el art. 1795 CC, y son:

- 1.-La voluntad debe exteriorizarse con la forma exigida por la Ley;
- 2.-La voluntad debe estar exenta de vicios
- 3.-El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración debe ser lícitos, y
- 4.-Los autores o partes debe ser capaces" <sup>16</sup>

De todo lo anteriormente dicho queda claro que si el uso abusivo del derecho es una manifestación de voluntad ilícita a la cual la norma atribuye efectos de derecho, o sea, dentro de la teoría francesa, un hecho ilícito (en el Capítulo Primero de esta tesis se analizaron los criterios doctrinales que explican porque sería ilícito), independientemente que se considere que en cierto sentido se ejercita un derecho (es común que cuando se manifiesta la voluntad también se ejercita un derecho), la norma jurídica le otorga la consecuencia jurídica de generar obligaciones. En particular y especialmente la consecuencia de indemnizar a la víctima del daño. Es decir, el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito, su titular no busca como consecuencias el indemnizar a otra persona, pero la ley independientemente de la voluntad del agente le otorga esas consecuencias. En la doctrina la conducta (voluntaria) dañosa culpable y antijurídica de una parte resultante de un negocio jurídico (según la teoría alemana) no se le llama acto ilícito (según la teoría francesa), sino hecho ilícito (según la teoría francesa).

Usando las dos teorías del hecho jurídico en general, podemos decir que el uso abusivo del derecho puede resultar tanto de un acto jurídico en sentido estricto (t. alemana) como de un negocio jurídico (t. alemana) y sin embargo, el uso abusivo del derecho, un acto jurídico en sentido estricto (ilícito)(t. alemana). Equivalentemente según la teoría francesa . Se puede originar tanto de un hecho jurídico en sentido estricto, como de un acto jurídico, pero el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito.

## 2.2.) CONCEPTO DE OBLIGACION JURIDICA

Anteriormente hemos visto que los actos y hechos jurídicos pueden realizar el supuesto de la norma jurídica y cuando eso sucede se da la consecuencia jurídica. Los hechos jurídicos (en sentido estricto) y los

---

<sup>15</sup>Bejarano, Manuel. Op.cit. p.155

<sup>16</sup>Ibid. p.85

actos jurídicos son causa de la mayor parte de las relaciones de derecho existentes entre los hombres; sus formas, condiciones y efectos, constituyen por sí solos el objeto principal del conocimiento jurídico. Los actos y hechos jurídicos actualizan los supuestos jurídicos y las consecuencias son la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones. De modo que para entender las consecuencias de los actos y hechos jurídicos tenemos que profundizar en el concepto de derecho subjetivo y el concepto de obligación.

Existe pues, según Bejarano (17) una relación entre los actos jurídicos y las obligaciones: "Los actos jurídicos hacen nacer obligaciones, por eso se dice que son fuente de las obligaciones."

El concepto de derecho, en la definición de acto y hecho jurídico, cuando dice "para crear, transmitir, modificar y extinguir, derechos y obligaciones." En cuanto al *derecho subjetivo*, al que se refiere la definición anterior lo podemos entender como la facultad reconocida a una persona por la ley que le permite realizar determinados actos.

De lo anterior podemos inferir que en los actos y hechos jurídicos lo que se crea, transmite, modifica y extingue son los derechos (y las obligaciones) que la ley, o mejor, el sistema normativo, otorga a los individuos. En los contratos los derechos y obligaciones que se otorguen las partes están supeditados a otros derechos y obligaciones implícitos que les otorga el sistema normativo y al cual no se puede contrariar. El derecho subjetivo puede ser real o personal: El derecho real es la facultad o poder de aprovechar autónoma y directamente una cosa (del latín res: cosa). El derecho personal consiste en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer nada o en dar alguna cosa.<sup>18</sup>

La definición de derecho personal, o de crédito nos lleva inmediatamente a la noción de obligación, ya que al derecho personal, desde cierto punto de vista se le llama obligación. Es decir la definición de derecho personal se hace, partiendo de una relación bilateral, desde el punto de vista del acreedor. La definición de obligación se hace desde el punto de vista del deudor.

Se define realmente una sólo situación, una relación jurídica entre dos personas, una de las cuales es acreedor y la otra deudora.

Cuando se le enfoca desde el punto de vista del acreedor se dice que un sujeto (acreedor, creditor o lado activo) tiene la facultad de exigir de otro (deudor,deudor o lado pasivo) una prestación. Desde el punto

---

<sup>17</sup> Ibid. p.156

<sup>18</sup> Ibid. p.5

de vista del deudor, el derecho personal o mejor, *la obligación*, "es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer."<sup>19</sup>

La persona que tiene la facultad o derecho de exigir se llama acreedor. La que está en la necesidad de cumplir, la obligada, se llama deudor. Esta definición de obligación actual es esencialmente la misma que usaban los romanos, en las Institutas de Justiniano Libro III, título XIII, cuando decían que era un vínculo jurídico que constriñe a la necesidad de entregar alguna cosa en favor de otro según la ley de la ciudad: "Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura."<sup>20</sup>

El derecho y la obligación tal como lo entendemos parecen ser consubstanciales al derecho, pues incluso decimos que una característica esencial del Derecho es su bilateralidad (derechos-obligaciones), que el Derecho se compone de normas imperativo-atributivas, etc. Sin embargo, no todos los aspectos de las obligaciones tal como las entendemos, han permanecido igual desde los romanos. Tal es la opinión de Planiol<sup>(21)</sup> :

"Se repite con insistencia que las obligaciones representan la parte inmutable del derecho; tal parece que sus reglas principales son verdades universales y eternas, como la geometría y aritmética. Esto es una ilusión. Es indudable que esta materia está menos sometida que las demás a los cambios de las revoluciones políticas; pero no escapa a ellos por completo, aunque sus transformaciones sean más lentas.

Los escritores franceses modernos se han engañado por la circunstancia de que durante los siglos XVI, XVII y XVIII fue reconstruida la teoría de las obligaciones con ayuda de los materiales romanos, por Dumoulin, D'argente, Domat y Pothier. Gracias a este trabajo de restauración se les presenta el derecho con un carácter de continuidad, que históricamente es falso; durante toda la Edad Media la Francia consuetudinaria practicó, en materia de contratos y obligaciones, un sistema original de fuente germánica, que casi había borrado al antiguo derecho romano. Incluso en nuestros días, después de la restauración de las tradiciones romanas, las obligaciones y contratos en el sistema del Código Napoleón casi no se parecen a los de las Institutas de Gayo y Justiniano, y ya desde 1804 se vio surgir un nuevo movimiento que fue activado por la publicación del Código alemán. Muchas teorías surgen sobre la culpa, la responsabilidad, la estipulación por tercero, la causa, etc. No todas logran introducirse en la doctrina, pero el solo hecho de su producción demuestra que esta parte del derecho, lejos de poseer una inmovilidad absoluta está, por el contrario, dotada de una vida intensa y atraviesa por una especie de crisis. Por otra parte, la teoría de las obligaciones sufre también influencia de las diferentes razas y del medio, y refleja, como el resto del derecho, aunque en menor medida, la diversidad de ideas que reina entre las naciones."

Sobre si la esencia de la obligación consiste o no en la coacción dice Bejarano <sup>(22)</sup>:

"...la obligación comprende la posibilidad de coaccionar para asegurar su cumplimiento; su naturaleza contiene una posible agresión sobre todo el patrimonio del deudor (quien responde de sus deudas con todos sus bienes)...Pero no es en sí la agresión sino el poder de llevarla a cabo, lo que caracteriza a la relación jurídica, pues la responsabilidad es ya la consecuencia del hecho ilícito del incumplimiento de la obligación, y una nueva obligación. la cual consiste en la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento."

En el caso del uso abusivo del derecho una vez que se ha violado una obligación legal o contractual, mediante una antijuricidad material, de

<sup>19</sup>Ibid. p.7

<sup>20</sup>Ibid. p.6

<sup>21</sup>Marcel Planiol, Op. cit. p.614

<sup>22</sup>Bejarano, Op. cit. p.16

la forma que indica el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, ejercicio de un derecho (derivado de una ley o de un contrato), sin utilidad y sólo con la intención de dañar, causando un daño, surge la obligación de indemnizar a la víctima, que se podría en caso necesario coaccionar para obtener su cumplimiento.

## 2.3) ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

### 2.3.1) Los sujetos de la obligación

Los sujetos son las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas.

Para una obligación bastan dos sujetos:

a) El que ostenta el derecho subjetivo, el que tiene la facultad y recibe el nombre de *acreedor o sujeto activo*

b) El que soporta la deuda, el que tiene el deber correlativo: está obligado y recibe el nombre de *deudor o sujeto pasivo*.

En el caso del uso abusivo del derecho el acreedor es la víctima del daño y el deudor es el sujeto que daña.

### 2.3.2) La relación entre los sujetos de la obligación

Es la relación ideal que ata al deudor respecto de su acreedor. El acreedor y el deudor se hayan unidos por esta liga imaginaria. Sin embargo, en los orígenes del Derecho Romano y en el Derecho Germánico arcaico, el ligamento que ataba al deudor frente a su acreedor no era sólo conceptual, sino real. Los efectos que producía el nexus ante el incumplimiento del deudor, atribuían al acreedor el poder de atar materialmente a aquél, y aun de disponer de su vida.

Para Bejarano la relación jurídica "... es un vínculo reconocido y disciplinado por el derecho objetivo.." <sup>23</sup>

En el caso del artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal la relación o nexo entre el acreedor y deudor se establece en las palabras: "...hay obligación de indemnizarlo..." <sup>24</sup>

### 2.3.3) El objeto de la obligación

Refiriéndose al objeto de la obligación, Planiol (<sup>25</sup>) dice:

"Refiriéndose al más común de los actos jurídicos (el contrato), los juristas indican tres acepciones para la palabra objeto:

1.-El objeto directo del contrato, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones

2.-El objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer

3.-La cosa misma que se da."

Para Planiol (<sup>25</sup>) el objeto de la obligación es:

<sup>23</sup>Ibid. p.16

<sup>24</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.153

<sup>25</sup>Marcel Planiol, Op.cit. Ibid. p. 613-614

“... la cosa que puede ser exigida al deudor por el acreedor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de un suma de dinero: en tal caso se llama prestación; puede, también, ser un un hecho negativo, es decir una abstención.

Entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación positiva se hace una subdistinción: se separan aquellas cuyo objeto es la transmisión de la propiedad y se les llama obligaciones de dar, tomando esta palabra en el sentido de la latina dare; sabido es que dare significa transmitir la propiedad, y no hacer... A las obligaciones positivas que no son obligaciones de dar se les llama obligaciones de hacer. Todas las obligaciones negativas reciben el nombre de obligaciones de no hacer.

Son tres, por tanto, los objetos posibles de las obligaciones: dar, hacer y no hacer. ...la obligación de dar se considera ejecutada instantáneamente, tan pronto como nace...”

En el caso del art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal el objeto indirecto de la obligación es la indemnización que debe otorgarse.

## 2.4) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES Y EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

La palabra fuente, tiene su raíz etimológica en el término latino “fons”, “fontis”, con el cual se significa el manantial de agua que brota de la tierra.

Esta palabra se usa en sentido metafórico y se llevó al campo del derecho. En el campo de la obligación se habla de fuentes y se quiere designar con ese término el manantial de donde brota el derecho de credito o la obligación.

Para Planiol <sup>(27)</sup> se llama fuente de la obligación:

“.. al hecho que la produce. Se dice que la obligación tiene por fuente un contrato, cuando resulta de una venta, de un mutuo, de un arrendamiento, etc...”

Para Bejarano<sup>(28)</sup> las fuentes de las obligaciones son básicamente dos, la ley y el hecho jurídico en sentido amplio:

“La ley, y el hecho jurídico son la fuente de todas las obligaciones.

Cabe hacer una especificación en el seno de esa fuente general, distinción que ha consagrado el Código Civil en vigor. El legislador mexicano ha considerado especialmente algunos tipos de hechos jurídicos y los reglamenta por separado. Estas son las llamadas “fuentes particulares” de las obligaciones:

- 1.-El contrato (artículos 1792 a 1859 del C.C.)
- 2.-La declaración unilateral de voluntad (artículos 1860 a 1881 C.C.)
- 3.-El enriquecimiento ilegítimo (artículos 1882 a 1895 C.C. )
- 3.-La gestión de negocios (artículos 1896 a 1909 C.C.)
- 4.-Los hechos ilícitos (artículos del 1910 al 1932 y 2104 al 2118 C.C.)
- 5.-El riesgo creado (artículo 1913 C.C.)

Sin embargo, tal enumeración no es exhaustiva pues, además de las anteriores, existen otras fuentes de las obligaciones, entre ellas el testamento, la sentencia, etc. Algunas de las fuentes citadas son actos jurídicos (como el contrato y la declaración unilateral de la voluntad); otras constituyen hechos jurídicos en el sentido de la doctrina francesa (como la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, los hechos ilícitos y el riesgo creado.”

No todas las conductas humanas y hechos de la naturaleza producen consecuencias jurídicas para el Derecho, sino sólo algunas, y se llaman fuentes de las obligaciones.

Para Gutiérrez y González toda obligación tiene su fuente en el hecho jurídico en su doble división: actos y hechos jurídicos estrictu sensu.

<sup>27</sup>Ibid. p.767

<sup>28</sup>Manuel Bejarano, Op.cit.p31

Para Gutiérrez y González toda obligación tiene su fuente en el hecho jurídico en su doble división: actos y hechos jurídicos estrictu sensu. Si en el Código Civil para el Distrito Federal los hechos ilícitos se encuentran como fuentes de las obligaciones, y el uso abusivo del derechos es un hecho ilícito, se sigue que el uso abusivo del derecho es una fuente de las obligaciones.

## 2.4.1) EL CONTRATO

### 2.4.1.1) El convenio en sentido amplio y estricto

El convenio en sentido amplio es un acto jurídico bilateral o plurilateral. El convenio en sentido amplio se divide como género en dos especies:

#### 1.-Contrato

#### 2.-Convenio en sentido estricto

*"Convenio (en sentido amplio) es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (artículo 1792 CC). Ahora bien, "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de **contratos**" (art. 1793 CC). Por exclusión, los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto.*

*El contrato (lo mismo que todo convenio) es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la Ley. Es una doble manifestación de voluntad: la de los contratantes que se ponen de acuerdo. Como acto jurídico es pues bilateral (o plurilateral), pero a fin de evitar confusiones debemos advertir desde ahora que ya como contrato podrá ser bilateral o unilateral según genere obligaciones a cargo de ambos contratantes o sólo uno de ellos."*<sup>29</sup>

"No es lo mismo acto jurídico unilateral y contrato unilateral. El primero ha sido integrado por una sola voluntad, como el testamento. En cambio el contrato forzosamente por dos voluntades cuando menos y por ende, como acto jurídico siempre es bilateral (o plurilateral).

La clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales (o plurilateral), se atiene al número de voluntades que intervienen en su constitución: si basta una sola voluntad el acto es unilateral; si son necesarias varias, bilateral o plurilateral."<sup>30</sup>

Son contratos bilaterales o sinalagmáticos los que generan recíprocamente obligaciones para ambos contratantes. Todos quedan obligados a conceder alguna prestación. Ejemplo, la compraventa.

"Son contratos unilaterales los que generan obligación a cargo de una de las partes y la otra no asumen ningún compromiso. Ejemplo, la donación."<sup>31</sup>

Existen ciertamente más clasificaciones de los contratos, y conceptos relacionados con los contratos, pero para el objeto que perseguimos, o sea, contruir un marco teórico al uso abusivo del derecho, es suficiente.

### 2.4.1.2) Formas de exteriorizar el consentimiento

Por ser el contrato una doble manifestación de voluntad, este acuerdo de voluntades o consentimiento se tiene que manifestar o exteriorizar.

Al respecto dice Bejarano <sup>32</sup>:

"La comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita.

<sup>29</sup>Ibid. p.32

<sup>30</sup>Ibid. p.37

<sup>31</sup>Ibid. p.38

<sup>32</sup>Ibid. pp.55-56

La expresa consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La tácita se exterioriza por una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad comercial, la intención de contratar. El consentimiento tácito es el que proviene no de una declaración por medio del lenguaje o de un signo equívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. El artículo 1803 CC así lo prescribe.\*

El mismo autor <sup>(33)</sup> dice sobre el silencio en los contratos:

"El silencio no es manifestación de voluntad, ni por ende puede inferirse del mismo, una propuesta o una aceptación de contrato...no obstante, hay situaciones en que el acto parece integrarse por efectos del silencio, pero en ellas no es el silencio, sino los hechos que la acompañan, los que demuestran la voluntad de negociar.\*"

#### 2.4.1.3) Diferencias entre voluntad y consentimiento

La voluntad según Bejarano <sup>(34)</sup> es el elemento esencial, del acto jurídico. Nadie podría pretender la existencia de una tutela, de una adopción, de un arrendamiento o de una promesa de recompensa sin la voluntad exteriorizada de las partes o del autor de dichos actos. Cualquier acto jurídico en el que no esté presente la decisión voluntaria de celebrarlo, no se podrá formar, nunca podrá existir.

En los contratos esa voluntad se llama consentimiento y es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querer que se reúnen y constituyen una voluntad común. El consentimiento se forma con dos emisiones de voluntad sucesivas, de dos declaraciones unilaterales: la oferta (o propuesta) y la aceptación.

El consentimiento (y por ende el contrato) no es ni la oferta sola ni es la aceptación sola. Ambas se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente. Al respecto dice Bejarano <sup>(35)</sup>:

"Determinar el momento en que se logra el acuerdo es de sumo interés, ya que, a partir de entonces, surge el consentimiento, nace el contrato y empieza a producir sus efectos legales, pues antes de su formación no hay contrato ni obligaciones (salvo la de mantener la propuesta en los casos excepcionales en que surte efectos autónomos...)"

#### 2.4.1.4) La autonomía de las partes y su limitación por preceptos de orden público e interés social.

Anteriormente hemos dicho que la voluntad que se manifiesta en los hechos y actos jurídicos (según la teoría francesa), implica en el sujeto el elemento moral de la imputabilidad de actos, o sea, que el individuo por el hecho de tener razón y voluntad es libre, pero también, responsable. Por ser el contrato un acuerdo de voluntades, los acuerdos de los sujetos, por tener estos razón y voluntad, son acuerdos libremente asumidos, pero que también les generan responsabilidades morales y jurídicas. Morales porque los sujetos que

<sup>33</sup>Ibid. p.56

<sup>34</sup>Ibid.p.52

<sup>35</sup>Ibid.p.55

interviene en un contrato responden en su fuero inteno de que sus actos sean bueno o malos moralmente hablando, y jurídicas porque la norma les atribuye ciertas obligaciones que derivan tanto del contrato mismo como de la ley. Esa libertad moral, esa capacidad de elección de sujeto, esa capacidad de autodeterminarse con independencia de la influencia de cualquier factor material o humano ( autonomía) se manifiesta en el mundo del derecho, como autonomía o libertad y responsabilidad para contratar. Pero esa libertad de crear normas que sujeten a los mismos individuos que las elaboran, se inscribe dentro de otras nomas que limitan esa libertad.

Tenemos pues que se desde un punto de vista hay autonomía de la -voluntad, y por otro heteronomía de la voluntad.

Lo confirma Bejarano <sup>(36)</sup>:

"Nuestra ley civil, entre cuyas fuentes de inspiración figura el Cdigo Francés, consagra la autonomía de la voluntad pero le impone las limitaciones dictadas por la protección de los intereses sociales."

Por ejemplo: El art. 6 del Código Civil para el Distrito Federal:

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero." <sup>37</sup>

El art.8 del Código Civil para el Distrito Federal

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." <sup>38</sup>

El art. 1832 CC: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los caso expresamente designados por la ley." <sup>39</sup>

Los incumplimientos culpables antijurídicos y daños, de las cláusulas de un contrato se pueden considerar hechos ilícitos, que al probarse, generan la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

En nuestro tema de tesis podemos darnos cuenta que los hechos ilícitos en los contratos, se pueden también encontrar cuando en las cláusulas del contrato hay violaciones a una ley. Por ejemplo, cuando se viola la ley civil, o más en particular cuando se realizan los supuestos del art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, es decir, cuando una parte de un contrato usando su derecho (contemplado en el contrato) y sin utilidad alguna y con la sólo finalidad de dañar, causa daño a otro, comete un hecho ilícito, y está obligado a pagar daños y perjuicios.

También los arts. 6, 8 y 16 del Código Civil para el Distrito Federal y otros establecen limitaciones a la libertad de los particulares.

<sup>36</sup>Ibid. p.54

<sup>37</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.3

<sup>38</sup>Ibid. p.3, "art. 8 Código Civil para el Distrito Federal"

<sup>39</sup>Ibid. p.148, "art. 1832 Código Civil para el Distrito Federal"

## 2.4.2 ) LA DECLARACION UNILATERAL DE LA VOLUNTAD

Sobre esta fuente de las obligaciones se expresa Bejarano <sup>(40)</sup>: "Se encuentra reglamentada en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 1860 al 1881 que a imitación del Código Civil alemán de 1896, consagra la fuerza obligatoria de la manifestación de voluntad de una sola persona, rompiendo con la tradición que sostenía que la voluntad del hombre sólo era apta para engendrar obligaciones mediante convenio, el acuerdo entre aquél que se comprometía (deudor) y el que adquiría el derecho (acreedor)."

El Código Civil mexicano de 1928, que fue permeable a las más novedosas corrientes jurídicas, acogió a la declaración unilateral de voluntad entre las fuentes de las obligaciones, reglamentando tres especies de ellas que son:

- a) Las ofertas al público, oferta de venta, promesa de recompensa y concurso con promesa de recompensa
- b) La estipulación a favor de tercero, y
- c) Los títulos civiles a la orden y al portador <sup>41</sup>

## 2.4.3) ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El art. 1882 del Código Civil para el Distrito Federal, dice:

"El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido." <sup>42</sup> Sobre esta fuente de las obligaciones

comenta Bejarano <sup>(43)</sup>: "Todo enriquecimiento experimentado a costa de otra persona debe tener una causa o razón jurídica que lo justifique o explique, pues nadie se empobrece sin motivo en beneficio ajeno; de ahí que, cuando ello ocurre, se supone que el perjudicado no ha tenido el propósito de beneficiar a otro en detrimento propio y no sería equitativo infligirle esa pérdida. Por tal razón, el Derecho impone al beneficiado la obligación de restituir el importe de su enriquecimiento, hasta el monto del empobrecimiento ajeno."

## 2.4.4) LA GESTION DE NEGOCIOS

El art. 1896 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

"El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio." <sup>44</sup>

Es la intromisión intencional de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en los asuntos de otra, con el propósito altruista de evitarle daños o de producirle beneficios. Es una interferencia deliberada en la esfera jurídica ajena que la Ley no prohíbe ni condena, porque se funda en un sentimiento de solidaridad social, en un propósito benefactor que debe ser alentado. Bejarano <sup>(45)</sup> nos ilustra sobre este punto :

"El gestor de negocios, que actúa gratuitamente, se ocupa de asuntos ajenos cuando su dueño está imposibilitado de hacerlo, para obrar conforme a los intereses de éste ya se con el propósito de producirle un beneficio o de evitarle un daño."

<sup>40</sup>Bejarano. Op.cit. . p.177

<sup>41</sup>Ibid. p.178

<sup>42</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edti, Sista, México, 2000, p.151

<sup>43</sup>Bejarano. Op.cit. p.198

<sup>44</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000,p.152

<sup>45</sup>Bejarano, Op.cit. .p.211

#### 2.4.5) ELEMENTOS DEL HECHO ILICITO QUE ENGENDRA OBLIGACIONES Y EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

EL hecho ilícito según Bejarano no es algo simple, sino compuesto que consta de tres elementos: *antijuricidad (o ilicitud), daño, y culpa.*

El hecho ilícito, se le confunde frecuentemente con la antijuricidad o el hecho antijurídico, éste último se puede definir normativamente o axiológicamente. *Normativamente*, el hecho antijurídico lo define Kelsen como la condición de la sanción jurídica. Es decir, un hecho es antijurídico o ilícito en tanto que opere como condición para que se produzca la consecuencia jurídica consistente en la sanción coactiva del Estado. Para esta concepción lo antijurídico de un hecho radica en que el Estado así lo establece, es decir, porque esta sancionado. En cambio para la *axiología del Derecho*, se distingue lo que es un hecho malo en sí (por su naturaleza del acto o de la psique del sujeto), de lo que es malo por convención, o sea, que es malo porque esta prohibido.

Cuando estamos en el caso de la aplicación del Derecho tenemos que seguir el criterio de Kelsen, por ejemplo, hasta fines del siglo XIX no estaba sancionado el hecho que causaba daño por el uso de cosas peligrosas si no había dolo ni culpa.

Todos los Códigos Civiles sancionaban el hecho ejecutado con dolo o culpa que causaba daño, y la sanción consistía en que el causante debía reparar el daño. Los Códigos Penales también llegaban a tipificar el hecho ilícito, en ocasiones como delito intencional al existir dolo; o como delito culposo. Pero sin no existía el dolo ni la culpa, aunque existiera el daño por cosa peligroso, no se castigaba al culpable. Pero a partir del Código Civil alemán de 1900, se cambia el criterio de lo que es hecho ilícito: el daño producido por riesgo creado se sanciona civilmente aunque no haya dolo ni culpa.

En el art. 1830 del Código Civil mexicano se define el hecho ilícito o antijurídico de modo distinto a como lo hace Kelsen:

*"Es ilícito el hecho que es contrario a la leyes de orden público o a las buenas costumbres."*<sup>46</sup>

Es decir un hecho ilícito lo es en razón de su contenido y de la sanción, ya que la ley mexicana no dice "un hecho es ilícito si tiene una sanción de nulidad."

Más bien el hecho ilícito tiene como consecuencia la nulidad como lo establece el art. 8 del Código Civil para el Distrito Federal:

*"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario."*<sup>47</sup>

<sup>46</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edti. Sista, México, 2000, p.148

Una vez que primero se define la ilicitud como acto contrario a la ley o a las buenas costumbres y, después, se establece la sanción, por ejemplo en el art. 2225 del Código Civil para el Distrito Federal se dice:

"La ilicitud en el objeto, en el fin o la condición del acto, produce la nulidad, ya absoluta, ya relativa según lo disponga la ley." <sup>46</sup>

El legislador cuida de imponer la sanción a ciertos actos o hechos jurídicos, de manera general, a través de la nulidad, de la rescisión, o de la indemnización de daños y perjuicios, para reparar el acto violatorio, y de esta manera hacer que lo ilícito sea, como dice Kelsen, aquello que está sancionado. Pero cuando dentro de las normas de un sistema no podamos encontrar ninguna sanción específica, ni tampoco una sanción general, el acto ya no tendrá el carácter de ilícito, desde el punto de vista jurídico, no obstante que contradiga algún precepto de derecho, porque según Kelsen, la ilicitud no tiene un contenido propio, no está en la violación de la norma jurídica, sino en la sanción que la norma imponga.

De ahí que la norma sea imperfecta si a pesar de ser violada no estatuye una determinada sanción. *No es el caso del Código Civil para el Distrito Federal que mediante el art. 1830 que establece la ilicitud de las conductas que violan la ley, y el art. 1910, que es la ley referida en forma general por el art. 1830, sanciona hechos ilícitos extracontractuales mediante la reparación del daño.*

Esta reparación del daño como sanción de los hechos ilícitos, es también una obligación, de modo que los hechos ilícitos son también fuente de obligaciones, al respecto dice <sup>(46)</sup> Bejarano :

"Antes de examinar de cerca sus elementos, debe destacarse como verdad que esta fuente de obligaciones tiene una importancia considerable por la gran frecuencia con que se presenta en la vida práctica. La causa de las obligaciones "hechos ilícitos" puede surgir a propósito de cualquier hecho humano, siempre que se reúnan sus elementos característicos (antijuricidad, culpabilidad, daño) y, por consiguiente, puede surgir a propósito de las demás fuentes de las obligaciones, pues es un hecho ilícito.

-El incumplimiento del contrato ( a la responsabilidad civil que por dicho incumplimiento se genera, se le ha llamado responsabilidad civil contractual).

-El desacato a lo estipulado en una declaración unilateral de voluntad (también, por extensión, responsabilidad contractual).

-La recepción de mala fe por el accipiens en el enriquecimiento ilegítimo.

-En la gestión de negocios se presenta en los casos de una gestión anormal contra la voluntad del dueño o en aquellos casos donde el gestor realiza su intervención con el propósito de beneficiarse a sí mismo, en vez de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio, etcétera.

En suma, cualquier violación culpable de una norma jurídica que cause daño a otro, es un hecho ilícito fuente de las obligaciones."

<sup>46</sup>Ibid. p.174, "art.225"

<sup>48</sup>Bejarano. Op.cit. .p.222

## En resumen el hecho ilícito

- 1.-es el contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres;
- 2.- En los hechos ilícitos, el autor tiene la voluntad de producir el hecho, pero independientemente de su voluntad nace de ese hecho, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause.

Para Gutiérrez y Gonzalez *hecho ilícito* es toda conducta humana culpable, por intención o por negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de la voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio.

De lo cual desprende el mismo autor <sup>(50)</sup> tres tipos de hecho ilícito:

"1.-La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre.

2.-La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con una declaración unilateral de voluntad

3.-La conducta culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes en un convenio."

Esta clasificación es incompleta pues los hechos ilícitos pueden surgir no sólo la responsabilidad civil subjetiva, de la declaración unilateral de la voluntad, o del convenio sino de violar antijurídicamente causando daño y culposamente cualquier obligación de una fuente de las obligaciones. Incluso, no parece incluirse el hecho ilícito uso abusivo del derecho. Lo ilícito o antijurídico lo estamos definiendo en función a las normas, pero, ¿ qué es lo ilícito antes de el legislador considere ciertos hechos jurídicos (en sentido amplio) como el calificativo de ilícitos? Desde el punto de vista valorativo del Derecho, es decir, de la justicia compulsiva, lo ilícito es lo injusto, el cual se manifiesta como hecho ilícito que sujeta a su autor a una indemnización , o como delito que sujeta a su autor a una pena. Esto también lo explica Rojina Villegas <sup>(51)</sup>:

"La justicia compulsiva tiene a su vez dos manifestaciones: I. justicia compensatoria y la justicia punitiva. La primera es la justicia del derecho privado como reacción frente al hecho ilícito. La segunda es la justicia del derecho público, especialmente el derecho penal, como defensa de la colectividad ante el delito.

La justicia de relación en su dos formas, coordinación y subordinación, se refiere a la conducta jurídica lícita, es decir, fija la pauta para articular en facultades y deberes las formas de vida intersubjetiva que realicen los valores jurídicos. Con un criterio normativo diríamos que se refiere a aquellos modos de conducta permitidos o autorizados por la norma jurídica.

La justicia compulsiva en su dos manifestaciones, compensatoria y punitiva, se refiere a la conducta jurídica ilícita, o sea a las formas de vida intersubjetiva que violan o niegan los valores jurídicos. Con la lógica normativa diríamos que atañe a todas aquellas manifestaciones de conducta que están prohibidas o sancionadas."

Tenemos pues, que lo ilícito axiologicamente se refiere a la violación o negación de los valores jurídicos. Estos valores pueden ser ideales o

<sup>50</sup>Gutiérrez y González.Op.cit. p.470

<sup>51</sup>Rojina Villegas,Rafael,Derecho Civil Mexicano,6a. ed. Edit.Porrúa, México, 1990, pp.57-58

ser los que informen un sistema jurídico determinado, en éste último caso se atiende a seguridad jurídica, bien común y orden público tal como se entiende en un sistema jurídico de un lugar y tiempo determinado. La relación de lo ilícito o antijurídico con los valores jurídicos fundamentales lo explica de la siguiente manera Rojina Villegas <sup>(52)</sup>:

"El problema fundamental de la justicia compulsiva es el de la definición del hecho ilícito, pues de la misma depende determinar en qué casos debe haber compensación adecuada y en cuáles debe aplicarse un castigo que afecte la vida, la libertad, o el patrimonio del infractor....Podemos decir que un hecho es ilícito cuando niega o contradice los valores jurídicos: justicia, seguridad jurídica, bien común, orden público. Desplazamos el problema relativo a la caracterización de lo ilícito, refiriéndolo a un concepto previo de los valores jurídicos a afecto de considerar que se negación o desconocimiento es un hecho intrínsecamente ilícito. Ahora bien, los valores jurídicos pueden determinarse desde el punto de vista puramente ideal o del derecho positivo. Evidentemente el legislador para realizar la justicia compulsiva en sus dos manifestaciones, compensatoria y punitiva, atenderá a la seguridad jurídica, bien común y orden público según los conceptos de la época y del pueblo a quien se dirige.

Se advierte con claridad las diferentes consecuencias que se desprenden de las caracterizaciones normativas y axiológicas de lo ilícito. Podemos decir que desde el punto de vista axiológico lo ilícito es lo antivalioso en el derecho.

La seguridad jurídica exige para el derecho penal que el delito para ser tal debe estar sancionado por la ley, de tal manera que no habrá delito sin pena, ni pena sin ley....La definición valorativa de lo ilícito está, en cierto sentido, de acuerdo con el criterio tradicional que lo define como el acto contrario a derecho y, por lo tanto, como una negación de los valores jurídicos. Un segundo problema de la justicia compulsiva se refiere a la sanción adecuada según la naturaleza y gravedad del hecho ilícito. AL tratar de las dos formas de dicha justicia daremos ideas generales al respecto."

La justicia compensatoria como justicia del derecho privado frente al hecho ilícito una vez que ha definido lo ilícito, tiene otro momento de desarrollo que es el de la sanción adecuada para el ilícito, para ello tiene que elaborar el principio para la sanción reparadora del Derecho Civil, a diferencia de la sanción como pena, que pertenece al Derecho Penal. Rojina Villegas explica la relación entre la justicia compensatoria y el hecho ilícito:

"... parte del principio racional de que todo hecho del hombre que cause daño a otro obliga a la reparación. En el Código Napoleón se requiere que el hecho sea culpable para que nazca la obligación de reparar el daño. Desde el punto de vista estrictamente lógico debe decirse que todo aquel que cause un daño debe sufrir las consecuencias inherentes a su actividad. Por consiguiente, tiene el deber jurídico de repararlo. Planteando el problema en términos de la justicia no se está necesariamente ante la alternativa ineludible de que el daño lo sufra en definitiva la víctima, por cuanto que no haya reparación, o recaiga en el patrimonio del causante del mismo, pues cabe una tercera solución que después se indicará. La doctrina tradicional en esta materia ha considerado que para que exista el deber de reparar el daño causado debe haber hecho ilícito en algún sentido: culpa, negligencia, falta de previsión o de cuidado, dolo o mala fe....

Estimamos que la solución es demasiado simplista. Cuando un daño se ha causado, si hay hecho ilícito es indudable que deberá existir la obligación de reparar; pero si el hecho es ilícito, la justicia aconseja que el daño se sufra por el autor como por la víctima. La proporción en que cada quien deberá soportar el daño, dependerá de las circunstancias en que se ejecute." <sup>53</sup>

## 2.4.5.1) Antijuricidad

<sup>52</sup> Ibid. p. 58

<sup>53</sup> Id.

El primer elemento del hecho ilícito, según Bejarano, es la antijuricidad. Todo hecho ilícito es antijurídico, pero no todo hecho antijurídico es un hecho ilícito. No basta pues para exigir la reparación del daño por hecho ilícito probar solamente la antijuricidad o ilicitud de la conducta activa u omisiva. Tampoco basta probar el daño y la culpa del agente olvidándose de probar que su conducta es antijurídica o ilícita. Bejarano se expresa así <sup>(54)</sup>:

"Es antijurídica toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas del Derecho. Antijuricidad, pues, es el dato que califica a una conducta o a una situación, la cual choca con lo preceptuado por una regla jurídica. Muchos autores dejan de lado a la antijuricidad al tratar de los elementos conceptuales del hecho ilícito fuente de las obligaciones (al que con frecuencia identifican con la denominación de "responsabilidad civil delictual o cuasidelictual") y se refieren sólo al daño y a la culpa. Este enfoque es doblemente inexacto pues, por una parte, a) todo hecho ilícito es una conducta antijurídica y, por la otra, b) la causa de las obligaciones no es la responsabilidad delictual o cuasidelictual, sino precisamente el hecho ilícito. Veámoslo desde ambos aspectos: a) Todo hecho ilícito es una conducta antijurídica. Es erróneo suponer que bastan la culpa y el daño para caracterizar al hecho ilícito, pues éste se manifiesta invariablemente como una acción antijurídica. Aunque en ocasiones no sea muy notoria la norma de Derecho trasgredida con la acción ilícita, es seguro que dicha regla existe. Lo que ocurre, con frecuencia, es que la norma quebrantada por el hecho dañoso no es una disposición jurídica expresa consagrada en un canon legal, sino un principio general de Derecho, que tiene positividad y vigencia en la Ley, porque preside e inspira las reglas contenidas en ella.

.....Generalmente, pues, el daño implica la antijuricidad, la sola producción del daño a otro constituye una acción contra derecho, por la transgresión del deber implícito de respeto a la inviolabilidad ajena.

#### 2.4.5.1.1) Tipos de antijuricidad (formal, material, etc.)

Hemos dicho que uno de los elementos esenciales para constituir el hecho ilícito es la antijuricidad o ilicitud. Hay que tener presente que la antijuricidad no obstante ser una por su concepto, tiene diversas manifestaciones concretas. Las diversas clases de antijuricidad se pueden clasificar según diversos criterios. Bejarano <sup>(55)</sup> propone los siguientes criterios:<sup>54</sup> a) Antijuricidad por violación de norma expresa o de principio jurídico implícito.

b) Antijuricidad por vía de acción o por omisión

c) Antijuricidad por quebrantamiento de la norma civil o por ilícito penal.

d) Antijuricidad por trasgresión de una norma jurídica general o de una disposición particular

e) Antijuricidad formal o material

#### a) ANTIJURICIDAD POR VIOLACION DE NORMA EXPRESA O DE PRINCIPIO IMPLICITO

Al lado de las normas jurídicas que han alcanzado su expresión explícita en un canon, legal o contractual, existen principios que no fueron consagrados en una disposición especial, pero que, no obstante, su existencia es indudable porque han inspirado las reglas legales; éstos, son los principios generales de Derecho que, como dice Albaladejo, "son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico." Y de la misma manera que es antijurídico observar un comportamiento opuesto al exigido por la norma expresamente consagrada, lo es el que contradiga a la conducta solicitada por el Orden Jurídico en una regla que no trascendió explícitamente a la Ley. "En un sentido general común a todas las ramas del Derecho, la antijuricidad no supone la prohibición explícita del hecho; no requiere que el hecho sea contemplado expresamente por la ley como ilícito; es suficiente que la prohibición pueda, incluso deducirse, de modo indirecto y mediato, del Sistema del Derecho." <sup>(Antolisei).</sup><sup>56</sup>

<sup>54</sup> Bejarano Sánchez, Op. cit. pp.224-225

<sup>55</sup> Ibid. pp.225-226

<sup>56</sup> Ibid. P.226

En el caso del uso abusivo del derecho, si lo consideramos como una especie del hecho ilícito, uno de sus elementos la antijuricidad sería en algunas legislaciones por violación de norma expresa y en otras por violación de principio implícito. En nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente se prohíbe el uso abusivo del derecho en el art. 1912, que se encuentra ubicado dentro de los hechos ilícitos, por lo tanto, en nuestra legislación la antijuricidad del uso abusivo del derecho es por violación de norma expresa.

#### b) ANTIJURICIDAD POR OMISION Y POR ACCION

"Si las normas de Derecho mandan hacer alguna cosa, será antijurídica la conducta pasiva que desacate la orden legal; si la norma de Derecho prohíbe realizar determinado hecho, será antijurídica su verificación o ejecución."<sup>57</sup>

Comentario: En el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal sólo se refiere a la antijuricidad por acción, es decir, el abuso del derecho por acción, es decir, falta que se contemple la omisión, pues se expresa con los siguientes términos: "Art.1912. Cuando al ejercitar un derecho..."<sup>58</sup>

#### c) ANTIJURICIDAD POR QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA CIVIL O PENAL

"Hay diferentes clases de conducta antijurídica (según la naturaleza de la norma violada) y así encontramos, fundamentalmente, junto al hecho antijurídico civil de Derecho Privado, el antijurídico de Derecho Público, cuya especie más señalada es el ilícito penal. En la actualidad, el hecho antijurídico civil está claramente diferenciado del penal y es el carácter de la norma violada el que precisa su distinción. El Derecho Civil vigila el interés de los particulares y los protege de la acción de los demás, creando normas cuya inobservancia es un hecho ilícito civil; el Derecho Penal clasifica y reprime ciertos hechos, particularmente graves y disolventes de la convivencia humana, creando normas cuya transgresión es un antijurídico penal que, conforme a los Códigos Penales mexicanos, se conoce como "delito"."<sup>59</sup>

Comentario: La antijuricidad del uso abusivo del derecho es de tipo civil y no penal. El uso abusivo del derecho se encuentra contemplado en una norma civil no penal. Sin embargo, la noción de uso abusivo del derecho como hecho ilícito se puede encontrar en los tipos penales de nuestro Código Penal Federal.

#### ANTI JURICIDAD POR TRANSGRESION DE UNA NORMA JURIDICA GENERAL O DE UNA DISPOSICION PARTICULAR

(El hecho ilícito extracontractual y el proveniente de la violación de un contrato)

Una clasificación simplista de las normas por su ámbito personal de aplicación-por el número de personas sometido a su imperio-permite dividir las en normas generales (de observancia general) y normas individuales (de observancia particular). Las primeras son las leyes; las segundas corresponden a las cláusulas de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad, por ser innegable que la disposición particular contenida en un contrato o en otro acto jurídico privado participa del mismo carácter de una norma jurídica que la Ley.

En efecto ambas tienen la misma fuerza, la misma obligatoriedad, pues son de observancia necesaria y coercibles, salvo que la primera impone el forzoso acatamiento de todos y la segunda sólo se aplica a las partes o al autor del acto jurídico. "Habiendo identificado los términos "derecho" y "regla"-apunta Hans Kelsen-,únicamente podemos considerar como leyes las normas generales. Mas no hay duda de que el derecho no consiste solamente en normas generales. Incluye también las individuales, es decir, las que determinan la conducta de un individuo en una situación no recurrente y que, por tanto, son válidas sólo para un caso particular y pueden ser obedecidas y aplicadas solamente una vez. Tales normas son "derecho"

<sup>57</sup>Id

<sup>58</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit, Sista, México, 2000, p.153

<sup>59</sup>Ibid. pp.226 a 228

porque forman parte del orden jurídico total, exactamente en el mismo sentido que aquellas normas generales que han servido de base para la creación de las primeras.

Si tanto las normas generales (las leyes) como las individuales o particulares (contrato, declaración unilateral, sentencia, etc.) son "derecho", de aquí se deduce con rigor lógico que es igualmente antijurídica la violación de una Ley (hecho ilícito extracontractual) que la violación de un contrato o cualquier otro acto de este tipo (hecho ilícito contractual).<sup>60</sup>

## ANTI JURICIDAD FORMAL Y MATERIAL

Anteriormente en el capítulo anterior mencionamos que si se sostiene la naturaleza jurídica del uso abusivo del derecho como hecho ilícito, y en la legislación no existe norma expresa que lo prohíba la antijuricidad de una conducta de este clase se puede probar como antijuricidad material. Sobre la relación entre la antijuricidad formal o material dice (61) Bejarano:

"No es sólo antijurídica la conducta que choca frontalmente con la norma de derecho sino también lo es el proceder que desvirtúa el fin de la norma, que frustra su propósito contrariando la ratio juris de su creación. La agresión contra la norma no es sólo aquella que se manifiesta en directa contradicción de su enunciado, sino también lo es la conducta que riñe con los valores que ella tutela.

Así, es contraria a derecho la conducta opuesta a la exigencia formal de la regla jurídica (antijuricidad formal) y también lo es el comportamiento que, ajustado a dicho exigencia, contradice no obstante los principios o intereses que la norma de derecho aspira a proteger (antijuricidad material), porque el ajuste aparente de la conducta a la norma es insuficiente para validar jurídicamente a dicho proceder, si el mismo niega y desnaturaliza el propósito de creación de tal regla de derecho.

.....Tal ocurre en el abuso de los derechos. E inversamente, una aparente negación del dispositivo de la regla se justifica, cuando la conducta alcanza a pesar de ello, congruencia con aquellos valores sociales que se pretendía tutelar con ella, o con otros valores de mayor jerarquía. Tal sucede en el "estado de necesidad". En la colisión entre dos intereses, se impone el sacrificio de aquel que se considera de menor jerarquía conforme al criterio de la sociedad recogido en la norma de Derecho. En el "estado de necesidad" se tiene ese choque resuelto en la prevalencia del derecho de mayor importancia, y lo mismo ocurre en el caso del "uso abusivo del derecho", donde se decide el sacrificio de una facultad jurídica (se desdénia su respeto) en aras de la preservación del bien social; porque, a despecho de su apariencia, no es el interés privado en juego el que motiva la condena del uso abusivo de los derechos, sino la conveniencia de asegurar el bien social puesto en entredicho por el ejercicio inconveniente de los derechos subjetivos... Franz Von Liszt, -el descubridor de tal clasificación según testimonio de Jiménez de Asúa-."

Comentario: La antijuricidad del uso abusivo del derecho en la legislación mexicana no deriva de la violación de una norma general prohibitiva, es decir, de una ley, de un artículo, sino de valores jurídicos fundamentales: en el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se contempla una conducta donde se viola la antijuricidad material, pues esa conducta esta de acuerdo con cualquier norma jurídica, pero se está en desacuerdo con los principios generales del derecho ya que se ejerce con la intención de dañar y sin ninguna utilidad.

### 2.4.5.2 La culpa

Otro elemento del hecho ilícito es la culpa. Hemos dicho anteriormente que tanto el acto jurídico como el hecho jurídico en sentido estricto (en

<sup>60</sup>Ibid. pp.229-230

<sup>61</sup>Ibid. pp.235-237

cuanto acto voluntario) implican una manifestación de voluntad y entendimiento, y estos son elementos de la responsabilidad moral, que utiliza el derecho para determinar la responsabilidad jurídica. Es decir, si un sujeto comete un hecho ilícito, si suponemos que actuó libremente estamos implicando que eligió su acción libremente, y como elección también implica que tiene una responsabilidad moral y jurídica. El sujeto libre es responsable moral y jurídicamente de sus actos. Responde de sus actos ante la sociedad, ante otro y otros sujetos, si les causa daños y/o viola sus normas. Las doctrinas espiritualista suponen en el hombre un principio espiritual es decir, que no esta sometido a las leyes materiales, mecánicas y deterministas de la naturaleza, es decir, en la razón y en la voluntad humana se rebasa a la naturaleza en su causalidad y se puede hablar con fundamento que el hombre en esencia es libre. Si el hombre no fuera libre, estaría siempre determinado por cualquier factor espacio-temporal y sería absurdo hacerlo responsable de sus actos si realmente otros factores lo determinan a actuar de cualquier manera posible:

"Según la tradición francesa, basada en las doctrinas de la filosofía espiritualista, la posibilidad de condenar a una persona en razón de su culpa, supone que ésta es moralmente responsable de sus actos. Por consiguiente, quien está desprovisto de la inteligencia necesaria para comprender lo que hace, como un enfermo mental o un niño de poca edad, no puede ser obligado en virtud de su culpa: es irresponsable de sus actos, tanto desde el punto de vista civil respecto a la indemnización monetaria debida a la víctima, como desde el punto de vista penal o moral, por el castigo y la reprobación que se imponen a los culpables. La responsabilidad se fundamenta en el uso de la razón...."<sup>62</sup>

Anteriormente mencionamos que el hecho ilícito es una conducta antijurídica, pero según Bejarano (<sup>63</sup>) no es suficiente ese requisito, se necesita además que el sujeto sea culpable de su acción u omisión:

"El hecho ilícito civil requiere además de otros dos elementos complementarios: la culpa y el daño. Para que se produzca el hecho ilícito civil, fuente de obligaciones, es necesario que la conducta sea errónea, provenga de negligencia o falta de cuidado, es decir, que se trate de un proceder en falta, de un proceder culpable, o de una actitud malévol o intencional.

La culpa es un matiz o color particular de la conducta, es una calificación del proceder humano que se caracteriza por que su autor ha incurrido deliberada o fortuitamente en un error de conducta, proveniente de su dolo, de su incuria o de su imprudencia. Incurre en culpa, quien proyecta voluntariamente su acción hacia un fin perjudicial y quien, debiendo preverlo no lo a hecho o columbrandolo, no toma las medidas racionales para evitarlo. Es así como debe entenderse a la culpa y no como han pretendido algunos autores franceses que la catalogan como "una infracción a una obligación preexistente" (Planiol), concepto criticable porque confunde la culpabilidad con la antijuricidad.

.....Ahora bien, el error de conducta puede ser intencional, pudo haberse cometido de propósito, en cuyo caso se habla de dolo. También puede ser no intencional al haber sido ejecutado sólo por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, y entonces se dice que hay culpa en sentido estricto. Ambas culpas quedan involucradas dentro del concepto general de culpa civil.

En materia penal, la nítida discriminación entre la actitud intencional o malévol o el error imprudencial produce notables diferencias en los efectos de lo ilícito, pues obviamente es necesario castigar de diferente manera al individuo antisocial y maligno y al que es torpe y descuidado. En Derecho Civil también se distingue el dolo de la culpa strictu sensu, para asignar un diverso temperamento a uno y a otra: mientras la responsabilidad procedente de dolo no es renunciable, sino que siempre es sancionada (artículo 2106 del

<sup>62</sup>Marcel Planiol, Op. cit. p.792

<sup>63</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. pp.237 a 239

C.C.) la que emerge de un hecho simplemente culpable puede ser objeto de una renuncia de responsabilidad mediante la estipulación de una cláusula contractual en tal sentido."

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo. Estas diferentes concepciones de la culpabilidad nos explican porque, por ejemplo, para Bejarano la culpa, es distinta de la antijuricidad, y en cambio para Planiol la violación de un norma implica una culpa de cierto tipo:

"a) Teoría psicológica de culpabilidad.-Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso...la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexa psicológico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querer: de la conducta y del resultado; y el segundo; el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Teoría normativa de la culpabilidad

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad o sea en el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado...Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a Derecho; es decir el deber jurídico. Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se deja ver en la psiquis del autor, es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico..... Para Villalobos, citado por Castellanos la noción completa de la culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como situación de hecho de la culpabilidad; y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el Derecho y con sus obligaciones personales..."<sup>64</sup>

Para Planiol <sup>(65)</sup> la culpa no se liga tanto a la existencia o no de un proceso psicológico de una persona sino más bien al quebrantamiento de un deber previamente establecido, es decir su idea de culpa es normativista. Para Planiol el imperativo moral, la bondad moral se expresa en la forma de un deber dictado en la conciencia del hombre libre y racional. Luego este deber se expresa por el Derecho como un imperativo jurídico y una obligación legal:

"La culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente, cuya reparación es ordenada por la ley cuando causa un perjuicio a otra persona. Por tanto, la idea de culpa considerada en sí misma es sencillísima, y está en relación directa con la idea de obligación; nadie puede incurrir en culpa, sin haber estado obligado antes del acto que se le imputa. En principio, es indiferente saber si el autor de la culpa incurrió en ésta con intención de dañar o sin ella..."

Para Planiol <sup>(66)</sup> la responsabilidad u obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro proviene sólomente de la existencia de la culpa entendida como una obligación trasgredida que la hace posible:

"...¿de dónde puede nacer la responsabilidad en favor de terceros, cuando la culpa ha causado algún daño, si no es de una obligación, que por decirlo así consagre y sancione esas reglas..."

<sup>64</sup> Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, México, 1993, pp234-235

<sup>65</sup> Marcel Planiol. Op. cit.782

<sup>66</sup> Ibid. p.783

En la legislación francesa la culpa es la condición de posibilidad para que surga la obligación de indemnizar:

"Art. 1382: "Todo hecho humano que causa daño a otra persona, obliga a aquél por cuya culpa se realizó."<sup>67</sup>

Este artículo del Código Civil francés no dice que clase de daños son los susceptibles de reparación, ni tampoco cuándo incurre en culpa el autor del daño. Tampoco aclara que los hechos humanos a los que se refiere son hechos ilícitos. El Código Civil para el Distrito Federal vigente si se refiere que los hechos humanos que causan daño pertenece a la clase de los actos ilícitos, incluso pueden pertenecer a la clase de los actos contra las buenas costumbres: "Art.1910: El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro....."<sup>68</sup>

Para Planiol<sup>(69)</sup> la culpa es la misma sea que surjan del contrato (culpa contractual) o extracontractualmente (culpa delictual o por hecho ilícito), la cuestión de la responsabilidad contractual o extracontractual debe buscarse en el objeto de la obligación:

"Si las obligaciones legales son más reducidas que las convencionales, se debe esto a la diferente naturaleza de su objeto. Cuando la ley impone una obligación a todos los hombres en general, se trata, ordinariamente, de una obligación puramente negativa: nos ordena, por ejemplo, no atentar contra la vida, el cuerpo, la libertad, la propiedad o contra los demás derechos de una persona cualquiera; el objeto de nuestra obligación es una abstención pura y simple; ahora bien, por mínimas que sean las violaciones de esta obligación existe culpa y contravención de la misma. Toda obligación de abstenerse es necesariamente absoluta. Por el contrario, el objeto de casi todas las obligaciones convencionales es positivo: son obligaciones de hacer, las cuales necesariamente son susceptibles de medirse: la extensión variable de la obligación proporciona ocasiones más o menos fáciles de incurrir en culpa.

"En consecuencia, la distinción de las obligaciones en contractuales y legales carece de influencia en la forma de apreciar la gravedad de la culpa. No es la fuente de la obligación la que ha de considerarse sino, únicamente, la naturaleza y extensión de su objeto. No debe preguntarse si el deudor respondía de las culpas levisimas, sino sobre todo, si el objeto de la obligación era una prestación positiva, susceptible de grados, o una abstención absoluta."

Para Castellanos Tena<sup>(70)</sup> la culpabilidad reviste dos formas:

"...dolo y culpa, según que el agente dirija su voluntad conciente a la ejecución del hecho tipificado por la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por decuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa)..."

#### 2.4.5.2.1) El dolo

Castellanos Tena, cita la opinión de Eugenio Cuello Calón,<sup>(71)</sup> sobre el

dolo: "... en la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

En resumen: el dolo consiste en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."

<sup>67</sup> Ibid. p.782

<sup>68</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.153

<sup>69</sup> Marcel Planiol, Op.cit. .p.794

<sup>70</sup> Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p.238

<sup>71</sup> Ibid.p.239

Como el Código Civil para el Distrito Federal no nos informa sobre los elementos del dolo entendido como la intención de dañar, recurrimos a la Doctrina del Derecho Penal. Castellanos Tena (72) nos dice en que consiste el dolo :

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. EL elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; el volición del hecho típico. \*

El mismo autor sobre la culpa se expresa:

\*Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón). Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezger). \* 73

La culpa se puede entender como la violación de un deber de cuidado, así lo define el Código Penal Federal, es decir, la norma establece cual es el deber de cuidado y por tanto, cual es la culpa, pero según algunos autores se confunde así con la antijuricidad. y además se seguiría que siempre que hay antijuricidad hay también culpa.

En el Derecho Civil se distingue la antijuricidad de la culpa pero sin que la primera implique la segunda. Se adopta, sin duda la teoría psicológica de la culpa normativista.

Para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías en el Derecho Penal que podrían ayudarnos a profundizar sobre la naturaleza de la culpa. Adquieren relevancia fundamental las siguientes:

a) Teoría de la previsibilidad.-Fué sostenida principalmente por Carrara, para quién la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido. Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia de calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia el cual no es, en última instancia, sino un vicio de la voluntad.

b) Teoría de la previsibilidad y evitabilidad.-Expuesta por Binding y seguida por Brusa, acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

c) Teoría del defecto de la atención.- Sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Según Antolisei una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre. Y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas....la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo o sin cuidado. \* 74

\*Elementos de la culpa: Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsible y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado no es querido o no aceptado, sea directa, indirectamente, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de imputación dolosa. \* 75

En nuestro caso, en el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal de acuerdo a los criterios sobre la culpa antes vertidos, (elemento del hecho ilícito), en la redacción de éste artículo, el criterio

72)Id.

73)Ibid.p.245

74)Ibid. p.246

75)Ibid. p.247.

de la culpa para determinar la figura es importante. En efecto, se dice que “el derecho sólo se ejercitó con el fin de dañar” de donde se desprende que debe existir el dolo como intención de dañar, para integrar la figura. El dolo es una especie de la culpa en sentido amplio. Por eso decimos que el criterio de la culpa así como es indispensable para conformar el hecho ilícito, también lo es para el uso abusivo del derecho, que consideramos una especie del hecho ilícito con antijuricidad material, y también el Código Civil para el Distrito Federal lo ubica como un hecho ilícito. El art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal no admite expresamente la culpa del sujeto en sentido estricto, admite el dolo. Como mencionamos en el Capítulo Primero, la doctrina y la legislación de otros países contemplan en su concepción del uso abusivo del derecho tanto el dolo, como la culpa (en sentido estricto) para integrar esa figura. Incluso contemplan nociones del uso abusivo del derecho como hecho ilícito sui generis que permiten sancionarlo aunque no exista dolo ni culpa, usando, podríamos decir, un criterio objetivo.

#### 2.4.5.2.2) Tipos o grados de culpa

Si la culpa es, como se ha visto, una falta de conducta (un error de proceder o de comportamiento), hay en ella diversos matices que van desde la falta más leve e imperceptible hasta el error más grosero e imperdonable. Sobre ello nos dice Bejarano <sup>(76)</sup> :

“...los romanos ya conocían diversos grados: las culpas levísima, leve y grave. Se llamó culpa levísima a una falta de conducta que sólo evitan las personas más diligentes y cuidadosas; es un error en el cual es muy común incurrir, y sin embargo, evitable. La culpa leve es una falta de comportamiento que puede eludirse al proceder con el cuidado y la diligencia media de una persona normal. se dice que hay culpa leve in abstracto cuando el punto de referencia o de comparación es la conducta de un buen padre de familia y se habla de culpa leve in concreto cuando la conducta del del autor se coteja con la que habría tenido normalmente la misma persona. Finalmente, la culpa grave es un error de conducta imperdonable. En ella incurrir las personas más torpes; es una falta gruesa e inexcusable y se asimila al dolo, al acto intencional. Es culpa grave el comportamiento absurdo, temerario, que cualquier persona-hasta la más torpe- debería advertir como segura fuente de resultados funestos.....En los preceptos generales que tratan de la responsabilidad por hechos ilícitos (delictual o extracontractual) y del incumplimiento de las obligaciones de dar (responsabilidad contractual), el legislador mexicano se concreta a mencionar la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil, sin precisar su especie: basta una culpa o negligencia para comprometer al agente (artículos 1922, 1930, 1931 y 2017 del CC.), definiendo como culpa o negligencia “cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los son necesarios para ella” (artículo 2025 del CC); y sólo es exonerante la ausencia de falta o culpa alguna (artículo 1914).....Lo anterior deja en pie la interrogante: ¿cuál es el grado de culpa que sustenta a la responsabilidad? ¿Cuál es el nivel de diligencia que debe observar el sujeto? ...salvo en los supuestos en los cuales una norma exprese el grado de diligencia que debe observarse en cada caso, la previsión y cuidado que habrá de observar el sujeto son los que una persona normal y atenta suele aplicar en sus propios negocios (culpa leve). Sin embargo, la doctrina jurídica sugiere (con bastante uniformidad) que la responsabilidad extracontractual sobreviene por cualquier mínima negligencia, por culpa levísima o aquiliana (“in lege aquilia et levissima culpa venit”) y que en la contractual el deudor sólo la culpa leve, pues, mientras en la primera toda sujeto tiene el deber de extremar precauciones, para no interferir con una agresión dañosa en la esfera jurídica ajena (ya que en su

<sup>76</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. pp. 240-242

acción debe respetar el deber jurídico de conducirse de manera que alcance el resultado de no dañar al prójimo), en la contractual sólo se le exige el comportamiento y diligencia normales del "bonus pater familias" romano, el cual es el sujeto cuidadoso que pone en juego la diligencia que es razonable esperar del común de las personas...".

En relación con cumplimiento de la obligación según su objeto y el grado de culpa que basta para su incumplimiento dice Bejarano<sup>(77)</sup>

"En las obligaciones de resultado basta que el deudor no alcance el fin previsto para que se presuma su culpabilidad: el artículo 2027, donde se alude a las obligaciones de hacer, señala que: "Si el obligado a presar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso, el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho...El artículo 2028, en relación con las obligaciones de no hacer, aclara: "El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención..." y el artículo 2018, respecto de obligaciones de dar, sostiene que: "La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por causa suya, mientras no se pruebe lo contrario".

En el caso del art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal el grado de culpa del agente que abusa de su derecho no se plantea pues la clasificación de los grados de culpa no se refiere al dolo, que es el presente en este artículo.

#### 2.4.5.3) El daño

En la responsabilidad civil es fundamental la existencia de un daño a algún bien jurídico, sea el patrimonio, el honor, la integridad corporal, sin embargo la responsabilidad civil no considera el poner en peligro un bien jurídico como algo a tomar en cuenta. En el Derecho Penal existen conductas tipificadas por poner en peligro un bien jurídico, por ejemplo la tentativa de homicidio. En el hecho ilícito se necesita no sólo una conducta sin también un resultado: el daño

"El derecho no considera a la culpa en sí misma y abstracción hecha de sus resultados, como lo hace la moral; el legislador toma únicamente en consideración al orden social, y sólo debe intervenir cuando éste es perturbado. De esto resulta que la culpa sólo existe jurídicamente por sus resultados, es decir, por el daño que haya podido causar. El derecho no tiene por qué tomar en consideración una culpa que no haya producido ningún daño. Sin embargo, en la definición de culpa no debe comprenderse la idea del daño, pues éste es una consecuencia posible de ella, pero en ninguna forma necesaria: un acto constituye una culpa no por ser perjudicial sino por ser contrario a derecho. El daño constituye, solamente, la condición para que la culpa sea reprimida por el derecho."<sup>78</sup>

"No basta una conducta antijurídica y culpable para generar obligaciones; se necesita, además, un daño. Mientras una acción contraria a Derecho y errónea no produzca una pérdida para otra persona, las obligaciones no surgirán. Es el daño el que establece un vínculo de Derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo: sin él no hay víctima de ilícito civil; el daño "crea" al acreedor.

El daño es una pérdida. El artículo 2018 del CC lo define como "una pérdida o menoscabo" económica: es la que sufre una persona en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. (???) En el precepto siguiente (artículo 2109), el Código caracteriza el "perjuicio" como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".<sup>79</sup>

El daño no es sólo una pérdida pecuniaria, sino también todo menoscabo sufrido por la persona en su salud, en su integridad física

<sup>77</sup> Ibid. p. 243

<sup>78</sup> Marcel Planiol, Op. cit. p. 785

<sup>79</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. p. 245

yla lesión espiritual en sus sentimientos, creencias o afecciones. La definición debería comprender los daños en la integridad personal y los daños morales. Por añadidura, el daño no sólo tiene, o pueda tener por causa el incumplimiento de una obligación, sino la inobservancia de cualquier deber jurídico (en la obligación extracontractual), e incluso, como ya se ha visto, la utilización de un objeto peligroso. En nuestra opinión, daño es la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones, por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado. El concepto proporcionado por Ennecerus, citado por Bejarano,<sup>(80)</sup>es apropiado y completo: "El daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, , etcétera" "

El daño, pérdida o menoscabo de bienes que están ya en poder de la víctima, se distingue del perjuicio, que es la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso

#### 2.4.5.3.1) El daño moral

Nadie discute la existencia del daño económico y del daño resentido en la integridad física de las personas; nadie duda de su posibilidad de resarcimiento. Diferente situación priva respecto del llamado daño moral, cuya posibilidad de reparación rechazan algunos juristas.

El daño moral es la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación, o bien en la propia consideración de sí mismas como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado. Se distinguen dos partes en el patrimonio moral de las personas: 1)La parte social que, en opinión de tales autores, comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causen lesiones estéticas. 2) la parte afectiva del patrimonio moral, constituida por los sentimientos morales o religiosos, los sentimientos de amor, de fe, los sufrimientos por el fallecimiento de una persona amada, etcétera.

Castellanos Tena <sup>(81)</sup>opina sobre el daño moral:

"En su obra Derecho Civil, traducida al castellano, los Mazeud distinguen tres corrientes legislativas y doctrinarias en lo concerniente al tratamiento de los daños morales. Ellas son:

a) La que niega la posibilidad de resarcir el daño moral, pues, si la reparación significa la restauración de la situación que prevalecía antes del daño sufrido, el daño moral nunca podrá ser reparado en vista de la imposibilidad de borrar sus efectos.

b) La corriente que asegura que el daño moral es resarcible siempre y cuando coexista con un daño de tipo económico; supuesto, según el cual, la reparación será proporcional al daño económico resentido.

<sup>80</sup>Ibid. p.246

<sup>81</sup>Ibid.pp.246-247

c) La que afirma que el daño moral puede y debe ser resarcido con independencia de todo daño económico. Los propios hermanos Mazeud participan de esta opinión, pues reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente."

## 2.5) RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL USO ABUSIVO DEL DERECHO

La manera de "responder", en materia civil, es mediante la reparación de los daños. Por ello, ésa obligación de reparar los daños y perjuicios causados se llama responsabilidad civil. En nuestro sistema jurídico tiene dos posibles fuentes: el hecho ilícito relacionado con la responsabilidad civil subjetiva y el relacionado con la responsabilidad civil objetiva. En la Doctrina mexicana no ha profundizado sobre la responsabilidad civil por hecho ilícito relacionado con el uso abusivo del derecho.

**Responsabilidad civil es** la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo."<sup>82</sup>

Por tanto la responsabilidad civil no sólo deriva del hecho ilícito sino también de un hecho lícito y culpable ( la responsabilidad civil). Por eso para Bejarano (<sup>83</sup>):

"Cuando la culpa cause un perjuicio, produce, a cargo de su autor la obligación de indemnizar a la víctima. Esta obligación de pagar daños y perjuicios es, en materia civil, la sanción necesaria tanto de las obligaciones legales, como de las convencionales. La culpa es, por tanto, un hecho productor de una nueva obligación..El objeto de la obligación derivada de la culpa es la reparación del perjuicio causado. Esta obligación es totalmente distinta de aquella cuya obligación constituye la culpa, su objeto no es el mismo. La obligación primitiva podría tener cualquier objeto: una dación, un hecho o una abstención; el objeto de la obligación derivada de la culpa siempre es la reparación ( por lo general monetaria) de la lesión causada a otra persona por el incumplimiento del objeto debido."<sup>84</sup>

En el caso del art. 1912 las palabras que dicen "hay obligación de indemnizarlo"<sup>85</sup>, obviamente refieren a la responsabilidad civil por hecho ilícito, o sea, la forma de pagar esa obligación que surge del hecho ilícito: la indemnización.

**2.5.1) Responsabilidad civil objetiva y subjetiva** Existen dos clases de responsabilidad por el elemento en que se apoya la necesidad de resarcir los daños:

1.-La responsabilidad subjetiva cuando los daños han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa, por tanto, tiene por fuente el hecho ilícito y por base la noción subjetiva de culpa.

2.-La responsabilidad objetiva, si los daños provienen de una conducta sin culpa, jurídica y dañosa, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños, responsabilidad basada en dicho riesgo y por consiguiente se llama responsabilidad objetiva, o sea tiene

<sup>82</sup>Manuel Bejarano. Op.cit. p.262

<sup>83</sup>Ibid. p.796

<sup>84</sup>Marcel Planiol, Op. cit. p.795

<sup>85</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit.Sista, México, 2000, p153

su apoyo en un elemento externo, objetivo: el riesgo creado de la cosa peligrosa. En el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se desprende una responsabilidad civil subjetiva en vista de que la establece en función del elemento culpa en una de sus especies, o sea, el dolo. Sin embargo, en otras concepciones del uso abusivo del derecho éste se liga más con la responsabilidad civil "objetiva", no por depender de riesgo y elementos peligrosos, sino más bien por depender de elementos objetivos como la finalidad del derecho.

**2.5.2) Responsabilidad civil subjetiva contractual y extracontractual**  
La responsabilidad civil que es consecuencia del hecho ilícito y consiste en la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, se clasifica tradicionalmente, atendiendo a su origen (por la especie de la norma violada) en extracontractual y contractual.

Se dice que hay responsabilidad extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida (el tipo de antijuricidad dado) es una norma de observancia general. Si alguien viola la Ley culpablemente y causa daño, incurre en responsabilidad extracontractual; a su cargo surge la necesidad de reparar daños y perjuicios (responsabilidad civil) y el origen de esta obligación es la violación de la Ley y no de un contrato, por eso se dice que es responsabilidad fuera del contrato (extracontractual).

Responsabilidad contractual es la proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u de otro acto jurídico de Derecho Privado.

La clasificación anterior tiene hondas raíces en las Leyes y en las obras de Derecho que escinden la reglamentación de los principios de la responsabilidad civil, con olvido de que tanto la llamada contractual como la extracontractual son una sola y de que ambas se generan por el hecho ilícito. El Código Civil para el Distrito Federal, siguiendo la tradición, regula por separado a la responsabilidad extracontractual al reglamentar los hechos ilícitos en los artículos 1910 y siguientes, y regula la contractual al tratar del incumplimiento de las obligaciones en los artículos 2104 y siguientes.

El art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal habla del ejercicio de un derecho, en ciertas condiciones, que lo convierten en un hecho ilícito y no especifica la fuente de donde surge ese derecho, por tanto, podemos pensar que el uso abusivo del derecho se puede dar en un contrato o al ejercitar un derecho subjetivo establecido en cualquier norma. Por tanto, se puede dar contractual o extracontractualmente.

## 2.5.3) RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

### 2.5.3.1) Responsabilidad civil por hechos propios

Cada quien responde de su propia conducta ilícita: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo"<sup>86</sup>, prescribe el art.1910 del Código Civil para el Distrito Federal.

La solución concuerda con el principio moral de que cada quién es responsable de sus actos; el que la hace, la paga. Sobre la responsabilidad civil nos ilustra Bejarano (<sup>87</sup>):

"El Código Civil para el Distrito Federal llega al punto de hacer responsables a los mismos incapaces que causen daño, imponiéndoles el pago de la reparación cuando la indemnización no pudiere ser obtenida de los adultos que los tiene a su cuidado. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme a lo dispuesto en los arts. 1919, 1920, 1921, 1922. (art.1911 CC)" "Si el Código Civil para el Distrito Federal ha decidido que no es necesario que el autor del ilícito civil sea imputable, por el contrario sigue siendo indispensable que sea culpable, de manera que, si el agente del hecho, capaz o incapaz no ha incurrido en una falta de conducta-sea por imprudencia o por dolo- no puede ser responsabilizado por sus consecuencias, pues la culpa es un elemento sine qua non del hecho ilícito civil, tal como lo es del penal." <sup>88</sup>

### 2.5.3.2) Responsabilidad civil por hechos ajenos

En ciertos casos determinados, en vez de imponer a la víctima la obligación de probar la culpa cometida por el autor del daño, establece la ley un presunción de culpa que la exime de rendir tal prueba.

Estas presunciones, según Planiol (<sup>89</sup>) se refieren a la responsabilidad:

1.Por hechos ajenos. 2.-Por los daños causados por los animales 3.- Por los daños causados con motivo de un edificio. Sobre la responsabilidad civil subjetiva, por hechos ajenos dice Bejarano (<sup>90</sup>): "A veces estamos obligados a reparar los daños producidos por alguna conducta ajena, lo cual, a primera vista, no parece muy razonable. Sin embargo, en la base de la responsabilidad existe- en principio- una culpa del obligado, pues el hecho dañoso pudo y debió ser evitado por él. Los casos previstos en el CC de responsabilidad por hechos ajenos son agrupables en dos clases distintas:

1.-La indemnización de daños causados por menores de edad y otros incapacitados, y,  
2.-La de los provocados por la conducta de los empleados y representantes" En el caso 2, la responsabilidad civil proviene del deber de elegir prudentemente a nuestro empleados, subalternos y representantes, deber que resulta incumplido cuando seleccionamos a una persona irresponsable, torpe o imprudente. La necesidad de indemnizar el daño ajeno causado por nuestro empleado se finca en la culpa en que incurrimos, que los romanos califican como culpa in eligendo. Por ello, quedaremos eximidos de indemnizar si no se nos puede atribuir ninguna culpa o negligencia. En caso de haber resarcido, podremos repetir contra el causante directo del daño, por la reparación efectuada." <sup>91</sup>

La persona responsable por hechos ajenos sólo puede ser condenada a indemnizar monetariamente el daño, y no a una pena propiamente dicha, siendo esto indudable. Por ello se dice que es responsable

<sup>86</sup>Ibid. p.153

<sup>87</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Op.cit.271

<sup>88</sup>Ibid. p.272

<sup>89</sup>Marcel Planiol, Op. cit. p.799

<sup>90</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Op.cit. p.272

<sup>91</sup>Ibid. p.275

civilmente por hechos ajenos, a fin de excluir toda idea de responsabilidad penal.<sup>92</sup>

### 2.5.3.3) Responsabilidad por obra de cosas

Si el daño fue causado por cosas de nuestra propiedad, será a cargo nuestro la reparación:

1.-Sea que haya sido por obra de un animal (art. 1929 CCDF)

2.-Un edificio (art.1931 CCDF)

3.-Objetos caídos de una casa (art.1933 CCDF)

4.-U otras cosas varias (art. 1932 CCDF)

El deber de indemnizar reposa igualmente en la culpa del dueño, quien debe vigilar a sus animales y mantener sus cosas en condiciones de no dañar a los demás.

Al no hacerlo así transgrede el principio de derecho de que nadie debe causar daño a otro (*Neminem laedere*), el cual, domina los códigos e inspira infinidad de soluciones.<sup>93</sup>

## 2.6) RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO CREADO

Al lado de la responsabilidad civil basada en la noción de culpa, y llamada por tal motivo responsabilidad subjetiva (pues impone un análisis del matiz de la conducta del sujeto), surgió la responsabilidad objetiva, la cual se apoya en un elemento ajeno a la calificación de la conducta, es un dato aparente, objetivo, como es el hecho de causar un daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para los demás. Esta teoría fue acogida por la Ley mexicana a inspiración de los Códigos Civiles suizo y ruso, en el art. 1913 del Código Civil para el Distrito Federal donde se obliga al pago de daños y perjuicios a todo el que cause un daño por el uso de los objetos, substancias o aparatos peligrosos por su velocidad, por su naturaleza explosiva o inflamable, o por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, todo ello aún cuando obre lícitamente, es decir, sin violar norma jurídica alguna y sin incurrir en cualquier falta de conducta que le fuera atribuible (culpa). Existen concepciones del uso abusivo del derecho que están emparentados con la responsabilidad civil objetiva porque se basan en elementos objetivos, y no tanto en la culpa, como cuando se establece que basta que un daño se de cierta forma, por ejemplo se viole la finalidad social del derecho, para que exista el uso abusivo del derecho.

<sup>92</sup>Marcel Planiol, Op. cit. p.799

<sup>93</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. pp.275-276

## 2.6.1) Relación de causalidad entre la conducta y el daño

Así como en la responsabilidad civil subjetiva es necesario probar la culpabilidad del sujeto que daña, es decir un nexo moral y causal entre el sujeto y el daño, en la responsabilidad civil objetiva es necesario probar un nexo material, natural o causal entre el la conducta del sujeto y el daño: Sin embargo, si bien es cierto que la causalidad puede en primera instancia decirnos que cierto sujeto causó de manera directa, en el tiempo y en el espacio, cierto daño, el Derecho tiene que elaborar criterios para determinar de los hechos de que es causa un sujeto cuales se le pueden atribuir moral y jurídicamente. Esto es necesario para determinar cuáles daños serán indemnizables y cuáles no:

"Sólo el daño que es consecuencia inmediata y directa del hecho perjudicial, y además es cierto, puede resarcirse. No todas las consecuencias perjudiciales que fueron el producto remoto de un hecho ajeno van a ser reparadas por el causante. Los hechos nocivos pueden encadenarse hasta el infinito. Uno puede ser la consecuencia del precedente, y así en forma sucesiva, y, de no establecerse un límite a la cadena de causas, resultaría que el iniciador de una lesión, causante a su vez de pérdidas más remotas, se vería en la necesidad de restaurar también éstas. Sólo las consecuencias inmediatas y directas del hecho dañoso son los daños reparables."<sup>94</sup>

"También se dice que el daño debe ser cierto, es decir, que se ha causado o que necesariamente deberá producirse: no debe confundirse la certidumbre con la presencia del daño, pues hay daños futuros que son ciertos cuando forzosamente tendrán que provocarse. El art.2110 CC. resume ambos requisitos de la siguiente manera: "los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse."<sup>95</sup>

Los hechos de la naturaleza en su recíproca relación se pueden entender mediante leyes, una de estas leyes es la ley de causalidad:

Toda causa tiene un efecto y todo efecto tiene su causa. Entre la conducta de un sujeto (el hecho ilícito), considerado como un evento puramente físico y un daño que produce existen un relación que puede explicarse como un evento natural mediante la ley de causalidad. Sobre esta relación nos dice Bejarano (<sup>96</sup>):

"El derecho protege a la víctima cuando el daño ha sido consecuencia de una conducta ajena antijurídica y culpable (ilícita) o del aprovechamiento de un objeto peligroso (riesgo).

La Doctrina apunta la necesidad de que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño; y la ley, en el artículo 2110 antes transcrito dice que el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del hecho de la falta de cumplimiento de la obligación. Si solamente una conducta o un hecho hubiere producido el resultado perjudicial, no existirá duda de que ha sido la causa del mismo; más, si para originarlo concurren varias acciones, participaron varios sujetos ¿quién de ellos es el responsable? ¿o lo serán todos? ¿en que medida? La cuestión es importante porque las situaciones no ocurren en la vida con la simplicidad que pueden ostentar conceptualmente; la concatenación de sucesos, el tejido o combinación de conductas o acaeceres que preceden a un efecto lesivo, es complejo de ordinario; todo suceso en el devenir de la existencia; ha sido precedido por una serie de conductas humanas y acontecimientos de orden diverso que fueron preparando su desenlace, de manera que la causa de su realización no ha sido una sola, sino la conjunción de varias; y entonces se plantea la cuestión si serán jurídicamente responsables de un hecho dañoso todos aquellos que participaron en su realización; o sin no ¿quién lo es entre todos ellos y en qué medida? ¿Cuál de todas las concusas del perjuicio es su causa eficiente? ¿Y cuál o cuáles merecen ser considerada "su causa jurídica"? Esto es, aquellas que deben ser estimadas por el Derecho, para atribuirles efectos jurídicos, ¿qué

<sup>94</sup>Ibid. p.252

<sup>95</sup>Ibid. p.253

<sup>96</sup>Ibid. pp.253-a 255

grado de participación es indispensable para devenir obligado a una reparación o pasible de un castigo?  
¿Cuándo se es responsable y debe pagarse los daños o sufrir una pena?

La Doctrina Penal en la concepción de soluciones; existen múltiples teorías de matices diversos que Gonzalo Trujillo Campos ha compendiado en su obra exhaustiva y bien documentada "La relación material de causalidad en el delito". De ella, dos merecen ser destacadas por su influencia en la Doctrina: la tesis de la "Equivalencia de las condiciones" de Von Buri, y la teoría de la "Causalidad Adecuada" de Von Kries...".

La clase daño al que se refiere el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se infiere que puede abarcar tanto el daño patrimonial, en la integridad personal, y el moral, pues el art. 1912 dice: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro..."<sup>97</sup>

Por tanto, no se especifica pues la clase de daño, y puede entenderse que se refiere a cualquiera. También debe existir en el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, un nexo causal entre el sujeto y el daño. Podemos decir que la culpabilidad es un nexo moral (de elección moral) entre la conducta y el daño.

## 2.7) EL HECHO ILICITO QUE ENGENDRA OBLIGACIONES Y LA INDEMNIZACION.

En nuestro derecho positivo, la responsabilidad civil (la obligación de indemnizar) tiene dos posibles causas: el hecho ilícito relacionado con la responsabilidad civil subjetiva y el hecho ilícito por riesgo creado.

### 2.7.1) Evolución histórica de la responsabilidad civil

Para Bejarano<sup>(97)</sup> la responsabilidad civil ha evolucionado de la forma siguiente:

"Originariamente, sólo había una especie de sanción: la penal, esto es, el castigo-en el sentido estricto de la palabra- en relación con la vida, la salud, la libertad o la propiedad. El derecho más antiguo era exclusivamente derecho penal. Más tarde, se hizo un distinguo por lo que toca a la sanción: además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzada o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por los daños causados ilegalmente. Entonces se desarrolló el derecho civil al lado del penal" Kelsen

En el Derecho antiguo había confusión entre las responsabilidades penal y civil. El proceso de separación fue paulatino y la Doctrina Jurídica señala varias etapas:

- a) Autodefensa y venganza de la víctima. En los albores de la civilización, la única sanción de un hecho lesivo o dañoso era la venganza de la víctima (venganza privada). Era ésta quien tenía la facultad de cobrar la afrenta (la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, es una típica muestra de la sanción especificada). "La represión de los delitos, por medio de la venganza privada, confunde la reparación del perjuicio con la pena. La primera queda absorbida por la segunda que, por otra parte, sigue siendo una simple pena privada, impuesta por la parte perjudicada, sin intervención de la autoridad pública" (Gaudemet)
- b) Composición voluntaria. Más adelante apareció la composición voluntaria, que es un arreglo o convenio entre el autor del hecho dañoso y la víctima, quien renuncia a vengarse a cambio de una suma pecuniaria. La afrenta queda así reparada con dinero. La confusión entre pena y reparación todavía subsiste.
- c) Composición forzosa. Posteriormente, el Estado impuso como necesario este arreglo y aparece la composición forzosa; la víctima del delito no tiene ya la facultad de elegir entre vengarse o aceptar la reparación económica del daño; El Estado le impone necesariamente la aceptación de una reparación económica que, no obstante, sigue en manos del particular y todavía se confunde entre la acción que tiende a la represión (penal) y la que persigue la reparación (civil)

<sup>97</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p. 153

d) Separación. La separación de ambas especies de responsabilidad se opera cuando el Estado toma a su cargo la represión de las conductas particularmente contrarias a la armonía social, con abstracción de los intereses particulares involucrados en cada caso.<sup>98</sup>

Ya sobre la base histórica de la separación entre la responsabilidad civil y penal, la responsabilidad civil ha tenido la siguiente evolución:

1.-Partiendo de la idea de que el sujeto es responsable por el sólo hecho de que su conducta provocara daño, por el hecho mismo de su producción aunque no obrara culpablemente. (responsabilidad objetiva por daño)

2.-Se llega posteriormente a afirmar la responsabilidad no podrá surgir a menos que el causante hubiera podido evitar el daño y no lo hubiera hecho, esto es que su conducta estuviera teñida por falta o error de proceder, la culpa (responsabilidad subjetiva)

3.-El causante del daño es responsable aunque no hubiera incurrido en culpa, sino por el hecho mismo de haber producido un daño, si es que lo causó con cosas o substancias peligrosas de las cuales hizo uso (responsabilidad objetiva por riesgo creado).

4.-Podríamos decir que la responsabilidad civil por uso abusivo del derecho a evolucionado desde los actos de emulación, y las inmisiones, hasta las que hablan de la finalidad social del derecho, produciendo una especie de transición del Derecho Privado al Derecho Público.

### 2.7.2) Requisitos para la indemnización del daño

Para indemnizar el daño hay que tomar en cuenta algunos requisitos que se tiene que probar además del mismo daño. Según Bejarano<sup>(99)</sup>, el daño para ser indemnizado debe ser consecuencia inmediata y directa del daño y ser cierto:

"Sólo el daño que es consecuencia inmediata y directa del hecho perjudicial, y además es cierto, puede resarcirse. No todas las consecuencias perjudiciales que fueren el producto remoto de un hecho ajeno van a ser reparadas por el causante. Los hechos nocivos pueden encadenarse hasta el infinito. Uno puede ser la consecuencia del precedente, y así en forma sucesiva, y , de no establecerse un límite a la cadena de causas, resultaría que el iniciador de una lesión, causante a su vez de pérdidas más remotas, se vería en la necesidad de reparar también éstas. Sólo las consecuencias inmediatas y directas del hecho dañoso son los daños reparables"

"También se dice que el daño debe ser cierto, es decir, que se ha causado o que necesariamente deberá producirse: no debe confundirse la certidumbre con la presencia del daño, pues hay daños futuros que son ciertos cuando forzosamente tendrán que provocarse. El artículo 2110 del CC resume ambos requisitos de la siguiente manera: "Los daños y perjuicios debe ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".<sup>100</sup>

<sup>98</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Op.cit. . pp.228-229

<sup>99</sup>Ibid. p.252

<sup>100</sup>Ibid. p.253

### 2.7.3) Formas de indemnización

La indemnización debe corresponder al daño que se habrá de reparar. Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o derechos de la víctima, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquéllos que se han deteriorado o han comparecido. Compensa su depreciación o ausencia, por lo cual se le da el nombre de compensatoria. Cuando, por otra parte, el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de la obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de moratoria. Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el cumplimiento retardado. "Ocasiones habrá en las cuales el cumplimiento demorado sea inoportuno, inútil y equivalga al incumplimiento definitivo. Tal sucede en las prestaciones de tipo personal que deben pagarse en una ocasión o evento determinado. Ellas se reparan con una indemnización compensatoria." <sup>101</sup>

Obviamente, la indemnización moratoria se presenta con mayor frecuencia con motivo de la responsabilidad contractual, como violación de un contrato en el que las partes señalaron el momento del cumplimiento de las obligaciones. Su consagración legal, en el art. 2104 del Código Civil para el Distrito Federal del capítulo de "incumplimiento de las obligaciones" donde fueron agrupadas las reglas de la responsabilidad contractual, dice:

"El que estuviera obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo (incumplimiento definitivo) o no lo prestare conforme a lo convenido (cumplimiento impropio, por mora u otro motivo) será responsable de los daños y perjuicios.." <sup>102</sup>

En el uso abusivo del derecho (art.1912 del Código Civil para el Distrito Federal) obviamente existe la indemnización compensatoria.

El monto y alcance de la indemnización dependen de la especie de daño que deba ser resarcida. En el caso del uso abusivo del derecho al generar una responsabilidad civil de la misma naturaleza que la de cualquier hecho ilícito, las reglas que se debe seguir en la indemnización deben ser de la misma clase que las que se siguen para cualquier otro hechos ilícito. Sin embargo, hay veces en lo que se pretende con la acción por uso abusivo del derecho es impedir una molestia o hacerla cesar. Claro que el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal vigente no contempla este propósito.

Si el uso abusivo del derecho puede producir daños en el patrimonio, en la integridad y morales, la indemnización deberá seguir las reglas que rigen esos casos.

<sup>101</sup>Ibid. p.264

<sup>102</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista. México, 2000, p.167

### 2.7.3.1) Indemnización cuando el daño se realiza en una cosa

La pérdida o menoscabos sufridos “en el patrimonio” son indemnizadas en su integridad, reparándolas totalmente. El Código Civil para el Distrito Federal dispone sin excepción su completa reparación, ya restableciendo la situación anterior al daño, ya mediante el pago, en dinero, de su valor (art.1915 CCDF). Los art. 2017, 2112, 2114 y 2115 reiteran este principio al procurar la integral satisfacción de la víctima de un daño económico.<sup>103</sup>

### 2.7.3.2) Indemnización cuando el daño afecta la integridad corporal

Paradójicamente, los daños que sufren las personas en su integridad corporal regulado en el art 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, no son objeto de una justa y proporcionada reparación. Los consistentes en la pérdida de miembros, de órganos, de alguno de los sentidos o de la vida, previa valoración cuya base legal es una “tabla de incapacidades”, incorporada en una ley ajena al Código Civil (la Ley Federal del Trabajo), cuya finalidad fue la estimación de la reparación por accidentes de trabajo. (<sup>104</sup>) (N.B. Tomese en cuenta las recientes reformas al segundo párrafo del art. 1915 publicadas el 25/mayo/2000 G.O del D.F.) Anteriormente decía: “Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que este en vigor en la región... y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señale la Ley Federal del Trabajo. Ahora dice exactamente lo mismo excepto en que se susítuye “en la región” `por “en el Distrito Federal”: “Para calcular.....en vigor en el Distrito Federal...”<sup>105</sup>

### 2.7.3.3) Indemnización en el “daño moral”

El art. 1916 del Código Civil para el Distrito Federal previene que el daño moral debe ser reparado, así provenga de hecho ilícito (responsabilidad civil contractual o extracontractual) como si se origina de un riesgo creado (responsabilidad objetiva).<sup>106</sup>

## 2.8)EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

\*La obligación de indemnizar no surge a cargo del agente del hecho perjudicial en los casos siguientes:

- 1.-Cuando se ha convenido en que el causante del daño no indemnice, en el supuesto de que éste se produzca; esto constituye la *cláusula de no responsabilidad*.
- 2.-Cuando el daño se debe fundamentalmente a una *culpa grave de la víctima*.

<sup>103</sup>Bejarano, Sánchez, Manuel. Op.cit. Ibid. p.266

<sup>104</sup>Ibid. pp.266-267

<sup>105</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, pp.153-154

<sup>106</sup>Ibid. p.154

3.-Cuando el hecho dañosos proviene de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes e irresistible: *el caso fortuito o la fuerza mayor*<sup>107</sup>

Si el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito y puede generar una responsabilidad civil también de la misma naturaleza que la que produce cualquier otro hecho ilícito, se sigue operan en él cualquiera de las excluyentes de responsabilidad civil. Sin embargo, no es así en el caso de nuestro artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal pues la conducta del sujeto siempre es dolosa. Es difícil, sino imposible, imaginarse un caso de uso abusivo del derecho donde el sujeto no fuera responsable por culpa grave de la víctima, si por hipótesis cierta persona con el sólo afán de dañar y sin ninguna utilidad causa daño a otro. El daño el el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal no sólo lo causa a sí mismo la víctima sino otro sujeto. Igualmente resulta contradictorio pensar un caso fortuito o fuerza mayor que causa un daño porque alguien no pudo cumplir una obligación y al mismo tiempo concebir que alguien alegue que su omisión (que causo un daño) se debió a un caso fortuito y fuerza mayor, cuando se ya esta probado que su omisión la hizo con el propósito de dañar y sin ninguna utilidad. El caso fortuito y la fuerza mayor no puede provocar que alguien actué u omita una acción con el único propósito de dañar y sin ninguna utilidad.

O tampoco es aceptable que se pacta que un sujeto acepta que otro le podrá cuando quiera sin ninguna utilidad y con el sólo propósito de dañar, dañarlo, sin que tenga ninguna responsabilidad. El art. 2106 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

"La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."<sup>108</sup>

En el caso de los hechos ilícitos dolosos (entendiendo por dolo, no un engaño, sino como en el Derecho Penal la intención de dañar) no operan ninguna de las excluyentes de responsabilidad, operando sólo, en los hechos ilícitos culposos (donde hay negligencia o error).

Por tanto, en el uso abusivo del derecho no operarían ninguna de la excluyentes de responsabilidad. A propósito cuando el hecho ilícito surga por violar una obligación previa, y se trata de evitar por una cláusula de no responsabilidad, dice Gutiérrez y González (<sup>109</sup>):

"Si bien es cierto que los tipos de convenio sobre la irresponsabilidad de que se viene hablando son válidos, hay necesidad de distinguir si el hecho ilícito se realiza con intención, o sólo se verifica por negligencia o inexperiencia, esto es, sin culpa intencional o dolosa, pues según se presente una u otra, la ley interviene para limitar el alcance de la cláusula o del convenio."

<sup>107</sup> Bejarano Sánchez, Manuela. Op.cit. p.293

<sup>108</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.167

<sup>109</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op.cit., p514

En efecto, cuando cuando hay negligencia o inexperiencia se limita el alcance de la cláusula de exclusión de responsabilidad con el art. 1797 del Código Civil para el Distrito Federal:

"La validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".<sup>110</sup>

Cuando hay dolo se limita el alcance de la cláusula de exclusión de responsabilidad con el art. 2106 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: "la responsabilidad proveniente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."<sup>111</sup>

También es nula la cláusula para eliminar la responsabilidad que provenga de un hecho ilícito consistente en violar un deber estrictu sensu cuando este incumplimiento es por dolo, sin embargo Gutierrez y Gonzales<sup>(112)</sup> admite que es válida si el incumplimiento es por negligencia:

"Se puede establecer esta cláusula, pues no existe prohibición legal alguna, e inclusive se puede fundar en Derecho diciendo: si la ley autoriza estas cláusulas (excluyentes de responsabilidad) proveniente de violar una obligación previa....., y si la responsabilidad tiene la misma esencia en ambos casos, por analogía se pueden aplicar las disposiciones antes expuestas, a la responsabilidad que provenga de violar un deber jurídico estrictu sensu.

Desde luego que también aplicando las normas que antes se estudiaron, se habrá de concluir que la cláusula que busque eliminar la responsabilidad que provenga de violar un deber, aun cuando se haya actuado intencionalmente con dolo, no valdrá....no podrá pactarse válidamente, que Procopio estará relevado de todo daño que cause, aún cuando lo provoque con toda intención, y si se pacta será nula."

---

<sup>110</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista. México, 2000, p.146

<sup>111</sup>ibid.,p.167

<sup>112</sup>Gutiérrez y González, Ernesto. Op.cti. p.513

## CAPITULO TERCERO

### EL USO ABUSIVO DEL DERECHO EN LOS ARTICULOS 1910 Y 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

#### 3.1 BREVE HISTORIA DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

Antes de estudiar los artículos 1910 y 1912 en el Código Civil vigente para el Distrito Federal es conveniente hacer una breve historia de éste:

##### *CODIGO CIVIL DE 1870*

Según Manuel Borja Soriano (1) nuestro Código Civil, el español y el de otros países europeos y latinoamericanos tienen una gran influencia del Código francés de esa época o sea, el Código Napoleón.

En efecto, los Códigos de Cerdeña, Austria, Holanda, Portugal, España y otros en los que se basa el nuestro están apoyados en gran parte en el Código Francés:

\*Es evidente la gran influencia del Código Civil Francés, o sea, el Código Napoleón, sobre nuestro Código de 1870, especialmente en materia de obligaciones.

Bajo esta influencia se elaboró el Proyecto de Código Civil Español de 1851, que con sus concordancias, motivos y comentarios publicó Florencio Goyena en 1852.

Este proyecto sirvió de base al que para México formó el doctor Justo Sierra por encargo del Presidente Juárez. El Proyecto del doctor Sierra fue revisado por una comisión que comenzó a funcionar en el año de 1861 y que estuvo integrado por...Esta comisión siguió trabajando durante el gobierno ilegítimo del Emperador Maximiliano, y de su trabajo se publicaron los Libros I y II del Código, faltando de publicarse los Libros III y IV. Los materiales de esta primera comisión fueron aprovechados en gran parte una segunda formada por...quienes formularon el Código Civil que fue expedido en el año de 1870.

La exposición de motivos de éste Código hace saber que el mismo se hizo teniendo en cuenta los principios del Derecho Romano, la antigua legislación española, los Códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros y los Proyectos de Código formados en México y en España."

##### *CODIGO CIVIL DE 1884*

Este Código es casi una reproducción del de 1870, con ciertas reformas introducidas por una comisión, de la que fue secretario el Licenciado Miguel S. Macedo,(2) quien publicó el libro <Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal>, en donde se encuentran las razones que motivaron las reformas introducidas al Código anterior.

<sup>1</sup>Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 16a. ed. Edit.Porrúa, México, 1998, pp16-17

<sup>2</sup>Borja Soriano, Manuel.Op.cit. p.17

## **CODIGO CIVIL DE 1928**

En este Código también se conserva la influencia francesa (3), lo cual no es sorprendente si se considera que el Código de 1928 reproduce casi en sus totalidad el de 1884, el que a su vez es copia del de 1870, éste último se inspira en Código Napoleón:

"La Secretaría de Gobernación designó a los Licenciados Francisco H. Ruiz..... Ignacio García Téllez..., Angel García Peña y Fernando Moreno, para que hicieran un Proyecto de Nuevo Código Civil.

Esta comisión formuló el Proyecto que, en forma de Código, se publicó llevando la fecha de 25 de abril de 1928. Ese Proyecto, reformado por sus autores después de tener en cuenta las observaciones que se le hicieron, de convirtió en el nuevo <Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal>, expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el Congreso de la Unión. Se publicó en el Diario Oficial correspondiente a los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, lleva al final la fecha de 30 de agosto de 1928. Posteriormente, la Secretaría de Gobernación ha publicado una edición oficial del mismo Código. Este entró en vigor el día 1o. de octubre de 1932, fecha que fijó el Ejecutivo, en decreto de 29 de agosto de 1932, publicado en el Diario Oficial del 1o. de septiembre anterior.

El nuevo Código de 1928 reproduce en gran parte el de 1884. Las innovaciones que introduce en materia de obligaciones y contratos, están principalmente inspiradas en los Códigos Civiles francés, español, italiano, argentino, chileno, brasileño, alemán y suizo de las obligaciones y en ciertas teorías de autores, como puede verse en el libro del Licenciado García Téllez, que tiene por título <Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano>, 1932."

### **3.2) DESGLOSE DE LOS ELEMENTOS DEL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

El artículo 1910 se podría entender en términos del Código Civil para el Distrito Federal y de la Doctrina como un hecho ilícito generador de obligaciones según la responsabilidad civil subjetiva. Sin embargo, adelantamos, no es igual al hecho ilícito que se aplica tradicionalmente en relación a la llamada responsabilidad civil.

Anteriormente en el Capítulo Segundo de esta tesis se abordó desde el punto de vista de la Doctrina, el hecho ilícito y sus elementos, pero no se dijo que esa figura jurídica tiene su ejemplificación aplicada al la responsabilidad civil subjetiva en el artículo 1910 en su relación con el artículo 1830 ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

La razón del estudio del artículo 1910 es que si el uso abusivo del derecho (1912) es una especie del hecho ilícito, hay que estudiar primero el art. 1910 que presenta el hecho ilícito en su forma más representativa. El actual art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal tiene los siguientes antecedentes extranjeros (4) que aclaran su significado:

"En el Código Napoleón, que en su art. 1382 dice: "Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por cuya falta ha acontecido."

---

<sup>3</sup>Ibid. pp.17-18

<sup>4</sup>Borja Soriano.Op.cit. p.355

El Código Civil alemán, art.823: "El que por un hecho contrario al derecho, ataca, con intención o negligencia, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad, o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ésta a la reparación del daño que de aquel hecho ha resultado."

Código suizo de las Obligaciones, art.41: "El que causa de una manera ilícita un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que causa intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a la costumbre, está igualmente obligado a repararlo."

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

El art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal se expresa: *"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 de la víctima."*<sup>5</sup>

Este art. 1910 está tomado en su primera parte del Código suizo de las Obligaciones, y en su segunda parte del Código Civil ruso.

El art.41, antes mencionado, del Código suizo de las Obligaciones se debe interpretar, según Borja Soriano (7), como lo hace el autor suizo Rossel ya que la interpretación de éste último está acorde con la teoría adoptada por el Código Penal mexicano de 1871 sobre los delitos y la responsabilidad civil que contiene una doctrina completa sobre el tema, lo que no sucede con los otros Códigos Civiles:

"El acto ilícito, en el sentido del art.41, es pues todo acto nocivo causado sin derecho o, si se prefiere, todo acto que implique una culpa, aun la más ligera-in lege aquiliana levissima culpa venit- y por otra parte, imputable a su autor, puede traer consigo la aplicación de dicho artículo...

...Debe, naturalmente existir, entre el acto ilícito y el daño cuya reparación se demanda, cierta relación de causalidad....

..En resumen, el acto generador de responsabilidad, se descompone en los elementos siguientes: 1o. Un acto (de comisión o de omisión) 2o.Imputable al demandado; 3o.Dañoso para el actor; ya sea que se experimente una pérdida o que sea privado de una ganancia; 4o.Ilícito, es decir, causado sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia....

¿A quién pertenece la acción de indemnización? Generalmente, a la persona directamente lesionada por el acto ilícito"<sup>6</sup>

Sobre como se debe interpretar el art.403 ruso, que acepta la teoría de la responsabilidad del suizo, Borja Soriano (7) cita a Colin y Capitant:

"...la responsabilidad delictuosa tiene por base fundamental la noción de falta, es decir, de acto culpable, ilícito, de donde se desprende la doble consecuencia siguiente:

1o.Cualquiera que se queje de haber sido lesionado por el hecho de otro debe necesariamente probar, para tener derecho a la reparación, que ese hecho ha constituido una falta por parte de su autor.

2o.El autor del acto perjudicial debe quedar libre de responsabilidad por ese perjuicio, si demuestra que ese daño no es imputable a una falta de él. Así es en los diversos casos siguientes:

a) Cuando el autor del hecho perjudicial ha usado de un derecho al realizar el hecho en cuestión.

b) Cuando la verdadera causa del hecho perjudicial es un caso fortuito o de fuerza mayor.

c) Cuando la causa del perjuicio es el hecho de la víctima misma. Si el hecho es debido a la vez a la falta del agente y a la de la víctima, hay falta común. La responsabilidad del agente subsiste, pero limitada, reducida en la medida en que el hecho es imputable a la víctima misma."

En la doctrina francesa el autor del daño queda sin responsabilidad si es incapaz.. En México no se acepta esto pues se piensa que el incapaz es responsable, y en consecuencia debe reparar el daño.

<sup>5</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.153.

<sup>6</sup>Borja Soriano, Op.cit. p.356

<sup>7</sup>Ibidl p. 356.

Pero si está a cargo de otros, éstos son responsables. Dice a propósito el art. 1911 del Código Civil para el Distrito Federal:

"El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922." <sup>8</sup>

Para Bejarano<sup>(9)</sup> como dijimos en el capítulo segundo el hecho ilícito que engendra obligaciones tiene 3 elementos: antijuricidad, culpa (en sentido amplio ó culpa en sentido estricto) y daño.

A propósito pregunta:

"...¿basta una conducta contraria al Derecho y perjudicial para crear obligaciones?

No, pues el art. 1914 CC. contenido en el mismo capítulo de los hechos ilícitos, prescribe: "Cuando...sin culpa ni negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada uno los soportara sin derecho a indemnización.

Aparece así un nuevo elemento del hecho ilícito: la culpa porque, para responsabilizar a alguien, necesitamos demostrar que estuvo a su alcance evitar el daño y no lo hizo, que cometió una falta o culpa, o que produjo el daño en forma intencional. De aquí se concluye que los elementos característicos del hecho ilícito son, por consiguiente, la antijuricidad, la culpa y el daño."

Para Borja Soriano, basado en Bonnecase los hechos jurídicos en sentido estricto (de acuerdo a la teoría francesa), se componen de actos humanos y de hechos de la naturaleza. Los hechos jurídicos en sentido estricto se dividen en lícitos e ilícitos. Como ejemplo de hechos lícitos ilustra con la gestión de negocios ya que el gestor tiene la obligación aún sin quererlo, de seguir la gestión que ha empezado. Ilícitos se ejemplifican con son los delitos y los cuasidelitos.

El que comete un delito intencional tiene la intención de causar un daño, pero no de resarcirlo, y, sin embargo, por el hecho de cometer el delito nace a su cargo una obligación de indemnización. El que comete un delito de imprudencia, es decir, un cuasidelito hace que nazca en su contra una obligación de indemnizar el daño que cause, y este resultado es extraño a su voluntad.

La diferencia con Bejarano es que Borja Soriano no dice que sean necesarios los tres elementos que señala Bejarano, como se indicó en el Capítulo Segundo. Como primer elemento, según Bejarano <sup>(10)</sup>, de éste artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, tenemos la *antijuricidad o ilicitud* el cual se infiere del artículo de la frase:

"El que obrando ilícitamente", <sup>(11)</sup> que podríamos interpretar como si dijera: "el que obrando contra una ley", o "el que obre contra las buenas costumbres" porque el art. 1830 del Código Civil para el Distrito Federal dice: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres." <sup>12</sup>

<sup>8</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Siata, México, 2000, p.153.

<sup>9</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*, 3a.ed. Edit. Harla, México, 1984, p.221

<sup>10</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.153

<sup>11</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.153

<sup>12</sup>Ibid. p.148

Si es ilícito todo acto contrario a la ley, y hay leyes; a) permisivas o supletorias, b)prohibitivas c) preceptivas o imperativas hay que ver si la ilicitud se verifica en los tres tipos de leyes.

Actos contrarios a leyes permisivas.-Hay numerosas leyes dictadas con el único fin de determinar los efectos de los contratos, cuando sobre ellos no han expresado su voluntad los contratantes sufriendo su silencio y que por lo mismo pueden ser derogadas por los particulares.

Así, el "art. 2120 del Código Civil para el Distrito Federal determina: que todo el que enajena está obligado a la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato, y el art.2121 del mismo Código faculta a los contratantes a convenir en que no se responda de la evicción. Dada la naturaleza de las leyes supletorias o permisivas es evidente que el hecho de obrar en contra de ellas no es ilícito." <sup>13</sup>

Actos contrarios a leyes prohibitivas.- En relación a las leyes prohibitivas Borja Soriano (<sup>14</sup>) cita a Ferrara:

"La ley ejercitando una función reguladora de las relaciones sociales, provee a que el arbitrio de los ciudadanos en su desenvolvimiento no se ponga en pugna con el interés de la sociedad y por eso circunscribe su campo dentro de confines determinados refrenando la voluntad de los contratantes en todas aquellas manifestaciones que reputa dañosas a la convivencia social y a las necesidades e intereses del comercio....Un acto contra la prohibición de la Ley es un acto ilícito. Toda prohibición tiene carácter excepcional, en cuanto deroga singularmente el principio de la eficacia de toda declaración de voluntad, que se manifiesta ordenada y perfecta sustancialmente.

De donde se sigue que todo lo que no está prohibido es lícito; que la prohibición no puede presumirse, sino que debe ser expresa; que en materia de leyes prohibitivas no puede adoptarse una interpretación analógica...que para juzgar la extensión de estos límites, se tendrá en consideración no sólo el sentido literal de la Ley, sino, aún y más bien, el elemento lógico, pudiéndose tener un acto ilícito, no explícitamente prohibido, pero que conceptualmente se ha querido comprender en la prohibición.. Al lado de las prohibiciones singulares que se encuentran esparcidas en los Códigos, la Ley ha establecido también una disposición general prohibitiva...con lo cual una vez, tantum y para todos los casos, ha prohibido todos los convenios que tengan un contenido contrario....el orden público."

Cómo ejemplo de normas prohibitivas de orden público en el Código Civil para el Distrito Federal tenemos:

Art.6 del Código Civil para el Distrito Federal: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique a terceros." <sup>15</sup>

Art.8 del Código Civil para el Distrito Federal: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." <sup>16</sup>

Según la importancia de los fines que la ley se propone defender y según la naturaleza de la violación, la Ley prohibitiva varía de intensidad y mide su sanción contra el acto ilícito. En unos caso es la sanción la inexistencia, o la nulidad, en otros la anulabilidad (la impugnación la realiza la parte afectada u otra), la restricción de efectos, a veces puede ser una sanción disciplinaria o una pena

<sup>13</sup>Borja Soriano, Manuel.Op. cit. p.147

<sup>14</sup>Id.

<sup>15</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.3

<sup>16</sup>Ibid. p.3

contra los trasgresores sin atacar u suprimir el efecto del acto prohibido, etc.

### Actos contrarios a leyes preceptivas<sup>(17)</sup>:

"Las leyes de derecho público, de orden público, ya prohíben ya ordenan algo, son las leyes que mas interesan a la sociedad, son hablando en términos generales, las del Derecho constitucional, administrativo, penal, procesal y ciertas normas de derecho privado que se han dictado imperativamente en interés general. La desobediencia a este tipo de leyes producen el acto jurídicamente imposible. Pero también produce la desobediencia el acto ilícito. El acto ilícito se realiza efectivamente, aunque violando la ley o la moral; es lo posible, vedado o reprobado, pero no lo imposible. Imposible es aquello que no puede acaecer por una causa que excluye absolutamente su existencia. A la realización de la acción se opone un obstáculo insuperable; el hecho quedará siempre inejecutado, porque su ejecución es incompatible con una ley que debe regularlo necesariamente. El Código Civil de 1884 incurrió en un error técnico cuando dijo que son legalmente posibles los actos ilícitos. El art. 1828 del Código Civil: "Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización." y el art. 2224 CC: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado." Si los particulares celebran un contrato conviniendo en alterar los efectos de estas leyes, contrarian la prohibición contenida en el art 6 CC".

No sólo es ilícito el acto contrario a las leyes de orden público sino también los contrarios a las buenas costumbres. El acto contrario a las buenas costumbres es el acto inmoral. En Francia, como en los países de Europa y América, es el cristianismo el que ha impuesto cierta moral. "Así puede haber contratos contrarios al respeto a la persona humana, contrarios a los deberes de justicia o contratos contrarios al ideal moral, etc. El juez si encuentra algunos de estos supuestos anula el contrato. También tomara en cuenta que la repetición o la costumbre ni al asentimiento general de un acto inmoral en una sociedad no lo hace lícito."<sup>18</sup>

Según lo antes expuesto, en base al art. 1910 el uso abusivo del derecho es un acto contrario a las buenas costumbres, si obrar con intención de dañar y sin utilidad en contrario a las buenas costumbres, y si obrar contra las buenas costumbres es un acto con antijuricidad material.

A propósito dice el art. 2225 del Código Civil para el Distrito Federal : "La ilicitud en el objeto, en el fin o la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según disponga la ley."<sup>19</sup>

2239 del Código Civil para el Distrito Federal : "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud o por consecuencia del acto anulado."<sup>20</sup>

En el Capítulo Segundo se trató ampliamente la antijuricidad como elemento del hecho ilícito, y se distinguió y definió la antijuricidad formal o material. Esta antijuricidad, del texto del art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal es formal ó material según el caso.

Es una antijuricidad muy general porque sus condiciones también son muy generales. Para determinarle un contenido específico, a la

<sup>17</sup>Borja Soriano, Manuel. Op. cit. p. 150

<sup>18</sup>Ibid. pp. 151-153

<sup>19</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p. 174

<sup>20</sup>Ibid. p. 175

antijuricidad tan general del 1910 ("al que obrando contra una ley") hay que poner en relación con éste artículo otro del Código Civil o de otra ley. Ya que si interpretamos el art.1910 no se puede aplicar a un caso concreto, ya que solamente dice "el que obrando contra una ley..."<sup>21</sup> pero no dice cuál ley, por eso hay que mencionar la ley específica que se está violando. Las violaciones a leyes son antijuricidad específica ya que se establecen condiciones más particulares que las del 1910 del Código Civil para el Distrito Federal. Casos de antijuricidad específica se dan cuando se viola una ley que rige las conductas de los contratantes o bien se violan las leyes que rigen las conductas de los sujetos en distintas situaciones jurídicas no contractuales; cuando se violan estas normas se da una antijuricidad extracontractual.

En efecto, si hablamos ya no sólo de antijuricidad sino del hecho ilícito, éste se integrará en este caso, cuando una conducta es dañosa, culpable y contra las buenas costumbres.

Hay que observar que en la antijuricidad formal, o sea, las conductas contrarias a la leyes, son las leyes las que especifican los casos en que se da una antijuricidad determinada. La antijuricidad formal es una antijuricidad que el juez no crea pues previamente está establecida en las normas. Por ejemplo, puede darse la antijuricidad por violación de una norma particular a partir de un contrato, tal es el caso del incumplimiento culpable por mora en el pago, o bien cuando se viola una ley de orden público como cuando se daña "moralmente" a una persona a partir de un escrito periodístico, violandose la norma que prohíbe dañar los intereses de terceros al hacer uso de la libertad de expresión.

La antijuricidad material se da cuando se realizan conductas que afectan valores jurídicos que el derecho en principio protege (como por ej. las buenas costumbres), pero que por el momento las normas vigentes permiten o toleran o sea no las prohíben. El artículo 1910 contempla esa antijuricidad material cuando menciona actos que atacan las buenas costumbres.

Como segundo elemento esta el daño: "...causa daño a otro..."<sup>22</sup>

Tanto el sujeto que daña como la víctima pueden ser personas físicas o morales, tanto uno como varios.

Cuando son varios los sujetos que dañan son responsables solidariamente: art. 1917 del Código Civil para el Distrito Federal:

---

<sup>21</sup>Ibid. p.153

<sup>22</sup>Ibid. p.153

"Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de éste capítulo (V)." <sup>23</sup>

La responsabilidad de las personas morales se contempla en el art. 1918 del Código Civil para el Distrito Federal: "Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones." <sup>24</sup>

También el art. 1927 del Código Civil para el Distrito Federal:

"El Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de sus atribuciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga son sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos." <sup>25</sup>

Como tercer elemento está la culpa en sentido amplio.

La culpa se divide en : la culpa (moral-psicológica o por falta al deber) y *el dolo o la culpa en sentido estricto*.

El Código Civil para el Distrito Federal no define la culpa o falta como tampoco lo hace el Código francés.

Para Borja Soriano(<sup>26</sup>) la noción de culpa es:

"Causar un daño o perjuicio sin derecho..." para ello se basa en Chironi: "Todo hecho que produce la violación de un deber, ya tenga su razón de ser en la voluntad, ya en la Ley, es un hecho ilícito y el agente debe responder por vía de relación especial cuajando al elemento objetivo, que es el acto injustamente cometido (non jure), va unido el subjetivo, eso es, el estado particular de su ánimo con relación a una determinada injuria. El acto no es solamente injusto, sino culposo...el concurso del elemento subjetivo...da a la acción ilícita (lesión injuriosa; elemento objetivo del acto culposo) el carácter de culposa (culpa en sentido lato: de intención o bien por negligencia). ...."

En otros contextos los franceses no distinguen claramente la culpa y la antijuricidad, posiblemente porque en la mayoría su idea de culpa es normativista es decir, se es culpable cuando se falta a un deber, y como es un deber cumplir la ley, quién la incumple no sólo comete un ilícito sino es también culpable.

Relacionado con el art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal se encuentra el art.2106 del Código Civil para el Distrito Federal :

"la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula." <sup>27</sup>

Por dolo en los contratos, según el art.1815 del Código Civil para el Distrito Federal , "cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes". <sup>28</sup>

Sin embargo, también el dolo en el Derecho Civil al igual que en Derecho Penal la conducta que intencionalmente busca producir un daño a otra persona o a su patrimonio o en su honor, etc.

<sup>23</sup>Ibid. p.154

<sup>24</sup>Ibid.

<sup>25</sup>Ibid. p.155

<sup>26</sup>Borja Soriano, Manuel. Op.cit. . p.347

<sup>27</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 20000, p.167

<sup>28</sup>Ibid. p.147

Estos tres elementos guardan una relación entre sí para integrar cualquier clase de hecho ilícito, de modo que necesitan darse los tres simultáneamente: Para integrar un verdadero hecho ilícito no basta violar una ley (antijuricidad), culpablemente, sino también se necesita el daño, por lo menos si lo que se busca es una indemnización.

Igualmente no basta un daño producido culpablemente si para ninguna ley esa conducta es antijurídica. Ni basta una conducta antijurídica que produzca un daño si la persona que lo produce no es culpable.

### 3.3) DESGLOSE DE LOS ELEMENTOS DEL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el Capítulo Primero se mencionaron los antecedentes del uso abusivo del derecho en la antigüedad (Roma, Edad Media), en la era moderna (la jurisprudencia francesa). Se dijo que la jurisprudencia francesa al definir el criterio del uso abusivo del derecho, de los distintos criterios a elegir (dos de los cuales eran los principales: el objetivo y el subjetivo), se decidió por el que se basa en la forma subjetiva de la conducta dañosa, es decir el elemento culpa era lo esencial; en aquel tiempo era necesario caracterizar un fenómeno jurídico inédito, que producía litigios y se necesitaba regular. Se decía que era un cierto uso "anormal" del derecho, cierto abuso del derecho. El optar por cierto criterio, por cierta fórmula no contradictoria con el sistema jurídico aceptado, ayudó a los jueces franceses a enfrentarse a esa nueva situación.

En otros países de Europa, la nueva situación no se le enfrentó con una nueva jurisprudencia, o con la Doctrina como en Italia, sino con una fórmula en la ley, por ejemplo en Alemania. En el Código alemán de 1900 se elige un criterio para definir el uso anormal o abuso del derecho, y se le convierte en ley. El Código Civil mexicano de 1932, y el actual, contempla el uso abusivo del derecho basando en el criterio elegido en el Código Civil alemán de 1900, por tanto se eligió el criterio más antiguo. Pero desde la elaboración del Código alemán de 1900 hasta nuestros días la doctrina y la legislación europea y americana evolucionaron en su concepto del uso abusivo del derecho. Nuestro Código civil no evolucionó en cuanto a su concepto del uso abusivo del derecho. La prueba de esto es que el art. 1912 del Código Civil actual define el uso abusivo del derecho igual a como lo define el Código Civil de 1928, o sea con un criterio de un Código de 1900 (el alemán).

Sin embargo, nuestro Código vigente contiene en varios artículos una concepción implícita del uso abusivo del derecho en su forma objetiva, pero no se les llama así, sólo se contemplan como conductas prohibidas. Históricamente los derechos del individuo entendidos de cierta forma dieron lugar a una pugna entre el individuo y otros individuos, o el individuo y la sociedad, que se resolvieron creando normas sobre el uso abusivo del derecho. Fue necesario crear una norma que estableciera un hecho ilícito diferente del que establece la responsabilidad civil subjetiva o la objetiva, una nueva conducta antijurídica para restablecer el equilibrio social entre la libertad del individuo o sus derechos y la libertad de terceros y de la sociedad.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no deja duda en cuanto a que el legislador no sólo limita los derechos individuales (según un criterio subjetivo) cuando se ejercen con intención de dañar y sin utilidad(art.1912) sino también, con un criterio objetivo, prohíbe y sanciona su uso dependiendo del fin o manera de ejercer el derecho.

Para ilustrar esto tenemos el art.16 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se encuentra un criterio más moderno y más incluyente del uso abusivo del derecho que el del art.1912 del Código Civil para el Distrito Federal, y también se externaliza uno de los criterios por los cuales las conductas son hechos ilícitos, en lugar de sólo prohibir ciertas conductas. Este criterio es un criterio objetivo, la culpabilidad del sujeto pasa a segundo término, en primer término se valora si la conducta daña o no a la colectividad.

El art. 16 del Código Civil para el Distrito Federal dice : "Los habitantes del Distrito Federal tienen la 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."<sup>29</sup>

Otro ejemplo, en nuestra legislación, de prohibición del uso abusivo del derecho (sin llamarlo así) que utiliza un criterio objetivo es el usado en el art. 27 Constitucional, donde la propiedad individual o el derecho de propiedad tiene límites en los derechos sociales. Luego, el límite o la condición al derecho de propiedad no es sólo la intención de dañar de su titular y su no utilidad, sino también que se ejercite dañando a la colectividad.

En el Capítulo Cuarto y siguiente nos referiremos al uso abusivo del derecho de propiedad del art.840 del Código Civil para el Distrito Federal (que al igual que el art.1912 también se apoya en un criterio subjetivo), y de otros artículos del Código Civil sobre el derecho de

---

<sup>29</sup>Ibid. p.4

propiedad que se pueden interpretar como prohibiciones del uso abusivo del derecho mediante un criterio objetivo, pero que sin embargo son limitaciones al derecho de propiedad.

Con un criterio subjetivo del hecho ilícito el art. 1912 CC dice: *"Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".*<sup>30</sup>

### 3.3.1) Un sujeto ejercita su derecho

El art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

"Cuando al ejercitar un derecho.." es decir, un cuando al ejercitar un derecho subjetivo o sea, si definimos éste como Máynez,<sup>(31)</sup> "cuando al ejercitar....."la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo, atribuida a una persona o a su representante como consecuencia de un hecho jurídico, y correlativa del deber, impuesta a otra y otras, de observar la conducta que hace posible el ejercicio del derecho y permite el goce de las ventajas que del cumplimiento de tal deber derivan para el titular."

El que puede ejercitar su derecho puede ser su titular o su representante, y como pueden ser titulares del derecho tanto personas física como morales, se sigue que en el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal puede ser sujetos tanto personas físicas como morales. No se especifica una clase de derecho en el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal pues dice "cuando al ejercitar un derecho..", luego, si la ley no distingue no debemos distinguir. Se refiere en principio a todo tipo de derecho subjetivo, sea personal o real. Aunque algunos piensan que se refiere al derecho personal y que el art. 840 del Código Civil para el Distrito Federal al derecho real.

### 3.3.2) El sujeto titular del derecho produce un daño a otro sujeto

El art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

"...se cause daño a otro..."

Tenemos pues que al ejercitar un derecho, se causa daño a otro. A semejanza del art. 1910 donde contra las buenas costumbres se causa daño a otro. Sin embargo, aunque ejercitar un derecho por definición es un acto voluntario lícito, el art. 1912 dice que se ejerce bajo ciertas condiciones, éstas convierten este ejercicio lícito de un derecho en un ejercicio ilícito, es decir, en un hecho ilícito. Entonces el art. 1912 tiene un campo distinto de aplicación del art. 1910, pues aunque ambos tratan conductas ilícitas el art.1910 trata las de antijuricidad formal y material, u cuando tienen las conductas antijuricidad material el requisito es que sean contra las buenas

<sup>30</sup>Ibid. p.153

<sup>31</sup>García Máynez, Eduardo. Filosofía del derecho, 8a.ed. Porrúa, 1996, p.356

costumbres, mientras que el art. 1912 tiene como requisito de antijuricidad material que la conducta que causa daño, se realiza con intención de dañar y sin ninguna utilidad.

El art. 1912 dice: "...se causa daño a otro..." No se hace pues distinción en cuanto al tipo de daño. Por tanto, se puede interpretar como todo tipo de daño: patrimonial, en la integridad y moral. El art. 1912 no menciona ni un tipo de daño ni su cuantía. Podemos interpretar que el daño puede ser de cualquier cuantía.

### 3.3.3) El sujeto titular del derecho tiene como único fin causar daño a otro sujeto

En un uso normal del derecho, las personas (aunque dañen a otras, pues a veces esta consecuencia es inevitable) el titular de un derecho produce un hecho o un acto jurídico, es decir, en el ejercicio de su libertad realiza acciones y omisiones que el derecho les otorga ciertos efectos jurídicos y éstos efectos puede el sujeto haberselos propuesto como fines o no. En la teoría del acto jurídico vimos que para que un contrato o acto jurídico sea válido, su motivo motivo y fin deben ser lícitos (art. 1795 del Código Civil para el Distrito Federal ), entonces esto significa que el fin de un acto puede ser ilícito.

Resulta que el art. 1912 el sujeto usa un derecho que en principio es lícito pero su fin es ilícito, o sea, la intención de dañar es un fin ilícito, lo que lo transforma en un hecho ilícito, o si no existiera el art. 1912 en un acto inválido. Pero además se causa un daño. Entonces, en relación al art. 1910 se obra contra las buenas costumbres (si es lo mismo que tener la intención de dañar y no tener utilidad al actuar o ejercer el derecho). de manera análoga al art. 1910, surge entonces la obligación de reparar el daño. Por tanto, si no existiera el art. 1912 se podría pedir la indemnización en base al art. 1910. La intención del agente se prueba de modo indirecto, (salvo confesión del autor) es decir por la forma como se ejercita el derecho teniendo en cuenta las formas posibles de hacerlo. Probar la intención de alguien sólo puede ser de modo indirecto, es decir, a partir de ciertos hechos de un sujeto establecer un relación más o menos necesaria con otros hechos que cuando se realizan generalmente van ligados con cierta intención del agente que los realiza.

El art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que el daño lo produce un sujeto que busca sólo un daño, o sea, hay una intención de dañar: dolo como intención de dañar, no el dolo como engaño. En cuanto a la culpa (como negligencia), el art.1912 no

la contempla. Si bien es cierto que no podrían darse al mismo tiempo culpa y dolo como móviles de la acción si podría darse disyuntivamente dolo o culpa. Al excluir la culpa el art.1912 se excluyen los casos en que el sujeto en el ejercicio de un derecho, por culpa o negligencia causa daño a otro u otros (una colectividad).

**3.3.4) El sujeto titular del derecho no obtiene ninguna utilidad**  
Hemos visto que el sujeto en art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se ejercita el derecho bajo la condición de la intención de dañar, y además ocurre otra irregularidad en un uso normal de un derecho, no se obtiene ninguna utilidad en el uso del derecho. Se contradice pues una finalidad objetiva de los derechos: obtener una utilidad, un beneficio al ejercitar un derecho. Este otro elemento refuerza lo ilícito del acto, es pues, un hecho ilícito por no tener como fin obtener una utilidad. Otra cosa es que de hecho se obtenga o no una utilidad al ejercer un derecho.

**3.3.5) El problema de probar la utilidad del agente**

El ejercicio del derecho al que se refiere el supuesto del art. 1912 es ilícito porque el sujeto además de tener la intención de dañar, no obtiene ninguna utilidad, situación que se puede señalar como no normal ya que normalmente se ejercen los derechos con el fin de obtener una utilidad de cualquier tipo. Es muy fácil suponer o presumir que si alguien actúa sin una utilidad objetiva (que es el principal fin por el cual se ejercita un derecho) lo hace por otro razón que sería, en este caso, dañar a otro.

Realmente hay que interpretar que la utilidad a que se refiere es objetiva. Hay que hacer una distinción entre la utilidad objetiva y la subjetiva. La utilidad objetiva es aquella donde se puede establecer un criterio de utilidad válido para todos. La utilidad subjetiva es aquella donde la utilidad o no utilidad es relativa a los sujetos pues depende de la valoración de lo que a cada sujeto le parece útil o no, por eso, no se puede establecer un criterio para juzgar lo que es útil para todo sujeto. Por ejemplo, todos los sujetos adquieren el agua para realizar sus actividades en sus casas, al conseguir el agua obtiene una utilidad que es objetiva. Sin embargo, lo criticable es que el artículo no prohíbe los casos en que aunque la utilidad es mínima se utiliza el derecho para dañar. Incluso, aunque existiera una utilidad mayor que la mínima o sea normal, se podría estar dañando no sólo a una persona sino a toda una colectividad. La forma de redacción implica que los

dos supuestos deben realizarse, no basta pues una de las dos condiciones. Si la utilidad fuera subjetiva cualquiera podría alegar cualquier razón superficial emotiva y caprichosa para usar de su derecho para dañar a otro, y nadie podría demostrarle lo contrario, sencillamente porque nadie puede decir a otro que le debe gustar hacer o no mientras sea lícito, o sea, nadie puede decir a otro que es útil en sentido subjetivo y demostrar que no obtiene utilidad.

Este requisito es de muy difícil prueba, en cualquier caso el sujeto que daña siempre podría inventar una utilidad cualquiera.

Además este requisito de la no utilidad del art. 1912 no parece ser indispensable porque se podría imaginar una conducta que con utilidad(mínima) y con el fin de dañar se causara daño a otro, y sería antijurídica realmente, aunque, de acuerdo a los requisitos del art.1912 no sería antijurídica.

En suma el requisito de la utilidad se presenta según el caso como

1.-Un elemento que confirma la intención de dañar; que podría usarse como una presunción de dolo.

2.-Como insuficiente porque excluye del uso abusivo los casos cuando hay utilidad mínima, o regular del derecho, y sin embargo, se busca dañar y se daña.

3.-Aumenta la dificultad de la prueba pues no es uno sino dos elementos que no son por sí mismos fáciles de probar.

4.-Inútil cuando el sujeto daña a otros (una colectividad), con la intención de dañar, y obtiene normal o mucha utilidad. Es decir, la utilidad o no utilidad que obtiene el sujeto, incluso haya o no intención de dañar, es irrelevante para evitar ciertos casos de uso abusivo del derecho.

El uso abusivo del derecho podemos probarlo en todas las formas que la ley lo permite. En relación dice el art. 278 CPCDF "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral." <sup>32</sup>

En forma muy similar dice el art. 79 CPCF; "Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquiera persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos." <sup>33</sup>

En relación con las pruebas que admite la ley dice el art.93 CPCF: "La ley reconoce como medios de prueba:

I La confesión

II Los documentos públicos

III Los documentos privados

<sup>32</sup>Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edit, Sista, México, 2000, p.54

<sup>33</sup>Código de Procedimientos Civiles Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.16

IV Los dictámenes periciales

V EL reconocimiento o inspección judicial

VI Los testigos

VII Las fotografías, escritos y notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

VIII Las presunciones. " 34

La víctima del daño es a quién corresponde la carga de la prueba. La víctima tiene que probar el daño, la intención de dañar y la no utilidad.

### 3.4) EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN EL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL

#### 3.4.1) Requisitos de la acción

La acción de indemnización se basa en el propio art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal que dice: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro hay obligación de indemnizarlo....", o sea, que si se dan las dos condiciones (intención de dañar, sin utilidad) del ejercicio del derecho, se produce un hecho ilícito y se esta obligado a repararlo. Existen evidentemente articulos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que en la práctica se utilizarían en la demanda en correlación con el art. 1910 y 16, pero no es el objeto de esta tesis ahondar en el aspecto procedimental. sino otro que ya se indicó al inicio de la tesis.

Si lo que se busca en la acción de responsabilidad civil en base al art. 1912 es la indemnización, ¿qué podemos entender por ello?

La indemnización es para Gutiérrez y Gonzalez (35): "la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno, antes de la realización de un hecho dañoso, culpable o no, que le es imputable a éste, y de no ser posible ello, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo.

...porque indemnizar no es como vulgarmente se supone el entregar una cantidad de dinero. En Derecho la indemnización consiste en restituir las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, y sólo cuando ello resulte imposible, se traduce la indemnización en un pago por el daño y el perjuicio.... "

El relación a la reparación del daño dice el art. 1915 del Código Civil para el Distrito Federal: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios....." 36

Anteriormente éste artículo decía en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios." 37

---

<sup>34</sup>Ibid. p.18

<sup>35</sup>Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a. ed. Edit. Porrúa, México, 1990, p499.

<sup>36</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.153

<sup>37</sup>Cfr. D.O. 22/XIV/1975)

**Este artículo anterior al vigente según Borja Soriano<sup>38</sup>)se apoya está inspirado en la doctrina de Rossel:**

**"Las indemnizaciones de daños y perjuicios...no consistirán necesariamente en dinero; podrán afectar las formas más diversas, pudiendo el autor del acto ser condenado a restablecer los bienes al estado anterior...o a suprimir obras, bajo reserva de las indemnizaciones de daños y perjuicios complementarias; o aún, y siempre bajo la misma reserva, la parte lesionada podrá ser autorizada a ejecutar los trabajos de restablecimiento o de supresión a expensas del deudor; o en fin, éste podrá no ser condenado sino a pagar una indemnización-en capital, pensión o renta-que representen el perjuicio causado...en cuanto al daño, comprenderá la pérdida y la falta de ganancia ocasionadas por el acto ilícito; el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*..."**

### **3.4.2) Objeto de la acción**

**La finalidad de la acción en el caso del 1912 del Código Civil para el Distrito Federal vigente es obtener a favor de la víctima la indemnización, ya que este artículo establece textualmente esa obligación para el sujeto que daña, o sea, de acuerdo al art. 1915CC al restablecimiento de la situación anterior al daño o en el pago de daños y perjuicios. El artículo 1912 se limita a la indemnización y el art.1915 limita la acción protectora porque habría casos donde el ofendido necesita tanto restablecer la situación anterior al daño como la indemnización de daños y perjuicios.**

### **3.4.3) Prescripción de la acción**

**El art.1934 del Código Civil para el Distrito Federal dice:**

**"La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo (V), prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño." <sup>39</sup>**

**Por tanto, la acción del uso abusivo del derecho (1912) prescribe en 2 años a partir del día en que se haya causado el daño.**

## **3.5) COMPARACION DE LOS ELEMENTOS DE LOS ARTICULOS 1910 Y 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

### **3.5.1) La antijuricidad**

**La antijuricidad de responsabilidad civil subjetiva se encuentra prevista en el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal cuando dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres..." <sup>40</sup>, pero según el art. 1830 del mismo Código es hecho ilícito el que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. Por tanto, el art. 1910 se podría leer como si dijera "el que obrando contra las leyes de orden público o contra las buenas costumbres cause daño a otros..." y se**

<sup>38</sup>Borja Soriano, Manuel. Op. cit. p.359.

<sup>39</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.155

<sup>40</sup>Ibid. p.153

establecen dos criterios de antijuricidad: 1)Obrar contra las leyes de orden público o 2) obrar contra las buenas costumbres.

En el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal pese a que se habla del ejercicio de un derecho, la antijuricidad se deriva de encontrarse dentro del Capítulo V titulado: " de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", y de la manera en que se ejerce el derecho es decir, con intención de dañar y sin utilidad (de la antijuricidad material). Por tanto, el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito que genera la obligación de la indemnización del daño.

Es un hecho ilícito que genera obligación pues así lo dice expresamente el art. 1912 cuando dice: "...se está obligado..."<sup>41</sup> , de modo análogo al art. 1910, en que se está obligado a indemnizar por haber cometido una conducta contraria a las normas de orden público o a las buenas costumbres, es decir la antijuricidad de la conducta del art. 1912 es material, pues se deriva de las condiciones en que se ejercita el derecho. Las condiciones son: la intención de dañar y sin utilidad, además de que se causa un daño.

Si alguien actúa lícitamente, con utilidad o sin ella, pero sin intención de dañar y causa un daño, no está obligado a repararlo, salvo que se dieran un riesgo creado. Recordemos que el art. 1910 obliga a reparar el daño a sujeto que daña bajo el supuesto de que obra contra las normas de orden público, o contra las buenas contumbres tanto si actúa con dolo o con culpa, con utilidad o sin utilidad.

### 3.5.2) El daño

El art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal contempla como requisito de la indemnización: la ilicitud de la conducta (obrar contra las normas de orden público o contra las buenas costumbres), el dolo o la culpa y el daño. Partiendo de la antijuricidad de la conducta el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal necesita también el elemento daño, porque si se ejercitara un derecho con intención de dañar y sin utilidad pero sin ocasionar un daño, obviamente que no habría lugar a ninguna reparación del daño, pues no habría daño. Sin embargo, si se viola una ley aunque no haya daño, puede haber hecho ilícito por el art. 1830 del mismo Código en comento, aunque no genera la obligación de reparar el daño, pues no se cumplirían con los supuestos del art. 1912.

---

<sup>41</sup>Id., "art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal"

### 3.5.3) El dolo o culpa

El art. 1910 del Código Civil para el Distrito Federal se refiere a la culpa en sentido estricto, o sea como error o negligencia, sin embargo no se refiere al dolo como intención de dañar, sin embargo, se infiere válidamente que también contempla el dolo porque el art. 1927 del Código Civil para el Distrito Federal que trata de los hechos ilícitos cometidos por servidores públicos y de la responsabilidad menciona la existencia de "actos ilícitos dolosos",<sup>42</sup> por lo que deben los hechos ilícitos dolosos existir también en los hechos ilícitos de responsabilidad civil subjetiva regulados por el art. 1910. Igualmente en los hechos ilícitos que ocurren en las situaciones jurídicas contractuales se habla de dolo o la culpa como causa de incumplimiento, y a veces entiende el dolo como intención de dañar y no como engaño. Por tanto, es una posibilidad del actuar de un sujeto que obra contra las normas de orden público o contra las buenas costumbres y causa daño, obrar con dolo.

Sería absurdo que la ley obligara a indemnizar a quien causa un daño por negligencia u error, contra las normas de orden público o contra las buenas costumbres y no obligara a indemnizar al que causara daño, en las mismas condiciones y con dolo.

El art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal contempla el dolo, entendiendo éste como la intención de dañar. Si comparamos el art. 1912 y el 1910 nos percatamos que el actuar del sujeto del art. 1910 es ilícito (contra las normas de orden público o contra las buenas costumbres) y se contempla como algo estático, como una situación que siempre a sido así y el del art. 1912 se considera lícito una situación jurídica en un primer momento (porque, se dice, se ejercer un derecho), después en otro momento, al cumplir ciertas condiciones (dolo y falta de utilidad) se convierte o trasforma la situación jurídica en un ilícito, es decir, se muestra el cambio en el tiempo de la situación jurídica o bien el cambio en las condiciones en que se realiza).

El supuesto a realizarse en el art. 1912 es el ejercicio de un derecho, un acto lícito, mientras que por el contrario en el art. 1910 el supuesto inicial es un acto ilícito. Sin embargo, a fin de cuentas ambos, artículos rigen hechos ilícitos.

Esta distinción, de si al producirse un hecho ilícito se deriva o no del ejercicio de un derecho parece marcar la diferencia entre la aplicación

---

<sup>42</sup>Ibid. p.155

del artículo 1910 o 1912. Esa parece ser la diferencia fundamental entre el art. 1910 y el art. 1912, es decir, el art. 1912 se aplicaría a los casos de hecho ilícito donde se derivan de un derecho, y el art. 1910 se aplicaría a los casos de hechos ilícitos donde no se derivan de un derecho. En seguida nos damos cuenta que esta distinción no se sostiene; la calificación de que un acto jurídico o un negocio jurídico, a algunas de sus manifestaciones en el tiempo, de hechos ilícitos, no depende de que surgan o no de un derecho.

La realidad es que no existe un hecho ilícito que no derive inicialmente de un derecho. Los hechos ilícitos que generan obligación de indemnizar contemplados en el art. 1910 derivan inicialmente de derechos, es más se generan en el ejercicio de los derechos. Lo que muestra que ésta última condición no es exclusiva del uso abusivo del derecho. Lo que vuelve ilícitos los actos (derivados de derechos) del art. 1910 son las condiciones en que se ejercen esos derechos: contrarios a las normas de orden público o a las buenas costumbres.

Por tanto si los supuestos del art. 1912 (intención de dañar pueden quedar subsumidos dentro del supuesto del dolo o culpa del art. 1910, y la falta de utilidad o incluso el dolo pueden quedar subsumidos en la antijuricidad material del 1910 (actos contrarios a las buenas costumbres), y el daño son regulados igualmente por ambos, se sigue que el art. 1912 duplica sin necesidad al art. 1910.

Sin embargo, más bien, ambos artículos pese a tener elementos comunes, se aplican a diferentes ámbitos.

En el artículo 1910 la frase "El que obrando ilícitamente...." o sea, el que obrando contra las normas de orden público o contra las buenas costumbres no califica de ilícito el inicio o un aspecto de un acto jurídico respecto una ley ya que normalmente ese acto es un derecho (porque puede ser lícito para una ley al no contemplarlo e ilícito para otra que lo prohíbe) sino sus condiciones de ejercicio.

En el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal la frase "El que obrando ilícitamente" se aplica cuando una conducta o derecho se ejercita en condiciones tales que contraría una o más leyes prohibitivas, o a las buenas costumbres (se da el elemento antijuricidad), se causa un daño y se actúa con dolo o con culpa. La antijuricidad de la conducta es formal por el lado de contrariar las leyes de orden público, y material por el lado de ser contraria a las buenas costumbres. En el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se aplica a una conducta que no contraría ninguna otra ley prohibitiva dentro del Sistema jurídico, y desde este punto

de vista es un acto lícito, pero cuando la conducta se ejerce con intención de dañar y sin utilidad es un acto ilícito pues contraria a las buenas costumbres o sea tiene antijuricidad material mismo artículo 1912. Aunque la conducta no contraría ninguna otra norma prohibitiva, si contraría los valores jurídicos (las buenas costumbres). El art. 1910 contempla el daño, al igual que el art. 1912. El art. 1910 contempla como formas de realización del hecho ilícito tanto el dolo como la culpa, mientras que art. 1912 sólo contempla el dolo. En el art. 1910 no le contempla si hubo daño, dolo o culpa, si hubo o no utilidad para el sujeto que daña, mientras que en el art. 1912 si contempla la utilidad. De esta comparaciones podría pensarse que uso abusivo del derecho es sólo un caso particular del hecho ilícito con antijuricidad material, que en lugar de hablar de actos contrarios a las buenas costumbres se habla de actos con intención de dañar y sin utilidad. Por tanto, ambos artículos regulan el hecho ilícito que genera obligación de reparar el daño, entendido como una acción u omisión antijurídica formal ó materialmente, dolosa o culpa y que causa un daño. El artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal se aplica a los casos de hechos ilícitos que generen obligación cuando la antijuricidad es formal (actos contrarios a las normas de orden público) o material (actos contrarios a las buenas costumbres), y el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se aplica a los casos de hechos ilícitos que generen obligación cuando la antijuricidad sólo es material (actos con intención de dañar y sin utilidad).

## CAPITULO CUARTO

### EL USO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Como hay un artículo 1912 en el Código Civil para el Distrito Federal que trata del uso abusivo del derecho, sin especificar a que derecho se refiere, y el derecho puede ser personal o real, lógicamente se deduce que hay un uso abusivo del derecho personal y del real.

En los Capítulos Segundo y Tercero de esta tesis tratamos el art. 1912 como uso abusivo del derecho personal (de crédito o de las obligaciones) o sea, relacionamos el uso abusivo del derecho con las fuentes de las obligaciones, y conceptuamos al uso abusivo del derecho como una especie del hecho ilícito. Si el hecho ilícito a su vez se presenta en las demás fuentes de las obligaciones (por ejemplo hay hechos ilícitos en el contrato), se sigue que una de las variaciones del hecho ilícito, el uso abusivo del derecho, se presenta en las demás fuentes de las obligaciones, por ejemplo, en los contratos.

Si el hecho ilícito en general genera una responsabilidad civil, (subjctiva u objetiva) igualmente una especie de él, el uso abusivo del derecho también la genera, por eso, estudiamos en el Capítulo Segundo y Tercero, la relación del art. 1830 y 1910 sobre hecho ilícito en su forma más simple y el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal sobre el uso abusivo del derecho. También estudiamos la relación del art. 1913 sobre la responsabilidad civil objetiva y el art. 1912. El derecho real como ya se dijo es susceptible de abuso, en este Capítulo sólo estudiamos uno de los derechos reales: la propiedad. En efecto, estudiaremos el uso abusivo de la propiedad en algunos artículos relevantes del capítulo I "disposiciones generales" título 4o. Libro 2. del Código Civil para el Distrito Federal.

#### 4.1) DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PERSONAL Y REAL

Antes de pasar al estudio del la propiedad aclaremos brevemente la naturaleza del derecho real y personal:

Las características del derecho personal son:

1.-Compromete al deudor en lo personal. El deudor está determinado por su identidad personal; el obligado puede ser José Rodríguez o Francisco Sánchez, en cuanto a que son ellos mismos y nadie más sino ellos, quienes soportan el débito.

2.-Compromete todo el patrimonio del deudor. Si éste no paga, el acreedor podrá hacer efectiva la obligación, trabar ejecución y embargar cualesquiera de los bienes afectables que figuren en el activo patrimonial del deudor en el momento del secuestro, pues es un principio de que es el deudor quien debe responder de sus deudas con la totalidad de su patrimonio (art.1964CCDF)

3.-Puede ser sólo mediante un contrato que se llama cesión o asunción de deuda. <sup>1</sup>

Contrariamente a las obligaciones comunes o personales, las obligaciones reales:

1.-No ligan al deudor en cuanto a su persona o identidad personal, sino que está determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa.

El poder que ejerce sobre ella lo señala y exhibe como deudor. Son necesidades jurídicas que gravitan sobre aquella persona que posee una cosa, porque son cargas que pesan sobre la cosa.

2.-Puede transmitir la deuda al trasferir la cosa. La deuda sigue a la cosa; por tanto, para dejar de ser deudor le basta con enajenar la cosa o abandonarla.

3.-El obligado responde de su deuda solamente con la cosa, no con todo su patrimonio y , si renuncia a ella, se desembaraza de su deuda. <sup>2</sup>

Para Bonnecase<sup>(3)</sup> se pueden dar las siguientes definiciones de derecho real y personal : "El derecho personal es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona.

El derecho de crédito es por el contrario, una relación de derecho en virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observar.....

...El derecho real es una relación de derecho por virtud de la cual una persona tiene la facultad de obtener una cosa, exclusivamente, y en una forma oponible a todos, toda la utilidad que produce o parte de ella. En oposición al derecho real, el de crédito es una relación de derecho, por virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de prestación determinada, positiva o negativa."

Al comparar el derecho real con la propiedad advertimos lo siguiente según Rojina Villegas<sup>(4)</sup>:

1.-La propiedad es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata; todo derecho real también es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata.

2.-En la propiedad este poder jurídico se ejerce sobre una cosa, es decir, sobre un bien corporal. No hay propiedad sobre bienes incorporeales.

3.-El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente. En cambio, los otros derechos reales sólo comprenden formas de aprovechamiento parcial.

EL poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten. Es decir, se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico. En los derechos reales distintos de la propiedad no encontramos esta característica de disposición total, excepto en el caso de los derechos de autor, en los que sí hay aprovechamiento jurídico total, aunque sólo temporal.

4.-El derecho de propiedad implica una relación jurídica entre el propietario o sujeto, y un sujeto pasivo universal. Propiamente, el sujeto pasivo universal queda constituido por el conjunto de personas que de manera permanente o transitoria integran una comunidad jurídica, pues se requiere siempre un dato especial (proximidad material) para que exista la aponibilidad del derecho de propiedad a los terceros y la posibilidad física de su violación.....

<sup>1</sup>Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles3a.ed. Harla, México, 1992, p.22

<sup>2</sup>Bejarano Sánchez, Manuel, Op. cit. p.23

<sup>3</sup>Rojina Villegas, Rafael. Rafael. Compendio de derecho Civil. T.II 25a. ed, Edti. Porrúa, México, 1994,p.468

<sup>4</sup>Rojina Villegas, Rafael, Op. cit., pp. 79-80)

En cambio, en los derechos reales distintos de la propiedad, existe un sujeto pasivo determinado que reporta obligaciones patrimoniales, tanto de hacer como de no hacer, y un sujeto pasivo universal, en las mismas 3 condiciones que en la propiedad, así que esta relación jurídica es más compleja.

Para Gutiérrez y González<sup>(5)</sup> en contra de las tesis monistas que asimilan el derecho real al personal o viceversa sostiene una tesis clásica modificada:

"...el derecho real y el derecho personal son dos instituciones diametralmente opuestas, ya que responden a contenidos jurídicos diferentes: el real responde a la noción de apropiación y utilización de la riqueza, y el personal a la de servicio y prestación de un servicio...."

.....el Derecho real es el poder jurídico que se ejerce, directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que le autoriza su título legal al que ejerce al que ejerce el poder, y es oponible erga omnes."

#### 4.1.1) El derecho real y la propiedad

El derecho real más importante es la propiedad, los otros derechos reales derivan de la propiedad, son desmembramientos de ésta. Eugen Petit<sup>(6)</sup> no intrduce en la explicación del derecho real y la propiedad de la siguiente manera:

"La palabra res tiene un sentido tan amplio como el que corresponde a la palabra cosa en nuestro lenguaje. Comprende todo lo que puede procurar a las personas alguna utilidad, y el jurisperito sólo estudia las cosas en su relación con las personas, desde el punto de vista de los beneficios que les puede prestar. Estas relaciones se llaman derechos, y tienen más o menos fuerza. La persona que puede disponer de una cosa a su capricho, enajenarla y hasta destruirla, tiene el derecho más completo, que es el derecho de propiedad. En realidad, el estudio de las cosas consiste en el análisis de estos derechos...."

Para Margadant<sup>(7)</sup> los derechos reales es un "concepto derivado de las acciones in rem de la doctrina clásica) son derechos oponibles a cualquier tercero, que facultan a su titular para que saque provecho de un cosa, sea en la forma máxima que permite el Derecho--en cuyo caso hablamos del derecho de propiedad--o en una forma reducida, como sucede con los diversos "desmembramientos de la propiedad" (en cuyo caso hablamos de iura in re aliena, como, por ejemplo, el derecho de hipoteca y el usufructo.)....El término de "derechos reales" se deriva de la palabra res, que significa "cosa".

#### 4.2) LA PROPIEDAD

La propiedad puede ser adquirida por: ocupación, contrato, adjudicación, tradición, accesión, la ley, posesión con usucapión y herencia, pero ¿qué es la propiedad? Comencemos con la etimología.

##### 4.2.1) Etimología de la palabra propiedad

La etimología del término propiedad según Planiol<sup>(8)</sup>:

"La expresión derecho real, de formación relativamente reciente, no fue creada por los romanos.

El adjetivo real no existía en el latín clásico; y es más, los antiguos no tuvieron nunca una expresión general para el conjunto de derechos que nosotros llamamos reales; ellos distinguían cada categoría con su nombre particular: dominium, usufructus, servitutes, etc. La palabra real ha sido empleada por los comentadores para traducir la expresión actio in rem y para formar una antítesis a las palabras personales acciones, ya usadas en el imperio. De las acciones se extendió posteriormente a los derechos mismos."

<sup>5</sup> Gutiérrez y González. Ernesto. El patrimonio, 3a. ed. Porrúa, México, 1990 . p.212

<sup>6</sup>Eugène Petit. Tratado elemental de derecho romano, 8a. ed, Edit. Porrúa, México, 1991, p.165

<sup>7</sup>(Margadant S, Guillermo Floris. El derecho privado romano, 18 ed. Edit. Esfinge, México, 1992, p.228)

<sup>8</sup>Marcel Planiol, Derecho Civil, trad.Leonel Perez Nieto, Edit. Pedagógica Iberoamericana, México,1996 p.359

Para Magallón Ibarra<sup>9</sup>) la voz propiedad procede “.. del latín proprietas, derivado de proprium equivalente a decir, “lo que pertenece a una persona es propiedad de ella”, locución que viene de la raíz prope que significa “cerca”, con lo que denota cierta unidad moral de la persona con las cosas. La palabra proprietas como denominación técnica sobre el derecho supremo sobre las cosas, se empezó a usar en época imperial; especialmente en oposición al usufructus, ya que en principio el vocablo dominio era más amplio porque incluía en su contenido la idea del aprovechamiento y de la utilidad, que esta excluida del concepto de propiedad.

Para Gutiérrez y González<sup>10</sup>) la propiedad es:

“El derecho real más amplio, para usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época.”

El Código Civil para el Distrito Federal no define la propiedad solo dice:

art.830: “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.”<sup>11</sup>

### 4.3) Breve historia de la propiedad.

#### 4.3.1) El derecho de propiedad en Roma

El concepto de propiedad en esa época era que la propiedad es el derecho real de usar, gozar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua. Sin embargo, según Gutiérrez y González<sup>(12)</sup>: “Esta definición fue y es, más literaria que real, pues no corresponde a la actual verdad social. La propiedad siempre ha reconocido limitaciones, y ni aún en la época del esplendor del Imperio romano en que cobró su mayor fuerza reconocía esos caracteres en la forma en que se anotan en la definición.”

“La propiedad era absoluta.-Se consideró por los comentaristas del Derecho Romano que la propiedad tenía esa característica, pues, según ellos, no se reconocía ninguna limitación y así, el propietario usaba de su cosa en la medida que quisiera y como deseara.

La propiedad era exclusiva.-

Los juristas romanos no definieron el derecho de propiedad, pues consideraron que al ser un derecho tan extenso pero tan sencillo, era inútil elaborar una definición de él. Los juriconsultos romanos sólo se dedicaron a estudiar los diversos beneficios que obtenían de sus cosas el propietario. Fue tiempo después de que cayó el Imperio Romano, cuando los primeros comentaristas de su Derecho, desarrollaron las ideas que encontraron en los textos romanos, y concretaron que en aquél Imperio el propietario tuvo tres beneficios derivados de esa calidad:

1.-El “Jus utendi” o “usus”, que era la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pudiera rendir, fuera de sus frutos;

2.-El “Jus fruendi” o “fructus”, que era el derecho a recoger todos los frutos de la cosa sujeta a propiedad, y

3.-El “Jus abutendi” o “abusus”, que era el poder de consumir la cosa, y por extensión el beneficio de disponer de ella de una manera total y definitiva, ya enajenándola, ya destruyéndola.”<sup>13</sup>

No hay que olvidar que en época romana, los hombres fueron considerados cosas al igual que los animales. Los hombres se vendían como si fueran cosas. Los griegos consideraron a los hombres esclavos “instrumentos vivos.” La concepción política de los

<sup>9</sup>Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. t.IV derechos reales, Edit. Porrúa, México, 1990, p.250

<sup>10</sup>Gutiérrez y González, Op. cit. p.232

<sup>11</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000,p.86

<sup>12</sup>Gutiérrez y González. Op.cit. pp222-223

<sup>13</sup>Ibid. p.223

romanos de los hombres en libres y esclavos influyó en su concepción de la propiedad:

"Los jurisconsultos distinguen dos divisiones de las personas:

La primera, que es la más extensa, distingue los esclavos y las personas libres (Gayo, I, 95: Et quidem summa divisio de jure haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.)....." <sup>14</sup>

"La esclavitud es la condición de las personas que están bajo la propiedad del dueño....." <sup>15</sup>

#### 4.3.2) Limitaciones a la propiedad en el Derecho Romano

Ciertamente las limitaciones a la propiedad en el Derecho Romano eran menores que las de nuestra época, por lo que no se debe pensar exagerando las libertades a la propiedad que tenían los romanos que no tuvieran ninguna limitación a la propiedad.

Al respecto señala Gutiérrez y González<sup>(16)</sup>:

"Sin embargo, y a pesar de lo que se diga, no es cierto que el propietario durante la vigencia del Derecho Romano, pudiera hacer con las cosas de que fuera propietario lo que quisiera. En Roma misma, en su época de esplendor, y desde sus primeros inicios, estableció limitaciones al derecho de propiedad; entre otras, reconoció éstas : 1.-El propietario de un predio no podía construir o cultivar hasta el límite con la propiedad vecina; la ley le imponía la necesidad de respetar entre su predio y el contiguo; una superficie de 21/2 pies si se trataba de casas urbanas, y a ese espacio se le denominaba "ambitus"; si los predios eran rústicos, se debían respetar 5 pies, y a ese espacio se le designaba con el nombre de "Confinium"... 2.-Si el predio lo atravesaba una corriente de agua, el propietario del predio no podía alterar el curso de ella, si con esa alteración podía causar daño a los propietarios de los demás predios por donde pasara la misma corriente. A esta limitación se refirió la misma Tabla VII, en su Título VIII. Al propietario vecino que se viera afectado por eso cambio de corriente, se le confería la acción denominada "aquae pluviae arcendae", la cual tendía a restablecer la corriente en su original cause."

#### 4.3.3) El derecho de propiedad en la Edad Media

En el Estado feudal la propiedad como poder jurídico se confundió con el poder político de los señores feudales para otorgar las tierras:

"Todo el Estado descansaba en este principio: los señores feudales, por razón del dominio que tenían sobre ciertas tierras, no sólo gozaban del derecho de propiedad en el sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes, sino que también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos...En este concepto de propiedad de la época feudal llegó hasta la revolución francesa, con todo un conjunto de privilegios. A partir de entonces se dio al derecho de propiedad el significado y el aspecto civil que le corresponden, desvinculándolo de toda influencia política. De esta manera viene nuevamente a establecerse que la propiedad no otorga imperio, soberanía o poder; que no concede privilegios, sino que simplemente es un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa; que es, además, un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, como lo caracterizo el derecho romano." <sup>17</sup>

En la Edad Media los hombres considerados "siervos" del señor feudal formaban de hecho aunque no de derecho, parte del derecho de propiedad de la tierra. El dueño de sus tierras era de hecho "dueño" de los que las habitaban. En efecto, cuando se vendía una tierra donde existían siervos el dueño de la nueva tierra se convertía en señor o jefe de los siervos de la tierra vendida.

<sup>14</sup> Eugene Petit, Op. cit. p.75

<sup>15</sup>Ibid.. p.76

<sup>16</sup>Gutierrez y G. Op. cit. p.223-224

<sup>17</sup>Rojina Villegas,Op.cit. p.81

Tenemos nuevamente que admitir que la concepción política en la Edad Media influyó en su concepto de la propiedad, por ejemplo, no estaban prohibidos los llamados latifundios.

#### 4.3.4) El derecho de propiedad en el Código Napoleón

Al reconocerse políticamente a todos los hombres como libres e iguales ante la ley en las 13 Colonias (hoy E.U) y en Francia, y después en casi todo el mundo (excepción de Sudafrica hasta recientemente en el siglo XX) la concepción y limitaciones a la propiedad también cambiaron.

"Se reconoce en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que la propiedad es un derecho natural que el hombre trae consigo al nacer, derecho que el Estado sólo puede reconocer, pero no crear, porque es anterior al Estado y al derecho objetivo; que toda sociedad tiene por objeto amparar y reconocer los derechos naturales del hombre, que son principalmente la libertad y la propiedad; que el derecho de propiedad es absoluto e inviolable.

Con estos fundamentos de carácter filosófico, el Código Napoleón elabora un nuevo concepto de propiedad muy semejante al romano en cuanto a su aspecto jurídico, en cuanto a su organización legal; pero con un fundamento filosófico que no le dió aquí.

Tanto en el derecho romano como a partir de la revolución francesa, priva un concepto individualista: proteger el derecho de propiedad en favor del individuo, para sus intereses personales. Este concepto individualista tiene como base la tesis de que la propiedad es un derecho natural, innato, subjetivo, anterior al derecho objetivo, que el Estado y la ley sólo pueden reconocer y amparar, pero no crear y, por consiguiente, desconocer o restringir.

En el Código Napoleón, tomando en cuenta este fundamento filosófico, se declara que el derecho de propiedad es absoluto para usar y disponer de una cosa. En otro artículo se dice que es inviolable.

..... El Código Napoleón y la Declaración de los Derechos del Hombre tuvieron una marcada influencia en las legislaciones europeas, y después en las latinoamericanas, de manera que los códigos que se promulgaron en el siglo XIX tomaron como tipo este concepto napoleónico de propiedad, que en el fondo es romano, si se precinde de su fundamentación filosófica. .<sup>18</sup>

#### 4.3.5) El derecho de propiedad en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 a partir de la influencia del Código Napoleón.

Sobre este período histórico de México nos informa Rojina Villegas<sup>(19)</sup>:

"..no obstante la influencia enorme del Código Napoleón y su fama mundial; y de que se vino reconociendo en éste como verdad casi axiomática, el carácter absoluto del derecho de propiedad, nuestro Código de 1870 consagra una definición por la cual se dice que: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes" (art.827)...Esa definición de la propiedad pasó a nuestro Código de 1884 en su artículo 729.

En artículos posteriores se recuerda el concepto napoleónico, al declarar en el 730 que la propiedad es inviolable y que no puede ser atacada sino por la utilidad pública y previa indemnización.

Aquí ya encontramos la posibilidad de restringir la propiedad cuando exista una razón de orden público que pueda llevar no sólo a la modificación, sino incluso al a extinción total del derecho mediante expropiación.

En el art. 731 se contiene un concepto de propiedad de gran interés, sobre todo para nuestro derecho, relacionándolo con sus antecedentes desde la época colonial, con la legislación minera, con la Constitución de 1857 ...Tiene gran importancia este precepto porque declara que el propietario es dueño del suelo y del subsuelo...."

#### 4.3.6) La propiedad como función social en el Código Civil de 1928.

El derecho moderno de propiedad tiene su antecedente doctrinal en las ideas de Duguit y su expresión legislativa entre nosotros, en el art.

<sup>18</sup>Rojina Villegas, Rafael. Op.cit. pp.81-82

<sup>19</sup>Ibid. p83

27 Constitucional y el Código Civil de 1928. Uno de los autores que expuso una crítica a la doctrina individualista de la propiedad.

Sin embargo también obedece a las necesidades políticas del pueblo mexicano que se levantó en armas en 1910 contra la dictadura de Porfirio Díaz y contra los latifundistas, los economistas "científicos" del gabinete porfirista, la servidumbre en las haciendas, las condiciones laborales injustas, etc.

Veamos el artículo 27 Constitucional vigente que trata sobre todo de lograr la intervención del Estado para lograr una distribución justa y equitativa de la tierra y demás recursos naturales entre los mexicanos:

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

La expropiaciones sólo podrían hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la vida de la población rural y urbana. En consecuencia se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación y conservación y mejoramiento y crecimiento de los centros de población....Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, de todos los minerales...los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno...Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional...las lagunas y esteros...; la de los ríos...; la de los manantiales...Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos el Ejecutivo podrá reglamentar su extracción y utilización...El dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal....Corresponde a la Nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares...La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso...etc."<sup>20</sup>

También se expresa igualmente sobre la expropiación el Código Civil para el Distrito Federal:

Art. 831 del Código Civil para el Distrito Federal : "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización."<sup>21</sup>

Es claro que si el Estado puede imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público y regular en beneficio social el aprovechamiento de los recursos naturales, con objeto de una distribución equitativa de la riqueza pública, se acepta el criterio de la propiedad como función social.

Veamos parte de los criterios de Duguit, citado por Gutiérrez y González (<sup>22</sup>) sobre el Derecho en general y del derecho de propiedad:

<sup>20</sup>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Porrúa, 133a.ed, México, 2000, pp.24-34

<sup>21</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit, Sista, México, 2000, p.86

<sup>22</sup>Gutiérrez y Gonzalez, Ernesto. Op.cit. p.226-228

"...enfrente a la clase burguesa, que ha edificado su fortuna económica sobre la explotación de inmensos terrenos baldíos, sobre la creación de grandes y poderosas industrias, sobre la expansión del comercio mundial, está el proletariado, cuya fortuna y elevación se deben a las mismas fuerzas y a los mismos fenómenos sociales. El proletariado, siendo él también un coeficiente de la riqueza y la propiedad, ha acabado naturalmente por exigir una transformación de naturaleza para garantizar los derechos del trabajo y para asignarle una parte considerable en la organización económica...Este conflicto se refleja naturalmente también sobre el régimen de la propiedad: los capitalistas quieren hacer predominar el elemento individual de la propiedad; los proletarios, el elemento colectivo; unos ponen en evidencia los beneficios del régimen de la libertad, otros los del régimen de la solidaridad...En cuanto a la propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. ....pero la propiedad no es un derecho; es una función social.

El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esa riqueza, una función social que cumplir, mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino."

Se podría pensar que la novedad en el mundo jurídico de ese tiempo en la Constitución del 1917 fué introducir la expropiación de la propiedad, pero no es así. La Enmienda 5a. de la Constitución de los Estados Unidos de América dice: "Nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedades, sin el debido proceso legal: ni tampoco su propiedad privada puede ser tomada para uso público, sin la justa compensación." <sup>23</sup>

En la interpretación a contrario sensu se admite que la propiedad privada puede ser tomada por el Estado con la justa compensación. Igualmente el Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se establecía en su artículo XVII:

"Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, si no es cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige evidentemente y bajo condición de una justa y previa indemnización." <sup>24</sup>

Este texto admite que el Estado puede privar de la propiedad privada por necesidad pública legalmente constatada, y mediante previa indemnización. Las ideas de León Duguit de la propiedad como función social influyeron, según Gutiérrez y González<sup>(25)</sup>, el la Comisión Redactora del Código Civil de 1928 y le dieron a ese Código un tinte "socialista" pero "...no el sentido que a partir de 1917 se le habría de dar a esa palabra por los bolcheviques en Rusia, sino como desde 1911 la entendía Duguit al decir... < Entiéndase bien, que empleo esta palabra (socialista) porque no tengo otra, que no implica en mi pensamiento ninguna adhesión a un partido socialista dado, que señala solamente la oposición entre un sistema fundado sobre la idea del derecho subjetivo del individuo y el fundado sobre la idea de una regla social que se impone al individuo.>...Entendido el alcance que se le quiso dar a la palabra "socialista"....se encuentra que el Código de 1928 tiene una serie de normas que en forma clara consagraron esa doctrina. Tal sucede en los artículos 16, 840, 1152 f.IV, 2453."

Esta idea de la propiedad como función social ha influido en México en Constitución Federal y en la Constitución de un Estado de la República, creando un antecedente en el Derecho Constitucional. En efecto, la Consititución Política del Estado Libre y Soberano de

<sup>23</sup>Magallón Ibarra, Jorge Antonio. Op.cit., p.284

<sup>24</sup>Ibid. p.281

<sup>25</sup>Gutiérrez y González, Ernesto. Op.cit.,p.229

Aguascalientes del 21 del julio de 1950 en su artículo 5o. dice: "La propiedad privada se respetará y garantizará en el Estado, con las modalidades que a su ejercicio como función social, le impongan las Leyes." <sup>26</sup>

#### 4.4) LIMITACIONES, MODALIDADES, GARANTIAS Y DEFENSAS DE LA PROPIEDAD EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Las ideas que expuso León Duguit y que sintetizaron el sentir de su época en Europa, tuvieron fuerte influencia en América, pero también hubo entre ellas otra influencia más por lo que a México se refiere: el pensamiento jurídico alemán. En ese país, entre otros, los tratadistas Ennecerus-Kipp y Wolff, dejaron sentir su pensamiento en la orientación que debe tener el derecho real de propiedad. Estos autores opinaron que, en la actualidad no se puede definir el derecho de propiedad a través de las facultades del propietario, toda vez que propietarios de cosas iguales, no tienen derechos iguales.

De lo anterior se apoya Gutiérrez y González<sup>(27)</sup> para decir:

"Si se pretende dar un concepto de la propiedad atendiendo a la suma de facultades que tiene un propietario respecto de una cosa, no resulta correcto el concepto en todos los casos, ya que si bien por lo general respecto de los bienes muebles, son coincidentes las facultades, en cambio tratándose de inmuebles, varían mucho las que tienen un propietario y las que puede tener otro... hoy en día el derecho de propiedad no se puede determinar teniendo en cuenta sólo las facultades del propietario, sino que por el contrario, se deben considerar básicamente las limitaciones y modalidades que la ley impone a ese derecho.

Es muy importante considerar las limitaciones y las modalidades de la propiedad, ya que por medio de ellas, en cada caso, y por exclusión, se podrá determinar el alcance del derecho de un propietario, pero también precisamente por ello no se puede dar un concepto genérico de los derechos del propietario, o un concepto positivo de la propiedad."

De lo que concluye Gutiérrez y González<sup>(28)</sup>:

"...para tener una cabal noción del régimen jurídico aplicable a la propiedad, se precisa conocer de ella sus limitaciones, modalidades, garantía y defensa."

En esta tesis nos limitaremos a estudiar brevemente estas limitaciones, modalidades, garantías y defensas en relación con el uso abusivo del derecho de propiedad en el capítulo uno del Código Civil para el Distrito Federal titulado "disposiciones generales", no nos ocuparemos pues del uso abusivo del derecho de propiedad en: la apropiación de animales, de los tesoros, en la accesión, en el dominio de aguas, ni en la copropiedad. Sin embargo, algunas conclusiones que obtengamos pueden generalizarse a estos conceptos.

##### 4.4.1) Limitaciones y modalidades de la propiedad

Nuestro Código Civil del Distrito Federal en su artículo 830 acepta explícitamente que el propietario que goza y dispone de una cosa o

<sup>26</sup>Ibid.p.239

<sup>27</sup>Ibid. pp. 231-232

<sup>28</sup>Ibid. p.274

del derecho de propiedad no lo puede hacer exclusivamente conforme a su criterio sino que siempre tiene que tomar en cuenta las limitaciones y modalidades a las que la ley somete su derecho de propiedad.

**art. 830:** "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes." <sup>29</sup>

**¿Qué es, en general, una limitación de la propiedad?**

Limitación de la propiedad es la carga positiva, o bien la abstención que el legislador de la época que se considere, impone al titular de derechos, a efecto de que no los ejercite contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general. <sup>30</sup>

**¿Qué es, en general, una modalidad de la propiedad?**

Modalidad es, cualquier circunstancia, calidad o requisito, que en forma genérica, pueden ir unidos a la sustancia, sin modificarla, de cualquier hecho, acto jurídico o derecho.....sólo son verdaderas modalidades la condición y el plazo, pues la conjuntividad, alternatividad, mancomunidad, obligaciones de dar, hacer y no hacer, no son modalidades, sino formas especiales de las obligaciones, y son sólo aplicables a éstas.....condición: acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia, o la extinción, de derechos y obligaciones.

Plazo: Acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la eficacia, o la resolución, de derechos y obligaciones. <sup>31</sup>

#### 4.4.2) Garantías y defensas de la propiedad

Para Gutiérrez y González<sup>(32)</sup> la garantía y la defensa con que cuenta la propiedad en el sistema jurídico mexicano son:

1.-Garantía Constitucional consagrada en el artículo 27 Constitucional y

2.-Defensa ordinaria que puede ser:

a) *Acción reivindicatoria*.-Acción mediante la cual el propietario que no posee materialmente una cosa, hace efectivo su derecho de persecución contra el poseedor material, pero no propietario de la cosa

b) *Acción plenaria de posesión o publiciana*.-Compete al adquirente de buena fe que no está en posesión de la cosa que tiene derecho a poseer con justo título aunque no lo acredite como propietario; se da contra quien posee con menor derecho y tiene la finalidad de obtener la restitución de la cosa con sus frutos y acciones.

c) *Interdictos*. -Al igual que la acción plenaria de posesión, se otorga en forma original como una defensa a la posesión, pero como el propietario es también poseedor también él en un momento dado, puede hacer uso de este derecho.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal considera los siguientes tipos de interdictos:

- a) De retener la posesión, en su art.16
- b) De recuperar la posesión art. 17
- c) De obra nueva, art.19
- d) De obra peligrosa, art.20

Las acciones c) y d) se dan a los poseedores, pero no precisamente para determinar cuestiones de posesión, sino sólo para que no se les pueda causar un daño irreparable a su posesión.

<sup>29</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.86

<sup>30</sup>Gutiérrez y González, Op.cit. p.233

<sup>31</sup>Ibid. p.235

<sup>32</sup>Ibid. p.274

#### 4.4.3) Limitaciones específicas a la propiedad establecidas en algunos artículos del Código Civil para el Distrito Federal.

Del capítulo 1 título 4o del Libro 2o. del Código Civil para el Distrito Federal se dan las siguientes limitaciones a los derechos de propiedad sobre un inmuebles:

Art.831: "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad del dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización."

Art. 832: "Se declara de utilidad pública la adquisición que haga el Gobierno del Distrito Federal de terrenos apropiados, a fin de venderlos para la constitución del patrimonio de la familia o para que se construyan casas habitaciones que se alquilen a las familias pobres, mediante el pago de una renta módica.

Art. 833: "El Gobierno del Distrito Federal podrá expropiar las cosas que estén en su territorio, que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura local, de acuerdo con la ley especial correspondiente."

Art. 834: "Quienes actualmente sean propietarios de las cosas mencionadas en el artículo anterior, no podrán enajenarlas o gravarlas, ni alterarlas en forma que pierdan sus características, sin autorización del Gobierno del Distrito Federal."

Art. 836: "La autoridad puede, mediante indemnización, ocupar la propiedad particular, deteriorarla y aún destruirla, si eso es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente una población o para ejecutar obras de evidente beneficio colectivo."

El art.839:"En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio."

Art.842: "También tiene derecho, y en su caso obligación, de cerrar o cercar su propiedad, en todo o en parte, del modo que lo estime conveniente o lo dispongan las leyes o reglamentos, sin perjuicio de las servidumbres que reporte la propiedad."

Art.843 "Nadie puede edificar ni plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas, y edificios públicos sino sujetándose a las condiciones exigidas en los reglamentos especiales de la materia."

Art. 884: "Las servidumbres establecidas por utilidad pública o comunal, para mantener expedita la navegación de los ríos, la construcción o reparación de las vías públicas, y para las demás obras comunales de ésta clase, se fijará por las leyes y reglamentos especiales, y, a falta de éstos, por las disposiciones de éste Código.

Art.845: "Nadie puede construir cerca de una pared ajena o de copropiedad, fosos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos; ni instalar depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor o fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos sin guardar las distancias previstas en los reglamentos, o sin construir las obras de resguardo necesarias con sujeción a lo que prevengan los mismos reglamentos, o, a falta de ellos, a lo que se determine por juicio pericial."

Art.846: "Nadie puede plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia de 2m de la línea divisoria, si la plantación se hace de árboles grandes, y de 1m., si la plantación se hace de arbustos o árboles pequeños."

851: "No se pueden tener ventanas, para asomarse, ni balcones y otros voladizos semejantes, sobre la propiedad del vecino, prolongándose más allá del límite que separa las heredades. Tampoco pueden tener vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 1m, de distancia.

Art.853: "El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino." <sup>33</sup>

Existen también en nuestro Código Civil para el Distrito Federal además de estas limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles otras aplicables al derecho de propiedad sobre animales, sobre los tesoros, sobre la accesión, el agua y la copropiedad.

Gutiérrez y González<sup>(34)</sup> señala en base a un resumen esquemático que las limitaciones pueden ser:

1.-En beneficio de los particulares.

art.839 limitación al derecho de construir

<sup>33</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, pp.86-88

<sup>34</sup>Gutiérrez y González, Ernesto. Op.cit.p241

art.845 limitación al derecho de construir  
art.849 limitación al derecho de plantar  
art.851 limitación al derecho de tomar luces  
art.853 limitación al derecho de construir  
art.937 limitación al derecho de disponer de aguas  
servidumbres impuestas por la ley  
-de desagüe  
-de acueducto  
-de paso (abrevadero, andamio, postes telefónicos)

2.-En beneficio de la sociedad:

art.834 limitación al derecho de enajenar  
art.840 limitación de no hacer, por uso abusivo de derecho real  
art.843 limitación al derecho de construir

Aunque la violación de las prohibiciones anteriores en el Código Civil son hechos ilícitos no se les considera como casos de uso abusivo del derecho de propiedad. Propiamente sólo el art. 840 del Código Civil para el Distrito Federal es uso abusivo del derecho de propiedad.

Gutiérrez y González<sup>(35)</sup> considera el uso abusivo del derecho real dentro de las limitaciones al derecho de propiedad:

"...una de las limitaciones más importantes ha sufrido el derecho real de propiedad en los tiempos modernos, y deriva de un cambio en la concepción filosófica de lo que es la propiedad, y de lo que con las cosas puede hacer su propietario."

4.4.4) Defensa, por violación a la limitación a la propiedad establecida en el artículo 839 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este caso de violación de una norma que establece una limitación al derecho de propiedad, produce un hecho ilícito y se puede reclamar una responsabilidad civil por el causante del daño.

Pero además como defensa contra la conducta productor del hecho ilícito la ley otorga al afectado una acción interdictal para suspender, demoler o modificar la obra dañosa.

A propósito dice Gutiérrez y González<sup>(36)</sup>:

"El propietario de un inmueble..que se percató de cómo su finca está sufriendo daños por una excavación o construcción que se hace en otro predio vecino puede intentar el ejercicio de cualquiera de estas acciones:

1.-Acción de interdicto de obra nueva.-Facultad que tiene el poseedor de una cosa, para pedir a la Autoridad Judicial que le mantenga una determinada situación jurídica, respecto de la cosa que posee, ante las molestias o ataques que le produce otra persona, ya dañándole su objeto, ya pretendiendo privar de él, o bien para que se le restituya su cosa, si fue privado de la misma. Esta facultad que es el interdicto, no va a determinar si quien la intenta, es o no propietario de la cosa, sino que simplemente va a servir, para hacerle ver a quien le causa molestias o daños al poseedor, que se abstenga de seguir realizando esas conductas, y si esa persona cree tener en verdad mejor derecho que quien ejercita el interdicto, puede ejercitarlo en otra forma diferente.

Precisamente por ello la palabra "interdicto" se forma de los vocablos latinos "inter", mientras, , y "dicere", decir, esto es, "mientras se dice", o mientras se resuelve en definitiva, si el que molesta o perturba a un poseedor, tenía o tiene derecho para hacerlo, pero que mientras tanto y antes que se diga en manera definitiva, deje de estar molestándolo."

<sup>35</sup>Ibid. p.265

<sup>36</sup>Gutiérrez y González, Ernesto. Op.cit. pp.244-245

"...predio vecino es todo el que se vea afectado por razón del peso de la obra dañosa, o de la tierra extraída para su construcción, sin interesar la distancia a que se encuentre ...Será materia de dictamen pericial el que se determine si un predio dañado lo es por efecto de otro que se encuentra no inmediatamente colindante, sino a varios metros de distancia..."<sup>37</sup>

**En esta acción de interdicto se aplica el art. 3, y 19 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.**

2.-Acción contra hecho ilícito.-El que excava o contruye sin realizar las obras de consolidación necesarias de que habla el art. 839 CCF y CCDF, comete un hecho ilícito, y por lo mismo el propietario del inmueble dañado, tiene derecho a demandar ante la autoridad judicial la demolición de la obra perjudicial a sus bienes. Esta demanda la fundará el dañado en el art. 1910 CCDF".<sup>38</sup>

**Además, según Gutiérrez y González<sup>(39)</sup>; "...El no hacer lo que la norma dispone, es actuar ilícitamente, es violar el deber establecido en ella, y de ahí se engendra una responsabilidad....se deja de observar la conducta que determina la norma, lo cual es un hecho ilícito."**

3.-Pago de daños y perjuicios. - En la demanda que se instaure en contra de una persona por violar lo dispuesto en el art. 839, una vez que se prueba ante el juez que los daños sufridos en la finca vecina se originan por la obra nueva, se le tendrá que condenar, por haberlo solicitado así el demandante, a la reparación del daño (cuando sea posible) o al pago de daños y perjuicios, a elección del ofendido (como lo dispone el art. 1915 CCDF, CCF).

El art.2108 CCDF dice: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación."

art.2109 CCDF dice: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."<sup>40</sup>

#### **4.5) FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS ARTICULOS 837, 839 Y 840 SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

Para determinar la responsabilidad por hecho ilícito por uso abusivo del derecho de propiedad podemos basarnos en el ejemplo anterior del art. 839 del Código Civil para el Distrito Federal, donde Gutiérrez y González (<sup>41</sup>)dermina la responsabilidad por hecho ilícito y la acción de interdicto de obra nueva. Distingue entre acción por hecho ilícito, acción por uso abusivo del derecho y acción por riesgo creado:

¿Cuál es la fuente de la responsabilidad que determina el art. 839 CCDF a cargo del propietario del predio en que se excava o construye sin hacer las obras que prevé la misma norma? ¿ En qué se funda el legislador para hacer responsable al propietario del predio en que se excava o contruye, si causa daños a los predios vecinos?

Se ha dicho que esa responsabilidad proviene del "abuso del derecho" que hace que el propietario, pero esto es equivocado, ya que excavar o construir, no es abusar de un derecho; el que excava o contruye no abusa de un derecho, sino que ejerce su derecho de propiedad en la forma racional que se lo protege la ley.

El abusar de un derecho es emplear el derecho que la ley confiere, sólo para causar un daño sin obtener beneficio alguno del ejercicio de ese derecho, y es indudable que quien excava o contruye, si obtiene un beneficio con el ejercicio de un derecho.

Se ha considerado también que esa responsabilidad se le atribuye al propietario, porque al excavar o al construir, "crea un riesgo extraordinario" y con ello se determina lo que la doctrina y la ley conocen con el nombre de "responsabilidad objetiva por riesgo creado".

Este criterio es también equivocado, pues el excavar o construir no implica en manera alguna la creación de un riesgo extraordinario, ya que crear un riesgo extraordinario implica una conducta donde la ley nada le

<sup>37</sup>Ibid.p.237

<sup>38</sup>Ibid.p.245

<sup>39</sup>Ibid. p.252

<sup>40</sup>Ibid. p.246

<sup>41</sup>Gutiérrez y González, Erenesto. Op.cit. pp.250 -252

interesa la licitud o ilicitud de la misma, y en cambio, el art. 839 parte del supuesto de que se obre ilícitamente.

En efecto, la idea de riesgo extraordinario ...no importa si se obró lícitamente o ilícitamente, sino que en verdad se parte de que, aún actuando lícitamente se debe responder, por haberse creado un riesgo especial y obtener con él un beneficio o utilidad....excavar o contruir en sí, no es hacer uso de mecanismos peligrosos, ni tampoco es una causa análoga de acuerdo al art. 1913 CCDF O CCF...La verdad es que, el dueño del predio en que se excava o contruye, si causa daños a los predios vecinos, los debe reparar porque comete un hecho ilícito....El no hacer lo que la norma dispone, es actuar ilícitamente, es violar el deber establecido en ella, y de ahí se engendra un responsabilidad."

#### 4.6) ELEMENTOS DEL ARTICULO 837 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Este artículo no establece una limitación específica sino indeterminada: "mal uso de la propiedad". Sólo determina los efectos que esa violación produce en otras personas que habitan en otra propiedad. Así como existen limitaciones específicas a la propiedad y limitaciones indeterminadas como ésta que al transgredirse producen hechos ilícitos, sea hace necesario conocer sus características y compararlas con el hecho ilícito por uso abusivo del derecho de propiedad. Analizemos el artículo 837 del Código Civil para el Distrito Federal que contiene una limitación indeterminada:

El art.837 del Código Civil dice: "El propietario o el inquilino de un predio tiene 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."<sup>42</sup>

En otros artículos del capítulo I, título cuarto, se hace más concretos las características de los hechos ilícitos que generan responsabilidad civil subjetiva. En todos ellos se limitan el derecho individual de propiedad protegiendo a la sociedad. En otras palabras esas limitaciones demuestran a cada momento la relatividad del principio romano de que nadie puede reclamar daño en contra de quién daña usando de su derecho. Es relativo porque al cambiar los alcances de un derecho resulta que el derecho se convierta en hecho ilícito.

No está claro si el "impedir" al que se refiere el artículo significa actos ya realizados o que se van a realizar, o si incluye ambos.

##### 4.6.1) Propietario o inquilino de un predio afectado

El titular del derecho de propiedad puede ser un propietario o un inquilino de un predio. La palabra "predio" nos indica que este artículo se aplica a los relacion entre propietarios de predios.

<sup>42</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.87

#### 4.6.2) "Mal uso" de la propiedad de un propietario

Este artículo 837 del Código Civil para el Distrito Federal no prohíbe o limita específicamente el contruir como otros artículos, como por ejemplo el art.839 del mismo Código, sino se limita a prohibir una conducta indeterminada que llama "el mal uso de la propiedad".<sup>43</sup>

En este "mal uso" podrían caer posiblemente todas las limitaciones y prohibiciones al derecho de propiedad con tal que dañaran los bienes jurídicos que precisa el artículo. Para evitar este "mal uso del derecho de propiedad" el artículo señala que se pueden utilizar algunas acciones que no determina: "las acciones que procedan" dice, vagamente. Posiblemente, como este artículo no parece ser independiente de los artículos que establecen las limitaciones específicas al derecho de propiedad, las acciones a las que se refiere son propiamente las acciones que proceden en aquellos.

#### 4.6.3) Perjuicio en la seguridad, el sosiego o la salud de los habitantes del predio afectado

Este artículo 837 a diferencia de otros del capítulo I, título 4o. Libro 2o. del Código Civil para el Distrito Federal no prohíbe una actividad específica, sino los efectos de esa actividad: no usar la propiedad de un predio de forma que se afecte la seguridad, sosiego o la salud.

Por ejemplo en lugar de prohibir como el art.845 del Código Civil para el Distrito Federal la construcción cerca de una pared ajena; cloacas, establos, materias corrosivas, diría que es un uso de la propiedad prohibido por el efecto que tiene, pues perjudica la seguridad, el sosiego y la salud. Las acciones de este artículo son para "impedir" el mal uso del derecho de propiedad. Se precisa que los habitantes de un predio (propietario o inquilino) son afectados en su seguridad, salud o sosiego, por otro (propietario), pero no se indica mediante que hacer u omitir se realiza.

#### 4.7) ELEMENTOS DEL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal dice: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario."<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup>Ibid. p.87

<sup>44</sup>Ibid. p.87

Este artículo lo considera la doctrina como el representativo del abuso del derecho aplicado en el derecho de propiedad, mientras que el art. 1912 del Código Civil se aplicaría al derecho de crédito.

Antes de analizar sus elementos veamos como se distingue mediante ejemplos del D.Francisco H. Ruiz citados por Gutiérrez y González<sup>45</sup>) la diferencia entre el hecho lícito en el derecho de propiedad, y el abuso del derecho de propiedad:

Primer caso: Un propietario contruye un muro dentro de su propiedad; pero con su cimiento invade la propiedad ajena. Al proceder así, no está usando, ni abusando de su derecho; está sencillamente obrando sin derecho, está lesionando el derecho ajeno al invadir una propiedad que no es suya.

Segundo caso: El propietario levanta un muro dentro de su propiedad sin invadir en manera alguna la del vecino y ha levantado ese muro para apoyar construcciones que está haciendo. Aquí se tiene el uso correcto del derecho de propiedad, no hay lesión del derecho ajeno y se usa del propio para el fin racional a que está destinado: satisfacer necesidades de dueño.

Tercer caso. El propietario, como en el caso anterior, levanta un muro dentro de su propiedad, sin invadir de ninguna manera la ajena; pero ese muro en nada le va a utilizar, para nada le va a servir.

Lo ha construido exclusivamente con el objeto de privar a su vecino de una hermosa perspectiva, de oscurecer su propiedad o causarle alguna otra molestia o daño, del que ningún beneficio racional obtiene. Este tercer caso constituye un abuso del derecho. Es cierto que no ha habido una invasión de la propiedad ajena, que el propietario ha usado, sin extralimitarse, del derecho que tiene de hacer construcciones dentro de su propiedad; pero ha usado de su derecho desnaturalizándolo, contrariando el fin racional que debe cumplir y con un fin antisocial. El derecho de propiedad no se ha usado para llenar la función que lo justifica: satisfacer necesidades racionales del propietario."

#### 4.7.1) Ejercicio del derecho derivado de la propiedad por el propietario

La redacción del artículo se hace de modo que se aclara que no se prohíbe, el derecho de propiedad en sí mismo sino en función de su resultado. Se dice: "No es lícito ejercitar...." , <sup>46</sup> de lo que se infiere que hay otras formas de ejercitar ese derecho de modo que sea lícito.

El derecho de propiedad, se aplica a bienes muebles e inmuebles por lo que se deduce que puede haber uso abusivo en el derecho de propiedad de los muebles e inmuebles

#### 4.7.2) Único resultado de ejercitar ese derecho es un perjuicio a otro habitante de otro predio.

La forma de ejercicio que se prohíbe del derecho de propiedad es que el ejercicio de como único resultado un perjuicio a otra persona. Si aplicamos este artículo en toda su extensión no sólo se incluiría la relación entre vecinos, sino también entre copropietarios, entre dueños de animales, el propietario de aguas, etc, y otro(s).

<sup>45</sup>Gutiérrez y González, Erenesto. Op.cit. p.267

<sup>46</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit, Sista, México, 2000, p.87

No está claro si la expresión "perjuicio a un tercero" <sup>47</sup> significa si la afectación tiene que ser a una persona o también puede incluir a varias personas, o incluso un conjunto de persona indeterminadas.

**4.7.3) El propietario que daña no obtiene utilidad con el ejercicio de su derecho.**

Se exige para que sea ilícito el ejercicio del derecho de propiedad no sólo que se dañe a terceros sino también que no se obtenga utilidad.

De una interpretación literal del texto se infiere que si se daña a terceros y se obtiene una utilidad se actúa lícitamente, es decir, se es propietario y se obtiene una utilidad por el uso de una cosa aunque se dañe a terceros se obra lícitamente.

A diferencia del uso abusivo del derecho del art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal donde además del daño, la no utilidad del derecho y la intención de dañar, este artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal no incluye la condición de la intención de dañar.

Por tanto, si una persona utiliza su derecho de propiedad y daña a otros, si obtiene utilidad, no comete ningún ilícito, tenga o no tenga intención de dañar. Sin embargo el art.16 del Código Civil para el Distrito Federal considera ilícito el uso del derecho de propiedad ("usar y disponer de sus bienes") si se utiliza en forma que se perjudique a la colectividad, sin hacer distinción en si se obtiene una utilidad o no.

Este artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal en realidad es otro concepto distinto del uso abusivo del derecho al que se refiere el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal pues no es necesario probar la intención de dañar

**4.8) LA ACCION POR REALIZACION DE LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

La acción que procede sería una acción real por uso abusivo del derecho de propiedad basada en este artículo y en el art. 16 del Código Civil para el Distrito Federal, y se apoyaría en el art. 1910 y 1915 del Código Civil para el Distrito Federal para reclamar la responsabilidad civil por hecho ilícito. Veamos estos artículos:

art.1910: "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." <sup>48</sup>

---

<sup>47</sup>Id.

<sup>48</sup>Ibid.p.153

**art. 1915:** "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios." <sup>49</sup>

**Algunos de los artículos del Código de Procedimiento Civiles serian:**

**art 1:** "Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario..." <sup>50</sup>

**art.2 :** "La acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre, con tal que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción." <sup>51</sup>

**art. 3 :** "Por las acciones reales se reclamarán: la herencia, los derechos reales o la declaración de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria." <sup>52</sup>

**La acción por hecho ilícito prescribe en 2 años contados a partir de la fecha del daño:**

**art. 1934 del Código Civil para el Distrito Federal:** "La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño." <sup>53</sup>

**El Capítulo al que se refiere el art.1934 es el capítulo V del Código Civil titulado: "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos". A este capítulo pertenece también el art. 1910.**

**Estas serian las líneas generales de una demanda por uso abusivo del derecho de propiedad. No abundaremos en ello ya el objetivo de la tesis es la cuestión sustantiva del tema. Para probar el daño sería relativamente fácil, en cambio la no utilidad del propietario agresor no sería fácil, pues el propietario podría simular una utilidad cualquiera. No se necesita como en el art. 1912 probar la intención de dañar del agente.**

#### **4.9) COMPARACION DE LOS ELEMENTOS DE INTEGRACION DE LOS ARTICULOS 837 Y 840 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**Si comparamos las condiciones a las que someten al derecho de propiedad los artículos 837 y 840 del Código Civil para el Distrito Federal, nos damos cuenta que son distintas:**

**El art. 837 del Código Civil para el Distrito Federal está escrito desde la perspectiva de alguien que sufre daño por el uso del derecho de propiedad, pues pone énfasis en que puede impedir el uso de ese derecho mediante las acciones convenientes. Estas acciones no se**

---

<sup>49</sup>Ibid.pp.153-154

<sup>50</sup>Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.3

<sup>51</sup>Ibid.p.3

<sup>52</sup>Ibid.

<sup>53</sup>Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, México, 2000, p.155

aplican a cualquier objeto de la propiedad ya que se aplica a los inmuebles, pues su utilidad es impedir la afectación de los habitantes del predio vecino. En cambio el 840 del Código Civil para el Distrito Federal es más general se puede aplicar lo mismo al derecho de propiedad de muebles que de inmuebles, e incluso a desmembramientos de la propiedad como el usufructo, uso, habitación, servidumbres y accesión. El art. 837 del Código Civil para el Distrito Federal sólo indica que se realiza una afectación de un vecino de un predio por otro vecino de otro predio, donde el afectado lo es en su seguridad, sosiego o salud, sin precisar si fue afectado por la intención de dañar o no del vecino, ó de si el vecino obtuvo utilidad o no. En cambio el art. 840 precisa las condiciones del ejercicio ilícito del derecho de propiedad. Se deben dar ambas condiciones: 1) causar perjuicios a un tercero y a) Sin utilidad para el propietario.

Es vez de decir ejercicio prohibido el artículo 837 dice "mal uso de la propiedad" que dañan los bienes jurídicos: seguridad, sosiego y salud.

#### 4.10) REFLEXIONES SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

En relación con el uso abusivo del derecho de propiedad podemos decir que para Gutiérrez y Gonzalez es una limitación a la propiedad y la violación a esta limitación es un hecho ilícito que genera su correspondiente responsabilidad civil. Esta limitación al derecho de propiedad se basa en los artículos 16, 840, 1152 fr.IV, 1912 y 2453 del Código Civil para el Distrito Federal, en el criterio de la propiedad como función social de Duguit. Sin embargo, para Gutiérrez y González llama al art. 1912 uso abusivo del derecho "personal" o "de crédito" que ya analizamos, de lo que parece inferirse que no se aplica al uso abusivo del derecho de propiedad. Tanto en los art. 16, 1152 fr.IV como en el artículo 2453 del Código Civil hay ,cuando se realiza su violación, un hecho ilícito por violación a los límites al derecho de propiedad establecidos por normas prohibitivas pero no habría uso abusivo del derecho de propiedad.

Resulta que admite que el art. 1912 del Código Civil para el Distrito Federal sobre el uso abusivo del derecho, su violación da lugar a un un hecho ilícito, y que el art. 840 sobre el uso abusivo del derecho de propiedad su violación también da lugar a un hecho ilícito. Sin embargo no admite que las demás violaciones a los límites de la propiedad que dan lugar a hechos ilícitos sean uso abusivo del derecho de propiedad, o sea, el uso abusivo del derecho de propiedad

da lugar a un hecho ilícito pero no todo hecho ilícito en el derecho de propiedad es un uso abusivo del derecho de propiedad.

Sin embargo, en otros países, como se dijo en el Capítulo Primero de esta tesis, todos los artículos que Gutiérrez y González considera como limitaciones a la propiedad con criterio de función social, se les ha podido considerar en condiciones especiales como limitaciones que surgen para evitar el uso abusivo de un derecho de propiedad de inmuebles, es decir, que el art. 16, 1152 fIV, 2453 podrían ser considerados, bajo cierto punto de vista, como artículos que prohíben el uso abusivo del derecho, y no sólo el art. 840.

Incluso las limitaciones que establece el art. 27 Constitucional pueden ser consideradas, bajo cierto punto de vista, prohibiciones al uso abusivo del derecho de propiedad en donde no es un particular el que ejerce una acción sino el Estado es el que lo sanciona con la expropiación.

Gutiérrez y González enfoca el art. 27 Constitucional desde la óptica de garantía constitucional del gobernado de protección a su propiedad, pero también se puede ver como una protección que realiza el Estado de los particulares y grupos sociales para evitar o reprimir el "uso abusivo del derecho de propiedad de otros particulares", entendiendo por "uso abusivo" no la noción técnica del art. 840 del Código Civil para el Distrito Federal, sino las distintas nociones que puede tener el término que se vieron en el Capítulo Primero de esta tesis, o las que se verán en el Capítulo Quinto.

Esta noción del art. 840, al igual que la del art. 1912, es criticable por estrecha, ¿acaso no puede haber "uso abusivo del derecho de propiedad" cuando hay utilidad para el propietario? Si, en función al art. 16 que obviamente no se le considera que verse sobre el uso abusivo del derecho (con el criterio de la propiedad como función social) sino como un artículo sobre limitación de la propiedad.

Veamos los artículos que se relacionan con el derecho de propiedad como función social según Gutiérrez y González

**El art. 16 del Código Civil dice:** "Los habitantes del Distrito Federal tienen la obligación de ejercer sus actividades y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en éste Código y en las leyes relativas." <sup>54</sup>

**Comentario:** Este art. dice que los habitantes del Distrito Federal tienen que disponer de sus bienes de forma que no perjudique a la colectividad. Se establece una limitación indeterminada al derecho de propiedad: "disponer y usar de sus bienes de forma que no perjudique a la colectividad"

---

<sup>54</sup>Ibid. p.4

La disposición de los bienes se realiza principalmente mediante los derechos reales; uno de los cuales es el derecho de propiedad.

La expresión "no perjudicar la colectividad" nos dice que no hay que causar daño a otros. La "colectividad" se puede entender como una persona y muchas.

En este artículo 16 del Código Civil para el Distrito Federal no se refiere ni al dolo ni a la culpa, sin embargo se puede poner en relación con el art.1910 del mismo Código, porque dice "bajo las sanciones establecidas en éste Código", una de las sanciones es la del 1910 CCDF que establece la obligación de indemnizar para quién causa un daño dolosa o culposamente. Por tanto, correlacionando el art. 16 y 1910 se puede causar un daño a la colectividad dolosa o culposamente, al usar el derecho real de ciertas formas y se está obligado a repararlo.

**Art.1152 del Código Civil:** "Los bienes inmuebles se prescriben:

IV. Se aumentarán en una tercera parte el tiempo señalado en las fracciones I y II , si se demuestra, por quién tenga interés jurídico en ello, que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél."<sup>55</sup>

**Comentario:** Este artículo se aplica a la propiedad rústica.

Este conducta no se reprime por el derecho por un daño directo a otros sino porque se deja de hacer un bien colectivo, pues el propietario no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído. Se contraría pues la idea según la cual el propietario aunque no use su propiedad no pierde su derecho.

Podría argumentarse con Duguit que ciertas conductas estorban la solidaridad social y que la propiedad es para utilizarse (según el criterio de que la propiedad no sólo sirve a los individuos sino también sirve o perjudica al mismo tiempo a la colectividad) por el propietario y cuando no se hace, se contraría la función social .

**Art. 2453 del Código Civil:** "El propietario de un predio rústico debe cultivarlo, sin perjuicio de dejarlo descansar el tiempo necesario para que no se agote su fertilidad. Si no lo cultiva, tiene la obligación de darlo en arrendamiento o en aparcería, de acuerdo con lo dispuesto en el Ley de Tierras Ociosas."<sup>56</sup>

**Comentario:** Aquí tenemos una clara negación del derecho de propiedad en cuanto indefinido mientras viva el propietario. No se pierde la propiedad sino la posesión. También, al igual que ocurre en las servidumbres la ley le impone obligaciones si se dan ciertos supuestos. Aquí las obligaciones son: dar en aparcería y arrendamiento su propiedad (su predio) si no lo cultiva. La razón de ello es evidente si aceptamos que la propiedad no solo tiene una función individual que cubrir (el usar, disponer, disfrutar, enajenar para

---

<sup>55</sup>Ibid. p.108

<sup>56</sup>Ibid.p.192

beneficio del propietario) sino también una función colectiva: generar y distribuir la riqueza.

El artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal relativo al uso abusivo del derecho, como ya se dijo en el Capítulo Tercero, es general, indicando que se puede cometer un hecho ilícito al ejercer el derecho, (idea que también se encuentra en art.1910CCDF sin precisar las condiciones de antijuricidad o ilicitud del art. 1912: (fin de dañar, sin utilidad), excepto la que consiste en contrariar las buenas costumbres. Tanto en el art. 16, 1910, 1912, del Código Civil para el Distrito Federal se produce un daño, pero a la víctima se refieren con la expresión, "otro", y "colectividad".

La antijuricidad del art. 16 del Código Civil para el Distrito Federal no se precisa ni se puede subsumir en la expresión "contra las buenas costumbres" del art. 1910 , pues se usa la expresión :

"ejercer sus actividades y disponer de sus bienes de cierta forma", mientras en el art. 1912 si se precisan esas condiciones.

El art. 840 del Código Civil dice: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario."<sup>57</sup>

Se habla de el criterio de antijuricidad: usar de cierta manera la propiedad que solamente se obtiene el resultado de causar daño y sin ninguna utilidad, o sea, de las condiciones del uso abusivo del derecho del art.1912 CC solo se omite la intención de dañar.

La forma de redacción admite tanto el dolo como la culpa en la conducta. El art. 840 es en su redacción más cercano a los criterios modernos del uso abusivo del derecho (ya que no le interesa la intención de dañar como un elemento esencial en la prueba, aunque si se da ese elemento no se afecta la prueba.). Sin embargo sigue aferrado al igual que el art. 1912 al criterio de la no utilidad, que como demuestra el art. 27 Constitucional y art.16 CC (D.F.) no son necesario. Claro que haciendo la aclaración que el art. 27 Constitucional y el 16 CCDF no se les considera sobre el uso abusivo del derecho. Sólo parece esencial en el uso abusivo del derecho en caso de redactarse nuevo artículo, las condiciones del uso del derecho: ser contrario a la moral, a la función social, dañar a la colectividad, etc.

Estos criterios realmente son los que definen que conductas u omisiones son hechos ilícitos de uso abusivo del derecho tanto en el derecho personal como en el derecho real.

---

<sup>57</sup>ibid. p.87

Sin embargo en prueba de lo que se dijo en el Capítulo Tercero de esta tesis en el sentido de que el art. 1912 tiene, en cierto sentido, los mismos elementos del hecho ilícito solamente que se precisan uno de los muchos criterios de antijuricidad. El art.837 también contiene todos los elementos del art. 1910, pero contiene un criterio de antijuricidad específico: "por el mal uso se perjudique, sosiego, seguridad y salud de los habitantes de un predio".<sup>58</sup>

De lo anterior se puede concluir que el uso abusivo del derecho de propiedad es también un hecho ilícito, al igual que cuando se violan aquellos artículos que establecen limitaciones a la propiedad, y la diferencia es que en esos artículos se dan más que criterios se dan prohibiciones muy específicas para distinguir hechos ilícitos en el ejercicio del derecho de propiedad ; se prohíben ciertas conductas en particular, por ejemplo el art. 845 prohíbe, en base a ciertos criterios que no expresa,

"...contruir cerca de una pared ajena o de copropiedad, fosos, cloacas...chimeneas etc, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos" .<sup>59</sup> Nos damos cuenta que esos reglamentos de construcción determinan cuando la ley permite hacer o no cloacas, chimeneas etc, y si lo permite, a que distancia. Como se vió en Capítulo Primero de esta tesis, en Francia en el siglo XIX surgieron litigios por la construcción de paredes, chimeneas, fábricas cerca de otro predio, etc, en las relaciones vecinales puesto se causaba un daño aunque no se contradecía de modo manifiesto a ninguna ley. tales casos se catalogaron por la jurisprudencia como uso abusivo del derecho, a fin de cuentas un hecho ilícito, pero no hecho ilícito por violación de una norma prohibitiva, o sea por reglas de la responsabilidad civil subjetiva: la Sentencia Lingard prohibió las evaporaciones desagradables de un taller que no se construyó en debida forma dañando a terceros, la sentencia Mercy prohibió la construcción de un horno que no satisfacía las condiciones que imponía la costumbre dañando a otros, etc. no en base a criterios dados previamente en las leyes (porque estos no existían), sino a criterios que tuvieron que inventar los jueces en ese momento.

Estas sentencias se basaron en un criterio objetivo. Otro de los criterios que utilizaron ellos en sentencias como las Doerr y Savart fue el subjetivo, o sea, basado en la intención de dañar y la no utilidad del agente). Para Planiol el único criterio válido era el subjetivo,

---

<sup>58</sup>Ibid. p.87

<sup>59</sup>Id.

igualmente lo pensó el legislador de Código Civil de 1928 en el art. 1912, basado en el art. 226 del Código alemán de 1900.

Pero también pareció válido en otros lugares, por ejemplo en Suiza, para regir situaciones idénticas, el criterio objetivo: la transgresión o no del fin social del derecho, que para probarse podía utilizar elementos como el de la intención de dañar y la no utilidad del agente, pero con la ventaja de que cuando en el agente existiese utilidad y no intención de dañar, aunque transgresión del fin social, podía catalogarse como hecho ilícito, lo que no se lograba con el criterio subjetivo del uso abusivo del derecho.

El art. 845 del Código Civil para el Distrito Federal regula los casos (remitiendo a los reglamentos de construcción, ecológicos, etc.) que en caso de no existir tendrían que ser regulados por el 840 CCDF.

En cualquier forma la actual redacción del art. 840 CCDF, al igual que la del art. 1912 CCDF es muy restrictiva y anticuada en cuanto a lo que se puede entender por uso abusivo del derecho, ya que el criterio de éste es multifacético y puede ser subjetivo, objetivo o mixto. Ambos artículos en nuestro Código Civil para el Distrito Federal son casos particulares del uso abusivo del derecho.

## CAPITULO QUINTO

### PROPUESTA DE REFORMAS A LOS ARTICULOS, 1910, 1912 Y DEROGACION DEL ARTICULO 840 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

#### 5.1) LAS DISTINTAS CLASES DE HECHOS ILICITOS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para sancionar el hecho ilícito (genérico), tal como lo entiende el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, a saber, "como el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", tenemos en el Código Civil para el Distrito Federal básicamente: la responsabilidad civil subjetiva, el riesgo creado, y el uso abusivo del derecho. Decimos básicamente porque también existen hechos ilícitos que no tiene como consecuencia necesariamente la responsabilidad civil.

Es decir, si por ejemplo, un acto jurídico es nulo, esa es una consecuencia por ser hecho ilícito, o sea, por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. Pero también, conforme al artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal, si un acto es ejecutado contra el contenido de las leyes prohibitivas o de interés público será nulo, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. Por tanto, la nulidad es un consecuencia jurídica de una clase de hecho ilícito, de cierta clase de antijuricidad.

Si una conducta culpable y dañosa genera la consecuencia jurídica de la responsabilidad de reparar el daño, es por ser un hecho ilícito, o sea, es un conducta que es contraria a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Por tanto, la responsabilidad civil subjetiva como la objetiva es una consecuencia jurídica de una clase de hecho ilícito, de cierta clase de antijuricidad (la formal). También el uso abusivo del derecho es un término que se aplica como consecuencia de otro clase de hecho ilícito, de cierta clase de antijuricidad (la material). Igualmente el riesgo creado se aplica en otra clase de hecho ilícito (de antijuricidad formal).

El Código Civil para el Distrito Federal obviamente establece diferentes supuestos normativos para establecer por ejemplo, una nulidad, una responsabilidad civil o el uso abusivo del derecho aunque las conductas sancionadas tengan en común ser hechos ilícitos o ser conductas antijurídicas.

Esto criterios son los siguientes:

**A) El hecho ilícito genérico según el art 1830 como conducta antijurídica, dañosa o no (sancionado con la nulidad o invalidez o de otra forma)**

**B) El hecho ilícito como conducta formalmente antijurídica, dañosa y culposa (responsabilidad civil subjetiva)**

**C) El hecho ilícito como conducta antijurídica y dañosa ( el riesgo creado)**

**D) El hecho ilícito como conducta antijurídica (por intención de dañar y sin utilidad del derecho), dañosa y culposa ( uso abusivo del derecho).**

No siempre una conducta antijurídica produce un daño y por ende no siempre un hecho ilícito se sanciona como una responsabilidad civil. También existen conductas específicas, que son hechos ilícitos, y que son antijurídicas y dañosas, pero sin el elemento culpabilidad y se sancionan no como responsabilidad civil subjetiva sino como riesgo creado. Olvidemonos, por ahora de las peculiaridades del riesgo creado, hecho ilícito contemplado en el artículo 1913 del Código Civil, que engendra obligaciones de reparar el daño pues su campo de aplicación con relación al artículo 1910 que trata otro hecho ilícito relacionado con la responsabilidad civil subjetiva es de explorado derecho. Ovidemonos del hecho ilícito genérico y concentremonos en determinar el campo de aplicación de cada uno de los hechos ilícitos señalados. Atendamos los artículos 1910, 1913, 1912 y el 840 del Código Civil para el Distrito Federal vigente y tratemos de deslindar su actual campo de aplicación, es decir, que características tienen como hechos ilícitos que son contemplados en la ley como distintos supuestos jurídicos.

El objetivo tanto del artículo 1912 como del 840 del Código Civil es sancionar el hecho ilícito, entendido no sólo como un acto contrario a las buenas costumbres (antijuricidad material) según el artículo 1830 (culpable y dañoso según el art. 1910) sino también entendido como que genera la obligación del culpable de reparar el daño.

Tenemos entonces que los elementos del uso abusivo del derecho del 1912 y 840 son los mismos que los del 1910 en cuanto al daño, la culpabilidad y antijuricidad material. Pero difieren en como caracterizan esa antijuricidad material. El art. 1910 solo la caracteriza como los actos contrarios a las buenas costumbres, y el 1912 y el 840 como intención de dañar sin utilidad, y uso de la propiedad sin utilidad (ambos causando daños). Los hechos ilícitos por uso abusivo del derecho siempre son dolosos según el artículo 1912 vigente, mientras

que los hechos ilícitos que generan responsabilidad civil subjetiva pueden ser o dolosos o culposos.

La responsabilidad civil por riesgo creado es una figura que se aplica para sancionar otros hechos ilícitos. Si comparamos que clase de hechos ilícitos reprimen la responsabilidad civil subjetiva y la responsabilidad civil por riesgo creado y el uso abusivo del derecho, notamos: La responsabilidad civil subjetiva sanciona las conductas que causan daño, al igual que la responsabilidad civil por riesgo creado. A ambos tipos de responsabilidad civil no les interesa si el sujeto obtiene utilidad o no. Lo que si interesa al 1912 y al 840. En la responsabilidad civil subjetiva además del daño se necesita acreditar una dolo o culpa y una conducta antijurídica. En la responsabilidad civil por riesgo creado además del daño y la relación de causalidad entre la conducta y el daño, se debe acreditar la conducta antijurídica riesgosa de un tipo especial, es decir, darse los supuestos del artículo 1913 del Código Civil, pero no importa el dolo o la culpa.

El artículo 1912 es más afín al art. 1910 pues importa mucho el elemento culpa, en cambio el 840 es más afín al 1913 porque no importa la culpabilidad.

Puesto que ya establecimos en el capítulo tercero de esta tesis los distintos campos de aplicación de los artículos 1910 y 1912 en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, y consistió en que uno se aplica a las conductas que presentan antijuricidad formal o material (art. 1910) y el art. 1912 solo a las conductas que presentan solamente antijuricidad material. Entonces, surge la pregunta :

Supongamos que no hubiera el art. 1912 ni el 840 del Código Civil, los hechos ilícitos que regulan, ¿no podría regularse por un artículo 1910 ? Examinemos esa posibilidad: En el artículo 1912 se habla de una intención de dañar, el art. 1910 la podría contemplar, como dolo, además que puede incluir casos de culpa en sentido estricto. En efecto la redacción sobre la responsabilidad civil subjetiva permitiría incluir como forma de realización del uso abusivo del derecho no sólo la intención de dañar sino también la negligencia.

También el artículo 1912 se habla de una no utilidad para el agente de su derecho, al artículo 1910 solo habla de un uso del derecho contrario a las buenas costumbres y no le interesa, si se obtiene o no utilidad, por lo que el artículo 1910 con su actual texto podría regir el supuesto de que el agente no obtenga utilidad (en cuanto se considere que el uso sin utilidad es equivalente al uso contrario a las buenas costumbres. Pero también su redacción admitiría el supuesto

posible , de uso abusivo del derecho, en que se obtuviera un utilidad. Con estas modificaciones el uso abusivo del derecho del 1912 sería un caso especial del 1910 y además se introduciría un concepto más completo, acorde con los avances en la Doctrina y Legislación internacional, sobre el uso abusivo del derecho.

En el artículo 1912 se causa un daño, pero para acreditar el uso abusivo del derecho no basta probar el daño es necesario probar la intención de dañar y la no utilidad, en suma es necesario probar cierta culpa del agente. En contraste con esta idea de responsabilidad del uso abusivo del derecho, en la responsabilidad civil objetiva si alguien causa daño, independientemente de su dolo o culpa, puede o no ser responsable. Es decir no se necesita probar el elemento culpa para probar la responsabilidad, basta probar ciertas condiciones que fija el art. 1913 o cierta clase de antijuricidad.

Será responsable si cae dentro de los supuesto del art. 1913. En la responsabilidad civil objetiva es un hecho ilícito que para realizarse basta un conducta de la contemplada en el artículo 1913 y que cause daño, se tenga o no dolo o culpa por el sujeto.

Pero podría haber caso donde hubiera un daño, y la conducta no estuviera dentro de los supuestos del art. 1913, y hubiera dolo ó culpa de acuerdo al 1910 , pero no fuera contraria a las normas de orden público o a la buenas costumbres. por tanto la conducta sería lícita, excepto en el caso en que siendo la conducta lícita la intención de dañar es manifiesta. Este parece ser el caso contemplado en el uso abusivo del derecho cuando apareció por primera vez en Francia. (Cfr.1.2.4) Las conductas inéditas de uso abusivo del derecho (que obviamente no se les llamó así, ni tenían nombre) , no eran un caso de hecho ilícito delictual ni de responsabilidad civil subjetiva porque si bien había dolo, y un daño no existía antijuricidad (la contraria a las leyes de orden público conocidas), y por tanto, la conducta era lícita. Tampoco era considerado un hecho ilícito de responsabilidad civil objetiva pues existía dolo. Existía para la apreciación de los jueces franceses un litigio por resolver que consistía por el lado de una de las partes una conducta que causa un daño y otra parte que alegaba tener derecho a causarlo pero la ley de esa época en Francia no califica esa conducta de antijurídica. El sujeto tiene la intención de dañar y no obtiene ninguna utilidad, por lo que se presenta un dolo. Se tuvo que inventar por los jueces nuevos criterios de antijuricidad.

Por tanto se tenía dos elementos de la responsabilidad civil subjetiva el dolo y el daño pero no se acreditaba la antijuricidad (la formal); no existía hecho ilícito que generara responsabilidad civil subjetiva.

Para resolver el caso, los jueces franceses ante esa laguna de la ley decidieron que no obstante que la conducta no era antijurídica según el texto de la ley si era antijurídica bajo otro criterio de antijuricidad, pero no el tradicional aún no contemplados en la ley.

Entonces los jueces franceses no toleraron el daño que se hace dentro del margen de lo lícito porque es manifiesto el afán de dañar. El Derecho tolera el daño que un sujeto produce a otro, si esta amparado como el ejercicio de un derecho y no existe ninguna ley que lo prohíba, mientras no sea manifiesto o se pruebe la intención de dañar, porque no puede conocer directamente los pensamientos y sentimientos.

La razón de sancionar esa conducta que exteriormente presenta caracteres de licitud no deriva del Derecho como norma porque por hipótesis el actuar es lícito, no es el daño, porque el Derecho en ciertos casos permite dañar si se tiene el derecho subjetivo, sino el Derecho como valor. Uno de estos valores del Derecho es la moral : dañar al prójimo sin necesidad, sin descuido, con dolo aunque adoptando la forma exterior del ejercicio de un derecho, en realidad es injusto, es antijurídico.

Tenemos entonces, que históricamente el uso abusivo del derecho no pudo ser contemplado como un caso especial del hecho ilícito que genera la responsabilidad subjetiva ni como delito porque le faltaba el elemento antijuricidad entendido de una manera tradicional: como una conducta que es contraria a una norma prohibitiva. El uso abusivo del derecho esta ubicado en la zona marginal que rige los actos u omisiones que no es abarcada ni por la responsabilidad civil subjetiva ni objetiva y sin embargo todavía se encuentra dentro del hecho ilícito.

## **5.2) JUSTIFICACION DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

En el caso del Código Civil para el Distrito Federal el uso abusivo del derecho contemplado en el artículo 1912 define el criterio de esta clase de hecho ilícito, pero no es muy compatible con el artículo 1910 del mismo Código, éste comienza diciendo "El que obrando ilícitamente o contra las

buenas costumbres." y el artículo 1912 comienza diciendo: "Cuando al ejercitar un derecho..."

En ambos artículos se causa daño, en ambos se está obligado a repararlo, pero en el artículo 1910 la obligación surge de la antijuricidad (de una conducta contraria a las normas de orden público o a las buenas costumbres) y de la culpa, y en el artículo 1912 surge del dolo de la conducta, y de cierta clase de antijuricidad que se hace consistir en la intención de dañar y la no utilidad. Sin embargo, si el artículo 1910 contempla la indemnización por daño cuando las conductas son contrarias a las normas de orden público o contra las buenas costumbres y culpables, y el artículo 1912 contempla la indemnización por daño cuando las conductas son lícitas y dolosas, ¿cuál es el común denominador de ambos artículos?

El daño, la culpa en sentido amplio y la antijuricidad como los actos contrarios a las buenas costumbres (si es equivalente a la intención de dañar y sin utilidad)

Sin embargo, el artículo 1912 se coloca en el capítulo de los "hechos ilícitos", pero hemos visto que el uso abusivo del derecho es inicialmente considerada una conducta lícita (se dice que se ejercita un derecho) lo que parece contradictorio con su inclusión dentro de los "hechos ilícitos, salvo que se acepte que la antijuricidad del uso abusivo del derecho no es formal sino material.

De lo anterior se sigue que el artículo 1910 no se ajusta más que hipotéticamente en la antijuricidad material al art. 1912. De modo que si se hace más amplia y clara la antijuricidad material en el artículo 1910 se podría regular los casos del uso abusivo del derecho, sin necesidad del artículo 1912.

Pero si se suprimiera el actual artículo 1912 sin modificar previamente el artículo 1910 surgiría el siguiente inconveniente. El artículo 1910 opera bajo la base de una antijuricidad formal en unos casos y de una antijuricidad material en otros pero esa antijuricidad material es limitada : actos contrarios a las buenas costumbres. Resulta que el uso abusivo del derecho como fenómeno no sólo se manifiesta de esta manera, por tanto, el art. 1910 no podría regular muchos casos de uso abusivo del derecho.

Por tanto, es necesario reformar el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal para que contemple explícitamente la antijuricidad material para que el uso abusivo del derecho pueda ser regulado como un caso particular del hecho ilícito que engendra obligaciones, lo que en la actual redacción del artículo 1910 no

sucede. De modo que este nuevo artículo 1910 abarcara dos casos de hechos ilícitos los que generan responsabilidad civil subjetiva y los de uso abusivo del derecho, los que se basan en la antijuricidad formal y los que se basan en la antijuricidad material.

### **5.3) TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Se propone el siguiente texto:

"Artículo 1910: "El que obrando con antijuricidad formal o material cause daño a otro o a la colectividad está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

### **5.4) INTERPRETACION DEL SUSTENTANTE DEL TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1910 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Se dice en el texto del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal que propongo "El que obrando con antijuricidad formal..." para incluir los casos en los que actual artículo 1910 contempla en las frases: "El que obrando ilícitamente..." es decir, el que obrando contra las normas de orden público.

A continuación el texto dice "...o material" o sea, contempla la antijuricidad material, o sea aquellas conductas que aunque ajustándose a todas las leyes conocidas y desde ese punto de vista son lícitas, en relación a los principios o valores que el Derecho tutela son contrarios a ellos y por eso, son ilícitos aunque desde el punto de vista material. Se incluye las conductas que en el art.1910 son contrarias a las buenas costumbres.

Con este cambio en la redacción del actual artículo 1910 se pretende incluir distintos casos de antijuricidad material relacionada con el uso abusivo del derecho, junto con la antijuricidad formal ya mencionada de modo que el actual artículo tenga dos especies de hechos ilícitos por regular: los de antijuricidad formal, y los de antijuricidad material.

Ahora bien entendemos que dentro de los valores jurídicos que el Derecho protege se encuentra las costumbres entendidas como moral social. Como ya se dijo que la antijuricidad material se se produce cuando se presentan conductas que aunque acordes con las leyes son contrarias a algún valor jurídicos fundamental, se sigue que cuando una conducta pese a ajustarse a otras leyes se trasgreden los buenas costumbres se da una antijuricidad material aunque no se de una antijuricidad formal.

Tenemos que el actual artículo 1910 contempla cierta antijuricidad material, uno de sus múltiples criterios, que se han señalado a propósito del uso abusivo del derecho. Por tanto, el criterio del artículo 1910 de antijuricidad especificado como actos contrarios a las buenas costumbres es insuficiente. Por eso nos parece mejor omitirlo y dejar una palabra que comprenda todos los posibles casos de: "antijuricidad material."

El actual artículo 1910 contempla dentro de sus supuestos el daño el daño " a otro" pero el artículo 1910 que propongo debe de contener los supuestos del uso abusivo del derecho o de la antijuricidad formal, se consideró que el daño a "otro" es restrictivo y excluye los casos de uso abusivo del derecho en que se causa daño " a la colectividad", por eso es necesario decir: ".....cause daño a otro o a la colectividad..." Después de éste párrafo, en la redacción posterior del artículo 1910 propuesto se conserva en lo demás toda la redacción del actual artículo 1910 pues se dice: "...está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

#### **5.5) JUSTIFICACION DE LA PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Como se vió en Capítulo Tercero de esta tesis, el actual texto del artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal no contempla el caso de uso abusivo del derecho por error o negligencia esto obedece a que nuestro Código tiene un criterio muy estrecho y tradicional del uso abusivo del derecho. Este criterio hace consistir esencialmente el uso abusivo del derecho en el dolo, y la falta de utilidad del derecho; es un criterio subjetivo.

Por tanto, es necesario reformar el actual artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal para ampliar y modernizar sus criterios de antijuricidad material que determinan el uso abusivo del derecho.

#### **5.6) TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

El artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente, debe reformarse para quedar como sigue:

"Se entenderá por uso abusivo del derecho, el hecho ilícito en que por acción u omisión, dolosa o culposamente se cause un daño a otro o a la colectividad, violando la antijuricidad material.

La antijuricidad formal es la conducta u omisión que las leyes prohíben expresamente.

La antijuricidad material es la conducta u omisión que se ajusta a las leyes, y sin embargo contradicen los valores jurídicos que el Derecho protege; es aquella que según la apreciación del juez puede consistir en cualquiera de las siguientes conductas: intención de dañar manifiesta,

dañar a la colectividad, distorsionar el fin económico-social del derecho, actos contrarios a la buena fe o las buenas costumbres y otros análogos y que violen los valores jurídicos fundamentales o los principios generales del derecho.

La acción de uso abusivo del derecho dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso"

## 5.7) INTERPRETACION DEL SUSTENTANTE DEL TEXTO PROPUESTO DE REFORMA AL ARTICULO 1912 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Y SU COMPARACION CON TERMINOS SIMILARES CONTENIDOS EN PARRAFOS DIVERSOS DE PRECEPTOS LEGALES DE OTROS CODIGOS CIVILES DE EUROPA Y AMERICA.

Examinemos la razón de ser de cada párrafo:

"Se entenderá por uso abusivo del derecho.." En este artículo 1912 que se propone se habla explícitamente del término "uso abusivo del derecho" ya que en el actual no se le asigna un término que lo defina. En la Doctrina mexicana el artículo 1912 se le identifica como un artículo que regula el "abuso del derecho". Nosotros preferimos la expresión "uso abusivo del derecho" porque admite más fácilmente que la expresión "abuso del derecho", que puede realizarse también por omisión, además de por acción.

La expresión "se entenderá.." tiene el propósito de definir o caracterizar el uso abusivo del derecho, empresa que otros Códigos Civiles omiten.

Comparación en otros Códigos Civiles:

El Código Civil argentino de 1968 artículo 1071 tiene también una expresión definitoria:

"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, se considerará tal."<sup>1</sup>

"...El hecho ilícito...". Decimos hecho ilícito para expresar que el género próximo de la definición del uso abusivo del derecho es el hecho ilícito, pero no solamente como lo entiende el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, o sea, como un acto contrario a las leyes de orden publico o a las buenas costumbres, sino como el acto u omisión antijurídico, culpable y dañoso que genera la obligación de reparar el daño.

También cuando decimos que el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito estamos diciendo implícitamente que es una conducta prohibida, pues el hecho ilícito es una conducta prohibida por el Derecho. La antijuricidad del hecho ilícito puede ser formal o material.

---

<sup>1</sup>Fernández, Sessarego, Carlos. Abuso del derecho. Edit. Abeledo Perrot, Argentina, 1992, p.264

Existen Códigos que en lugar de decir que el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito dicen que no está protegido por la ley, o que la ley no lo ampara. Incluso algunos Códigos caracterizan el uso abusivo del derecho con la expresión ejercicio irregular, anormal de los derechos o ejercicio fuera de los límites propios del derecho: Ejemplos:

Código Civil suizo de 1907, artículo 2º: "El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley..."<sup>2</sup>

Código Civil peruano de 1984:

"La ley no ampara el abuso del derecho."<sup>3</sup>

Código Civil de Hungría de 1964, artículo 5º: "La ley prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos..."<sup>4</sup>

Código Civil argentino de 1968, artículo 1071: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos..."<sup>5</sup>

Código Civil prusiano de 1794, Primera Parte, Título VI, parágrafos, 37 y 37: "Que aquel que ejercite su derecho aún dentro de sus límites propios, está obligado a reparar el perjuicio que de allí provenga para otros, cuando resulta claramente de las circunstancias, que entre varios modos posibles de ejercerlos se escoge intencionalmente aquel que causaba daño."<sup>6</sup>

Anteproyecto de Código Civil Francés de 1946, artículo 147, segundo párrafo: "cualquier acto u hecho que manifiestamente exceda, en la intención del autor, por su objeto o por las circunstancias en las cuales se cumpla el ejercicio normal de un derecho, no está protegido por la ley y provoca eventualmente la responsabilidad de su autor."<sup>7</sup>

Código Civil brasileño de 1916, artículo 160: "no constituyen actos ilícitos los practicados en legítima defensa o en ejercicio regular de un derecho reconocido."<sup>8</sup>

Código Civil de Bolivia de 1976, Título Preliminar, Libro Quinto, artículo 1279 a contrario sensu:

"Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico social de esos derechos y deberes."<sup>9</sup>

"....por acción u omisión..." Existen dos formas de realizar el uso abusivo del derecho que se derivan de clasificarlo como una especie del hecho ilícito: por acción o por omisión.

Comparación en otros Códigos Civiles:

Código Civil español de 1974, artículo 7º: ".....La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención del autor...."<sup>10</sup>

<sup>2</sup>Sessarego, Op. cit. p.214

<sup>3</sup>Ibid. p.300

<sup>4</sup>Ibid. p.162

<sup>5</sup>Ibid. p.264

<sup>6</sup>Ibid. p.209

<sup>7</sup>Ibid. p.197

<sup>8</sup>Ibid. p.272

<sup>9</sup>Ibid. p.277

<sup>10</sup>Ibid. p.229

**Código Civil de Guatemala de 1964, artículo 1653:** "El exceso y la mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daño o perjuicio a las personas o a las propiedades, obliga al titular a indemnizarlos."<sup>11</sup>

"...dolosa o culposamente..." Dado que el uso abusivo del derecho es un hecho ilícito, se distingue en la culpa genérica: el dolo y la culpa.

El uso abusivo del derecho se realiza o dolosa o culposamente.

"...se cause daño a otro..." Por ser el uso abusivo del derecho un hecho ilícito, se encuentra dentro de sus elementos el causar daño a otro. Este daño como ya se ha visto puede ser: en el cuerpo, en los bienes, en los derechos, o bien el llamado daño moral.

Relacionada con la culpa y el dolo está la expresión buena fe o mala fe, entendiendo por mala fe o bien el engaño o bien la intención de dañar.

Como ejemplo de dolo para definir el uso abusivo del derecho tenemos:

**Código Civil prusiano de 1794, Primera parte, Título VI parágrafos 36 y 37:**

"Aquel que ejerza su derecho aún dentro de sus límites propios, está obligado a reparar el perjuicio que de allí provenga para otros, cuando resulte claramente de las circunstancias, que entre varios modos posibles de ejercerlos se escoge intencionalmente aquel que causaba daño."

Nadie puede abusar de la propiedad para lesionar a otro y producirle perjuicio."<sup>12</sup>

**Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1912:** "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

"...se cause daño a la colectividad..." No sólo se puede causar daño a una persona aislada sino también a un conjunto de personas las cuales pueden estar identificadas como un grupo social o bien la sociedad en su conjunto.

El dañar a la colectividad debe entenderse en relación con los otros elementos del hecho ilícito aplicable al uso abusivo del derecho: culpa y antijuricidad material. Es decir, cuando sin violar ninguna ley conocida se causa un daño, dolosa o culposamente a la colectividad. Dañar a la colectividad es por sí misma una antijuricidad material, que puede además presentar culpa.

**Comparación en otros Códigos Civiles:**

**Código Civil Checoslovaquia de 1964, artículo 7º:** "Ninguna persona puede abusar de sus derechos en perjuicio de los intereses de la sociedad o de sus conciudadanos, o no puede enriquecerse en detrimento de ellos."<sup>13</sup>

<sup>11</sup>Ibid. p.285

<sup>12</sup>Ibid. p.209

<sup>13</sup>Ibid. p.191

**Código Civil para el Distrito Federal, artículo 16:** "Los habitantes del Distrito Federal tienen la 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."

"...violando la antijuricidad material..." Si bien el género próximo de la definición del uso abusivo del derecho es el hecho ilícito, la diferencia específica es la antijuricidad material. Con esta diferencia se distingue el campo de aplicación del uso abusivo del derecho y la que surge de la responsabilidad civil subjetiva. Primero lógicamente se aplica al caso de hecho ilícito la antijuricidad formal (tanto de la responsabilidad civil subjetiva como de la objetiva). Si no la hay se verifica si existe antijuricidad material.

Se define la antijuricidad material primero de un modo general: la acción u omisión que se ajusta a las leyes, y sin embargo, contradicen los valores jurídicos que el Derecho protege.

"...La antijuricidad formal..." Se define la antijuricidad formal como la define el artículo 1830, pero omitiendo los actos contrarios a las buenas costumbres, es decir, como los actos contrarios a las normas de orden orden público o prohibitivas.

"...es aquella que según la apreciación del juez puede consistir..." Con esta expresión se prepara una adecuación al caso concreto de la antijuricidad material cuyos elementos son según el caso uno o más. Por ejemplo, a veces puede darse el caso que la sólo intención de dañar sea suficiente para acreditar el uso abusivo del derecho, en otros casos, puede ser la distorsión del fin económico social del derecho, o bien la violación de la buena fe o las buenas costumbres o en otros análogos.

"...intención de dañar manifiesta..." Lo manifiesto no es lo evidente sin lo manifiesto por el juez, ya que la intención de dañar se puede inferir o presumir a partir de otros hechos y conductas.

Comparación en otros Códigos Civiles:

**Código Civil alemán de 1900, parágrafo 826:** "El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otro persona está obligado a su reparación." <sup>14</sup>

**Código Civil alemán de 1910, artículo 226:** "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro." <sup>15</sup>

**Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1912:** "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

---

<sup>14</sup>Ibid. p.212-213

<sup>15</sup>Ibid. p.211

Código Civil de Cuba de 1988, artículo 4º: "Los derechos que este Código reconoce han de ejercerse de acuerdo a su contenido y finalidad, y no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro." <sup>16</sup>

Código Civil de Paraguay de 1987, artículo 372: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está protegido por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando se ejerce con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos..." <sup>17</sup>

"...distorsionar el fin económico-social del derecho.." Este criterio es objetivo y Josserrand lo trató ampliamente. Ejemplo:

Código Civil griego de 1941, artículo 281: "El ejercicio de un derecho está prohibido si sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres o por el fin social o económico de dicho derecho." <sup>18</sup>

Código Civil de Hungría de 1964, artículo 5º: "...El ejercicio de un derecho es abusivo cuando tiende a un fin incompatible con el destino social del derecho y especialmente cuando acarrea daño a la economía nacional, veja a los ciudadanos, avanza sobre sus derechos e intereses legítimos o procura la adquisición de ventajas indebidas....." <sup>19</sup>

Código Civil del Polonia, de 1964, artículo 40: "Nadie puede ejercer su derecho de manera contraria a su fin económico-social, a los principios de la vida en sociedad en vigor...." <sup>20</sup>

Código Civil de Portugal de 1967, artículo 334: "Es ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho." <sup>21</sup>

Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones, de 1929: "Abusa 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." <sup>22</sup>

"...actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres..."

La buena fe significa que una persona se conduce con lealtad, corrección y confianza. El legislador suizo ubica la buena fe en la Parte General del Código Civil suizo que comprende todo tipo de actividades o actos jurídicos, a diferencia del Código Civil alemán que lo ubica en la parte relativa al Cumplimiento de las Obligaciones.

Las buenas costumbres se refiere a la moral que en una sociedad se considera aceptada. Ejemplos:

El Código Civil español de 1974, artículo 7º: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho....." <sup>23</sup>

---

<sup>16</sup> Ibid. p.284

<sup>17</sup> Ibid. p.279

<sup>18</sup> Ibid. p.190

<sup>19</sup> Ibid. p.192

<sup>20</sup> Ibid. p.191

<sup>21</sup> Ibid. p.244

<sup>22</sup> Ibid. p.234

<sup>23</sup> Ibid.p229

El Código Civil alemán de 1900, artículo 242: "El principio de la buena fe sirve de límite al ejercicio de un derecho."<sup>24</sup>

artículo 826: "El que de un modo contrario a las buenas costumbres cause intencionalmente perjuicio a otra persona está obligado a su reparación."<sup>25</sup>

Código Civil griego de 1941, artículo 281: "El ejercicio de un derecho está prohibido si sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe..."<sup>26</sup>

Código Civil suizo de 1907 artículo 2º:

"Cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe..."<sup>27</sup>

Proyecto Franco-italiano de las Obligaciones de 1929: "Abusa aquel que ha causado un daño a otro excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites impuestos por la buena fe..."<sup>28</sup>

"...y otros análogos que violen los valores jurídicos o los principios generales del derecho..." Todos los criterios siempre son insuficientes para regular una realidad siempre cambiante, por eso el término "y otros análogos" para dar entender que esos criterios no son limitativos. Pero se señala que cualquiera que sea el criterio propuesto será uno derivado de la violación de los valores jurídicos o los principios generales del derecho. Ejemplo, la justicia, la equidad, la solidaridad, la seguridad jurídica, etc. Comparación en otros Códigos Civiles:

El Código Civil español de 1974, artículo 7º en su redacción si bien no utiliza la expresión análogo hace una fórmula abierta que consta de los siguientes elementos: acción u omisión, ejercicio antisocial del derecho, intención del autor, objeto del acto, circunstancias y daño.

"...La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención del autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero..."<sup>29</sup>

"Esta acción dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso."

Esta parte se basa en el artículo 7º del Código Civil español de 1974 que esta redactado en los mismos términos.<sup>30</sup>

El uso abusivo del derecho puede no cesar pese a que algunos daños esten consumados, o bien cuando los daños sean previsibles. Es preciso que la acción no permita que el actor quede en estado de indefensión mientras se pronuncia la sentencia o bien evita que los daños sean irreparables.

---

<sup>24</sup>Ibid. p.213

<sup>25</sup>Ibid. p.212-213

<sup>26</sup>Ibid. p.190

<sup>27</sup>Ibid. p.p.214

<sup>28</sup>Ibid. p.234

<sup>29</sup>Ibid. p.229

<sup>30</sup>Ibid.

No siempre el objeto de la acción del uso abusivo del derecho es buscar la indemnización. Habrá ocasiones en que la se busca evitar un daño futuro y cierto. O bien se busca la indemnización pero los actos dañosos subsisten y se busca detenerlos en lapso que dura el juicio.

**Ejemplo: Código Civil peruano de 1984, artículo 2:**

"...El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso, y en su caso, la indemnización que corresponda."<sup>31</sup>

De todo lo anterior concluimos que nuestra reforma al artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal se basa en una noción mixta del uso abusivo del derecho apoyada en la noción de hecho ilícito, cubre tanto la noción subjetiva como la objetiva que existen en las legislaciones del mundo actuales. Lo esencial de esta figura no descansaría ni en dolo, ni en la culpa en sentido estricto, sino en el daño y la antijuricidad (en especial en la antijuricidad material). No descansa en el dolo porque podría existir uso abusivo del derecho, como lo acepta la doctrina internacional, sin dolo, o sea en la culpa. Tampoco en la culpa, en sentido estricto, porque se puede dar mediante el dolo.

La antijuricidad material es la que permite explicar que el afán de dañar y la no utilidad del derecho, junto con el daño, consituyen el uso abusivo del derecho en la fórmula tradicional. También permite explicar como se distingue el uso abusivo del derecho de otros hechos ilícitos: de responsabilidad civil subjetiva (1910) y objetiva (1913).

Como se admitía que se podía dañar con un derecho, se consideró que era válido mientras hubiera utilidad y ningún afán de dañar. Sin embargo esta concepción no cubría el caso que después la sensibilidad social descubrió: que se puede causar daño y sin ningún afán de dañar y actuando lícitamente desde el punto de vista del interés privado. De ahí se pensó que se puede actuar ilícitamente desde el punto de vista del interés colectivo. Por ejemplo un caso en que una persona con animo o no de dañar causa daño colectivo y su conducta aparentemente es lícita, se convierte en ilícita por ser antijurídica materialmente.

---

<sup>31</sup>Ibid. p.300

## **5.8) JUSTIFICACION PARA DEROGAR EL ARTICULO 840 DEL CODIGO CIVIL**

Se propone se derogue el art. 840 del Código Civil para el Distrito Federal vigente por repetitivo de lo expresado por el art. 1912 del mismo Código.

El art.840 si bien es menos restrictivo en cuanto no se tiene que probar la intención de dañar, se basa en la misma limitación del art. 1912, la no utilidad del derecho, como si cuando hubiera utilidad no pudiera darse el uso abusivo del derecho.

## CONCLUSIONES

1.-La teoría del uso abusivo del derecho es una manifestación constante y necesaria de la noción de Derecho, en la elaboración del derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de estos.

2.-El comienzo de las nociones actuales del uso abusivo del derecho surge en la jurisprudencia francesa que primero le llamó "ejercicio anormal de los derechos". Posteriormente sobre la base de la jurisprudencia y la doctrina se van abstrayendo los elementos de esta noción, hasta convertirla en figura jurídica de los Códigos Civiles, e incluso, Constituciones.

3.-La noción del uso abusivo del derecho no es única sino múltiple como se puede comprobar a partir de los distintos Códigos Civiles comparados. Sigue existiendo controversia sobre su naturaleza jurídica.

4.-Aunque lógicamente no puede existir el abuso del derecho, de hecho si existe. Este abuso del derecho puede ser por acción u omisión y por eso se le puede llamar uso abusivo del derecho. El uso abusivo del derecho en el Código Civil para el Distrito Federal se presenta tanto el derecho personal como en el derecho real.

5.-. El uso abusivo del derecho en el Código Civil para el Distrito Federal es una especie del hecho ilícito que engendra obligaciones con antijuricidad material.

6.-El uso abusivo del derecho al igual que el hecho ilícito que engendra obligaciones en general, se estructura con tres elementos: antijuricidad , dolo o culpa, y el daño. La diferencia específica con el hecho ilícito que genera responsabilidad civil subjetiva es que el uso abusivo del derecho consiste en una conducta que presenta una antijuricidad material y el otro presenta una antijuricidad formal.

7-Existen tres criterios en las legislaciones que analizamos para determinar el uso abusivo del derecho como hecho ilícito que engendra obligaciones: subjetivo, objetivo y mixto. En el Código Civil para el Distrito Federal vigente se sigue un criterio subjetivo.

8-En México en el artículo 1912 vigente del Código Civil para el Distrito Federal el uso abusivo del derecho tiene un criterio subjetivo y específico de antijuricidad: dañar a alguien, con la intención previa de dañar y sin ninguna utilidad.

9.-Los elementos o condiciones del artículo 1912 citado son muy restrictivas pues excluyen muchos casos que en otras partes del mundo se consideran como regulados por el uso abusivo del derecho.

10.-El artículo 1910 del repetido ordenamiento debe incluir en su ámbito de aplicación la noción del uso abusivo del derecho, para abarcar dos clases de hechos ilícitos que engendran obligaciones: los que generan responsabilidad civil subjetiva y el uso abusivo del derecho, por lo que considero necesario se reforme, proponiendo para tal efecto el texto siguiente:

"Artículo 1910:El que obrando con antijuricidad formal o material cause daño a otro o a la colectividad está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

11.-A diferencia del actual texto del artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal sobre el uso abusivo del derecho basado en un criterio subjetivo, propongo su reforma basado en un criterio mixto para quedar como sigue:

"Artículo 1912: Se entenderá por uso abusivo del derecho, el hecho ilícito en que por acción u omisión, dolosa o culposamente se cause un daño a otro o a la colectividad, violando la antijuricidad material. La antijuricidad formal es la conducta u omisión que las leyes prohíben expresamente. La antijuricidad material es la conducta u omisión que se ajusta a las leyes, y sin embargo contradicen los valores jurídicos que el Derecho protege; es aquella que según la apreciación del juez puede consistir en cualquiera de las siguientes conductas: intención de dañar manifiesta, dañar a la colectividad, distorsionar el fin económico-social del derecho, actos contrarios a la buena fe o las buenas costumbres y otros análogos y que violen los valores jurídicos fundamentales o los principios generales del derecho. La acción de uso abusivo del derecho dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso"

12.-El uso abusivo del derecho tiene en nuestra legislación mexicana actual, excepcional aplicación en razón que se prefiere regir muchos casos que serían de uso abusivo del derecho como hechos ilícitos especiales o prohibiciones particulares.

13.-Sin embargo, si se realizaran las reformas propuestas a los artículos citados la aplicación del uso abusivo del derecho a esa zona estrecha de lo ilícito, no afectadas ni por la responsabilidad civil subjetiva ni objetiva, lo volvería de mayor interés general y utilidad práctica como ocurre en muchos países del mundo.

14.- Debe derogarse el artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal porque la redacción del artículo 1912 del mismo Código, también contempla sus supuestos.

## BIBLIOGRAFIA

1.-Planiol, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil., Edit. Pedagógica Iberoamericana, 3a.ed, Trad. Leonel Perez Nieto Castro, México, 1996.

2.-Bonnecase, Julien.Tratado Elemental de Derecho Civil.Edit. Pedagógica Iberoamericana, 3a. ed, Trad. Enrique Figueroa Alonzo. México, 1995.

3.-Fernández Sessarego, Carlos. Abuso del derecho., Edit.Astrea, Argentina, 1992.

4.-Rojina Villegas, Rafael. Compendio del Derecho Civil, t.III, Edit, Porrúa, México, 1980.

5.-Bejarano Sánchez, Manuel.Derecho Civil., 3a.ed, Harla,México, 1984.

6.-Borja Soriano, Manuel.Teoría General de las Obligaciones.16a. ed., Porrúa, México,1998.

7.-A. Carranza, Jorge. El abuso del derecho en la Reforma del Código Civil argentino.Edit. Abeledo Perrot, Argentina, 1970.

8.-Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil.3a. ed. Porrúa, México, 1992.

9.-Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a. ed. Porrúa, México, 1990.

10.-Castellanos Tena, Fernando.Lineamientos Elementales de Derecho Penal., Porrúa, México, 1993.

11.-García Máynez, Eduardo.Filosofía del Derecho.8a.ed., Porrúa, México, 1996.

12-Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. t.II, 25a. ed.,Porrúa, México, 1994.

13.-Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio, 3a. ed., Porrúa, México, 1990.

14.-Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano.8a. ed. Porrúa, México, 1991.

15-Margadant S., Guillermo Floris.El Derecho Privado Romano.,18a. ed, Esfinge, México,1992.

16.-Magallón Ibarra, Jorge Antonio.Instituciones de Derecho Civil.t.IV (derechos reales), Porrúa, México, 1990.

### DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1.-Diccionario Enciclopédico Quillet, tomo 1, Edit. Cumbre, 13a, ed, México, 1989.

### OTRAS FUENTES

1.-Gaceta Oficial del Distrito Federal 25 de mayo del 2000

2.-Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo del 2000

### LEGISLACION CONSULTADA

1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit.Porrúa,2000.

2.-Código Civil para el Distrito Federal, edit.Sista 2000.

3.-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edit, Sista, 2000.

4.-Código Federal de Procedimientos Civiles, Edit. Sista, 2000.

5.-Código Penal Federal, Edit.Sista, 2000.

# APENDICE

## ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES DEL SIGLO XIX, EN FRANCIA, SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO.

\*Forma material del abuso de los derechos según la jurisprudencia

Obra de los tribunales de 1a. instancia y principalmente de las cortes de apelación..

Tan pronto como se puso en vigor el Código Civil, las cortes de apelación y los tribunales de primera instancia comprendieron la necesidad de fijar límites a los derechos que se consideraban como más absolutos, v. gr. el de propiedad. Citaremos tres sentencias de principio, las dos primeras de la corte de Metz y la tercera de la corte de Colmar: las sentencias Lingard, del 19 de nov. de 1808, Mercy del 16 de agosto de 1820 y Grosheintz de 25 julio de 1861. Estas sentencias hablan por sí mismas.

### Sentencia Lingard (corte de apelación de Metz 10 de nov 1808).

"Considerando, en cuanto al fondo que Pierre Singard no pudo disponer de su taller de sombrería en forma tal que tal que no molestara a sus vecinos con evaporaciones desagradables e insalubres; que a todos se permite disponer de su propiedad como mejor le plazca, pero sin perjudicar a tercera persona; que es indudable que el establecimiento del apelante, tal como se encuentra, perjudica grandemente a su contraparte, como se comprueba por el dictamen pericial y por las comprobaciones que hicieron el tribunal de primera instancia y el alcalde de Mézieres; que habiendo indicado la mayoría de los peritos el remedio, para hacer cesar los inconvenientes de que se queja el actor, no puede el apelante eximirse de tomar las medidas necesarias, para conformarse a él y que han sido decretadas por los jueces inferiores."<sup>1</sup>

### Sentencia Mercy (corte de apelación de Metz, 16 agosto de 1820)

"Considerando, que se reconoce que en la construcción del horno de que se trata, Sebastián Mercy no satisfizo las condiciones que le imponía la costumbre; que por tanto el tribunal de primera instancia, debió ordenar que se verificara este hecho y a este respecto ningún agravio causa su sentencia; considerando que las personas sólo pueden usar sus propiedades respetando las de su vecino; que siendo sus respectivos derechos iguales, el de cada uno de ellos debe necesariamente conciliarse con el de los demás; que sería contra toda justicia que un propietario, por lo demás no sujeto a una servidumbre, fuese molestado y sujeto en su propiedad, por el uso que a su vecino le hubiere gustado hacer de la suya; por ello, la última parte del peritaje ordenado, como la primera, no causa ningún agravio, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en todas sus partes.

En consecuencia la corte rechaza la apelación, etc."<sup>2</sup>

### Sentencia Grosheintz

"Considerando que como consecuencia de la limpia de la propiedad Ochs, contigua al jardín de Grosheintz, limpia realizada en una profundidad de 13m. en algunos puntos, se produjo un hundimiento considerable del suelo de Grosheintz, ocasionándole un daño real más o menos importante; considerando que cualquiera que sea la extensión del derecho de propiedad, tal como se ha definido por el derecho romano y por el artículo 544 del Código de Napoleón, este derecho tiene siempre como límite la obligación de no dañar a nadie, estando sancionado este principio por la disposición general del artículo 1382 del código citado; que si es verdad que el propietario es dueño absoluto de las cosas que le pertenecen, y que es libre para modificarlas, desnaturalizarlas y aún destruirías, sólo es cierto esto abstractamente y desde el punto de vista de su interés o de su capricho en cuanto a la cosa que le pertenece; pero que, con relación a terceros, al ejercicio de este derecho corresponde la obligación de tomar todas las medidas necesarias, para no perjudicar a los vecinos; que, por consiguiente, quién desee realizar trabajos en un predio que le pertenezca, contiguo al de su vecino, debe tomar todas las precauciones que las circunstancias exijan, para evitarle todo daño; que para incurrir en responsabilidad no le bastaría conformarse a las reglas ordinarias del arte, si en razón de la naturaleza

<sup>1</sup>Bonnetcase, Julien. Op. cit. p. 820

<sup>2</sup>Id..

particular del suelo en el cual deben ejecutarse, era necesario tomar medidas especiales o precauciones excepcionales para evitar el daño...<sup>3</sup>

"Obra de la corte de casación

Si desde un principio la corte de casación resolvió en el mismo sentido que las de apelación; pero, por la fuerza misma de las cosas, por mucho tiempo estuvo condenada a hacerlo de una manera negativa, rechazando los recursos interpuestos contra las sentencias de apelación. Fue necesario esperar todo un

siglo, hasta 1907, para que la suprema corte, por fin, fallara en forma positiva, por medio de la sentencia de principio Lecante.

## Sentencia Lecante

Esta sentencia, sumamente breve, se aclara por los hechos; éstos por sí solos revelan todo su alcance. Dicha sentencia dice: "Sobre la primera parte del único medio; visto el artículo 1382 del código civil: considerando que la señorita Dupont, propietaria de la casa sita en Saint-Etienne, cerca de un horno de ladrillos explotada por los hermanos Lacante, demandó a éstos ante el tribunal de esa ciudad: 1. El pago de daños y perjuicios en reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de los humos y malos olores que se escapaban de dicho horno. 2. A realizar los trabajos indicados por los peritos, capaces por su naturaleza para remediar el actual estado de las cosas; considerando que, por una parte, la sentencia recurrida reconoce: 1. Que la molestia ocasionada por los humos y olores de la fábrica despreja los inmuebles de la actora; que excede la medida ordinaria de las obligaciones de vecindad; que, por otra parte, no discute que los trabajos indicados por los peritos pueden hacer desaparecer las incomodidades de que se queja la señorita Dupont; que, sin embargo, declara que los hermanos Lacante no han cometido ninguna culpa y que los libera de toda responsabilidad; que para rechazar así la acción de la señorita Dupont en sus dos peticiones, la sentencia recurrida se funda en que el horno de ladrillos existía y funcionaba sin provocar quejas de parte de los vecinos, antes de la adquisición por ella de las tierras en que construyó su casa y que, por tanto, es ella la única responsable de los inconvenientes que sufre, como consecuencia de los cambios que estableció al estado anterior del lugar. Pero, considerando que el industrial que con motivo de la explotación de su fábrica, causa a los vecinos un perjuicio que excede de la medida de las obligaciones de la vecindad, incurre en culpa si no toma las precauciones necesarias para prevenir estos inconvenientes; que resulta de lo anterior que al decidir lo contrario, la sentencia recurrida violó la disposición legal antes considerada; por estos motivos y sin que sea necesario estudiar la segunda parte del agravio, casa y remite a la corte de Riom".

Doble significado del sentencia Lacante: 1. Proclamación del derecho de control de la corte de casación sobre las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad y condena del "uso anormal" de este derecho; 2. Rechazamiento de la célebre teoría de Demolombe sobre el derecho de pre-ocupación.

"La sentencia Lecante tiene un doble alcance. Proclamó, en primer lugar, el derecho de control de la corte y casación sobre las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad, condenando, al mismo tiempo, en una forma positiva, lo que se ha llamado "uso anormal" del derecho de propiedad y que se reduce, en realidad, a la violación de los límites materiales de este derecho.

La sentencia Lecante, después de haber afirmado así las facultades de la corte de casación, rechazó también la célebre teoría de Demolombe sobre el derecho de pre-ocupación. Conviene recordarla. Después de haber hecho constar la necesidad de conciliar los derechos de propiedad entre vecinos, Demolombe escribe: "Se momará en consideración la situación de los predios...hay sobre todo, dos consideraciones que en nuestra opinión influyen grandemente sobre esta clase de negocios. Por una parte, la buena o mala fe de la persona a quien su vecino imputa haberle causado un daño...por otra, la pre-ocupación, es decir, la anterioridad de la posesión y existencia; volenti non fit injuria; y, por ejemplo, podría decirse, en general, que el propietario que hiciese construcciones cercanas a un establecimiento industrial anteriormente creado, él mismo, y por su propia voluntad, se sometió a soportar las incomodidades que sufre. Las costumbres antiguas y los antiguos autores, atribuían, en esta forma, gran importancia a la idea de la pre-ocupación, en la relación de vecindad...en efecto, este derecho de pre-ocupación desempeña un importante papel en tales relaciones, y debe advertirse con mayor razón cuanto que constituye una excepción a la regla, según la cual los actos de mera facultad no se pierden ni se alteran, en general, por el no uso (art.2232)" Es indiscutible que de una manera directa, la sentencia Lecante condenó la teoría de la pre-ocupación."<sup>4</sup>

"Desarrollo de la jurisprudencia de la corte de casación en la forma material de la noción de abuso de los derechos: aparición en la jurisprudencia de ésta última expresión técnica.

<sup>3</sup>Id.

<sup>4</sup>Ibid. pp.820-821

A partir de la sentencia Lecante, la corte de casación continúa sosteniendo ésta tesis, en la jurisprudencia que acabamos de describir, como lo demuestra la sentencia del 18 de junio de 1923. Pero, la suprema corte recurrió además, a la expresión técnica: abuso de los derechos, que durante el siglo XIX había reservado la forma psicológica de esta noción. Puede advertirse principalmente en las sentencias relativas al derecho de despido en arrendamiento de servicios por tiempo indeterminado. En una sentencia del 2 de

enero de 1924, se dice: "Considerando que si la sociedad tenía el derecho de rescindir el contrato de arrendamiento de servicios por su sola voluntad y sin ninguna causa, responde no obstante de los daños y perjuicios causados, si se demuestra que abusó de su derecho de rescisión...que despidió a su empleado únicamente porque había dejado de trabajar algunos días; pero éste justificó que sufrió una enfermedad y que su médico le ordenó que no trabajara durante una semana; considerando que en estas condiciones, la sentencia pudo decidir que la sociedad había abusado de su derecho y, por consiguiente, condenarla al pago de daños y perjuicios...rechaza".

De esta manera la jurisprudencia relativa a la forma material del abuso de los derechos, se adhirió literalmente a la forma psicológica".<sup>5</sup>

#### "FORMA PSICOLÓGICA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

Consagración por las cortes de apelación y tribunales de primera instancia, de la forma psicológica de la noción de abuso de los derechos.

El origen de la forma psicológica de la noción de abuso de los derechos, se encuentra en una célebre sentencia de la corte de apelación de Colmar, del 2 de mayo de 1855, la sentencia Doerr, y con posterioridad fue doctrinalmente consagrada en una sentencia no menos célebre del tribunal civil de Sedán del 17 de diciembre de 1901, la sentencia Savart.

#### Sentencia Doerr

Deliberadamente sólo indicamos en esta sentencia la parte relativa a la proclamación de la noción de abuso de los derechos, en el sentido psicológico del término; los consideramos directamente relativos a ella y que reproducimos, se bastan por sí mismo tanto por lo que hace a los hechos como al derecho. Serán simple, pero notablemente desarrollados por la sentencia del tribunal civil de Sedán a la cual nos hemos referido y que transcribiremos íntegramente. "Considerando, declara la corte de Colmar, que los dictamen pericial demuestra que maliciosamente el apelante, sin ninguna utilidad para él, y con el único fin de perjudicar a su vecino construyo en frente y casi frente a la ventana del actor, de la cual una parte se encuentra ya tapada por la nueva construcción, una falsa chimenea, que comienza únicamente sobre el techo, apoyada en el cabrill extremo de la pared delantera de su casa, y que priva casi totalmente de la luz que queda a esta ventana, y que el mismo apelante en sus diversas promociones persiste insistentemente se mantenga por virtud de su derecho de propiedad; considerando que si en principio el derecho de propiedad es un derecho en cierta forma absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa, sin embargo, el ejercicio de este derecho, como el de todos los demás, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; que los principios de la moral y la equidad se oponen totalmente a que la justicia sancione una acción inspirada por la mala voluntad, realizada bajo el imperio de una mala pasión, que no está justificada por ninguna utilidad personal, y que causa un grave perjuicio a tercero; que por tanto, reconociendo que la propiedad del apelante está libre de toda servidumbre de vista, confirma la resolución recurrida en cuanto a la parte que decretó la demolición de la falsa chimenea".<sup>6</sup>

#### Sentencia Savart

"Esta sentencia presenta un carácter doctrinario digno de las sentencias de principio de la corte de casación, puesto que dice: considerando que el derecho de propiedad, por absoluto que sea, tiene como límites en su ejercicio, la satisfacción de un interés serio y legítimo, y que no podría autorizar la realización de actos mal intencionados, que no se justifican por ninguna utilidad personal y que causan graves perjuicios a otras personas; considerando que no puede discutirse seriamente esta limitación del derecho de propiedad, que resulta de la más elemental equidad y moral; considerando que los esposos Durand y Leredde tienen, indiscutiblemente la facultad de edificar en sus propiedades, obras que pueden dañar la luz y vistas de Savart, pero que la justicia no puede consagrar y sancionar esta facultad, cuando los actos por los cuales se manifiesta, como en este caso, están exclusivamente inspirados por la mala voluntad contra un vecino y sin utilidad real y apreciable para quienes construyen, que es indudable que no siempre es fácil escrutar la intención que ha tenido el propietario al usar sus cosas, pero que el principio planteado es jurídico, procediendo su aplicación cuando de hecho sea indudable que los trabajos realizados por los demandados

<sup>5</sup>Ibid. pp.821-822

<sup>6</sup>Ibid. p.822

tiene como único objeto perjudicar al vecino e impedirle que goce de su propiedad, disminuyendo la luz de que goza; que semejante acto, sanamente apreciado con la ayuda de la regla: *malitias non est indulgendum*, constituye uno de los casos de *cuasidelito*; previsto por el artículo 1382 del código civil; considerando por consiguiente, que Savart tiene derecho a solicitar la demolición de dicha pared y que solicita que el tribunal obligue a ello a los demandados; considerando en lo que se refiere a los daños y perjuicios por él reclamados que es indiscutible que los esposos Durand y Leredde con sus acciones, al obstruir sus vistas y luces, causaron a Savart un perjuicio que deben reparar; por estos motivos..."<sup>7</sup>

**\*CONSAGRACIÓN POR LA CORTE DE CASACIÓN DE LA NOCIÓN DE ABUSO DE LOS DERECHOS EN EL SENTIDO PSICOLÓGICO DEL TERMINO; PRETENDIDA OPOSICIÓN ENTRE LA SALA CIVIL Y LA CHAMBRE DES REQUETES EN CUANTO A LA FORMULA DE ESTA NOCIÓN.**

La corte de casación, como las de apelación, aceptó la noción de abuso de los derechos en su forma psicológica. Sucesivamente la ha aplicado al derechos de propiedad y al de comparecer en juicio, que se prestan particularmente para atacar a tercero con intención puramente nociva y sin interés para su titular.

**APLICACIÓN POR LA CORTE DE CASACIÓN DE LA FORMA PSICOLÓGICA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS, AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

### **SENTENCIA CLÉMENT-BAYARD.**

Esta sentencia es muy significativa. Se dictó con motivo de otra sentencia del tribunal de Compiègne, en la cual se aplican, sobre todo simultáneamente, la noción de abuso de los derechos considerada en sentido material y en el psicológico. La corte de apelación de Amiens siguió al tribunal de Compiègne, y debido al recurso interpuesto contra esta sentencia, dictó la corte de casación la siguiente: "sobre el medio único: considerando, que de la sentencia recurrida resulta que Coquerel instaló en su terreno cercano al de Clément-Bayard, un almacén de madera de 26 m. de altura, terminado con barras de hierro puntiagudas; que este dispositivo no presentaba, para la explotación del terreno de Coquerel, ninguna utilidad y que se edificó únicamente con el fin de dañar a Clément-Bayard, sin que, por otra parte, a la altura en que fue construido pudiera constituir, en el sentido del art.647 del código civil, la cerca que el propietario tiene facultad para construir en protección de sus intereses legítimos; que dados los anteriores hechos la sentencia recurrida pudo apreciar que por parte de Coquerel existía abuso de su derecho y, por otra parte, condenarlo a la reparación del daño causado a un dirigible de Clément-Bayard y además a la supresión de las puntas de hierro con que termina el referido almacén de madera; considerando que, sin contradicción, pudo la sentencia recurrida rechazar la supresión del resto de dicho almacén, que también se reclamaba, por no haberse demostrado que el mismo hubiera causado hasta hoy una daño a Clément-Bayard o que necesariamente debiera causarlo en el futuro, considerando que la sentencia recurrida legalmente se basa en estas pruebas; que por estar debidamente motivadas, al fallar como lo hizo, no violó ni aplicó falsamente las reglas legales invocadas en el agravio, rechaza, etc.

Las colecciones de sentencias revelan la importante contribución aportada por la sentencia Clément-Bayard, a la elaboración de la teoría del abuso de los derechos. Pero, acaso la distinción entre la forma material y la psicológica de esta teoría, que la jurisprudencia había hecho desde hacía tiempo, no fue puesta de relieve suficientemente."<sup>8</sup>

**\*APLICACIÓN POR LA CORTE DE CASACIÓN DE LA FORMA PSICOLÓGICA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS, A LA FACULTAD DE COMPARECER EN JUICIO; SERIE DE SENTENCIAS; PRETENDIDA OPOSICIÓN ENTRE LA CHAMBRE DES REQUETES Y LA SALA CIVIL, EN CUANTO A LA FORMULA DE LA INTENCIÓN NOCIVA, GENERADORA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS, EN EL SENTIDO PSICOLÓGICO DEL TERMINO.**

Desde hace tiempo la corte de casación considera que el ejercicio del derecho de comparecer en juicio, es susceptible de convertirse en abuso de los derechos, por virtud de la intención que persiga su ejercicio. Sólo que se ha pretendido que mientras la *Chambre des Requetes*, se conformaba para ello con una simple culpa, la *Sala civil* exigía una "intención maliciosa". Por tanto, entre las fórmulas de ambas Salas existiría una diferencia de grado.

En apoyo de esta interpretación del pensamiento de la *Chambre des Requetes*, se han citado las sentencias Pety del 30 de junio de 1906 y 24 de noviembre de 1908. En esta última se dice: "sobre el quinto agravio basado en la violación de los arts. 1382 del código civil y 7 del la ley del 20 de abril de 1810: Considerando que al declarar que la desproporción excesiva entre el interés inicial de Pety y la cifra de su demanda de daños y perjuicios, la duración de sus amenazas y de sus ataques, su obstinación encarnizada y los hechos de la causa, demuestran que su objeto ha sido sobre todo, perturbar el ánimo de

<sup>7</sup>Ibid. pp.822-823

<sup>8</sup>Ibid. p.823

los demandados y que caracterizan al mismo tiempo el espíritu de malicia y de chicana que anima al actor respecto a aquellos, la sentencia implícita pero suficientemente admite la culpa de que éste es responsable y establece la relación de causa a efecto, entre el perjuicio sufrido por los demandados y los hechos que lo ocasionaron; que de lo anterior resulta que al fallar como lo hizo, la sentencia recurrida, que está regularmente motivada, no violó ni desconoció ninguno de los textos legales y principios invocados por el recurrente; que, por el contrario, los aplicó correctamente, rechaza: etc. Es fácil advertir por la sola lectura de la sentencia, que en este caso era indudable la "intención maliciosa"

## COMENTARIOS A ESTAS SENTENCIAS POR BONNECASE

"Para algunas personas, la concepción moderna de la noción de abuso de los derechos no sería, a la vez bajo su forma material y psicológica, sino una reacción contra el carácter absoluto de tales o cuales derechos individuales, a cuya cabeza se colocaría el derecho de propiedad. Por tanto, no carece de interés demostrar y más bien recordar que antes de que surgiera y se empleara la noción y expresión: abuso de los derechos, los más eminentes civilistas del siglo XIX habían sostenido la tesis de que todo derecho implica límites, si no en su principio, por lo menos en su ejecución y aplicación. Los civilistas particularmente han dirigido su atención sobre el derecho de propiedad, en razón misma del carácter rigurosamente absoluto que deliberadamente han prestado a esta manifestación de las prerrogativas naturales de la personalidad. Nadie mejor que Aubry y Rau ha establecido, por una parte, el alcance del principio exclusivo del derecho de propiedad y por otra, su alcance de aplicación relativa. En efecto, estos autores declaran: "aunque la propiedad sea un derecho absoluto por su naturaleza, su ejercicio está, sin embargo, sometido a diversas restricciones establecidas en interés público. Por otra parte, las facultades inherentes a la propiedad, únicamente pueden ejercitarse a condición de no afectar la propiedad ajena. De aquí, ciertos límites que su recíproco interés, no deben los propietarios vecinos sobrepasar en el ejercicio de estas facultades".<sup>10</sup>

"Sea lo que fuere, la diferencia específica entre la noción de abuso de los derechos y la cuestión de la existencia de límites materiales y objetivos, que afectan el ejercicio de los derechos, no se discute, ya que por sí misma es evidente.

Una expresión técnica nueva se justifica únicamente cuando está destinada a traducir una nueva noción o, por lo menos, una noción hasta entonces confundida erróneamente en límites que no eran los suyos. Estas dos hipótesis no caracterizan precisamente la idea misma de un límite material que todo derecho lleva en sí, en cuanto a su dominio y fuerza de expresión. En efecto, la doctrina individualista nunca ha sostenido que los derechos puedan ser absolutos en su ejercicio, y sólo sus adversarios han podido atribuirle semejante proposición, que equivaldría a una negación directa del derecho.

¿De donde se deriva este concepto de los derechos absolutos que se atribuye a la doctrina individualista? simplemente de una confusión por parte de los adversarios, que no siempre ha sido inconsciente y desinteresada. Se ha confundido el principio del derecho con su ejercicio, y más bien no se ha advertido que sólo con relación al análisis abstracto puede hablarse de derechos absolutos. Por otra parte, a este respecto, todos los derechos son absolutos, puesto que se reducen a facultades de acción, pero, tan pronto como se trata de aplicarlos, se convierten en relativos y contingentes, pues condenados a operar a través del medio social, encuentran las facultades concurrentes y caen bajo el imperio del derecho, cuya suprema misión es limitar, conciliar y combinar las actividades contrarias. Por ello, nunca han sido absolutos los derechos sino en teoría. Basta considerar el código civil, que es expresión de la teoría individualista, para advertir esto. El poder de contratar, manifestación de la omnipotencia jurídica atribuida a la voluntad, está limitada según el artículo 6, por leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres; el poder del propietario, presentado como símbolo del derecho absoluto, a su vez se halla subordinado a un uso no prohibido por las leyes y reglamentos <art. 544>; previendo un caso especial del ejercicio de un derecho de propiedad, el art. 674 exige que se "deje la distancia prescrita por los reglamentos y usos particulares sobre estos objetos", o que se "realicen las obras por los mismos reglamentos y usos, para evitar que se ocasione un perjuicio a los vecinos. Por tanto ¿para qué hablar de abuso de derecho cuando se trata de la violación de los límites objetivos de un derecho? ¿No existía ya esta noción antes de que tal expresión fuera usual? Por otra parte ¿qué superioridad presenta el término "abuso de los derechos" sobre la expresión "violación de los límites materiales u objetivos de los derechos"? Ya la expresión abuso de los derechos es muy discutida por los autores, erróneamente en nuestra opinión, puesto que llega aún, en desprecio de la lógica y del método científico a darle una acepción o extensión que no admite. El abuso de los derechos no es sino el hecho de no respetar los límites impuestos al ejercicio de un derecho."<sup>11</sup>

<sup>9</sup>Ibid., pp.823-824

<sup>10</sup>Id.

<sup>11</sup> Ibid. pp.824-825

"La verdadera noción de abuso de los derechos, su carácter esencialmente psicológico y subjetivo: ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo

Por nuestra parte consideramos que la noción de abuso de los derechos se reduce a lo que hemos llamado su forma psicológica y que se descompone en varios elementos constitutivos, que estudiaremos a continuación y que se hallan contenidos en la definición que acabamos de enunciar.

Primer elemento constitutivo de la noción de abuso de los derechos: ejercicio de un derecho: ¿es compatible este elemento con la expresión técnica: abuso de los derechos, así como con la consecuencia inherente a esta noción, que es el nacimiento de una obligación de reparación?

Segundo elemento constitutivo. Ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular.

Las sentencias Doerr y Savart pusieron particularmente de relieve, la necesidad de este segundo elemento, para que pueda tratarse de abuso de los derechos. Ambas decisiones consagraron esta noción, porque en los casos que resolvieron, era indiscutible la ausencia de todo "interés serio y legítimo" para el ejercicio del derecho. Pero es necesario entenderse. So pena de neutralizar de hecho, la aplicación de los derechos, por absolutos que sean en principio, no deben los tribunales admitir fácilmente, con motivo de su ejercicio, la ausencia de toda utilidad para su titular. Principalmente no deberán limitarse a registrar la falta de interés actual, sino prever el futuro y examinar si el acto, desprovisto por el momento de utilidad, es susceptible de producirla en el porvenir. Es esto lo que declara implícitamente la sentencia de la corte de Amiens del 12 de noviembre de 1913, en el negocio Clément-Bayard: "considerando, dice, que el almacén de madera litigioso no es ni cerca ni techado; que Coquerel no obtiene, ni podrá obtener de él, en el estado que se encuentra, ningún beneficio directo.

Tercer elemento constitutivo: la intención nociva:

Por lo general se presenta este elemento como la característica esencial de la noción de abuso de los derechos, en el sentido psicológico, es decir, tal como la comprendemos. En realidad es impotente para realizar esta noción sin los demás elementos; pues, por ejemplo, si con el sólo fin de dañar a un vecino, un propietario realiza trabajos que, a pesar de todo, embellezcan su propiedad o aumenten sus productos no podrá quejarse de nada aquí. No es menos cierto que la intención de perjudicar ha sido el verdadero móvil de los trabajos realizados; pero las consecuencias de esta intención quedan paralizadas por las circunstancias de que habiéndose ejercitado dentro de los límites del derecho de propiedad, han ido acompañadas de un provecho para su autor."

Sea lo que fuere, la intención nociva debe estar absolutamente caracterizada y absorberse en la noción de dolo, en el sentido del derecho común, es decir, consistir según la voluntad del titular del derecho, en un ejercicio con el fin de dañar a otro. Cuando más asimilaremos al dolo, de acuerdo con la tradición, la culpa grave, que, según la fórmula civil en oposición a la Chambre de Requetes. Pero, ¿no incurrimos con lo anterior en los excesos del subjetivismo y en los peligros de la investigación de la intención que se han propuesto suprimir los partidarios de la teoría objetiva al exponer ésta? Se advierte, en primer lugar, que no es ésta una objeción decisiva y que los tribunales constantemente hacen investigaciones sobre la intención. Es necesario notar, principalmente, que en materia de abuso de los derechos, la intención nociva se materializa en forma tal, que en la mayoría de los casos aparece de modo inmediato, sin esfuerzo alguno. Felizmente puede juzgarse esto por los negocios en los que se han dictado las sentencias de principio, que instauraron en la jurisprudencia, la teoría subjetiva del abuso de los derechos."<sup>12</sup>

"En definitiva, concluimos que el elemento psicológico de la noción de los derechos se reduce a la noción de dolo del derecho común

Es decir, a la intención de dañar. Si asimilamos esta intención con la culpa grave del derecho común, se debe a la imposibilidad de distinguir la culpa grave del dolo, pues a tal grado es anormal la negligencia que la constituye, dejando una duda sobre si encierra la voluntad de dañar.

Por otra parte, desde el punto de vista del abuso de los derechos, materializamos este elemento psicológico, en el sentido de que los jueces no tendrán que investigar si efectivamente la intención de dañar animó el espíritu del autor; deberán, por el contrario, tomar como bases de sus decisiones los hechos de los cuales se pretende deducir el abuso de los derechos. Nuestra opinión se justifica, pues los actos materiales a través de los cuales se manifiesta el ejercicio de los derechos, reviste en el caso de dolo, un significado no dudoso, revelando la intención con que se han realizado."<sup>13</sup>

"Cuarto elemento constitutivo: el perjuicio ocasionado a otra persona

Apenas si es necesario indicar la absoluta necesidad de que exista este elemento. En efecto, es evidente que sólo el perjuicio sufrido por una persona es susceptible de poner en movimiento una acción fundada en el abuso de los derechos. Por definición, el autor de éste se mantiene dentro de los límites materiales u objetivos de sus derechos. Por tanto, aparentemente se desarrolla la vida normal de los mismos. El signo de que a pesar de lo anterior pueda existir una perturbación en las relaciones sociales, consiste, fatalmente, en la

<sup>12</sup>Ibid. pp. 825-826

<sup>13</sup>Ibid. pp. 826-827

molestia o la pérdida experimentada por un miembro del grupo. ¿Son legítimas estas molestias o pérdida? En esto reside la cuestión: una vez planteada, el cuarto elemento constitutivo, que en el orden del procedimiento es el primero y que conduce a la verificación de la existencia de los otros elementos, agota su papel para reaparecer sino en el momento de valorar el monto de la reparación debida."<sup>14</sup>

**\*Fundamento de la teoría del abuso de los derechos:** esta teoría es una manifestación de la acción constante y necesaria de la noción de derecho, en la elaboración del derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de éstos.

A imagen del enriquecimiento sin causa, estimamos que la teoría del abuso de los derechos es una manifestación de la noción de derecho, operando en una forma directa e inmediata, como fuente de derecho positivo, más allá de los textos legales. Lo indiscutible es que la posibilidad jurídica de perjudicar a una tercera persona so pretexto de que se ejercita un derecho, y sin que este ejercicio presente un interés actual o eventual, sería manifiestamente contraria a la función de armonía o equilibrio sociales inherentes a la noción de derecho.

En esta parte debemos referirnos a la nueva teoría del abuso de los derechos como una noción moral, que viene a fecundar la materia jurídica. Pero una vez más haremos, a propósito de esta concepción, reservas de toda clase, especialmente en el terreno práctico.

Considerada así, ¿no corre la noción de abuso de los derechos el riesgo de ser un instrumento de arbitrariedad y opresión en poder del juez?<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup>Ibid. p.827

<sup>15</sup> Ibid. p.828

# LEGISLACIONES DE EUROPA Y AMERICA SOBRE EL USO ABUSIVO DEL DERECHO:

## CHECOSLOVAQUIA

El Código Civil de Checoslovaquia fue revisado en 1964, simultáneamente con los Códigos Civiles de la que fuera la Unión Soviética y Polonia.

El art.7º es tajante cuando de modo genérico pero categórico, prescribe: "Ninguna persona puede abusar de sus derechos en perjuicio de los intereses de la sociedad o de sus conciudadanos; no puede enriquecerse en detrimento de ellos". Sin embargo, la alusión que se hace al enriquecimiento indebido es innecesaria por hallarse fuera de lugar.<sup>16</sup>

## POLONIA

"El Código Civil polaco establece en su art. 40: "Nadie puede ejercer un derecho de manera contraria a su fin económico y social, a los principios de la vida en sociedad en vigor en la República Popular de Polonia. Tal acto u omisión no es considerado como el ejercicio de un derecho y no goza de la protección legal."

Como se advierte de la redacción de este numeral, se considera que el acto abusivo-aunque no se le designe por su nombre-es un acto que "no goza de la protección legal", es decir, que es ilícito. De la lectura del texto del art. 40 se aprecia que el criterio que adopta el Código para la determinación del abuso del derecho es el objetivo, en tanto se hace mención, siguiendo la tesis de Josserand, a la finalidad económico-social para la cual se normó el pertinente derecho subjetivo. De otro lado, al referirse a los "principios de la vida en sociedad en vigor en la República Popular de Polonia", se alude al principio de orden público."<sup>17</sup>

## HUNGRÍA

"El art. 5º del Código Civil húngaro prescribe lo siguiente:

1) La ley prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos. 2) El ejercicio de un derecho es abusivo cuando tiende a un fin incompatible con el destino social del derecho y especialmente cuando acarrea daño a la economía nacional, veja a los ciudadanos, avanza sobre sus derechos e intereses legítimos o procura la adquisición de ventajas indebidas. 3) Cuando el ejercicio abusivo consiste en la negativa a realizar una declaración prescrita por una regla de derecho y cuando esa negativa perjudica un interés público importante o un interés privado digno de atención particular, el tribunal puede por sentencia suplir la declaración de la parte, cuando el perjuicio causado no pueda ser reparado de otra manera.

El Código Civil húngaro, que probablemente en este aspecto no sufrirá reformas radicales, es un cuerpo legal que tiene la virtualidad de usar una expresión clara y precisa cuando establece que la ley "prohíbe" el acto abusivo. Es decir, que no deja resquicio a duda alguna al tipificar al abuso del derecho como un acto u omisión ilícita.

De la redacción del segundo párrafo es rescatable la opción por el criterio objetivo cuando puntualiza que es abusivo el acto cuya finalidad es "incompatible con el destino social del derecho". El resto del párrafo es confuso y se refiere más bien a genéricos actos ilícitos que no son estrictamente de carácter abusivo, salvo cuando se hace referencia a los "intereses legítimos" de los ciudadanos. Son los casos citados de "acarrear daño a la economía nacional", de vejar a los ciudadanos o de la "adquisición de ventajas indebidas". En estas situaciones se lesionan otros principios generales del derecho o específicos derechos subjetivos tipificados en el ordenamiento jurídico.

En el tercer párrafo, en cambio, se alude a "intereses", públicos o privados, que se ven afectados a raíz de la negativa a "realizar una declaración prescrita por una regla de derecho". Es decir, el abuso deriva de la omisión en el cumplimiento de un deber."<sup>18</sup>

## FRANCIA

"La jurisprudencia y algunos destacados juristas franceses desempeñaron un importante papel en la delimitación de la teoría del abuso del derecho. En este párrafo nos referiremos a sus más relevantes aportes.

a) La jurisprudencia precursora.

<sup>16</sup>Fernández Sessarego, Carlos Op.Cit p.191

<sup>17</sup>Id.

<sup>18</sup>Ibid. p.192

Al referirnos al decisivo papel de la jurisprudencia francesa en el diseño de la teoría del abuso del derecho hemos hecho alusión a dos notables sentencias producidas en los años de 1855 y 1856 por los Tribunales de Colmar y Lyon, las mismas establecieron, tal vez de modo precursor, el principio de la relatividad del derecho subjetivo. Atisbaron que ello acontece si se tiene en consideración con el derecho, por ser una experiencia intersubjetiva, debe conciliar el propio derecho con el de los demás y con el de la sociedad en general.

Esta conciliación supone, indudablemente, la necesidad de instituir cierto límite, específico o genérico, en el uso del derecho subjetivo, lo que contraría la tradicional posición que estimaba que el derecho subjetivo tenía un carácter absoluto.

Las sentencias antes aludidas dieron origen a aquella posición, de corte prevalectivamente subjetivo, que consideraba que el titular de un derecho subjetivo debería ejercitarlo en función de un interés "serio y legítimo". Es decir, de una acción que produjera algún beneficio al agente y no sólo fuese dirigida por el propósito de mortificar o perjudicar a otro, principalmente al vecino.

Los casos de Colmar, o sea el de la falsa Chimenea levantada frente a la ventana del vecino con el exclusivo objeto de mortificarlo privándolo de la luz, o el de Lyon relacionado con la permanente e innecesaria extracción de agua de un pozo para dejar sin este elemento al colindante, son expresiones elocuentes de esta nueva actitud de la jurisprudencia francesa orientada a poner un límite al arbitrario uso de un derecho subjetivo.

Estas decisiones jurisprudenciales originaron el paulatino desarrollo en Francia de la teoría del abuso del derecho supliéndose, de este modo, el explicable vacío del Código Civil de 1804.

La jurisprudencia del presente siglo, bajo la influencia de la tesis de Porcherot y Josserand asume, por lo general, el criterio que conluga el aspecto objetivo, es decir, el de la desviación del derecho de su propio fin, y el subjetivo que atiende, básicamente, a la intención de dañar.<sup>19</sup>

## ALEMANIA

"... nos ocuparemos del tratamiento de que ha sido objeto el abuso del derecho en el Código Civil prusiano de 1794 y en el Código Civil alemán de 1900.

El abuso del derecho en el Código Civil prusiano de 1794.

Algunos autores, como Markovich y Calvo Sotelo, entre otros, señalan que fue el Código Civil prusiano de 1794, el primer cuerpo legal que consagró la noción de abuso del derecho.

En efecto, en este Código, cuando se trata del argumento relativo a los derechos y deberes que son generados por los actos ilícitos, se halla una expresa referencia a la materia de que nos venimos ocupando. Es así que en la Primera Parte, Título VI, 36 y 37, se prescribe: "Que aquel que ejerza su derecho aun dentro de sus límites propios, está obligado a reparar el perjuicio que de allí provenga para otros, cuando resulta claramente de las circunstancias, que entre varios modos posibles de ejercerlos se escoge intencionalmente aquel que causaba daño.

Como se percibe de la lectura del mencionado dispositivo contenido en el Landrecht, el acto abusivo sólo se daría en la hipótesis en que se presenten, al lado de la conducta antisocial, otras posibles acciones que permitan el ejercicio del derecho de parte del titular, a pesar de lo cual, al desestimar estas últimas escoge, precisamente, el comportamiento lesivo al interés ajeno. Es decir, que es condición legal para sancionar el abuso del derecho la preexistencia de dos o más posibilidades de actuación del derecho, "varios modos posibles de ejercerlo", ya que de existir un sola hipótesis para su ejercicio no sería posible tipificar de abusiva la conducta del agente.

Warat, al comentar el dispositivo del Código Civil, considera que dicho precepto "es más bien la doctrina de los actos de emulación, y en consecuencia, no puede hablarse de la aplicación de la teoría del abuso aún desconocida. No estamos seguros de la pertinencia de la observación formulada por el autor, ya que los actos de emulación, como se ha hecho referencia en su lugar, se aplican, general y fundamentalmente, a los problemas surgidos a propósito del derecho de propiedad en una relación de vecindad, hipótesis que no es materia del dispositivo del Código Civil prusiano antes referido.

Por otra parte, descendiendo del enunciado general antes glosado a una norma aplicable a un caso concreto, es dable recordar que en los parágrafos 26 a 28 de la Primera Parte, Título VIII, del citado Código, se prescribe: "Nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro y producirle perjuicio", describiendo el acto abusivo, en esta hipótesis, como el uso de la propiedad "Que por su naturaleza no puede tener otro fin que perjudicar a otro.

No obstante lo expresado, en opinión tanto de Markovich como Calvo Sotelo, estos dispositivos no tuvieron caso aplicación en la jurisprudencia, mientras que la doctrina alemana del siglo XIX no les dio acogida, por lo que pasaron prácticamente desapercibidos.

<sup>19</sup>Ibid. p.194

El Código Civil alemán de 1900

El Código Civil alemán de 1900 incorpora en su texto, haciendo una innovación digna de alabanza, hasta dos numerales referidos a la condena, si bien limitada, del abuso del derecho. Nos referimos a los párrafos 226 y 826.

El BGB introduce el supuesto del abuso del derecho en su par.226. En este numeral se prescribe: "No se permitirá ejercer un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro". El dispositivo es, como se aprecia, sumamente restrictivo, ya que exige que tenga como única y exclusiva finalidad el causar un perjuicio a otro. Es decir, que el acto abusivo no puede tener simultáneamente, otros u otros propósitos. Como comenta Larenz al referirse a este art., "la ley, en su afán excesivo de hacer desaparecer en todo caso los límites entre la conducta reprobada sólo moralmente y la reprobada también jurídicamente, exige que la acción no puede tener otra finalidad.

El requisito contenido en el texto del párrafo 226 hace muy difícil cumplir, en la práctica, con el supuesto de la ley, ya que en la mayoría de los casos es muy probable que pueda demostrarse que, al lado del propósito de perjudicar a otro, se presentan otras finalidades diversas pretendidas también por el agente de manera conjunta. Esta observación mueve a Larenz a concluir que el supuesto planteado por el par.226 "muy raras veces se dará en la realidad.

Este autor, para graficar los extremos restrictivos a que en la práctica se puede llegar en la aplicación del citado par.226, nos proporciona un elocuente ejemplo. Se refiere al caso de un propietario que, con la decidida intención de mortificar a su vecino, hace pintar un sector de su casa, visible desde la de aquel, con un color que sabe que su vecino detesta en sumo grado. Es evidente que el propietario, en esta circunstancia, presumiblemente demostrará que dicho color es el que más le agrada, hecho que no podrá, sin duda, ser desmentido por el agraviado.

Se nos ocurre otro ejemplo, como es el del propietario que tiene un perro en el jardín y cuyos ladridos, se sabe, molestan al vecino, quien es muy sensible a los ruidos. El propietario demostrará, probablemente, que dicho perro es un necesario guardián de su propiedad para protegerlo de los ladrones o que es el animal mascota de sus hijos.

Al comentar el par.226 del BGB, Martín Bernal advierte que no recoge ni acepta un criterio amplio en materia de abuso del derecho, y lo que hace es "prohibir el acto emulativo aunque con un alcance menor que en la doctrina medieval ya que no es suficiente que exista la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto.

Aunque la observación es digna de tenerse en consideración, sería el caso de reiterar lo dicho en precedencia cuando nos referimos al comentario formulado por Warat. Es decir que ponemos en duda que este dispositivo constituya un verdadero y propio acto emulativo, en la medida que el supuesto de la ley no se limita, ni principal ni fundamentalmente, a un problema vinculado con el derecho de propiedad surgido entre vecinos. Estamos más próximos, en este sentido, a la opinión de Josserand, quien considera que el artículo bajo comentario contiene un supuesto de abuso del derecho.

El art.826 del Código Civil alemán en concordancia con el art.226, prescribe: "El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación".

El fundamento, en este caso, consiste en un atentado intencional pero, a la vez, contrario a la moral, que es la interpretación más frecuente de lo que se pretende significar con la expresión "buenas costumbres". Como Larenz señala, tanto la jurisprudencia como la doctrina han visto en el contenido de dicho numeral un límite al ejercicio lícito de un derecho. Y, en orden a la naturaleza misma del acto, expresa que es discutible si la intención de perjudicar sólo es necesaria para el deber de resarcimiento de daños o si también lo es en orden a convertir en ilícito el ejercicio de un derecho en un caso particular.

Al referirse a la solución adoptada por el Código Civil alemán, Spota considera que el abuso del derecho es admitido, en forma diminuta, a través del art.226, pero que se acepta, en forma lata, en el caso del art.826 que "castiga el acto dañoso...si el perjuicio que ocasiona significa un desconocimiento intencional de las buenas costumbres.

En relación indirecta con el problema planteado cabe señalar que, según el art.242 del Cód. civil alemán, el principio de la buena fe sirve de límite al ejercicio de un derecho. Aunque de la sistemática del Código debería deducirse que este dispositivo sólo operaría para los casos de cumplimiento de los deberes obligacionales, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia resulta válida para cualquier tipo de relaciones jurídicas"<sup>20</sup>

<sup>20</sup>Ibid. pp.208-214

## SUIZA

"El Código Civil suizo de 1907 abre una nueva etapa en lo que a la normatividad del abuso del derecho se refiere al incluir, en su art.2º, una fórmula muy general que ha sido recogida, de alguna manera, por muchos códigos civiles posteriores.

El mencionado art. 2º prescribe: "Que cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe.", para añadir en seguida: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley." De la lectura de éste dispositivo se aprecia cómo de su texto se aleja del planteamiento restrictivo y limitado a que se contrae el art.226 del Código Civil alemán.

En el Código suizo la prohibición del abuso del derecho asume la forma de una cláusula general, cuya amplia redacción permite al juez apreciar cada caso y cada circunstancia a fin de que con la ayuda de la doctrina, de los antecedentes jurisprudenciales y de su sensibilidad valorativa, determine si se encuentra o no frente a un evento que pueda considerarse, según el texto de la ley, como "abuso manifiesto del derecho."

El art. 1º del Código Civil suizo concede al juez amplias facultades para integrar las lagunas de la ley, cuando le otorga la facultad de actuar, en esta hipótesis, como si fuera legislador. Esta confianza depositada en el juez suizo permite que su Código, en contraste con otros, adopte una fórmula flexible en lo que atañe al abuso del derecho. Corresponderá al juez, por ello, precisar frente a cada caso dónde empieza el abuso de dicho derecho, es decir la ilicitud que lo caracteriza. Esta apreciación judicial se sustenta, en gran medida, en el sentimiento de justicia propio de quien cumple la muy noble tarea de resolver conflictos de convivencia.

La doctrina y la jurisprudencia parecen concordar en que la expresión "abuso manifiesto" facilita al juez aplicar todos los criterios tradicionales disponibles para evidenciar cuándo se enfrenta a una circunstancia en la cual se transgreden los límites del genérico deber jurídico de no perjudicar a otro a partir del ejercicio, o de la omisión, de un derecho subjetivo.

Lo decisivo es que el hecho abusivo sea "manifiesto", es decir, evidente al sentimiento de justicia del juez que resuelve el caso. Todos los criterios, tanto subjetivos como objetivos, deben ser conjugados y apreciados por el juzgador, sin que ninguno de ellos, siempre y necesariamente, deba prevalecer de manera especial en el juzgamiento del hecho. Cada criterio, como bien señala Tercier, opera como "un índice y no como una condición del abuso del derecho.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia suiza han señalado que la expresión "abuso manifiesto" no obliga, necesariamente, a que la víctima deba probar la intención de dañar con que supuestamente el agente ha ejercido su derecho. De ahí que pueda sostenerse que el ánimo de dañar no resulta un requisito indispensable o esencial para tipificar un caso de abuso del derecho. No puede, pues, confundirse la expresión "abuso manifiesto", es decir, evidente, con una interpretación que podría traducirse en los términos de "abuso con intención manifiesta de causar un perjuicio a otro.

Como apunta Martín Bernal, el término "manifiesto" tiene el alcance de un estándar jurídico. Ello significa que el abuso del derecho debe aparecer manifiesto "para toda persona razonable y que obre con espíritu de justicia y equidad.

La concreción de la figura en el Código Civil suizo, intimamente ligado al principio de la buena fe, resulta, en opinión de Tercier, una institución indispensable al funcionamiento del derecho privado suizo. Su amplia formulación facilita al juez resolver, con el apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia, los casos que hieran el sentimiento de justicia recogido en la conciencia jurídica colectiva. Pero, al mismo tiempo, como lo señala el mismo autor, la ley cumple en este caso un papel preventivo, una función docente.

Cabe destacar cómo la obra de Huber, el autor del Código Civil suizo, vincula estrechamente en el art. 2º, dos principios de raíz ética que, por sus alcances de cláusulas generales, o principios abiertos, regulan, sin excepción, toda la conducta del ser humano. Es por ello interesante anotar cómo el legislador suizo, apartándose de la solución del Código Civil alemán, no ubica sistemáticamente el principio de la buena fe en la parte dedicada al cumplimiento de las obligaciones, sino en la Parte General que comprende todo tipo de actividades o actos jurídicos. Es pues muy interesante señalar cómo, con muy buen criterio, el legislador suizo conecta en un mismo art. el proceder con lealtad, corrección y confianza, propias de la buena fe, con la necesidad de no abusar de un derecho subjetivo.

Y es que, como se ha anotado, se trata de arquetipos de conducta de general aplicación en al vida del derecho."<sup>21</sup>

## ITALIA

El Código Civil italiano de 1942 extrañamente, no consigna una cláusula general condenatoria del abuso del derecho, tal como habría sido previsible si se tiene en cuenta los importantes antecedentes representados por los Códigos Civiles alemán y suizo, que lo precedieron en el tiempo. Ello es más sorprendente si se recuerda

<sup>21</sup>Ibid. pp.214-215

que el anteproyecto contenía una fórmula legal referente a esta figura, la misma que no es incorporada al Código. De ahí que como lo anota Rotondi, el problema del abuso del derecho se coloca en Italia fuera del ámbito del derecho positivo.

La inexistencia en el Código Civil de 1942 de una norma general condenatoria del abuso del derecho es justificada por Santi Romano en tanto se trata de un problema de teoría general del derecho cuya solución se deja difícilmente traducir en términos preceptivos. Considera más adecuada y concebible "la existencia de una variedad de fórmulas particulares dentro del ámbito de los singulares institutos, en cuyo caso la contemplación de los llamados abusos, se encuentran en la configuración de los límites de los propios institutos." <sup>22</sup>

## ESPAÑA

"La incorporación del abuso del derecho al Código Civil español en el año de 1974 y la noción de buena fe.

En el título preliminar del Código Civil español se incorpora, a partir de 1974, el art.7º que cumple la función jurídica de constituirse en una cláusula general, abierta, prohibitiva del acto antisocial denominado abuso del derecho:

"1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

Es importante anotar el acierto que significa, siguiendo al huella trazada por el Código Civil suizo de 1907, que el art. 7º haya reunido, en un mismo texto, dos principios generales del derecho, como son la buena fe y el abuso del derecho, que se hallan en íntima conexión. La buena fe se considera, generalmente, como sinónimo de lealtad, corrección, confianza, todo lo que supone un comportamiento naturalmente respetuoso del interés ajeno y del social.

El abuso del derecho es una actitud incorrecta, desleal, que agrede los intereses de otros a través de un uso anormal o de la omisión de un derecho. Por el principio de la buena fe se consagra mediante la modalidad de un genérico deber jurídico, el valor de rango constitucional constituido por la solidaridad. Por el abuso del derecho, bajo la apariencia del legítimo uso de un derecho subjetivo, se transgrede el genérico deber jurídico que, inspirado en la buena fe y en otros principios de raíz ético-moral, impide atentar de modo antisocial contra intereses ajenos, no tutelados por una norma jurídica expresa, hasta causarles un perjuicio.

José Luis de los Mozos, quien ha dedicado un profundo y crítico ensayo al tema referente a la incorporación del principio de la buena fe en el Título Preliminar del Código Civil español mediante la reforma de 1974, considera que la buena fe sirve de causa para "la integración del ordenamiento conforme a una regla ético-moral, la idea de fidelidad y de crédito o de creencia o confianza (Tre und Glauben), que sirve de modelo para las relaciones sociales". Es decir, dicho de otro modo y como lo explicita el propio autor concidiendo con Díez-Picazo, la remisión a aquella norma, que sirve de modelo o arquetipo del comportamiento social, se impone como norma jurídica. Por ello la buena fe, en cuanto a su contenido material "representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico.

Si bien cada uno de dichos principios, el de la buena fe y el del abuso del derecho, tienen un autónomo perfil conceptual, ambos provienen de una misma raíz ética, se basan e inspiran, fundamentalmente, en el valor de la solidaridad que, junto con la justicia y la seguridad, conforman el más importante trípede axiológico.

El abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo.

En síntesis del texto del referido art.7º, párrafo 2º, se desprende que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Es decir, que considera a la conducta abusiva como un comportamiento de naturaleza antisocial en el ejercicio de un derecho." Como lo anotan Díez-Picazo y Gullón, en la norma se consideran como sinónimos el abuso del derecho y el ejercicio antisocial de éste.

Ejercitar antisocialmente un derecho supone, por cierto, proceder en disconformidad con el valor de la solidaridad y los principios de la buena fe y de las buenas costumbres en ella sustentados.

Frente al problema de interpretación planteado sobre la identidad o no de las expresiones abuso del derecho y su ejercicio antisocial se puede decir: que ambos términos no son necesariamente sinónimos, aunque su proximidad conceptual evidente. Nos fundamos en tres razones, la primera de las cuales se sustenta en el texto mismo de la exposición de motivos que, como se ha señalado, se refiere a diferencias de matices.

En segundo lugar, advertimos que entre dichas expresiones se hace uso de la disyunción en vez de la conjunción. No obstante lo dicho, el argumento de mayor enjundia es el que distingue el uno del otro en cuanto el abuso del derecho es una especie del género del conductas que un ordenamiento tiene como antisociales. Es decir, que todo abuso del derecho es antisocial, pero no todo comportamiento antisocial es

<sup>22</sup>Ibid. pp.217-218

**abuso del derecho.** Lo antisocial, en síntesis, es comprensivo del acto abusivo, lo que permite definir al abuso del derecho como una modalidad del compartamiento antisocial.

El abuso del derecho como acto u omisión de una prerrogativa.

En el citado art. 7º, párrafo 2º del Título Preliminar del Código Civil español, se delinea el abuso del derecho como un "acto" o una "omisión" de una prerrogativa particularmente, en este último caso, cuando hay un deber jurídico de actuar. Nos parece una muy oportuna anotación, dada la tendencia que se advierte en un reducido sector de la jurisprudencia a pensar que sólo a través del uso o ejercicio de un derecho se puede abusar del mismo y no por su abstención.

Sin embargo, es del caso referir la observación de Batlle Vázquez en el sentido de que la palabra "acto" no está empleada en sentido técnico-jurídico sino en el vulgar o corriente de la acción o conducta positiva, por contraposición a la conducta negativa u omisión.

Esta doble posibilidad de abusar de un derecho, ya sea por acción positiva o por omisión, ya había sido puesta anteriormente puesta de manifiesto por la jurisprudencia, lo que comporta un acierto en la redacción del citado numeral.

El abuso como manera manifiesta de sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho.

Este acto u omisión están caracterizados en la norma a través de varios elementos, como la intención del autor, su objeto o si las circunstancias en que se realice "sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho". A ellos se añade de la producción de un daño para tercero, el mismo que dará lugar a "la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

El legislador español de 1974, alejándose de la parquedad incita en el texto del Código Civil suizo de 1907, se aproxima más bien al Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1929, en el que se consagra la fórmula de que abusa "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 le ha sido conferido". Se recoge, de este modo, la idea del traspaso de los límites que establecen ya sea la buena fe o la función para la cual ha sido regulado. Se aproxima asimismo, al texto del nuevo art.1071 del Código Civil argentino elaborado en el año 1968.

La doctrina española más reciente ha analizado exhaustivamente el texto del art. 7º bajo comentario. Según Lacruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández, la referencia del texto legal a "los límites normales" del ejercicio de un derecho, de una parte, y a su "manifiesto traspaso", de la otra, son conceptos de difícil precisión y constituyen notas que evidenciarían, en su opinión, "el notable relativismo que va a dar al abuso del derecho esa doble variable funcional.

La "normalidad" es, como anotan dichos autores, un nuevo estándar jurídico, de carácter objetivo.

Es cuestión de apreciación "según las costumbres y concepciones de cada época sobre la normal y anormal". Ello a de constituir una cuestión delicada, ya que comporta la tarea en la conciencia jurídica colectiva, en un espacio tiempo dado, escuchar el sentir de las gentes, observar sus efectivos comportamientos y sensibilizar las valoraciones de las mayorías sociales. Esta múltiple acción habrá que "relacionar en cada caso esos límites con la función que cumple el derecho del que se predica el abuso, y tal función y el contenido del propio derecho con las circunstancias económico-sociales en que se desenvuelve éste" Todo ello en opinión de los citados autores, ha de exigir una adecuada ponderación judicial efectuada en dicho contexto.

El traspaso de los relativos límites normales en la actuación de un derecho debe producirse, según lo reclama la ley, de modo "manifiesto" Para algunos autores lo manifiesto es, simplemente, aquello que es patente, que es evidente, que se advierte sin ningún esfuerzo. Para otros, en cambio, se debe interpretar en el sentido de que el ejercicio anormal debe ser ostensible, de cierta magnitud o entidad.

Las palabras de la ley "que de manera manifiesta sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho" significan, para Puig Brutau, "que la extralimitación ha de ser patente, tanto en el sentido de desbordamiento de los límites normales del ejercicio (como se lee en la Exposición de motivos del decreto de 1974), como en el que la extralimitación resulte probada y no presunta." Batlle Vázquez observa, en cuanto a la interpretación de esta parte del texto, que "la doctrina de abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo.

**Criterios para determinar el abuso del derecho en el Código Civil español de 1974**

De conformidad con el texto del art.7º, párrafo 2º del Título Preliminar del Código Civil español de 1974, la antisocialidad en que consiste la actuación abusiva de un derecho puede manifestarse bajo tres aspectos. Ellos son:

la intención de su autor, su objeto y las circunstancias en que se realice.

La ley no indica si éstos debe presentarse conjuntamente o si más bien pueden concurrir de manera alternativa. Puig Brutau es de esta última opinión, de la cual participamos.

La intención del autor, dirigida a causar un perjuicio en relación con un interés ajeno desprotegido por la normatividad, es el criterio tradicional para caracterizar el acto abusivo. Es el *animus nocendi* o *vexandi* con que actúa el agente del depósito legal. Constituye, en palabras de conocidos tratadistas, "el indicador más antiguo y mejor estudiado por la doctrina y la jurisprudencia". La intención de perjudicar significa actuar el derecho sin un fin serio y legítimo, con carencia de provecho o de utilidad para el agente o con la obtención de un beneficio totalmente desproporcionado en relación con el daño que se causa.

La intención de causar un perjuicio puede asumir dos formas, ya sea que constituya el móvil mismo de la acción o, no siéndolo, que el autor insista en su proceder no obstante ser consciente del daño que origina con la anormal actuación de su derecho.

Como bien lo destaca Castán Vázquez, autor de unos valiosos comentarios sobre la materia, la referencia a la intención supone asumir la tradicional concepción subjetiva del abuso del derecho, aunque ello, como lo hemos repetido insistentemente, no significa un comportamiento doloso o culposo, ya que de ser así estaríamos ingresando en la ilicitud por vía de la responsabilidad civil.

La referencia que la ley hace al objeto es interpretada por Castán Vázquez como equivalente a la finalidad perseguida o lograda por el acto. Debe entenderse, en consecuencia, que la palabra es utilizada en el sentido de resultado querido por las partes o por el agente "en la consecución de su intento práctico de realizar el acto u omisión".

Dicha expresión significa, en opinión de Lacruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández, que el abuso puede presentarse aún en ausencia de intención de perjudicar, es decir, "sencillamente, por un exceso o anomalía en el ejercicio del derecho, por apurar demasiado las ventajas que aquél es susceptible de proporcionar.

En lo que concierne al tercer elemento señalado por la ley, o sea a las circunstancias en que se realice el acto o la omisión abusiva, es del caso señalar que ellas abarcan diversas omisiones en lo que atañe a las personas, el lugar, el tiempo o la modalidad del ejercicio del derecho. Corresponde al juez evaluarlas en su conjunto, su fuere el caso, fijando su atención en aquella que por su manifiesta anomalía tipifique el acto abusivo. Como bien lo señala Puig Brutau, pueden constituir circunstancias anormales la realización del acto en un momento de dificultad o absolutamente inoportuno para el sujeto pasivo o "cuando se ejercita el derecho en el lugar más perjudicial para quien sufre el perjuicio, a pesar de no tener ello ventaja alguna para el actor, o cuando igualmente sin provecho propio, se actúa precisamente cuando se causa más perjuicio o se agrava ostensiblemente el deber del obligado.

#### El daño derivado del acto abusivo

El art. 7º párrafo 2º, del Código Civil español de 1974, hace referencia al hecho de que, mediante el acto o la omisión abusiva, se cause un daño a un tercero. La primera y oportuna observación que surge de parte de los comentaristas es la impropiedad del término "tercero" empleado por la ley. El perjuicio, evidentemente, no se causa a un tercero, al margen de la relación jurídica establecida entre el agente o autor del daño y su víctima. La explicación de esta impropiedad del lenguaje jurídico la proporciona Castán Vázquez, quien advierte que lo que ocurre es que en la doctrina sobre el abuso ha sido frecuente su uso para identificar a quien sufre el daño. Por lo expuesto, debe entenderse que la expresión "daño para tercero" significa daño "a otro sujeto" o daño al interés ajeno.

Como lo apunta Espín Cánovas, al igual que en el acto ilícito de cuya naturaleza participa de modo específico el acto abusivo- se exige por la ley el daño ocasionado a otro por el ejercicio anormal o la omisión de un derecho.

El daño a otro debe comprenderse, en el caso específico del abuso del derecho, como la lesión a un interés ajeno no protegido por una específica norma jurídica, por una concreta prerrogativa jurídica o que, en general, carezca de otro tipo de protección legal. Esta precisión es decisiva para entender la naturaleza del acto abusivo, ya que si se agravara un derecho subjetivo concedido a otro sujeto por el ordenamiento positivo, nos encontraríamos frente a un caso de conflicto de derechos.

En esta hipótesis el agraviado debería hacer uso de dicha prerrogativa antes que acudir a la doctrina del abuso del derecho.

La lesión al interés ajeno, desprotegido por una norma jurídica, puede ser individual o colectivo, material o intelectual. Así lo considera la doctrina, siguiendo la lúcida huella de la famosa sentencia en España del Supremo Tribunal de 1944.

Es importante anotar que la doctrina actual admite, sin mayor dificultad, que puede actuarse no solo frente al hecho consumado de la lesión a un interés ajeno desprotegido por la ley, sino también a través de una acción inhibitoria destinada a evitar daños futuros y previsibles o a impedir la continuación de aquéllos en acto. Así lo confirma, en parte, este 2º párrafo cuando expresa que se podrán adoptar las medidas judiciales o administrativas "que impidan la persistencia del abuso".

Es cierto, también, que el referido art.7º no menciona expresamente la posibilidades de accionar para evitar daños futuros y previsibles, como si lo hace el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. En este numeral se prescribe que "el interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda."

No obstante, el silencio de la ley española, y tal como se ha remarcado, la doctrina admite la posibilidad de accionar frente a daños futuros y previsibles.

La doctrina admite que debe existir un nexo causal entre el acto abusivo y el daño que se ocasiona al interés ajeno no tutelado por una específica norma jurídica, aunque ello no se desprende obviamente del texto del propio art. 7º en referencia.

Castán Vázquez, al participar de esta opinión, considera además que la carga de la prueba corresponderá al actor, pues lo contrario significaría presumir el abuso del derecho cuando lo que ha de presumirse es la buena fe, la vivencia del valor solidaridad.

Cómo es evidente, la prueba ha de referirse a los mismos elementos que integran y que concurren a la concreción de la figura del abuso del derecho.

A propósito del daño a interés ajeno, es de suma importancia destacar la opinión que al respecto nos ofrece Díez-Picazo. Para este autor el daño no constituye un elemento esencial para configurar la idea del abuso del derecho, sino tan sólo un presupuesto necesario para que el lesionado tenga acceso a la indemnización. De acuerdo con este criterio el acto puede ser abusivo a pesar de no existir un daño efectivo, sólo que conduciría a la producción de otro tipo de consecuencias jurídicas. Compartimos la opinión de Díez-Picazo ya que, como lo hemos advertido, es posible accionar, sustentándose en el abuso del derecho, con anterioridad a la presencia de un daño emergente. Se trata del caso, expresamente considerado por el Código Civil peruano de 1984, de interponer una acción destinada a evitar un daño futuro y previsible.

Por lo demás, en el art.7º del Título Preliminar del Código Civil español se alude, indirectamente, a esta hipótesis cuando se expresa que el daño dará lugar no sólo a la correspondiente indemnización, sino también a "las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso". Es obvio que, aunque el numeral expresamente no lo diga, tales medidas pueden estar dirigidas a evitar un abuso del derecho futuro y previsible.

#### Consecuencias del acto abusivo

Los efectos o consecuencias del acto abusivo se hallan contemplados con claridad en el art.7º del Título Preliminar del Código Civil español, bajo comentario.

La primera consecuencia, atinente a su propia naturaleza, es que la ley no lo ampara. No es, por tanto, un acto lícito sino uno ilícito, aunque dicha ilicitud, a nuestro parecer, sea sui generis.

Así lo reconoce, tajantemente Puig Brutau, cuando afirma que "los actos abusivos son calificados de actos ilícitos a los que la ley no ampara", a pesar de "haberse realizado bajo el pretexto del ejercicio de un derecho."

La víctima del acto abusivo, de conformidad con el citado art.7º, tiene la doble posibilidad de reclamar la indemnización del daño efectivamente causado, como la de solicitar la adopción de medidas judiciales o administrativas destinadas a impedir la persistencia del abuso. Y tal como lo hemos puesto de manifiesto en el punto anterior, podría también pedir tutela judicial ante la eventualidad de un daño futuro y previsible.

Es interesante anotar que, de acuerdo con el numeral bajo revisión, caben acciones fuera del campo del derecho civil para impedir la persistencia del abuso. El artículo, en efecto, menciona también la posibilidad de pronunciamientos de carácter administrativos dirigidos a tal propósito.

El agraviado o víctima del abuso del derecho tiene pues la facultad de accionar para reclamar la correspondiente indemnización frente al daño sufrido y probado. Así, se podrá condenar al abutente, si fuere el caso, a restaurar las cosas al estado anterior o a deshacer las cosas.

#### La acción preventiva.

Pero, lo que significa un evidente progreso en la evolución de la doctrina del abuso del derecho y tal como se ha puesto de manifiesto, es dable también accionar para impedir la continuación del acto abusivo o intentar una acción destinada a evitar que se cometa un futuro y previsible abuso del derecho.

Esta acción inhibitoria es de suma importancia desde que la tutela de los derechos, especialmente los de la persona, exige una acción preventiva, antes de que se produzca el daño.

Es absurdo, frente a la casi certidumbre de sufrir un daño-que podría ser irreversible-que el sujeto se encuentre jurídicamente desamparado.

Se ha escrito, con acierto, que no puede "esperarse a que recaiga sentencia que declare el abuso o a adoptar las medidas tras aquélla, cuando ya puedan resultar inútiles por tardías. Por ello, son importantes las medidas cautelares para evitar el acto abusivo. Se cita como ejemplo la inminente venta al extranjero de una obra de arte de excepcional valor la que, por carencia de precisas disposiciones legales, sería luego irrecuperable con detrimento del patrimonio nacional. Según opinión de conocidos tratadistas, en esta hipótesis se justificaría

"el secuestro judicial del objeto u otra medida semejante, hasta cuando se pronuncien los tribunales sobre si hubo o no abuso del derecho de enajenación.  
En este sentido el Código Civil peruano de 1984, faculta al presunto agraviado a accionar para evitar los efectos de un futuro ejercicio abusivo de un derecho."<sup>23</sup>

## PORTUGAL

"Código Civil de Portugal de 1967

En el Libro Primero del Código Civil de Portugal que contiene la Parte General, dentro del Subtítulo IV, "Del ejercicio y tutela de los derechos", se ubica el art.334, el mismo que considera directamente como ilícito al abuso del derecho. El mencionado numeral prescribe:

"Es ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho."

El texto resuelve la cuestión relativa a la naturaleza del abuso del derecho al calificarlo, sin titubeos o ambigüedades, como un acto ilícito. De este modo, a nivel legislativo, se zanja definitivamente toda duda que pudiera aún persistir al respecto.

El Código Civil de Portugal es así el primer código que, de conformidad con un importante sector de la doctrina, establece explícitamente la ilegitimidad del acto abusivo.

El Código portugués, por otra parte, consagra el criterio objetivo para la caracterización del abuso del derecho al hacer referencia a la finalidad social o económica del derecho. A este planteamiento adosa otro, de profunda raíz moral, como es la determinación de la buena fe y de las buenas costumbres como principios claves para la comprensión del abuso del derecho.

Como se puede apreciar, el texto del este art.334, tal como lo había hecho en su momento el Código Civil suizo de 1907, utiliza la expresión "exceso manifiesto", a cuyos alcances ya nos hemos referido al comentar el nuevo art.7º del Título Preliminar del Código Civil de España.<sup>24</sup>

## AMERICA LATINA

### PERU

El Código Civil peruano de 1936 fue el primero en el mundo que utilizó, directa y categóricamente, la expresión "abuso del derecho".

En un conciso y breve artículo-alabado por unos, criticado por otros-, acertadamente ubicado en el Título Preliminar, se decía escuetamente: "La ley no ampara el abuso del derecho".

Antes, en 1907, el Código Civil suizo, que junto con el alemán y el brasileño inspiraron al codificador peruano de 1936, prescribía, en una fórmula muy genérica: "Que cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe", para añadir en el mismo numeral: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido en la ley".

No obstante, otros códigos civiles latinoamericanos anteriores al peruano de 1936 aluden, sin expresarlo, al abuso del derecho. En ellos, ciertamente, no encontramos un explícita prohibición del tal abuso, pero sí una indirecta e imprecisa referencia al tema, lo que obliga a un esfuerzo interpretativo cuyos resultados no son compartidos por todos los autores. Es el caso, entre otros, del Código Civil peruano de 1852 y del uruguayo de 1868.

El Código Civil peruano de 1852, a semejanza del Código Civil uruguayo de 1868, hace un referencia directa al tema en su art.2211, el mismo que prescribe que no hay obligación de indemnizar los daños causados en el ejercicio de un derecho "a no ser que entre los modos de ejercerlo, se haya escogido voluntariamente el que era perjudicial."<sup>25</sup>

### URUGUAY

"En el art. 1321 del Código uruguayo se dispone:

"El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable."

Como se advierte, en este numeral encontramos el lejano y vago precedente de lo que después sería la doctrina del abuso del derecho. Este artículo, bajo la óptica de una visión individualista del derecho-imperante en la época-, utiliza la palabra "exceso", con lo que el problema se situaría en el ámbito de la licitud desde que de dicho exceso no se derivaba un evidente y declarado caso de acto ilícito.

<sup>23</sup>Ibid. pp.229-244

<sup>24</sup>Ibid. pp. 244-245

<sup>25</sup>Ibid. .p.245

Al respecto cabe señalar que, dentro de una moderna concepción, como es la que profesa Jossierand, se suele distinguir técnicamente entre lo que significa un acto excesivo, un acto abusivo y un genérico acto ilícito. Dentro de este planteamiento el referido "exceso" no logra definir lo que en la actualidad se suele entender por abuso del derecho.

No está de más indicar, como lo hace ciertos autores, que la idea de "exceso" resultaba implícita en el art. 1071 del Código Civil argentino de 1869, con anterioridad a la reforma de 1968. Ésta es, al menos, la opinión de un sector de la doctrina argentina.

El texto de dicho antiguo numeral prescribía: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto." En verdad, se requiere de un agudo esfuerzo interpretativo para deducir de este texto un condena del ejercicio "excesivo" de un derecho.

La idea de "exceso" reaparece también, tardíamente, en el Código Civil venezolano de 1942, reformado en 1962. Dejando de lado el modelo que le ofrecía el Código Civil peruano de 1936, el codificador venezolano prefiere repetir aproximadamente, en la segunda parte del art. 1185, el texto del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones de 1929.

Se establece así el poder de resarcir un daño a otro como consecuencia de un "exceso" en el ejercicio de un derecho en relación con los límites "de la buena fe o el objeto en vista del cual dicho derecho le fue atribuido." Entre los códigos civiles latinoamericanos que condenan de modo expreso el abuso del derecho debe señalarse, además de los peruanos de 1936 y de 1984, el de Argentina, modificado en 1968, el de Guatemala de 1975, el de Bolivia de 1976-a propósito del derecho de propiedad-y el de Paraguay de 1987.

Otros códigos civiles como el de Brasil de 1916, obligan a una interpretación en sentido contrario para obtener como resultado el calificar como acto ilícito al abuso del derecho.

Los códigos civiles latinoamericanos promulgados en el siglo pasado bajo la inspiración del Código civil de los franceses no contienen normas expresas de condena del abuso del derecho, salvo que hayan sido sometidos a una profunda revisión como ocurrió con el Código Civil argentino de 1869 en el año de 1968. Es así el caso, entre otros, del Código Civil chileno de 1855, obra de Andrés Bello, el mismo que no recoge ninguna disposición concreta que prohíba, en general, el acto abusivo.

No obstante, no ha faltado algún autorizado comentarista de dicho Código que considera que "sin necesidad de usar concretamente la expresión misma, o alguna equivalente, es sabido que el Código Civil chileno acogió en su seno el principio del abuso del derecho.

En conclusión, según Peirano Facio, la responsabilidad prevista en el art.1321 del Código Civil uruguayo es simplemente un caso de hecho ilícito, por lo que descarta que en tal numeral cristalice una fórmula autónoma de responsabilidad civil. De ahí que la problemática del abuso del derecho debe solucionarse dentro de las reglas de la responsabilidad extracontractual, es decir, de conformidad con las genéricas normas sobre la ilicitud y la culpa."<sup>26</sup>

## ARGENTINA

"El Código Civil argentino promulgado el 25 de septiembre de 1869, a semejanza de muchos otros Códigos civiles de la época, no consagró el principio general de prohibición del denominado abuso del derecho. Ello se explica, en opinión de Fleitas, en virtud de las ideas individualistas de su eminente autor, don Dalmacio Vélez Sársfield. Este hecho no es de extrañar en la medida que esta corriente de pensamiento era la dominante por aquellos tiempos. No podía esperarse que el extraordinario Código Civil de Vélez recogiera, de modo expreso y claro, una teoría adversa a los principios individualistas que impregnaban el articulado de los códigos civiles herederos del Código Civil de los franceses de 1804. Esto no obstante que, presumiblemente, Vélez Sársfield no ignoraba los principios atinentes a la prohibición de los actos abusivos.

La casi totalidad de la doctrina jurídica argentina ha considerado que el texto del art. 1071, y los demás que con el concordaban, hacía imposible la aplicación de la teoría del abuso del derecho. Sin embargo, no faltaron algunos comentaristas del Código de 1869 que han opinado de manera diferente. Según esto, el abuso del derecho no estuvo excluido de este cuerpo legal por lo que era viable recurrir a esta teoría para controlar los excesos cometidos en el ejercicio de los derechos subjetivos.

La reforma constitucional de 1949, como lo recuerda Borda, consagró de modo explícito el principio del abuso del derecho en su art.55, al establecer:

"Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que se castigaran por las leyes".

A raíz de la promulgación de esta Constitución se desarrolla una fecunda jurisprudencia, la que no se altera cuando dicha reforma queda sin efecto. Así lo testimonia una importante sentencia de la Corte Suprema de

<sup>26</sup>Ibid. pp.246-251

1956, por la que se declara la vigencia de la figura del abuso del derecho dentro del derecho positivo. Y ello, como se declara expresamente: "con prelación del precepto constitucional que lo consagraba".

El nuevo artículo 1071, redactado con ocasión de la importante reforma del Código Civil realizada en 1968, tiene el siguiente texto:

"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal, al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

Esta innovadora concepción del derecho alcanzó también a otros artículos que ostentaban en el Código de Vélez un texto de corte exageradamente individualista, como era el caso del art. 2513.

El antiguo art. 2513 permitía al propietario de una cosa "desnaturalizarla, degradarla o destruirla", de donde su voluntad era decisiva, sin tener en mínima consideración los perjuicios que dicho comportamiento pudiera ocasionar a intereses ajenos o a la colectividad en general.

El nuevo texto, que acoge un renovado espíritu establece en cambio que: "es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular." Este art. se halla en estricta concordancia con el nuevo art.2514, según el cual: "el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades."

La reforma del art. 1071 se inspira, aparte de los fundamentos doctrinarios en que se apoya, tanto en el texto del art. 2º del Código Civil suizo de 1907, como en aquel Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1929. Del primero recoge el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho y, del segundo, tanto la idea del exceso en el ejercicio del derecho y de la existencia de ciertos límites determinados por los criterios de función o finalidad para la cual el derecho ha sido creado, como el vincular el principio de la buena fe con el abuso del derecho. Sin embargo, el artículo bajo comentario, con acierto, incluye también el criterio derivado de la moral y de las buenas costumbres.

El párrafo 1º del renovado art.1071 mantiene el texto del anterior, pero con una interpolación que cambia radicalmente su sentido. En efecto, si bien reconoce, como no podía ser de otra manera, que el ejercicio de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto, se aclara luego que ello será así siempre que dicha actuación sea regular. La intercalación de la palabra "regular" permite fácilmente interpretar, en sentido contrario, que deviene en ilícito el ejercicio irregular de un derecho. Lo irregular, por ende, es sinónimo de ilícitud.

Más allá de la problemática inherente de lo que pueda entenderse como uso regular e irregular de un derecho, tanto el sentido común como la debida aplicación de los principios generales del derecho-la juricidad, en una palabra-nos inducen a pensar y a concluir que es irregular el ejercicio de un derecho cuando es contrario a su finalidad o función económico-social, cuando causa o amenaza causar un daño manifiesto a un interés ajeno sin provecho propio, cuando es contrario a los principios generales del derecho antes citados. Es decir, cuando el ejercicio de un derecho colisiona con el papel que la comunidad otorga a la estructura jurídica, cuyo objetivo es lograr el vivenciamiento de un plexo de valores que permitan la pacífica y justa convivencia que posibilite la realización de cada persona humana dentro del bien común.

La ley argentina, como se observa, no consigna el tradicional criterio subjetivo para la caracterización del abuso del derecho. No alude, en efecto, a la intención del agente ni a un fin serio y legítimo por él perseguido. Por el contrario, consagra una concepción objetiva al considerar que el acto abusivo es aquel que contraría los fines que ella tuvo en mira al conceder el derecho. Es decir, acoge la teoría conocida como finalista o funcional, tan amplia y brillantemente desarrollada por Josserand.

El juez, en consecuencia, deberá indagar si en la actuación del derecho, o en su omisión, el agente ha procedido o no respetando la finalidad propia del derecho subjetivo que le otorga el ordenamiento positivo, sin desviarlo de su específica función socio-económica.<sup>27</sup>

<sup>27</sup>Ibid. 255-266