



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ARAGON"

## EL ABUSO DEL DERECHO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES



D-50

ENEP ARAGON

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ABELARDO AMEZCUA SOLANO



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.

Der-48

EL AFORO DE CORREO COMO  
REQUISITO DE LAS LICENCIAS

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

A mi madre,  
Sra. SOLEDAD SOLANO GONZALEZ,  
por sus desvelos y esmerados  
sacrificios.

A mis hermanos:  
ANGELICA  
CRESCENCIANO  
SALVADOR  
J. CARMEN  
ROGELIO  
SECUNDINO

Apoyo invariable en todos los  
momentos de mi vida, cuyo cari  
ño, aliento y consejos me han  
impulsado por la senda de la  
superación.

En memoria de mis queridos abuelos:  
Sr. J. CARMEN SOLANO LEDEZMA  
Sra. JOSEFINA GONZALEZ DE SOLANO  
Modelos de rectitud, responsabilidad y ho  
nestidad, que orientan mi espíritu.

Es mi deseo patentizar mi más profundo agradecimiento a mi maestra Lic. CECILIA LICONA VITE, que de manera desinteresada y entusiasta me alentó y dirigió en la realización del presente trabajo.

Asimismo, quiero agradecer la colaboración que tan finamente me brindaron los señores Dr. JORGE CARPIZO MACGREGOR, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el C.P. HUMBERTO FIGUEROA MEJIA, Auditor Interno de la misma Institución, sin cuyo definitivo apoyo hubiera sido considerablemente más difícil la adquisición de los elementos bibliográficos para la realización de este trabajo.

Tampoco puedo olvidar la admiración que me inspiran:

Lic. RODRIGO CHAVEZ MARTINEZ  
Lic. JOSE LUIS GRAJALES CALVILLO  
Lic. FERNANDO PINEDA NAVARRO  
Lic. JUVENAL RIOS AVENDAÑO  
Lic. ROBERTO RIOS TORRES  
Lic. RAUL ESPINOZA GARCIA  
Lic. BENJAMIN BRIONES CORONA  
Lic. JOSE LUIS HERNANDEZ MORAN

A GUILLERMINA CABRERA FIGUEROA,  
por su cariño y comprensión, con  
el ferviente deseo de que muy  
pronto me supere.

A mi querido amigo  
JUAN ARELLANO MORA, cuya amistad  
recuerdo ahora con especial afecto.

# I N D I C E

	Pág.
PROLOGO	
Capítulo Primero.- DEFINICION DEL ABUSO DEL DE- RECHO	8
Capítulo Segundo.- EVOLUCION HISTORICA DEL PRIN- CIPIO	15
2.1 Derecho Romano	15
2.2 Edad Media	25
2.3 Derecho Francés	28
2.4 Derecho Mexicano	42
2.4.1 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870	42
2.4.2 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884	47
2.4.3 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1928	49
2.4.3.1 Fuentes	52
2.4.3.2 Abuso del Derecho Real	54
2.4.3.3 Abuso del Derecho Personal	62
2.4.3.4 Indemnización por Abuso del Derecho	66
2.4.3.5 El Abuso del Derecho en las Relacio- nes Familiares	71
2.4.3.6 La Socialización del Derecho en el Nue- vo Código Civil	83
2.4.4 El Abuso del Derecho en la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956	97



	Pág.
2.4.5 El Abuso del Derecho en los Códigos Civiles de los Diversos Estados	102
2.4.6 El Abuso del Derecho en la Jurisprudencia	103
Capítulo Tercero.- CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ABUSO DEL DERECHO	115
3.1 La Culpa Delictual o la Intención de Causar el Daño	116
3.2 La Culpa Cuasidelictual	119
3.3 El Criterio de la Finalidad de los Derechos	122
3.4 Criterio Adoptado por el Código Civil	126
Capítulo Cuarto.- CRITICAS AL PRINCIPIO DEL ABUSO DEL DERECHO	130
4.1 La Negación del Principio	131
4.2 La Negación de la Autonomía del Principio	133
4.3 La Supuesta Peligrosidad del Principio	134
Capítulo Quinto.- DISTINCION DEL ABUSO DEL DERECHO DE OTRAS FIGURAS SEMEJANTES	145
5.1 El Conflicto o Colisión de Derechos	145
5.2 El Fraude a la Ley	150
Capítulo Sexto.- DERECHO COMPARADO	154
6.1 Argentina	154
6.2 Bolivia	156
6.3 Brasil	157
6.4 Colombia	157
6.5 Guatemala	158

	Pág.
6.6 Panamá	158
6.7 Perú	159
6.8 Uruguay	160
6.9 Venezuela	160
6.10 Alemania	160
6.11 Austria	161
6.12 España	161
6.13 Italia	165
6.14 Líbano	165
6.15 Marruecos	166
6.16 Montenegro	166
6.17 Polonia	167
6.18 Portugal	168
6.19 Prusia	168
6.20 U.R.S.S.	168
6.21 Suiza	172
6.22 China	173
CONCLUSIONES	174
BIBLIOGRAFIA	176
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA	180

## P R O L O G O

La atención creciente que el Estado moderno presta a los intereses colectivos, haciendo privar éstos sobre los intereses particulares, determina una serie de cambios en todos los órdenes. Estos cambios pueden ser apreciados en la estructuración de las instituciones, en la nueva regulación de las relaciones jurídicas que necesariamente existen entre los miembros de una comunidad y en la mayor o menor amplitud con que pueden ser ejercitados los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico otorga a los súbditos del Estado. Tales circunstancias permiten apreciar cómo, a través del tiempo y la presión de muy diversos factores, el pensamiento se adapta continuamente a los también cambiantes supuestos de hecho; o a los mismos que han existido desde tiempos inmemoriales, pero que ahora se les analiza desde ángulos distintos, con nuevas valoraciones.

Bajo este signo de constante renovación, lo que hace algunas décadas parecieron teorías o principios de imposible o cuando menos de difícil sostenimiento, se consolidan con la apariencia de una imperturbable vigencia, dotados de una irrefutable posibilidad. La fundamentación en los intereses generales, explica, en gran medida, esa imitación de posiciones y facilita que, en la conciencia colectiva, calen mejor los argumentos que se esgrimen en su defensa.

Dentro de este ámbito, al abuso del derecho o de los derechos, le está reservado un lugar de particular importancia; no sólo por las consecuencias dañinas que su comisión puede provocar, sino también por la amplitud de relaciones de esta misma naturaleza en que la fi-

gura del abuso del derecho podría ser detectada. De usual aplicación en muchos ordenamientos jurídicos modernos, aun en los casos en que no se le ha sancionado expresamente en texto legal alguno, la figura del abuso ha ido penetrando áreas cada vez más amplias, fundamentalmente dentro del Derecho Privado.

Todo ordenamiento jurídico confiere a los miembros de la sociedad que está llamada a regir, una serie de derechos, que no son otra cosa que prerrogativas, de las cuales podrá cada individuo hacer uso. Cuando determinadas circunstancias sean consideradas por un individuo como lesivas de la esfera jurídica que el ordenamiento jurídico le garantiza, podrá poner a funcionar la instrumentación que ese mismo ordenamiento pone a su disposición para su defensa. El ejercicio de los derechos que a cada individuo son conferidos es por tanto libre, pero es evidente que ese ejercicio de los derechos puede ocasionar, y ocasiona por lo general, limitaciones y privaciones para otros miembros del cuerpo social, que se traducen en merma del eventual provecho que el uso de los propios derechos podría reportarles.

El ejercicio de un derecho por su titular puede representar un evento dañoso para otros que no siempre es excusable y es entonces cuando surge la interrogante de si cabe hacer recaer responsabilidad sobre quien ocasionó el daño en el ejercicio de un derecho. El principio del abuso del derecho responde a ese planteamiento, pues sustenta la afirmación de que los derechos no pueden utilizarse sino dentro de ciertas limitaciones. Quien no respete ese condicionamiento abusa de sus derechos y será eventualmente obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que produzca.

Partiendo de la clasificación del Derecho en objetivo y subjetivo, la noción del abuso del derecho se mantiene vinculada al derecho subjetivo. Se abusa de los derechos llamados subjetivos en cuanto representan facultades o prerrogativas, que son conferidas a cada individuo en particular. El derecho objetivo se nos presenta como un conjunto de normas o reglas de conducta humana, bilaterales, que se imponen en una comunidad por el Estado, en cuanto que éste no sólo representa la asociación jurídico-política de los individuos que la conforman o constituyen, sino que posee los órganos y competencia suficientes para hacer respetar dichas normas.

Cada norma prescribe una determinada conducta que deben observar los destinatarios, ya sea una acción, ya sea una abstención. Su no observancia trae como lógica consecuencia, por regla general, una sanción. Ese derecho objetivo confiere prerrogativas o facultades a los individuos, son así los derechos subjetivos. Tales derechos subjetivos, según opinión generalizada, pueden entenderse en dos sentidos: derechos subjetivos a la propia conducta y derechos subjetivos a la conducta ajena. Como ejemplo típico del primer caso, se cita el derecho de propiedad, derecho real por excelencia, que autoriza al titular para usarla, gozar de los frutos, enajenarla, etc. Son estos derechos referidos a la propia conducta. Como ejemplo del segundo caso, suelen citarse los derechos personales o de crédito, que colocan al deudor, frente al acreedor, en la obligación de observar una determinada conducta, como cuando el mutuante exige la devolución de la cosa prestada. Son como se ve, derechos a la conducta ajena. Toda hipótesis que pueda configurar la actualización de un derecho subjetivo es, por lo

general, área donde es factible el abuso, el abuso de ese derecho, de esa prerrogativa o poder jurídico conferido por el ordenamiento, según se entienda por las diferentes posiciones doctrinales que en el presente trabajo dilucidamos.

La posibilidad de que un determinado sujeto al actuar dentro de la esfera jurídica que le es propia, llegue a ser responsabilizado de los daños y perjuicios que en patrimonio ajeno pueda causar no es, ciertamente, nada nuevo, aunque sí sea relativamente reciente la gran importancia que ha adquirido el principio. Para los que sostienen dicha doctrina, no hay duda que el mismo Derecho Romano sancionaba una instrumentación al respecto, y se aplicaron preceptos particulares, en los que puede hallarse una clara fundamentación en la inequívoca tendencia de impedir el abuso de los derechos subjetivos. Sin embargo, fue a fines del siglo pasado cuando surgió la doctrina que luego se desarrolló con gran vigor. Desde el principio, juristas de muy diversos países han expuesto sus puntos de vista, han expuesto las condiciones de existencia del abuso del derecho, y han fijado su campo de aplicación. Por supuesto, no hay un criterio general y uniforme en ese sentido, pero para una gran mayoría de autores, el área por excelencia de cuyos derechos podría abusarse, es el Derecho Privado, pues en el Derecho Público cuando el órgano de gobierno competente utiliza su poder excediéndose de lo que realmente la norma le autoriza acorde con el fin propuesto, se cae en el campo de lo que la jurisprudencia administrativa francesa llama "desviación de poder" (*detournement de pouvoir*), que en esencia es semejante a la noción del abuso del derecho, pero en el área del Derecho Público.

El hecho cierto es que la noción del abuso del de recho es hoy aceptada universalmente y, si bien no deja de haber resistencia por parte de sectores doctrinales que la rechazan, e ignorancia de ciertas legislaciones que no la contemplan, es indubitable que el ejercicio de los derechos por el titular puede ocasionar, bajo ciertas circunstancias, consecuencias dañosas y obligación, para el agente, de indemnizar. De allí que lo que fue una simple noción en Roma, que fundamentó algunos preceptos legales, constituya ahora un principio general del Derecho, que no solamente sanciona los particulares presupuestos que se adecuan específicamente al precepto jurídico, sino que también fundamenta muchas otras normas de idéntica orientación.

Un principio como el del abuso del derecho, capaz de ser identificado en el mismo Derecho Romano a pesar del absolutismo que se estima existía en Roma en lo relativo a los derechos subjetivos, ha provocado una numerosísima bibliografía en el extranjero. Además de las obras generales de Derecho Civil, donde necesariamente son tratadas por lo menos las cuestiones fundamentales sobre el principio, existen innumerables monografías donde se enfoca su estudio desde diferentes ángulos. A esto hay que agregar los artículos de revistas especializadas y los comentarios de sentencias donde se aplica el principio. En nuestro país, la jurisprudencia no ha sido prolifera en este sentido, ni tampoco la doctrina, a pesar de que el principio se encuentra expresamente incorporado a nuestra legislación civil en los Artículos 840 y 1912, en donde se aprecia una orientación subjetiva con ciertos elementos finalistas. Quizás sea porque se considere que los dispositivos sobre hechos ilícitos,

donde se insertó el principio, cubren holgadamente los supuestos que la vida real pueda ofrecer, y que por otra parte, las conclusiones a que llegan los tratadistas extranjeros sobre la materia, son aplicables cómodamente, con sus salvedades, a nuestro ordenamiento jurídico. Cierta o no esta motivación sobre este tema, aún queda mucho por decir. De allí que no sea aventurado recorrer ese camino y pretender comentar la naturaleza jurídica, el sentido y el alcance del principio del abuso del derecho en nuestro medio y la conveniencia o no de su progresiva expansión. El tema es, de suyo, interesante y especialmente atrayente en la época en la que vivimos, en la que cada día el interés general o colectivo requiere más y más, paulatinamente, la limitación de los intereses individuales; con la que el Estado se esfuerza en dar satisfacción a urgentes necesidades de una mayoría, desestimando a veces los intereses de las minorías y en donde todo el Derecho, especialmente en lo que respecta al Derecho Privado, tiende a la socialización.

Dada su creciente expansión, conviene, sin embargo, limitar la extensión del estudio para que resulte congruente con el fin perseguido por el presente trabajo, manteniéndolo dentro del campo del Derecho Privado, aunque no se descartarán las referencias al Derecho Procesal, por la aplicación que del principio ha hecho la jurisprudencia, en casos de ejercicio del derecho de accionar por ante los tribunales.

Delimitado en esta forma el tema, conviene estudiar en el primer capítulo, las diversas definiciones sobre el abuso del derecho, dadas por los diversos tratadistas del Derecho. En el segundo, habrá oportunidad de hacer un análisis general de la evolución histórica del



principio, desde el Derecho Romano hasta el Código Civil que rige en el Distrito Federal; en el tercer capítulo se detallan y explican los principales criterios que se han propuesto para la apreciación del principio; en el cuarto se exponen las críticas vertidas por los detractores, que sin ser las únicas, sí son las principales; en el quinto, se hace una distinción del principio de otras figuras semejantes con las que ha sido confundido frecuentemente, y se concluye este trabajo con un estudio dedicado al derecho comparado, donde se indican las normas del derecho positivo imperantes en otros ordenamientos jurídicos para proscribir el abuso del derecho.

## CAPITULO PRIMERO

### DEFINICION DEL ABUSO DEL DERECHO

El estudio de la naturaleza jurídica del abuso del derecho ha sido uno de los problemas más complicados para la doctrina; y no obstante la gran cantidad de tratadistas que se han ocupado de su estudio, no se puede hablar de una unidad de criterios.

A este respecto, han sido muy diversas y variadas las tesis sostenidas por los teóricos del derecho, tanto sobre la época de aparición de la figura como de su calidad jurídica.

Luis Alberto Warat sostiene que "...el término "Abuso del Derecho" comienza a utilizarse recién en la segunda mitad del siglo XIX..." (1)

Olga Monzalvo, por su parte, afirma que "La diagramación natural del término en su uso actual, surge en la Revolución Francesa". (2)

En cuanto a la denominación de la figura, Ival Rocca sostiene que "Abuso del derecho, Abuso de derecho, Abuso de derechos, Abuso de Derecho, Abuso del Derecho, Abuso de ejercicio, Abuso en el ejercicio, Ejercicio por abuso, Ejercicio abusivo de los derechos, Ejercicio abusivo de facultades, Abuso por ejercicio, Abuso de acción, Abuso por acción, Abuso de facultades, son términos que han sido usados indistintamente en la doctrina mundial para tratar nuestro tema..." (3)

José A. Martín de Mundo, definiendo al abuso, señala que "...Con la designación genérica de "abuso del derecho" la doctrina considera los resultados que se derivan del pernicioso ejercicio de los derechos, con mi-

ras a destacar la responsabilidad en que incurren quienes ejercen sus facultades con fines aviesos". (4)

Citando a Ripert, José Alfonso Ríos Amaya, establece que "...Es abuso del derecho aquel acto normal en apariencia, pero realizado sin fin útil y con intención de dañar, acto que debe ser considerado como anormal y suscita la responsabilidad pecuniaria de su autor, a pesar de su legitimidad objetiva". (5)

El maestro Francisco de Paula Restrepo Gutiérrez, define al abuso del derecho como "...El daño causado a un interés como consecuencia del ejercicio de un derecho de acuerdo con la legalidad objetiva, pero en desarmonía con su espíritu o finalidad". (6)

Sosteniendo una tesis semejante a la anterior, Rafael Ruz Gallardón, señala que el abuso del derecho es "...El daño injusto producido a un tercero que carece de protección legal expresa, mediante el ejercicio de un de recho subjetivo a través de un acto sólo aparentemente legal, basado en la ambigüedad de la ley que lo creó, pero contrariando a su verdadero espíritu y significado". (7)

Emilio Descotte, por su parte, afirma que "...El abuso del derecho es presentado como el ejercicio de un derecho subjetivo dentro de los límites y condiciones de la ley reguladora del acto, pero contrariando su espíritu o finalidad social, de manera que resultando un acto antifuncional es condenado por el poder público". (8)

Josserand, el principal estructurador de la figura del abuso del derecho, asevera que "...El acto abusivo es el acto contrario al objeto de la institución, a su espíritu y su finalidad". (9)

Cabe señalar que la posición que adoptan la mayo-

ría de los códigos civiles de orientación modernista, es la de este ilustre jurista, al que se le reconoce como uno de los principales arquitectos del principio del abuso, al escribir su obra "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad", en la que se ocupa de estudiar la figura en sus diversas facetas, tratando de realizar un análisis completo sobre su naturaleza jurídica.

El maestro Ricardo C. González, bien ubicado en la técnica jurídica de la teoría francesa de los hechos y los actos jurídicos, define al abuso del derecho como "...el hecho jurídico, voluntario e ilícito, que realiza una persona cuando es titular de un derecho y lo ejerce sin utilidad, con el fin de causar daños a otras personas..." (10)

Es muy interesante la posición de Jeremías Bentham, en materia del abuso del derecho, cuando éste trata de calificar la justicia o injusticia de los actos humanos. Al respecto, Ramón Rodríguez, comentando las teorías de aquél, señala: "Jeremías Bentham, publicista inglés, inventó el sistema llamado utilitario, según el cual son justas las acciones humanas si producen más bien o provecho al que las ejecuta, que mal o perjuicio al que las sufre; y son injustas, si el bien o provecho que causa al que las ejecuta, es menor que el mal o perjuicio que por ellas resiente otra persona..." (11)

"Es justo, dice Bentham, todo acto que causa más placer o provecho al que lo ejecuta, que pesar o perjuicio a otro; y es injusto si causa más pesar o perjuicio a otro, que placer o provecho al que lo ejecuta..." (12)

Para Julián Bonnecase, "...La verdadera noción del abuso de los derechos es de carácter esencialmente psicológico y subjetivo; significa el ejercicio de un de

recho sin utilidad para su titular y en un fin exclusivamente nocivo..." (13)

Tal como Bonnecase expone su teoría sobre el abuso del derecho, se deduce que este ilustre jurista sigue una corriente diferente a la de Josserand, pues destaca en su definición la intencionalidad, el ánimo de causar un daño con el ejercicio de un derecho subjetivo. Josserand, en su tesis sobre la materia, destaca la finalidad o espfritu de los derechos, arguyendo que el abuso del derecho lleva, de manera implícita, la desviación de esa finalidad o espfritu, pues los derechos son ejercidos por su titular en desarmonía con el interés de la colectividad, como un acto contrario al objeto de la institución. Consecuentemente, nos atrevemos a afirmar que la doctrina apoyada por Josserand supera a la de Bonnecase, como se demostrará en líneas posteriores.

De la redacción de las normas sobre el abuso que contiene nuestro Código Civil vigente, podemos establecer que nuestro legislador reglamentó la figura adoptando la tesis de Julián Bonnecase.

Para reforzar este criterio, conviene señalar otra cita de Susana Myrian Hanssen, quien comenta que para Bonnecase, el abuso del derecho es "...el ejercicio de un derecho que no representa ventaja alguna para su titular y que persigue exclusivamente un propósito nocivo..." (14)

En el mismo sentido se pronuncian los tratadistas latinoamericanos Luis Alberto Warat (15) y José Alfonso Ríos Amaya. (16)

Por nuestra parte, consideramos que el abuso del derecho puede ser definido como el hecho ilícito que consiste en el ejercicio de un derecho o prerrogativa sin

utilidad para su titular y en perjuicio de terceros o de la colectividad. De lo anterior se infiere que la ausencia de utilidad en el ejercicio y el daño inferido a terceros, son los elementos que califican al abuso del derecho. Sería ocioso hablar de abuso cuando el titular ejercita sus derechos para obtener un beneficio, o cuando ese mismo sujeto los ejercita sin utilidad para sí, pero no causa daño a terceros. En estas hipótesis, no cabría plantear ante los tribunales una demanda para exigir la reparación del daño. Podría ser una conducta censurable, pero nunca originaría condenación por abuso del derecho, pues precisamente la producción del daño es el hecho generador de la responsabilidad a cargo del sujeto que usa de sus derechos, no con un fin legítimo, sino con un propósito nocivo.

## N O T A S

1. "Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley", Editorial Abeledo-Perrot, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina 1969, p. 35
2. OLGA MONSALVO, Prólogo al libro "Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley", LUIS ALBERTO WARAT, Editorial Abeledo-Perrot, primera edición, Buenos Aires, Argentina 1969, p. 8
3. "Abuso del Derecho", Revista Jurídica Argentina, 21 de diciembre 1921, Buenos Aires, Argentina, p. 2
4. "Acerca del Abuso del Derecho en el Orden Privado", La Ley Revista Jurídica Argentina, Tomo 66, abril-mayo-junio 1952, Buenos Aires, Argentina p. 1
5. "El Abuso del Derecho", Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario No. 442, mayo-junio 1957, Bogotá, Colombia, p. 84
6. "El Abuso del Derecho como Fuente de Responsabilidad", Revista de Derecho Español y Americano, Año VII No. 31 julio-agosto-septiembre 1942, Madrid, España, p. 232
7. Citado por LUIS MARTINEZ CALCERRADA, "La Buena Fe y el Abuso del Derecho", Revista de Derecho Privado, mayo 1979, Madrid, España, p. 442
8. "La Declinación de la Seguridad Jurídica", Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tomo XXIX No. 3 1951, Buenos Aires, Argentina, p. 301
9. "El Abuso del Derecho", Revista Jurídica No. 24, 1973, Tucumán, Argentina, p. 390
10. "Abuso de los Derechos", Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales No. 77, Tomo XIII, Diciembre 1945, México, D. F., p. 549
11. "Derecho Constitucional", Universidad Nacional Autónoma de México, Facsímil 2a. edición, México, D. F. 1978, p. 140
12. RAMON RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 144

13. "Abuso de los Derechos", Revista Jurídica Dominicana No. 21 Año VIII enero-marzo 1946, Rep. Dominicana, p. 46
14. SUSANA MYRIAN HANSEN, Op. Cit., p. 390
15. LUIS ALBERTO WARAT, Op. Cit., p. 73 y ss.
16. JOSE ALFONSO RIOS AMAYA, Op. Cit., p. 86



## CAPITULO SEGUNDO

## EVOLUCION HISTORICA DEL PRINCIPIO

Analizada ya la naturaleza jurídica del abuso a la luz de diversos autores, conviene ahora estudiar el curso que ha seguido el principio desde su nacimiento hasta el derecho moderno, que constituye el grado más ma duro por lo que respecta a su perfeccionamiento.

Sobre este particular, existe un criterio unánime mente vertido por los doctrinarios del derecho que suele dividir en tres etapas históricas la evolución del abuso del derecho, a saber:

- A) Derecho Romano
- B) Edad Media
- C) Derecho Francés

2.1 DERECHO ROMANO.- En lo que se refiere a este estudio histórico, ya algunos tratadistas, exagerando el absolutismo de los derechos subjetivos en la legislación romana, niegan que ésta haya admitido el principio del abuso del derecho, esgrimiendo ciertos principios genera les contenidos en ese ordenamiento jurídico, pero a la fecha son muy pocos los teóricos que se atreven a adoptar tal criterio.

El principio favorito adoptado por los que niegan la aceptación del abuso del derecho en Roma, es el que establece que "Qui iure suo utitur, neminem laedit", que significa que "El que usa de su derecho, a nadie perjudica".

Desvirtuando esta teoría, Guillermo Floris Margadant, refiriéndose al ejercicio de los derechos subjetivos

vos en Roma, expone que: "...encontramos dos tendencias opuestas en el derecho romano. Primero, hallamos el principio de que nadie que ejerce su derecho, obra con dolo (*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*); regla de la que encontramos algunas variantes en diversos lugares del Digesto, y que también se cita con frecuencia como *"Qui iure suo utitur, neminem laedit"* (El que ejerce su derecho, no puede ser acusado de haber violado así un interés ajeno). Si bien, por regla general, yo puedo ejercitar mi derecho, aunque para mí el goce sea inferior a la desventaja producida para otros, también encontramos en el *Corpus Iuris* manifestaciones del principio opuesto. Así se enuncia allí en forma general que nadie puede perjudicar a otros sin ventaja propia. Esta prohibición justiniana de actos realizados por alguien en la esfera de las facultades jurídicas..., se deriva del análisis de lugares como D. 50. 10. 3 ó de D. 6. 1. 38. Estas citas han dado origen a la máxima de que *"malignitas non est indulgendum"*, es decir, no debemos ser tolerantes con los que ejercen sus derechos con intención maliciosa. En ella encontramos desde luego, afirma Floris Margadant, el fundamento de la teoría del "abuso del derecho", cuyos antecedentes ya se hallan en la *Instituta* de Gayo, del siglo II d. de J. C. (I. 53)." (1)

El maestro Rafael Rojina Villegas, explica así esta etapa histórica: "En el derecho romano se había considerado por algunas reglas del Digesto, que el que usa de su derecho a nadie perjudica, que por consiguiente no hay responsabilidad civil cuando se ejercite un derecho; pero en el mismo derecho romano se establecía para la propiedad, como 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 terceros sin obtener ningún provecho.

Los jurisconsultos romanos -sigue diciendo Rojina Villegas- 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.

Posteriormente se creyó interpretar aquel texto del Digesto, de que el que usa de su derecho a nadie perjudica, considerando que no podría existir responsabilidad civil en el ejercicio de los derechos, aunque se causara daño a tercero; pero esta interpretación, que está desmentida a propósito de la propiedad y de las servidumbres en los ejemplos que nos presenta el derecho romano, ha sido abandonada en la actualidad: en el propio derecho romano tenemos, por ejemplo en la copropiedad originada por la medianería, un caso que nos demuestra que no puede ejercitarse el derecho derivado de ésta para elevar el muro medianero simplemente para privar de luz o de sol a uno de los copropietarios.

Existe en la medianería el derecho libremente concedido a los copropietarios de elevar su muro; pero debe haber alguna utilidad para hacerlo. Cuando uno de ellos quería elevarlo con la sola intención de perjudicar a su vecino, para privarle de la luz o del sol, se consideró ilícito ese ejercicio". (2)

Es interesante transcribir también el criterio de Lino Rodríguez-Arias Bustamante, que afirma la existencia del principio del abuso del derecho en el derecho romano, y lo hace de una manera llana, e introduciendo nue

vos principios para reforzar su tesis: "En éste, (Derecho Romano), el jurisconsulto Gayo ya proclamaba: *male enim nostro jure uti non debemus*, para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos. Así M. Charles Appleton ha podido decir de esta teoría: "Es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del derecho romano, yendo del derecho estricto hacia la equidad", o sea, desde las XII Tablas hasta la afirmación de Paulo: *Non omne quod licet honestum est*. (No todo lo lícito es honesto).

"De consiguiente, sigue diciendo Rodríguez-Arias Bustamante, si los romanos no conocieron en su terminología jurídica el concepto "abuso de los derechos", no es menos cierto también, por lo acabado de exponer, que es el pretor quien introduce esta teoría ordenando al juez decida en ciertos casos... teniendo en cuenta la moralidad, los usos del comercio, las circunstancias particulares del caso. Por eso, cuando Ulpiano pronuncia la fórmula: *Juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere suum quique tribuere* (Los preceptos del derecho son vivir honradamente, no lesionar los intereses de los demás y atribuir a cada uno lo suyo), no hace más que recoger las enseñanzas del derecho que él ya conocía.

"La *exceptio dolis generalis*, constituyó un medio contra el abuso de los derechos en cuanto se oponía para impedir que un ejercicio material, revestido de un derecho simplemente formal, triunfara sobre el buen derecho del demandante, puesto que, sobre todo, la intención de dañar encuentra su reprobación por parte de los juristas por ser ella contraria al sentido económico de los derechos..." (3)

Juan Ramón González Baquero dice: "Se aplicó (en

el Derecho Romano) la noción del abuso del derecho para corregir las consecuencias dañinas que un ejercicio ilimitado de una prerrogativa pudiese ocasionar. Se Atemperó así lo riguroso del derecho estricto. Normas limitando la utilización de las aguas cuando esto pueda causar daño al vecino y hasta las limitaciones al pródigo en beneficio de la conservación del patrimonio familiar se señalan como indicadoras de la vigencia de la noción. Es indudable que la actuación del pretor contribuyó en mucho a esa flexibilidad en la aplicación de las prerrogativas jurídicas sobre cosas propias. Los autores que en alguna forma niegan que existieran tales limitaciones opusieron siempre la contundencia de pasajes del Digesto como aquel de "Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur", del célebre jurisconsulto Ulpiano ("Quien usa de su derecho a nadie perjudica y ningún daño causa"); pero también a esos argumentos se han opuesto otros de igual jerarquía, como el texto de Paulo "Non omne quod licet honestum est" (No todo lo que es lícito es honesto) y las máximas "Summum jus, summa injuria" ("Estricto derecho, suprema injusticia") y "Malitis non est indulgendum" ("No hay indulgencia con la maldad")." (4)

Abundando en este mismo sentido, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, sostiene: "Suele afirmarse casi siempre que la figura del abuso del derecho es relativamente nueva y que se produjo como una reacción frente al derecho romano, donde rigió, por el contrario, la regla conforme a la cual el que usa de su derecho no lesiona a nadie, no causa ningún daño o no se produce con dolo (Qui suo iure utitur neminem laedit, nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur)".

Sin embargo, explica Diez-Picazo, se ha observado también que los textos de donde tales máximas se extraen, proceden todos ellos del Digesto justiniano y dentro de él del título XVII del libro 50, que lleva como rúbrica "De diversis regulis iuris antiqui", donde se encuentran señaladamente un texto de Gayo (fr. 55) y otro de Paulo (fr. 151 y 155). Es muy probable que, como en tantas otras materias, en su origen estos textos no hubieran sido otra cosa que piezas de argumentación utilizadas para resolver cuestiones muy concretas. Parece demostrarlo así el hecho de que el fragmento de Gayo procede de un libro II "De testamentis ad Edictum Urbicum" y los de Paulo procedan de los "Libros de Comentarios sobre el Edicto del Pretor". Algunos romanistas han señalado incluso que Digesto, 50, 17, 55, se refiere al mismo caso tratado por Ulpiano en Digesto, 29, 4, 6, 3. El Edicto trataba de impedir que el heredero testamentario pudiera repudiar la herencia deferida por testamento y aceptarla abintestato, para quedar de esta manera libre de obligaciones en relación con legados y fideicomisos. El juego de la revocación testamentaria y de la aceptación abintestato sería una maniobra dolosa, que no se produce, sin embargo, cuando el propio testador lo ha autorizado.

Las palabras *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* no tienen, pues, otro sentido que el de expresar la consecuencia lógica según la cual quien permanece dentro del ámbito de su propio derecho no puede ser acusado de dolo o de la comisión de un acto ilícito, concluye diciendo Luis Diez-Picazo." (5)

J. Emilio López explica: "De esta manera el antiguo adagio latino: *Neminem laedit qui suo iure utitur*,

que tomando en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: "El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro. Comprendida de este modo la vieja regla romana -agrega Colin y Capitant- lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuido, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa". (6)

Otro argumento que apoyan algunos juristas para aseverar que en el derecho romano los derechos subjetivos podían ser ejercidos de una manera egoísta y pernicioso, con animus nocendi, sin utilidad para el titular, es el de que los romanos admitían que el derecho de propiedad consistía en "ius utendi, fruendi et abutendi", o como afirman, el derecho de usar, aprovechar los frutos y de abuso de la cosa. Tal afirmación ya ha sido desmentida por romanistas que, analizando los derechos reales desde su origen, han descubierto la falacia.

Resulta por demás ilustrativo el criterio vertido por Alvaro Diez Mendoza, que afirma: "Es inadmisibles que los romanos definiesen en un principio el derecho de propiedad incluyendo la noción del abuso, palabra esta última ingrata a cualquier conciencia jurídica. Suponer tal cosa entraña hacer poco favor a los legisladores de aquella época. Nadie, efectivamente, puede considerar como un ingrediente de su derecho algo negativo por sí (el abuso) y quedar tranquilo". (7)

Sobre este extremo, E. F. Camus, citado por Alvaro Diez Mendoza, sostiene: "Los romanos no definieron el derecho de propiedad (dominium, proprietas, mancipium), adoptando así un carácter de acuerdo con su legislación. La definición "Dominium est ius utendi atque abutendi

res sua, quatenus iuris ratio patitur" no es romana. Pero analizaron su contenido, determinando las diversas facultades que implica este derecho, y, al mismo tiempo, sentaron sus límites legales. Los romanistas, sin embargo, han pretendido suplir esta omisión dando conceptos de la propiedad, fundados más o menos en las fuentes." (8)

Esta misma aclaración la encontramos en Eugene Petit, citado por Alvaro Diez Mendoza, cuando dice: "Los jurisconsultos romanos no definen el derecho de propiedad... Se limitan a estudiar los diversos beneficios que se tienen de la propiedad. El usus y el fructus (añade en una nota al pie de página) están netamente distinguidos en los textos: Gayo... Ulpiano... Pero, por abusos, los jurisconsultos romanos sólo reconocen el derecho de consumir una cosa por el uso." (9)

Guillermo Floris Margadant afirma: "Las fuentes romanas no nos proporcionan una definición del derecho de propiedad; ni siquiera utilizan una terminología uniforme para designar este concepto -encontramos el término de dominium, de mancipium y de proprietas-, pero los comentaristas condensaron el derecho de propiedad en la breve fórmula "ius utendi, fruendi, abutendi." (10)

En relación a la fórmula del "ius utendi, fruendi, abutendi", Floris Margadant añade en una nota al pie de página, que es el "Derecho de utilizar, aprovechar los frutos y de disponer. Debe notarse, sigue diciendo, que abuti no significa abusar, sino disponer de, de manera que el ius abutendi corresponde a la facultad de vender, regalar, hipotecar, etc., el objeto del derecho de propiedad, y también la posibilidad de consumirlo." (11)

En otra parte de su obra, Floris Margadant vuelve



a analizar el pretendido absolutismo de los derechos reales en Roma, y dice: "Insistimos en la tesis de que en el sistema romano el derecho de propiedad nunca fue absoluto. Una cita como "nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur" (no parece obrar dolosamente, el que ejerce su derecho), podría interpretarse en el sentido de que todos pueden hacer uso de sus derechos sin tener en cuenta los intereses públicos, o los privados ajenos -siempre y cuando no se viole el derecho positivo-, pero a esta cita podemos oponer la famosa declaración de las Instituciones de Justiniano "rei publicae expedit ne quis sua male utitur" (conviene a la comunidad que nadie haga un mal uso de sus bienes), y el "malitis non est indulgendum" (no hay que tener complacencia con la malicia de la gente).

La leyenda de la "propiedad romana" absoluta nació en la Revolución Francesa, período histórico que mostró vivo interés por las antigüedades griega y romana: la lectura de Plutarco llenaba los ratos de ocio; los hijos se llamaban Graco, Temístocles, etc., etc. Precisamente fue en esta época cuando se quiso liberar la propiedad de todas las restricciones que el feudalismo le había impuesto, y así se explica que los escritores político-jurídicos propagaran la idea de que su meta, una propiedad libre de trabas, sólo significaba un regreso a la venerable tradición romana. La admiración tan incondicional a personas o épocas, generalmente, se apoya en un fondo de ignorancia". (12)

Luis Muñoz manifiesta: "La citada Declaración de los Derechos del Hombre, unida a las teorías de los fisiócratas, produjeron una tendencia acentuadamente individualista en el modo de concebir el derecho de propie-

dad. Se ha dicho que se volvió al concepto individualista de la propiedad, tal como lo entendían los romanos y tal cosa no es exacta". (13)

Sin abandonar la corriente expuesta en líneas anteriores, María Antonia Leonfanti señala: "Gayo (Instituta I, 53) ya afirmaba: Male enim nostro iure uti non debemus, que es la fórmula más sintética del abuso del derecho". (14)

Por su parte, Josserand, citado por J. Emilio López, sostiene: "Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquél que había sido cumplido con intención de daño". (15)

J. Emilio López, dice: "En Roma se habló del Summum jus, summa injuria (estricto derecho, suprema injusticia), lo que indica repudio al abuso del derecho". A esto agrega que "desde el derecho romano se conoció la noción, aunque allí sólo se configuraba con el animus nocendi, intención de causar daño..." (16)

Por nuestra parte, consideramos que el panorama que nos muestra la doctrina sobre el principio del abuso del derecho en Roma, nos induce a sostener, contrariamente a lo que afirman algunos juristas, que en la legislación romana no se permitía que los derechos subjetivos fuesen ejercitados con fines maliciosos y sin utilidad para el propio titular. El absolutismo de los derechos subjetivos no existió en Roma, sino que, y como lo afirma José Alfonso Ríos Amaya, "la idea del Derecho absoluto vino a nuestro medio, como un legado del Código Napoleónico, con la influencia de la Revolución Francesa..." (17)

Es preciso señalar que en esta etapa se proscribió el abuso de los derechos, pero fundamentalmente cuan

do ese ejercicio estuviese inficionado con un fin avieso o malicioso, con el exclusivo propósito de causar daños a terceros. Esto se debió fundamentalmente a que el principio del abuso estaba germinando y no había alcanzado un desarrollo tan profundo y fructífero como el logrado en la actualidad.

2.2 EDAD MEDIA.- Siguiendo a través de la historia el desarrollo del principio, encontramos en el Medioevo la prohibición de los actos emulativos o de emulación.

Al igual que en su fase de nacimiento en el Derecho Romano, el abuso del derecho (conocido en esta etapa como acto emulativo) era calificado o determinado por el *animus nocendi* o la intención de causar el daño, sin que el tercero que había sido dañado en su patrimonio pudiese sostener ante los tribunales la procedencia de la indemnización por abuso del derecho, derivado del ejercicio negligente o imprudente de un derecho, es decir, por culpa *causidelictual*. Era necesario, pues, que el afectado por un hecho abusivo, probase al juzgador el elemento doloso en el titular al ejercer sus derechos subjetivos o prerrogativas.

Comentando esta figura, Lino Rodríguez-Arias Bustamante, ha sostenido que "los conflictos de derechos a que había lugar por la coexistencia de fundos vecinos, originarfa en la Edad Media, la doctrina de los actos emulativos fundada por Cino de Pistoia...

"La *aemulatio* consistía -señala Rodríguez Arias- en la ejecución de un acto *animus nocendi*, intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho, siendo determinado, generalmente, por un ánimo de envidia, celos, malignidad, despecho. Y agrega: "Fueron los sabi-

nianos quienes combatieron las reglas que se dieron para oponerse a los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos, mientras los proculeyanos propugnaron por la consagración de las normas de la aemulatio..." (18)

El vocablo "aemulare", que en un sentido original significaba "competir", en lenguaje de los romanistas medievales no significa otra cosa que perjudicar, y así utilizan el concepto "animus aemulandi" como sinónimo de "animus nocendi".

El maestro Juan Ramón González Baquero, también ha admitido la existencia del principio del abuso del de recho en la fase medieval, afirmando que "si en el Derecho Romano el ejercicio de un derecho con intención de dañar, (animus nocendi), no podía ser admitido... en la Edad Media fue cuando la doctrina de los actos de emulación o emulativos tuvo mayor auge, constituyendo así un antecedente más inmediato de la moderna teoría del abuso del derecho". (19)

Luis Alberto Warat, ha dicho al respecto, que fue la moral cristiana, al imponer la doctrina de los actos de emulación, la que reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados, que preconizó el deber del titular de no ejercer un derecho con la única finalidad de perjudicar al prójimo. Estableció así una necesidad de vida, que al proyectarse al sistema jurídico constituyó un freno necesario contra la voluntad omnímoda de su sistema jurídico". (20)

Como se ha señalado, en esta etapa el hecho abusivo es caracterizado por el ejercicio de un derecho con un fin doloso, es decir, apoyándose en un criterio subjetivo, atendiendo a la tesis de la culpa delictual, y no

se trata de una simple negligencia en el uso de los derechos. En este sentido, el jurista Alberto Spota, manifiesta que "en substancia, la expresión "aemulatio", implica en la materia que tratamos (el abuso de los derechos), un derecho que se ejerce con un fin inconfesable, con un propósito de dañar, de perjudicar (animo nocendi) o con el deseo de vejar a otro (animo vexandi)". (21)

La doctrina de los actos de emulación logró gran desarrollo en el derecho común, fundamentalmente en lo relativo a los derechos reales y en materia de las obligaciones, y parece ser que no sólo se prohibieron los hechos ejecutados animo aemulandi, sino que se estableció un buen número de presunciones destinadas a probar la intencionalidad en tales usos abusivos de las prerrogativas, pues como explica Luis Martínez Calcerrada, "En el derecho intermedio, los glosadores elaboraron la teoría de los actos de emulación sin duda en base a principios ya vigentes en el Derecho Romano, y que es referida al derecho de propiedad, en cuanto viene a controlar ciertos actos del propietario... pues el acto de emulación es un acto, referido al derecho de propiedad, inficionado por una determinada carga patológica, animus nocendi.

"De cualquier forma -agrega Martínez Calcerrada- aunque en su origen doctrinal se ceñía la tesis al ejercicio del derecho de propiedad sobre el que recayó la influencia correctora de todo absolutismo de la iglesia, la figura alcanza su relieve técnico cuando se contempla en términos generales, la posibilidad del abuso en el ejercicio de todos los derechos subjetivos". (22). En un sentido convergente, María Antonia Leonfanti dice: que en la Edad Media "aparece la prohibición de realizar los llamados actos emulativos, entendiéndose por emula-

ción, la intención de perjudicar que alguno tuviere al ejecutar un acto realizado dentro de los límites marcados por la Ley". (23)

Para Luis Díez-Picazo, el abuso del derecho en la Edad Media se produce a través de un procedimiento de extensión de soluciones romanas a casos concretos, donde la prohibición de los actos de emulación se liga con la materia de las aguas y los humos. (24)

Consideramos que en el Medioevo se proscribió el abuso de los derechos subjetivos, bajo la denominación de actos emulativos, y fue precisamente en el medio urbano en donde alcanzó mayor desarrollo, con motivo de las relaciones de vecindad. En general, el criterio invocado en el derecho intermedio para apreciar el ejercicio abusivo de los derechos, es el de la intención nociva o dañosa.

2.3 DERECHO FRANCES.- No obstante el positivo desenvolvimiento que alcanzó el principio del abuso de los derechos en la Edad Media, el derecho positivo francés no lo acogió. En efecto, el Código Civil de Napoleón de 1804 -llamado así por haberse elaborado a iniciativa del propio Napoleón- que redactaron los juristas Bigot de Pre-menau, Maleville, Portalis y Pronchet, adoptando en su seno las teorías individualistas, rechaza de manera firme el principio del abuso.

Ya dejamos apuntado anteriormente que la idea del absolutismo de los derechos subjetivos fue concebida no por el Derecho Romano, sino por las pasiones de la Revolución Francesa de 1789. Así, el Artículo 544 del Código Civil, en materia de derechos de propiedad, establece el absolutismo en su ejercicio al disponer: "La propie-

dad es el derecho de disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se usen en contra de lo previsto por las leyes y los reglamentos".

Surgen en esta época, las principales teorías individualistas de carácter liberal, que adoptan como fórmula "laissez faire, laissez passer" (dejar hacer, dejar pasar), en que se sintetiza todo el pensamiento liberal. La Revolución Francesa fue influenciada por la ideología de los fisiócratas, pues pugnaban por un Estado que ellos denominaban "gendarme", cuya intervención fuese mínima, teniendo como máxima más importante "un mínimo de legislación y un máximo de autoridad". Entre las funciones mínimas que atribufan al Estado, figuraba la de impedir ataques a la libertad, a la seguridad y a la propiedad. Así, no debe sorprendernos que en el mencionado Artículo 544 del Código Napoleón, se considerara al derecho de propiedad como absoluto. Esta norma no viene a ser sino un fiel reflejo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que sitúa al derecho de propiedad entre aquellos derechos naturales e imprescriptibles, cuya conservación es el fin de toda asociación política. Le reservó un sitio tan alto, que lo equiparó con la libertad. Efectivamente, el Artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, establece que "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Al respecto, Víctor Manuel Alvarez afirma que "como una reacción contra los exagerados abusos de la realeza que menoscababa despóticamente los derechos del indi-

viduo, la Revolución Francesa elevó a la categoría de dogma las garantías individuales e inscribió en sus códigos, a partir de 1789, tales conquistas políticas". (25). También el individuo se consideró como el objeto de las instituciones, "quedó colocado en el pináculo de todos los derechos, que garantizaban su perfeccionamiento en todo orden, el individuo pasó a ser dueño de todos los derechos y en sus relaciones con el Estado fue dueño de todas las prerrogativas y si éste tenía algunas, las gozaba en virtud de que el hombre se las había concedido... Pasa a reconocérsele plena potestad al individuo, con abstracción del medio social de que depende y se consignan en su favor "derechos naturales, inalienables y sagrados", "derechos naturales e imprescriptibles", "derechos inviolables e ilimitados", que van contra los poderes públicos, que permite al individuo usar discrecionalmente de sus prerrogativas inclusive en contra del Estado..." (26)

Contemplado panorámicamente el ambiente político-jurídico derivado de la Revolución Francesa, es conveniente referirnos a la recepción y desenvolvimiento del principio del abuso del derecho en Francia.

Sobre el particular, Josserand afirma que: "el liberalismo que germinó en el siglo XVIII y alcanzó predominio en el pensamiento y la política del XIX, militó contra el desarrollo de la teoría del abuso del derecho. La Revolución Francesa, con su Declaración de los Derechos del Hombre, dio un fuerte impulso al movimiento del culto al individuo, quien fue idealizado como una entidad suprema, que se bastaba a sí misma, más que como la célula original de una realidad social más grande a la que sus derechos pudieran con propiedad sujetarse". (27)



Inicialmente, no se admite en la legislación francesa la existencia del principio del abuso del derecho, pues estaban en boga las tesis individualistas, es decir, en la etapa inmediata posterior a la Revolución Francesa, los tribunales rechazan la aplicación del principio, por considerarlo atentario de la propia Declaración de los Derechos del Hombre e incluso del Artículo 544 del Código Napoleón. Los teóricos del individualismo afirmaban, como explica Eduardo Novoa Monreal, que "toda regla de Derecho constituye un daño para sí misma, pues puede tener por objeto la regulación del ejercicio de los derechos y regular el ejercicio de un derecho equivale, inevitablemente, a limitarlo. Se defiende como principio el carácter absoluto de los derechos subjetivos en cuanto éstos deben facultar a su titular para ejercitarlos a su sabor y sin restricción de ninguna clase, aun cuando con ello pueda causar daño a otro, pues un daño derivado del ejercicio de un derecho no origina responsabilidad". (28)

Precisamente, es en esta primera etapa del Derecho Francés, cuando los tribunales se niegan a conocer demandas instauradas por terceros que han sido afectados por el ejercicio abusivo de un derecho. La resistencia a admitir el principio del abuso del derecho se derivaba de la regla que imperaba en el derecho consuetudinario, la de que "neminem laedit qui iure suo utitur" (a nadie perjudica el que usa de su derecho); empero, la oposición surge, principalmente, del derecho revolucionario francés, que proclama un individualismo exorbitante que culminaría en el absolutismo de los derechos subjetivos, encontrando su principal expresión en el derecho de propiedad, tal como se definió en el Artículo 544 del Cód-

go Napoleón.

Posteriormente, se advirtió que las normas liberal-individualistas del Código Civil de 1804 no encajaban en la realidad social, que ese absolutismo de que revistió los derechos subjetivos daba oportunidad a que los mismos fuesen ejercitados con fines maliciosos y sin utilidad para el titular, en detrimento del orden normativo, constituyendo un contrasentido o negación de la norma misma. La extensión ilimitada de que dotó a las prerrogativas del individuo resultó totalmente inadecuada al nuevo medio social surgido del desarrollo industrial, técnico y económico, desencadenando los nuevos principios de la solidaridad social y la armonía colectiva, porque, tal como afirma Josserand, "Las realidades y los hechos son más fuertes que las definiciones y los sistemas". (29) Acertadamente, León Duguit ha expresado, a propósito del Código Napoleón: "Pues bien, se ha encontrado que, apenas la construcción ha sido terminada, las grietas han aparecido". (30)

Esa discordancia entre las normas contenidas en el Código Napoleón y la realidad social, provoca que la doctrina y la jurisprudencia pronto empiecen a estudiar con mucho interés el principio, y aun cuando el Código Civil no ha sido reformado para que incluya de manera expresa el abuso del derecho, podemos afirmar válidamente que ha sido el tribunal francés, la Corte de Casación, la que ha nutrido a la legislación francesa, por lo que respecta al abuso del derecho. Ello indica que el juzga dor, en su diaria labor en el foro, ha ido adecuando las normas del Código Civil a la siempre cambiante realidad social, evitando que el individualismo egofsta que imprimió el legislador las convierta en obstáculo para los

principios de solidaridad social que deben estar siempre presentes en un ordenamiento jurídico. Tal actitud por parte del jurisprudente ha sido encomiable, pues la mutación de la realidad social requiere ser objeto de una atención escrupulosa, a fin de evitar, en lo posible, inadaptaciones entre la realidad social y la jurídica.

Para proscribir el abuso del derecho, la Corte de Casación ha invocado en su jurisprudencia, fundamentalmente, los Artículos 1382 y 1383 del Código Civil, que consagran el principio de la responsabilidad civil extracontractual.

Así lo afirma Lino Rodríguez-Arias Bustamante:

"El precepto legal en que se han basado los tribunales y comentaristas para dar entrada en el derecho positivo a la teoría del abuso, ha sido en el Artículo 1382 del Código Civil (equivalente al 1902 del Código Civil español), que dice: *Tout fait quelconque de l'homme que cause a autri un domnage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le reparer*". (31)

En este mismo sentido, el jurista anglosajón John H. Crabb, ha afirmado que: "en situaciones de abuso del derecho, los tribunales casi siempre basan sus conclusiones en el texto amplio y general del Artículo 1382, que establece: Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya falta ha ocurrido a repararlo.

"En unos cuantos litigios sobre abuso del derecho, los tribunales han recurrido en forma subsidiaria al Artículo 1383, que dispone: Cada uno es responsable del daño que ha causado no solamente por sus actos, sino también por su negligencia o por su imprudencia.

"Este artículo no parece haber sido utilizado de

modo independiente como fundamento para el abuso del derecho, aunque la amplitud de sus términos pudiera prestarse a ese objeto, sino que sólo se ha empleado conjuntamente con el Artículo 1382. Sin embargo, pese a esas diversas excepciones, ha sido como resultado de la aplicación del Artículo 1382 en calidad de precepto formal, la manera en que los tribunales han dado en general afecto y contribuido al desarrollo de la teoría del abuso del derecho". (32)

La jurisprudencia francesa sobre el abuso del derecho, empieza su pródigo desarrollo a partir de 1855, y en general, "se puede considerar como caso directivo el decidido por el Tribunal de Colmar en el año de 1855, donde se afirma que el derecho de propiedad, así como el ejercicio de cualquier otro derecho, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Esta inicial jurisprudencia, que se desenvuelve sobre todo en el marco del derecho de propiedad, alcanza después un significado mucho más general. Por ejemplo, en materia de derecho hipotecario, de derecho de acción, de derecho de obligaciones, de patria potestad o de potestad marital". (33)

Henry y León Mazeaud y André Tunc, ilustrando sobre el desenvolvimiento de la jurisprudencia sobre nuestra materia, traen a colación algunos criterios emitidos por el máximo tribunal de justicia francés, la Corte de Casación: "A partir de 1871, la Corte de Casación afirmaba que para que haya lugar al abono de daños y perjuicios, es preciso que haya culpa y que la ley no reputa culpable a quien hace lo que tiene derecho a hacer, a me nos que lo haga para perjudicar a otro, y sin interés pa ra él mismo. El 2 de mayo de 1855, la Corte de Colmar

condenaba a un propietario que había levantado, sobre el tejado de su casa, una supuesta chimenea, con el único objeto de privar de la casi totalidad de las luces que le daban a la ventana de su vecino: "Considerando que, si es de principio que el derecho de propiedad es en cierto modo absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese de recho, como el de cualquier otro, debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; que los principios de la moral y de la equidad se oponen a que la justicia sancione una acción inspirada en la malevolencia, cumplida bajo el imperio de una baja pasión, que no se justifique por ninguna utilidad personal y que inflige un grave perjuicio a otro". (34)

Más adelante, Mazeaud explica: "El derecho de propiedad es, sin discusión, el que suele ejercitarse, más frecuentemente, con una intención malvada. Las rela ciones de vecindad tienen como resultado, muy a menudo, crear la animosidad; por eso, son numerosos aquéllos que se las ingenian para ejercitar su derecho de propiedad, no para sacar de él una ventaja personal, sino para dañar a sus vecinos. Los tribunales, basándose en el Artículo 1382 del Código Civil, han reprimido siempre tales maquinaciones. En la materia existen algunas resolu ciones célebres. Una de las más características es la dictada por la Corte de Casación, en el caso Clément-Bayard, el 3 de agosto de 1915: un propietario, colindante con los cobertizos de unos dirigibles, había instalado sobre su terreno una inmensa armazón de madera, coronada con barras puntiagudas de acero, con el único objetivo de perjudicar a la casa Clément-Bayard, cuyos dirigibles se empalaban apenas salían de los cobertizos. La

Corte de Casación estimó con razón, que ese propietario había abusado de su derecho de propiedad. Cabe citar también las intervenciones de la jurisprudencia para ponerles fin a los conflictos entre vecinos, surgidos a quéllos del desarrollo de la radiotelefonía; así, la condena pronunciada por la Corte de Amiéns (22 de noviembre de 1932), contra un individuo que, únicamente con una finalidad maliciosa, hacía que funcionara una bobina Ruhmkorff, para impedirle a su vecino, vendedor de aparatos de T. S. H., que presentara los receptores a sus clientes". (35)

También en materia de arrendamiento se ha contemplado la figura del abuso del derecho, pero ya ha sido el legislador el que la reguló, siendo un feliz acontecimiento, ya que, como apuntamos en líneas anteriores, en otras materias el principio del abuso se introdujo a través de la interpretación de la ley hecha por la Corte de Casación. La adopción expresa de este principio representa un logro dentro de la producción legislativa de aquel país.

Sobre el particular, Henry y León Mazeaud y André Tunc, apuntan: "En materia de alquileres para vivienda, el propio legislador ha previsto que el propietario podría ejercitar el derecho de recobro con miras a perjudicar el inquilino: el Artículo 21 de la Ley de 10. de septiembre de 1948, que reproduce casi al pie de la letra las disposiciones del Artículo 5, párrafo 2o., de la Ley del 10. de abril de 1926, dispone que cuando se pruebe, por el inquilino o por el ocupante, que el propietario invoca el derecho de recobro, no para satisfacer un interés legítimo, sino con la intención de perjudicar al inquilino o al ocupante o con el de eludir las disposicio-

nes de la presente ley, el juez deberá negarle al propietario el ejercicio de ese derecho". (36)

Ahora bien, por lo que respecta a la doctrina sobre el abuso del derecho, también ha sido muy fructífera en el estadio francés, pudiéndose afirmar que las bases de la doctrina mundial sobre la materia, han procedido de juristas tan reconocidos como Josserand, Ripert, Julián Bonnacase y Demogue, fundamentalmente.

En el campo de la doctrina, podemos ubicar al Proyecto Franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos. Resulta por demás interesante citar, a este respecto, la ilustrativa explicación de Juan Ramón González Baquero: "Finalizando la segunda década del presente siglo se puso de manifiesto en algunos países europeos, la tendencia marcada a unificar lo relativo a las obligaciones y a los contratos, cuya regulación aparecía en los respectivos códigos civiles de esos países. Fue notoria esa tendencia en Italia y Francia, pueblos que, en ese campo, tenían la afinidad que les comunicaba una legislación bastante vinculante: en Francia, el Código Civil Napoleónico, de 1804; en Italia, el Código de 1865, nacido bajo la inspiración de aquél. Las coincidencias políticas durante la primera guerra mundial facilitaron la tarea e iniciativas de ilustres juristas como Vittorio Scialoja, que se vieron estimuladas tanto por el apoyo de maestros italianos, como por la correspondencia calorosa del esfuerzo francés. A Scialoja se debe no sólo la iniciativa, sino también la concepción misma de esa unificación. Luego de empeñosas y largas discusiones, se obtuvo como fruto el llamado Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos, aprobado definitivamente en octubre de 1927 y publicado oficialmente, en

italiano y en francés, en 1928. Consta dicho Proyecto de una relación general, que es una detallada exposición de motivos y de 739 artículos, debidamente concordados con los códigos civiles italiano y francés.

"En su conjunto, sigue diciendo González Baquero, el Proyecto acoge las tendencias dominantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de esos dos países, que con interpretaciones cada vez más renovadas de los textos legales en vigencia desde hacía muchas décadas, buscaban adecuar debidamente la legislación a la realidad social. El distanciamiento posterior ocurrido entre Francia e Italia, imposibilitó la unificación en el área en que las comisiones de juristas que habían intervenido se lo propusieron...

Entre otros numerosos juristas, formaron parte de las comisiones, los siguientes: Por Italia: V. Scialoja, D. Anzilotti, A. Ascoli, G.P. Chironi, L. Coviello, V. Polacco, C. Vivante, y por Francia: F. Larnaude, Ch. Lyon-Caen, H. Capitant, J. Bouteron, Baudouin, Carpentier, A. Colin, Demogue, Gaudement, Geny, Josserand, Ripert y otros". (37)

"La fórmula escogida -dice González Baquero- finalmente por las comisiones que redactaron el Proyecto Franco-italiano de las Obligaciones, lo fue luego de esgrimirse los más variados argumentos en pro y en contra, antes de estudiar expresamente el abuso. Pesaba mucho en aquel entonces la opinión en contra, de juristas como Planiol. Sin embargo, la tesis afirmativa se impuso y permitió clasificar y precisar muchas situaciones que antes se dibujaron confusas. Por lo demás, se permitió que sobre una base universal más firme, dada la jerarquía de los integrantes de la Comisión Redactora, se afirmaran de



cisiones jurisprudenciales de países en cuyos ordenamientos no figuraba, ni figuró en un futuro cercano, un precepto similar". (38)

"El Proyecto Franco-italiano, en sus versiones en ambos idiomas, dice:

ARTICULO 74.- El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Aun cuando el abuso del derecho no ha sido expresamente incluido en el Código Civil francés, en años recientes ha sido reconocido en una norma de proyecto de reforma a dicho Código.

La mencionada disposición establece:

"Todo acto o todo hecho que exceda manifiestamente, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en las cuales se haya producido el ejercicio anormal de un derecho, no está protegido por la ley y compromete eventualmente la responsabilidad de su autor.

La presente disposición no se aplica a los derechos que, por razón de su naturaleza o en virtud de la ley, pueden ser ejercitados de manera discrecional". (40)

Analizando el último párrafo del artículo que precede, se nos presenta la siguiente interrogante: ¿A qué

derechos específicos se refiere el Proyecto? Indubitablemente se refiere a aquellos derechos que ya el ilustre jurista Josserand había estudiado, y que denominó "derechos incausados", de validez absoluta, cuyo ejercicio escapa al control por los tribunales. En efecto, Mazeaud y André Tunc afirman que: "...existen ciertos derechos definidos cuyo ejercicio no puede comprometer ciertamente la responsabilidad, incluso si ese ejercicio está condenado por la intención de perjudicar. Esos derechos, considerados como absolutos, y que Josserand denomina "derechos no causados", y nuestro colega Rouast "derechos discrecionales", son por otro lado, muy poco numerosos. El legislador ha querido que sean ejercitados con la libertad más completa; y para garantizar esa libertad, quiere que no se introduzca ninguna restricción en su ejercicio. A título de ejemplo, cabe citar el derecho reconocido a los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos: el Artículo 179 del Código Civil dispone, en efecto, que si su oposición es rechazada, los padres no podrán ser condenados por daños o perjuicios. Igualmente, cuando el consentimiento de los padres se requiere para la validez del matrimonio, el derecho que poseen para negar ese consentimiento.

"Sucede lo mismo con el derecho de réplica. La jurisprudencia hace del mismo un "derecho general y absoluto", un derecho sagrado del cual no cabe abusar.

"En una sentencia del 23 de julio de 1934, la Cámara Civil de la Corte de Casación afirma el carácter absoluto del derecho que la ley del 27 de febrero de 1912 concede al comprador para alegar la nulidad de la contraescritura redactada con la finalidad de defraudar al fisco, incluso cuando es de mala fe al utilizar ese derecho de

no pagar sino el precio señalado en el documento aparente.

"El derecho de revocar una autorización que no se haya concedido a título precario y por pura tolerancia, es también un derecho absoluto.

Igualmente, el derecho de cortar o talar los árboles plantados a distancia menor que la legal (en ese sentido, Tribunal de Paz de Lennox, 9 de junio de 1943)".

(41)

Reafirmando el criterio, se puede decir que en lo que concierne a los poderes familiares, se comprende que la complejidad de las situaciones y el cuidado de no quebrantar la autoridad hayan conducido al legislador a limitar el control que los tribunales podrían ejercer sobre ellos.

Indudablemente, ha sido Josserand quien ha edificado la tesis de la existencia de los derechos absolutos o incausados, tal como lo señala Juan Ramón González Baquero, al aseverar: "El mismo Josserand, arquitecto insigne de la estructura esencial de la teoría del abuso de los derechos y de su relativismo, mantuvo la noción de los de rechos incausados, donde no era posible concebir el abuso ni siquiera con la demostración de la intención de perjudicar; y fue precisamente en el ámbito del derecho de familia donde se señaló el ejemplo, referido a que los ascendientes no abusen de la prerrogativa de negarse a dar autorización para la celebración del matrimonio". (42)

"La doctrina -afirma González Baquero- desde los comienzos del estudio sistemático del abuso del derecho, ha excluido los llamados "derechos absolutos", que lo son aquellos en que el ordenamiento jurídico no condiciona el ejercicio en forma alguna, pudiendo el titular ejercerlos sin miramiento alguno, sin discreción impuesta por un a-

ceptable comportamiento, como es el caso en que la ley autoriza a un ascendiente para permitir o negar un acto jurídico de un descendiente, el matrimonio, por ejemplo. En el ejercicio de ese derecho, el titular no incurriría en responsabilidad alguna, de allí su carácter absoluto, según la tesis ya clásica". (43)

De lo anteriormente expuesto, se infiere que los redactores del Proyecto de Código Civil francés, recogen de la doctrina del jurista Rouast, la denominación de derechos discrecionales, para referirse a aquellas prerrogativas cuyo ejercicio escapa al control del juzgador.

2.4 DERECHO MEXICANO.- En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, después de haber analizado los antecedentes históricos, conviene buscar la prohibición del abuso del derecho en los diversos códigos civiles que han regido en el Distrito Federal. Así, debemos estudiar los códigos civiles de 1870 y 1874, así como el vigente desde 1932.

#### 2.4.1 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870.

El primer código civil que emerge a la historia jurídica de nuestro país es el Código de 1870, que sustituyó en México a la antigua legislación española. Fue sancionado por el Congreso de la Unión el 13 de diciembre de 1870, para entrar en vigor el 10. de marzo de 1871, y se dictó sólo para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California, pero fue voluntariamente adoptado después por la generalidad de los estados integrantes de la Federación. La Comisión Redactora estuvo formada por los juristas Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Mon-

tiel y Duarte, Rafael Dondé y José Eguialis, y lo elaboraron en concordancia con la Comisión Redactora del Código Penal de 1871.

Este código constaba de 4,126 artículos y en las diversas disposiciones contenidas en él imperaba un marcado individualismo, por lo que en dichas normas no se encuentra reglamentado el abuso del derecho, sólo reconoce algunos hechos ilícitos como fuentes extracontractuales de las obligaciones.

Sobre el particular, el maestro Rojina Villegas explica: "En nuestro derecho positivo, la clasificación es imperfecta en los Códigos de 70 y 84; no aceptaban el cuasicontrato; reconocían como fuentes, las siguientes:

1. El contrato.
2. El pago de lo indebido y algunos otros casos de enriquecimiento sin causa.
3. La gestión de negocios, como una especie de mandato y no como un cuasicontrato, (cuasimandato).
4. Los hechos ilícitos, sin emplear la denominación de delitos y cuasidelitos, pero dejando su reglamentación al Código Penal.
5. Se encuentran también, dispersos en el articulado, los hechos naturales o voluntarios reconocidos como fuentes". (44)

Abundando a este respecto, y tomando algunas apreciaciones del maestro Borja Soriano, Rojina Villegas distingue cinco periodos en nuestro derecho:

I. Del lo. de marzo de 1871 al 31 de marzo de 1872, en que estuvo vigente el Código Civil de 1870.

II. Del lo. de abril de 1872 al 14 de diciembre de 1929, en que estuvieron vigentes el Código Penal de 71

y los Códigos de 70 y 84.

III. Del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931, en que estuvieron en vigor el Código Penal de 29 y el Civil de 1884.

IV. Del 17 de septiembre de 1931 al 30 de septiembre de 1932, en que estuvieron vigentes el Código Penal de 1931 y el Civil de 1882.

V. Del 1.º de octubre de 1932 hasta la fecha, periodo de vigencia del Código Civil de 28 y del Penal de 1931.

"Como vemos -sigue explicando- es una clasificación que tiene interés para establecer los distintos ordenamientos que han reglamentado esta materia; pero desde un punto de vista teórico origina una confusión. No nos interesan los periodos legislativos, sino en tanto vienen a establecer bases distintas, y podemos encontrar que en estos distintos periodos hubo bases semejantes, comprendiendo épocas diversas. Tenemos un gran periodo, desde el punto de vista de una clasificación científica, que comprende de 1872 a 1929; otra época completamente distinta desde el punto de vista de la clasificación doctrinaria, de 1929 hasta el presente.

"La razón para establecer estas dos épocas, es la siguiente: de 1872 a 1929, el Código Penal reglamentaba tanto los delitos civiles como los penales, por lo que se refiere a la reparación del daño. En este Código Penal de 1871, no existía por lo que toca a la reparación del daño, una diferente reglamentación atendiendo a la causa, es decir, al delito o al cuasidelito civil o penal. Fundamentalmente, la reparación del daño recibía igual reglamentación en uno y otro caso; pero en 1929 en que entra en vigor el código de ese año, se declara que la repa

ración del daño forma parte de la sanción pública, que compete al Ministerio Público exigirla cuando esta reparación sea consecuencia de un delito intencional o de imprudencia.

"Por lo tanto, este código sí viene a establecer una base completamente distinta; es necesario entonces distinguir ya delitos penales y civiles. El delito penal engendra, además de la pena, la reparación del daño como sanción pública que compete exclusivamente al Ministerio Público demandar; el delito civil, a partir de 1929, origina sólo una reparación del daño como sanción privada, del resorte del Código Civil, que ya no puede ser materia de una reglamentación contenida en la legislación penal, como establecía la legislación anterior.

"El Código Penal de 1931 conserva la misma base; la reparación del daño formando parte de la sanción pública. El Código Civil de 1928 no establece ninguna innovación a este respecto, porque este código sólo reglamenta los delitos y los cuasidelitos civiles; por consiguiente, queda en la actualidad perfectamente separada la reparación del daño como sanción pública, consecuencia de un delito o cuasidelito penal, y la reparación del daño como sanción privada, consecuencia de un delito o cuasidelito civil.

"Tiene interés establecer -recalca Rojina Villegas- no sólo desde el punto de vista teórico, sino práctico, esta clasificación, porque constantemente se pretende reclamar en un juicio sumario (juicio ordinario, a partir de la reforma que entra en vigencia el 29 de marzo de 1973), que es el procedente para exigir la responsabilidad civil extracontractual, la reparación de daños causados en verdaderos hechos delictuosos, y en esta materia

no puede el particular sustituirse al Ministerio Público para exigir una reparación que es parte de la sanción pública, y que sólo dicho funcionario puede reclamar.

"Hay gran confusión a este respecto: en ocasiones se comete un delito y se pretende exigir la reparación del daño, no en el incidente respectivo en el juicio penal, constituyéndose como tercero coadyuvante del Ministerio Público y excitando a éste para que demande, sino que por las dificultades que existen en ocasiones, directamente se ocurre en juicio sumario (Juicio ordinario, a partir de la reforma de 1973), para demandar la responsabilidad civil, sin que esté fundado el procedimiento, pues la reparación del daño, en ese caso, supone un hecho delictuoso, que no puede quedar reglamentado por el Código Civil, ni es competente un juez de lo civil, ni puede demandarse por un particular. Cuando el hecho constituye un delito desde el punto de vista civil, que origina la reparación del daño, es del resorte exclusivo del derecho civil reglamentar esta materia; el particular lesionado puede demandar si no se trata de un delito penal, sino de un hecho ilícito doloso culposo que causó daño a un patrimonio.

"En cambio, si el hecho es ilícito y causa un daño, pero tiene una sanción en el Código Penal, no puede el particular lesionado demandar un juicio sumario (juicio ordinario, desde 1973) la responsabilidad civil; tiene que ocurrir necesariamente al proceso penal para que el Ministerio Público inicie el incidente denominado de reparación del daño. Sólo se admite una excepción cuando termina el proceso penal si no se ha exigido la reparación del daño, o bien cuando en el proceso penal se determina que no fue delito de ese carácter el que en un prin-



cipio se consideró como tal por el Ministerio Público, y hecha la investigación correspondiente se resuelve que es un hecho ilícito que no está clasificado como delito por el código de la materia. Entonces el lesionado ya tiene en la sentencia que dicta el juez penal, la clasificación del hecho como delito civil, que es fuente de obligaciones". (45)

#### 2.4.2 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.

Este Código, que reemplazó al de 1870, fue promulgado el día 31 de marzo de 1884, en uso de la autorización concedida al Ejecutivo de la Unión, por Decreto de 14 de diciembre de 1883, y empezó a regir el 1.º de junio de 1884, constaba de 3,832 artículos, y estuvo en vigencia hasta el 31 de septiembre de 1932. La reducción del artículado con respecto al de 1870, se obtuvo suprimiendo del mismo todas las normas relativas al procedimiento.

J. Castán Tobeñas, con motivo del ordenamiento de referencia, ha dicho: "Aunque acusase el Código que ha venido rigiendo en México hasta hoy la influencia de los Códigos francés y portugués, y aún, en alguna parte, del Proyecto español de 1851, y aunque pecase, como la generalidad de los americanos, de excesivo casuismo y sentido doctrinario, era, entre ellos, uno de los más interesantes por la nitidez de su forma y la novedad y valentía de sus disposiciones". (46)

Las mismas consideraciones hechas con respecto al Código Civil de 1870 para el Distrito Federal, son válidas para el de 1884. Efectivamente, en el periodo que corre de 1872 a 1929, el Código Penal de 1871 ya reglamenta los hechos ilícitos, tanto los de carácter civil co-

mo los penales, por lo que el Código Civil de 1884 no los observó de una manera especial y detallada. Tampoco proscribió el abuso del derecho, toda vez que aún imperaban en la legislación civil los principios individualistas derivados del Código Napoleón, uno de sus modelos, acaso el principal.

Al explicar el porqué se incluyó esta materia (hechos ilícitos civiles) en el Código Penal de 1871, el Presidente de la Comisión encargada de redactar el Código, dijo, en la exposición de motivos del propio Código, que se incluyó la materia de reparación de los daños civiles, porque: "nos ha parecido más conveniente que en el Código Penal vayan unidas las reglas de la responsabilidad criminal con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquélla, porque así sabrán con más facilidad los delincuentes todo aquello a que se exponen por sus delitos".

Al respecto, Rafael Rojina Villegas nos dice: "La Comisión encargada de redactar el Código Penal de 1871, consideró que esta materia de la responsabilidad civil originada por hechos ilícitos, debería ser del resorte del Código Penal. Estuvo discutiendo la Comisión y consideró que era preferible modificar el sistema francés y reglamentar en el Código Penal la responsabilidad civil nacida de actos ilícitos. Por este motivo, el Código Civil de 1870, y después en el de 1884, sólo contienen algunas reglas en materia de responsabilidad por hechos ilícitos, pero las reglas fundamentales, con toda la teoría romana y francesa a este respecto, las encontramos en el Código Penal de 1871". (47)

En el Código Civil de 1884 encontramos, fundamentalmente, la reglamentación relativa al incumplimiento im

putable de obligaciones derivadas de los contratos. En el Capítulo IV, Título Tercero, Libro Tercero, al tratar de la responsabilidad civil, establece las causas de ésta. Al efecto, el Artículo 1458 dispone:

"Artículo 1458.- Son causas de responsabilidad civil:

- I. La falta de cumplimiento de un contrato.
- II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley.

#### 2.4.3 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1928.

En el uso de la facultad conferida al Poder Ejecutivo Federal por el Congreso de la Unión, en Decretos de fecha 7 de enero y 6 de diciembre de 1926 y 3 de enero de 1928, fue elaborado por la Secretaría de Gobernación el Código Civil que nos rige actualmente, y fue promulgado por el Presidente de la República, Don Plutarco Elías Calles, con fecha 30 de agosto de 1928, apareciendo inserto en diversos números del Diario Oficial de la Federación entre el periodo comprendido del 26 de mayo al 31 de agosto de 1928. En un primer periodo, rigió tanto en el Distrito Federal como en el Territorio de Baja California en asuntos del orden común, y en toda la República, en asuntos del orden federal (Art. 1o.), actualmente sus disposiciones rigen de manera exclusiva en el Distrito Federal en asuntos del orden común. La Comisión Redactora estuvo integrada por los señores Licenciados Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez, fungiendo este último como Presidente de la Gran Comisión.

El Código entró en vigencia a partir del 1o. de oc

tubre de 1932, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10. de septiembre del mismo año.

Señala la voz autorizada de Ignacio García Téllez que, "el Código fue elaborado aproximadamente en dos años de estudio, siguiéndose como método de trabajo, primeramente la revisión y crítica del Código de 84, y después el estudio comparativo de la legislación común latina, hispanoamericana, europea, americana e inglesa, todo analizado con un criterio eminentemente progresista y teniendo a la vista siempre atenta a las condiciones peculiares de nuestro país". (49) En general, el espíritu que anima al nuevo Código es el de armonizar los intereses individuales con los colectivos o sociales, corrigiendo el individualismo excesivo que imperaba en el Código que sustituye, según explica la propia Comisión Legislativa, cuando califica a éste como "producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo".

Los Códigos de 70 y 84 hacían del contrato la casi única fuente de las obligaciones, pero en el vigente, como afirma García Téllez, "con el objeto de que la legislación común comprenda las nuevas clases de obligaciones impuestas por la vida moderna y que el contrato no abarca totalmente, se desarrolla con la amplitud necesaria una teoría general de las obligaciones, que estudia su nacimiento, sus diversas formas, transmisión y extinción. Al lado del contrato, fuente primordial de las obligaciones, se reglamentan obligaciones nacidas sin necesidad de convenio entre los titulares de la relación jurídica, como son las obligaciones originadas por promesas al público,

Las estipulaciones a favor de tercero, los títulos civiles al portador y a la orden, las obligaciones nacidas de actos ilícitos, el riesgo profesional, la gestión de negocios, el pago de lo indebido". (50)

En consecuencia, cabe afirmar que el Derecho Positivo mexicano, a través del Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (y la mayor parte de los Códigos de los Estados, que lo han tomado como modelo), a diferencia de los Códigos de 1870 y 1884, sanciona expresamente el abuso del derecho en diversas disposiciones, que juntamente con otras, viene a constituir la consagración de principios de solidaridad social, y viene a derogar principios tradicionales ya obsoletos que consagraban derechos irrestrictos, cuyo ejercicio, más que beneficiar al titular, causa perjuicios a la colectividad. La prohibición del abuso del derecho se encuentra establecida en diversas disposiciones de nuestro Código Civil, relativas a las Disposiciones Preliminares y las fuentes de las obligaciones, entre otras, cuyas fórmulas están contenidas en los Artículos 16, 840, 934 y 1912, en donde se determina que es ilícito el ejercicio de un derecho cuando éste no traiga utilidad para el titular y cause daño a terceros. Tales disposiciones representan el triunfo sobre el antiguo aforismo latino "Neminem laedit, qui suo iure utitur". No es sorprendente, si consideramos al Código Civil vigente como un producto de la Revolución Mexicana de 1910, que viene a provocar un cambio sumamente renovador en la legislación de nuestro país. No debemos olvidar que este movimiento revolucionario también concibió las normas agrarias y laborales (integrantes del nuevo Derecho Social), proteccionistas del campesinado y de la clase obrera, respectivamente. Nuestra Carta Fundamental acoge en

su seno disposiciones de gran valía, como las contenidas en los Artículos 27, 28 y 123, fundamentalmente, con el objeto de fortalecer a la clase desvalida. Con apoyo en las normas de naturaleza social, el Estado ha abandonado su posición o carácter de "Estado gendarme", de simple espectador, para adoptar una posición más activa en el ámbito económico e interviniendo en beneficio de los intereses colectivos o sociales, pues subordina los intereses individuales egostas a los de la colectividad.

#### 2.4.3.1 FUENTES

Las fuentes en que se inspiró el legislador para adoptar la materia del abuso del derecho, son los Códigos Civil Alemán (B.G.B.) y el Federal Suizo de las Obligaciones (que ha logrado la unificación de la legislación cantonal) de 1900 y 1907, respectivamente. (51) Con ello, no pretendemos apuntar que el principio del abuso de los derechos sea nuevo en el Código Alemán, que cronológicamente precede al Suizo, porque ya la jurisprudencia francesa lo prohibía desde 1855, y en el campo de la producción legislativa había sido consagrado por el Código Civil de Prusia de 1794 (Artículos 34 al 39) y el Código de la República de Montenegro, de 1888, (Art. 1000).

El Código Civil Alemán establece, en su Art. 226, la siguiente disposición:

"No está permitido ejercer un derecho cuando su ejercicio no puede tener otro fin que el de perjudicar a otro". (52)

De la lectura y análisis de la norma en cita, podemos afirmar que esta legislación acoge un criterio subjetivo para la determinación o apreciación del abuso de los derechos, toda vez que requiere que el ejercicio del dere

cho no tenga otro fin que el de perjudicar a otro, el que se traduce en el animus nocendi o intención nociva. No podría interpretarse en otro sentido, cuando en diversas disposiciones del mismo ordenamiento se exige el elemento doloso en la persona que causa daño a terceros, para que surja la obligación de indemnizar por los daños causados, tal como se desprende del Artículo 826, al prescribir:

"Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño". (53)

Por lo menos en lo que se refiere al abuso de los derechos, el Código Alemán no concibe que una persona pueda ejercitar sus derechos subjetivos de una manera abusiva cuando dicho ejercicio se deriva de una actitud negligente o una notoria falta de cuidado (culpa cuasidelictual), sino que requiere como elemento esencial la intención dañina (culpa delictual) en el agente, para considerar que ese ejercicio es abusivo, y que, por lo tanto, compromete su responsabilidad, obligándolo a la reparación del daño.

Ahora bien, por lo que respecta al Código Federal Suizo de las Obligaciones, establece en el Artículo 20., la siguiente disposición:

"Cada cual está obligado a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley". (54)

Este código consagra un principio más general que el contenido en el Artículo 226 del Código Civil Alemán, pues el legislador suizo ha colocado al abuso del derecho

entre los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Incluso fija a la buena fe como el punto de partida para investigar los casos en que el titular ha usado sus derechos con fines aviesos y en perjuicio de tercero. El legislador no se ocupó, en su calidad de creador de la ley, de definir al abuso, ni tampoco de delimitar los elementos del mismo, sólo ha señalado que "el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley", reservándole al juzgador, por ende, amplias facultades para la apreciación o determinación del abuso de los derechos, ciñéndose a los dictados de la buena fe. Por tanto, no exige necesariamente la comprobación de la intencionalidad en el titular que ejercita sus derechos causando daño a tercero, para que proceda la reparación de éstos.

#### 2.4.3.2 ABUSO DEL DERECHO REAL

El Código Civil vigente del Distrito Federal, y los códigos civiles de la mayoría de los Estados integrantes de la Federación, inspirados en él, adopta el principio del abuso del derecho de propiedad como una especie del género.

Originalmente, el Proyecto de Código imponía al propietario la obligación de ejercitar sus derechos de una manera compatible con el beneficio social. Efectivamente, la primitiva disposición que contenía el Artículo 816, disponía lo siguiente:

"El propietario tiene derecho de disfrutar de su propiedad con las limitaciones establecidas en las leyes y reglamentos respectivos y el deber de ejercitar ese derecho de manera que se obtenga también un beneficio social". (55)



Esta disposición fue impugnada por grupos minoritarios (constituidos por asociaciones de propietarios), que directamente interesados en una propiedad libre de una limitación de semejante naturaleza, advirtieron que afectaba sus intereses. Según explica García Téllez, "este Artículo fue criticado muy duramente por la Barra Mexicana de Abogados, la Unión de Propietarios de Casas, la Liga de Propietarios, la Cámara Nacional de Comercio y por las Secretarías de Relaciones Exteriores y de Industria y Comercio.

"Se dijo que el Proyecto privaba a la propiedad de su atributo esencial, al no conceder al propietario el derecho de disponer libremente de lo que le pertenece, convirtiendo la propiedad en un verdadero usufructo y que, además, se introducía en el concepto de la propiedad un factor antes desconocido: la obligación de utilizarlo en beneficio general.

Y agrega García Téllez:

"Respecto a la obligación que consiste en el deber impuesto al propietario de ejercitar su derecho de manera que se obtenga un beneficio social, como no se determinaban en el Proyecto todos los casos en que existe dicho beneficio social, porque es imposible que un código que debe contener normas generales se vuelva casuístico y trate de enumerar todos los casos en que existe dicho beneficio social y, además, como el interés colectivo varía según las circunstancias de medio y tiempo, se optó por suprimir esta parte, con el objeto de no dar libre margen al arbitrio judicial y evitar que el ejercicio del derecho de propiedad estuviese expuesto a la caprichosa interpretación del juez". (56)

Como se ve, el principio general que en materia de

derecho de propiedad establecfa la obligación de ejercer los derechos con beneficio social, no resistió la acometida impetuosa de las asociaciones de propietarios, pero el legislador no se intimidó demasiado y dejó incorporada de manera definitiva en el Código, (Art. 16), la obligación a cargo de los habitantes del Distrito Federal, de ejercer sus actividades y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad.

Basado en ese principio, indubitadamente, el legislador estableció la prohibición del abuso del derecho de propiedad, inyectándola en el Art. 840, que prescribe, de una manera sencilla y clara:

"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".

Si hemos apuntado que el principio general que sustenta a la prohibición del abuso de los derechos es el establecido por el Art. 16, es conveniente plantearnos la siguiente pregunta: ¿De dónde surge la obligación indemnizatoria a cargo del sujeto que ha causado determinados daños en el ejercicio inútil de sus derechos? Al respecto, encontramos la respuesta en el Código mismo, que prescribe en el Art. 1912, lo siguiente:

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

La doctrina sobre el abuso de los derechos, ha si

do muy fructífera en materia de derechos reales, y en donde ha encontrado menos detractores. La misma consideración se puede señalar en el ámbito legislativo, pues incluso en los países donde la legislación no consagra expresamente el abuso de los derechos, tratándose de las facultades derivadas de la propiedad, ha sido aceptado sin ningún escrúpulo en la jurisprudencia, pues son los derechos de propiedad los que a menudo se ejercitan sin utilidad para el titular. Esta importancia la ha adquirido en virtud de las llamadas relaciones de vecindad, que en el medio urbano, principalmente, vienen a originar infinidad de conflictos derivados del ejercicio de los derechos, toda vez que son muchas las personas que usan sus prerrogativas individuales só lo para causar daños a sus vecinos, sin que tal ejercicio les reporte ventaja o beneficio alguno.

El Código Civil también establece, al regular el dominio de las aguas, lo siguiente:

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

Esta norma no debe interpretarse sino en el sentido de que el propietario de un fundo puede perforar un pozo o hacer obras de captación de aguas subterráneas, siempre que con ello obtenga un beneficio, pero si tales obras las hiciese con la animosidad de causar daños al propietario del fundo vecino, causándole la reducción del causal de agua, será procedente el ejercicio

de una acción civil, tendiente a la condenación de aquel sujeto, que consistirá en que el tribunal que conozca del negocio (en nuestro país, juzgado civil), obligará, a elección del ofendido, a cegar el pozo abierto en perjuicio de tercero, es decir, a la destrucción de las obras de captación de aguas del subsuelo, cuando ello sea posible, o bien, al pago de daños y perjuicios, a título de reparación del daño.

Ahora bien, es conveniente estudiar los elementos que integran el abuso del derecho real. Los requisitos o condiciones que deben ser satisfechos para que pueda afirmarse que existe abuso del derecho, emerge del criterio mismo que ponga en práctica el legislador en la ley para determinarlo o apreciarlo. Así, los requisitos o elementos que se desprenden del análisis del Art. 840, según el maestro Ernesto Gutiérrez y González, son los que en seguida se detallan:

- "a) Se cause daño al ejercitar el derecho, y
- b) No le reporte utilidad en su ejercicio". (57)

Como se señala, el legislador inyectó dos requisitos al principio del abuso del derecho de propiedad, a saber: la causación del daño al ejercitar un derecho y la ausencia de utilidad en el ejercicio del mismo; sigue un criterio más bien objetivo puesto que exige que se cause un daño al ejercitar un derecho, sin que requiera el animus nocendi, es decir, la intención nociva o elemento doloso.

Desde nuestro particular punto de vista, a los elementos anteriores cabe agregar un tercero, la vinculación causal, pues como explica Juan Ramón González Ba

quero, "es obvio que deberá establecerse una relación causal suficiente entre el ejercicio del derecho, en las circunstancias que han quedado expuestas y el daño causado, para que pueda señalársele al titular de ese derecho la obligación de resarcir. Un ejercicio abusivo de un derecho que no pueda vincularse con un daño, aunque éste exista dentro del área jurídica donde tal derecho haya sido ejercido, no podrá obligar al titular. Toca a la víctima probar no sólo la ocurrencia del daño, sino también la causa del mismo, vale decir, el ejercicio de un derecho, como también la vinculación causal". (58)

Ello quiere decir que el abuso del derecho real sólo se configurará cuando coexistan los tres elementos, toda vez que si el titular que ejercita sus derechos obtiene una utilidad, éste no existirá, aun cuando cause daños a un tercero, o bien, si el mismo sujeto ejercita sus derechos sin que obtenga utilidad, pero también sin producir daños y perjuicios a la colectividad o a terceros; y por último, cuando no exista la relación o vinculación causal entre el daño causado y el ejercicio del derecho.

Conviene distinguir aquí (a reserva de que aborde mos este análisis en capítulo posterior), que en el abuso del derecho no se presenta específicamente el fenómeno llamado "conflicto de derechos", porque se entiende que en éste se enfrentan dos derechos de igual valía, ambos gozan de un reconocimiento expreso por parte de la ley que regula el acto. En el abuso de los derechos, predomina otra circunstancia: se enfrenta un derecho reconocido plenamente por la ley (el que se ejercita y causa daño a terceros), con un interés (cuyo ti-

tular es el tercero dañado). Decimos que se trata de un interés, porque lo que puede llamarse prerrogativa del tercero dañado por un ejercicio abusivo, no está expresamente reconocido por la ley reguladora del acto. Es preciso señalar esas diferencias, porque en el supuesto de un conflicto de derechos, si un sujeto ejercita sus derechos y obtiene una utilidad o beneficio y causa daños al derecho de un tercero, que tiene un derecho también reconocido por la ley, entonces deberá el juzgador (al cumplir con su función jurisdiccional), limitar el ejercicio de ambos derechos, hacerlos compatibles entre sí, para evitar que el ejercicio de uno excluya el ejercicio del otro; ambos sujetos podrán, en consecuencia, ejercitar su respectivo derecho, aunque limitado, pero con ello se evitará la causación del daño en perjuicio de uno de los sujetos y la consabida utilidad del otro. En el abuso del derecho, la función del tribunal al conocer de la controversia, consistirá en determinar si la persona que ha dañado un interés con el ejercicio de un derecho, ha obtenido un beneficio, es decir, si ha usado normalmente de su derecho, de tal manera que si el juzgador no observa la producción de la utilidad con dicho ejercicio, deberá con justicia condenar al demandado por abuso, constriniéndolo a la reparación del daño, esto es, al restablecimiento de la situación anterior, a que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del ejercicio abusivo (cuando ello sea posible) o al pago de los daños y perjuicios.

Ahora, desde mi ángulo de vista personal, se puede considerar que en circunstancias excepcionales (y en muy pocos casos), se puede configurar el abuso de los

derechos en el fenómeno denominado conflicto de derechos, y se presentaría en la siguiente hipótesis: Cuando uno de los sujetos con un derecho reconocido de manera expresa por la ley, ejercitase el mismo, no para obtener una utilidad, sino para evitar que el otro sujeto (cuyo derecho se le contrapone al suyo) ejercite también su derecho y se beneficie del mismo. En este supuesto, el juzgador no limitará el ejercicio del derecho al sujeto para permitir al otro el útil ejercicio de su respectivo derecho, sino que deberá incluso, excluir de manera absoluta al sujeto abusivo, para que los terceros puedan lograr utilidad de sus derechos. No sería una resolución justa si el juzgador, después de haber comprobado en la fase probatoria, que una persona, titular de un derecho, lo ejerciese con el fin de evitar que otra persona ejerciese también un derecho para obtener un beneficio (uso normal). Debe condenarse al sujeto que abusa de sus derechos, excluyéndolo, para que el tercero use su derecho, con la consiguiente utilidad. Este último sólo tendrá como limitación, el no causar daño a aquél o a terceros, al ejercitar su derecho.

En conclusión, la propiedad como manifestación de la libre voluntad del hombre sobre los bienes, abandona el criterio individualista, en consideración a que la vida social moderna encadena en una interdependencia económica a las personas, convierte en tributarios a los unos de los otros, es decir, la solidaridad social vincula cada día más la libertad individual a la mejor satisfacción de los intereses colectivos. De allí que, para proteger el derecho de propiedad con finalidad social, se atienda a los actos concretos que lo exteriori

zan y a sus resultados inmediatos sobre la sociedad, protegiendo dicho derecho cuando así convenga a los intereses colectivos, modificándolo como mejor le beneficie y desconociéndolo cuando le sea nocivo o perjudicial.

#### 2.4.3.3 ABUSO DEL DERECHO PERSONAL

Tal como se dejó apuntado anteriormente, no sólo los derechos reales pueden ser ejercitados de una manera abusiva, también los derechos personales o de crédito son factibles de abuso por parte de su titular; es decir, que los use de una forma anormal, sin obtener utilidad o beneficio alguno y causando daños a terceros. En todas las legislaciones que acogen el principio, lo admiten en sus dos especies, es decir, abuso de los derechos reales y abuso de los derechos personales, en virtud de que no limitan o restringen el abuso a la materia del derecho de propiedad, sino que se le establece como principio general del derecho en la legislación, la doctrina e incluso en la jurisprudencia.

Nuestro Código Civil no ha escapado a la regla, pues contiene la prohibición del abuso de los derechos personales (también llamados derechos de crédito), en el Art. 1912, con base en el mencionado Art. 16.

Efectivamente, el Art. 1912 contiene la siguiente disposición:

"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".

El principio general que sirve de base a la prohibición del abuso de los derechos, es el ordenado en el Art.



16 del propio Código, que señala:

"Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas".

Ahora bien, es conveniente desglosar la disposición del Art. 1912 para determinar cuáles son los requisitos o elementos que configuran y permiten apreciar los casos en que se manifiesta el abuso de los derechos de crédito:

En opinión del maestro Ernesto Gutiérrez y González, son tres los requisitos esenciales para que se cometa el hecho ilícito de abusar de un derecho personal, a saber:

- a) Al ejercitar el derecho se cause un daño.
- b) Se ejercite únicamente con el fin de causar daño.
- c) El ejercicio del derecho no reporta utilidad para su titular". (59)

En cuanto al primer elemento, es indubitable que con el ejercicio de un derecho debe causarse daño, como en todos los hechos ilícitos, pues la comisión del daño constituye la conditio sine qua non para que exista la responsabilidad civil, y por tanto, la obligación indemnizatoria. Si el daño no existe, no puede exigirse al sujeto que ha abusado de sus derechos la restitución de daños y perjuicios, aun cuando surjan los demás requisitos exigidos por la norma.

Otro requisito necesario para que se configure el abuso del derecho, es la ausencia de utilidad o benefi-

cio para el titular que ejercita sus derechos, no se concibe que el sujeto que ejercitando un derecho obtenga un beneficio, deba indemnizar por el daño causado. Posiblemente se presente otra especie de hecho ilícito, pero no la del abuso del derecho. La naturaleza misma del derecho subjetivo es conceder una potestad al sujeto para realizar sus fines, esto es, proteger su esfera jurídica y beneficiarse, con las limitaciones impuestas a ese derecho por el Estado.

A propósito hemos aislado al tercer elemento, doloso o subjetivo, que consiste en la obligación que tiene el tercero dañado por el ejercicio abusivo de un derecho, de demostrar al juzgador que el titular usó sus derechos con el exclusivo fin de causar el daño. Este último requisito, considerado por la doctrina internacional como un elemento doloso, es único en toda la reglamentación sobre el abuso en nuestra legislación civil, toda vez que no se encuentra en los Arts. 16, 840 y 934. Hasta podemos encontrar en él una marcada influencia alemana, que adopta también un criterio subjetivista, pues es obvio que la intencionalidad juega papel esencial en el abuso del derecho, a la luz del Art. 226 del Código Civil Alemán (B.G.B.), que establece que el ejercicio de un derecho no se permite cuando no puede tener otro fin que el de causar daño a otro. Visto este texto, debemos admitir su fundamento intencional: no sólo requiere del agente la voluntad dirigida a causar el daño, sino, algo más, también exige que ese sea el único fin. El análisis del Art. 1912 de nuestro Código, parece indicarnos que el legislador pretendió (de una manera desafortunada) restringir el principio del abuso de los derechos de crédito, pero si no adoptamos un criterio fundado en la

interpretación de la ley misma, apoyados en el espíritu que anima al nuevo código, válidamente podemos darle un alcance mayor a la disposición, pues el principio establecido por los Artículos 16 y 840 es más general y afortunado para la víctima del hecho ilícito, sin que ésta tenga necesariamente que probar la intencionalidad del agente tendiente a la comisión del daño. Aun así, el nuevo requisito introducido al principio, representa uno de los errores en la prohibición del abuso del derecho. El legislador debió procurar una mejor técnica jurídica, regulando el principio de una manera uniforme, siguiendo las pautas establecidas en los Artículos 16 y 840, pues el elemento intencional o doloso limita de una manera escandalosa su aplicación. El contraste es muy marcado, puesto que en lo relativo al abuso del derecho real (Art. 840) sólo exige la causación del daño y la ausencia de utilidad, mientras que en el derecho personal agrega un tercer requisito, la intencionalidad en el sujeto. De esta manera, condiciona la obligación de indemnizar a la comprobación de la intencionalidad.

Es más conveniente señalar otro requisito, complementando las ideas expuestas por Gutiérrez y González.

d) La vinculación causal.- Consiste en que debe establecerse una "relación causal suficiente entre el ejercicio del derecho y el daño causado, para que pueda señalársele al titular de ese derecho la obligación de resarcir. Un ejercicio abusivo que no pueda vincularse con un daño, aunque éste exista dentro del área jurídica donde tal derecho haya sido ejercido, no podría obligar al titular". (60)

Consecuentemente, el tercero dañado por el ejercicio abusivo de un derecho, estará obligado a probar no

tan sólo el daño causado y la ausencia de utilidad para el titular, sino también el nexo causal entre el daño producido y el ejercicio del derecho.

Desde nuestro particular punto de vista, la Comisión Redactora debió unificar el criterio relativo al abuso del derecho, pues la intencionalidad de causar el daño (*animus nocendi*) minimiza el contenido del Art. 1912. Este debe reformarse en el sentido siguiente:

"ARTICULO 1912.- El que en el ejercicio de un derecho cause daño a otro, sin utilidad para sí, excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin para el cual le ha sido conferido ese derecho, estará obligado a indemnizar por los daños causados".

Con la fórmula propuesta, se deja a un lado el elemento doloso y dará al juzgador mayor flexibilidad en la aplicación del principio, para estimular la escasa aplicación que se observa en el foro mexicano. No existen en México muchos análisis doctrinales o jurisprudenciales sobre el tema, y en la mayoría de los casos se le ve con gran indiferencia.

#### 2.4.3.4 INDEMNIZACION POR ABUSO DEL DERECHO

Desde el ángulo de vista técnico-jurídico, indemnizar es restituir las cosas al estado que guardaban antes de que se produjera el hecho dañoso lícito o ilícito, y sólo cuando ello no fuere posible, es pagar el daño y perjuicio. (61)

Es importante captar el contenido de este concepto, porque indemnizar no es como vulgarmente se afirma, el entregar una cantidad de dinero. En derecho, la indemnización radica en restituir las cosas al estado en

que se encontraban antes de la conducta dañosa, y sólo cuando ello resulte imposible, se traduce la indemnización en un pago por los daños y perjuicios.

El hecho ilícito puede dar lugar a dos diversas clases de indemnización: una cuando ya se violó el deber y cuando la obligación ya no es susceptible de cumplirse; y otra, en los casos en que la obligación es aún susceptible de cumplirse aún con retardo. En ambos casos se debe indemnizar, pero el tipo de indemnización es diferente. El maestro Ernesto Gutiérrez y González, distingue estos dos tipos de indemnización de la siguiente manera:

"a) COMPENSATORIA

b) MORATORIA

INDEMNIZACION COMPENSATORIA.- Es la que se debe cuando el incumplimiento de un deber jurídico estricto sensu o de una obligación lato sensu, es definitivo; tiene por objeto, como su nombre lo indica, compensar el valor patrimonial que se le afecta a la víctima.

INDEMNIZACION MORATORIA.- Esta sólo se puede prestar respecto de los hechos ilícitos por violar una obligación previa, y se da cuando no hay incumplimiento definitivo de la obligación, sino sólo cumplimiento tardío, y por ello se traduce en la evaluación del interés que tenía el acreedor en que la obligación se hubiera cumplido en forma oportuna. (62)

El abuso del derecho, como especie de los hechos ilícitos, imputa cierta responsabilidad al sujeto que ejerce sus derechos de una forma abusiva. Como se ha dejado apuntado anteriormente, en el caso del abuso del derecho, surge la obligación de volver las cosas al estado que guardaban antes de que se cometiera el hecho i

lícito y en el supuesto de que no sea posible, deberá pagar los daños y perjuicios.

La indemnización por abuso de los derechos será de carácter compensatorio, porque se trata de un incumplimiento definitivo de un deber estricto sensu, y no de un simple retardo en el cumplimiento de una obligación. Así lo dispone el Art. 1915, que estatuye:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado esta norma en el sentido de que la víctima del hecho ilícito no goza de dos acciones simultáneas para obtener la indemnización, sino que puede optar por cualquiera de ellas, pero en la hipótesis prevista en la primera parte del Art. 1915, ese derecho de opción queda supeditado a que el restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes del hecho ilícito fuera factible. En este caso, la víctima del hecho solamente estará en posibilidad de demandar el pago de daños y perjuicios, que se traduce en la obligación de dar a cargo del sujeto abusivo, consistente en la entrega de una suma de dinero. Quiso el legislador con esta norma, colocar a la víctima del hecho ilícito en la situación más parecida a la que tenía antes de que sufriera las consecuencias de la conducta ilícita, y de ahí que la ley ordene que se le restablezca o restituya a la situación anterior, y sólo de no ser posible, radicará la indemnización en el pago de daños y perjuicios.

En el abuso del derecho real, tratándose de obras

materiales realizadas en los inmuebles, sin utilidad para el propietario y causando daños a terceros, la víctima del hecho ilícito puede exigir la destrucción de las obras a costa del sujeto obligado, es decir, del sujeto que ejercitó sus derechos de manera abusiva, con fundamento en el propio Art. 1915 y el 2028 aplicado de manera complementaria.

Es pertinente aclarar que tratándose de este hecho ilícito, el abuso de los derechos, no cabe que la responsabilidad civil pueda ser regulada por convenio de las partes (aun cuando la ley no lo prohíbe), a la luz del Art. 2117, en virtud de que la llamada "cláusula penal" sólo se establece para resarcir los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos y derivadas de la declaración unilateral de voluntad. La naturaleza jurídica sui generis del abuso de los derechos impide que el sujeto abusivo y la víctima puedan regular por convenio la responsabilidad civil, toda vez que el abuso de los derechos es considerado como fuente extracontractual de las obligaciones. Precisamente la utilidad de la cláusula penal radica en que el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. (Art. 1842).

Indubitadamente, en el abuso del derecho la víctima debe probar (entre otros extremos), la comisión del daño por parte del sujeto abusivo, para que pueda condenarse a éste a la indemnización, pues uno de los requisitos para que sea exigible la indemnización, es la causación de los daños y perjuicios.

Es conveniente señalar que cuando la víctima del a

abuso sea igualmente un propietario, fundará su acción en el testimonio de la escritura pública o el contrato privado de compraventa respectivo. Los inquilinos o comodatarios podrán exhibir como documento base de la acción, para impedir al vecino el uso anormal del derecho de propiedad, los contratos de arrendamiento y comodato, respectivamente, al tenor de lo dispuesto por el Art. 837, que prescribe lo siguiente:

"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".

La acción para exigir la indemnización por abuso del derecho prescribe en dos años, término que empieza a computarse desde el día en que se haya causado el daño, tal como lo previene el Código Civil, al regular lo relativo a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos:

"ARTICULO 1934.- La acción para exigir la reparación de los daños causados, en los términos del presente capítulo, prescriben en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño".

También señaló el legislador en las reglas para la prescripción negativa, lo siguiente:

"ARTICULO 1161.- Prescriben en dos años:

...V.- La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyen delitos.

La prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos".

Como se observa, esta norma dispone en el último



párrafo que la prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos. Sin duda alguna, esta disposición es clara y precisa por lo que respecta a aquel hecho ilícito que es de ejecución inmediata o instantánea, es decir, el que se realiza en un solo momento, sin prolongarse en el tiempo. Ahora bien, tratándose del hecho ilícito de ejecución continuada o de tracto sucesivo, el término para la prescripción deberá empezarse a contar desde el día en que se verificó el último acto, toda vez que es el momento en que se agota el hecho ilícito.

#### 2.4.3.5 EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Si en los derechos reales y personales, el principio del abuso del derecho ha sido admitido por casi toda la doctrina universal, es en materia familiar donde se le admite con menor vigor; es en esta clase de derechos donde ha sido estudiado con menos interés.

Siendo la familia una institución de tanta importancia como cédula de la sociedad en general, la tendencia que se manifiesta en el legislador es la de componer y organizar su estructura, la cual se ha tratado siempre de mantener apoyada en la autoridad de los padres, y en especial la del marido, siguiendo así una orientación antiquísima. La jurisprudencia también se ha mantenido siempre conservadora en este ámbito, aun en países como Francia, en el que la Jurisprudencia ha sido no solamente intérprete magnífica de las normas hacia nuevos derroteros, sino también creadora, muchas veces, de instituciones que el legislador no precisó, como es el caso del abuso del derecho.

Dentro del complejo normativo que regula lo rela-

tivo a la familia, se consolida la institución de la patria potestad y la llamada "autoridad marital". Se ha considerado que las normas o dispositivos de la patria potestad constituyen, debido a los fines que debe cumplir la institución, más que derechos, deberes.

El derecho de familia ha sufrido una transformación radical en el Código Civil vigente, que fue iniciado anteriormente por la Ley sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917 por el Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, y que derogó desde entonces la parte relativa al derecho de familia del Código Civil de 1884. El Código actual tuvo su inspiración principal en la ley mencionada (aunque la reformó y adicionó substancialmente) y en los códigos más avanzados de esa época.

En materia de matrimonio, se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autorización marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, pero no podrá ejercer las actividades que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta (Art. 169). La mujer casada, mayor de edad, puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos (Art. 172). También puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo (Art. 189 fracc. VII); la mujer casada tiene derecho de pedir que se dé por terminada la sociedad conyugal, cuando teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente; tampoco pierde la mujer la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores, aun cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias

(Art. 445).

No obstante esa actitud poco favorable mostrada hacia el abuso del derecho en materia familiar por la legislación y la jurisprudencia de casi todo el mundo, el principio es adoptado sin escrúpulos por algunos ordenamientos. El ejemplo típico lo encontramos en las legislaciones rusa y peruana.

En el Art. 143 del Código de Familia de Rusia de 1942, se dispone que los derechos del padre son ejercidos exclusivamente en interés de los hijos, y en el caso del ejercicio abusivo, el tribunal tiene el derecho de privar al padre de sus derechos.

Asimismo, en la Ley Federal sobre Fundamentos de la Legislación sobre el Matrimonio y la Familia de la URSS y de las Repúblicas Federadas, aprobada por el Soviet Supremo el 27 de junio de 1968, después de establecer como principio en el Art. 18, que los derechos de los padres no pueden ejercerse en contradicción con los derechos de los hijos, prescribe lo siguiente:

"ARTICULO 19.- PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD

Los padres o uno de ellos pueden ser privados de la patria potestad si se acredita que no cumplen sus obligaciones en orden a la educación de los hijos o abusan de sus derechos paternos, tratan cruelmente a los hijos y ejercen una influencia nociva sobre ellos con su conducta inhumana y antisocial, y también cuando los padres son dipsómanos o narcómanos crónicos..."

En la misma norma se establece que los pleitos so-

bre la privación de la patria potestad se examinan a demanda de las organizaciones del Estado o sociales, de uno de los padres o del tutor (o curador) del niño, y también a demanda del fiscal. Al ser privados de la patria potestad ambos padres, el niño queda bajo el cuidado de los organismos de tutela y curaduría. Tanto la privación como el restablecimiento de la patria potestad, sólo se efectúa por vía judicial y cuando así lo exija los intereses de los hijos.

La importancia que reviste este ordenamiento radica en que sus disposiciones son obligatorias para las legislaciones de las Repúblicas Federadas de la URSS, toda vez que poseen la máxima fuerza jurídica después de la Constitución de la URSS. Todas las demás disposiciones de Derecho Familiar de las Repúblicas Federadas, deben estar en concordancia con esta Ley Federal sobre Fundamentos de la Legislación sobre el Matrimonio y la Familia, pues han sido promulgadas por el Soviet Supremo para evitar diversidad de criterios o interpretaciones de los fines principales de la legislación socialista, que aseguran la aplicación uniforme del Derecho de Familia en todo el territorio del Estado Soviético.

El Código Civil peruano de 1936 dispone en su Art. 163, que la mujer no está obligada a aceptar la decisión del marido cuando ésta constituya un abuso del derecho. También ha señalado, en relación a la sociedad conyugal, que la separación de bienes será declarada por el juez, a pedido de la mujer, cuando el marido abuse de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda el código.

En algunos países ha sido admitido en la jurisprudencia. En Argentina, el abuso del derecho ha sido apli

cado fundamentalmente en las potestades maritales y la patria potestad misma.

En el primer caso, se señalan como facultades factibles de abuso, la prerrogativa que algunas legislaciones conceden al marido para fijar el domicilio conyugal, y han condenado al marido cuando éste ejerce esa facultad de una manera despótica y arbitraria o con evidente perjuicio de la cónyuge, a quien se pretende proteger.

En el segundo caso, la permisión del principio se señala en lo relativo a la facultad que tienen los padres para negarse a otorgar autorización al hijo menor de edad para que contraiga matrimonio, pues se considera que el padre puede, muy frecuentemente, negar tal autorización sin una causa racional y justa, con el fin de fastidiar o molestar a los novios, y aún más, prohíben que el padre revoque sin justa causa la autorización ya concedida, so pena de incurrir en abuso del derecho.

En nuestra legislación, difícilmente puede sostenerse la admisión del principio en materia familiar, siguiendo en los planteamientos a la teoría de Josserand, que en su doctrina concibió la existencia de derechos que llamó absolutos o incausados, en los que no es posible el abuso del derecho, aun cuando se probare la intención de causar daño o el ánimo de vejar (*animus vexandi*), en virtud de que considera que la intervención de los tribunales quebrantaría la autoridad marital o paternal, el principio de autoridad que debe imperar en el núcleo familiar.

En el Código de 1884, la situación jurídica de la mujer fue subvalorada, colocándola en un plano inferior al del varón, en su doble carácter de padre y cónyuge. Es obvio que la preeminencia del marido en las relacio-

nes de familia ya se ha visto reducida a través de una larga evolución. El Código vigente, sin aceptar el abuso del derecho en las potestades familiares, ha introducido nuevos derechos para proteger a la esposa, desterrando en su mayor parte la incapacidad en que se mantuvo a ésta en el Código de 84. Incluso, se eleva a jerarquía constitucional el principio de la igualdad jurídica del hombre y la mujer, por Decreto del Congreso de la Unión de fecha 27 de diciembre de 1974, y es acogido por el Art. 4, que prescribe en su parte primera que el varón y la mujer son iguales ante la ley.

En consonancia con el Art. 4 Constitucional, el Código Civil dispone que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, que en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

Como hemos apuntado en líneas anteriores, nuestro Código no acepta el principio del abuso del derecho en las normas de la familia, aunque tampoco se consideran los derechos derivados de ellas como absolutos u omnímodos, como se había concebido en anteriores ordenamientos. El Maestro Francisco H. Rufz, nos dice lo siguiente:

"Cuando se habla de la patria potestad, si bien es cierto que se menciona la autoridad paterna, también lo es que se menciona esa autoridad, no como la de un señor absoluto que impone su voluntad en la dirección que quiere; se habla -como es necesario hablar- de autoridad cuando se trata de un grupo, a fin de que su vida no sea a

nárquica; pero las funciones que desempeña el padre, no son funciones propiamente de autoridad, y menos de autoridad absoluta: son las funciones del protector, son las funciones del director, del amigo, del que procura que los que estén bajo su férula puedan cumplir fácil y satisfactoriamente los fines que deban realizar.

"Al ingresar a organizar esos llamados poderes, marital, paterno, patria potestad, tutela, no se han tenido en cuenta, ya no digamos exclusivamente, ni siquiera preferentemente, los intereses del marido, del padre o del tutor; han sido instituciones creadas principalmente en beneficio del matrimonio, en beneficio de los hijos, de los pupilos, y esto hace que no deban verse ni deban interpretarse las disposiciones que reglamentan, que organizan esos poderes, como facultades que la ley ha querido instituir en beneficio del titular de ese poder, que su interpretación, aún en aquellos casos dudosos, se haga siempre en el sentido de que resulten más favorecidos, no los titulares de los poderes, sino las personas en cuyo beneficio han sido establecidos". (63)

A juicio del maestro Francisco H. Rufz, los derechos de familia, los poderes de sus directores, más que derechos, más que poderes, son obligaciones que se imponen para que pueda desarrollarse la familia.

Otro factor que determina la negación del abuso

del derecho en esta área, es que la mayor parte de las normas de derecho familiar no tienen un carácter patrimonial, no tiene un objeto económico, son principalmente intereses ético-sociales los que han inspirado la organización de la familia. "La consecuencia de ese carácter ético-jurídico que tiene la familia, sostiene Francisco H. Rufz, es que cuando se dejan de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho, la falta de cumplimiento no se traduce -como ordinariamente sucede en todas las otras ramas del derecho- en sanciones, en el pago de daños y perjuicios; no, aquí hay algo característico, algo peculiar del derecho de familia; quien no cumple con sus obligaciones como miembro y, sobre todo, como autoridad de la familia, pierde esa autoridad, pierde esas prerrogativas o por lo menos, se le suspenden. El padre que no cumple con las obligaciones que como jefe de la familia tiene, no solamente se hace acreedor a ciertas sanciones, sino que preocupándose la ley fundamentalmente por el bienestar, por el interés o por el perfeccionamiento de la familia, lo priva de una facultad, de una prerrogativa de la que él se ha mostrado indigno. En las otras ramas del derecho, el que llega a abusar de su derecho sufre la sanción, que consiste, por regla general, en el resarcimiento de los daños y perjuicios que origina con ese uso abusivo del derecho; a lo más, se puede nulificar el acto; pero el titular, no por abuso lo pierde. Y esta regla no es aplicable cuando se trata del derecho de familia: aquí el titular de un derecho, que al usar de una prerrogativa no la ejerce correctamente, no solamente sufre sanciones, sino que por indigno de tener esa prerrogativa, y no pudiendo la familia carecer de la ayuda, de la cooperación del que ha de



ejercer esa prerrogativa, la pierde el titular, para que pase a persona capacitada para ejercitarla aptamente". (64)

El abuso del derecho ha sido admitido en otros países, en todo lo relativo a las potestades maritales y a la patria potestad, sin duda alguna debido a que su propia legislación no ha consagrado la igualdad jurídica del hombre y la mujer (o porque habiendo admitido ésta, el hombre goza de trato preferencial en la ley), menos aún remedios procesales para poner coto al ejercicio abusivo de las potestades de que goza el cónyuge y paterfamilia. Afortunadamente, nuestra legislación civil contiene ambas conveniencias, es decir, establece tanto la igualdad jurídica del hombre y la mujer, como las acciones necesarias para solicitar al Juez de lo Familiar, dirima las controversias surgidas entre los cónyuges o entre padres e hijos. A título de ejemplo se señalan los siguientes casos:

1. En el Art. 163 se dispone que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Sin embargo, establece que los tribunales (jueces de lo familiar), con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

En la Ley de Relaciones Familiares ya se establecían en el Art. 41, tres excepciones a la obligación de la mujer de vivir al lado de su cónyuge, a saber:

- a) Cuando el cónyuge se ausentare de la Repú-

- blica;
- b) Cuando el cónyuge se estableciere en lugar insalubre; y
- c) Cuando el cónyuge se estableciere en lugar no adecuado a la posición social de aquélla.

La excepción contenida en la parte final del artículo en cita ha sido suprimida en el Código actual.

Inicialmente, la facultad de fijar el domicilio conyugal se confirió al marido, pero posteriormente se reformó para quedar como actualmente está regulado y puede decirse que conforme a la última redacción, ambos cónyuges deben resolver de común acuerdo, todos los conflictos derivados del cambio de domicilio conyugal.

2. Se establece también que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente (Art. 168).

Esta norma se derivó de la Ley de Relaciones Familiares, en la cual se concedía competencia al juez de Primera Instancia del lugar, para procurar avenirlos en caso de conflicto, sin observar forma o solemnidad alguna, y en caso de que no lo lograre, resolvería de conformi-

dad con lo que fuese más conveniente a los hijos (Art. 43).

3. Actualmente, los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad, con la única limitación de que tales actividades no dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Se establece en la misma norma (*in fine*), que cualquiera de los cónyuges podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición (Art. 169).

En todos los casos enunciados, se concedieron facultades al juez de lo familiar, para resolver las controversias entre los cónyuges, pues aun cuando establece que los cónyuges decidirán de común acuerdo, el legislador consideró que habría algunos casos en que los esposos no podrían conciliar o limar sus asperezas, que en tales casos necesariamente requerirían de un árbitro, llamado en este presupuesto como "juzgador".

En lo que respecta a la patria potestad, también se encuentran algunos ejemplos de cómo el legislador permitió que el juzgador interviniese en materia familiar, para no permitir a los padres el ejercicio absoluto de los derechos, en evidente perjuicio de los hijos.

La ley señala que el hijo o hija que no haya cumplido dieciocho años, no puede contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva (Art. 149). Si hacemos un análisis superficial o somero de la norma, pudiéramos decir que tal facultad podría ser ejercitada de una manera abusiva, pero si estudiamos con detenimiento las normas relativas a ésta, encontramos que, en caso de que los pa-

dres se nieguen a otorgar su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido sin justa causa, el hijo puede ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los delegados, según el caso, para que suplan el consentimiento. Ahora bien, esta facultad que se ha dado a la autoridad administrativa es de índole discrecional, pues están obligadas a levantar una información sobre el particular, esto es, procederán a investigar la situación concreta y específica en que se encuentra el menor frente a los padres, y si éstos han ejercido las facultades de patria potestad de manera arbitraria o egoísta y sin una causa racional y justa que califique su negativa, suplirán el consentimiento de los padres (Art. 149 y 151).

También se dispuso que el que está sujeto a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o los que ejerzan aquel derecho, y se dan facultades al juez de lo familiar para que resuelva en caso de irracional disenso del padre.

Vista así la patria potestad y las facultades derivadas de ella, se concluye que difícilmente puede entablarse una demanda por abuso del derecho en contra del padre (incluso en su calidad de marido), por las amplias facultades de que goza el tribunal familiar para resolver los conflictos en el seno de la familia. Además, consideramos que es más cómoda esta solución para el hijo o la esposa litigante, pues en los términos en que aparece regulado el abuso del derecho, sería un poco conflictivo probarlo; en cambio, por virtud de las facultades conferidas a la autoridad judicial, podrán obtener una resolución favorable, con sólo probar la existencia

de un irracional disenso o la ausencia de una justa causa para el ejercicio de los derechos maritales o de patria potestad. El abuso del derecho fue adoptado en otras legislaciones en materia familiar, para evitar que el padre ejercite esas prerrogativas con fines maliciosos, con el solo propósito de dañar o vejar a los hijos o a la esposa.

#### 2.4.3.6 LA SOCIALIZACION DEL DERECHO EN EL NUEVO CODIGO CIVIL

Los ordenamientos jurídicos modernos han manifestado en las últimas décadas un fenómeno novedoso, una nueva tendencia: la socialización del Derecho. Este fenómeno se presenta a nivel universal, preferentemente en los ordenamientos privados, que se ven empujados hacia nuevos derroteros, hacia metas innovadoras de gran arraigo que nunca antes se habían manifestado con tanta fuerza como en los últimos años.

La idea del Derecho Social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. En realidad se trata de una nueva forma del Derecho en general. El Derecho Social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho. Los cambios que dejan huella en la historia del Derecho se hallan determinados, más que por ningún otro factor del pensamiento jurídico, por las transformaciones que experimenta la imagen del hombre, tal como el legislador la concibe, por ello es que el Derecho es esencialmente mutable, por su tendencia a perfeccionarse y a mejorarse. Si deseamos tener ante nosotros la imagen del hombre sobre la que descansa un ordenamiento jurídico determinado,

no tenemos más que fijarnos en lo que ese orden jurídico ha plasmado como derechos subjetivos y en lo que ha plasmado como deberes jurídicos.

El Derecho se inclina fundamentalmente hacia dos corrientes:

La una, como una concepción jurídica individualista, que se orienta hacia un tipo de hombre egoísta y calculador, idealmente aislado y a quien se supone, en abstracto, igual a los demás y viviendo al margen de todo vínculo social.

En la época liberal del Derecho, fue comprendiéndose, paulatinamente, que no todos los hombres se ajustan a aquella imagen ficticia del individualismo.

En la otra tendencia, que va predominando poco a poco en el Derecho contemporáneo, se construye y conforma una nueva concepción jurídica, que imputa a los derechos subjetivos una función social, forja la idea del hombre con un compromiso frente a la sociedad, subordina el interés particular al interés general o colectivo, con evidente protección de terceros.

En aquella tendencia, se concibe al hombre como un individuo aislado, independiente, con derechos anteriores a la sociedad, separado de sus semejantes; en la nueva orientación socializadora, surge la idea de un hombre nuevo, un hombre con un vínculo social, de solidaridad frente a los demás, una relación de interdependencia con terceros o la colectividad. Es una persona sujeta al vínculo comunitario, no aislado e independiente.

Al hablar de los deberes sociales del individuo, Francisco H. Rufz nos dice:

"El hombre tiene en la sociedad una función que cumplir, una tarea que ejecutar, y éste

es el fundamento de la noción del Derecho. La función social que a cada hombre toca desempeñar, tiene obligación de cumplirla, porque con su abstención perjudicaría a la sociedad. Los actos que realice contrarios a la función que le incumbe, deben ser socialmente reprimidos. Por el contrario, los que ejecute para cumplir esa función, deberán ser socialmente protegidos y garantizados". (65)

Tal parece que con esta nueva orientación, el Derecho tiende a salir del letargo en que se había mantenido por muchos siglos, sosteniendo criterios y teorías muy tradicionales y en la mayoría de los casos obsoletas. Es muy seguro que en la época en que surgieron hayan convergido con la realidad social que pretendían regular, pero en la etapa contemporánea se presentan como inútiles, pues indubitablemente el desarrollo técnico, industrial, social y económico, han traído a la sociedad nuevas formas de vida que no pueden regularse sino con un Derecho igualmente revolucionado, un ordenamiento jurídico verdaderamente transformado que observe y refleje la realidad social.

Simultáneamente a esta orientación socializadora, ha surgido frente a la clasificación clásica romana del Derecho (que divide al Derecho en dos grandes ramas: Derecho Público y Derecho Privado), el Derecho Social, que ampara en su seno al Derecho Laboral y al Derecho Económico, y en nuestro país acoge al Derecho Agrario, para dar cauce a la Reforma Agraria.

El Derecho Social implica, pues, el nacimiento de nuevas ramas jurídicas, que se dirigen a mejorar la si-

tuación de los grupos humanos reputados como débiles des de el ángulo de vista económico, cultural y social.

La socialización implica la renovación de la sangre que nutre al Derecho, originando una nueva concepción del hombre y sus derechos subjetivos, ligados a los intereses de la colectividad.

No debemos confundir al Derecho Socialista con el fenómeno de la socialización del Derecho. El primero es el ordenamiento jurídico concebido por la Revolución Rusa de 1917. La socialización del Derecho es el rejuvencimiento del Derecho, que se impregna de medidas proteccionistas para los terceros, vinculando al individuo con la sociedad.

Como acertadamente explica Héctor Fix Zamudio:

"El derecho socialista soviético ha dividido el mundo actual en dos concepciones jurídicas totalmente diferentes, y en buena parte irreconciliables: el derecho occidental en el cual campea la idea social del derecho, y el derecho soviético, con un concepto socialista del mundo jurídico". (66)

La socialización del derecho significa una búsqueda de una nueva justicia social, nutriendo la sangre que alimenta al sistema jurídico, con normas de solidaridad social e interdependencia del sujeto con los individuos que le rodean.

El maestro Francisco H. Rufz sostiene lo siguiente:

"Aspira (la socialización del derecho) a realizar el bienestar colectivo, y lucha porque el derecho sea un patrimonio común, porque sus beneficios se extiendan a todos, porque



desaparezcan los privilegios creados al amparo del individualismo intransigente y rea cio a toda intromisión del Estado en la esfera de la actividad individual. Pero tiene en cuenta que el bienestar colectivo implica el bienestar individual, por lo que no desconoce los intereses individuales, so lamente los limita, armoniza y subordina a los intereses generales. La función del de recho es la de equilibrar los intereses en presencia, consagrar la personalidad e inde pendencia del individuo; pero acentuar también sus obligaciones hacia la sociedad".

(67)

Se ha pretendido ver en el Código Civil de 1928 un "código privado social", pero es cuestionable esa consideración, en atención a que el Código no ha logrado desterrar de su contenido, normas acentuadamente individualistas, aunque sí contiene algunas disposiciones de orientación social, que se citan a guisa de ejemplo:

En las Disposiciones Preliminares del Código, so lamente se establecen entre los 21 artículos que las constituyen, cuatro que apoyan la socialización del Derecho. Ellos son los Arts. 2, 16, 17 y 21.

El Art. 2 consagra la igualdad jurídica del hombre y la mujer, como ya lo habíamos apuntado en líneas anteriores. El Código de 1884, ya derogado, había señalado en su Art. 1o. lo siguiente:

"La ley civil es igual para todos, sin dis tinción de personas ni de sexos, a no ser en los casos especialmente declarados".

Los casos especialmente declarados eran numerosos,

y restringían la capacidad jurídica de la mujer, por ejemplo, los Arts. 195, 197, 198, 199, 200, 203, 228, etc., en que se confería la representación legítima de la mujer a su cónyuge, se le requiere permiso para adquirir bienes a título oneroso o lucrativo, para enajenarlos, licencia para litigar o para contraer obligaciones, etc.

En la Exposición de Motivos del nuevo Código, el legislador consideró lo siguiente:

"Socializar el Derecho significa extender la esfera del Derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo". (68)

El Art. 16 sanciona con una regla general el carácter relativo de los derechos al establecer que los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, originando las normas 840 y 1912.

En el Art. 17 se introduce la figura de la lesión con un carácter subjetivo, permitiendo rescindir el contrato o disminuir la contraprestación excesiva cuando se ha aprovechado injustamente de las condiciones de desventaja en que se pudiese encontrar uno de los contratantes en razón de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.

El Art. 21 establece un principio social, adicionando al texto del Art. 22 del Código Civil de 1884, que señalaba que la ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa, y a nadie aprovecha.

La nueva disposición prescribe lo siguiente:

"Art. 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que las cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público".

Como se desprende de esta norma, el legislador modera el rigorismo de ese principio jurídico, el que se apoya en una ficción de la ley, constantemente desmentida en la realidad social, pues por lo general los tribunales daban una interpretación letrística o literal al principio de la seguridad jurídica que señala que la ignorancia de las leyes de no excusa su cumplimiento; resulta entonces que cumplido el requisito formal de publicar un cuerpo normativo (ley, reglamento, etc.) en el "Diario Oficial de la Federación", nunca más se explica el alcance de los derechos y obligaciones prescritos en dichas leyes y la mejor forma de ejercer aquéllos y de cumplir éstas, lo que impide al sujeto valerse de ellas, para hacer efectiva y eficaz su vigencia.

El principio de la presunción juris et de jure (presunción absoluta) de conocimiento de las leyes, plenamente justificada en una época primitiva, en la que el Derecho se reducía a unos pocos mandamientos y prohibiciones, viene a constituirse en anomalía en el Derecho contemporáneo, pues éste se integra por una producción copiosa de leyes, reglamentos y disposiciones legales,

con las frecuentes reformas, que ni aun el propio jurista llega a dominar. En estas condiciones, se antoja irónico conceder el título gratuito de jurista a un profano del Derecho, no es más que un sarcasmo.

La facultad concedida al juzgador viene a beneficiar a aquellos individuos que se encuentren en situación geográfica apartada de las vías de comunicación o situación económica endeble, mediando la aprobación de la Representación Social (Ministerio Público), excepción hecha del incumplimiento de leyes que afecten directamente al interés público, en este supuesto no podrá el juzgador eximir al infractor de las sanciones en que hubiese incurrido.

Sobre este particular, Ignacio García Téllez nos explica que esta innovación tuvo sus antecedentes históricos en las medidas adoptadas por Antonino Pío, que suavizó la obligación de conocer la ley a los caballeros que andaban en la guerra, a los aldeanos que labran la tierra y moran en lugares donde no hay poblados, a los pastores que cuidan ganado en los montes o yermos y a las mujeres que moren esos lugares. (69)

Se reconoce el concubinato, como una forma de constituir la familia. Las palabras con que se justifica la Comisión Redactora, para reconocer el concubinato, son las siguientes: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habfan quedado al margen de la ley los que en tal estado vivfan; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina que al mismo tiempo es madre y ha vivido por mu-

cho tiempo con el jefe de la familia. Estos defectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado; hecho que el legislador no debe ignorar". (70)

Digna de mención en esta área es la investigación de la paternidad, instituida por el nuevo Código. En códigos anteriores, la prohibición de investigación de la paternidad era absoluta, admitiéndose solamente en los casos de violación y rapto, cuando coincidían estos delitos con la época de la concepción del hijo de cuya filiación se trataba, o bien cuando el hijo se encontraba en posesión de estado respecto a su madre o su padre, o ambos, siempre y cuando cualquiera de ellos no estuviese casado con otra persona (Art. 187 de la Ley sobre Relaciones Familiares y Artículos 343, 344, 345 y 358 del Código Civil de 1884).

La regulación actual sobre la filiación natural, aun cuando no adopta el sistema alemán de la libre investigación de la paternidad, sí se vuelve más flexible que el mecanismo establecido por el Código de 1884. El Código vigente establece limitativamente en el Art. 382, los casos en que se permite la acción de investigación de la paternidad, o sea que sólo se permite:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación;
- II. Cuando el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo de presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habita bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Por lo que respecta a la acción de investigación de la maternidad, el Art. 385 permite expresamente al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, con la única limitación de que el ejercicio de esta acción no será permitida cuando se pretenda imputar el hijo a una mujer casada; no obstante, el hijo podrá investigar aún en este caso la maternidad, si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal (Art. 386).

La razón de prohibir, en tiempos pretéritos, la investigación de la paternidad, consistía en mantener la tranquilidad del núcleo familiar, pues se vería seriamente alterada si se le imputa al padre o a la madre una paternidad ex nuptiae. La Comisión Legislativa del actual Código, se justificó de la siguiente manera: "Lo que puede quebrantar la tranquilidad de la familia es que el padre casado tenga hijos adulterinos; pero si faltando a sus deberes los trajo a este mundo, no debe privarse al hijo, que no es culpable de esa falta, de la protección que necesita, sólo porque quedando oculta la falta del padre, se evitan disgustos conyugales. Esto es proteger al culpable y castigar al inocente". (71)

En materia de derecho de propiedad, el legislador fijó algunas normas de orientación social, siguiendo las pautas dadas por el Art. 27 de la Constitución Federal.

Establece la institución de la expropiación (Art. 836), mediante la cual, la autoridad puede ocupar la propiedad particular, deteriorarla y aún destruirla, para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente una población o para ejecutar o-

bras de evidente beneficio colectivo.

La disposición del Art. 840, relativa a la prohibición del abuso de los derechos de propiedad, se antoja la más brillante de cuantas acogió el legislador en esta materia.

También prohíbe algunas molestias de vecindad, como son los fosos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos o la instalación de depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor o fábricas cuyos usos puedan ser peligrosos o nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos o sin construir las obras de resguardo con sujeción a los mismos reglamentos, o a juicio de peritos.

En materia de contratos y obligaciones, se protege al tercero de buena fe. Son de gran significación, en vía de ejemplo, los Artículos 6, 2167, 2169, 2184, 2270, 2691 y 3003.

Se dispone en el Art. 6 in fine, que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Asimismo, en lo relativo a los actos celebrados en fraude de los acreedores, se dispone en el Art. 2167 (interpretado a contrario sensu). que la acción concedida al acreedor para solicitar la nulidad del acto celebrado en su perjuicio, contra el primer adquirente, no procede contra terceros de buena fe. Más adelante, precisa (Art. 2169), que el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe o cuando se hubiere perdido.

En lo que respecta a la simulación de los actos jurídicos, el Art. 2184 prescribe que luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho que pertenezca, con sus frutos e intereses, pero en el supuesto de que la cosa o derecho hubiese pasado a título oneroso a terceros de buena fe, no habrá lugar a la restitución. De aquí se desprende que solamente procederá la restitución indicada, cuando el tercero de buena fe ha adquirido la cosa o derecho a título gratuito. (Donación, por ejemplo).

En materia de compraventa, determina que la venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, pero que deberá tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público de la Propiedad para los adquirentes de buena fe (Art. 2270).

En el contrato de sociedad, la falta de forma prescrita permite a los socios liquidar la misma, pero no pueden oponerse a los terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma (Art. 2691).

El Art. 3003 (equivalente al 3193 del Código de 1884), mantiene la disposición de que los documentos que conforme a la ley deban registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes lo otorguen, pero no podrán producir perjuicios a terceros, agregando que los terceros sí podrán aprovecharlos en cuanto les fueren favorables.

En el área de la responsabilidad civil, el legislador introduce como fuente de obligaciones al abuso del derecho (Art. 1912, ya comentado). También regula la llamada responsabilidad objetiva, de la siguiente manera:



"Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Tal vez lo más novedoso de este precepto consiste en la expresión "está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente", porque ya en el Código anterior existía una disposición semejante en el Art. 1479, que prescribía que habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas; o por la aglomeración de materias o animales nocivos a la salud, o por cualquiera otra causa que realmente perjudique a los vecinos.

En materia de contratos, es en la compraventa, el mutuo con interés, el arrendamiento y la aparcería rural donde se observan normas de solidaridad social.

Compraventa.- En concordancia con el Art. 28 de la Constitución Federal, se declara la nulidad de las ventas que produzcan la concentración o acaparamiento, en unas pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tengan por objeto obtener el alza de los precios de esos artículos (Art. 2267).

Para evitar el fenómeno de las manos muertas, se

prohíbe el pacto de que la cosa comprada no se venda a nadie (Art. 2301), y la venta con pacto de retroventa (Art. 2302).

Mutuo con interés.- Se restringe la especulación desmedida en el interés, ordenando que cuando éste sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal (Art. 2395).

Tiene particular importancia el precepto que prohíbe el pacto de anatocismo, sancionando con la nulidad el convenio que de antemano fije que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses (Art. 2397).

Arrendamiento.- Es en este contrato donde el legislador imprimió con mayor vigor el espíritu de solidaridad social. El arrendamiento se reguló teniendo siempre en cuenta que las partes no están en situación de igualdad, por ello acoge una tendencia proteccionista hacia el arrendamiento, considerado como la parte débil.

Se otorga al arrendatario el derecho para ser preferido en un nuevo contrato de arrendamiento si se llenan ciertos requisitos. También gozará del derecho por el tanto si el propietario quiere vender la finca arrendada (Art. 2447).

El Art. 2451 prohíbe la renuncia anticipada al derecho de cobrar indemnización que al inquilino corresponde, cuando el propietario se abstenga de realizar las obras ordenadas por la autoridad, para hacer más habitable e higiénica la localidad arrendada.

El propietario de un predio rústico tiene el de-

ber de cultivarlo, sin perjuicio de dejarlo descansar el tiempo necesario para que no se agote su fertilidad o, en su caso, darlo en arrendamiento o en aparcería, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Tierras Ociosas.

Aparcería.- En el contrato de aparcería rural, el legislador suaviza el rigorismo del principio "pacta sunt servanda", pues aun cuando el Código no admite el principio "rebus sic stantibus" (cláusula de la imprevisión), al regular este contrato, dispone en su Art. 2748 que el aparcerero o mediero no tiene obligación de pagar al dueño del terreno las semillas que le haya proporcionado para la siembra, si la cosecha se pierde por completo; si la pérdida de la cosecha es parcial, en proporción a esa pérdida quedará libre el aparcerero de pagar las semillas de que se trata.

En conclusión, el código vigente no constituye todavía un "código privado social", como se desprende de este somero análisis, toda vez que en su conjunto sólo tiene normas aisladas de orientación social, en donde predomina el interés de la colectividad sobre los intereses individuales o particulares.

#### 2.4.4 EL ABUSO DEL DERECHO EN LA LEY FEDERAL SOBRE EL DERECHO DE AUTOR DE 1956

En el periodo presidencial de Adolfo Rufz Cortines, fue publicada la Ley Federal de Derechos de Autor de fecha 29 de diciembre de 1956, en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre del mismo año, que a broga la Ley de 31 de diciembre de 1947.

La nueva Ley fue decretada con el objeto de incorporar en este ordenamiento los acuerdos celebrados en la Convención de Ginebra de 1952.

En su redacción primitiva, esta Ley no consagraba el principio del abuso del derecho, y no fue sino el Decreto de 4 de noviembre de 1963 (que la reforma y adiciona), el que incorpora el principio. Fueron tantas las reformas hechas que se transformó totalmente, al grado de que algunos autores la conocen como Ley Federal de De re ch os de Autor de 1963.

En el Art. 1o. del Decreto se dispone que sus disposiciones son de orden público y se reputan de interés social, teniendo por objeto la protección de los derechos que la misma establece en beneficio del autor de to da obra intelectual o artística y la salvaguarda del acervo cultural de la Nación.

La protección del autor de cualquier obra intelectual o artística, es de tres clases, como se desprende del Art. 2o., a saber:

- a) El reconocimiento de su calidad de autor;
- b) El de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra, que se lleve a cabo sin su autorización, así como toda acción que redunde en demérito de la misma o mengua del honor, del prestigio o de la reputación del au tor; y
- c) El usar o explotar temporalmente por sí mismo o por terceros, hasta por un periodo de vigencia que señala el Decreto de 30 de diciembre de 1981 (publicado en el Diario Oficial de 11 de enero de 1982), que reforma el Art. 23 de la Ley, comprendiendo la vida del autor y 50 años después de su muerte.

Al elaborar el Capítulo V, llamado "De los Derechos Provenientes de la Utilización y Ejecución Públi-

ca", el legislador se orientó principalmente a proteger los derechos de los intérpretes y ejecutantes, y da la Ley en su Art. 82 el concepto de lo que se entiende por unos y otros. Pretende proteger el derecho de autor en los casos en que su obra sea difundida a través de la radio, la televisión, el cine o cualquier otro medio semejante.

La Ley adolece de grandes errores de técnica jurídica, el legislador manifiesta escasa cultura jurídica a través de las diversas normas concebidas, como los Arts. 14 y 88, entre otros.

En el Art. 14 revive una institución del derecho sucesorio ya extinguida, el derecho de acrecer, que ya había sido contemplada por los Arts. 3914 y 3915 del Código Civil de 1870, y 3653 y 3654 del Código de 1884.

El Art. 3914 del Código de 1870 definía el derecho de acrecer como el que la ley concede a un heredero para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro heredero. No obstante que esta disposición es adoptada por el Código de 1884, en los mismos términos del Código que derogó, el Código Civil vigente ya no la contiene, sino que se establece que en los casos en que no haya testamento, o que existiendo éste caduque, la masa hereditaria del de cajus se distribuirá por sucesión legítima, de conformidad con las reglas dadas por el legislador.

Sin embargo, el error de mayor trascendencia cometido por la paupérrima formación jurídica del legislador, es la disposición relativa al derecho de oposición de que gozan los intérpretes y ejecutantes:

En principio, el Art. 87 prescribe lo siguiente:

"Los intérpretes y los ejecutantes tendrán la fa-

cultad de oponerse a:

- I. La fijación sobre una base material, a la radiodifusión y cualquiera otra forma de comunicación al público, de sus actuaciones y ejecuciones directas;
- II. La fijación sobre una base material de sus actuaciones y ejecuciones directamente radiodifundidas o televisadas; y
- III. La reproducción, cuando se aparte de los fines por ellos autorizados".

Más adelante, en el Art. 88 in fine, se dispone:

"...La oposición a la utilización secundaria de una ejecución dará acción a reclamar la indemnización correspondiente al abuso del derecho, en los términos del Art. 1912 del Código Civil del Distrito Federal".

Ahora bien, en el Art. 1912, como ya se dejó apuntado anteriormente, se dispone que 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.

Tal como se estudió la norma en cita, ésta consigna la especie del abuso del derecho personal, y exige los siguientes requisitos esenciales:

- a) Que la persona que hace uso de su derecho sea el titular del mismo; y
- b) Que al ejercitar ese derecho, no obtenga utilidad o beneficio.

En la hipótesis prevista por el Art. 88, el sujeto presuntivamente abusivo no es el titular del derecho de ejecución. En la especie, tampoco puede configurarse el

abuso del derecho, puesto que el principio del abuso implica que quien abusa de su derecho subjetivo no obtenga utilidad alguna. El objeto preciso de la Ley radica en proteger los derechos de autor, para que los terceros no obtengan el lucro o beneficio a que se refieren los Artículos 2 fracc. III y el 23 reformado por Decreto de 30 de diciembre de 1981.

Luego entonces, se nota lo obtuso de la disposición, pues no se concibe cómo, habiendo beneficios para el tercero, pueda el legislador considerarlo un abuso del derecho, pues el derecho de oposición se le otorgó al intérprete o ejecutante precisamente para evitar que los terceros lucren con sus obras, que obtengan un beneficio a costa del autor.

Indubitablemente, el legislador confundió el principio del abuso con el hecho ilícito genérico regulado por el Art. 1910 del Código Civil, que es la norma que debe regular la hipótesis señalada en el Art. 88 de la Ley Federal de Derechos de Autor.

En mérito a estas consideraciones, es recomendable la práctica de una reforma al Art. 88 de la Ley, en la que remita al Art. 1910 del Código Civil, por violación de un deber jurídico estricto sensu, considerado éste como la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho. (72)

El artículo deberá redactarse más o menos en los siguientes términos:

"Art. 88.- El derecho de oposición se ejercerá ante la autoridad judicial:

1. Por cualquiera de los intérpretes, cuando varios participen en una misma ejecución; y

- II. Por los intérpretes individualmente y los ejecutantes en forma colectiva, previo acuerdo de la mayoría, cuando intervengan en una ejecución unos y otros.

La oposición a la utilización secundaria de una ejecución, dará acción a reclamar la indemnización correspondiente al hecho ilícito, en los términos del Art. 1910 del Código Civil del Distrito Federal".

#### 2.4.5 EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CODIGOS CIVILES DE LOS DIVERSOS ESTADOS

La recepción del abuso del derecho en las entidades federativas ha sido bastante amplia, adoptándose el criterio sustentado por el Código Civil del Distrito Federal. Las legislaturas de los Estados han manifestado una escasa producción legislativa, y rigiéndose por el principio de la mayor comodidad, han rapiñado (generalmente) del legislador del Distrito Federal las creaciones legislativas, con pequeñas adiciones y reformas.

Por lo que respecta al abuso del derecho, los códigos de los Estados lo establecen en los términos del Distrito Federal, y en todos los casos no es sino una reproducción literal de sus normas.

A continuación se establece un cuadro sinóptico de los códigos de los Estados y los artículos que se refieren al abuso del derecho:

AGUASCALIENTES	13,	859,	1786
BAJA CALIFORNIA NORTE	16,	828,	1790
CAMPECHE		848,	1807
COAHUILA	16,	837,	1809
COLIMA	16,	837,	1803
CHIAPAS	15,	826,	1888



CHIHUAHUA	16,	807,	1797
DURANGO	16,	828,	1796
GUANAJUATO	15,	834,	1401
GUERRERO	--	840,	1912
HIDALGO	--	912,	1896
JALISCO	14,	879,	1833
MEXICO	16,	814,	1741
MICHOACAN	13,	767,	1770
MORELOS	937,	946,	2014
NAYARIT	16,	840,	1912
NUEVO LEON	16,	837,	1809
OAXACA	15,	844,	1783
PUEBLA	NO ACOGE LA FIGURA		
QUERETARO	16,	833,	1796
SAN LUIS POTOSI	--	786,	1748
SINALOA	--	838,	1796
SONORA	--	1010,	2083
TABASCO	--	840,	1813
TAMAULIPAS	--	814,	1796
TLAXCALA	21,	750,	751
VERACRUZ	--	868,	1845
YUCATAN	12,	670,	1086
ZACATECAS	17,	920,	929, 1886

#### 2.4.6 EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA

A la fecha, no existen muchos criterios jurisprudenciales en los que se aplique específicamente el principio del abuso del derecho. Sólo hemos encontrado una tesis que sienta precedente pero no jurisprudencia, que resolvió el amparo directo promovido por la parte demandada en contra de la resolución dictada en un recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Jus-

ticia del Estado de Nuevo León. Tratábase de un juicio reivindicatorio en el que el actor demandaba la entrega de una porción de terreno que alegaba le pertenecía. Al contestar su demanda, el demandado planteó al actor una reconvencción, exigiendo el pago de daños y perjuicios causados en el ejercicio temerario de la acción reivindicatoria.

Al resolver la litis, el Juez Segundo del Ramo Civil de Monterrey, N. L., haciendo eco a las pretensiones del demandado, al considerar como temeraria la acción civil promovida, condenó al actor al pago de costas, daños y perjuicios, al no probar éste su acción.

Inconforme con la resolución dictada, el actor interpuso el recurso de apelación, argumentando que el ejercicio de una acción civil, aún cuando se realice con fines temerarios, no da lugar al pago de daños y perjuicios, sino al pago de gastos y costas del juicio. En esa oportunidad, resolvió el Tribunal Superior de Justicia del Estado, el toca de apelación de manera favorable a los intereses del actor, (confirmando la condena por lo que hace al pago de costas, y revocando la condena al pago de daños y perjuicios) en los términos siguientes:

"...Es obvio que la demanda entablada por el actor, ahora apelante, contra los señores Jesús Leal Garza y Elba Rodríguez de Leal, no puede ser un acto ilícito o contrario a las buenas costumbres, ya que cualquier incumplimiento al compromiso que se asegura estaba existente entre el señor Ramiro de la Garza acerca del predio de que se trata, no cabe responsabilidad alguna a la parte actora, en primer lugar porque el ejercicio de las acciones civiles a través de una demanda entablada ante los Tribunales competentes, no constituye actos ilícitos

ni abuso del derecho..., pues es de explorado derecho y reconocido por la doctrina general, que el hecho de ser llamado a juicio a un particular, no le produce ningún perjuicio, puesto que ante el Tribunal que conoce de la controversia tendrá todas las excepciones y defensas que le asistan para desvirtuar la reclamación, sin que exista más sanción a los litigantes o interesados que hubieran promovido indebidamente una acción determinada, a pagar a la contraria los gastos y costas del juicio".

Esta resolución hace eco de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que, bajo el orden jurídico que priva en el Estado Mexicano, todas las personas físicas y jurídicas resultan ser entidades justiciables en potencia, por lo que el ejercicio de las acciones civiles ante los tribunales, no puede entrañar un acto ilícito que pudiera fincar responsabilidad sobre el pago de daños y perjuicios a quien deduce sus derechos. De otra suerte se pondría obstáculos al ejercicio de las acciones y se cohibiría a los particulares, que por el temor de ser condenados en daños y perjuicios se abstendrían de acudir a los órganos competentes para la debida resolución de los negocios jurídicos controvertidos.

Al revocar el Tribunal Superior, el punto resolutivo de la sentencia del juez A Quo, relativo a la condena al pago de daños y perjuicios, el demandado promovió juicio de amparo en contra de esta resolución, argumentando que si bien es cierto que todo individuo tiene la potestad de reclamar ante las autoridades judiciales la prestación del servicio público jurisdiccional, ejercitando las acciones que establece la ley, también lo es que la potestad de poner en actividad la función jurisdiccio-

nal no es un derecho absoluto, sino que está subordinado a la existencia de un interés legítimo y limitado de manera que su ejercicio no lesione el derecho de otro, de tal suerte que si se demanda, en un caso concreto, con conocimiento de parte del actor, de la inexistencia de su derecho y con el solo fin de causar un daño, esto es, con malicia, y con ello produce, en perjuicio del demandado, un daño o la privación de una ganancia lícita, el acto de ejercitar la acción, lícito en sí, genéricamente, deviene ilícito en razón de la intención de su autor y del resultado.

La Suprema Corte de Justicia confirmó la resolución del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León con el criterio siguiente:

#### T E S I S (234)

#### ACCIONES CIVILES, EL EJERCICIO DE LAS, NO CONSTITUYE ACTO ILÍCITO NI ABUSO DEL DERECHO

El ejercicio de las acciones civiles no constituye un hecho ilícito, ni un abuso del derecho. No lo primero, porque un hecho ilícito debe entenderse en un sentido lato, aquél que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y es obvio que el ejercicio de una acción civil ante los tribunales, aunque no prospere, es un derecho que dentro de un régimen jurídico responde a la necesidad de evitar que cada quien se haga justicia por propia mano, según un principio consagrado en el Art. 17 constitucional. Tampoco es lo segundo, porque no es un abuso del derecho el acudir a los Tribunales para exigir la tutela jurídica del Estado frente a la violación de un derecho, al desconocimiento de una obligación o a la necesidad de declarar, preser-

var o constituir un derecho. (Amparo directo 4712/1964. Jesús Leal Garza y Coaga., Enero 7 de 1966. Unanimidad 4 votos. Ponente: Maestro Mariano Azuela. 3a. Sala. Sexta Epoca, Volumen CIII, Cuarta Parte, p. 11).

Uno de los códigos procesales de nuestro país, que se destaca por sostener una posición contraria al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos, publicado en el año de 1954.

En efecto, el principio del abuso del derecho de acción se encuentra regulado en los siguientes términos:

"ARTICULO 10.- El abuso de los derechos de acción y de defensa se sancionará con la condena en costas, daños y perjuicios, y además con la responsabilidad pecuniaria del infractor a favor del Estado. El importe de esta última responsabilidad se fijará en un cinco por ciento de la suerte principal en los negocios de cuantía determinada o determinable, sin que exceda de cinco mil pesos, y en los negocios en que no se pueda determinar la cuantía, el Tribunal fijará prudencialmente y en cantidad que no bajará de cien ni excederá de cinco mil pesos".

En el Art. 64 es donde propiamente el legislador establece la falta de probidad y lealtad entre las partes como los elementos que caracterizan al abuso del derecho de acción y de defensa, al prescribir lo siguiente:

"El Tribunal podrá sancionar el ejercicio malicioso de la acción y la falta de probidad y lealtad de las partes, con la con

dena en los daños y perjuicios que ocasione a la contraparte con motivo del proceso, independientemente de lo que acuerde sobre las costas".

Otra de las normas del Código adjetivo que se refiere a los daños y perjuicios, es la siguiente:

"ARTICULO 65.- La parte que presente documentos falsos o testigos falsos o sobornados, será siempre condenada en los gastos y costas y en los daños y perjuicios, sin que tengan aplicación en este caso las reglas de los artículos anteriores que pudieran beneficiarla".

En lo relativo al desistimiento de la acción por el actor, el legislador morelense también ha admitido que en ciertos casos el ejercicio de una acción causa daños a la contraparte, y al efecto, dispuso lo siguiente:

"ARTICULO 19.- En el desistimiento de la demanda o de la acción se tendrá en cuenta:

...II.- El desistimiento de la acción extingue en todo caso ésta; no requiere el consentimiento del demandado, pero después de hecho el emplazamiento, el que se desista, debe pagar los gastos y costas judiciales, y además, los daños y perjuicios que haya causado al demandado, salvo convenio en contrario".

Las normas de referencia del Código adjetivo en cita, hacen eco a la posición adoptada por la jurisprudencia francesa, en donde se aplica la noción de abuso del derecho de acción a los casos de litigios promovidos o

continuados con el único propósito de imponer al adversario una pérdida de tiempo y de dinero, obligando al responsable, actor o demandado, a indemnizar los daños causados. El interesado en un litigio de esta naturaleza podría tener utilidad, consistente en retardar el cumplimiento de una obligación o en obtener una transacción favorable a sus intereses.

## N O T A S

1. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S. A., séptima edición, México, D. F., 1977, p. 112
2. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito. Tomo II, Editora El Nacional, México, D. F., 1934, p. 360 y ss.
3. "El Abuso del Derecho", Revista de la Facultad de Derecho de México UNAM. Tomo IV No. 16, octubre-diciembre 1954, México, D. F., p. 11
4. "La Recepción del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", Universidad de Carabobo, Venezuela 1976, p. 16 y ss.
5. "El abuso del Derecho y el Fraude de la Ley en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Problema de sus Recíprocas Relaciones", Revista Documentación Jurídica No. 4, octubre-diciembre 1974, Madrid, España, p. 204
6. "El Abuso del Derecho", Estudios de Derecho, Año XXXVII No. 69, marzo 1966, Medellín, Colombia, p. 84
7. "Filosofía del Abuso del Derecho", Estudios Jurídicos No. 1, diciembre 1958, Año I, Cuzco, Perú, p. 42
8. Citado por ALVARO DIEZ MENDOZA, Op. cit., p. 43
9. Citado por ALVARO DIEZ MENDOZA, Op. cit., p. 43
10. GUILLERMO FLORIS MARGADANT, Op. cit., p. 245
11. Idem.
12. Ibídem.
13. Comentarios a los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica. Ediciones Jurídicas Herrero, México 1953, p.257 y 258
14. "Abuso del Derecho". Revista de Ciencias Jurídicas



## N O T A S

1. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S. A., séptima edición, México, D. F., 1977, p. 112
2. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito. Tomo II, Editora El Nacional, México, D. F., 1934, p. 360 y ss.
3. "El Abuso del Derecho", Revista de la Facultad de Derecho de México UNAM. Tomo IV No. 16, octubre-diciembre 1954, México, D. F., p. 11
4. "La Recepción del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", Universidad de Carabobo, Venezuela 1976, p. 16 y ss.
5. "El abuso del Derecho y el Fraude de la Ley en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Problema de sus Recíprocas Relaciones", Revista Documentación Jurídica No. 4, octubre-diciembre 1974, Madrid, España, p. 204
6. "El Abuso del Derecho", Estudios de Derecho, Año XXXVII No. 69, marzo 1966, Medellín, Colombia, p. 84
7. "Filosofía del Abuso del Derecho", Estudios Jurídicos No. 1, diciembre 1958, Año I, Cuzco, Perú, p. 42
8. Citado por ALVARO DIEZ MENDOZA, Op. cit., p. 43
9. Citado por ALVARO DIEZ MENDOZA, Op. cit., p. 43
10. GUILLERMO FLORIS MARGADANT, Op. cit., p. 245
11. Idem.
12. Ibídem.
13. Comentarios a los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica. Ediciones Jurídicas Herrero, México 1953, p.257 y 258
14. "Abuso del Derecho". Revista de Ciencias Jurídicas

- y Sociales, Año IX, 3a. época, No. 41, Santa Fe, Argentina, p. 47
15. Citado por J. EMILIO LOPEZ, Op. cit., p. 85
  16. J. EMILIO LOPEZ, Op. cit., p. 81
  17. "El Abuso del Derecho", Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario No. 442, mayo-junio 1957, Bogotá, Colombia, p. 62
  18. LINO RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Op. cit., p. 12 y ss.
  19. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO, Op. cit., p. 17
  20. Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1969, p. 43
  21. Citado por LUIS ALBERTO WARAT, Op. cit., p. 43
  22. "La Buena Fe y el Abuso del Derecho", Revista de Derecho Privado, mayo 1979, Madrid, España, p. 441 y ss.
  23. MARIA ANTONIA LEONFANTI, Op. cit., p. 48 y 49
  24. LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Op. cit., p. 204
  25. "El Individualismo del Código Civil y la Orientación Moderna en el Ejercicio del Derecho. Los Hechos Ilícitos. El Abuso del Derecho y la Reparación del Daño Moral". Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, Año 7 No. 80-83 de febrero-mayo 1942, Maracaibo, Venezuela, p. 3035
  26. JOSE ALFONSO RIOS AMAYA, Op. cit., p. 70
  27. Citado por JOHN H. CRABB "El Concepto Francés del Abuso del Derecho", Inter-American Law Review, Volumen 6 No. 1, 1964, January-june, New Orleans, la., p. 30 y 31
  28. El Derecho como Obstáculo al Cambio Social. Editorial Siglo XXI, 4a. edición, México, D. F., 1980, p. 113

29. Citado por LUIS ALBERTO WARAT. Op. cit., p. 38
30. Citado por SARA MONTERO DUHALT "La Socialización del Derecho en el Código Civil de 1928", Libro del Cincuentenario del Código Civil, UNAM, México, 1978, p. 161
31. "El Abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación Comparada", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. XXIV No. 4, marzo-abril 1955, Rfo Piedras, Puerto Rico, p. 317
32. JOHN H. CRABB, Op. cit., p. 32 y 33
33. LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Op. cit., p. 205
34. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Traducción de la Quinta Edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Tomo I, Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 242
35. HENRI Y LEON MAZEAUD Y ANDRE TUNC. Op. cit., p. 249
36. *Ibidem*, p. 249
37. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO. Op. cit., p. 51 y 52
38. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO. Op. cit., p. 53
39. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO. Op. cit., p. 53
40. HENRI Y LEON MAZEAUD Y ANDRE TUNC. Op. cit., p. 249
41. HENRI Y LEON MAZEAUD Y ANDRE TUNC. Op. cit., p. 235 y ss.
42. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO. Op. cit., p. 88
43. *Ibidem*, p. 22
44. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito, Tomo II, Editora El Nacional, México 1943, p. 13 y 14
45. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. Op. cit., p. 319 y ss.

46. "El Nuevo Código Civil Mexicano, un Ensayo de Código Privado Social", Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo I, México, D. F., 1930, p. 49
47. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Op. cit., p. 314 y 315
48. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884, Editorial Herrero Hermanos Sucs., anotado y concordado por el Lic. Manuel Andrade, México, D. F., 1931
49. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. Segunda edición, Editorial Purrúa, S. A., México, D. F., 1965, p. 13
50. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 12
51. "La Socialización del Derecho y el Código Civil de 1928", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo VIII, julio-septiembre 1946, No. 36, México, D. F., p. 87
52. MARIA ANTONIA LEONFANTI. Op., cit., p. 49
53. LUDWIG ENNECCERUS y THEODOR KIPP. Tratado de Derecho Civil. (Apéndice Código Civil Alemán) Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1955, p. 170
54. JOSE ALFONSO RIOS AMAYA. Op. cit., p. 87
55. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 98
56. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 99
57. ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Op. cit., p. 512
58. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO. Op. cit., p. 33
59. ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Op. cit., p. 511
60. JUAN RAMON GONZALEZ BAQUERO. Op. cit., p. 33
61. ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Op. cit., p. 470
62. ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Op. cit., p. 470
63. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 53

64. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 54
65. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 51
66. Citado por SARA MONTERO DUHALT. Op. cit., p. 158
67. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 50
68. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 45a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1978, p. 9
69. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 59
70. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 45a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1978, p. 16
71. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 63
72. ERNESTO GUTIERREZ GONZALEZ. El Patrimonio, 2a. edición, Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue., México, D. F., 1980, p. 175

64. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 54
65. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 51
66. Citado por SARA MONTERO DUHALT. Op. cit., p. 158
67. FRANCISCO H. RUIZ. Op. cit., p. 50
68. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 45a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1978, p. 9
69. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 59
70. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 45a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1978, p. 16
71. IGNACIO GARCIA TELLEZ. Op. cit., p. 63
72. ERNESTO GUTIERREZ GONZALEZ. El Patrimonio, 2a. edición, Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue., México, D. F., 1980, p. 175

## CAPITULO TERCERO

## CRITERIOS PARA DETERMINAR EL ABUSO DEL DERECHO

Aceptado universalmente que la utilización de los derechos subjetivos por sus titulares puede dar lugar a responsabilidad civil, al lesionar el patrimonio de terceros, es decir, aceptada plenamente la noción del abuso del derecho, cabe preguntarnos bajo qué criterios puede afirmarse que existe tal principio. La dilucidación de esta cuestión ha ocupado mucho a los autores y ha originado grandes polémicas que no dan una solución única, adoptándose, según los particulares puntos de vista para apreciar los hechos, diversas posiciones. La jurisprudencia no ha hecho otra cosa diferente en los diversos países, y sólo el legislador, cuando ha sido preciso -y no siempre lo ha conseguido- ha podido delinear en muchos casos las directrices que deben seguirse para detectar el abuso del derecho e imponer la obligación indemnizatoria al agente de tal conducta.

Las mayores dificultades se han planteado en ese sentido, al querer establecer la posibilidad de hacer surgir la responsabilidad civil -y en consecuencia la obligación indemnizatoria- por abuso del derecho en aquellos casos en que no pueda acusarse al presunto responsable de una conducta subjetivamente reprochable. Con esos supuestos se ha construido un criterio que nos parece definitivo y que va adquiriendo cada día mayor vigencia: habrá abuso del derecho cuando el titular del derecho subjetivo lo desvíe de su finalidad, de su espíritu, del objeto para el cual fue concebido.

Procede, antes de analizar este criterio y preci-

sar su naturaleza y amplitud, pasar al análisis de otras opiniones de no menos firmeza y utilización en la doctrina, comenzando por la que sostiene el elemento de mayor abolengo: la intención de dañar.

### 3.1 LA CULPA DELICTUAL O LA INTENCION DE CAUSAR EL DAÑO

El ejercicio de los derechos subjetivos con la sola intención de causar daño a otro es, sin lugar a dudas, el caso más reprochable del abuso y el que no tiene, por así decirlo, impugnadores. No se concibe que al quien pueda permanecer civilmente irresponsable cuando los derechos o facultades que le son conferidos para defensa y seguridad de los valores que son caros a toda persona, son utilizados por él, sin utilidad para sí, y con la finalidad de menoscabar o dañar, injustamente, la esfera jurídica de otro. Los supuestos que pueden plantearse para estos casos se encuentra en el mismo Derecho Romano. En realidad, ninguna época ni en ningún sistema jurídico podría autorizarse el uso malicioso de los derechos. He aquí, un primer criterio, el de la culpa delictual, para adoptar la terminología jurídica francesa, que suele distinguir con precisión la culpa intencional (Art. 1382 Código Civil francés) de la simple negligencia (culpa cuasidelictual, regulada en el Art. 1383). Habría abuso cuando el titular de un derecho, al ejercerlo, cause intencionalmente un daño a otro. Para ser precisos y que, sin lugar a dudas, sea procedente la obligación indemnizatoria, habrá que demostrar al juzgador en el momento procesal oportuno, que el agente del daño, quien abusó del derecho, deseaba ciertamente producir el daño. La sola representación de la posibilidad de provocar el daño no basta, se requiere una intención



clara e indudable de causarlo. En la hipótesis, es indubitable que el sujeto abusivo deberá indemnizar todos los daños y perjuicios causados en el patrimonio de terceros.

El criterio intencional o subjetivo es el que no encuentra resistencia alguna, pero también es, para algunos juristas que defienden un acentuado individualismo, el único criterio aceptable. Según esta manera de pensar, procederá la condenación a la indemnización solamente cuando pueda evidenciarse y demostrarse que la intencionalidad dañosa (*animus nocendi*) fue lo único que guió al titular en el ejercicio de sus derechos. Es un criterio que pretende reafirmar el antiguo adagio latino "*neminem laedit, qui iure suo utitur*", que no se concilia con la renovación que en todos los ámbitos favorece la realidad social siempre cambiante. La intención de perjudicar, matizada o encubierta por un cierto interés en obtener resultados lícitos, quitaría al hecho lo reprobable y absolvería, según este criterio, al agente de la responsabilidad civil y de la correspondiente obligación indemnizatoria.

A este criterio también se le ha denominado subjetivista, y se puede afirmar que es el criterio más antiguo -que es el que caracteriza al abuso en el Derecho Romano- y es en él donde se inicia el viraje entre la tesis clásica de la absoluta permisibilidad del abuso del derecho y la corriente moderna de la proscripción del mismo. Está representado singularmente por el Art. 226 del Código Civil Alemán, que lo adopta en base a la intención de dañar.

Según este criterio de orientación psicológica, toda intención malévola, a causa de su naturaleza anti-

social, debe juzgarse contraria a la institución jurídica para la cual pretenda aplicarse y, por consiguiente, su comprobación constituye el abuso que decide la responsabilidad del titular y en el que la determinación del abuso del derecho se obtiene del análisis de la intención con que actúa el agente: el hecho realizado es lícito en sí mismo, pero la intención malvada o dañosa viene a viciarlo.

Este criterio ha sido enarbolado principalmente por Julián Bonnetcase, para quien la verdadera noción del abuso de los derechos es de carácter esencialmente psicológico y subjetivo; significa el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo, destacándose en su definición cuatro elementos configurativos:

1. Ejercicio de un derecho;
2. Ausencia de utilidad en el agente titular;
3. Intención dolosa o nociva (*animus nocendi*); y
4. El perjuicio causado a otro.

Esta concepción es demasiado limitada para estructurar el principio del abuso, pero por comprender el abuso del derecho en su forma más antisocial, se le ha dado acogida por muchos teóricos.

En base a lo expuesto, la víctima del abuso del derecho debe, para asegurar el éxito de su pretensión resarcitoria, acreditar la intención dañosa del agente abusivo. Sin embargo, debe admitirse la evidente dificultad práctica que surge para comprobar la intencionalidad, pues es seguro que aquél a quien se acuse de ejercer sus facultades con intenciones malévolas, negará tales intenciones, por lo cual el reclamante deberá cumplir una tarea equivalente a pretender explorar o sondear una con-

ciencia, que torna difícil en el Foro la aplicación del principio, fundado en la dilucidación de las intenciones del sujeto responsable.

### 3.2 LA CULPA CUASIDELICTUAL

La negligencia o imprudencia, de acuerdo a la ya mencionada terminología francesa (Art. 1383), están en la base de la llamada culpa cuasidelictual. Así, quien produce el daño con intención, comete un delito (civil en este caso); quien lo produce por negligencia o imprudencia, comete un cuasidelito. La pregunta que surge, en relación al abuso del derecho, es de si podría responsabilizarse al titular de un derecho que al ejercerlo sin intención de perjudicar o dañar a nadie, causa sin embargo un daño.

El criterio de la culpa cuasidelictual se decide por la afirmativa. Aun cuando no hubo intención, la imprudencia o la negligencia justifican que se condene al sujeto que causó el daño en el ejercicio de sus derechos. No cabe duda que este es un criterio más amplio que el delictual, pues abre mayores posibilidades reales de albergar numerosas situaciones.

Sostienen los teóricos de este criterio, que para que haya abuso del derecho no es indispensable que el autor del daño causado a otro, tenga la intención de dañar, el animus nocendi. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de una persona atenta y diligente le hubiera inspirado.

Los dos criterios que han quedado expuestos, han servido, tanto en Francia como en otros países, para fundamentar un sinnúmero de soluciones. Estas clases de

responsabilidad ya se encuentran en el Derecho Romano, pero tenían en él un sentido muy diferente del que se le atribuye hoy, pues la diferencia entre delito y cuasi delito no residía, como en la doctrina moderna, en la existencia o ausencia de la intención de causar el daño. Por eso, los jurisconsultos romanos, sin duda para extender la esfera de la responsabilidad, fueron llevados a declarar que, en ciertos casos, se estaba obligado a reparación quasi ex delicto: como si hubiera habido delito. Pero no lo admitieron sino en cuatro hipótesis muy concretas (1): El del juez que, por negligencia o imprudencia, hubiere dictado una mala sentencia (torpeza judicial o judex qui litem suam fecit); el del daño causado al transeúnte, que recibe un objeto arrojado o un líquido vertido desde una ventana (actio de effusis vel dejectis); el caso en que un objeto ha sido colocado o suspendido en condiciones tales que su caída es susceptible de causar un daño (actio de positis et suspensis); por último, el caso del perjuicio causado a los viajeros cuyos equipajes han sido robados o dañados por los comisionados o empleados de un hotelero, del patrón de una nave o del dueño de un establo; la acción quasi ex delicto permite exigirle la responsabilidad al comitente.

Esos casos concretos, entre los cuales no se advierte ningún rasgo común, fueron reunidos por Justiniano, quien con su famosa veneración mística por el número cuatro, dio su famosa clasificación de las obligaciones de acuerdo con sus fuentes: delictuales, contractuales, cuasidelictuales y cuasicontractuales. (2) Fue erigida así la noción del cuasidelito. Una vez concebida esa noción, fue preciso definirla; pero para eso era necesario encontrar una semejanza o rasgo común entre los cuatro

casos que agrupaba. Los jurisconsultos bizantinos se de  
dicaron a esa investigación. Tal vez consideraron enton  
ces que, en los cuatro cuasidelitos, el autor del daño  
no ha querido causar ese daño, que su culpa no ha sido  
intencional, tal parece que encontraron esa característica  
común, fuente de la noción moderna del cuasidelito.  
Y es tanto más creíble por cuanto a la distinción entre  
ambas culpas, la intencional y la no intencional, era  
muy reconocida, por ser denominada la primera "dolus" y  
la segunda "culpa".

Siguiendo esta doctrina, los franceses descubrie-  
ron, a su vez, el rasgo común de los cuatro cuasideli-  
tos: la ausencia de culpa intencional. Fueron conduci-  
dos a hacer del cuasidelito una culpa que se pareciera  
al delito. Inicialmente, se sostuvo por Poullain du  
Parc, que el cuasidelito es una culpa cometida sin dolo  
y que se parece mucho al delito, delicto similis et fini-  
tima. (3) Pothier denominaba delito al hecho por el  
cual una persona mediante dolo y malignidad, causa un da-  
ño o cualquier otro mal a otro. El cuasidelito es, se-  
gun Pothier, el hecho por el cual una persona, sin malig-  
nidad, pero mediante una imprudencia que no es excusa-  
ble, causa algún mal a otra. (4)

En la actualidad, la terminología está determina-  
da. En todo caso, a esa clasificación bipartita de la  
culpa se sumaron los redactores del Código Civil francés,  
que establece la culpa delictual en el Art. 1382 y la  
cuasidelictual en el 1383. Se incurre en una culpa delici  
tual -de igual modo que se cometía en el Derecho Romano-  
siempre que se obra con la intención de causar un daño.  
La culpa cuasidelictual consiste en un error de conducta  
tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa si-

tuada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño. Dicho de una manera más simple, el delito se califica por la culpa intencional; el cuasidelito, por la culpa no intencional.

Vista así la teoría de la culpa y referida al abuso del derecho, el sujeto que ejercita un derecho sin obtener utilidad para sí y con la intención de causar el daño, incurre en culpa delictual; el que sin intención maliciosa (y sin obtener utilidad, desde luego) se comporta, al ejercitar un derecho de modo distinto del que lo habría hecho un individuo cuidadoso, con imprudencia o negligencia, incurre en una culpa cuasidelictual; en ambos casos, su responsabilidad es exigible, y en este momento, debe condenarse al agente abusivo a la indemnización de los daños y perjuicios producidos en patrimonio de un tercero.

### 3.3 EL CRITERIO DE LA FINALIDAD DE LOS DERECHOS

En este criterio, surgido en una época más reciente, el motivo determinante del agente que ejercita su derecho de manera abusiva, debe justipreciarse en función de los fines naturales y sociales del Derecho de que se trata, esos derechos no pueden ejercitarse sino para satisfacer intereses del hombre y no para que sea fuente de abusos, contrarios al contenido social y económico de la norma y no congruentes con el fin que informa la institución.

El maestro Juan Ramón González Baquero señala lo siguiente: "Fue el célebre maestro francés Louis Josseand, quien mayor rigor científico en su obra "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. Teoría del Abuso de los Derechos", expuso su teoría acerca de la rela-

tividad de los derechos subjetivos. El mismo en artículos y conferencias amplió y precisó su contenido y, juntándose a él, muchos otros juristas coincidieron en lo fundamental. Decir que los derechos subjetivos son relativos, es afirmar que dichas prerrogativas son otorgadas a los individuos teniendo en consideración determinados fines, de donde por exclusión se infiere que no pueden utilizarse libremente de acuerdo con la voluntad del titular, sin importar los fines que se persigan. Al así negarse el absolutismo en el ejercicio de los derechos, será abusivo todo hecho que sea contrario al objeto de la institución, a su espíritu, a su finalidad".  
(5)

Se ha sostenido por los teóricos de esta tesis, que la ley no debe amparar el ejercicio de un derecho realizado por un motivo ilegítimo manifiesto y determinante del hecho, que desvirtúe sus fines naturales y sociales. La base de que parte el criterio finalista o funcionalista no puede ser más sencilla: el Derecho, considerado desde el punto de vista objetivo, es producto de la vida social. Es en la sociedad donde ejercitará sus prerrogativas y facultades que ese Derecho le confiere, llamados derechos subjetivos. Entre los valores que comprometen los intereses de la comunidad toda y aquellos que comprometen los intereses del individuo, es normal que estos últimos se supediten a los primeros. La teoría se sustenta allí, pues da por sentado que todo derecho deberá ser puesto en función teniendo en consideración la finalidad de la institución jurídica a la cual se integra, que a su vez tiene señalados específicos fines dentro del conjunto de valores sociales, económicos y éticos que el Derecho protege y con-

serva. Si por una causa cualquiera un derecho subjetivo es ejercitado por su respectivo titular desviado del fin que le está señalado, torcido su espíritu, es inquestionable que la prerrogativa así ejercitada no está siendo utilizada acorde con el fin que la sociedad previó al respaldarla con una norma objetiva. Ha habido, en los casos en que pueda ser detectada una similar desviación, abuso del derecho, y procederá, por lógica consecuencia, la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Sobre este punto, el maestro Francisco H. Rufz, explica lo siguiente: "Cada derecho tiene un fin social que debe realizar, fin social que se ha tenido en cuenta para que la ley garantice su existencia y su ejercicio.

Puede suceder que el acto-uso del derecho se haya mantenido dentro de la esfera de acción fijada por la ley, que no se dé al derecho una extensión mayor que la legal; pero que al ejercitarse no se haya tenido en cuenta, se haya contrariado el fin social a cuyo logro está destinado. No ha habido una extralimitación del derecho, sino una desnaturalización del derecho, porque se usa para un fin distinto de aquél por el cual y sólo para el cual ha sido establecido y protegido. El fin antisocial perseguido al actuar el derecho, junto con el daño que se produce al obrar de esa manera, constituyen el abuso del derecho. El titular de un derecho debe ejercitarlo para satisfacer sus necesidades, puesto que para eso se le reconoce el todo social, la voluntad colectiva, es decir, la ley. Todo sujeto, al ejercitar un derecho, hace uso de una facultad que le ha sido reconocida; pero en relación a la colectividad, tiene el



deber de usar su derecho de acuerdo con el fin social que está destinado". (6)

De la aplicación del criterio expuesto, no queda a salvo ningún derecho causado o egoísta, por más absoluto que parezca dentro de un ordenamiento jurídico dado. El mismo derecho de propiedad no escapa a su aplicación. Precisamente ha sido en el ejercicio de ese derecho donde se han hecho más concluyentes y resonantes aplicaciones. La ampliación a otros derechos subjetivos teñidos de un absolutismo más moderado no se han hecho esperar y hoy no sólo la jurisprudencia aplica el criterio a hipótesis muy variadas, sino que también el legislador mismo ha encerrado en fórmulas más o menos precisas, como las contenidas en los Arts. 2 del Código Federal suizo de las Obligaciones, 334 del Código Civil de Portugal, lo. del Código Civil ruso, 135 del Código Civil polaco y el Art. 7 del Código español, entre otros.

La aplicación del criterio no supone, de manera alguna, la necesidad de la culpa en el ejercicio de los derechos. La culpa requiere como soportes la negligencia o la imprudencia y la intención dañina misma, y si sometemos el ejercicio de un derecho por su titular al examen que nos facilite el criterio funcionalista o finalista, sólo será necesario determinar si ese titular, manteniéndose dentro del marco objetivo que le señala la norma jurídica respectiva, ha orientado el ejercicio de su derecho o prerrogativa hasta el fin que persigue la institución, sin desviación del espíritu que la informa y que le es propio. La culpa podrá existir, mas ello solamente ~~facilitará la deducción hacia el convencimiento~~ de que el daño resultante ha sido por abuso pero de ninguna manera lo determinará. Así, la evidente intención

de causar daño (animus nocendi) con el ejercicio de un derecho, cuando esa intención ha sido móvil único, hace inequívoco el abuso del derecho; lo mismo que si se ejercitó el derecho subjetivo con imprudencia o negligencia, o aún si escogió la forma más dañosa para la víctima existiendo otras menos desfavorables; pero todas esas circunstancias no son sino medios de ejecución del derecho que deben ser tomadas en cuenta al analizar la conducta del titular del derecho, agente del daño, toda vez que la decisión si hubo o no abuso, solamente podrá ser establecida si el finalismo jurídico ha sido violentado. Constituyen, en cierta forma, directivas que permiten avizorar la naturaleza abusiva del ejercicio de los derechos, que no es otra cosa, como ya se dejó apuntado anteriormente, que la desviación del derecho del fin económico-social para el cual ha sido concebido o creado y está llamado a satisfacer. Esto es lo que le imprime perfiles propios a la noción del abuso del derecho. La utilización de este criterio dará al juez, en los casos sometidos a su jurisdicción, la orientación suficiente para poder resolver el caso concreto. Con ello se pretende decir que no estará obligada la víctima del abuso a probar lo negativo, la ausencia de un motivo legítimo, pues por hechos positivos del agente podrá ser revelada o manifestada la ausencia de motivación, es decir, la desviación de la finalidad o función social que cada derecho subjetivo debe satisfacer.

### 3.4 CRITERIO ADOPTADO POR EL CODIGO CIVIL

Al analizar las normas relativas sobre el abuso del derecho en nuestro Código Civil vigente, surgen dudas sobre el criterio que adopta al respecto, pues tal

parece indicar que el legislador no unificó criterios. En efecto, la disposición contenida en el Art. 840 sólo exige dos requisitos configurativos: La causación del daño en el ejercicio de un derecho y la ausencia de utilidad con tal ejercicio. Ello quiere indicar que solamente requiere, además de la ausencia de beneficio, un elemento objetivo caracterizado por la causación del daño, sin que sea necesaria la investigación del móvil intencional o imprudencial en el sujeto abusivo.

Por otra parte, en el Libro de las Obligaciones, el legislador exige en el Art. 1912 tres requisitos o elementos para que se configure el abuso:

- a) EL HECHO DAÑOSO.- El hecho por cuya intermedación se produjo el daño es el ejercicio de un derecho subjetivo.
- b) La ausencia de utilidad para el titular.
- c) La intención de causar el daño.

En esta forma, la Comisión Legislativa introdujo un nuevo requisito, la intención nociva en el sujeto abusivo. Inmediatamente nos sugiere la admisión de la teoría de Julián Bonnetcase, pues son los mismos elementos que propone este jurista para la caracterización del abuso. Se desconoce en absoluto si el legislador pretendió restringir la aplicación del principio en los derechos personales, basándose en el criterio subjetivo enarbolorado por el Art. 226 del Código Civil alemán. La situación se torna más difícil aún, si consideramos que el legislador tampoco orientó al litigante o al jurista en su Explicación de Motivos, sobre el alcance del articulado relativo al abuso del derecho.

Desde el punto de vista restrictivo, podríamos inclinarnos por el criterio subjetivo, pero este criterio

difficilmente resiste un agudo análisis jurídico. Con to da certeza debe afirmarse que el criterio que sustenta nuestro Código Civil, es el de la finalidad de los derechos (tesis funcionalista), pues la tendencia del legislador ha sido en el sentido de subordinar el interés individual en beneficio de los intereses colectivos. Este criterio recibe un impulso vital con el Art. 16, que establece la obligación para los habitantes del Distrito Federal, de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad.

Por lo que respecta a los códigos civiles de las diversas entidades federativas, adoptan el mismo criterio, dada la idéntica redacción del articulado relativo al abuso del derecho.

## N O T A S

1. GUILLERMO FLORIS MARGADANT, El Derecho Privado Roma no. Editorial Esfinge, S. A., 7a. Edición, México, D. F., 1977, p. 381
2. GUILLERMO FLORIS MARGADANT, Op. cit., p. 315
3. Citado por HENRI y LEON MAZEAUD y ANDRE TUNC, Tratado Teórico-Práctico de la Responsabilidad Civil y Delictual y Contractual. Tomo I Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1977, p. 57
4. Ibídem
5. "La Recepción del Principio del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", Universidad de Carabobo, Venezuela, 1976, p. 27
6. "La Socialización del Derecho Privado y el Código Civil de 1928", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia UNAM No. 31 tomo VIII Julio-septiembre 1946, México, D. F., p. 85

## CAPITULO CUARTO

## CRITICAS AL PRINCIPIO DEL ABUSO DEL DERECHO

La concepción del abuso del derecho como noción independiente de otros hechos ilícitos capaces de producir la obligación indemnizatoria o resarcitoria, con base en un criterio de distinción inconfundible y único, no tuvo ni tiene, aceptación total.

A pesar de que en la presente época el abuso del derecho ha sido admitido por un gran sector de juristas, han pesado siempre las viejas concepciones acerca de los derechos subjetivos y las reservas, producto en la mayoría de las veces, de la fidelidad a lo tradicional de ciertas instituciones. No obstante, en su generalidad, la doctrina ha terminado por admitirlo, dándole cierta explicación y justificación en base a la función económico-social del Derecho.

Resulta de particular importancia dejar señaladas las objeciones principales vertidas para impugnar el principio. Las opiniones contrarias al abuso del derecho han sido de diversa intensidad y estilo, de acuerdo no sólo a la formación misma de los autores y a sus convicciones personales, sino también a la época en que se han planteado. Van desde la negación misma de la denominación dada al principio, hasta la afirmación de la inconveniencia de ser aplicada para los fines que se le asignan, por los efectos o la repercusión negativa en otros principios y valores fundamentales del Derecho.

Los criterios adversos que han sido expuestos de manera principal, pueden sintetizarse en los siguientes:

- a) La negación del principio;

- b) La negación de la autonomía del principio; y
- c) La supuesta peligrosidad del principio.

#### 4.1 LA NEGACION DEL PRINCIPIO

El ilustre jurista francés Marcel Planiol, fue quien con mayor contundencia negó la posibilidad de que existiera un pretendido uso abusivo de un derecho. Para Planiol, el término uso abusivo de un derecho es una verdadera logomaquia o contradicción, porque no se puede, según él, estar dentro del Derecho y fuera de él simultáneamente y no debe hablarse de uso abusivo de un derecho: "Si uso o ejercito mi derecho, dice, el hecho es ilícito, y cuando es ilícito ello es así porque he excedido mi derecho y actúo sin derecho, injuria, como decía la Ley Aquilia, o dicho de otra manera, sostiene que hablar del abuso del derecho es un contrasentido, porque por su propia naturaleza el abuso del derecho es ilícito, y lo ilícito no puede concebirse como el uso o ejercicio de un derecho". (1)

Señalan los teóricos que sostienen esta teoría, que negar el uso abusivo de los derechos no significa permitir diversos hechos ilícitos que la jurisprudencia ha reprimido; importa solamente hacer el señalamiento de que todo hecho abusivo, por el solo hecho de que es ilícito, no es el ejercicio de un derecho subjetivo. Es necesario, afirman, no dejarse engañar por las palabras, pues el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede darse un "uso abusivo" de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un mismo hecho no puede ser, a la vez, conforme al Derecho y contrario al mismo tiempo. Admiten sus partidarios que esta crítica es de índole lexicográfica y que se ha precisado un concepto verdadero,

un principio acorde con la realidad jurídica, mediante una terminología incorrecta, aseveran que se defiende un principio justo con una fórmula falsa.

Hay algunos otros autores que repudian el principio, al sostener que con éste, se confunde la moral y el Derecho. Estiman que el abuso del derecho es una disparidad o conflicto entre el Derecho y la moral. En general, han considerado que la cuestión consiste en determinar hasta qué medida el deber moral de no dañar a otro, puede destruir en manos del titular, el derecho subjetivo que posee y cuyo ejercicio aparece susceptible de ocasionar daño a terceros.

Esta objeción es rebatida con la afirmación de que las fronteras entre la moral y el Derecho siempre fueron y son inciertas, y no han existido sino en la mente del jurista, que el Derecho está impregnado grandemente por la moral.

En nuestro medio jurídico, se ha destacado el maestro Eduardo García Maynez, por su teoría de la negación del principio del abuso de los derechos, pronunciándose en los siguientes términos: "Quien haya comprendido bien la esencia de la libertad, en sentido jurídico, tendrá que rechazar, por contradictoria, la teoría del abuso del derecho. El titular de las facultades fundadas en un deber propio es jurídicamente libre para ejercitarlas o no. Tanto el ejercicio como el no ejercicio son igualmente lícitos. Y si se permite ejercitar la facultad fundante, infiérese de aquí que la conducta que en tal ejercicio se manifiesta no puede nunca ser considerada como abuso del derecho. Hablar de "abuso" de una facultad legal es contradictorio, porque la conducta del que abusa está vedada, y no puede, al propio tiempo, eje



cutarse en forma lícita. No pretendemos negar que ciertos actos son abusivos, pero precisamente porque tienen tal carácter resulta imposible sostener que han sido ejecutados en el ejercicio de un derecho. Lo que llamamos ejercicio es en todo caso una realización de la actividad facultada, y ostenta siempre el signo positivo de la licitud. Cuando un sujeto rebasa la linde de lo que jurídicamente puede hacer, penetra en el territorio de lo prohibido, y deja de ejercitar sus facultades legales. Donde el abuso empieza, el Derecho termina. Los actos en que se cree descubrir el abuso de un derecho hallándose se vedados, ya que lejos de ser el ejercicio de facultades normativas, tradúcese en el incumplimiento de deberes. La expresión abuso del derecho es disparatada, y como tal, debiera desterrarse de la terminología jurídica". (2)

La tesis del maestro García Maynez no es nueva ni original, puesto que hecho un análisis cualitativo de los razonamientos vertidos, son los mismos argumentos del jurista francés Marcel Planiol. Esta crítica se sustenta en el adagio latino "qui iure suo utitur, neminem laedit".

#### 4.2 LA NEGACION DE LA AUTONOMIA DEL PRINCIPIO

Hay quienes no niegan que exista el principio del abuso de los derechos, no obstante, sí le niegan toda autonomía. Son más receptivos en cuanto que aceptan que un abuso en el ejercicio de un derecho puede darse no sólo cuando hay intención de perjudicar, sino incluso cuando hay culpa propiamente dicha, representada por una conducta imprudente o negligente (culpa cuasidelictual). Pero hasta allí lo admiten, pues asimilándolo a los he-

chos ilícitos, los casos del abuso del derecho no deben ser tratados, en razón de la culpa que les sirve de fundamento, sino aplicando la teoría de la responsabilidad civil. Se niega, por tanto, plenamente el criterio del funcionalismo y la relatividad de los derechos subjetivos, es decir, aceptan la existencia del principio, pero dentro de la concepción subjetiva de la culpa, negándole el criterio de la finalidad de los derechos.

Como se ve, todo se reduce a aceptar un tipo más de culpa: culpa en el ejercicio de un derecho. Para los citados autores, cualquier caso concreto planteado al juzgador puede resolverse aplicando los mismos preceptos aplicables a los hechos ilícitos y niegan que sea correcta la interpretación de la tesis de Josserand, para apoyar su teoría a ciertas frases significativas de muchos fallos de la Corte de Casación (Francia), como la "falta de interés serio y legítimo", "móvil legítimo", etc., que para ellos son, en su mayoría, expresiones que afirman la inexistencia, para quien ejercitó su derecho subjetivo, de interés personal, lo que permite apreciar a los tribunales una culpa lata, censurable como coadyuvante a la asimilación con el hecho ilícito.

#### 4.3 LA SUPUESTA PELIGROSIDAD DEL PRINCIPIO

Otra de las objeciones esgrimidas en contra del principio del abuso del derecho, es la de la peligrosidad que representa para la existencia misma de los derechos subjetivos. Una ilimitada extensión a su campo de aplicación, sostienen, no producirá otro resultado sino la desaparición de los derechos subjetivos, a través de una competencia discrecional de los jueces, quienes no podrían privarse de caer en la arbitrariedad a causa de

la imprecisión de las fórmulas en que se condensa el principio.

Para los teóricos que abanderan este principio, todos los derechos por su naturaleza, tienden al absolutismo y desposeerlos de esa orientación en aras de una pretendida relatividad y funcionalismo, equivaldría a liquidarlos. Insisten, en forma exagerada a veces, con su concepción acerca del peligro del principio del abuso para la existencia de los derechos subjetivos y el papel pernicioso del arbitrio judicial frente a fórmulas imprecisas.

Julio Dassen explica lo siguiente: "El argumento más sólido e impresionante que oponen algunos autores a la teoría del abuso del derecho es el peligro de la arbitrariedad de los jueces. Se agrega, además, el menoscabo que recibiría uno de los valores esenciales que se busca satisfacer mediante la ley; la necesaria seguridad que solamente acuerda una norma inmutable y conocida de antemano, para que todos sepan a qué atenerse y cómo ajustar su conducta". (3)

Se afirma que toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas, pues si el Estado se convierte en juez del abuso, no tardaría en constituirse en juez del uso y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería nugatoria.

Emilio Descotte critica con gran severidad el principio de la manera siguiente: "Para Josserand, el absolutismo de los derechos subjetivos supone la condición imposible de la sociedad entregada inmóvil e inerte, a merced del titular de aquéllos y del Derecho puesto al servicio de todos los deseos y de todas las pasiones, para asegurar la eliminación de los débiles por el

triunfo de los más fuertes y de los más vivos, o sea, el cumplimiento de la Ley de Darwin en el campo jurídico. Lo que sí hace falta, es que el jurista sea también sociólogo, para que esté en condiciones de mejor estimar las posibles consecuencias de sus teorías. Si la concepción del abuso del derecho estuviera destinada a aplicarse por hombres-dioses, poseedores de un inextraviable e insobornable sentido de justicia, entonces sí que no podría objetarse fundadamente la posesión de morigerar a los demás en el uso de sus derechos subjetivos en beneficio de terceros o de la sociedad. Otra cosa muy distinta es poner fórmulas relativizantes de los derechos en manos de hombres comunes, autoridades públicas, funcionarios administrativos y judiciales, legisladores que obran con el ánimo abierto a las pasiones humanas, a las debilidades, a las influencias de banderas. En un medio político social como el nuestro, donde el culto por el Derecho es tan frágil, dese al poder público esas bellas fórmulas tan imprecisas, tan elásticas, tan acomodables a la singularidad casuística, tan hechas de medida para las estimaciones discrecionales... y verá entonces el tratadista Josserand quiénes son los fuertes y quiénes son los débiles. Ejemplifíquese con la aplicación de la Ley de Expropiación de Bienes Inmuebles acomodada a la fórmula "función social de la propiedad", y se verá cómo con sospechosa reiteración aparecen sacrificados en aras de esa pretendida función social los ciudadanos adversarios del gobierno. Es que no se substituye impunemente la supremacía de la ley que obsta a la discrecionalidad del Poder Público por conceptos propicios a esa discrecionalidad. En nombre de un supuesto interés social y de motivaciones éticas, se desemboca en la destrucción

de los derechos privados. Hay error en decir que sin relativización la sociedad es víctima inerme del absolutismo de los derechos individuales; la sociedad ha podido quedar eficaz y suficientemente amparada por el legislador al poner en la letra de las leyes los límites y condiciones que creyó útiles al interés social. Y es exagerada la observación que comento, porque importa suponer al individuo en una habitual postura maligna frente a sus semejantes. Que un hombre use de su derecho dañando a terceros y sin beneficio para él pudiendo obrar a la inversa -supuesto con que se ilustra la teoría del abuso del derecho- es un supuesto que parte de la base de juzgar al hombre más malo y perverso de lo que es en la demostrada realidad. Hacer el mal por el placer de hacerlo, sin ningún beneficio personal utilitario, es una aberración que no se conforma -felizmente- a la más común realidad humana; no se justifica que para evitar supuestos y excepcionales casos de tales aberraciones se caiga en el mal mucho más grave de conceder al Poder Público tan precioso instrumento de discrecionalidad como es la relativización de los derechos subjetivos más allá de sus límites y condiciones objetivas, crear esa peligrosa figura jurídica de lo que siendo lícito se prohíbe en nombre de un supuesto antifuncionalismo social. Bien dice Oscar Aramayo Alzerreca, que la realidad jurídica es más sana de lo que se pretende, y que los derechos se ejercitan normalmente sin provocar grandes trastornos; el abuso del derecho es una situación de excepción; el principal defecto de Josserand y de los que teorizan con él, es el de confundir una situación de excepción con una regla general y convertirla en una constante norma del Derecho". (4)

Las más de las afirmaciones de este jurista ya han sido desmentidas, pues el hombre siempre tiende a obtener el mayor beneficio de sus derechos subjetivos, aun causando daños y perjuicios a terceros; incluso ejercitando sus derechos sin obtener utilidad o beneficios, en un ánimo vejatorio (*animus vexandi*) o una intención dañina (*animus nocendi*). Contrariamente a lo que sostiene este teórico, el ejercicio antisocial de un derecho subjetivo no constituye sino la regla general, toda vez que el individuo ha adoptado una habitual postura antisocial frente a la colectividad.

La defensa del principio de seguridad jurídica la basan en los siguientes razonamientos:

Toda colectividad vive necesariamente dentro de un determinado orden jurídico, es decir, sometida a códigos, leyes, decretos, reglamentos, etc., y sometida al orden público encargado de hacer efectivo ese orden jurídico. Sin ello la paz y la vida civilizada serían poco menos que imposibles.

El conjunto de disposiciones legales que estructuran dicho orden, fija los derechos y obligaciones de cada uno, qué es lo que está permitido hacer y qué es lo que está prohibido, regulando la conducta de las personas, individual y colectivamente, tanto en sus relaciones privadas como en sus relaciones con el Estado; éste, con las leyes y demás normas obligatorias, establece cuándo y hasta dónde protege a cada uno en su libertad de obrar y cuándo reprime o castiga, o simplemente niega su protección por obrarse en forma no permitida. Por ejemplo: el que vende una cosa que está en el comercio y el que la compra, si realizan la operación en las condiciones exigidas por la ley, saben que realizan un acto

permitido, legítimo y que la autoridad los protegerá en el uso del derecho de comprar y de vender. Los dos -comprador y vendedor- se desempeñan tranquilos y sin temor. Pero en cambio, si una persona necesita alguna cosa determinada -digamos un reloj- y en lugar de entrar a una relojería a comprarlo, procede a asaltar a un transeúnte en la calle y le roba el reloj, sabe que su acción constituye un hecho prohibido, un delito, y que si la autoridad consigue someterlo a su poder, lo castigará, lo condenará penalmente. En otras ocasiones, el Poder Público ni protege ni castiga activamente, pero niega su tutela en presencia de un acto que, sin llegar a ser delito, es nulo para la ley; así, un contrato celebrado con un menor, carente de capacidad de ejercicio para celebrarlo. La persona que lo celebra no es castigada activamente, pero sufre la sanción de no poder demandar ante los jueces el cumplimiento del contrato.

Afirman que la mayoría de los sujetos son honestos y tienen el sentimiento de la justicia, deseando firmemente vivir dentro de la moral y el Derecho. Para poder cumplir con ese Derecho, resulta muy importante saber con precisión, antes de obrar en cada circunstancia, si lo que se va a hacer está permitido o prohibido, o sea, si la autoridad pública va a dejar hacer y a proteger o va a impedir y castigar. Esto se necesita saberlo con la mayor seguridad posible para no vivir en la inquietud y en la incertidumbre, presa del temor de sufrir sanciones desagradables.

Según los detractores, se precisan por lo menos dos requisitos para gozar de la seguridad jurídica: que existan leyes sencillas y claras, y que digan con precisión qué se permite y qué se prohíbe; después, autorida-

des -gobierno y jueces- que apliquen esas leyes con toda corrección, rectamente, sin desvirtuarlas, con imparcialidad uniforme. Si no se cumple una de esas condiciones, si las leyes son confusas, vagas o insuficientes, o si ellas son aplicadas falseándolas, desaparece la deseada seguridad jurídica, el hombre deja de tener confianza en la ley y en la justicia del Poder Público y se siente juguete del discrecionalismo estatal. Consideran que si la seguridad jurídica es la situación en que se encuentran las personas, cuando sus obligaciones y derechos subjetivos están claramente determinados por leyes precisas y correctamente aplicadas por el juzgador, de manera que cada uno pueda, antes de obrar, prever cuáles serán las consecuencias de su conducta, el principio del abuso de los derechos viene a deteriorarla, pues el particular nunca sabrá en qué casos está ejercitando sus derechos de una forma antisocial, pues tal calificación queda al arbitrio del juez en el juicio respectivo; considerada como facultad discrecional la vigencia y el respeto de los derechos subjetivos queda condicionada al cumplimiento de una finalidad determinada. Para esta corriente, el arbitrio judicial en materia del abuso de los derechos, es permicioso, porque no valiéndose de fórmulas lo suficientemente precisas, cada juez va a indagar, y por su parte el titular tendrá que aducir cuáles han sido los móviles que motivaron el ejercicio de cada derecho, para, de la confrontación que el juez haga con la finalidad económico-social de cada derecho subjetivo, decidir si ha habido o no abuso del derecho, y si debe ser declarada la responsabilidad civil del titular.

La dirección en que se ha movido el problema de la seguridad jurídica, está cargada de elementos emocio-



nales e ideológicos. Es la seguridad del hombre frente al Estado, afirman que el poder del Estado -el más fuerte de los poderes humanos- constituye una poderosa tentación para quienes lo alcanzan y se presta a los más atroces abusos. El deseo de poner límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo con el interés de la comunidad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todas las épocas. Modernamente, con el auge del Estado liberal en el siglo XIX, se convirtió en un tema central de las preocupaciones, no sólo de los juristas, sino también del pensamiento político hasta el punto de que la expresión "seguridad jurídica" se usa con frecuencia sólo en relación a este problema. Una de las principales funciones del Derecho, según esta concepción, es precisamente servir de límite al poder del Estado y controlar su ejercicio.

Como puede verse, la seguridad jurídica significa en estos casos que el Derecho sea "cierto" (por oposición a incierto), es decir, que sus normas sean conocidas y comprendidas, y fijen con razonable precisión qué ordenan, qué prohíben, qué autorizan, o las consecuencias jurídicas de nuestra conducta. Pero es también una necesidad en la vida jurídica el que los jueces y, en general, los órganos jurisdiccionales, gocen de una cierta elasticidad para aplicar la norma a los casos concretos, extraordinariamente variados por naturaleza. Una ley de masiado rígida y estricta acarrea una aplicación maquinal e igualmente rígida del Derecho, que en no pocas circunstancias es injusta.

La contraposición entre los partidarios de una ley rígida con escaso arbitrio judicial y una ley flexi-

ble con amplia confianza al juez, se reproduce periódicamente en el pensamiento jurídico. Un Derecho no puede ser absolutamente rígido, las posibilidades de su adaptación judicial son en general mucho más amplias de lo que puede parecer a simple vista, incluso en los sistemas más preocupados por la certeza del Derecho. No hemos de creer que se trata de dos ideales absolutamente opuestos. Es más bien un problema de medida o extensión: de terminar la amplitud a que se ha de circunscribir la libertad del juez al momento de decidir la controversia. El criterio que se adopte dependerá de varias razones, pero especialmente del grado de confianza que se tenga en la independencia y la honorabilidad de los jueces.

Al respecto, son demasiado ilustrativas las explicaciones de Angel Latorre, que sostiene: "Cuando se ha vivido un momento histórico de incertidumbre y arbitrariedad, se acentúan las voces que claman por obtener la máxima certeza en la aplicación del Derecho. Así, Montesquieu, en el ocaso del antiguo régimen, pedía que los jueces se convirtiesen "en la boca que pronuncia las palabras de la ley, en seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor", porque su anhelo era establecer la libertad y la seguridad frente al despotismo reinante en la Francia de su tiempo. En cambio, a principios de nuestro siglo, tras un periodo en que el liberalismo político había dado a Europa una sensación de seguridad y respeto a las leyes, se produjo la reacción contraria y surgieron diversos movimientos doctrinales que pedían el reconocimiento de un amplio arbitrio judicial". (5)

Esta crítica ha ido perdiendo vigencia; lo que al principio pareció para muchos revolucionario y peligroso

so, atentatorio de instituciones tradicionalmente inconvencionales como el principio de seguridad jurídica, entre otros, se ha hecho tan común que en muchos ordenamientos el legislador lo ha establecido, y en donde no existe dispositivo legal alguno, la jurisprudencia lo aplica, imponiéndose en los diversos sistemas jurídicos. La apreciación del abuso del derecho no traerá las consecuencias desastrosas que preocupan a los detractores del principio, pues el juzgador, en su diaria labor en el Foro, califica algunos otros principios, como la buena o la mala fe en el cumplimiento de las obligaciones y los contratos, el dolo y la alevosía, etc., en lo relativo a los delitos del orden penal.

## N O T A S

1. Citado por MANUEL A. LAQUIS, "Abuso del Derecho y Conflicto de Derechos" Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales No. 7, 1958, Buenos Aires, Argentina, p. 114
2. Introducción a la Lógica Jurídica. Editorial Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1951, p. 226
3. "De la Jurisdicción del Pretor al Abuso del Derecho", Revista Jurídica de Buenos Aires, IV octubre-diciembre 1960, Buenos Aires, Argentina, p. 171
4. "La Declinación de la Seguridad Jurídica", Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tomo XXIX No. 3 septiembre-diciembre 1951, Buenos Aires, Argentina, p. 306
5. Introducción al Derecho. 7a. edición, Editorial Ariel, Barcelona, España 1976, p. 47

## CAPITULO QUINTO

### DISTINCION DEL ABUSO DEL DERECHO DE OTRAS FIGURAS SEMEJANTES

En general, el abuso del derecho no ha sido delimitado por la doctrina en cuanto a su alcance y contenido, menos aún en lo relativo a su distinción con otras figuras muy similares, siendo confundido con el llamado conflicto de derechos y el fraude a la ley. Es necesario, pues, separar el concepto del abuso del derecho de otras nociones que pudieran confundirse con él en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, para ver cómo el principio del abuso aparece como una noción autónoma e independiente.

#### 5.1 EL CONFLICTO O COLISION DE DERECHOS

No es permisible confundir la colisión o conflicto de derechos con el abuso del derecho, equiparándose ambos conceptos.

Según la doctrina general, hay conflicto de derechos cuando éstos concurren de manera tal que el ejercicio de uno de ellos hace imposible o perjudica al otro. En la colisión de derechos, un derecho se enfrenta a otro derecho. En el abuso del derecho no se enfrentan dos derechos, sino que un derecho lesiona un interés que aún no se ha erigido como derecho, se produce un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. No es el caso del propietario que usando de su derecho de propiedad perjudica el derecho del vecino al invadir su propiedad, sino el del que al edificar dentro de su propiedad una pared demasiado alta sin utili-

das alguna, perjudica el interés del vecino, quien no tiene un derecho definido y sancionado por el ordenamiento jurídico.

Si no se trata entonces de un conflicto de derechos, ¿podrá sostenerse acaso que la cuestión se reduce a un conflicto de intereses? Esta solución tampoco la aceptamos, porque aunque lo que se lesione en el caso del abuso sea un interés, ello se debe a que estamos ejercitando un derecho. Entonces, lo que en realidad sucede es un conflicto entre un derecho y un interés. Es esta la posición precisa en el abuso del derecho; de lo contrario nos confundiríamos con los que equiparan el principio del abuso del derecho con el conflicto de derechos o con los que lo niegan. Hay en este supuesto, un conflicto entre un derecho y un interés que merece protección a pesar de no ser aún un derecho perfectamente definido. En el conflicto de derechos se manifiestan dos derechos de igual jerarquía, ambos gozan de igual reconocimiento expreso por parte del ordenamiento jurídico, pero el ejercicio de uno hace imposible el ejercicio del otro, se oponen o chocan entre sí dos derechos de igual valor.

También la noción del conflicto de derechos ya había sido conocida por el Derecho Romano, cuando hablaba de la colisión de derechos excluyentes y derechos no excluyentes. Se había aceptado entre los romanos conceptos como éste: "Prior tempore petior jure" ("Quien es primero en tiempo es primero en derecho"). Guiado por el deseo de quitar al derecho escrito su rigorismo y tomar en cuenta las exigencias de la equidad, el legislador mexicano adopta en el Código Civil para el Distrito Federal los mismos principios consagrados por el Derecho

Romano para resolver el conflicto de derechos. En efecto, el legislador de 1884 ha prescrito en el Art. 21 (que el Código de 1928 reproduce literalmente en el Art. 20), lo siguiente:

"En caso de conflicto de derechos y a falta de ley expresa para el caso especial, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observándose la mayor igualdad posible entre los interesados".

Para resolver sobre la colisión de derechos subjetivos, el Derecho Romano, según el maestro Guillermo Floris Margadant, ponía a nuestra disposición las siguientes reglas:

- a) Los derechos reales preceden a los personales. Así, el comprador de una casa arrendada, titular de un derecho real, tenía en el Derecho Romano, preferencia sobre el inquilino, ya que éste tuvo nada más que un derecho personal en relación con aquella casa. Este principio se proscribió en nuestro Derecho para proteger al inquilino (Art. 2409), por razones sociales, que constituye, junto con el Art. 41 de la Ley Federal del Trabajo de 1970, una excepción al principio "res inter alios acta".
- b) Entre los derechos reales, los iura in re aliena, derechos reales respecto a un objeto ajeno, preceden al derecho de propiedad, ya

- que el régimen de excepción precede al régimen de excepción.
- c) En caso de colisión entre diversos *iura in re aliena* respecto a una misma cosa (varias hipotecas o varias servidumbres incompatibles entre sí) encontramos que "*prior tempore, potior jure*", regla a veces desmentida por la existencia de hipotecas preferentes.
  - d) Cuando hay colisión entre dos titulares de derechos, de los cuales uno trata de evitar una pérdida, mientras que el otro busca obtener o conservar un lucro, el primero merece la preferencia, principio que inclusive encontramos en la literatura jurídica, como en Quintiliano: *Incomoda vitanis melior quam commoda petentis est causa* (Es mejor la posición jurídica del que trata de evitar un daño que la del que quiere obtener una ventaja), y que el Código de 1928 consagra en su Art. 20.
  - e) Si las reglas anteriores no son aplicables, y uno de los titulares de los derechos en colisión es, al mismo tiempo, poseedor del objeto de que se trata, él tiene la preferencia, ya que "*In pari causa est potior causa possidentis*" (En igualdad de circunstancias, la posesión jurídica del poseedor merece preferencia).
  - f) Fuera de las reglas anteriores, el Derecho Romano se coloca del lado del titular más activo y rápido, o permite que la suerte decida sobre la preferencia que debe darse a alguno de los titulares. Sólo en ciertos casos ex-



cepcionales, el Derecho Romano prevé el reparto proporcional entre los diversos titulares. Un ejemplo importante de esta última solución es, desde luego, el reparto pro rata, entre los acreedores concurrentes, del saldo del activo del patrimonio de un quebrado, después de satisfacer a los acreedores preferentes". (1) Nuestra legislación civil no es ajena a la solución del conflicto de derechos con base en las reglas dadas por el Derecho Romano, pues aparte del Art. 20 del Código en vigor, establece en lo relativo a la promesa de recompensa (Art. 1865), que si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa:

- I. El que primero ejecutare la obra o cumpliera la condición. Es la aplicación del principio "quien es primero en tiempo es primero en derecho".
- II. Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales. (El reparto proporcional, propuesto por el Derecho Romano).
- III. Si la recompensa no fuere divisible se sorteará entre los interesados. En esta hipótesis se autoriza que la suerte decida sobre la preferencia.

A la luz de estos razonamientos, la diferencia existente entre ambas figuras es clara y precisa, pues indubitablemente la razón que guía al legislador a limitar

el ejercicio del derecho, no es la falta de utilidad para el titular o la culpa (delictual o cuasidelictual) que se observa en la conducta del agente, sino la incompatibilidad que surge entre dos derechos. No hay duda de que el juzgador puede, en el caso de un conflicto de derechos, limitar o impedir el ejercicio de un derecho, o de ambos aun cuando el titular obtenga beneficio, extremo imposible en el abuso del derecho, pues en esta figura se requiere como uno de los elementos esenciales, que el titular ejercite un derecho sin utilidad para sí.

No obstante la diferenciación establecida, eventualmente puede presentarse en el conflicto de derechos un abuso, cuando uno de los sujetos ejercite su derecho para impedir o perjudicar el ejercicio del otro derecho, sin obtener una ventaja utilitaria, y entonces convendrá que el juzgador resuelva conforme a las reglas del abuso del derecho, obstaculizando el ejercicio abusivo. En este caso, ya no se trata en esencia de un conflicto de derechos, sino de un abuso del derecho, por lo que no deben aplicarse las reglas de aquél.

## 5.2 EL FRAUDE A LA LEY

El abuso del derecho y el fraude a la ley también han sido dos nociones confundidas por algunos doctrinarios, a pesar de haber claras diferencias entre ambas nociones. No hay similitud entre el que ejecuta un hecho abusivo y la actitud de las partes que a través de variados procedimientos eluden las disposiciones imperativas. Los que así obran se presentan como rebeldes ante la ley, se van contra ella directamente, es decir, desobedecen sus mandatos. En el abuso del derecho se actúa dentro de los límites objetivos de la ley, el derecho ejercita-

do viola la esfera subjetiva. El daño es elemento constitutivo del abuso del derecho; en el fraude a la ley generalmente no existe.

Federico Duncker Biggs, define el fraude a la ley de la siguiente manera: "Consiste en sustraerse voluntaria y conscientemente a una ley determinada y colocarse bajo el imperio de otra mediante el cambio real y efectivo de alguna de las circunstancias o factores de conexión". (2)

Adolfo Miaja concibe el fraude a la ley como sigue: "Es la realización de un acto lícito -o más frecuentemente dos o más actos- para la consecución de un resultado antijurídico. Es un medio de vulnerar leyes imperativas, lo que le aproxima a otros procedimientos, tales como el dolo civil, la simulación y el fraude de a creedores". (3)

Para Mariano Aguilar Navarro, "la finalidad del fraude es permitir al autor evadirse del imperio de una norma, desplazando la reglamentación del supuesto a la órbita de otra más favorable que le facilita la realización del propósito y que la norma evadida obstaculizaba y sancionaba". (4)

Como se desprende de las anteriores concepciones, encontramos tres elementos de importancia para conceptualizar el fraude a la ley:

- a) La licitud externa de un acto o los actos que se realizan para vulnerar las leyes imperativas;
- b) Un resultado contrario al ordenamiento jurídico cuando menos en su espíritu; y
- c) Una evasión de la norma que rige un acto y un sometimiento voluntario y doloso del sujeto,

a otra norma jurídica menos rigurosa, más ven  
tajosa y más conveniente a los intereses del  
sujeto evasor.

En la figura del fraude a la ley, el defraudador está inficionado de una intención deliberada, dolosa, de hacer aplicable, mediante maniobras o artificios apropia  
dos, una norma más favorable que sin las mismas no lo ha  
bría sido. El titular de un derecho se coloca bajo el  
imperio de otra norma, diversa de la que realmente le co  
rresponde.

En cambio, en el abuso del derecho, el sujeto o agente no evade con maniobras o artificios una norma, pa  
ra que le sea aplicable otra, sino que la norma que le confiere derechos subjetivos es usada dentro de sus lími  
tes objetivos, sin embargo, el titular ejercita el dere  
cho sin utilidad para sí y causando daño a terceros.

Sin duda, la licitud externa del acto del agente y el consiguiente resultado ilícito en el fraude a la ley, son los elementos que han influido para que sea con  
fundido con el abuso del derecho, pues en éste, también el hecho del agente está revestido por una aparente lici  
tud externa, causando un resultado ilícito, representado por la causación del daño. En el fraude a la ley, el re  
sultado antijurídico (que generalmente es la infracción a la ley, y en casos excepcionales, un daño) proviene de la no aplicación de la norma jurídica competente, de la ubicación voluntaria, fraudulenta, insincera, anormal de las partes, dentro de los supuestos de otra norma más fa  
vorable a los intereses del sujeto. El fraude a la ley tiene su campo de aplicación más atractivo en el ámbito del Derecho Internacional Privado y otras ramas del Dere  
cho Público.

## N O T A S

1. El Derecho Privado Romano, 7a. edición, Editorial Esfinge, S. A., México, D. F., 1977, p. 112
2. Citado por CARLOS ARELLANO GARCIA, Derecho Internacional Privado, 4a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1980, p. 705
3. Citado por CARLOS ARELLANO GARCIA, Op. cit., p. 705
4. *Ibídem*

## CAPITULO SEXTO

## DERECHO COMPARADO

## 6.1 ARGENTINA

Originalmente, el Código Civil argentino no acogía expresamente el abuso del derecho, pues disponía en su Art. 1071, lo siguiente:

"El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

El redactor del Código, Vélez Sársfield, se pronunció en contra de la aceptación del abuso, por considerar la peligrosa, pues afirmó que si el gobierno se constituye en juez del abuso, no tardaría en constituirse en juez del uso.

Como antecedente doctrinario de la actual regulación, tienen particular importancia las mociones de dos congresos nacionales de Derecho Civil:

- a) El I Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en 1927 en Córdoba, aceptó en el Tema 8o., la moción de Hénoc D. Aguiar, que pretendía adicionar el Art. 1071 en los siguientes términos: "El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no pueden constituir como ilícito ningún acto, SALVO QUE EL DERECHO SE EJERCITARE SIN NECESIDAD O BENEFICIO PARA EL TITULAR, Y EN PERJUICIO DE ALGUIEN".
- b) El II Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1937, sancionó una fórmula

basada en el Art. 135 del Código Polaco de las Obligaciones de 1934, estableciendo lo siguiente: "El que en ejercicio de un derecho causare un daño a otro debe repararlo, si obró con dolo o con culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le fue conferido".

Gracias a estas fuertes tendencias doctrinales, la Constitución Federal fue reformada en 1949, y consagró el abuso del derecho en el Art. 35: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de los derechos que perjudiquen a la comunidad que llevan a cualquier forma de explotación del hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes".

Simultáneamente a esta reforma constitucional, la jurisprudencia acogió el principio en sus soluciones, con fundamento en la Carta Magna. Todavía más tarde, a Juan Antonio Bibiloni se le encargó la redacción de un anteproyecto de reforma al Código Civil. Este manifiesto opositor al principio y, en sustitución de los Arts. 1071 y 2514 del Código, redactó el artículo siguiente: "Art. 411.- Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero". En el seno de la Comisión, los profesores Héctor Lafaille y Raymundo M. Salvat, se opusieron a esta posición y propusieron la adición al artículo de Bibiloni, en el sentido de que "los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero, si no

mediare abuso de parte del agente".

La Comisión encargada de la reforma, suprimió tan to el Art. 1071 del Código Civil, como el 411 del Anteproyecto realizado por Bibiloni. Al fin, el Art. 1071, conforme al texto ordenado por la Ley 17.711, sancionada y promulgada el 22 de abril de 1968, quedó con la siguiente redacción:

"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 contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

## 6.2 BOLIVIA

El Código Civil boliviano no consagra el principio del abuso del derecho. Sin embargo es pertinente señalar que en 1943, aproximadamente, el jurista Angel Osorio y Gallardo, en el Anteproyecto de Código Civil que le encargó preparar el gobierno de dicho país, hace eco de la teoría del abuso en el siguiente sentido:

"ARTICULO 6.- No será consentido el abuso del derecho. Se entiende que hay abuso del derecho cuando se reclama la aplicación de las leyes de manera extremada, innecesaria o inhumana, o bien cuando se advierte que se ejercita un derecho, no tanto para defender un interés legítimo, cuanto para dañar o perturbar a otra persona".



### 6.3 BRASIL

El Código Civil brasileño de 1916, contiene dos disposiciones que acogen el principio:

"ARTICULO 160.- No constituyen actos ilfci  
tos:

1. El ejercicio regular de un derecho reco  
nocido".

"ARTICULO 840.- No es lícito ejercer el de  
recho de propiedad en forma de acarrear da-  
ños a otros sin utilidad propia".

Ultimamente, en el Anteproyecto Oficial de Reforma a la Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas, recoge bajo la rúbrica "Condenación del Abuso del Derecho", el siguiente texto:

"ARTICULO 11.- No será protegido el dere-  
cho que fuere o deje de ser ejercido en per  
juicio del prójimo o de modo egoísta, exce-  
sivo o antisocial".

Nótese cómo, a la vez, se ha acentuado el abuso del derecho por la omisión del titular del derecho, es decir, la simple abstención.

### 6.4 COLOMBIA

La legislación civil colombiana no ha formulado una regla específica sobre este principio, pero sí consa  
gra artículos que aisladamente lo aplican y otros que permiten su estructuración:

"ARTICULO 1002.- Cualquiera puede cavar en  
suelo propio un pozo, aunque de ello resul-  
te menoscabarse el agua de que se alimente  
otro pozo; pero si de ello no reportare uti  
lidad alguna, o notan que no pueda comparar

se con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo".

Este es un precepto similar al Art. 934 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

"Artículo 21 de la Ley 200 de 1936.- Los jueces fallarán sobre lo que resulte de la inspección ocular y demás elementos de convicción producidos por las partes o allegados de oficio al informativo y según la persuasión racional. Aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no debe protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley".

## 6.5 GUATEMALA

El Código Civil guatemalteco de lo. de julio de 1964, recoge el principio bajo la siguiente fórmula:

"ARTICULO 1953.- El exceso o mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos".

La regulación es similar a la del Art. 7o. apartado 2o. del Código Civil español, al establecer el abuso del Derecho por el no ejercicio de un derecho, cuando con esa abstención se cause daño a tercero.

## 6.6 PANAMA

El Código panameño no hace una referencia expresa

al principio del abuso del derecho, sólo contiene una norma idéntica al Art. 934 del Código Civil para el Distrito Federal, redactada en los términos siguientes:

"ARTICULO 622.- Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compensarse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo".

#### 6.7 PERU

El Código Civil peruano de 1936, acoge el principio en diversas disposiciones:

"ARTICULO 11.- La ley no ampara el abuso del derecho".

"ARTICULO 163.- La mujer no está obligada a aceptar la decisión del marido cuando ésta constituya un abuso de su derecho".

"ARTICULO 241.- La separación de bienes será declarado por el juez a pedido de la mujer: ...

3) Cuando el marido abuse de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda este código".

"ARTICULO 861.- Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se exceda o abuse en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se le restituya el estado anterior, o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido".

"ARTICULO 1137.- No son actos ilícitos:  
 1o.- Los practicados en el ejercicio regu  
lar de un derecho".

#### 6.8 URUGUAY

El Código Civil uruguayo de 1869, no acoge expresamente el principio, presumiblemente por la época en que fue promulgado, pero dada la redacción e interpretando a contrario sensu, puede la jurisprudencia darle cabida:

"ARTICULO 1321.- 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".

#### 6.9 VENEZUELA

El Código Civil venezolano de 1942, siguiendo una orientación finalista e inspirándose en el Art. 74 del Proyecto Franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos, ha hecho suya la fórmula siguiente:

"ARTICULO 1185.- El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a re  
pararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejerc  
icio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

#### 6.10 ALEMANIA

En un principio había prevalecido el adagio de que ningún daño causa quien hace uso de su derecho, siendo más tarde cuando la Comisión del Reichstag consagra el principio en el Código Civil de 1900:

"ARTICULO 226.- El ejercicio de los derechos no es permitido cuando no puede tener otro fin que causar perjuicios a otro".

También en el Derecho de Familia se ha establecido en el párrafo 1354-2, que la mujer no está obligada a acatar la decisión del marido si ésta resulta ser un abuso de su derecho. Se dispone asimismo, que la obligación de uno de los cónyuges a la vida en común cesa: a) Cuando la exigencia del otro implique abuso.

#### 6.11 AUSTRIA

El Código Civil austriaco de 1917, acoge el principio del abuso en el Art. 1295 apartado 2o., interpretado a contrario sensu:

"El que cause intencionalmente un daño de una manera que lesione las buenas costumbres es igualmente responsable. No lo es si el daño ha sido causado por el ejercicio que no tenga manifiestamente el fin de perjudicar a otro".

#### 6.12 ESPAÑA

El Código español de 1889, fiel reflejo del Código Napoleón, no contempló el principio en una primera fase de su vigencia, pero encontró una grata recepción en leyes especiales sobre arrendamiento urbano. En esta materia, lo encontramos regulado en los Reales Decretos de 13 de diciembre de 1923, 21 de diciembre de 1925 y 29 de

diciembre de 1931.

El Real Decreto de 13 de diciembre de 1923, establecfa en su Art. 50., la siguiente disposici3n:

"Los Tribunales y autoridades desestimarán en todo caso, las reclamaciones que los arrendadores e inquilinos formulen con manifiesto abuso del derecho".

Los Reales Decretos de 21 de diciembre de 1925 y 29 de diciembre de 1931, contenfan una disposici3n muy similar a la anterior.

La Ley Arrendaticia de 1946 no lo reguló, pero ha vuelto a tener vigencia en este campo arrendaticio en el Art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1953. Este artículo señala lo siguiente:

"Los jueces y tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por el demandante o demandado, con manifiesto abuso del derecho".

Por lo que respecta al Código Civil en su segunda fase de vigencia, el Apartado 1o. de la Base 3a. de la Ley de Bases para la Modificaci3n y Reforma al Título Preliminar del Código Civil, decfa lo siguiente: "Al regular la eficacia general de las normas jurídicas, se de terminarán con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, las consecuencias de la ignorancia de la ley, el error de hecho y los actos contrarios a normas imperativas", añadiendo inmediatamente después que "con iguales criterios se configurará la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y la sanción de los ejecutados en fraude de la ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho".

El Decreto 1.836/1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto del articulado del Título Preliminar del Código Civil, ha desarrollado las directrices de la Ley de Bases para la Modificación y Reforma del Código Civil, dedicando una regla a los actos realizados en fraude de la ley (Art. 7 Apartado 2o.), ambas situadas dentro del Capítulo III, que lleva como rótulo de la "Eficacia General de las Normas Jurídicas".

La Exposición de Motivos que precede al texto del citado Decreto, dice, al referirse a las figuras en cuestión, que "el capítulo dedicado a la eficacia general de las normas jurídicas, luego de reiterar con algunos perfeccionamientos de las disposiciones ya contenidas en el Código, introduce como innovaciones de sumo interés y muy justificada necesidad de la sanción, al fraude de la ley y la del abuso del derecho".

La reforma indicada sancionó el principio en los siguientes términos:

"ARTICULO 7o. Apartado 2o.- 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".

Como se observa, el legislador ha introducido el abuso por omisión del titular, es decir, el no ejercicio

de un derecho. No se señalan cuáles son las medidas administrativas pertinentes para impedir la persistencia del abuso de los derechos.

Cabe señalar que en el caso de España, el principio del abuso fue acogido por la función creadora de la jurisprudencia, aún antes de la Reforma de 1974 que ha quedado señalada. Se había admitido en dicho país, conforme a la concepción individualista, que cada cual puede ejercer libremente su derecho, con tal que no viole una específica regla jurídica que lo limite y con tal que obre dentro de las facultades que la ley le reconoce como propias de ese derecho, pero a partir de principios de este siglo comenzó a difundirse en la doctrina española, la teoría del abuso del derecho, que había reconocido ya la jurisprudencia francesa, en una sentencia del Tribunal de Colmar en 1855, que había declarado que cuando el propietario de un inmueble hace edificar una falsa chimenea sin utilidad para sí y con la intención de tapar la luz del sol a su vecino, éste puede demandar ante los tribunales que se le abonen daños y perjuicios. El Tribunal Supremo español había rehusado repetidas veces aplicar el principio, invocando el antiquísimo adagio ya desmentido de que el que usa de su derecho ningún daño causa. Pero tras algunas vacilaciones, la aceptó a partir de una sentencia de 14 de febrero de 1944. Para encajarlo en las normas del Código Civil, recurrió al Art. 1902 que prescribe: "El que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", artículo que precisamente la jurisprudencia anterior había entendido que excluía la aplicación del principio. Con arreglo a esta jurisprudencia anterior, el Art. 1902 había que interpretarlo



en el sentido de que sólo surgía la responsabilidad por actos u omisiones "ilícitos" y no era extensivo a quien usa de su derecho. El mismo artículo fue interpretado en la nueva jurisprudencia en el sentido de que incluía los actos y omisiones realizados dentro del círculo de facultades del propio derecho, cuando se hacen con la intención de dañar a otro, o incluso, prescindiendo del elemento subjetivo o psicológico (*animus nocendi*), cuando el daño inferido está en abierta desproporción con la utilidad que para sí representa, o en general, si el derecho es ejercitado notoriamente fuera de su función social.

#### 6.13 ITALIA

El Código Civil de 1865 recogió el principio en su Art. 436, al referirse al ejercicio de las facultades del dominio, no por propia utilidad, sino con el fin único de causar molestia a otros.

En la regulación actual del Código Civil de 1942, en la esencia se basa en el Art. 74 del Proyecto Franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos, aprobado en 1927. El Art. 7 del Código italiano prescribe lo siguiente:

"ARTICULO 7.- Es prohibido ejercer el propio derecho de manera contraria al fin por el cual ese derecho ha sido reconocido".

#### 6.14 LIBANO

El Código Civil libanés reproduce exactamente el Art. 74 del Proyecto Franco-italiano multicitado, al disponer lo siguiente:

"ARTICULO 124.- El que con intención o

por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el e-jercicio de su derecho, los límites fija-dos por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

#### 6.15 MARRUECOS

El Código de las Obligaciones de Marruecos acoge en su seno el principio del abuso del derecho, bajo la siguiente fórmula:

"ARTICULO 94.- No incurre en responsabilidad civil la persona que sin intención de dañar ha hecho lo que tenía derecho de hacer. Sin embargo, cuando el ejercicio de un derecho es de naturaleza capaz de cau-sar daño notable y este daño puede ser evitado o suprimido sin inconveniente grave para el derecho-habiente, se incurre en responsabilidad civil cuando no se ha hecho lo necesario para prevenir el daño o para hacerlo cesar".

#### 6.16 MONTENEGRO

Montenegro, antiguo principado balcánico, cuya independencia fue reconocida por el Tratado de Berlín (1878), y unido a la República de Yugoslavia en 1919 como República Popular Federada de dicho país, acogió el principio en su Código de 1888 en los siguientes térmi-

nos:

"ARTICULO 1000.- Tú puedes tener un derecho, tú no puedes servirte de él con el único fin de causar molestia o perjuicio a otro".

#### 6.17 POLONIA

El Código de las Obligaciones de la República de Polonia de 1934, consagra el abuso del derecho en la norma siguiente:

"ARTICULO 135.- Quien intencionalmente o por negligencia ha causado un daño a otro, en el ejercicio de su derecho, está obligado a repararlo, si ha excedido los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido".

Ultimamente, en vía de Proyecto de Código Civil, se han establecido en la Parte General, las siguientes normas:

"ARTICULO 18.- Quienquiera que disfrute del derecho contrariamente a los principios fundamentales del orden jurídico, comete un abuso del derecho y no goza de la protección de la ley".

"ARTICULO 19.- El abuso del derecho cometido conscientemente o por negligencia y que cause daño a otro obliga a la reparación".

"ARTICULO 20.- Las acciones basadas sobre un abuso del derecho prescriben a los cinco años, contados a partir del día en que

se haya cometido por última vez el abuso del derecho".

#### 6.18 PORTUGAL

El Código Civil de Portugal de 1966, acoge el principio siguiendo el criterio funcionalista, en los siguientes términos:

"ARTICULO 334.- Es ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social o económico de ese derecho".

#### 6.19 PRUSIA

El Código Civil prusiano de 1794 también es receptivo por lo que respecta al principio, pero minimiza su contenido cuando prescribe lo siguiente:

"No se debe indemnizar por un daño causado por el ejercicio de un derecho, a menos que entre las varias maneras de ejercerlo se haya elegido aquella que podía ser perjudicial". (Artículos 34 al 39).

#### 6.20 U.R.S.S.

Destaca en la legislación soviética la figura del abuso del derecho, dada la naturaleza económico-social del derecho, dejándose al juzgador un amplio poder de interpretación de la ley, para adaptar la norma general y abstracta a los casos concretos y particulares que pueda ofrecer la vida social.

A nivel constitucional, la prohibición del abuso se encuentra en diversas disposiciones de la Carta Funda

mental de la U.R.S.S., aprobada en la Séptima Sesión Extraordinaria del Soviet Supremo de la Novena Legislatura, el 7 de octubre de 1977:

"ARTICULO 13.- ...Los bienes que se encuentran en propiedad personal o usufructo de los ciudadanos no deben servir para extraer ingresos parasitarios ni ser utilizados en perjuicio de los intereses de la sociedad".

En el Capítulo 7, al regular los derechos, libertades y deberes fundamentales de los ciudadanos, el Código Supremo establece la siguiente disposición:

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

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

En cuanto al Código Civil de 1942, se establece en éste, la siguiente disposición:

"ARTICULO 1.- Los derechos civiles son tutelados por la ley, salvo en los casos en que los mismos se ejerciten en oposi-

ción a su destino económico-social".

Asimismo, tiene particular importancia la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Legislación Civil, aprobada por el Soviet Supremo en diciembre de 1962, que fija principios de carácter obligatorio para las legislaciones de las repúblicas federadas, en uso de la facultad que le concede la Constitución vigente de 1977 en el Art. 121 apartado 4. (El Art. 14 de la Constitución derogada). La ley de referencia posee la máxima fuerza jurídica después de la Constitución, señalando lo siguiente:

"ARTICULO 5.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIVILES Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

Los derechos civiles son protegidos por la ley, excepto en los casos en que se ejerzan en pugna con sus fines en la sociedad socialista del periodo de la construcción del comunismo.

Al ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, los ciudadanos deben observar las leyes, respetar las reglas de convivencia socialista y los principios morales de la sociedad que edifica el comunismo".

Otro ordenamiento que contiene la prohibición del abuso del derecho, es la Ley Federal sobre Fundamentos de la Legislación sobre el Matrimonio y la Familia, aprobada por el Soviet Supremo el 27 de junio de 1968, dotada de la misma fuerza jurídica que la ley indicada anteriormente. La fórmula contenida en esta legislación familiar, es la siguiente:

"ARTICULO 19.- PRIVACION DE LA PATRIA PO

## TESTAD.

Los padres o uno de ellos pueden ser privados de la patria potestad si se acredita que no cumplen sus obligaciones en orden a la educación de los hijos o abusan de sus derechos paternos, tratan cruelmente a los hijos y ejercen una influencia nociva sobre ellos con su conducta inmoral y antisocial, y también cuando los padres son dipsómanos o narcómanos crónicos..."

Otro precepto típico sobre la prohibición del abuso del derecho en las potestades familiares, es el contenido en el Código de Familia de 1942, que prescribe lo siguiente:

"ARTICULO 153.- Los derechos del padre son ejercidos exclusivamente en interés de los hijos, y en caso de ejercicio abusivo, el Tribunal tiene el derecho de privar al padre de sus derechos".

Siendo la U.R.S.S. un Estado donde los intereses de la sociedad se sobreponen a los intereses del individuo, la reglamentación del principio del abuso del derecho sigue una orientación decididamente finalista o funcionalista. Ese finalismo de los derechos puede observarse en toda una serie de disposiciones que comportan un interés particular a los individuos, ya actuando dentro del marco de una institución como es la familia.

En lo relativo a las relaciones jurídicas dentro del ámbito familiar, preceptos que se integran en textos diferentes (Código de Familia y Ley Federal sobre Fundamentos de la Legislación sobre el Matrimonio y la Familia), puede decirse lo mismo, pues como es manifiesto en

el Derecho Moderno, las normas de ese tipo, a menudo imperativas, se conciben como de protección a la institución familiar y sobre todo, tratándose de intereses relativos a menores, los derechos que se ejercen por los padres en ejercicio de una potestad, son más obligaciones que facultades de libre ejercicio.

#### 6.21 SUIZA

El legislador suizo, aprovechando los resultados obtenidos en Francia, ha considerado más conveniente colocar el principio del abuso del derecho entre los principios fundamentales del ordenamiento civil (como lo ha hecho la U.R.S.S.), y así ha dispuesto en el Código de 1907, vigente desde 1912, la fórmula siguiente:

"ARTICULO 2.- Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe.

El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley".

En la jurisprudencia suiza, tanto del Tribunal Federal como de los Cantones (célula de la división administrativa del Estado suizo), antes de la sanción del Código Civil, ya aplicaba no sólo en lo relativo al derecho de propiedad, sino en otras materias, el principio que vedaba el ejercicio abusivo de los derechos.

Sin embargo, este principio no había sido acogido por el Anteproyecto de Código Civil, redactado en 1892, y que después se convirtió en Proyecto. Y es que dicho principio únicamente prohibía en materia de propiedad el abuso del derecho, o sea, aquel uso del propietario sobre su cosa que no pueda manifiestamente alcanzar otro fin que el de dañar a los demás. Con la actual redac-



ción, se asentó el principio con carácter general y no particularizándolo en la institución de la propiedad.

La concepción del abuso del derecho en la legislación civil suiza, como ha quedado expuesta, sigue una orientación claramente funcionalista; permitiendo al juez apreciar en cada caso que le sea sometido, si hay o no congruencia entre el derecho subjetivo conferido a un su jeto y el uso que de él hizo en consideración a los inte reses colectivos. Esa orientación se refuerza con la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones que también exi ge el Art. 2o. del Código Civil.

#### 6.22 CHINA

El abuso del derecho ha sido consagrado también por los ordenamientos orientales, muestra de ello es el Código Civil chino de 1930, que establece la siguiente fórmula:

"ARTICULO 148.- El ejercicio de un derecho no puede tener por finalidad principal causar daño a otro".

## C O N C L U S I O N E S

- I. La figura del abuso del derecho surgió en el Derecho Romano, y aun cuando no se creó una teoría general sobre el principio, sí se proscribió en muchas hipótesis el ejercicio de un derecho cuando estaba inficionado por una intención nociva y no produjera al titular una ventaja utilitaria o beneficio.
- II. El principio alcanza en la Edad Media cierta importancia dentro del Derecho, pero todavía aparece vinculado al criterio intencional o subjetivo, pues para la calificación del abuso se requiere el animus nocendi en el agente.
- III. Como resultado del desenvolvimiento y evolución del principio, empieza a proliferar en Francia una corriente favorable, que penetra tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, originándose toda una teoría general sobre el tema y que supera el criterio subjetivo. Es a partir de esta etapa cuando se eleva el criterio funcionalista como norma orientadora para la apreciación del abuso del derecho.
- IV. El legislador del Código Civil del Distrito Federal de 1928 adoptó el principio fundándose en los criterios sustentados por los Códigos Civiles Suizo y Alemán, pero se vio notablemente influido por el criterio intencional de este último, dando origen a la desafortunada fórmula contenida en el Artículo 1912.
- V. Dada la etapa social moderna en que se desenvuelve el Derecho, se hace necesaria una reforma radical

cal a las normas relativas al abuso del derecho de nuestro Código Civil, tendiente a incorporar expresamente en éste el criterio funcionalista o de la finalidad de los derechos, toda vez que el criterio intencional que parece advertirse en la redacción de la norma aludida (Art. 1912) minimiza el contenido del principio.

- VI. Asimismo, es conveniente la práctica de una reforma al Artículo 88 de la Ley Federal sobre Derechos de Autor de 1956, para subsanar el error garrfal cometido en la reforma de 1963. Tal reforma se hará en los términos propuestos en la parte relativa.
- VII. Como consecuencia de la socialización del Derecho Privado, que ha depurado paulatinamente las legislaciones de corte individual, han perdido vigencia las corrientes o teorías detractoras del principio del abuso.
- VIII. El criterio adecuado para la determinación del abuso del derecho es el funcionalista, que concibe al derecho subjetivo como una prerrogativa del individuo gravada con una finalidad social, conforme al cual deberá obligarse al sujeto a la responsabilidad civil cuando ejercite sus facultades o derechos de una manera anormal, esto es, cuando ese ejercicio se oponga a la finalidad social de cada derecho.

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

- ALVAREZ VICTOR MANUEL "El Individualismo del Código Civil y la Orientación Moderna en el Ejercicio del Derecho. Los Hechos Ilícitos, el Abuso del Derecho y la Reparación del Daño Moral", Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, Año 7 No. 80 al 83 Febrero-Mayo 1942, Maracaibo, Venezuela.
- ARELLANO GRACIA CARLOS Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edición, México 1980.
- CASTAN TOBEÑAS J., "El Nuevo Código Civil Mexicano, un Ensayo de Código Privado Social". Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo I, México, D. F. 1930.
- CRABB JOHN H. "El Concepto Francés del Abuso del Derecho", Inter-American Law Review, Volumen 6 No. 1 1964 January-June, New Orleans, La.
- DASSEN JULIO "De la Jurisdicción del Pretor al Abuso del Derecho". Revista Jurídica de Buenos Aires, IV Octubre-Diciembre 1960, Buenos Aires, Argentina.
- DESCOTTE EMILIO "La Declinación de la Seguridad Jurídica", Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tomo XXIX No. 3 1951, Buenos Aires, Argentina.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON LUIS "El Abuso del Derecho y el Fraude de la Ley en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Problema de sus Recíprocas Relaciones", Revista Documentación Jurídica No. 4 Octubre-Diciembre 1974, Madrid, España.
- DIEZ MENDOZA ALVARO "Filosofía del Abuso del Derecho". Estudios Jurídicos No. 1, Diciembre 1958, Cuzco, Perú.
- ENNECCERUS LUDWIG y THEDOR KIPP Tratado de Derecho Civil. Apéndice, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España 1955.
- FLORIS MARGADANT GUILLERMO El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S. A., Séptima Edición, México, D. F. 1977.
- GARCIA MAYNEZ EDUARDO Introducción a la Lógica Jurídica

ca. Editorial Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires 1951.

GARCIA TELLEZ IGNACIO Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S. A., Segunda Edición, México, D. F. 1965.

GONZALEZ RICARDO C. "Abuso de los Derechos" Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales No. 77, Tomo XIII, Diciembre 1945, México, D. F.

GONZALEZ BAQUERO JUAN RAMON "La Recepción del Principio del Abuso del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", Universidad de Carabobo, Venezuela 1976.

GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO "El Patrimonio", Editorial Cajica, S. A., Segunda Edición, Puebla, Pue. México 1980.

HANSEN SUSANA MYRIAN "El Abuso del Derecho". Revista Jurídica No. 24 1973, Tucumán, Argentina.

LAQUIS MANUEL A. "Abuso del Derecho y Conflicto de Derechos". Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales No. 7 1958, Buenos Aires, Argentina.

LATORRE SEGURA ANGEL Introducción al Derecho. Editorial Ariel, Séptima Edición, Barcelona, España 1976.

LEONFANTI MARIA ANTONIA "Abuso del Derecho", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año IX, Tercera Epoca No. 41, 1944, Santa Fe, Argentina.

LOPEZ J. EMILIO "El Abuso del Derecho", Estudios de Derecho Año XXXVII No. 69, Marzo 1966, Medellín, Colombia.

MARTIN DE MUNDO JOSE A. "Acerca del Abuso del Derecho en el Orden Privado" La Ley Revista Jurídica Argentina, Tomo 66 Abril-Mayo-Junio 1952, Buenos Aires, Argentina.

MARTINEZ CALCERRADA LUIS "La Buena Fe y el Abuso del Derecho", Revista de Derecho Privado, Mayo 1979, Madrid, España.

MAZEAUD HENRY Y LEON y ANDRE TUNC "Tratado Teórico-Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Tomo I Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1977.

MONTERO DUHALT SARA "La socialización del Derecho en el Código Civil de 1928". Libro del Cincuentenario del Código Civil, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978.

MUÑOZ LUIS "Comentarios a los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica", Ediciones Jurídicas Herrero, Tomo I, México, D. F. 1953.

NOVOA MONREAL EDUARDO "El Derecho como Obstáculo al Cambio Social", Editorial Siglo XXI, Cuarta Edición, México 1980.

RESTREPO GUTIERREZ FRANCISCO DE PAULA "El Abuso del Derecho como Fuente de Responsabilidad Civil", Revista de Derecho Español y Americano, Año VII No. 31, Julio-Agosto-Septiembre 1942, Madrid, España.

RIOS AMAYA JOSE ALFONSO "El Abuso del Derecho", Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario No. 442 Mayo-Junio 1957, Bogotá, Colombia.

ROCCA IVAL "Abuso del Derecho", Revista Jurídica Argentina, 21 de Diciembre de 1921, Buenos Aires, Argentina.

RODRIGUEZ RAMON "Derecho Constitucional", Universidad Nacional Autónoma de México, Facsímil Segunda Edición, México 1978.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE LINO "El Abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación Comparada", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Volumen XXIV No. 4 Marzo-Abril 1955, Rfo Piedras, Puerto Rico.

"El Abuso del Derecho", Revista de la Facultad de Derecho de México UNAM, Tomo IV No. 16, Octubre-Diciembre 1954, México, D. F.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito, Editora El Nacional, Tomo II, México 1934.

RUIZ FRANCISCO H. "La Socialización del Derecho y el Código Civil de 1928", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia UNAM, No. 36, Tomo VIII, Julio-Septiembre 1946, México, D. F.

WARAT LUIS ALBERTO Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley, Editorial Abeledo-Perrot, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina 1969.

## LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1928.

Código Civil de Aguascalientes.

Código Civil de Baja California Norte.

Código Civil de Campeche.

Código Civil de Coahuila.

Código Civil de Colima.

Código Civil de Chiapas.

Código Civil de Chihuahua.

Código Civil de Durango.

Código Civil de Guanajuato.

Código Civil de Guerrero.

Código Civil de Hidalgo.

Código Civil de Jalisco.

Código Civil de México.

Código Civil de Michoacán.

Código Civil de Morelos.

Código Civil de Nayarit.

Código Civil de Nuevo León.

Código Civil de Oaxaca.



- Código Civil de Puebla.
- Código Civil de Querétaro.
- Código Civil de San Luis Potosí.
- Código Civil de Sinaloa.
- Código Civil de Sonora.
- Código Civil de Tabasco.
- Código Civil de Tamaulipas.
- Código Civil de Tlaxcala.
- Código Civil de Veracruz.
- Código Civil de Yucatán.
- Código Civil de Zacatecas.
- Código de Procedimientos Civiles de Morelos.
- Constitución de la U.R.S.S. de 1977.
- Ley Federal sobre Fundamentos de la Legislación Civil de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas de 1962. "Fundamentos de la Legislación de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas Soviéticas". Editorial Progreso Moscú, 1975
- Código Civil de la República de Colombia.
- Jurisprudencia y Tesis sobresalientes sustentadas por la Sala Civil (3a. Sala) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1966-1970 Ediciones Mayo México, D. F. 1973
- Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956.