



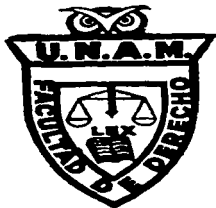
277
1997

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ANALISIS SOBRE LA FUNDAMENTACION
JURIDICA DEL ABUSO DEL DERECHO"

T E S I S
Que para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
FAUSTO JOSE LEDESMA ROCHER



México, D. F.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

**A mi esposa Abril y mi hija
Irma Daniela.
Por su gran apoyo.**

A mis padres Efrén e Irma.

**A mis Hermanos:
Efrén
Carlos
Irma
Alba
Federico**

A mi maestro Rafael.

Por todo lo que me ayudaron

**ANÁLISIS SOBRE LA
FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA
DEL ABUSO DEL DERECHO**

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

I. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ABUSO DEL DERECHO	1
A) LA APORTACIÓN NEGATIVA DE LA HISTORIA	1
B) EN EL DERECHO ROMANO	2
C) EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA; Y EN EL CÓDIGO NAPOLEÓN DE 1804	7
D) EL ABUSO DEL DERECHO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	11

CAPÍTULO II

DEL ABUSO DEL DERECHO

I. ¿QUÉ ES EL ABUSO DEL DERECHO?	17
II. LA "NORMATIVIDAD DENTRO DE LA SOCIEDAD"	31
III. TESIS DEL LUIS JOSSEMAND	36
IV. TEORÍAS QUE APOYAN LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO	41
V. TEORÍAS EN CONTRA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO	56
VI. ARMONÍA ENTRE VALOR, NORMA Y HECHO	59
VII. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL ABUSO DEL DERECHO	63
VIII. PRESUPUESTOS QUE RECONOCEN A LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO	65
IX. SUPUESTOS QUE CONTEMPLAN ALGUNOS TIPOS DE ABUSO DEL DERECHO	67
A. RELACIONADOS CON LA PROPIEDAD	68
B. RESPECTO AL DOMINIO AÉREO	70
C. RESPECTO DEL SUBSUELO	72
D. RESPECTO DEL DERECHO DE ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES	73
E. EN RELACIÓN AL EMBARGO	74
F. EN MATERIA DE CONTRATOS	75

CAPÍTULO III

REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ABUSO DEL DERECHO Y CRITERIOS ÉTICO-SOCIALES

I.	COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO	78
II.	COMO HECHO ILÍCITO	81
III.	CRITERIOS QUE SUSTENTAN LA TEORÍA EN ESTUDIO	85

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

I.	REGULACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN OTRAS LEGISLACIONES	93
----	---	----

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES FINALES

I.	CONSIDERACIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SUSTENTANTE	108
----	---	-----

	CONCLUSIONES	112
--	--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta, propone una de las teorías que más controversias ha suscitado desde su aparición en el derecho romano, hasta las legislaciones contemporáneas que la contemplan; nos referimos a la teoría del abuso del derecho, la cual a pesar de que se ha mantenido como una constante en la evolución de las sociedades, aparece y desaparece de las legislaciones, porque la simple idea de que se pueda abusar de un derecho legítimo, aparece para algunos autores que la han estudiado, como una contradicción.

En ese sentido, y como se mencionó anteriormente, los primeros en contemplar la posibilidad de la existencia de la teoría en estudio fueron los romanos, los cuales buscando complementar los principios de equidad, seguridad y justicia para los ciudadanos que conformaban su estado, incluyeron la limitación al derecho de propiedad cuando existiere una intención dañosa en perjuicio de un tercero, sin representar beneficio alguno para el que lo ejercitare.

Posteriormente, y tomando en gran medida lo aportado por el derecho romano, encontramos que el derecho francés, inspirado en la Declaración

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, plasma en su código civil de 1804, mejor conocido como código Napoleón, en el capítulo II Intitulado "De los Delitos y los Cuasidelitos" , algunas limitaciones a los derechos absolutos de las personas, sirviendo esto como modelo a los pensadores y doctrinarios como Louis Josserand y Julien Bonnecase, los cuales ahondaron en el estudio de la figura en cuestión.

En esta tesis lo que se ha buscado es lograr una visión más amplia y comprensible sobre la figura del abuso del derecho, y para conseguirlo se ha dividido este estudio en cinco capítulos que comprenden lo siguiente:

El capítulo I, intitulado "Antecedentes Históricos de la Teoría del Abuso del Derecho" tiene como objeto mostrar la figura jurídica materia de este trabajo desde sus orígenes, y que como todas las instituciones de nuestro derecho positivo surgen en el derecho romano. Posteriormente, y sin grandes cambios, encontramos la figura en el siglo XIX en que renace con gran fuerza dentro de la codificación Napoleónica, siendo objeto de estudio de grandes doctrinarios, llegando finalmente hasta nuestra legislación vigente.

En el capítulo II, denominado "Del abuso del derecho", busco encontrar un criterio uniforme con relación al tema en estudio, qué es el abuso, qué tesis están a favor o en contra, cuáles son los elementos que la conforman y señalar algunos ejemplos para su mejor comprensión.

Posteriormente, en el capítulo III, llamado "Regulación en el Código Civil del Abuso del Derecho y Criterios Ético Sociales", se busca encontrar la verdadera esencia de la teoría, ya sea como principio general de derecho o como hecho lícito, analizando para ello, los criterios que la sustentan.

En el capítulo IV, intitulado "Derecho Comparado", se mencionan algunas legislaciones existentes en distintas partes del mundo, mismas que aceptan la teoría del abuso del derecho y que la contemplan dentro de su derecho positivo, lo cual es con el fin de establecer que no se trata de una figura en desuso.

Finalmente, en el capítulo V, señalaré las consideraciones finales a que llegué después de haber realizado el presente estudio.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

I. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ABUSO DEL DERECHO

Para poder establecer el tratamiento que ha recibido la teoría del abuso del derecho, debemos remitirnos al estudio del acto ilícito en general y del abuso en particular, que son, en definitiva, elementos esenciales de nuestro derecho.

Así, debido a los continuos cambios y transformaciones que experimenta la sociedad se ha hecho cada vez más necesaria la creación o modificación de normas que permitan lograr una satisfacción al que ha sido objeto de un abuso.

A. LA APORTACIÓN NEGATIVA DE LA HISTORIA.

La aportación histórica ofrece un balance negativo, ya que no unifica hechos pasados ni subjetiva ni objetivamente, sino solamente menciona acontecimientos singulares, restringidos en el espacio o en el tiempo o en ambas clases, y busca como fin esencial la investigación de las diferencias y analogías sin profundizar en los derechos y limitaciones que son tan necesarios para lograr una adecuada vida en comunidad.

Por lo general los acontecimientos relativos al tema se presentan incluidos dentro de otros, es por esto que cualquier interpretación histórica que quiera hacerse de los actos emulativos o actos abusivos, deberá basarse en una ley secundaria referida a la importancia relativa de distintas categorías de factores que contribuyan a su aplicación. Así queda demostrado que cuanto mayor es el cambio social, más evidente es la disconformidad entre los patrones sociales de conducta y las normas jurídicas caducas o ineficientes. Si a estas carencias añadimos la idea del abuso del derecho, observamos el nacimiento de una forma de control ante la falta de rigidez de las disposiciones legales, las cuales pretenden reducir a una unidad un fenómeno esencialmente múltiple, sin que logren conceptualarlo en una explicación unitaria.

B. EN EL DERECHO ROMANO

Cronológicamente podemos ubicar a Roma como la cuna de la Teoría del abuso del derecho, es por ello que los teorizadores se remontan principalmente al estudio de la ley de las XII tablas, cuando el derecho invocaba menos la idea de equidad que el de autoridad, y es así que en el derecho de los quirites floreció la primera de estas concepciones, a la vez la más sencilla y formalista, que versaba: "qui jure suo utitur, neminem laedit", (quien usa de su derecho a nadie perjudica), y en ese sentido se

pronuncia la ley 55 del título XII del libro L del Digesto en la cual Gayo expresa "nullus videtur dolo facer, qui suo jure utitur", (no se observa que obra dolosamente, quien de su derecho utiliza).

La ley 26, título II, del libro XXXIX del mismo Digesto, señala: "Cuando alguno hiciese alguna cosa en su propio suelo usando de su derecho, aunque prometieses al vecino por el daño que amenaza, no se obliga a él por esta estipulación; verbigracia: si inmediato a mis edificios tuvieses los tuyos, que los levantas usando tu derecho, o si a tu predio inmediato llevases el agua que venía al mío, haciendo algún acueducto cubierto o foso, pues aunque en este caso me quitas el agua, y en aquel las luces, esto no obstante, por esta estipulación no compete acción; porque no parece que causa daño el que priva a otro de aquello que disfrutaba por causa lucrativa, pues es muy diferente que uno cause daño a otro o que lo prive de aquello de que se utiliza".¹

Asimismo en el párrafo 12 de la ley 24 del mismo título y libro citados, se observan los siguientes principios: "Si hago un pozo en tu casa y por esto se cortaron los manantiales del tuyo, ¿acaso estaré obligado?, Trebacio dice que no me obligaré por vicio de mi obra, respecto que uso de mi derecho.

¹ Rojas Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil. Vol. III. Edic. 16ª. Ed. Porrúa, México, 1989. p 322.

Pero si lo profundizo tanto que no puede subsistir tu pared, tiene lugar la estipulación por el daño que amenaza."² En esta idea observamos cierta similitud con el ejemplo anteriormente enunciado y nos percatamos que cabría la posibilidad de realizar una estipulación sin mencionar que era facultativo de las personas cumplir o no con ese compromiso.

Otro de los ejemplos que nos presenta la historia es el relacionado con la esclavitud,³ la cual en el derecho de Justiniano se definía como "la institución del derecho de gentes que somete a un hombre al dominio de otro, contra lo que la naturaleza dicta". Así, el dueño gozaba de la "dominica potestas" y ostentaba un poder absoluto sobre la persona y bienes del esclavo por lo que se hizo necesaria la intervención del Estado para legislar y proteger a los esclavos contra los excesos de sus dueños, estableciendo entre otras medidas protectoras las siguientes:

- "1º.- El esclavo estaba facultado desde la época de Nerón para quejarse ante él "praefectus urbi" en Roma o ante el gobernador en las provincias por los malos tratos de su dueño.
- 2º.- La Ley Petronia prohibió a los dueños entregar a los esclavos a las bestias, sin autorización del magistrado.

² Vid. Código Civil vigente para el Distrito Federal, México, artículos 840 y 934.

³ Vid. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. "Artículo 2º.- Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren en el territorio nacional alcanzarán, por ese sólo hecho su libertad y la protección de las leyes."

3ª.- Sendas constituciones de Antonino el Píadoso prohibieron al dueño dar muerte al esclavo, bajo pena de homicidio; y maltratarlo, lesionándolo, so pena de obligarle a venderlo." ⁴

Estas medidas lograron evitar en gran medida los abusos ya que desde el punto de vista de las nuevas reglas generales establecidas los "servi publici" o esclavos del pueblo romano tenían una situación más favorable ya que podían ser propietarios y disponer de la mitad de sus bienes testamentariamente.

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho natural, no había distinción entre los hombres libres y los esclavos, ya que contaban con los mismos derechos y obligaciones y entraban ya a la clasificación general de las personas.

Un tema interesante que vale la pena mencionar es el que señala la maestra Sara Bialostosky con relación a la curatela de los pródigos, así la ley de las XII Tablas (5, 7 C) consideraba que: "Son pródigos los que disipan los bienes procedentes de la sucesión legítima del padre y del abuelo".⁵ En estos casos a estas personas se les consideraba en estado de interdicción por lo que se les nombraba un curador, así el derecho Pretorio

⁴ Lemus García, Raúl. Derecho Romano. Compendio. Edic. 5ª. Ed. Limusa. México, 1979, p. 79.

⁵ Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. Edic. 3ª. Ed. Facultad de Derecho. UNAM, 1990, pp.33,34.

consideraba que la interdicción debía ser declarada por un decreto que prohibiera al pródigo administrar sus bienes y dedicarse al comercio.

Posteriormente se aceptó la posibilidad de que el padre al redactar su testamento incluyera en él un curador para administrar sus bienes en caso de que su hijo fuera pródigo, previo decreto de interdicción del pretor. Con esto observamos que aunque el curador actuaba simplemente como un gestor de negocios el Estado abusaba de su autoridad impidiendo al individuo disponer libremente de sus bienes.

Retomando la idea de la propiedad observamos que es quizá el primero en servir de campo de experimentación a la teoría del abuso del derecho, pues en el derecho Romano no se consideraba la existencia de la responsabilidad civil cuando se causaban daños al ejercitar un derecho, pero a la vez contemplaba el supuesto de que la propiedad aunque fuera un derecho absoluto debía ser ejercido conforme a la razón, la equidad y la buena fe, fijando así un límite de carácter negativo para su ejercicio cuando el titular tenía la intención de perjudicar a un tercero sin obtener ningún provecho.

La equidad constituyó una importante herramienta de control para adecuar el "jus" a las exigencias de una ordenada convivencia social, es así que la "equitatis ratione" viene a unificar al derecho y a la siempre cambiante vida social, es así que los prudentes concretaron en cierta

medida los conceptos de relatividad y del abuso del derecho, como lo atestigua la máxima "Summus jus, summa injuria". (extrema justicia, extrema injusticia). Gayo expresaba que no debemos abusar de nuestros derechos, "male enim nostro iure uti non debemus", (no debemos usar nuestro derecho para efecto de causar mal).

Es por esto que el derecho Pretoriano constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, como podemos observar en la prohibición de ejercitar el mismo derecho de propiedad cuando se ejercitara con intención de dañar, es decir con dolo, tomemos por ejemplo la copropiedad originada por la medianería, un caso que demuestra que no se podía ejercer un derecho derivado por ésta para elevar el muro medianero, simplemente para privar de la luz o del sol, a uno de los copropietarios, ya que se consideró ilícito este ejercicio.

Así pues, al analizar brevemente el derecho romano, observamos que se aceptaba la idea del abuso del derecho, aunque de manera limitada, ya que solamente imponía la prohibición cuando había intención de causar daño en situaciones específicas.

C. EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y EN EL CÓDIGO NAPOLEÓN DE 1804.

En Francia encontramos aportaciones muy importantes que perduran hasta nuestros días con relación al abuso del derecho, es así que la

concepción individualista de los derechos subjetivos absolutos tiene sus orígenes en el movimiento revolucionario de 1789, el cual se caracterizó por el descontento y la impotencia general de la población en relación al poderío absoluto de la monarquía, es así que en la "Declaración de los derechos del hombre" proclamados bajo la influencia de la doctrina de los filósofos del siglo XVIII, se lograba afirmar que hay "derechos naturales, inalienables y sagrados, derechos inviolables que se imponen a los poderes públicos" ⁶ sin más limitación que la que marca la ley, así observamos el valor de un atributo natural e imprescriptible, inviolable de la personalidad humana, al mismo tiempo que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión. A partir de ese momento el hombre es capaz de escoger a su conveniencia, las prerrogativas de su personalidad, sin consideración alguna a su interdependencia social, y paralelamente por el odio al despotismo de la nobleza, la legislación revolucionaria admitió la legitimidad de los derechos absolutos del individuo, como si a éste le fuese dado vivir aislado de la sociedad.

El Código Civil Francés de 1804 o Código Napoleón retoma algunos de los principios antes señalados, así en su artículo 544, se define a la propiedad como: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu' on n' en fasse pas un usage prohibé par les lois

⁶ Josserand, Louis. El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. Vol. XVII, Edic. 1ª. Ed. Cajica. México, 1946, p. 11.

ou par les réglemens": (El derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no vaya en contra de lo dispuesto por la ley o los reglamentos), es así que aunque resultare difícil demostrar que el propietario actuara de mala fe existe una limitación a los derechos subjetivos absolutos.

En relación al tema del abuso del derecho este código lo contempla dentro del género de los actos ilícitos, en su capítulo II, intitulado "De los Delitos y los Cuasi-Delitos", y sus artículos 1382 y 1383 señalan:

Art. 1382.- "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause á autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, á le réparer" (cualquier hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a repararlo a aquél con cuya culpa se ha producido).

Art. 1383.- "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence". (Es responsable del daño quien lo causó no sólo por su hecho, sino también por su negligencia e imprudencia).

Con los preceptos antes enunciados podemos darnos una idea de la vaguedad de los conceptos, así dentro del derecho Francés el abuso del derecho es sólo una especie del género "responsabilidad por hecho

ilícito", ya que para fundamentar la responsabilidad del demandado no se podía pensar en el abuso del derecho como fuente autónoma, pues no estaba plasmada en el código, y por ende había que acudir siempre al acto ilícito, así los jueces al momento de impartir justicia se veían forzados a acudir a la responsabilidad ordinaria por acto o hecho ilícito.

Posteriormente encontramos en la Ley Francesa de 27 de diciembre de 1890 algunos puntos que se equiparan al abuso del derecho, así el artículo 1870, señala que: "La locación (de servicios) contratada sin plazo determinado, puede siempre rescindirse por voluntad de una de las partes contratantes". Agrega la reforma. "Sin embargo, esta rescisión puede dar lugar a daños y perjuicios", aunque no hay mención de las causas, se sobreentiende que queda a criterio de los jueces la valoración de los hechos que dieron lugar a la rescisión. Con relación a este supuesto, los eminentes pensadores Duffau Lagarosse y Colin y Capitant reconocieron casos de aplicación para esta teoría, como "actos abusivos bajo la apariencia del ejercicio de un derecho" ⁷ utilizando esta definición para no incurrir en la Logomaquia tan criticada por Marcel Planiol,⁸ la cual significaba que nadie puede estar a su vez dentro y fuera de su derecho, actuar a la vez conforme y contra derecho. Así para Planiol, si una

⁷ Cit. por De Gásperi Morello, Luis. Tratado de Derecho Civil, Vol. IV, Edic. 1ª. Ed. Tea. Argentina, 1964. p. 617.

⁸ Cit. por Josserrand Louis, Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos, Monografías Jurídicas, Edic. 1ª, Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1982. pp. 24, 25.

persona causare daño a otra dentro de su derecho no puede ser responsabilizado, si una persona es responsable por causar un daño, quiere decir que se salió el ámbito de su derecho, con lo que no es para él aceptable la expresión abuso del derecho.

D. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En la legislación Mexicana es muy poco lo que se ha escrito con relación al abuso del derecho y encontramos que es también en el derecho de propiedad en donde aparecen escritos los primeros indicios del tema y es en el Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, el cual señala en su artículo 824, incluido en el título III, denominado "De la propiedad" que: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que fijan las leyes". A este respecto el código de referencia en su artículo 829 dicta que: "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. Por lo mismo podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones o excavaciones que quiera, salvo las restricciones establecidas en el título de las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de la misma y en los reglamentos de policía". Ahora bien por lo que se refiere al capítulo de las servidumbres arriba citado y en relación al abuso del derecho encontramos que los artículos

1072, 1129 y 1130 conciben la existencia de derechos subjetivos absolutos al señalar, que: Art. 1072 "Si alguno hiciere pozo en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado a Indemnizar"; Art. 1129 "El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a una altura tal, que la parte inferior de la ventada diste del suelo de la vivienda a que da luz tres metros a lo menos..." y finalmente el artículo 1130 relacionado con el anterior establece que: "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertas las ventanas o huecos, podrá construir pared contigua a ella, o si adquiere la medianera, apoyarse en la misma pared medianera, aunque de uno y otro modo cubra los huecos o ventanas.

Este código además regulaba situaciones semejantes al abuso del derecho, como lo demuestra el artículo 1088 que dispone: "Todo el que se aproveche de un acueducto, ya pase por campo propio, ya por ajeno, debe construir y conservar los puentes, canales, acueductos subterráneos y demás obras necesarias, para que no se perjudique el derecho de otro."

Aunque no se contaba con una regulación expresa para el abuso del derecho, se daba en algunos casos la responsabilidad civil, y quedaba a criterio de los jueces la evaluación y aplicación de las sanciones, como por

ejemplo en el libro III de los contratos se menciona 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 cualquier causa que realmente perjudique a los vecinos...".

El Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California incluyó el contenido de los artículos anteriores en su capitulado, y no es sino hasta el Código Civil vigente en que se establece una limitación directa al derecho de propiedad protegiendo los intereses de la colectividad, así el artículo 840 señala: "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", y en complemento de lo anterior, se puede citar el artículo 1910 el cual regula al abuso en general y la sanción a que se haría acreedor, conforme a lo siguiente: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima." Finalmente en nuestro Código Civil encontramos como parte medular de nuestro estudio al artículo 1912, el cual estudiaremos con más detenimiento a lo largo del presente trabajo.

Cabe mencionar en este capítulo de manera muy especial la opinión de Don Francisco H. Ruiz con respecto al abuso del derecho, el cual a su manera de ver "no consiste en la extensión indebida que se da a un derecho, sino que manteniéndose el derecho dentro de sus límites legales, se le desnaturaliza al usarlo, porque se contraría el fin racional a que está destinado, porque se usa con un fin antisocial, y esto como se ve, no es cuestión de extensión, sino de intención".⁹ O sea que cada derecho tiene un fin social que se debe realizar, el cual debe ser garantizado por la ley, con lo cual no se da una extensión al derecho mismo, ya que de ser así no habría "abuso de derecho" sino "actuación sin derecho".

Pero en opinión del maestro sí se ejercitaba un derecho sin tomar en cuenta o contrariando el fin social a que se había destinado, no hay extralimitación del derecho, ya que se usa en su extensión pero hay una desnaturalización en el ejercicio del mismo, ya que se usó para un fin distinto al programado. Así el fin antisocial logrado al actualizar el derecho, junto con el daño producido por obrar de esa manera, configuran el abuso del derecho.

A manera de explicación y para aclarar estos supuestos el maestro expone el siguiente ejemplo con tres variantes:

⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edic. 9ª. Ed. Porrúa, México, 1993. pp. 627, 628.

1º.- "El propietario de un predio construye un muro dentro de su terreno, pero con sus cimientos invade el predio vecino. Al proceder así, no está usando, ni abusando de su derecho de construir, está sencillamente obrando sin derecho, está violando el derecho ajeno al invadir una propiedad que no es suya".

2º.- "El propietario levante el muro dentro de su terreno, sin invadir de manera alguna el predio del vecino, y lo levanta para apoyar una casa que está construyendo. Aquí se tiene el uso correcto del derecho de propiedad; no hay daño al derecho ajeno y se usa el propio, para el fin racional a que está destinado; satisfacer necesidades del dueño".

3º.- "El propietario, como en el caso anterior, levanta el muro dentro de su terreno; sin invadir de ninguna manera el terreno ajeno, pero ese muro para nada lo va a utilizar, para nada le va a servir. Lo construye exclusivamente con el fin de privar a su vecino de una hermosa perspectiva, de oscurecerle su propiedad o causarle otra molestia o daño, del que ningún beneficio racional tiene".

En este tercer caso se observa claramente el abuso del derecho, ya que aunque no se invade la propiedad ajena se ha usado el derecho de manera desproporcionada o abusiva y con intención dañosa.

Finalmente, después de estudiar la evolución del abuso del derecho desde sus orígenes en el derecho romano pasando por un gran vacío hasta el

siglo XIX en que el derecho francés retoma al principio y lo ubica como acto ilícito, situación que se refleja en nuestro Código Civil vigente, que ubica a la figura en estudio en el libro IV "De las obligaciones", primera parte "De las obligaciones en general", Título Primero "Fuentes de las Obligaciones", Capítulo V "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", artículo 1912, procederemos a realizar un estudio más amplio en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEL ABUSO DEL DERECHO

I. QUE ES EL ABUSO DEL DERECHO

Como se mencionó en el capítulo anterior para lograr una buena concepción con respecto al abuso de los derechos es necesario analizar al acto jurídico en general y al abuso en particular.

Por acto jurídico comprendemos: "una manifestación de voluntad la cual se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico"¹⁰. Tomando en cuenta lo anterior observamos que el acto jurídico requiere una manifestación de voluntad, o sea, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien por actos de determinados sujetos encaminados a llevar acciones reconocidas por el derecho y a las cuales imputa ciertas consecuencias. Esta definición, generalmente ha sido objetada ya que se estima que el autor de un acto jurídico no puede prever todas las consecuencias de derecho que acarrearían sus actos al exteriorizar su voluntad, por ende se considera que no puede haber una manifestación encaminada a alcanzar determinadas consecuencias si es que el sujeto no ha previsto todas y cada una de ellas,

¹⁰ *Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. I. Vol.I, Edic. 6ª, Ed. Porrúa, México, 1990. p. 325.*

ya que nadie puede desear aquello que se ignora. Para Rojina Villegas esta objeción es infundada ya que "no se dice que necesariamente el autor del acto jurídico deba conocer todas las consecuencias que se proponga al hacer su declaración de voluntad. Simplemente se afirma que en todo acto jurídico debe haber una declaración de voluntad encaminada a producir consecuencias de derecho, es lo único que se requiere desde el punto de vista subjetivo, o sea que el sujeto sea consciente de que por su declaración de voluntad y en atención a la misma, se van a producir por el derecho objetivo determinadas consecuencias, pero puede ignorar todas las que seguirán a su declaración de voluntad, o proponerse consecuencias menores o mayores de aquellas que la ley reconozca, de tal manera que la ley operando sobre una declaración inicial, después admita una serie de efectos que el autor del acto no pudo prever".¹¹

La doctrina francesa tiende a considerar como hechos jurídicos a todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho, así distingue los hechos jurídicos en sentido estricto de los actos jurídicos. Considera que hay hechos jurídicos cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre, en el cual no

¹¹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. V. Vol. I. Edic. 5ª. Ed. Porrúa. México, 1985. p. 101.

Interviene la intención de originar consecuencias de derecho se da el resultado, y tal resultado se toma en consideración por el derecho.

"Estos hechos humanos voluntarios (o actos voluntarios) los cuales realizan una conducta congruente con lo estipulado por el ordenamiento jurídico y ser lícitos; o resultar contrarios a ella y ser ilícitos".¹²

Por lo que respecta a los hechos jurídicos voluntarios lícitos estos se dividen a su vez en actos jurídicos y simples actos voluntarios lícitos. Los actos jurídicos son los que tienen como fin inmediato producir consecuencias jurídicas, mientras que los simples actos voluntarios lícitos (los cuales no buscan producir tales consecuencias) presentan una variada gama la cual manifiesta elementos dudosos sobre si se deberían englobar en el esquema de su órbita como en los supuestos de la pesca, o la intimidación al deudor para el pago de una obligación.

Por otra parte los hechos jurídicos humanos voluntarios ilícitos están integrados por dos categorías tradicionales de gran importancia, como son los delitos y los cuasidelitos. Los primeros son dolosos y los segundos culposos.

Los delitos generalmente tienen implícita la intención de causar un daño pero sin buscar las consecuencias jurídicas y es definido por el Código

¹² Alterini, Atilio Aníbal. Derecho Privado. T. I. Edic. 4ª. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1989.p. 312.

Penal para el Distrito Federal en su artículo séptimo como sigue: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

El delito en materia civil también constituye un hecho doloso ya que quien causa un daño lo haría con intención de provocarlo, y como no está sancionado por el Código Penal la reparación del daño no consistiría en una pena pública sino en una sanción pecuniaria.

Con relación a los hechos ilícitos haremos un análisis más detallado en el capítulo tercero de este estudio.

En nuestro Código Civil encontramos el artículo 1913, el cual influenciado por la teoría objetiva menciona que: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada 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."

Asimismo encontramos que el artículo 1910 del Código citado, señala como elemento subjetivo a la culpa al señalar que: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Por lo que respecta a los cuasi-delitos encontramos que en el libro cuarto, capítulo V de la Instituta de Justiniano, se reconocen las obligaciones que nacen "causi ex delicto", como lo señala el enunciado "si un juez hace un proceso suyo, no parece obligado precisamente por delicto; sino que, como no lo está ni por delicto ni por contrato, y que sin embargo, ha faltado en alguna cosa, aunque sólo fuere por ignorancia, se dice que está obligado como por delicto, y será condenado a la estimación de la cosa apreciada por la religión del juez".¹³

Como observamos, el sistema romano incluía en las fórmulas del cuasi-delito, una responsabilidad objetiva, ya que el resultado dañoso de la acción carece de intención, ya que el agente carece de subjetivismo en cuanto a la producción de consecuencias, ya que de existir la intención, entonces habría responsabilidad. En lo tocante a la materia civil los cuasi-delitos no presentan sanción penal sino que solamente generan responsabilidad civil por tratarse de actos puramente culposos.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal reglamenta la Teoría de la responsabilidad objetiva dentro del capítulo intitulado "De las obligaciones que nacen de los Actos lícitos" el cual contempla los artículos 1910 al 1934 inclusive.

¹³ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. I, Edic. 1ª. Ed. México, 1987. p. 204.

El artículo 1912 como base de la teoría en estudio ha seguido en gran medida la terminología francesa la cual distingue con claridad los hechos voluntarios de los actos jurídicos.

Sin embargo cabe mencionar que no es uniforme la doctrina jurídica de diversos países principalmente en la italiana y la alemana, así encontramos que algunos autores Italianos señalan como acto jurídico al delito en su Código Civil de 1942 el cual en su artículo 2403 dice que: "cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otro un daño injusto, obligando a aquél que ha cometido el hecho a reparar el daño".¹⁴

Con relación al abuso, o "abuti", según la definición romana connota la idea de un uso definido que, como la enajenación o el consumo de la cosa, impide todo uso ulterior de ella, a este respecto Zachariae opina que "esto no quiere decir que el propietario no tenga derecho a un uso inmoderado de su cosa, si no incurre en delito o contravención, y no atenta contra el derecho de otro".¹⁵

En el derecho moderno, Gonzalo Fernández De León define al abuso como "Mal uso o uso excesivo que se hace de una cosa propia u otra ajena que uno tiene en su poder; o el uso que se hace de una cosa que se

¹⁴ De Gásperi Morello, L.ob. cit. p. 292.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 615.

emplea con un fin u objeto diferente a que está destinado por su naturaleza."¹⁶

Desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son lícitos por naturaleza o costumbre, lo cual coincide con lo expresado en la Teoría de la desnaturalización del Derecho de Francisco H. Ruiz.

A manera de comparación encontramos que en el derecho argentino se inspiran en el antiguo derecho romano al establecer que el propietario de una cosa puede usar ampliamente de ella siempre que no perjudique a un tercero. Y por lo que se refiere al usufructuario, si abusa de la propiedad que se le ha confiado, puede ser privado de ella antes de terminar el plazo convenido.

De la anterior definición podemos desprender que para que se configure el abuso hay que exceder los límites del uso o disfrute de una cosa que se tiene o se posee, ya sea de buena o mala fe y genera consecuencias y efectos jurídicos.

Con lo anteriormente enunciado procederemos a estudiar detenidamente al abuso de los derechos.

¹⁶ Fernández De León, Gonzalo. Diccionario Jurídico. T. I. Edic. 3ª. Ed. Contabilidad Moderna. Argentina, 1972. p. 45.

La diversidad de ideas entre los autores hace que no exista un criterio unificado y específico con relación al tema del abuso de los derechos, así encontramos que unos se hallan a favor de esta teoría y quienes se oponen por considerarla contradictoria.

Primeramente advertimos que nunca se ha dudado de la posibilidad de un abuso sobre algo definido, como en la propiedad, la patria potestad y la libertad, así por ejemplo sólo podemos hablar de la libertad sin causar daño a un tercero, Louis Josserand señala el ejemplo "Un patrón que prohíbe a sus obreros frecuentar tal establecimiento: al imponer esta prohibición, no ejercita un derecho preciso, sino su libertad: ¿Podrá el propietario del establecimiento de que se trata, reclamarle una indemnización, en razón del daño que resulta para él de habersele puesto así en el índice?. Todo depende del móvil en que se inspire la decisión del patrón: si este es legítimo, la prohibición misma lo es también, y absoluta la inmunidad de su autor. En cambio si el patrón ha obrado maliciosamente, con la intención de dañar el establecimiento de que se trata, incurre en responsabilidad, por haber ejercitado antisocialmente su libertad, por haber abusado de ella".¹⁷

Con esto observamos que mientras un derecho forma parte de la libertad es relativo y debe tener una causa, el derecho aunque no se precise, no

¹⁷ Josserand, Louis. *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad* ob. cit. p. 257.

cambia de esencia, mientras más derechos tenemos, más responsables somos.

Esta idea influyó a los autores del Código Civil Alemán y aún cuando todavía prevalecía el adagio tradicional de que usar un derecho no sería abusar de él, intentaron terminar con esos conceptos absolutistas consagrando en su artículo 226 que: "No se permite el ejercicio de los derechos cuando su único fin puede ser causa de daño a tercero".¹⁸

Por su parte el derecho positivo Francés plasmaba en el artículo 1382 del Código de Napoleón que: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui para la faute, duquel il est arrivé, a le réparer". (Todo hecho del hombre que causa a tercero un daño, obliga a su autor a repararlo)¹⁹. Según Jossierand esta disposición "presenta el más grande carácter de generalidad; penetra hasta en el dominio contractual, puesto que rige ciertas culpas cometidas con motivo de la ejecución de los convenios".²⁰

¹⁸ Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. El Abuso del Derecho., Edic. 2ª. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. p. 32.

¹⁹ Saleilles, Raymond. Etude Sur la théorie générale de l'obligation, d'après, le premier projet de code civil pour l'empire allemand. Edic. 3ª. Ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1914. pp. 355, 356.

²⁰ Jossierand, Louis. Ob. cit. p. 259.

No se puede negar que el titular de cualquier derecho puede en algún momento cometer alguna culpa al ejercitarlo, ya sea dolosa o culposamente, exponiéndose por tanto a una sanción civil.

Para lograr una apreciación más exacta con referencia al abuso del derecho habrá que plantear el problema de la tipicidad entre lo abusivo y lo ilícito.

Aunque se ha discutido ampliamente acerca si el abuso del derecho entra de lleno en el campo de lo ilícito o por el contrario debe mantenerse dentro de los límites establecidos por el derecho objetivo, debemos considerar lo que algunos juristas denominan juridicidad aparente o normal, cuando las personas atemperan a los postulados del derecho, la conducta puede reputarse lícita, y si por el contrario, se separa de sus normas puede considerarse injusta, reprobable, antijurídica o ilícita, todos estos términos aunque susceptibles de matices peculiares coinciden en la existencia de rutas desviadas respecto a la rectitud que el derecho propugna y que en caso contrario coactivamente impone.

En ocasiones observamos que la relevancia de la ilicitud ni siquiera trasciende al ámbito del derecho permaneciendo en la estricta esfera de la moralidad. Más sin embargo en ocasiones penetra en el campo jurídico afectando a una o varias ramas del ordenamiento positivo, según su intensidad y los bienes jurídicos que ataca. En la rama penal compete a la

norma jurídica fijar con la mayor claridad posible lo que está permitido y lo que debe considerarse prohibido, determinando así los linderos entre lo jurídico y lo antijurídico, pero en ocasiones es tal la complejidad humana que no siempre es factible para el derecho la precisa delimitación de los supuestos de ilicitud, por lo que en ocasiones habrá que acudir a normas jurídicas generales, cuando no abstractas, que habrán de ser analizadas y completadas por los órganos judiciales.

De lo anterior se deduce que aunque existen normas concretas que con precisión delimitan derechos y marcan supuestos de ilicitud, tenemos otras normas que pronuncian la limitación en términos más amplios y cuya concreción en la realidad práctica obliga a realizar una labor integradora de la norma jurídica, muy cercana o encaminada a la creación del Derecho.

De lo anteriormente enunciado piénsese en la prohibición de cláusulas contractuales que sean contrarias a la moral y el orden público y más concretamente las que exijan moderación en el ejercicio de cualquier derecho familiar.²¹

Como denominador común hemos advertido que en todas las modalidades de la ilicitud, sea Penal o Civil suponen la conculcación de un precepto concreto del ordenamiento positivo, y como varía

²¹ Martín Bernal, José Manuel. *El Abuso del Derecho*. Edic. 1ª. Ed. Montecarlo. Madrid, 1982. p. 139.

dependiendo del caso corresponde al juzgador interpretar e integrar la norma. Pero en todos los casos, existe un mandato legal específico que parece contravenido.

En el plano concreto de la teoría del abuso del derecho encontramos que de los anteriores supuestos de ilicitud no existe entre ambas modalidades de lo antijurídico diferencia esencial alguna, y por el contrario poseen una gran afinidad que corresponde a que ambas clases de actos, los ilícitos y los abusivos propiamente dichos, aparecen como contrarios al derecho.

Así en el ejercicio abusivo del derecho encontramos que la tipificación no desaparece de manera absoluta, sino que simplemente alcanza un grado de dilación muy alto, aunque siempre habrá una norma, en ocasiones escrita, (habrá ocasiones en que se invoquen los principios de buena fe, equidad, o lealtad, entre otros), y otras veces sobreentendida y derivada de manera directa e inmediata del conjunto de preceptos que componen el ordenamiento jurídico. Resulta entonces que el acto abusivo en sí, constituye una modalidad del ilícito caracterizado por la falta de un uso normal del derecho, ya que en él, la tipificación alcanza un grado mínimo de precisión, generando en consecuencia un máximo grado de integración de la norma por parte del órgano judicial que la aplica.

El uso normal del derecho como criterio inspirador de la teoría del abuso del derecho ha sido de gran importancia para la solución de conflictos surgidos a raíz de las inmisiones.²²

El profesor Hernández Gil ha manifestado que como fruto de crítica de la Inmisión surge la doctrina de la normalidad del uso que viene a resumir en su formulación inicial que: "están prohibidas además de las inmisiones directas aquellas inmisiones indirectas que deriven de un uso extraordinario de la cosa, y concluye, ya dentro de la teoría de la responsabilidad objetiva de las relaciones de vecindad con la siguiente fórmula: El que en el ejercicio normal de un derecho obtiene utilidades deber ser responsable de los daños causados con el ejercicio al vecino".²³

Parece que en otros términos la racionalidad o equilibrio dentro de lo jurídico deberá ser valorado por los jueces para proteger los intereses sociales, según la circunstancia de la especie y de la menor o mayor gravedad de la inmisión que determine o no su carácter excesivo, intolerable o anormal.

La normalidad jurídica como criterio en la teoría del abuso del derecho consiste en que la atribución de responsabilidad civil en los supuestos de daños producidos como consecuencia del ejercicio de un derecho

²² El profesor Hernández Gil señala que las inmisiones tienen como punto de partida un texto del Digesto que dice "A cada uno le es lícito hacer en su fundo lo que le plazca con tal de que no se verifique una inmisión en el fundo ajeno". Cit. por Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 31.

²³ Cit. por Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 212.

habrían de concretarse en la anormalidad del daño entendida como ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo.

Así, Saleilles en el año de 1895 establecía que "Hay abuso del derecho en el ejercicio anormal del mismo, ejercicio contrario al destino económico y social del derecho, ejercicio aprobado por la conciencia pública y excesiva consecuencia, pues todo derecho desde el punto de vista social es relativo".²⁴

El criterio de normalidad sirvió en gran medida a los clásicos franceses como complemento de la tesis subjetiva, la anormalidad a su vez para una mejor comprensión de los excesos en el ejercicio de los derechos.

La tesis del propio Saleilles es apreciada y defendida por Geny²⁵ quien logra delinear de una forma más completa la noción abuso del derecho al considerar que no es un simple concepto relativo a la práctica de limitar algunos usos de propiedad, sino que caracteriza al abuso del derecho como un acto que excede de su legítimo ejercicio en atención a su finalidad social y económica.

Cabe mencionar que Chironi en su obra "Methode d'interpretation et sources de droit privé" (Método de interpretación de las fuentes del Derecho Privado), señala, aunque no de forma expresa un concepto muy apropiado que dice: "La falta (en el abuso del derecho) no está en la

²⁴ Cit. por Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 222.

²⁵ *Ibid.*, p. 223.

materiedad de la acción, porque el agente tiene derecho a obrar, sino en que al ejercitario ha quebrantado las reglas del uso normal de los derechos. Reglas que en síntesis se reducen a que el derecho como formación social, se realice por el sujeto en aquellos términos que impliquen equilibrio entre los intereses individuales y colectivos, imponiendo que sea ejercitado el derecho de conformidad con su fin y cómo lo ejercitarían la mayor parte de las personas."²⁶

También encontramos que para algunos autores el acto abusivo es un acto realizado sin derecho, según esta opinión, la idea del acto abusivo es contradictoria y absurda a la vez, ya que los actos deben estar en favor o en contra del derecho, pero no los dos a la vez, ya que el concepto parece condenarse asimismo.

Con relación a lo anterior Planiol cita: "El derecho cesa donde comienza el abuso y no puede haber uso abusivo de los derechos por la irrefutable razón de que un sólo hecho y el mismo acto no puede a la vez ser conforme y contrario a derecho."²⁷

II. LA NORMATIVIDAD DENTRO DE LA SOCIEDAD.

Una bien arraigada tradición llama a las órdenes o mandatos por los cuales ciertos individuos establecen qué conductas son obligatorias

²⁶ Loc. Cit.

²⁷ Cit. por Gutiérrez y González, E. ob. cit. p. 542.

"normas jurídicas" (jurídicas en razón de su relación esencial con el derecho).

Con relación a la norma jurídica, Rolando Tamayo y Salmorán lo señala como: "El medio (oral o escrito) por el cual se establece que una conducta ya no es optativa: sería el instrumento a través del cual cierta instancia social establece que conducta social es obligatoria".²⁸

Bentham, en *Of Laws in General* dice: "Una norma Jurídica (a law) puede ser definida como una composición (assemblage) de signos declarativos de una violación... sobre la conducta que debe observarse... por cierta persona o clase de personas".²⁹

Como rasgo común entre las relaciones de los miembros de una colectividad y de estos con las sociedades en general es la normatividad. No basta la moral y el derecho por cuanto a que ambas conocen de actos diferentes; son normaciones generales y fundamentales, pero, más breve que las normas sociológicas, que de alguna manera pueden considerarse de menor importancia, pero que son sin duda más extensas. La conducta humana en sociedad se rige por una serie omnicompreensiva de reglas y normas que delinean nuestra forma de ser, así todos terminamos aceptándolas ya que nuestra mentalidad y nuestro ser crecen

²⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho*. Edic. 1ª. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1984. p. 28.

²⁹ Cit. por Tamayo y Salmorán, R. ob. cit. p. 28.

Inconscientemente con las normas impuestas y actúa en gran medida por la presión social.

Un análisis de la conducta humana llevado a cabo por Radcliffe Brown A.³⁰ nos muestra que la conducta humana es casi total y absoluta, incluso se puede llegar a pensar que la conculcación de una ley por el individuo, responda a una ley particular que opere en el mismo de una manera más fuerte que la misma regla jurídica. Y podría concluirse que sólo son ajenos a la anterior normación, aquellos actos que no tengan el carácter de humanos. El "deber de hacer", "me obliga", me vincula, me ata, aunque sea a través de una razón falsa o ilegítima.

Se trata, por tanto, de normas heterónomas que se aprecian en distintos órdenes normativos: familiares, religiosos, políticos y en otros que no se contemplan dentro de ninguna categoría especializada y que son los puramente sociales.

Con lo anterior no se quiere decir que el ámbito de lo jurídico sea excluido por el campo de lo normativo en el sentido de que se viene empleando ese último término por el contrario, por cuanto tal sector normativo es condensado y se muestra útil, viable y estabilizador, se transforma en jurídico.

³⁰ Cit. por Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 42.

La normación genérica cuando encierra tal interés entra en el campo de lo normativo, en el campo del derecho.

Tampoco puede adoptarse una visión superficial y simplista de que lo jurídico no existe en lo absoluto a la vista del derecho. Entre lo que es permitido y lo ordenado se encuentra un gran campo impregnado de confusiones, lleno de situación intermedias, y otros tantos pasos por lo que la normación se sucede hasta entrar definitivamente en el ámbito propiamente de lo jurídico. Ese campo contempla el supuesto sociológico que da lugar al concepto de abuso del derecho; así no existe un sistema jurídico propiamente dicho que prevea el caso determinado, pero cobra valor para el derecho no en base de una propia normación jurídica sino por la relevancia y protección que el derecho de forma genérica brinda a esos grados intermedios.

Es por eso precisamente que entre lo lícito y lo ilícito no se puede establecer una antítesis radical, sino que existe una amplia zona intermedia: la constituida por los fenómenos o situaciones que aunque permitidas por el derecho son reprobadas por la conciencia social, de ahí que Martín Bernal opine que "incluso el concepto de ilícito no tiene "per se" carácter jurídico alguno, porque no es sino una especie de espacio vacío en el círculo de las normas".³¹

³¹ Loc. Cit.

Es de advertirse que la exigencia jurídica debe ser vigorosa por resultar gravemente lesionado un principio de la conciencia social tan importante que el derecho termina reconociendo en su seno. La diacronía (suceso o sucesión a través del tiempo) entre el mundo de lo social y de lo jurídico, entre el conjunto de normas sociales y las normas jurídicas, se consuma la consagración formal del hecho antisocial.

Para remediar tal situación se acude al principio del abuso del derecho, aunque se presenta de forma relativa y variable.

El abuso del derecho no puede ser reconocido o calificado de forma unitaria ya que responde a coyunturas históricas, no solamente por el tiempo en que se producen sino porque la misma historia es variable y escasa o nulamente repetitiva.

Los únicos rasgos comunes que localizamos en su caracterización es precisamente su no caracterización general, y la disconformidad histórica entre las actuales posibilidades del derecho y las exigencias siempre crecientes de la sociedad.

Es muy difícil que tal concepto de abuso del derecho pueda presentarse como propio de la competencia jurídica, ya que es difícil ubicarlo en un mismo concepto legislativo, y difícilmente puede encontrarse en una regulación consuetudinaria. Al respecto se ubica como un principio

general de derecho que se presenta de manera jurisprudencial en algunas legislaciones.

III. TESIS DE LOUIS JOSSERAND.

Es indudable que corresponde a Louis Josserand el mérito de haber escrito la monografía más amplia y mejor documentada con relación a las distintas manifestaciones del abuso de los diversos derechos subjetivos.

Es así que en el año de 1905, publicó la obra intitulada *Diábus des droits* (Del Abuso de los Derechos), obra en la que en franca contradicción con la doctrina clásica, sostiene que se puede comprometer la responsabilidad por el abuso del derecho, concebido con carácter esencialmente subjetivo, que consiste, no en la intención de dañar, sino en la ausencia total de un interés legítimo. Y con relación a la Logomaquia utilizada por Planiol sostuvo, en franca oposición que el abuso del derecho no implica una contradicción en sí, sino que es un acto conforme con el derecho subjetivo, pero contrario al derecho objetivo.

Después de veintidós años de reflexionar sobre el tema, publicó: *De l'espirit des droits et de leur relatividad*, (Del Espíritu de los Derechos y su Relatividad), con el subtítulo: *Théorie dite de l'abus des droits*, (Teoría del Abuso de los Derechos), con el fin de presentar una teoría enfocada a un

criterio social y teológico a la vez, a la par de tratar de aplicar el principio de la "relatividad de los derechos".

A manera de introducción y para distinguir entre los actos ilegales, culpables y excesivos precisa lo siguiente: Los primeros consisten en que al ejecutarlos se viola una ley; los actos culpables aunque se realizan dentro de lo establecido por la norma jurídica, contrarían su espíritu y finalidades; dentro de esta categoría se incluyen de manera especial los actos abusivos, por último los actos excesivos se realizan también dentro de los límites objetivos de la ley; pero causan daños a terceros por virtud de la actuación riesgosa la cual por lo mismo no sería justo arrojar sobre el perjudicado.

Partiendo de estos lineamientos añade que la intención de dañar³² representa la "forma típica, el alimento normal del abuso de los derechos, ya que históricamente parece encontrarse en el origen mismo de la teoría, cuya primera manifestación la encontramos en la regla "malitia non est indulgum y fraus omnia corrumpit"(no se debe condescender con la malicia porque el fraude lo corrompe todo). Este concepto es de tal manera importante y necesario que algunos autores le han reconocido un valor exclusivo, creyendo que la intención de dañar, medianamente comprendida es el único criterio, enunciador y constitutivo del abuso.

³² *Ibid.* pp. 289, 290.

Es indudable, prosigue, que cuando nos encontramos en presencia de un fin netamente antisocial, como lo es la desgracia, el infortunio, el empobrecimiento de nuestro prójimo, debemos respetar los derechos y prerrogativas sociales para así poder asegurar un justo equilibrio de los intereses en presencia, ya que de no hacerlo, los actos realizados bajo la inspiración de la voluntad de dañar no podrán beneficiarse con la protección legal, aunque se presenten bajo el ejercicio de una facultad legal: "extrema justicia, extrema injusticia".

Agrega Jossierand que es muy importante que se observe el contenido del artículo 2o. del Código Soviético, que dispone: "Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo que se los ejerza en un sentido contrario a su fin económico y social".³³ De conformidad con estos lineamientos el artículo segundo del Código Civil Suizo de 1907, introduce en sus lineamientos un principio general, el cual señala que: "Toda persona está obligada a ejercitar sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. La ley no protege el abuso manifiesto de los derechos"³⁴, dejando a criterio del juez la apreciación acerca de si los elementos del abuso se reúnen.

³³ *Ibid.* p. 620.

³⁴ Jossierand, Louis. *Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*. ob. cit. p. 21.

Los mencionados derechos subjetivos deben someterse a la función que corresponde, de otra suerte el titular comete una desviación, un abuso del derecho.

Posteriormente, reconoce Josserand en su obra intitulada: "Cours de droit civil positif français", (Curso de Derecho Positivo Francés), publicado en 1930 que "El acto abusivo es el cometido con intención de dañar". Las prerrogativas de que los poderes públicos nos invisten -agrega- no nos da derecho a perjudicar a otro, este perjuicio puede ser el resultado de nuestros actos, pero no por ello es un fin lícito.

Admitido este criterio, se observa que en la mayoría de los casos los abusos están ligados con la intención de dañar, mientras que otros se organizan aparentemente al menos, en interés del titular, o de otra persona o de interés general, por ejemplo en materia de propiedad, se pide al propietario que actúe sistemáticamente con egoísmo, respetando el espíritu de sus derechos, realizando absolutamente lo que desee dentro de los límites de su propiedad, sin contrariar el fin de la institución.

En definitiva, dice Josserand, se trata de investigar el móvil al cual ha obedecido el titular del derecho. La finalidad que se propuso alcanzar, cotejar el móvil y el fin con el espíritu, la función del derecho cuestionado, y establecer, en caso de concordancia, que el derecho ha sido ejercido normal e impunemente, y en caso contrario, que se ha realizado un uso

abusivo y que la responsabilidad de quien lo haya cometido se encuentra comprometida. Tal es la práctica jurisprudencial francesa, que al recurrir al "motivo legítimo, utiliza una expresión concreta connotadora del criterio del abuso.³⁵

A este respecto establece "El espíritu de los derechos se nos ha presentado como el criterio mismo del abuso, criterio abstracto que se concreta y cristaliza en la noción del motivo legítimo; en definitiva, toda esa teoría del abuso constituye la consagración y sanción del espíritu de que están animadas nuestras diferentes prerrogativas y cuya perfecta observancia pretende asegurar, gracias a ella, los derechos se realizan, no en cualquier dirección, sino en un ambiente social, en función de su misión y de conformidad con sus principios generales, los cuales se encuentran en la legalidad y que constituyen, en su conjunto, un derecho natural de contenido variable y algo así como una superlegalidad. Cada una de nuestra facultades tiende a un fin, determinado por el espíritu de la institución...

... Por tanto, el lazo existente entre los conceptos del espíritu de los derechos y su abuso es muy íntimo e insoluble, sirviendo éste de sanción a aquél; porque nuestros derechos están dotados de cierto espíritu y de cierta finalidad, son relativos y su uso puede llegar a ser abusivo".³⁶

³⁵Josserand, L. ob. cit. p. 621.

³⁶Ibid. pp. 289, 290.

IV. TEORÍAS QUE APOYAN LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO.

A continuación señalaré algunas tesis sobresalientes que apoyan la teoría del abuso de los derechos:

A. Tesis de Salelles.

En primer lugar estudiaremos la tesis de Salelles,³⁷ el cual modificó su primera opinión que emitió en el año de 1895 acerca del abuso.

En esa oportunidad, él rechazaba la posibilidad del abuso de los derechos regulados por el ejercicio de la ley, por admitir que el uso anormal (criterio objetivo) o la intención de perjudicar (criterio subjetivo) podrían aparejar responsabilidad sólo por el ejercicio de derechos imperfectamente definidos por el legislador.

Posteriormente, al publicar el libro intitulado: "Etude sur la théorie générale del obligation, d'après le premier project de Code Civil por l'empire allemand" (Estudio sobre la teoría general de la obligación, de acuerdo al proyecto del Código Civil para el Imperio Alemán), de manera vacilante, por el peligro latente de transformar a los jueces en censores de la conducta humana por el uso de la facultad que se les confería de indagar la intención de todos los actos de las persona, optó por un criterio puramente objetivo, según el cual se consideraba al ejercicio anormal del

³⁷ Cit. por. De Gásperi Morello. L. ob. cit. pp. 618 a 620.

derecho común "ejercicio contrario al fin económico o social del derecho subjetivo y reprobado por la conciencia pública, punto de vista desde el cual, todos los derechos, incluso la propiedad, son relativos". "Cuando el perjuicio se deriva de una conducta condenada por las costumbres - agrega- no es forzosamente necesario que sea intencional para que el derecho de que procede sea lícito".

Lo que debe señalarse es que un acto perjudicial que tuviese como fin exclusivo el daño ocasionado a otro, sería por sí mismo contrario a las costumbres. Este mismo atentado a las costumbres puede darse aún en el supuesto de un ejercicio anormal que correspondiere a una imprudencia.

Observamos que esta teoría no contiene consistencia, si no es un sistema que rechaza el aspecto psicológico del derecho y que admita la responsabilidad objetiva del individuo. El delito civil debe materializarse forzosamente dentro del sistema ya que un hecho antisocial nunca debe ser lícito.

Posteriormente, con ocasión de la reforma del Código Francés, Saleilles presentó un proyecto para incluir un criterio subjetivo al señalar que: "Un acto que no produce sino el efecto de perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo lícito de un derecho". Cabe mencionar que la Comisión no lo admitió por considerar que la intrusión de las ideas morales no tenían cabida en el mundo jurídico.

B. Tesis de Colín y Capitant

La tesis de los grandes doctrinarios del derecho civil francés, Ambrosio Colín y H. Capitant reviste de gran importancia ya que no dudaron en rechazar el dogma de la irresponsabilidad por el ejercicio del derecho. Juzgan estos autores que las disposiciones contenidas en los fragmentos del Digesto, y tomados al pie de la letra por el derecho moderno, evidencian el sentido limitado que los jurisconsultos romanos atribuyeron a la regla "nullum videtur dolo facere, quo suo utitur". (no se observa que actúa dolosamente aquel que su derecho utiliza) y aunque habían reconocido que al ejercer un derecho se puede incurrir en culpa, cualquier interpretación del adagio llegaría a suprimir el principio de la responsabilidad civil.

Ahora bien si el ejercicio de actos dañosos no originaran sanción alguna, se llegaría a restringir los casos de responsabilidad civil a los actos expresamente prohibidos por la ley, o dicho de otro modo, a hacer inútil dicha responsabilidad, esto conduciría nada menos que a hacer imposible toda vida social, pues dejaría al hombre expuesto sin defensa a los más graves conflictos.

Por lo tanto el adagio "Nemo damnum facit qui suo jure utitur" no significa más que: "El que ejerce su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro".

Comprendida de este modo la vieja regla romana, ya sin su contenido antisocial, observamos que puede ser útil y beneficlosa, ya que garantiza al hombre su esfera de independencia, y de responsabilidad que le es tan necesaria.

En ocasiones al incurrir en un daño habrá que evaluar si el hombre actuó con toda la diligencia y precauciones, ya que si las tomó, no será responsable y no incurrirá en responsabilidad.

Con relación al supuesto de abuso, enseñan que lo hay cuando "una persona obra sin interés personal alguno, impulsados exclusivamente por el deseo de dañar, como por ejemplo, cuando un litigante plantea un pleito por puro espíritu de embrollo, únicamente para perjudicar a su adversario, o lo que es lo mismo, un demandado resiste maliciosamente, sin razón alguna aceptable, a una demanda formulada contra él; o un propietario eriza su tierra de enormes armazones de madera provistos de puntas y de espino artificial para impedir la utilización de un campo de aviación próximo, haciendo peligroso el aterrizaje de los aeroplanos, etcétera".³⁸

Observamos también que en los actos realizados con falta de diligencia pero constitutivos de abuso, basta la negligencia, la falta de prudencia, como cuando un patrón quiere dar por terminado de forma unilateral un contrato de trabajo, por un motivo inaceptable o injusto, según este

³⁸ *Ibid.* p. 626.

supuesto se haría acreedor a una condena consistente en el pago de indemnización de daños y perjuicios.

Capitant, por otro lado, tuvo gran participación en la redacción del proyecto de Código Franco-italiano de las Obligaciones, y consagró en esta obra el principio de responsabilidad del que incurre en abuso en el ejercicio de sus derechos, en el artículo 74, parágrafo 2o. que señala: "Que debe igualmente reparación el que ha causado perjuicio a otro al exceder, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se le ha conferido", buscando con esto que el cometa una falta debe reparar a aquél al que le ha causado un daño³⁹.

C. Tesis de Demogue

La tesis de Demogue se presenta como una reseña de lo que opinaban sus predecesores Colín y Capitant, él se limita a decir que el abuso del derecho no es sino una variedad o categoría especial de lo ilícito, en cuanto a que es un acto ilícito disimulado bajo la apariencia del ejercicio de un derecho, sujeto por lo consiguiente a la sanción establecida por el artículo 1382 del Código Civil Francés, que establece que todo daño que

³⁹ Jossierand L. Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos. ob. cit. p. 22.

provoque un hombre, lo obliga a repararlo. Así debe ser reprimible, cualquiera que sea la naturaleza del acto⁴⁰.

Aunque sea variable el interés inherente al ejercicio de un derecho, se debe considerar de manera particular en cada caso, para establecer si el titular ha obrado intempestivamente o de mala fe. Existen derechos, como el de la libre concurrencia, no susceptibles de abuso puesto que la constitución señala los elementos que deberán cumplimentar para su legítimo ejercicio. Tampoco observamos un abuso por el ejercicio de los derechos dentro de los límites normales, como el caso del hombre que deja su parcela ociosa, sin permitir que otro la cultive.

Demogue señala que difícilmente genera responsabilidad la abstención de dañar a otro pues no se contempla el delito por omisión, sino cuando media el deber moral de obrar.

Continúa agregando que la prueba del abuso debe corresponder al actor, el demandante deberá evidenciar además el perjuicio y la relación de causalidad con el agente que conduzca a entablar su culpa.

Admitido que el abuso es un acto socialmente peligroso y contrario a derecho, lógico es que sea sujeto a las mismas sanciones de todo acto ilícito, las cuales pueden consistir en la oposición a su realización o a una

⁴⁰ Cit. por de Gásperi Morello, L. ob. cit. p. 627.

indemnización en dinero o en dado caso en la destrucción de lo que implicó el daño y retrotraer así los efectos.

D. Tesis de George Ripert

La tesis de Ripert consiste fundamentalmente en la negación del absolutismo de los derechos, establece que la regla legal que prohíbe al hombre ocasionar un perjuicio a otro, constituye una limitación a los derechos subjetivos. Así quien incurre en esta culpa viola la regla, dando como consiguiente una extralimitación en su derecho

Concibe Ripert al abuso del derecho como una noción subjetiva caracterizada por la "intención de perjudicar a otro" encubierta bajo la apariencia del ejercicio de un derecho. Esta intención comunica al acto un carácter antisocial que inhibe al que lo cumple de poder invocar en su defensa la regla "neminem laedit".⁴¹

Esto explica el por que la doctrina y jurisprudencia francesa hayan considerado al abuso del derecho como una responsabilidad delictual. Ripert, empero, juzga que el abuso "no sólo impone su reparación, sino también en una solución de fondo. Si el que con intención de dañar a otro ejerce su derecho, no puede pretender la protección del derecho,

⁴¹ Cit. por. De Gásperi Morello. L. ob. cit. pp. 628, 629.

debe, en la medida de lo posible, prevenirse por la comisión de tales actos.⁴²

No comparte Ripert el punto de vista de Josserand en relación a que puede confiarse a la opinión pública el juicio sobre la legitimidad de los motivos que inspiran al titular de un derecho, ya que los conceptos o motivos que justifican tal acción vendrían a ser un concepto cambiante sujeto a la evolución de las ideas y de las costumbres.

Por otra parte, no admite la posibilidad del abuso de ciertos derechos, de motivación exclusivamente personal en su ejercicio, como el conferido a los ascendientes de oponerse al casamiento de sus hijos, "Le droit d' un père de famille de refuser son consentement au mariage de son enfant, est exercé abusivement et peut motiver une condamnation a' des dommages interets au profit des futurs epoux ou de l' un d' eux si apres avoir promo ce consentement il refuse sans raison legitime" (El derecho de un padre de familia de rehusar su consentimiento para el matrimonio de su hijo es ejercido abusivamente y puede dar lugar a una condena de pago de intereses en provecho de los futuros esposos o de uno de ellos, si después de tener el consentimiento, éste es rehusado sin una razón legítima) Lyon'23 Janvier 1907, demoiselle, D.1908, 2,73 ⁴³

⁴² Loc. cit.

⁴³ Gardnat, Louis. De la Reponsabilite Civile, (Délits et Quasi-Délits), Ed. 1^a, Edit. Librairie des Juris-Classeurs, Editions Godde, Paris, 1927. pp. 624, 625.

Concluye Ripert que no sólo debe observarse en la teoría el aspecto moral, es el juez quien debe además de reconocer la intención dolosa, analizará los elementos más importantes como el fraude o la buena fe, y por la organización de los derechos debería conciliar el ejercicio de las acciones realizadas y desarmar las acciones dañosas o perjudiciales, ya que es virtualmente imposible crear un derecho civil puramente objetivo al juzgar los hechos sin tomar en cuenta las intenciones.

E. Tesis de Champion

La tesis de Champion está contenida en su obra llamada "La théorie del abus des droits", publicada en 1925.

Contemplada desde un punto de vista teórico, la tesis del abuso del derecho no ejerce, según este autor, influencia alguna sobre la noción general de la responsabilidad ya que constituye un elemento nuevo de la reglamentación jurídica general que crea o permite el reconocimiento de numerosas obligaciones preexistentes.

Al sentar la teoría del abuso el principio según el cual: "Queda prohibido el ejercicio antisocial del derecho", se ve la restricción a los derechos subjetivos que pudiera ejercitar su titular. Reconoce que tomando en cuenta los criterios que conforman el abuso del derecho y que son: "la intención de dañar", "la falta de interés legítimo" y la "desviación del

derecho de sus fines propios", él considera que todos ellos se confunden en un sólo verdadero; La "ruptura del equilibrio de los intereses sociales concurrentes", con lo cual añade un cuarto criterio a los anteriores.

Considera Campion que corresponde a los tribunales el ponderar en una balanza el perjuicio social resultante de la lesión de un derecho reconocido por las leyes y que deriva del daño causado por el ejercicio de ese derecho. Si el Juez al resolver inclina la balanza a nuestro favor, habrá por tanto un ejercicio antisocial del derecho.

De donde concluye que "hay responsabilidad por abuso del derecho sin la Intangibilidad de la libre esfera de actividad jurídica del autor del acto litigioso parece como socialmente menos útil que la reparación del perjuicio causado por el ejercicio de una facultad comprendida en esta esfera. Esta comprobación debe entrañar, a cargo del titular del derecho, el reconocimiento de una obligación preexistente de no existir el acto litigioso".

Como propuesta final opina que debería incorporarse al Código Civil un precepto que, contemple al abuso del derecho en los siguientes términos: "La ley crea y organiza los derechos civiles para proteger los intereses individuales reconocidos como socialmente útiles. Los tribunales podrán restringir o negar esta protección si, por relación a las circunstancias de la

causa o en razón de transformaciones económicas y sociales no previstas, la utilidad social de esta protección desaparece o es insuficiente".⁴⁴

Esta proposición se encuentra influenciada en gran medida por el artículo primero del Código Civil Soviético y por el artículo segundo del Código Civil Suizo.

F. Tesis de Julien Bonnecase

La teoría de Bonnecase considera que la noción del abuso del derecho es puramente psicológica que se reduce al "ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo"⁴⁵, caracterizada por el concurso de los siguientes elementos:

a) el ejercicio de un derecho; b) la ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular; c) la intención dañosa; d) el perjuicio ocasionado a otra persona.

Observando el primer requisito coincide Bonnecase con Josserand en que el acto abusivo no puede confundirse con el acto cumplido sin derecho, como fuente de responsabilidad.

Menciona que la "desviación de poder" es concebida como una extralimitación de las fronteras objetivas de una prerrogativa dada y que

⁴⁴ Cit. por. De Gásperi Morello. L. ob. cit. pp. 633, 634.

⁴⁵ Bonnecasse, Julien, Elementos de Derecho Civil, T.II., Vol. XIV, Ed. José M. Cajica Jr. Edic. Española. Puebla, México, 1945. p. 330.

no puede ser considerada como aquel acto realizado por el ejercicio de un derecho, del "abuso de poder" mismo que consistiría en las irregularidades que el individuo realice al ejercitar su derecho.

Considera que se obra sin derecho cuando se traspasan los límites objetivos del derecho propio, y se abusa del derecho cuando aún manteniéndose dentro de los límites se busca un fin distinto del contemplado por el legislador y se aparte del fin normal conferido al propio derecho. Citando su ejemplo: "un vecino rotura mi campo, por mucho que éste alegue no haberme ocasionado perjuicio alguno, no impedirá que yo haga cesar por la fuerza su actividad, poniendo de esta suerte fin a la turbación de mi posesión".

En suma, el punto de inicio de la noción del abuso, no es sino el hecho de no respetar los límites impuestos al ejercicio de un derecho.

Otro elemento fundamental para complementar la teoría en estudio es la intención dañosa.⁴⁶

Esta intención debe realizarse con el propósito de perjudicar a otro sin beneficio alguno para el que cause el perjuicio, misma que traducida en hechos materiales la hagan evidente de manera inmediata, con objeto de

⁴⁶ El Diccionario Jurídico Mexicano señala que por daño se entiende "El daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien... III. Derecho Civil. El concepto de daño está relacionado en todas las legislaciones modernas como el de perjuicio: todo daño, deterioro, destrucción, mal, sufrimiento que provoca un perjuicio, una pérdida patrimonial. El C.C. acoge esta distinción en sus a.a. 2108 y 2109". Vol. DH. Edic. 6ª. Ed. Porrúa y UNAM. México, 1993. p.p. 811-813.

excluir en lo posible toda duda que pueda presentarse al juez al hacer su evaluación. En consecuencia, agrega Bonnacase que el elemento psicológico de la noción del abuso es bastante semejante al dolo del derecho común, es decir a la intención de dañar, y que no debe confundirse con el "motivo ilegítimo" considerada por Josserand como esencial para la teoría del abuso, y a la cual Bonnacase juzga bastante imprecisa ya que considera que lo mejor sería excluirla de la teoría.

Por lo que respecta al perjuicio ocasionado a otro, Bonnacase señala que "debe ordenarse la reparación del perjuicio y su mejor forma consistirá en destruir lo que se ha hecho en desprecio del ejercicio normal del derecho sanamente entendido."⁴⁷ Esto es, la reparación en especie dispuesta por los tribunales franceses, siempre que sea posible.

Concebido así el abuso no debe confundirse con la noción de delito, ya que el que abusa de su derecho no viola ninguna obligación preexistente y aunque el abuso de los derechos tiene una existencia autónoma, se encuentra que no obstante que un hecho natural no configure un delito, sí podrá dar nacimiento al abuso de un derecho.

Bonnacase se inclina a admitir la posibilidad del abuso no sólo de los derechos especialmente definidos y reglamentados por el legislador, como el dominio, sino también de aquellos que no se encuentran

⁴⁷ Bonnacase, Julien. Ob. cit. p. 332.

plasmados en la ley y confundidos en la noción de libertad, como es el caso de la prerrogativa de los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos sin indicar los motivos de su negativa.

Concluye señalando que la existencia jurídica del abuso del derecho tiene una existencia jurídica autónoma, en que un hecho material puede no ser delicto y sin embargo, dar nacimiento al abuso de los derechos, esto con el riesgo de caer en la arbitrariedad y opresión del juez al momento de su valoración.

G. Opinión de Francisco H. Ruiz

Francisco H. Ruiz, opina que cada derecho tiene un fin social que realizar, fin que se ha tenido en cuenta para que la ley garantice su existencia, y su ejercicio. Así, si se utiliza el derecho sin exceder a lo estipulado por la ley no se da un "abuso de derechos", sino una "actuación sin derecho", lo cual coincide con lo dispuesto en el artículo 1o. del Código Ruso.

Con relación a la idea de Planiol acerca del abuso del derecho en la que dice que este es un hecho ilícito, considera el maestro, que esa causa especial de ilicitud consiste " no en la extensión indebida que se da a un derecho, sino que manteniéndose el derecho dentro de sus límites legales, se le desnaturaliza al usarlo, por que se contraría el fin racional a que está

destinado, por que se usa con un fin antisocial, y esto, como se ve, no es cuestión de extensión sino de intención".⁴⁸

Por otra parte, puede darse el caso de que al ejercitarse un derecho, no se haya tomado en cuenta o se haya contrariado el fin social a cuyo resultado está destinado. No se da entonces una extralimitación del derecho, ya que este se ha usado en su extensión, pero sí se da una desnaturalización en el fin del mismo, por que se usa para un fin distinto de aquel por el cual, y solo para el cual, ha sido establecido y protegido. El fin antisocial perseguido al actualizar el derecho, junto con el daño que se produce al obrar de esa manera, constituyen el abuso del derecho.

Para comprender mejor estas palabras el maestro Francisco H. Ruiz presenta el siguiente ejemplo en tres casos diferentes:

"Primer caso: El propietario de un predio construye un muro dentro de su terreno, pero con sus cimientos invade el predio vecino. Al proceder así, no está usando, ni abusando de su derecho de construir, está sencillamente, obrando sin derecho, está violando el derecho ajeno al invadir una propiedad que no es suya.

Segundo caso: El propietario levanta el muro dentro de su terreno, sin invadir de manera alguna el predio de su vecino, y lo levanta para apoyar una casa que está construyendo. Aquí se tiene el uso correcto del derecho

⁴⁸ Cit. por Gutiérrez y González, E. p. 626.

de propiedad; no hay daño del derecho ajeno y se usa el propio, para el fin racional a que esta destinado, satisfacer necesidades del dueño.

Tercer caso: El propietario, como en el caso anterior, levanta el muro dentro de su terreno, sin invadir de ninguna manera el terreno ajeno, pero ese muro para nada lo va a utilizar, para nada le va a servir. Lo construye exclusivamente con el fin de privar a su vecino de una hermosa perspectiva, de obscurecerle su propiedad o causarle otra molestia o daño, del que ningún beneficio racional tiene".⁴⁹

En este tercer caso observamos un abuso del derecho, aunque no hay invasión de propiedad ajena, el propietario ejercitando su derecho de construir en su propiedad, contraría el fin racional que debe cumplir y realiza un fin antisocial.

Así y en base a lo anterior podemos concluir que para Francisco H. Ruiz, de todos los derechos se puede hacer un uso abusivo, pues cada derecho tiene asignado un fin racional y social.

V. TEORÍAS EN CONTRA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Hay autores que consideran que el abuso del derecho no puede existir de manera autónoma y consideran que debe ser incluido en el campo de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, de entre sus principales

⁴⁹ Cit. por. Gutiérrez y González, E. ob. cit. p. 627.

exponentes estudiaremos la tesis de los hermanos Henri y León Mazeaud y la opinión de Esmein.

A. Tesis de León y Henri Mazeaud

La tesis de León y Henri Mazeaud, se encuentra en franca contradicción a lo señalado por Bonnacase, ya que ellos consideran que ya sea en el campo contractual o extracontractual, en que se aprecie un abuso de los derechos, no se observa una existencia jurídica autónoma, sino que forma parte de la responsabilidad delictual y cuasidelictual.

Con ello simplemente se limitan a comprobar que todo el mundo esta de acuerdo en comprometer la responsabilidad del que actúa maliciosamente con el fin de perjudicar a otro, ejercitando sus derechos. Desde ese punto de vista es notorio y evidente, señalar que la noción del abuso del derecho no es sino una " aplicación de la noción de culpa. El que aplica un derecho para causar perjuicio a otro, incurre en culpa delictual, caracterizada por la intención maligna, por el deseo de causar un perjuicio.³⁰

Los hermanos Mazeaud juzgan que el criterio finalista de Josserand y Saleilles es peligroso, no por temor a la arbitrariedad en que pueden incurrir los jueces, los cuales pueden salir del campo de lo jurídico para caer en el

³⁰ Cit. por. De Gásperi Morello. L. ob. cit. pp. 637, 638.

político, como puede ocurrir en países que antepongan la doctrina del fin social para que los jueces puedan contemplar el problema desde el punto de vista de la política.

Otro criterio que tampoco aceptan los hermanos Mazeaud es el relativo al " motivo legítimo " propuesto por Josserand para distinguir el acto normal del abusivo, ya que estiman que la adopción de esta norma conferiría al juez la tarea de escrutar la finalidad de los derechos, lo cual excede de sus atribuciones.

Se separan, empero, de Ripert y Bonnetcase en la adopción de la tesis que exige la "intención de dañar", como criterio connotador del abuso y conciben que el verdadero criterio para distinguirlo es el de la culpa: por culpa delictual se entiende que ocurre cuando se actúa con intención de dañar, mientras que la culpa cuasidelictual ocurre cuando el abuso tiene lugar sin esa intención, por mera imprudencia o negligencia. La culpa cuasidelictual es un error de conducta, en que no incurriría un individuo diligente colocado en las mismas condiciones "externas" del demandado. Este error bien puede ser cometido por quien ejerce un derecho.

Estiman los hermanos Mazeaud que mantenida la teoría del abuso de los derechos en el cuadro tradicional de la culpa, no se puede inquietar a nadie, pues al investigar los jueces si se ha cometido un abuso de los

derechos, tendrían que limitarse a aplicar principios jurídicos, ajenos a toda empresa política.

Tal es, agregan, "el criterio de la jurisprudencia".⁵¹

B. Opinión de Esmeln

Discrepando de la tesis de los hermanos Mazeaud, que extienden la noción del abuso a los casos de simple negligencia, Esmeln, opina que la misma debe de ser rechazada, ya que para esta autoridad el abuso del derecho no es otra cosa sino "culpa intencional"⁵², la cual podemos equiparar con el dolo en nuestra legislación.

VI. ARMONÍA ENTRE VALOR, NORMA Y HECHO

También aquí encontramos que la doctrina se ha mostrado unánime en el sentido de ser valorativa. Por la sola constatación de los "hechos" a que nos hemos referido ampliamente, mismos que suponen ya la utilización de unos criterios que son de alguna manera valoraciones o que constituyen lo que pueden llamarse deducciones volitivas.

La misma jurisprudencia valorativa, defendida por Larenz⁵³ como transformación de la jurisprudencia de intereses, aparte de significar la

⁵¹ Cit. por. De Gáspari, Morello, L. ob. cit. p. 639.

⁵² Cit. por. De Gáspari, Morello, L. ob. cit. p. 240

⁵³ Cit. por Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 117.

liberación de esta última de las trabas y limitaciones que le estaban adheridas del positivismo científico. Del materialismo, contribuye no sólo a un profundo conocimiento del derecho, sino también a su desarrollo ajustado de los hechos.

Para Villey el hecho y el valor se presentan ya unidos, y señala que "la doctrina corriente sacrifica el valor del derecho, le traiciona y le reduce al hecho". Todo lo existente -continúa- "está constituido por hecho y valor".⁵⁴

Para comprender mejor el pensamiento de Villey, haremos una breve referencia a la doctrina denominada Ecológica, que busca la comprensión total del fenómeno jurídico al que nos estamos refiriendo.

Continuando tenemos a Cossío, quien considera que la frase "ciencia normativa" destruye definitivamente la tensión entre hecho y norma. La doctrina que este autor defiende a través de su teoría ecológica del derecho supera la antítesis hecho norma. El hecho es para él "la conducta humana en cuanto a exponente de la libertad fenomenalizada".⁵⁵

Prosiguiendo con esta idea, tenemos que la exposición de Cossío trata de superar la tensión hecho-norma, aportando a su vez el elemento valor, con unas connotaciones ciertamente especiales, valoración jurídica tratada desde el punto de vista de una experiencia necesaria integradora

⁵⁴ *Ibid.* p. 118.

⁵⁵ *Cit. por. Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 118.*

de la ciencia del derecho positivo y a la vez se contraponen a una teoría finalista del derecho, en la que el anterior autor difícilmente cree.

La consideración del derecho como valor, norma y hecho, es hasta cierto punto algo común en el pensamiento jurídico actual, es así que Reale señala que en el derecho "se advierte una tridimensionalidad específica o intransistematizada, consistente en sostener que los tres aspectos distinguibles en el derecho no son reivindicables en exclusiva por una disciplina o un grupo de ellas, y también eliminar completamente las otras porque no pueden establecerse cortes o separaciones entre el valor, la norma y el hecho. La realidad jurídica -dice- integra en sí tres momentos ontológicamente inseparables".⁵⁶

A su juicio el filósofo del derecho, el jurista y el sociólogo no pueden estudiar el derecho sin la totalidad de sus elementos constitutivos, aunque sea distinto el enfoque para su investigación, " sin esa referencia a los demás, un hecho de la experiencia jurídica no podría ser lógicamente concebible como hecho jurídico (sería mero hecho social indistinto o indiscriminado) ni como norma jurídica (sería simplemente ética), ni siquiera como valor de interés para el mundo del derecho".⁵⁷

Estos tres elementos los encontramos también con el maestro Recasens Siches cuando escribe " En la realidad del derecho se dan recíproca e

⁵⁶ Cit. por. Martín Bernal, J. M. ob. cit. p. 120.

⁵⁷ Loc. cit.

indisolublemente trabadas entre sí las tres dimensiones: hecho, norma y valor". Vemos que con este planteamiento el maestro Recasens casi se identifica con Reale. El derecho no es un valor puro, ni es una norma con ciertas características formales particulares, ni es un hecho social con notas peculiares. "Derecho es una obra humana social (hecho) con forma normativa, encaminada a la realización de unos valores.⁵⁸

El gran teórico social del estado, Jellinek, entiende que la "ciencia jurídica no es lo concreto sino lo abstracto: las nociones, las reglas". La Genoseología jurídica se concreta para este autor en la identificación y unificación del contenido de las normas respecto a ciertas nociones, con el fin de englobar todas las normas como un sistema. Por ello hubo de proclamar que la "desaparición de los conceptos jurídicos netos es la muerte de la vida jurídica".⁵⁹

Como último autor tenemos a Kelsen, quien niega no solamente los ideales, sino también los hechos, un hecho para este autor es siempre "un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero en el caso de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos"⁶⁰ dicha

⁵⁸ Loc. cit.

⁵⁹ Cit. por Martín Bernal J. M. ob. cit. p. 121.

⁶⁰ Loc. cit.

significación es el resultado de una interpretación, es decir de una operación intelectual.

El problema que se nos plantea entonces, es el de tratar de ver como de la norma se llega al hecho, como la norma se puede acoplar al hecho y como el hecho puede volverse a la norma. Se trata también de ir más allá de la legalidad y de los hechos que contiene.

Es cierto que en ocasiones los juzgadores ponen en sus determinaciones tanto o más de sí mismos que lo que ellos hayan descubierto del medio exterior, entonces en ocasiones pueden exceder a la norma, superarla o devaluarla.

Para que esto no ocurra, el valor, la norma y el hecho deben encontrarse en un plano de equilibrio.

VII. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL ABUSO DEL DERECHO

Sabemos que de todo derecho se puede hacer un uso abusivo, se puede abusar del derecho real y del personal, los cuales sin ser los únicos, sí son los que integran la mayor parte del contenido del patrimonio pecuniario, es por ello que estudiaremos los elementos que se precisan para que se configure un abuso en estos derechos.

A. Elementos del abuso del derecho personal

Para conformar el hecho ilícito motivador del abuso del derecho de crédito o personal se requiere que:

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

En ese sentido y en concordancia con los elementos antes señalados, Enneccerus señala que el ejercicio de los derechos tiene que estar permitido aunque lesione intereses ajenos "sin rebasar los límites de equidad y buena fe." ⁶¹

B. Elementos del Abuso de Derechos Reales.

Los requisitos que se requieren para conformar el abuso de un derecho real, son menos que los señalados en el apartado anterior para el derecho personal. Aquí sólo se precisa que:

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

Bonnesca se señala que "Aunque la propiedad sea un derecho absoluto por su naturaleza, su ejercicio está, sin embargo sometido a diversas restricciones establecidas en el interés público, por otra parte las

⁶¹ Cit. por Rodríguez-Arias, Bustamante, Lino. El Abuso del Derecho. Teoría de los Actos Antinormativos, Breviarios de Derecho. Edic. 2^o. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. p. 44.

facultades inherentes a la propiedad únicamente pueden ejercitarse a condición de no afectar la propiedad ajena.⁶²

Con relación a lo anterior, Francisco H. Rutz menciona que "si una persona levanta un muro sin utilizarlo para ningún fin racional, implica un hecho ilícito, por violar el deber jurídico que determina hacer uso racional y adecuado del derecho real tal y como lo consagra la ley".⁶³

VIII. PRESUPUESTOS QUE RECONOCEN A LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Partiendo del estudio tan general que hemos realizado, observamos que en diversas teorías se mencionaron los derechos subjetivos como límites negativos de la teoría del abuso del derecho.

Encontramos que las facultades con que puede actuar el titular del derecho subjetivo se encuentran limitadas en nuestra teoría por la exigencia de no perjudicar innecesariamente a un tercero, o de no utilizar su derecho de forma abusiva o antisocial.

No se trata que el elemento del derecho subjetivo, ya sea antisocial o no, este condicionado, pero sí al menos influenciado por elementos ideológicos, al margen del ordenamiento jurídico, sino que es este en ocasiones a través de determinada norma, y en otras mediante la

⁶² Bonnacase, Julien. ob. cit. p. 329.

⁶³ Cit. por. Gutiérrez y González, E. ob. cit. p. 630.

Jurisprudencia que tiene que ponerse en contacto con el sistema de valores vigentes en un momento dado en una sociedad a través de la actividad judicial (como sucede con determinados derechos de la personalidad y especialmente con relación a la teoría en estudio).

El ordenamiento jurídico obviamente no puede contemplar todo. Se presenta como un campo fértil abierto, lleno de posibilidades, entonces cualquier definición que se quiera hacer del derecho subjetivo y a la que se adhiera la teoría del abuso del derecho, que a decir de José Manuel Martín Bernal⁶⁴, debe incluir los siguientes elementos necesarios:

- La voluntad tanto del sujeto capaz como la del incapaz, suplida por el mecanismo de representación.
- La posibilidad o facultad de obrar válidamente, dentro de determinados límites que se reconocen a esa voluntad (elemento interno del derecho subjetivo).
- La posibilidad o facultad de exigir de una o varias personas, el comportamiento o deber correspondiente (elemento externo del derecho subjetivo).
- El ordenamiento jurídico que, como expresión de la voluntad social o suprema otorga y delimita esas posibilidades concedidas a la voluntad particular (elemento normativo).

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 62, 63.

- Los medios coactivos (principalmente a través del derecho de acción) que el ordenamiento facilita, en la medida de lo posible, para garantizar la efectividad del derecho subjetivo.
- El interés o fin de la vida, de naturaleza económica o moral, que el ordenamiento trata de proteger (elemento teológico del derecho subjetivo).

Por lo demás encontramos que para configurar al abuso del derecho hay que acudir también a la espiritualidad del derecho, como superador de criterios de valor supralegales de una parte y de otra, porque determinados componentes como el (fin serio, lo lícito, la ausencia o no del interés) deben analizarse partiendo de principios jurídicos antepuestos a la ley, de la propia naturaleza de las cosas, de la jurisprudencia valorativa, y deben ajustarse a los hechos, valorándolos y apreciándolos.

Desde otra perspectiva, ni los antecedentes históricos, ni la lógica jurídica, ni las opiniones doctrinales son suficientes para dar una debida consistencia a la teoría del abuso del derecho basada en un carácter eminentemente práctico.

IX. SUPUESTOS QUE CONTEMPLAN ALGUNOS TIPOS DE ABUSO DEL DERECHO.

El tema en estudio puede localizarse en distintos campos de aplicación, lo cual se aprecia con mayor claridad con los siguientes ejemplos:

A. RELACIONADOS CON LA PROPIEDAD

Quizá es el derecho de propiedad el primero en servir de campo de experimentación a la teoría del abuso del derecho, por lo menos el relativo a la propiedad inmueble. Es un derecho tradicionalmente absoluto, es el "dominium" por excelencia, no sólo entre los romanos, sino en las sociedades modernas; la Revolución Francesa de 1789 le reconoció el valor de un atributo natural e imprescriptible, inviolable y sagrado, de la personalidad humana, al mismo tiempo que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Para el Código Civil Francés la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Nuestro Código Civil empero marca ciertas limitaciones fijadas por las leyes para controlar el ejercicio de la propiedad.

Marcel Planiol señala que el ejercicio del derecho de propiedad origina, debido a la proximidad de los fundos numerosos daños a los propietarios vecinos. "Si el propietario comete una falta, debe una reparación según los principios generales. El ejercicio anormal o excepcional del derecho de propiedad basta para comprometer su responsabilidad, así un propietario no incurre en ninguna responsabilidad cuando ejecuta sobre su fundo un ejercicio normal de su derecho, aunque dicho acto cause un perjuicio a su vecino, por ejemplo si corta, segando en su finca, las venas del manantial que alimentaban la finca vecina, o si destruye, levantando una

construcción, la vista de que gozaba la casa vecina. Pero aún en este caso, es preciso que no se haya actuado únicamente con la intención de dañar sin lo cual, cometerá un abuso del derecho de propiedad."⁶⁵

Para complementar lo anterior, Ernesto Gutiérrez y González nos brinda el siguiente ejemplo:

"Procopio tiene un predio que colinda con otro, propiedad de Facundo; este riega su terreno con agua que obtiene de un pozo que abrió en el; Procopio en su finca abre también un pozo, pero lo hace no para obtener agua y regar sus tierras, sino únicamente para que el pozo del terreno de Facundo tenga menos agua, toda vez que los dos pozos se surten del mismo manto acuífero.

No hay duda de que Procopio ejerce su derecho de propiedad al obtener agua que brota en su predio, pero su intención al extraerla, es únicamente la de causar molestias y daños a Facundo, sin que él vaya a obtener utilidad alguna".⁶⁶

Este caso denota el mal obrar del que busca dañar derramando el agua para perjudicar al vecino, y aunque específicamente no hay obligación de indemnizar, como lo señala el artículo 934, de nuestro Código Civil, nos

⁶⁵ Planiol, Marcel. Tratado de Derecho Elemental de Derecho Civil. Traducción de la 12ª Edic. Francesa. por José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1955. p.p. 117, 118.

⁶⁶ Gutiérrez y González, E. Derecho de las Obligaciones. Edic. 5ª. Ed. Cajica. Puebla, México, 1981. p.p. 508, 509.

remittimos al artículo 840, del mismo ordenamiento, y someteremos al juez los elementos para su aplicación.

B. RESPECTO AL DOMINIO AÉREO

El propietario de una finca es dueño tanto del aire como de la superficie, puede construir y plantar a su acomodo, tan alto como lo juzgue su propósito, dentro de los límites de su propiedad. Pero no todo es tan sencillo y la ley interviene para frenar tanto poderío y pretensión: prohíbe al propietario obrar o por lo menos, perjudicar a otro, si no tiene para hacerlo un interés serio y legítimo, y sobre todo si se propone causar daño a su vecino.

Con relación a lo anterior, Bonnacase presenta el ejemplo jurisprudencial de la sentencia Doerr "(Corte de Apelación de Colmar, 2 de mayo de 1855, D. 56.2. 9.). - Considerando, declara la Corte de Colmar, que el dictamen pericial demuestra que maliciosamente el apelante, sin ninguna utilidad para él, y con el único fin de perjudicar a su vecino construyó en frente y casi contra la ventana del actor, de la cual una parte se encuentra ya tapada por la nueva construcción, una falsa chimenea, que comienza únicamente sobre el techo, apoyada en el cabrial extremo de la pared delantera de su casa, y que priva casi totalmente de la luz que queda a esta ventana, y que el mismo apelante en sus diversas

promociones persiste insistentemente se mantenga por virtud de su derecho de propiedad; Considerando que si en principio el derecho de propiedad es un derecho en cierta forma absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa, sin embargo, el ejercicio de este derecho, como el de todos los demás, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; que los principios de la moral y de la equidad se oponen totalmente a que la justicia sancione una acción inspirada por la mala voluntad, realizada bajo el imperio de una mala pasión, que no está justificada por ninguna utilidad personal, y que causa un grave perjuicio a terceros; que por tanto, reconociendo que la propiedad del apelante está libre de toda servidumbre de vista, confirma la resolución recurrida en cuanto a la parte que decretó la demolición de la falsa chimenea."⁶⁷

De este ejemplo se desprende un notorio abuso del derecho, y se puede solicitar la demolición de la chimenea, lo cual en nuestra legislación quedará a criterio del juez, amparándose en lo que señala el artículo 840 de nuestro Código Civil, mismo que fue citado en el punto anterior.

⁶⁷ Bonnacase, J. ob. cit. pp. 325, 326.

C. RESPECTO DEL SUBSUELO.

Encontramos en este campo un claro ejemplo de abuso con relación al subsuelo y que es del tenor siguiente:

El terreno de una persona colinda con una antigua casona colonial, el dueño del terreno lleno de envidia por lo majestuosa de la construcción comienza a excavar un pozo de gran profundidad y diámetro en los límites con la casona, produciendo coartaduras y hundimiento en la misma, ya que no se construyeron cimientos ni protecciones en el pozo. Obvio es que el pozo no le traerá beneficio alguno a su propietario, sino que únicamente lo hace con el fin de perjudicar a su vecino, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 839 de nuestro Código que señala: "En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio".

Del anterior ejemplo se puede observar que queda en potestad del juzgador el valorar si existe negligencia o abuso del derecho al emitir su fallo.

D. RESPECTO DEL DERECHO DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES.

La ley dispone este medio para que los particulares o las personas morales puedan asegurar el ejercicio y la protección de sus derechos, para lograr una estabilidad y paz social. Ihering señala que "La paz es el fin que persigue el derecho; la lucha es el medio de alcanzarla".⁶⁸

Parece pues, que el derecho de acudir a los procedimientos legales y especialmente a la acción de la justicia por medio de los tribunales, presenta un carácter verdaderamente sagrado, que constituye una pleza de suma importancia para el derecho positivo.

Es indudable que en todos los pueblos y en todas las épocas, se han reconocido restricciones necesarias a la libertad del quejoso, para deducir su derecho ante los tribunales, la jurisprudencia francesa considera que el uso de los procedimientos de derecho, puede llegar a ser abusivo y comprometer la responsabilidad de quien ha usado mal de ellos.

El litigante que hace valer sus derechos ante los tribunales cumple una función esencial, representa, no solo sus intereses particulares, sino los de la sociedad, por que a ésta le interesa que el derecho se realice, que no sea letra muerta, acude ante los tribunales con la mira de asegurar la efectividad y el triunfo de nuestros derechos, con todas las armas que esto implica: acción judicial, defensa, contestaciones, incidentes, recursos,

⁶⁸ *Ibid.* p. 52.

quejas, vías de ejecución, sin hacer mal uso de los procedimientos legales, ya que perjudicar a un tercero sin utilidad alguna para el que lo causa puede considerarse como elemento constitutivo de un verdadero delito, penal o civil, que implica un mínimo de sanción.

E. EN RELACIÓN AL EMBARGO

En este apartado observaremos uno de los abusos más comunes y frecuentes cometidos por personas inescrupulosas, y consiste en fijar el embargo de bienes por una cantidad infinitamente superior al monto del adeudo. Veamos el siguiente ejemplo: una persona por la difícil situación económica que atraviesa el país acude con un prestamista para solicitarle diez mil nuevos pesos, el prestamista se los da y lo obliga a firmar un pagaré a tres meses con intereses del cien por ciento mensual.

Transcurridos los tres meses y debido a los altos intereses, la persona no está en posibilidades de pagar, por lo que el prestamista demanda vía ejecutivo mercantil y embarga su casa valuada en doscientos mil pesos, aunque sabe que no se le adjudicará, quiere complicarle la existencia para que no la pueda vender y así pagarle y perjudicarlo aún más.

Como se ha visto se trata de un abuso en contra del patrimonio del deudor, el cual se ve lesionado en sus intereses de una forma exagerada por la extrema avaricia e intención dolosa del acreedor.

F. EN MATERIA DE CONTRATOS

Aquí encontramos abundantes ejemplos de abuso de los derechos. Al disolverse una sociedad compuesta por dos socios se había estipulado la prohibición para uno de sus miembros de ocuparse en adelante, en un perímetro determinado, de ejercer el ramo del comercio que hasta entonces habían explotado en común. Un tercero dedicado al mismo giro comercial, que no ignoraba aquella circunstancia, contrato los servicios del ex socio para que éste viajase como comisionista de sus negocios dentro del perímetro prohibido. Por sentencia de 8 de noviembre de 1904 la Corte de Casación Francesa condenó al tercero a indemnizar los daños y perjuicios que de esta suerte había ocasionado al ex socio de su contratante. Se admitió desde entonces que el intangible derecho de pactar libremente una convención genera responsabilidad, si la intención del sujeto que lo ejerce mira a perjudicar a otro. De lo anterior se desprende la teoría del tercero cómplice de una violación contractual, expuesta en 1909 por Hugueney⁶⁹, ante la universidad de Lyon, según la cual la complicidad resulta del ejercicio anormal de un derecho por el tercero responsable.

Los tribunales Belgas, anticipándose a la jurisprudencia francesa, dictaminaron el 21 de diciembre de 1892 la teoría del tercero cómplice en

⁶⁹ Cit. por. De Gásperi Morello. L. ob. cit. p. 643.

materia de locación de servicios, y decidieron que si una sociedad emplea a cierto número de obreros de otra sociedad competidora, induciéndolos a violar los contratos que les ligaba a aquélla, comprometía su responsabilidad.

La venta, en ocasiones puede, por el espíritu de alguna de sus cláusulas, presentar un carácter abusivo y compromete, respecto de terceros, la responsabilidad de las partes, especialmente del vendedor. Ordinariamente, dice Jossierand⁷⁰ "es la vileza del precio el síntoma del abuso, sea que el vendedor se proponga desalentar a un competidor para sucederle en su clientela, sea que se obedezca a un sentimiento de pura maldad". En el primer caso se observa el caso de la pura competencia desleal; en el segundo se es culpable de una agresión fraudulenta que no puede merecer la protección del derecho. La venta o pérdida o "dumping" no es lícita. Debe verse en ella una variedad del abuso del derecho de libre competencia.

El competidor de un editor le había comprado algunas obras de su nueva edición. Poco después, con intención de perjudicarlo, las ofreció a un precio notablemente inferior al que había pagado. La corte de París, por sentencia de 13 de enero de 1857 decidió que él había comprometido su responsabilidad y que debía reparar todo el perjuicio que había causado.

⁷⁰ Cit. por. De Gásperi Morello. L. ob. cit. p. 644.

Análoga decisión fue emitida por el Tribunal de Comercio de Bruselas el 2 de mayo de 1853.

Al amparo de dichos principios, se encuentran las ventas con pacto comisorio sin indemnización de daños y perjuicios a cargo del vendedor, frecuentemente en la venta de automóviles. Suele estipularse en esos contratos que si el vendedor no entrega el vehículo al comprador, éste no podrá sino solamente solicitar la devolución del enganche entregado. La jurisprudencia francesa declara que si el vendedor se niega a entregar, por ejemplo, bajo el pretexto de que la venta a plazo fijo implica pérdidas para él, por el aumento de las unidades, abusa de su derecho.

CAPÍTULO TERCERO

REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ABUSO DEL DERECHO Y CRITERIOS ÉTICO SOCIALES

I. COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO

En todas las ramas del conocimiento encontramos la existencia de ciertos enunciados lógicos que ayudan a dar validez a diversas afirmaciones o situaciones concretas que constituyen un determinado campo del saber, estos enunciados en ocasiones orientan al derecho positivo, ya que todo régimen político responde a determinadas concepciones político-sociales estén o no consagradas en la legislación vigente.

Miguel Reale señala que los principios generales de derecho son "enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas normas".⁷¹ Este autor distingue tres clases de principios:

- a) principios omnivalentes. Tienen validez en todas las formas del saber. Tal es el caso de los principios de identidad y de razón suficiente.
- b) Principios plurivalentes. Estos principios se pueden aplicar en varios campos del conocimiento. Como es el caso de la causalidad, misma

⁷¹ Reale, Miguel. *Introducción al Derecho*. Edic. 2ª. Ed. Pirámide. Madrid, 1977. pp. 139, 140.

que es esencial en las ciencias naturales, pero no extensiva a todos los campos del conocimiento.

c) Principios monovalentes. Tienen validez exclusivamente en el ámbito de determinada ciencia. En este caso se encuentran los principios generales del Derecho.

Algunos de los principios generales del derecho son de gran importancia, y es por esto que en ocasiones el legislador les confiere fuerza de ley, incluso en el plano constitucional, como puede ser el caso del principio de Isonomía (igualdad de todos ante la ley), la Iretroactividad de las leyes penales, etc.

Con todo, aunque los principios generales de derecho no se encuentren expresamente plasmados en los textos legales, sí suponen siempre contextos doctrinales o dogmáticos fundamentales, eficaces Independientemente del texto legal, el cual al consagrarlos, les confiere fuerza obligatoria, pero de ninguna manera altera su esencia.

A. Utilidad de los principios generales de derecho.

No todos los principios generales de Derecho tienen la misma amplitud. Algunos únicamente se utilizan en un ámbito jurídico determinado, puesto que son elementos que condicionan y fundamentan la experiencia y

responden a exigencias de diverso tipo (de orden ético, sociológico, político, técnico, etc.).

La inserción que se da en el proceso legislativo se lleva a cabo con más frecuencia a través de la actividad jurisdiccional y de la formación de los precedentes judiciales, y, también, a través de los usos y costumbres.

Es en el plano del Derecho Positivo donde se desenvuelven los principios generales del Derecho, aunque su fundamento se halle en razones éticas o de Derecho Natural.

La utilidad de dichos principios se puede observar a través de los siguientes ejemplos: la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación; la buena fe como presupuesto de la conducta jurídica; el equilibrio en los contratos con la exclusión de cualquier forma que haga excesivamente onerosa la carga de uno de los contratantes; la prohibición del enriquecimiento ilegítimo; el correcto aprovechamiento según la función social de la propiedad; la economía de las formas y de los actos en el proceso.

Estos ejemplos son suficientes para comprobar que los principios generales de Derecho son de gran importancia y constituyen un elemento muy importante como componente del Derecho.

B. Por que se puede considerar al abuso del derecho como un principio general de derecho.

La intención de dañar representa, tradicionalmente la forma típica, la esencia del abuso del derecho, históricamente parece encontrarse en el origen mismo de la teoría.

Si tomamos en cuenta el principio de que toda persona que cause un daño a otro merece ser sancionada, es fácil comprender que aunque abuse de un derecho propio debe ser castigado buscando preservar los valores sociales tan necesarios para una sana convivencia, así como para evitar confrontaciones entre la equidad, la seguridad y el bien común.

No es fácil aceptar esta idea, ya que toda persona que cuente con algún derecho considera que este es total y que no se le puede limitar o condicionar de ninguna manera, y es entonces que el principio de un no abuso debe cobrar una mayor importancia.

II. COMO HECHO ILÍCITO.

Al hecho ilícito lo podemos definir según palabras del maestro Ernesto Gutiérrez y González como " Toda conducta humana culpable, por intención o por negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio".⁷²

⁷² *Ibid.*, p. 472.

De esta definición, y refiriéndose al abuso del derecho como una especie de hecho ilícito, Gutiérrez y González lo define de la siguiente forma: se trata de aquella "Conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre".⁷³

A. El hecho ilícito como fuente de obligaciones.

A lo largo de este trabajo hemos hecho referencia acerca de lo lícito y lo ilícito, para apreciar o no el abuso y el ejercicio antisocial del derecho, o para identificar el abuso y la ilicitud al menos desde un punto de vista del tratamiento que merecen y de las consecuencias que generan.

Con respecto al abuso del derecho, la ilicitud se encuentra recogida expresamente en la norma, y es entonces que el daño típico aparezca para que surja la sanción.

Aparece entonces la duda si el abuso del derecho entra de lleno en el campo de lo ilícito o por el contrario que si al respetar los límites del Derecho objetivo, debe considerarse dentro de lo que algunos juristas llaman "juridicidad aparente o normal". Esta cuestión tiene en realidad una mayor trascendencia teórica que práctica ya que las legislaciones

⁷³ *Ibid.*

modernas, entre las que se incluye la nuestra, aplican un mismo tratamiento a los actos ilícitos que a los abusivos.

Nuestro Código Civil regula las obligaciones que surgen de los actos ilícitos en su Libro Cuarto, Parte Primera, Título Primero, Capítulo V, intitulado "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", y comprende de los artículos 1910 al 1934, por lo que esta regulación hace del abuso del derecho una especie de fuente de obligaciones.

El artículo 1910 señala que "El que obrando lícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Este artículo enfatiza en la obligación de reparar el daño dejando la carga de la prueba a aquel que se ve afectado por el ejercicio del derecho, dejando a criterio del Juzgador la evaluación si existió o no la intención de dañar.

El artículo 1912 de una manera muy clara menciona que "Cuando al ejercitar un derecho se cause un 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". Este precepto mira a evitar que por el ejercicio de los derechos se traspasen, en detrimento de otro,

los límites de la equidad, y se choque con la buena fe, o se ejecuten actos sin interés propio alguno y sólo se ejerciten para dañar.

Aunque por la ubicación en el Código, al contenido de estos artículos se les pueda considerar cuasi delitos como generadores de hechos ilícitos, merecerían un tratamiento más amplio dada la importancia y el poco apoyo que recibe.

Ahora bien, retomando la idea del por que de la ubicación del artículo 1912 en el Libro Cuarto, suponemos que el legislador fue influenciado en gran medida por el sistema del Código Civil Francés, confundiendo entonces a la figura del abuso del derecho, con el principio de la reparación del daño causado por la actuación desviada de la ruta de rectitud que el Derecho propugna.

Según mi opinión, el artículo 1912 merecería ser incluido en las disposiciones preliminares de nuestro Código Civil, para subsanar las omisiones y dar una mayor claridad, la norma jurídica debe ser más clara y precisa sobre lo que está permitido y lo que debe considerarse prohibido, determinando las penas y sanciones aplicables en contra de los que transgreden los límites de lo jurídico y lo antijurídico.

III. CRITERIOS QUE SUSTENTAN LA TEORÍA EN ESTUDIO.

Para lograr un panorama más claro con relación al tema del abuso del derecho observemos distintos criterios que apoyan y fortalecen esta teoría.

A. La intención de perjudicar.

Aún siendo un elemento constitutivo del abuso del derecho encontramos que a juzgar por el lenguaje de los tribunales, así como de la doctrina la intención de dañar o perjudicar constituye la pieza clave del sistema jurídico, el que proporciona su razón de ser. Es indudable que si existe un fin esencial hay otro antisocial, al cual representa la desgracia, el infortunio, el empobrecimiento del prójimo; el acto realizado con la intención de perjudicar no debe beneficiarse con la protección legal, aunque se presente bajo la inocente figura del "SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA" (extrema justicia, extrema injusticia).

La búsqueda de esta intención no siempre es fácil, hay quien aplica el adagio "MALITIIS NON EST INDULGENDUM" (no se debe condescender con la malicia), pero habrá que probar que el acto se llevó a cabo únicamente con intención de perjudicar y de hecho, se tendrá que observar el criterio del acto normal o anormal, quedando en manos del juzgador evaluar si existió o no ese interés de perjudicar.

Por lo que respecta a la limitación del interés de perjudicar el Código Civil señala en sus artículos 840, 934 y 935 que:

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

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

Art. 935.- "El propietario de las aguas no podrá desviar su curso de modo que cause daño a un tercero."

En los artículos anteriores relacionados con la propiedad, observamos las limitaciones que impuso el Legislador a ese derecho para salvaguardar los intereses de la sociedad.

B. Criterio de la moralidad.

En diversas partes de este estudio se menciona el valor de la moral, como criterio básico a tomar por el juzgador en la aplicación de la norma que sanciona el abuso del derecho y su ejercicio antisocial.

Pero el problema se presenta cuando tratamos en primer lugar de aclarar que es la moral, como se identifican la moral y el Derecho, y que clase de moral sea realmente aplicable para medir el acto o el ejercicio de un derecho.

Para Bonnacase no existe ninguna diferencia entre moral y justicia ya que para él "el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo, es una idea moral. Pero hay una característica diferencial, la regla moral se convierte en regla jurídica gracias a un mandamiento más enérgico, y a una sanción exterior necesaria para el objeto por alcanzar."⁷⁴

Las formas que puede revestir la moral y los sentidos en que puede ser aceptada son muchos. Puede ser cuantificada y hasta ser condicionada o limitada según el sistema imperante y dominado por una moral individual o colectiva.

Se observa que sólo una moral social referida fundamentalmente desde el punto de vista de nuestros deberes para con los demás, es la verdaderamente aplicable en la teoría del abuso del derecho, obligando no solamente a no abusar del derecho en contra de nuestro prójimo sino que ha de consistir igualmente en no interferir en sus derechos.

C. Criterios jurisprudenciales.

En nuestra legislación encontramos un gran vacío Jurisprudencial con respecto al tema del abuso del Derecho, lo cual nos lleva a pensar que es casi letra muerta en nuestro sistema, por lo que debería darse un mayor impulso al análisis de estos criterios.

⁷⁴ Bonnacase, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho, Nociones Elementales Vol. I.* Traducción de la 3ª edición Francesa por José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica, Puebla, México, 1944. pp. 305, 306.

Dado lo anterior procederemos al estudio de algunos principios Jurisprudenciales franceses y españoles.

Principios Jurisprudenciales franceses.⁷⁵

- "El derecho de huelga se reconoció a los obreros por ley de 25 de mayo de 1864, pero con el preciso objetivo de permitirles la defensa de sus intereses económicos. Si usan de ella para otros fines, hay abuso del derecho. Por ejemplo, una huelga para hacer que se cese a un obrero no sindicalizado, constituye un ataque a la libertad de trabajo. El obrero podrá ejercer una acción de daños y perjuicios contra los actores de la huelga. (Cas., 22 Jun. 1892, D.92.1.449, concl. Ronjat; Lyon, 2 mzo. 1894, D.94.2.305; Civ. 9. Jun. 1896, D.96.1.582, concl. Desjardins).
- De la misma manera juzgaron que los terceros tienen derecho a intervenir en esas huelgas, pero no deben valerse de esos derechos para desviarlas de sus legítimos fines" (asunto Bosseguler contra Jaures, en la huelga de la Vidriera de Carmaux, Cas., 29 Jun. 1897, S.98.1.17, D.97.1.537, nota Dupuech).
- "Ejercicio de acciones judiciales. Todo el mundo tiene el derecho de obrar para hacer que se reconozca su derecho, de defenderse ante los tribunales para rechazar una pretensión que seriamente se estime mal fundada. Pero quien obra o defiende sin un interés serio, por amor a la

⁷⁵ Gaudemet, Eugene. Teoría General de las obligaciones. Edic. 2ª. traducción de Macedo. Ed. Porrúa. México, 1984. p.p.342 a 344.

chicana, para obligar a su adversario a hacer trámites o desembolsos o aún por atolondramiento o error craso, desvía la acción de su propósito y quedará obligado a indemnizarlo. (Cas. 3 jul. 1895, S.95.1.344;6 nov.1900, D.1901.1.12; Req., 7 may. 1924, S.1925. 1.27, nota Brethe).

- "Abuso del derecho de propiedad. Aún el derecho de propiedad, el más absoluto de todos, es susceptible de abuso. La jurisprudencia admite, que independientemente de las servidumbres legales, establecidas por preceptos precisos, su ejercicio esta sometido a restricciones en interés de los vecinos. Prohíbe su ejercicio malicioso o anormal. tesis 1901. Un daño causado por el humo de una fábrica, puede obligar a su propietario a pagar una indemnización. (Req. rej. 3 ene. 1887, D.88.1.39). Igualmente habrá uso abusivo de la propiedad si se instala una industria susceptible de perjudicar a los vecinos. (Cas., 10 Jun. 1902, D.1902.1.544; Saint-Galmien, Lyon, 18 abr. 1896. D96.2.199).

Resoluciones Jurisprudenciales españolas.⁷⁶

- "Sentencia de 5 de junio de 1922: En torno al artículo 1902 del Código civil sobre el que se vino montando la teoría del abuso del derecho, dejar sentado que no necesariamente y siempre la expresión "culpa", supone infracción de un derecho, puesto que en ocasiones e invirtiendo la carga de la prueba, sólo habrá tal culpa en función de la "prudencia"

⁷⁶ Martín Bernal, J. M. ob. cit. pp. 353,359.

precisa para evitar los daños por parte de su autor o de la "diligencia" como elemento de exoneración de la responsabilidad, valorándose incluso de cara al cumplimiento de la obligación, circunstancias de personas, tiempo y lugar".

- "Sentencia de 14 de febrero de 1944. Para establecer la tesis recogida por la doctrina científica y asumida por la jurisprudencia, perfilando el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado en forma subjetiva (cuando el Derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anomalía en el ejercicio del derecho)."
- "Sentencia del 24 de febrero de 1959: Para establecer que tal doctrina es de sencilla y clara aplicación cuando la relación jurídica vincula únicamente al titular del derecho que lo ejercita abusivamente y el lesionado perjudicado, puesto que su aplicación lleva o a la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas o a su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio del derecho, o en último término, a la indemnización del perjuicio causado; se complica en sus efectos

gravemente cuando el negocio jurídico relaciona o vincula además a terceras personas, ya que en este caso puede suceder que los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho y a su intención de dañar o perjudicar con el abusivo ejercicio de sus facultades, por lo que concurren al negocio jurídico fiados en su normalidad externa y los derechos que adquiere son plenamente legítimos y exigibles y sólo será dable al perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquél que se lo ha causado o, por el contrario, si los terceros conocedores del torpe móvil que encierra la voluntad del titular coadyuvan con sus actos a la consecución del fin ilegítimo por inmoral o antisocial, en cuyo supuesto los negocios jurídicos adolecen de un vicio originario que les hará caer en la inexistencia que llevará en todo caso a la ineficacia de los actos aparentemente jurídicos y a la responsabilidad o perjuicios de cuantos intervinieron en la confabulación en el dolo asignado".

- "Sentencia de 4 de marzo de 1967 para proclamar "...la nulidad de los actos ejercitados con la exclusiva finalidad de perjudicar a otro que impliquen una anomalía o exceso en el ejercicio de los derechos... y que ...la razón de la nulidad derive exclusivamente de esas consecuencias lesivas..."
- "Sentencia de 3 de abril de 1968 para señalar: Que el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos agrupa tres instituciones jurídicas distintas: a)

La del abuso del Derecho, que introducida por nuestra jurisprudencia al amparo del artículo 1902, como una manifestación de culpa extracontractual, tiende a impedir que con el ejercicio de un derecho se produzcan daños o perjuicios a un tercero, bien deliberadamente, utilizando aquellos derechos con una finalidad antijurídica, o por ejercitarse de una forma civil y desconsiderada...".

- "Sentencia de 12 de mayo de 1972: en ella se establece que la finalidad de la doctrina del abuso del Derecho es la de impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, o lo que es igual, que frente al contenido ético y al espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella".
- "Sentencia de 16 de febrero de 1974: Establece que el abuso del derecho requiere para su viabilidad que la ejecución del derecho entrañe el causar un daño, ejercicio abusivo del mismo, pero no cuando hay colisión entre los derechos del dueño y del arrendatario, en cuyo caso el propietario al usar de su derecho no abusa del mismo".

Los anteriores criterios jurisprudenciales nos brindan un apoyo muy importante para comprender mejor la teoría del abuso del derecho, sin importar que sean parte de legislaciones extranjeras.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

I. REGULACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN OTRAS LEGISLACIONES.

El estudio del derecho comparado es muy instructivo por las directrices que se derivan de él, por la orientación que es susceptible de proporcionar al estudiante, al jurista, al magistrado, aún al mismo legislador, para que puedan guiarse y evitar en alguna medida las divergencias, indecisiones y hasta los contrasentidos jurídicos que frecuentemente podemos encontrar en los ordenamientos vigentes; en resumen nos muestra las grandes corrientes jurídicas y sociales, que en su conjunto logran un mejor funcionamiento de las normas existentes.

Tal vez es uno de los principales instrumentos de conocimiento con que contamos para investigar acerca de los sistemas jurídicos de los grandes pueblos modernos.

En este capítulo haremos breve mención de algunos países que señalan o contemplan la noción del abuso del derecho, los cuales según Jossierand se dividen en tres categorías⁷⁷:

La primera categoría comprende los que se hallan dotados de una legislación denominada finalista o de criterio intencional, entendiéndose por esto a los que en una forma general han consagrado en su derecho

⁷⁷ Jossierand, L. El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. ob. cit. pp. 226 a 243.

escrito, el principio del abuso de los derechos (Alemania, Austria, Suiza, Rusia).

La segunda categoría contempla a los países que adoptan un criterio funcional, o de relatividad de los derechos ya que comúnmente no confieren al concepto del abuso del derecho el valor de una regla general escrita, pero que sufren profundamente de su influencia encontrándose como impregnadas de él su legislación y jurisprudencia, como es el caso de nuestro país, y (Francia, Bélgica e Italia).

La tercera y última categoría abarca a las naciones que en principio y por ideologías, son refractarias a la noción de la relatividad de los derechos debido a que no aceptan la limitación de los mismos y en las cuales triunfa la doctrina del absolutismo de las potestades humanas. (Inglaterra, Estados Unidos).

A. Legislaciones finalistas o de criterio intencional.

Actualmente, encontramos que son cuatro por lo menos, las legislaciones que han consagrado el principio cardinal de la relatividad y de la finalidad de los derechos; tales legislaciones, cronológicamente son los Códigos de Alemania, Suiza, Austria y de Rusia.

Brevemente nos referiremos a los Códigos civiles de Alemania (1900), de Austria (Código de 1811, reformado en 1916), de Suiza (1912), y de Rusia.

a). ALEMANIA.- Este Código Civil presenta en su contenido algunas lagunas, las cuales deben ser investigadas por el juez al evaluar la situación concreta remitiéndose a la buena fe en algunos casos valorando si existe un abuso o un "mal uso del derecho", lo que para Ludwig Ennecerus correspondería a un uso del derecho incompatible con la honradez y el sentimiento del deber, complementando esta idea menciona una Jurisprudencia de fecha 11 de mayo de 1909 que dice así: "la negación del reconocimiento del abuso del derecho no implica la negación total de la indemnizabilidad de los daños causados en contra de las buenas costumbres, siquiera restrinja su alcance. En efecto, aunque se proclame qui iure suo utitur naeminen laedit, si se causa un daño sin infracción de derecho subjetivo ajeno o de norma positiva y concreta de protección, pero con infracción de las buenas costumbres, el daño es aún indemnizable si no ocurre en el causante el ejercicio de un derecho. Por el contrario si se admite la limitación del abuso del derecho, el daño contra las buenas costumbres será indemnizable aunque se ejercite un derecho, siempre que éste se despliegue por su titular en forma abusiva".⁷⁸

Por lo que cabe a las disposiciones del Código Civil alemán encontramos varios artículos que mencionan expresamente el concepto del abuso con

⁷⁸ Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martín. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, parte 2. Traducción de la 35ª. edición alemana por Pérez González Blas y Aiguer José. Ed. Bosch. Barcelona, 1935. p. 655.

motivo de un ejercicio determinado, así el artículo 1357 señala que: "El marido puede restringir o excluir el derecho de la mujer. Si esta restricción o exclusión se presenta como un abuso del derecho del marido, puede, a petición de la mujer, ser suprimida por el tribunal de las tutelas"; o el 1358 sobre el derecho de renuncia reconocido al marido en lo que se refiere a las obligaciones que asume la mujer por virtud de este mismo poder doméstico "art. 1358.- ...El tribunal de las tutelas puede suplir la autorización marital... si la negativa de la autorización se presenta como un abuso de su derecho"; o el 1353, sobre el derecho de cada uno de los esposos, cuando viven separados, para pedir el restablecimiento de la vida común "art.1353.- Si la demanda de uno de ellos, en vista del restablecimiento de la vida común, se presenta como un abuso de su derecho, el otro no está obligado a aceptarla. Lo mismo acontece, tiene causas para demandar el divorcio."⁷⁹

No cabe duda que el legislador alemán ha buscado prevenir y reprimir el abuso contractual, así el artículo 138 considera "al acto lesivo como contrario a las buenas costumbres, viéndose así lógicamente conducido a definir este vicio subjetivamente".

Este artículo busca esencialmente afectar los contratos leoninos, los actos lesivos. El acto lesivo únicamente es nulo cuando tiene carácter Inmoral, lo

⁷⁹ Jossierand, L. El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. ob. cit. p. 227.

que no solamente supone una gran desproporción entre las prestaciones, sino una desproporción buscada, deseada, impuesta por el más fuerte al más débil, cuya necesidad o inexperiencia ha sido explotada por quien ha abusado. Dice así el mencionado precepto Artículo 138: "Un acto jurídico que ataca a las buenas costumbres es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de otro, obtiene para él o un tercero, que en cambio de una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación de tal suerte que, teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación."

Este principio como observamos tiene un gran parecido con la figura de la lesión en los contratos prevista en el artículo 17 de nuestro Código Civil, el cual brinda al Juez una posibilidad para moderar las consecuencias que sean contrarias a la buena fe y a la equidad en aquellos contratos que sin implicar propiamente una lesión, darían lugar por parte de uno de los contratantes en el caso de que pretendiese hacer efectivas en forma literal ciertas estipulaciones demasiado rígidas.

Para encontrar un concepto apropiado con relación al abuso nos remitiremos a los siguientes artículos:

Artículo 226: "No está permitido el ejercicio de los derechos cuando su único objeto sea causar un daño a otra persona."

Artículo 826: " Toda persona que intencionalmente cause un daño a otra, en una forma contraria a las buenas costumbres, está obligada a reparar el daño causado."

Cuando se combinan estos dos artículos observamos que se provocan ciertas dificultades, ya que como puede advertirse el primer artículo está concebido en términos más subjetivos que el segundo, puesto que se refiere exclusivamente a la intención de dañar, la cual sólo aparece, en este último, como uno de los elementos del delito, y al lado por el ataque a las buenas costumbres. Por ello surge la duda si una de estas disposiciones rige a la otra, y, en caso afirmativo, cuál de ellas.

Josserand, señala que estos dos artículos, elaborados bajo el imperio de concepciones opuestas, tienen en realidad "dominios de aplicación diferentes, refiriéndose el primero al abuso cometido en el ejercicio de derechos definidos, en tanto que el segundo está destinado a reprimir los abusos inherentes a la realización de la libertad misma."⁹⁰

⁹⁰ *Ibid.* pp. 228,229.

Por otra parte el artículo 226 que domina la sección intitulada: "Del ejercicio de los derechos, y de la defensa y justicia personales", se refería únicamente al derecho de propiedad; posteriormente el Reichstag, le atribuyó un significado más amplio, pero permaneciendo en su carácter primitivo y sin poder colocar bajo su dominio al abuso de la libertad misma, abusos que prevé y reprime de manera más objetiva el artículo 826.

Si esta interpretación fuere fundada, habría que ver en ella la confirmación legislativa, en el Derecho alemán, de esa idea, ya expresada, en que mientras más vaga sea una prerrogativa, más necesario es limitar su realización antisocial por el concepto del abuso:

"Donde la letra es muda, el espíritu de la institución desempeña un papel de primer orden; en ausencia de límites expresamente trazados por el legislador, una legislación finalista es el único recurso que tiene el juez, y también su deber imperioso."⁸¹

Es indudable que el sistema del Código alemán se caracteriza por una prudencia suma, y que al establecer estas disposiciones se ha querido "satisfacer la buena fe e impedir el uso estricto del derecho" también se logra afirmar que "el contenido de un derecho nunca es ilimitado, y que sus límites dependen, por el contrario, del concepto que se tenga de la moral social" y que "nunca pueden ser lícitos los hechos antisociales."⁸²

⁸¹ Ibid. p. 229.

⁸² Ibid. p. 230.

La consagración de la teoría del abuso en este Código es indiscutible, y aunque de cierta forma se condiciona su alcance y eficacia, no desaparece su profundo significado jurídico y social.

b). AUSTRIA.- El Código civil austriaco de 1811 no contenía disposición alguna concerniente a la relatividad de los derechos; sólo comprendía ciertas disposiciones especializadas, por ejemplo el artículo 364 establecía que: "el derecho de propiedad no puede ejercitarse en perjuicio de los derechos de los terceros, sino a condición de respetar los límites fijados por la ley en interés del orden y del bien general."

Pero aquí vemos que este artículo constituía una excepción al derecho común, consignado en el artículo 1305, que señala: "no es uno responsable del daño que se cause a tercero al ejercitar legítimamente estos derechos." Por lo tanto observamos que Austria vivía bajo el régimen de la legalidad, del absolutismo de los derechos.

Posteriormente, tras una minuciosa revisión que se hizo al Código, por Decreto Imperial de 19 de marzo de 1916, se modificó el ordenamiento, y el nuevo artículo 1925, en su segundo inciso, plasma que "se obliga a indemnizar a quien ejercita sus derechos en desprecio de las buenas costumbres y con la intención evidente de dañar a un tercero."⁸³

⁸³ Loc. cit.

Es evidente, que la nueva disposición no produjo resultados prácticos importantes, ya que al hacer de la intención de dañar el centro de gravedad de la teoría del abuso, el legislador austriaco de 1916 adoptó una concepción más estricta, privando así a su reforma de una mayor utilidad que pudo llegar a tener.

c). SUIZA.- El Código Civil Suizo de 1 de enero de 1912 menciona en su artículo 2o. que: "Toda persona está obligada a ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe. La Ley no protege el abuso manifiesto de los derechos."⁸⁴

Es notable en este principio el interés de proteger los intereses de los individuos, aún cuando se abuse de un derecho por negligencia.

La víctima de un abuso no tiene necesidad de probar que el autor del hecho quiso perjudicarlo, ya que la intención de dañar no es el único elemento constitutivo del abuso del derecho, y a este respecto Luis de Gáspari, señala como condiciones que dan lugar al abuso del derecho las siguientes:

- "a) El acto incriminado se funda en un derecho formal, es decir se presenta exteriormente como ejercicio de un derecho subjetivo.
- b) El ejercicio de este derecho amenaza u ocasiona daño, sea material o moral...

⁸⁴ Bejarano Sánchez, M. ob. cit. p. 269.

...c) El que pretende hacer uso de un derecho, carece de todo interés digno de ser legalmente protegido, y

d) La existencia de las tres primeras condiciones debe resultar de los hechos y de las pruebas, sin que las intenciones personales del que obra puedan ser tomadas en consideración.⁸⁵

d). RUSIA.- Inspirado en gran medida por la doctrina de Josserand, el artículo 1o. de este Código Civil señala que: "Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en el punto en que son ejercidos en un sentido contrario a su destino económico y social."⁸⁶

Del anterior artículo se desprende que se deja a merced del juez un amplio poder de interpretación de la ley para poder adaptar la norma jurídica a los casos particulares que se encuentran en la vida social.

De Gásperi señala que la mayoría de los civilistas soviéticos estimaban que este artículo primero no buscaba crear un simple correctivo a la libertad limitada de los derechos subjetivos, concebidos como tales por la doctrina de occidente. En la legislación soviética se observan todavía rastros de ideas socialistas, ya que los derechos civiles tienen un carácter social, tutelado por las autoridades, prohibiendo expresamente todo abuso del derecho, así como todo ejercicio irracional de los mismos. Este artículo

⁸⁵ De Gásperi Morello, L. ob. cit. p. 653.

⁸⁶ Bejarano Sánchez, M. ob. cit. p. 269.

primero por tanto no tiene gran diferencia respecto de otros códigos europeos como el suizo y el alemán.

B. Legislaciones de criterio funcional, o de relatividad de los derechos.

Bajo este título señalaremos algunos países que contemplan al abuso del derecho de manera especial, ya que sin ser una regla general escrita, la aceptan ya sea por la aplicación de artículos especiales, los cuales la admiten parcialmente o por la jurisprudencia que en ocasiones inspira en ellas sus determinaciones.

En esta categoría se encuentran las legislaciones que han sido influenciadas en gran medida por el Código Napoleón, aproximándose así en gran medida al sistema francés, como es el caso de nuestro país, las cuales utilizan de diversa manera a los principios generales de derecho, los cuales auxilian y ayudan en gran parte a los legisladores para llenar los vacíos existentes en las leyes.

a). BÉLGICA.- Por lo que respecta al abuso de los derechos hallamos que en este país no se encuentra reglamentada en ningún texto legal, pero sí ha sido consagrada en algunas jurisprudencias relativas a casi todas las materias.

A este tenor Josserrand menciona que esto es comprobable en el abuso de propiedad, del ejercicio de las vías legales, "cuyo abuso es reprimido tanto por el legislador como por la jurisprudencia."⁸⁷

Por otra parte menciona otra jurisprudencia, citada por Campión que dice "Los delitos de prensa son lo que se cometen por el abuso de este derecho (25 de marzo de 1839, Pasic. 1839. 1. 55)."⁸⁸

La Jurisprudencia Belga según observamos es refractaria al desvío del poder buscando lograr una socialización de todas sus facultades.

b). ITALIA.- En Italia, un país con gran cultura latina se busca un desarrollo de su legislación escrita, la cual adopta parcialmente el principio del abuso de los derechos, así el Código de 1942, en el capítulo I, título II, de la propiedad, en su artículo 833 señala: "Actos de emulación: El propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que la de perjudicar o producir molestias a otros."⁸⁹

Aquí observamos que aunque el código no regula al abuso del derecho, pues la norma transcrita se refiere a los actos de emulación, que contrarios a la solidaridad, no entran en el contenido del derecho subjetivo, ni se menciona como figura especial del hecho ilícito.

C. Legislaciones absolutistas.

⁸⁷ Josserrand, L. El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. ob. cit. p. 237.

⁸⁸ Campión. Cit. por Josserrand, L. ob. cit. p. 237.

⁸⁹ De Gásperi Morello, L. ob. cit. p. 657.

Por lo general al hablar de las naciones anglo-sajonas nos viene a la mente la idea del individualismo, tanto en la vida como en las costumbres, tal es el caso de Inglaterra y Estados Unidos.

Para estos países los derechos son medios de acción que pueden ejercer hasta agotarlos, por medio de cualquier uso, en los límites objetivos trazados por la ley o la costumbre. El legislador desempeña una función consistente en permitir el libre desarrollo de las facultades de los individuos, para ellos "los derechos deben ser absolutos en su realización o no existir."⁹⁰

Los juristas ingleses y americanos valoran enormemente el principio de Inmunidad de los derechos, uno de los más famosos autores Frederick Pollock⁹¹ en su libro consagrado al Derecho de los delitos, ilustra este principio (immunity in exercise of common rights), con el ejemplo del "propietario de un inmueble que puede usar libremente de su propiedad aunque sea con objeto de dañar a su vecino, privándolo de la vista o agotando la fuente que brota en su predio; cava un pozo profundo y bombea una enorme cantidad de agua, de manera que la corriente que movía el molino del vecino no pueda ya hacerlo; o bien practica una apertura para mirar en la casa contigua; al hacerlo así no puede incurrir en responsabilidad, aunque se propusiera dañar a tercero": "según la jurisprudencia de la cámara de los lores nunca un uso de la propiedad,

⁹⁰ Josseland, L. El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. ob. cit. p. 241.

⁹¹ Ibid. p. 242.

que sería legítimo de inspirarse en un motivo correcto podría llegar a ser ilegítimo, por estar determinado por un móvil incorrecto o malicioso." A este respecto Josseland da el ejemplo de un litigante, a quien no pueda condenársele a pagar a su adversario, que haya obtenido sentencia favorable, los daños y perjuicios causados, por lo menos en materia civil; el abuso malicioso de los procedimientos civiles para ellos no constituye un delito.

En la legislación inglesa sin embargo, encontramos que la jurisprudencia es más benévola con la sociedad, así desde el año de 1706 se ubica al abuso del derecho en el (decoy case) caso de la escopeta, la cual "se trataba de un propietario, Kleeble, quien había establecido en sus dominios una escopeta para tirar a los pájaros del pasaje, matarlos y venderlos; su vecino, Hikingill, propietario limítrofe -en el deseo de espantar a los pájaros- disparaba sobre su propio fundo con fusil, y causaba así maliciosamente un daño a su vecino: el acto de este último era en sí lícito, lo que era ilícito fue su malicia, porque él lo hacía con la única intención de causar un perjuicio a otro"⁹², por lo que debía ser castigado.

Lo anterior nos muestra que el juez debe guiarse por todas las circunstancias para emitir su evaluación del caso concreto.

⁹² Rodríguez Arias, Bustamante, L. ob. cit. p. 107.

Considero que el absolutismo de los derechos sobreprotegen a los individuos, por lo que no puede subsistir eternamente ya que presenta aspectos antisociales que deben nivelarse con la relatividad de los derechos para lograr un equilibrio de la sociedad.

CAPITULO V

CONSIDERACIONES FINALES

I. CONSIDERACIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SUSTENTANTE.

Después de haber expuesto en los capítulos anteriores las teorías en pro y en contra de la figura del abuso del derecho, así como al haber analizado las legislaciones en el mundo que la contemplan o que la han previsto en algún momento de su evolución histórica como estados; el que suscribe considera necesario precisar que por lo que respecta a la teoría en estudio, el hecho de que nuestra legislación no la contemple como una figura independiente dentro de los apartados del Código Civil, constituye una grave omisión que repercute en todos los demás derechos plasmados dentro de nuestra legislación civil y en la esfera jurídica del gobernado, pues amparándose en el aparente ejercicio legítimo de un derecho pueden ocurrir situaciones que dejen en el desamparo total a la víctima de tal abuso.

Con lo anterior, y es necesario que se mencione, no se pretende que se limite el libre ejercicio de los derechos, pues con esto ya no viviríamos en

un régimen legal, más bien el objetivo que se persigue con este trabajo es que dentro de nuestra legislación se contemple el supuesto de que una persona al abusar de un derecho que le otorga la ley, y que lo utilice con el fin de dañar a otro, se hará acreedora a una sanción.

Así en nuestra vida cotidiana encontramos la presencia de diversos casos de abuso del derecho que se pueden amparar en las disposiciones de nuestro Código Civil vigente, tal es el caso de la negativa de los padres a otorgar el consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de dieciocho años previsto en el artículo 149; también podemos citar el caso del cónyuge separado que teniendo recursos e ingresos suficientes dolosamente renuncia a su empleo y finge caer en insolvencia con el propósito de demandar alimentos en términos del artículo 323 con la única finalidad de perjudicar a la otra parte.

En materia de propiedad se presenta el caso de quien corta los manantiales del terreno vecino sin obtener ningún beneficio, artículo 934 y en lo que respecta a las servidumbres puede presentarse que alguien sin obtener ningún beneficio evite el paso de materiales y equipo para el acondicionamiento y reparación de un inmueble enclavado en un predio dominante con el único fin de que su propietario no pueda terminar en tiempo y verse así perjudicado.

Los anteriores ejemplos se pueden enfocar con lo dispuesto por el artículo 1912 para configurar al abuso del derecho.

En ese sentido, y por lo que respecta al tema en estudio en otras legislaciones es notable ver que desde el derecho romano el punto de partida para su análisis y regulación es el derecho de propiedad, y de ahí se ramifica hasta abarcar los derechos personales, logrando con esto una mayor equidad y seguridad, pero siempre cuidando no exceder de los límites que el mismo derecho establece.

Por otra parte, y siguiendo con la misma idea sobre la factibilidad de incrementar la presencia de la teoría a nuestra legislación, es necesario considerar que para la existencia legal de la figura, imprescindible resulta que la figura del abuso del derecho sea separada del hecho ilícito como generadora de obligaciones para que el legislador aporte un concepto claro de la misma y en el que se contemplen los elementos que como hemos visto anteriormente, son esenciales para la existencia del abuso del derecho, es decir, se haga uso de un derecho legítimo con intención de dañar a otro sin que se obtenga ningún beneficio.

Por consiguiente, considero que el abuso del derecho debe ser ubicado en las disposiciones preliminares de nuestro Código a fin de que tal figura se independice y tenga una mayor presencia tanto en nuestra legislación como en nuestra vida cotidiana.

En ese sentido, no se considera que el precisar el concepto de la figura del abuso del derecho sea un problema, más bien lo que podría traer cierta incertidumbre sería la aplicación de la norma pues sería el juez quien tendría que avalar los argumentos de las partes, ahondando en todos los detalles y tratando de descubrir la intención ante todo, y dado que en nuestra legislación se presume la buena fe, será difícil el impartir justicia, mas es preferible que los abusos queden a criterio del juzgador, que permanezcan amparados en la ley y bajo el supuesto ejercicio legítimo de un derecho.

CONCLUSIONES

- I. Al abuso del derecho se le conceptualiza como el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo.

- II. Los elementos que conforman al abuso del derecho son: el ejercicio de un derecho que causa un daño; ejercitarlo únicamente con el fin de causar daño; y que este ejercicio de un derecho no reporte ninguna utilidad para su titular.

- III. Por hecho ilícito entiendo que es toda conducta humana culpable, por acción u omisión, contraria al ordenamiento positivo, que debe ser acreedora de una sanción, misma que consiste en el deber de indemnizar.

- IV. Nuestro Código Civil contempla en el artículo 1912 al abuso del derecho como una especie de hecho ilícito en su Libro Cuarto, Parte Primera, Título Primero, Capítulo V, intitulado "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos".

- V. Existe la posibilidad de abusar en el ejercicio de los derechos. Los derechos, son productos sociales, su origen proviene de la comunidad. Cada derecho tiene un fin y su titular no debe desviarlo. Recordemos lo que al propósito dice Jossierand: "Los derechos se han realizado para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos".
- VI. Considero que una cosa es el medio, otra la finalidad; una cosa es el acto, otra el móvil que lo inspira, el fin a que responde, y la forma de actuar es la que traduce, desde hace siglos, la máxima "summum jus, summa injuria", al utilizar un derecho se puede cometer desde una falta hasta una infamia, lo que es en sí un abuso del derecho por lo que estará comprometiendo quien lo realice su responsabilidad para con la víctima.
- VII. Considero pertinente asumir el criterio finalista expuesto por Louis Jossierand, quien considera que hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerce apartándose de la finalidad con vista a la cual le fue conferido el derecho.

- VIII. Lo expresado en la conclusión anterior nos acerca totalmente a la concepción del derecho-función, en oposición al derecho-poder. Para el derecho-función, los derechos subjetivos le son confiados a los particulares con una finalidad social determinada.
- IX. Por lo que respecta al Código Civil vigente el Legislador de 1928 se acogió al criterio intencional para regular la teoría del abuso del derecho en el artículo 1912 de nuestro Ordenamiento Civil.
- X. Es así, que nuestro Código Civil vigente regula en el artículo 1912 a la teoría en estudio, y sigue el mismo criterio del Código Napoleón, al incluir al abuso del derecho en el capítulo de los actos ilícitos, reconociendo con ello tal naturaleza dentro de la corriente del más puro Individualismo, predominante en el texto del citado ordenamiento francés.
- XI. Reconozco que todo derecho tiene un fin social, por lo que si dejamos a criterio de los jueces el averiguar si se ha cometido o no un abuso, ellos controlarían nuestros actos convirtiéndose en censores de nuestras acciones, con detrimento de la seguridad indispensable de la vida jurídica, ya que nunca estaremos seguros de que un contrato se haya celebrado

válidamente, o de que cualquier otro acto jurídico se haya cumplido regularmente sin lesionar intereses ajenos maliciosamente.

- XII. Considero pertinente que la Institución del abuso del derecho se la incluya como principio general de derecho en las disposiciones preliminares de nuestro Código Civil para darle una mayor fuerza a la figura de manera general sobre todo el ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL.
 - CURSO DE OBLIGACIONES. T. II. Edic. 3ª. 1ª reimpresión. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1989.
 - DERECHO PRIVADO. T. I. Edic. 4ª. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1989.
2. BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL.
 - OBLIGACIONES CIVILES. Edic. 3ª. Ed. Harla, Harper & Row Latinoamericana, México, 1984.
3. BIALOSTOSKY, SARA.
 - PANORAMA DEL DERECHO ROMANO. Compendio. Edic. 5ª. Ed. Limusa. México, 1979.
4. BONNECASE, JULIEN.
 - ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. T. II. Vol. XIV. Edic. 1ª. Española. Ed. José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1945.
5. ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN.
 - TRATADO DE DERECHO CIVIL. T. V. 11ª Revisión. Ed. Bosch. Barcelona, 1976.
 - TRATADO DE DERECHO CIVIL. T. II. Parte 2. Traducción de la 35ª Edic. Alemana. por Pérez González Blas y Alguer José. Ed. Bosch. Barcelona, 1935.
6. FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS.
 - ABUSO DEL DERECHO. Edic. 1ª. Ed. De Palma. Argentina, 1992.
7. GÁSPERI MORELLO, LOUIS, DE.
 - TRATADO DE DERECHO CIVIL. Vol. IV. Edic. 1ª. Ed. Tea. Argentina, 1964.
8. GAUDEMET, EUGENE.
 - TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Edic. 2ª. Traducción de Macedo. Ed. Porrúa. México, 1984.
9. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO.
 - DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Edic. 5ª. Ed. Cajica. México, 1981.
 - DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Edic. 9ª. Ed. Porrúa. México, 1993.
10. JOSSERAND, LOUIS.
 - DEL ABUSO DE LOS DERECHOS Y OTROS ENSAYOS. Monografías Jurídicas. Edic. 1ª. Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1982.
 - EL ESPÍRITU DE LOS DERECHOS Y SU RELATIVIDAD. Vol. XVII. Edic. 1ª. Ed. Cajica Jr. México, 1946.

11. LEMUS GARCÍA, RAÚL.
- DERECHO ROMANO. Compendio. Edic. 5ª. Ed. Limusa. México, 1979.
12. MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO.
- INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. T. I. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1978.
13. MAZEAUD, HENRI. ET. AL.
- TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA REPOSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL. Edic. 1ª. Ed. Jurídicas Europeas. Buenos Aires, 1961.
14. MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL.
- EL ABUSO DEL DERECHO. Edic. 1ª. Ed. Montercorvo. Madrid, 1982.
15. PLANIOL, MARCEL.
- TRATADO DE DERECHO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL Traducc. de la 12ª Edic. Francesa. Ed. José M. Cajica Jr. México, 1955.
16. RASQUIL, JOSÉ A. N.
- MANUAL DE LATÍN JURÍDICO. Edic. 2ª. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1993.
17. REALE, MIGUEL.
- INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Edic. 2ª. Ed. Pirámide. Madrid, 1977.
18. RODRIGUEZ-ARIAS, BUSTAMANTE, LINO.
- EL ABUSO DEL DERECHO. TEORÍA DE LOS ACTOS ANTINORMATIVOS. Breviarios de Derecho. Edic. 2ª. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.
19. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
- COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Vol. III. Edic. 16ª. Ed. Porrúa. México, 1989.
- DERECHO CIVIL MEXICANO. T. I. Edic. 6ª. Ed. Porrúa. México, 1990.
- DERECHO CIVIL MEXICANO. T. V. Vol. 1ª. Edic. 5ª. Ed. Porrúa. México, 1985.
20. SALEILLES, RAYMOND.
- ETUDE SUR LA THEORIE GENERALE DE'L OBLIGATION, D'APRES, LE PREMIERE PROJET DE CODE CIVIL POUR L'EMPIRE ALLEMAND. Edic. 3ª. Ed. Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1914.
21. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO.
- EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO. Edic. 1ª. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1984.
- INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, NOCIONES ELEMENTALES. Traducción de la 3ª Edic. Francesa. Ed. José M. Cajica Jr. México, 1944.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1°. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edic. 120°. Ed. Porrúa. México. 1997.
- 2°. CODE CIVIL DES FRANCAIS ÉDITION ORIGINALE ET SEULE OFFICIELLE A PARIS, DE L'IMPRIMERIE DE LA REPUBLIQUE. AN XII.-1804. Réimpression anastatique de l'édition Paris 1804. Ed. Blätsche & Ducke GmbH, Darmstadt. Alemania, 1804.
- 3°. CÓDIGO CIVIL DE 1870 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA. Edic. 1°. Ed. Imprenta de José Batiza. México, 1870.
- 4°. CÓDIGO CIVIL DE 1884 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA. Edic. 1°. Ed. Imprenta de Francisco Díaz de León. México, 1884.
- 5°. CÓDIGO CIVIL para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, correlacionado, Ed. Sista. México, 1997.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADOS

- I. ATWOOD, ROBERTO.
- DICCIONARIO JURÍDICO. Edic. 1°. Ed. Librería Bazán. México, 1981.
- II. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.
- UNAM. T. II. Edic. 3°. Ed. Porrúa. México, 1989.
- III. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.
- UNAM. T. I. Edic. 6°. Ed. Porrúa. México, 1993.
- IV. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. T. I., T. III. Ed. Driskill. Buenos Aires, 1984.
- V. FERNÁNDEZ DE LEÓN, GONZALO.
- DICCIONARIO JURÍDICO. T. I. Edic. 3°. Ed. Contabilidad Moderna. Argentina, 1972.