

EL ABUSO DEL DERECHO

(TEORIA DE LOS ACTOS ANTINORMATIVOS)

*Por el Dr. Lino RODRIGUEZ-ARIAS
BUSTAMANTE, Profesor de la Uni-
versidad de Panamá.*

Al profesor Dr. Eduardo J. Couture, prestigioso jurista uruguayo, cuya dedicación a la cátedra, al libro y al foro, han hecho de su vida un sacerdocio para enaltecimiento de la ciencia del Derecho en el mundo Hispanoamericano.

I. Introducción

Las mutaciones de la materia social requieren siempre ser objeto de la atención debida por parte del legislador a fin de evitar, en lo posible, inadaptaciones entre el campo de la realidad social y jurídica. Así, pues, la teoría de que vamos a ocuparnos surge para llenar una necesidad en la vida del Derecho, necesidad que se había desarrollado al amparo de unas prerrogativas legales abusivas; resultaba que entre el Orden Jurídico y el principio de Justicia no se daba la armonía que es menester; el propietario, mejor dicho, todo derecho subjetivo era actuado con arbitrariedad sin tenerse en cuenta para nada las repercusiones de este ejercicio abusivo en la vida de la sociedad.

Por entonces, la institución de la propiedad gozaba de las mayores prerrogativas en todas las legislaciones inspiradas en la doctrina del Código napoleónico, el cual la define en su artículo 540 como: "el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta"... En términos análogos lo hace el italiano de 1865, en el artículo 436 y el nuestro en el 348. En estas definiciones va implícita el *jus utendi et abutendi re sua*

quatenus juris ratio patitur: unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat, o según las Partidas: "señorio o poder que ome ha en su cosa de facer della o en ella, lo que quisiere, según Dios o según fuero". (Ley 1ª, art. 28, part. 3.)

La existencia a favor de algunos derechos del *jus abutendi* que facultaba a sus poseedores para abusar de las cosas sobre que recaían aquéllos de la manera más absoluta y general,¹ hizo nacer en el campo jurídico la distinción entre derechos absolutos y relativos, incluso, viendo en la misma una diferencia de naturaleza, lo que han negado, entre otros, Demogue.²

Este absolutismo de los derechos subjetivos fué atacado, precisamente, en el derecho que por decirlo así les representaba: en el de la propiedad. La teoría del abuso del Derecho fué según CALVO SOTELO,³ una de las reacciones que a fines del siglo XIX se produjeron contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista. Como precursores pueden señalarse tres comentaristas del art. 1382 del Código Civil francés: 1ª TOULIER decía que —encontrando un precedente de interpretación para dicho artículo en el 36 del Código prusiano— no puede incurrirse en falta cuando se hace lo que se tiene derecho a hacer; pero agregaba: "a menos de que se excedan los justos límites de su derecho y se observe claramente que entre varias maneras de ejercerlo se haya escogido, con propósito de dañar a otro, lo que podría serle perjudicial"; 2ª LOROMBIÈRE, que llegó a la misma conclusión, y 3ª SOURDAT.⁴

La reacción contra la tesis individualista llevó a una concepción opuesta. De aquí que JOSSERAND sitúe en primer plano los derechos sociales condicionando la vivencia de los derechos subjetivos a su vida en sociedad; es decir, que el origen real de los derechos del hombre se encuentran en lo social, no teniendo razón de existir aquéllos más que para asegurar el funcionamiento de la vida colectiva. Y dicho jurista opone a la concepción de los derechos absolutos la de la relatividad de los mismos, en cuanto que son concedidos, exclusivamente, en vista de su función social.

Ha sido, principalmente, la doctrina jurisprudencial quien se ha ocupado de perfilar la teoría del abuso del Derecho a través de sus fallos,

1 De Visscher, *Du jus abutendi*. "Rev. Trim." 1913, 339.

2 *Les notions fondamentales du Droit Privé*, 1911, 405.

3 En *El abuso del Derecho*, 1917, 21.

4 Casso y Romero, *El abuso del Derecho*. Sevilla, 1935, 17.

haciéndola extensiva, tanto al dominio del Derecho Civil —poder familiar, propiedad, contratos, ejercicio de acciones en justicia— como al derecho público y administrativo —reglamentación de las libertades individuales y corporativas— y, en fin, al derecho internacional privado y público.

La teoría estudiada se propuso, desde su nacimiento, reincorporar nuevos principios justos al orden jurídico que se hallaba perturbado por un ejercicio de los derechos lesivo en lo social, declarando que de la actuación de los mismos también puede resultar un daño para terceros, preciso de reparación.

II. Precedentes históricos

A) *Derecho Romano*.—En éste, el jurisconsulto GAYO ya proclamaba: *male enim nostro jure uti non debemus*, para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar sus esclavos. Así M. Charles APPLETON ha podido decir de esta teoría: “es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del derecho romano, yendo del derecho estricto hacia la equidad”, o sea, desde las XII Tablas hasta la afirmación de Paulo: *non omne quod licet honestum est*.

De consiguiente, si los romanos no conocieron en su terminología jurídica el concepto “abuso de los derechos”, no es menos cierto también, por lo acabado de exponer, que es el pretor quien introduce esta teoría ordenando al juez decida en ciertos casos *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, o bien, *ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*, teniendo en cuenta la moralidad, los usos del comercio, las circunstancias particulares del caso. Por eso, cuando ULPIANO pronuncia la fórmula: *juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere suum cuique tribuere*, no hace más que recoger las enseñanzas del Derecho que él ya conocía.

La *exceptio doli generalis*, constituyó un medio contra el abuso de los derechos en cuanto que se oponía para impedir que un perjuicio material, revestido de un derecho simplemente formal, triunfase sobre el buen derecho del demandante, puesto que, sobre todo, la intención de dañar encuentra su reprobación por parte de los juristas por ser ella contraria al sentido económico de los derechos; así ULPIANO (fr. 1, 12 D, *de aqua et aquae* 39, 3): *denique MARCELLUS scribit, cum eo qui in suofodiens vicini fontem aver tit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non*

debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Luego si el propietario que procede a excavaciones sobre su propio terreno, causa un daño a su vecino, él no se obliga más que en el caso de que hubiera actuado en el pensamiento de dañarle. Y de la misma fórmula de PAULO (fr. 2, 9 D, *de aqua et aquae* 39, 3): *quae sententia verior est si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*, se deduce que es el elemento económico el decisivo para exigir la reparación del daño causado por un acto que, en sí mismo, no es contrario a derecho queriéndose ver en el principio *no quo malitiis indulgendum est*, el fundamento de la concepción estricta del abuso de los derechos. (Fr. 39 D, *de rei vind*, 6, 1.)

Este mismo espíritu impera en la reglamentación de las relaciones de vecindad, siendo la intención de dañar, como en los demás casos, la generadora de la responsabilidad del agente, exigiéndose del ciudadano el respeto hacia el derecho ajeno: *nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne nociat aut interpellat facientem, quod jure facere possit, sed ne nociat aut interpellat facientem, quod jure facere possit.* (Labeo, Jr. 2D, 39, 3.) Quiere ver SALEILLES el origen de la teoría del abuso en el momento en que el legislador impone al propietario ciertas obligaciones legales, obligaciones de vecindad.

BLUMNER, analizando la concepción de esta teoría en el derecho romano, dice que es menester, primeramente, constatar que el adagio *neminem laedit qui jure suo utitur*, no tiene en las fuentes la misma significación que se le da cuando se quiere designar por aquél el absolutismo de los derechos subjetivos.

Las fuentes dicen: *nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur* (fr. 55 *de div. reg. jur.* 50, 17, Gaius) *nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet* (fr. 151 cod. Paulus); *non videtur vim facere qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur* (fr. 155 cod. Paulus). Luego, estos textos no quieren decir: *ne lese personne celui qui use de son droit*, sino, por el contrario, que el que produce un daño con derecho y causa no actúa por *dolus* o por *vis*, no comete *damnum injuria datum*.

B) *Doctrina de la aemulatio*.—Los conflictos de derechos a que había lugar por la coexistencia de fundos vecinos, originaria en la Edad Media, la doctrina de los actos “emulativos”, fundada por CINO DE PISTOIA y que aparece como antecedente de la teoría del abuso.

La *aemulatio* consistía en la ejecución de un acto *animo nocendi*, intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho, siendo determi-

nado, generalmente, por un ánimo de envidia, celos, malignidad, despecho; si bien puede ser susceptible de constituir el acto bueno, la imitación de la virtud.

Fueron los sabinianos quienes combatieron las reglas que se dieron para oponerse a los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos, mientras los proculeyanos propugnaron por la consagración de los normas de la *aemulatio*. RICCIBONO nos dice cómo en el período postclásico termina imperando el criterio de los segundos, viendo en ello la influencia de la ética cristiana que condujo, en el medievo, la máxima evangélica que estima ilícito negar lo que a uno es útil y no daña al que lo pueda conceder; *quod mihi prodest, tibi autem non nocet, si denegetur fit injuria*.⁵

También SCIALOJA se refiere a la significación de este vocablo *aemulatio*, recordando, del mismo modo, a CICERÓN en las *Tusculanae*, (lib. IV, cap. 8, 17): *Aemulatio autem dupliciter illa cuidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur . . . et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiat, ipse careat*.⁶ Este autor concluye diciendo, en su artículo insertado en la *Enciclopedia Giurídica Italiana* "que los actos de emulación no son prohibidos. El propietario puede hacer todo lo que esté comprendido en los límites objetivos de su derecho, sin que se admita la indagación acerca de su intención", y añade: "Resumiendo, por consiguiente, diremos que no hay prohibición de los actos emulativos, como tales; que el propietario es libre en sus acciones cuando no se derive un conflicto de derechos; que finalmente, en el caso de conflicto, cuando uno de los derechos tenga su fundamento y su sustancia en la utilidad de quien lo ejercita, este último derecho, faltando la utilidad, debe desconocerse."⁷ Tesis que es compartida, entre otros, por ATZERI-VACCA (*Sulla doctrina degli atti ad emulazione*, Cagliari, 1880, II, pp. 17-19) y negada por D'ANCONA, quien sostiene se daba en el Derecho romano la prohibición de los actos de emulación.⁸

Es en el *Digesto*, lib. 50, tít. 10, ley 3, donde aparece por primera vez la expresión *aemulatio*, estableciéndose en el texto: *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat, vel cir-*

5 *Aemulatio*, "Nuovo Digesto Italiano", t. I pp. 209 y s

6 *Aemulatio*, en "Enc. Giur. Ital.", vol. 1, parte 2, secc. 1a. p. 426, núm. 1.

7 *Op. cit.*, párrafo 13, p. 439.

8 *Degli atti ad emulazione nell' esercizio del diritto di proprietà*, en "Arch. giur", N° 52 (1893) pp. 315-325.

cum theatrum, vel amphitheatrum sit. 1. Publico vero sumptu opus novum sine principis auctoritate fieri non licere, Constitutionibus declaratur. 2. Inscribi autem nomen operi publico alterius, quam principis, aut ejus, cujus pecunia id opus factum sit, non licet.

FADDA Y BENSA critican la opinión de Pernice, quien recuerda desde los ejemplos dados por antiguos jurisconsultos que las interpolaciones de los compiladores no constituían una verdadera novedad, sino sólo la aplicación de un principio de equidad, de una tutela de los intereses de los particulares, de una represión de inútiles actos maléficis. Contrariamente a esta opinión de Pernice, consideran los anotadores de Windscheid que "los compiladores justinianos no han dado mayor desarrollo al pensamiento jurídico clásico sino que, o han introducido un nuevo principio o al menos han acogido un principio desarrollado en el Derecho romano-helénico de los últimos siglos."⁹

ROTONDI hace a este respecto una observación muy oportuna, pues los autores no nos indican si aún en las interpolaciones "se dió relieve al elemento psicológico característico de la *aemulatio*, o si por el contrario, sólo se establecieron límites objetivos al ejercicio de los derechos".¹⁰

SPOTA —a quien seguimos con constante profusión en este apartado—, entiende que el Derecho romano nos ofrece un ejemplo siempre redivivo de la lucha entre el derecho y la ley; aquél se desarrolla y se perfecciona con las nuevas exigencias sociales con el concepto más humanizado de la convivencia social; la norma, en cambio, en retroceso con la vida, sólo puede seguir desempeñando su función reguladora cuando, al lado de los límites objetivos que establece, admite límites subjetivos, vedando el ejercicio del poder jurídico, sea con intención vejatoria, sea no acoplando ese ejercicio a los imperativos de la utilización de los bienes, de modo tal que el individuo proceda de consuno con el fin de la ley.

Un acto ejecutado sin propio o escaso beneficio, con daño ajeno y con propósito avieso asume el carácter abusivo que en el derecho contemporáneo también tiene, aun cuando en éste la doctrina del abuso de los derechos haya llegado a ser configurada para supuestos mucho más interesantes y de mayor trascendencia económica, social y moral que la relativa a los actos ejecutados con la intención de causar daño a otro, ejerciendo su propio derecho.

⁹ Notas al "*Diritto delle Pandette*" de Windscheid, t. iv, p. 694.

¹⁰ *Aemulatio*, "*Riv. dir. civ.*", 1923, p. 867.

Ahora, ¿media acto de emulación sólo cuando se causa el daño por el daño mismo o también cuando por él se pretende obtener un beneficio propio, un provecho económico? ¹¹

AZZARITI y MARTÍNEZ dicen que, si los actos emulativos bajo el aspecto de su antítesis con el fin del derecho se encuadran en la general prohibición del abuso del derecho, este concepto se presenta más amplio y comprensivo, en el cual debe prescindirse de la particular y difícil investigación sobre la buena fe del sujeto, puesto que la mala fe es, por el contrario, inseparable del concepto de emulación. De esta forma, el abuso del derecho habría de establecerse con criterios meramente objetivos, o sea, cuando el acto del particular esté en contraste con el fin para el cual el derecho mismo es concedido. ¹²

C) *Derechos canónico y musulmán.*—En la doctrina de los Padres de la Iglesia se contuvieron reglas de restricción al uso y ejercicio de los derechos, principalmente respecto al de propiedad.

Respecto del *Derecho musulmán* interesa hacer referencia al trabajo de Mahmoud FATHY, intitulado *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, publicada en 1903 en el que anuncia al mundo que, esta teoría tan laboriosamente forjada por la jurisprudencia francesa, había sido desarrollada con anterioridad por los jurisconsultos musulmanes. Después, tenemos, entre otras, las siguientes publicaciones: MORAND, *Etudes de droit musulman algérien*, (Alger, 1910); M. Emile TYAN, *Système de la responsabilité delictuelle en droit musulman* (Lyon, 1926), y la de EL SAID MOSTAFA, *L'étendue et l'exercice des droits conjugaux*, en la que presenta un cuadro general de la teoría del abuso de los derechos en *Derecho musulmán*.

CHAFIK CHEHATA señala en su tesis, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, (El Cairo, 1936), el peligro de abordar el estudio de los textos de *Derecho musulmán* como si formasen un bloque compacto, pues cada escuela posee de hecho una técnica y una terminología propias, no siendo exagerado sostener que existen en realidad varios sistemas jurídicos musulmanes que se yuxtaponen los unos a los otros. Por tanto, es menester remontarse a las primeras fuentes de este Derecho y seguir la evolución de sus instituciones a través de los siglos, respetando el orden cronológico de las obras. Por ejemplo, observamos que mientras FATHY concede amplia importancia a autores tales como AL GHAZALI o

11 *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, 1947, t. I, vol. II, pp. 137 y 125.

12 *Diritto civile italiano*, Padova 1943, I, pp. 18 y 19

IBN TAYMIYYA, los cuales, en las obras citadas por él no tienen gran trascendencia jurídica.

Es incuestionable que la distinción entre el *jus* y el *fas* ha sido siempre vista con claridad por los jurisconsultos musulmanes. Por cierto que la calificación de musulmán no es para imprimir al sistema jurídico un carácter religioso determinado. Se trata, pues, de un sistema de Derecho de carácter esencialmente positivo que ha recibido aplicación en los países que han visto ensancharse la civilización musulmana. El Derecho musulmán es un derecho esencialmente empírico, que parte del caso, es decir, de las "soluciones" que forman la trama misma de todas las obras clásicas. Si nos remontamos a las obras de los primeros fundadores de la escuela, se advierte el espíritu individualista que inspira las soluciones adoptadas. El "Compendium" de toda la doctrina hanéfita (el "Asl") que es la obra de Mohamad B. AL-HASSAN ACH-CHAYBÂNI (muerto en el año 189 de la Egira), uno de los dos discípulos directos de ABOU HANIFA (muerto en el año 150 H.), recoge el caso siguiente: "Después de la división, el propietario de la construcción puede, no obstante la objeción del vecino, propietario de la parcela limítrofe, abrir las ventanas o sobre el fundo vecino, incluso en el supuesto de que sean a éste perjudiciales". De donde que el propietario tenía un derecho absoluto sobre su propiedad, no pudiéndosele imponer restricciones de ninguna clase. AS-SARAKHSI (un jurisconsulto de la época clásica, muerto en el año 438 H.), dice —lo que es prueba irrefutable de la admisión de la distinción entre derecho y moral o entre el derecho y la religión— que en conciencia, el propietario deberá evitar a su vecino el perjuicio que resulta del ejercicio de su derecho.

Los primeros autores que nos dan las soluciones nuevas se colocan en el siglo VI de la Egira. Son precisos, pues, cuatro siglos para limitar el carácter absoluto del derecho de propiedad. AS-SADR, ACH-CHABID (536 H.), BURHAN AD-DIN (540 H.), AR-RAZI (598 H.), parecen haberse querido sacudir el yugo de las soluciones individualistas. He aquí, en efecto, las soluciones que ellos dan: "El propietario no puede instalar sobre su propiedad un horno o un molino o una caldera si resulta para el vecino un perjuicio manifiesto". (Citados en IBN-AL-HUMÂM (861), v, 506 y en HASKAFI 1088, IV, 500). Pero ¿cómo los autores del siglo VI han modificado el derecho vigente sobre este punto esencial? Nos parece que el punto de irrupción de la idea ha sido el caso de los propietarios de los diferentes pisos de un mismo inmueble y, de una manera general, el caso de los propietarios indivisos en la indivisión forzosa. Es muy su-

gestivo observar que los casos de uso abusivo encuentran, precisamente su lugar en las obras, a continuación de los supuestos en que se reglamentan las relaciones entre los propietarios de pisos.

El perjuicio manifiesto que debe ser evitado es el que sobrepasa toda medida, el perjuicio "exorbitante", o sea el que impediría totalmente al vecino disfrutar su propiedad. En un sentido objetivo, se entendía, que el propietario habría de modificar el estado de las cosas, cualquiera que fuese la antigüedad del perjuicio causado a su vecino (AL-KHAYR AR-RAMLI e IBN ABIDIN, IV, 305 y 501). Los codificadores del siglo XIX han adoptado la nueva teoría que se encuentra en la "Medjellé" (art. 1197-1201) y en el "Status Réel" de QADRI PACHA (art. 59-61), consagrando la teoría del abuso en los límites anteriormente trazados. Estos límites, en derecho hanofita se confunden con la institución de las relaciones de vecindad, en el derecho occidental. En esta materia, donde la moral se entrecruza con el derecho, es fácil encontrar en los moralistas del Islam condenaciones explícitas de todo uso abusivo de un derecho, cualquiera que sea. (Cfr. ampliamente CHAFIK CHEHATA, *La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", París, 1952-2-217 y ss.)

III. Derecho Comparado

A) *Derecho Francés*.—Ya nos encontramos a Domat que, en su libro las *Lois civiles*¹³ dice que un propietario puede incurrir en responsabilidad si verifica un cambio en su fundo con el sólo objeto de dañar a otro sin beneficio para sí.

De todas maneras, es grande la resistencia a admitir el principio del abuso del derecho, puesto que es regla constante del derecho consuetudinario el adagio romano *neminem laedit qui jure suo utitur*; empero, la oposición parte, principalmente, del derecho revolucionario francés que proclama un individualismo exorbitante que culminaría en el absolutismo de los derechos subjetivos, teniendo su principal expresión en el derecho de la propiedad.

Antes de que la teoría del abuso del Derecho, hubiese sido doctrinalmente expuesta, la jurisprudencia francesa ya se había negado a conocer

¹³ Livre II, Tit. 8, sect. 3 n° 9.

de ciertas acciones judiciales a causa de la inmoralidad del demandante: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Así se afirma a propósito de la repetición de prestaciones provistas en virtud de un contrato inmoral. Los jurisconsultos romanos no aplican la regla "in pari turpitudinis causa cessat repetitio", más que si la tradición ha sido hecha en virtud de un contrato inmoral, diciendo que es la causa torpe del *tradens* quien impide el ejercicio de la acción de repetición. POTHIER ha dicho: que aquél que ha entregado en virtud de un contrato inmoral, es indigno de la protección de las leyes, careciendo del derecho de repetición, según las reglas del fuero de la conciencia y las del fuero exterior.¹⁴

Entre las decisiones jurisprudenciales negando el derecho de repetición se pueden citar las que tienen por objeto la subsistencia de relaciones de concubinato, adulterio, la corrupción de un funcionario, el juego. No obstante, ha habido contratos con un cierto carácter inmoral, en los cuales la regla ni ha sido indicada ni aplicada. Así, la jurisprudencia admite la restitución del precio pagado al corredor matrimonial, al notario por la compra común de inmuebles, la de una concubina contra su sostenedor.

En el fondo, la incertidumbre que imperaba sobre la aplicación de la regla provenía de que más que presentar un carácter jurídico lo tenía moral, existiendo una cierta afinidad entre esta teoría y la del abuso del derecho, puesto que, en los dos casos, el ejercicio del derecho se prohíbe como consecuencia de la indignidad moral del que lo ejerce, debiéndose comprobar ello en cada supuesto particular.¹⁵ De todos modos, estimamos que esta semejanza que estableció el profesor Ripert entre estas dos instituciones es muy sutil, porque a veces, en la teoría del abuso, no se presenta con una intencionalidad dañosa, sino que, inclusive, puede actuar el titular del derecho dentro de los cánones de la buena fe y con todo, estar causando un perjuicio ajeno sin que obtenga beneficio propio, en cuyo caso no puede hablarse de indignidad moral, aun cuando se dé la lesión de un derecho ajeno por faltar al ejercicio legítimo del derecho que se actúa.

No vale la objeción para estos supuestos de la negación de la acción de repetición, de que ella viene a fundarse no sobre el contrato sino sobre el pago de lo indebido, y, por tanto, si la acción es negada, basándose en la existencia de un contrato inmoral, les queda la acción extracontrac-

14 *Obligations*, Núms. 43 y 45.

15 Ripert, *op. cit.*, 1949, 183 a 191.

tual de "in rem verso", para reclamar lo que ha pasado de un patrimonio a otro. Apoyamos nuestro aserto, en que en la mayoría de los casos no se pueden separar el pago que ha sido hecho del contrato que ha dado nacimiento al mismo. Luego, si para que haya acción de *in rem verso* es menester que el pago sea sin causa, aquí por el contrario, hay una causa, pero inmoral.¹⁶

Por eso, la reacción por lo que se refiere a la jurisprudencia francesa había de partir de un principio equitativo precisamente al interpretar estos derechos absolutos; los derechos subjetivos debían dejar de ser un fin en sí mismos para devenir a considerarse como un medio, es decir, a relativizarse. Las decisiones jurisprudenciales en este sentido ponen de manifiesto un afán muy loable de buscar una concordancia entre la realidad social y la letra de la ley, pues los derechos subjetivos no podían quedar reducidos en la práctica jurídica a meras nociones abstractas, sino que precisaban adquirir vigencia en medio del ambiente social para el que existían; no podían ejercitarse arbitrariamente sino obedecer a una finalidad, cuyo uso contrario a ésta supondría infringir daños a terceros precisos de reparación.

La teoría del abuso de los derechos es desarrollada por la jurisprudencia francesa en una doble dirección: limitando de una parte derechos con los cuales hasta este momento no había tomado contacto (v. gr. el derecho de protección que pertenece al padre respecto de sus hijos; el conferido al marido de autorizar a su mujer, etc.), y de otra, sentado por el criterio teleológico de los derechos, o sea, que mientras el Derecho romano sólo tomaba en consideración si el acto a juzgar había sido o no malicioso, aquí se decide por la funcionalidad o no del acto, atendiéndose, por tanto, a si las facultades legales contienen una violación de los principios fundamentales del orden jurídico, y si esta violación es generadora de daños ajenos; en una palabra, *hay abuso de un derecho cuando su ejercicio legal es antisocial*.

De aquí que los derechos absolutos, que en alguna medida reconoce la jurisprudencia francesa, constituyen "un último vestigio de una noción de los derechos subjetivos que hoy en día ha quedado, en general, superada" (MARKOVITCH). La relatividad de los derechos se afianza cada vez más, ya que el individuo tiene derechos, no sólo como ser humano, sino "más bien como miembro de un grupo social", y, por ello, ejerce siempre "prerrogativas que son de esencia social, satisfaciendo a la vez

16 Ripert, *op. cit.*, 1949, 192 y 193.

sus necesidades y cumpliendo una función social" (MARKOVITCH). Por eso "el ejercicio de los derechos subjetivos debe tener lugar socialmente y su titular podrá ser llamado a rendir cuenta de cómo y para qué fin ha ejercido su derecho, al menos en el caso de que tal ejercicio haya causado un daño a otro" (MARKOVITCH).

El precepto legal en que se han basado los tribunales y comentaristas para dar entrada en el Derecho positivo a la teoría del abuso, ha sido en el artículo 1382 del Código Civil —equivalente al 1902 del Código español—, que dice: "Tout fait quelconque de l'homme que cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer". De donde es obvio el carácter difuso y general de esta teoría la cual viene a sancionarse desde uno solo de sus aspectos: el externo, que es el único que para nosotros presenta de común con el citado artículo: la falta o el daño cometido. Sus modalidades de intencionalidad (no siempre necesaria) y de ejercicio conforme, en principio, a Derecho que la perfilan un tanto más diferenciándola de la simple responsabilidad, no se captan en el contenido de este precepto por ninguna parte.

BRU y MORIN,¹⁷ tratan de restringir el campo de aplicación de la teoría del abuso a los derechos que recaen sobre las cosas, o sea, la propiedad y sus desmembraciones, excluyendo de la misma los que ellos califican de puramente internos, que son los que tienen al hombre por sujeto al mismo tiempo que por objeto (derecho al nombre, a la libertad), y aquellos cuyo objeto está fuera del hombre —derechos externos— dando atribuciones sobre otros individuos (derecho de dirección del padre, ejecución del acreedor, etc.), ya que en éstos el daño que resulte de su ejercicio es la consecuencia normal.

A nuestro parecer, la solución que presentan estos autores no merece tomarse en consideración prístinamente, porque no atacan el problema en su verdadera esencia, cual sería fijar aquellos caracteres que diferencian a la teoría estudiada de las más próximas, y, segundo, porque ya que únicamente paran mientes en el concepto daño, *no hay por qué restringir su esfera de acción a los mal llamados derechos absolutos* —a los que recaen sobre las cosas— y dejar fuera todos los demás, cuando el abuso —valga la palabra—, tanto puede darse legalmente —nosotros diremos con mayor exactitud: con apariencia legal— en éstos y aquéllos, siendo cuando se da, tan anormal en unos como en otros.

17 Citados por H. Loubers, "Revue generale du Droit", 1907, 260.

Más consecuente es a nuestra opinión el criterio de MARKOVITCH¹⁸ que, partiendo también de la falta extiende la teoría, a la delictual, cuando el abuso resulte de la intención de dañar; a la cuasidelictual, si es de simple imprudencia o negligencia; y a la falta en general —base de los artículos 1382 Código francés y 1902 del español—, calificando el abuso de los derechos de “falta sui géneris”; si bien es cierto que tal abstracción al aplicarla nos impide ver en la misma los rasgos que la separan del principio de responsabilidad.

Hoy al ocuparse de la teoría del abuso no se debe olvidar la evolución experimentada por la de la responsabilidad, que si durante tiempo vivió asentada en la falta,¹⁹ al penetrar en ella el principio objetivo del riesgo ha vuelto a tomar desarrollo y reforzarse la *responsabilidad causal*.²⁰ De aquí que consideremos relegado a un segundo plano al principio culposo y enfoquemos la cuestión, incluso desde este aspecto externo de la responsabilidad, tomando como *punto de partida la existencia causal* (riesgo, sacrificio, pura equidad, desequilibrio de intereses, orden jurídico). Así, pues, si en el riesgo relacionamos el daño con el que goza de las ventajas del servicio para imputarle la responsabilidad, aun siendo personalmente ajeno al hecho que lo motivó, *en el abuso de los derechos, se dará el daño con repercusiones en la persona que lo causó* (aparte de los criterios de intencionalidad, económico, etc., que luego examinaremos), *en cuanto que dentro de la realidad jurídica ha tenido lugar una perturbación, ya que el causante del perjuicio no ejerció verdaderamente su derecho por la sencilla razón de que si lo hubiera actuado, las consecuencias no podrían haber sido nunca un daño, sino lo que hizo fué revestir de legalidad un acto anticausal radicando aquí el motivo de la imputabilidad.*

He aquí por qué es de excluir del contenido de esta teoría del abuso, tanto el concepto de delito civil como el de responsabilidad por culpa; pues mientras el primero de ellos supone una infracción del derecho por el que lo comete, el segundo implica un descuido o negligencia; todo lo contrario que tenemos por parte del que abusa de su derecho, ya que

18 *La théorie de l'abus des droits*, 1936, 142.

19 Charmont, “*Las transformaciones del Derecho civil*”, 1912, 236.

20 V. El trabajo del Dr. TH. Süß “*La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán*”, trad. Muller, Rev. Der. Priv., 1943, 54.

éste, generalmente, usa de sus prerrogativas con exceso de interés, moviéndose en apariencia dentro de la órbita legal.

En fin, esta teoría que nos ocupa supone una construcción de estructura compleja tal como resulta del examen que acabamos de hacer de la aplicación hecha por parte de la jurisprudencia francesa, denotándose en su lenta evolución unos contornos muy difusamente trazados que impiden ver con exactitud las diferencias que la separan, fundamentalmente, de la responsabilidad que es su punto de partida.

Por eso, se le ha criticado mucho a la teoría del abuso el haber supuesto un contratiempo en el progreso de las instituciones jurídicas, ya que, precisamente, en el momento en que la evolución del principio de responsabilidad alcanza un estadio de gran objetividad con la teoría del riesgo, abandonándose o al menos restringiéndose el campo de la culpa, ella viene a propugnar la vuelta a lo subjetivo, insistiendo en la necesidad de conocer el elemento psicológico del que actúa su derecho.

B) *Derecho alemán*.—La doctrina del abuso que revela una formación jurisprudencial no todo lo precisa que fuera menester, empieza a adquirir una sistemática con la consagración oficial que hace de ella el código de que pasamos a ocuparnos.

En un principio, había prevalecido también el adagio tradicional de que usar de su derecho no sería abusar de él, siendo más tarde, cuando la comisión del *Reichstag*, termina consagrando el principio general contenido en el párrafo 226: “el ejercicio de un derecho no es permitido, cuando él no puede tener otro objeto que causar un daño a otro”.

Con la admisión de este precepto legislativo la teoría del abuso logra alcanzar una mayor precisión que la observada hasta el presente, aunque se continúa insistiendo en su aspecto externo —reminiscencias de su conexión a la de la responsabilidad—, ya que la intención de dañar en el Código alemán es un elemento constitutivo del abuso. Y fué así, porque el párrafo 226 tiene un carácter combativo, el de evitar los perjuicios de la “chicane” —una de las variedades del uso abusivo— conducta que tiene por objeto causar daño a otro, sea económico, o levantando obstáculos a las acciones ajenas o bien consiste en una simple vejación.

Unánimemente la doctrina sentía la necesidad de reprimir este acto abusivo de los derechos —la “chicane”—, pero la comisión encargada de la elaboración de los proyectos encontraba reparos:

a) El suponer la admisión de la teoría del abuso, en cierto modo, la desaparición de fronteras entre el derecho y la moral; b) la necesidad para las reglas jurídicas de fórmulas precisas que supongan la seguridad del comercio jurídico; c) el temor al arbitrio del juez. Haciéndose patentes estos diferentes puntos de vista, en la lucha que se desarrollaba en el seno de la comisión, entre la tendencia socializadora del derecho y la individualista.

Es por lo que, la solución dada en el Código, recoge los distintos pareceres sostenidos en el curso de su confección, combinándose el método de la "prevención" del abuso, por medio de una delimitación minuciosa de los derechos subjetivos, y el de la "represión" del uso abusivo de los derechos, poniendo a disposición del juez fórmulas amplias y elásticas que le permitan controlar y reprimir, fácilmente, el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Lo primero se ha seguido en cuanto a las relaciones jurídicas que muestran una cierta estabilidad —dominio del derecho de propiedad— y lo segundo, o sea, fórmulas más vagas, en el terreno donde las contingencias económicas y sociales provocan transformaciones más frecuentes: el derecho de obligaciones.

No cabe duda que son consideraciones de orden moral las que mueven a dar fuerza legal a la teoría del abuso, y, por ello, el parágrafo 705 del primer proyecto, le encontramos redactado:

"Es considerado como contrario al derecho (WIDERRECHTLIGH) un acto, por lo demás lícito en virtud de la libertad general, cuando él causa perjuicio a otro y su cumplimiento constituye un atentado a las buenas costumbres."

En la comisión encargada de redactar el segundo proyecto vuelven los forcejeos, ya que dada la tendencia socialista de la época se consideraba peligroso la proclamación de un ejercicio ilimitado de los derechos individuales, causa por la que dicho organismo se limitaba a declarar el principio de que *los contratos habían de ser interpretados según la lealtad y la confianza recíprocas* teniendo en cuenta los usos del comercio jurídico. Con todo, hallamos una disposición, el parágrafo 106 (parágrafo 138 actual) que tenía por modelos los artículos 1131 y 1133 del Código francés, concebido en los términos siguientes: *"Es nulo un acto jurídico que atente a las buenas costumbres y al orden público"*, aunque más tarde la comisión suprime las palabras "orden público" por defecto de precisión.

En el tercero de los proyectos se inserta el párrafo 887 (más tarde el 226) prohibiendo el ejercicio del derecho de propiedad cuando él tiene por objeto único causar un perjuicio a otro.

El B.G.B. trata de delimitar, a través de una serie de preceptos, la figura jurídica que nos preocupa: 1) El ejercicio de los derechos no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar perjuicio a otro (párrafo 226). 2) Los actos jurídicos que por sí mismos suponen atentado a las buenas costumbres, son declarados nulos por el párrafo 138-1º. 3) El párrafo 826 obliga a la reparación al que, ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo. 4) En derecho de familia se dice que la mujer no está obligada a acatar la decisión del marido si ésta resulta ser un abuso de su derecho (párrafo 1354-2), y que la obligación de uno de los cónyuges a la vida en común cesa: a) Cuando la exigencia del otro a establecerla implique abuso. Es abusiva la exigencia cuando esté en contradicción con el recto espíritu jurídico del matrimonio, o, cuando suponga objetivamente, una conducta que no cabe exigir. La exigencia no es solamente abusiva porque de la comunidad conyugal derive algún peligro para la otra parte, como acontece, por ejemplo, con el riesgo de la mujer encinta o recién parida (R.G., J.W., o 1, 648). Por el contrario, hay abuso cuando la exigencia parte de un hombre afectado de enfermedad sexual y contagiosa (R.G., J.W., o 7, 17818); en este caso será abusivo incluso el exigir tan sólo la comunidad doméstica (Heinrich Lehmann, *Tratado de Derecho Civil*, Madrid, 1953, vol. iv, ps. 99 y 100). 5) En materia de obligaciones se proclama el principio de lealtad y confianza recíprocas debiéndose interpretar los contratos según los usos admitidos en el comercio (párrafo 157); el párrafo 242 añade: "El deudor está obligado a efectuar la prestación con arreglo a las exigencias de lealtad y buena fe, de conformidad con la costumbre del tráfico".

De todo esto se deduce que, el centro de la aplicación de esta teoría del abuso del derecho en el código alemán, se halla en el ámbito de las obligaciones, a base de fórmulas flexibles que evitan el caer en un formulismo automático; la misma noción, ya citada, de "lealtad y confianza", es un principio 'standard' que se ofrece al juez para resolver el caso concreto que se le presente teniendo en cuenta la realidad social.

A pesar de que el legislador alemán ha precisado dicha teoría con mayor exactitud, si cabe que la jurisprudencia francesa, no por eso se

puede afirmar que en este Derecho se haya alcanzado una individualidad propia; pues resalta a través de los preceptos que en el B.G.B. se ocupan de la misma, que casi la única preocupación que ha inspirado al legislador ha sido la de eliminar los efectos perturbadores de la "chicane".

Ahora bien, el que sea para la legislación alemana en este punto que nos ocupa la idea directriz el daño ajeno, no quiere decir esto que baste exclusivamente la existencia de la materialidad del perjuicio, sino que, por el contrario, el ejercicio del derecho que lo ocasiona no tuviese otra finalidad que el infringir lo dispuesto en el párrafo 226 que, si bien, generalmente, se refiere a los daños materiales, cabe incluir también dentro del espíritu que anima este precepto, la lesión de intereses ideales.

En las controversias habidas en torno a la interpretación de este párrafo 226, coinciden las opiniones en que se trata de un precepto protector del párrafo 823-2º, que dice: "La misma obligación de indemnizar el daño incumbe a la persona que infringe una ley que tiene por finalidad el amparo de otra persona. Si esta infracción la permite el contenido de la ley sin que medie culpa, el deber de indemnizar sólo ha lugar en caso de culpa." ENNECCERUS²¹ sienta como regla general, que el ejercicio de los derechos tiene que estar permitido aunque lesione intereses ajenos, y que únicamente cuando esta actuación es en detrimento de otros derechos, es de aplicar el párrafo 242 en cuanto que se rebasan los límites de la equidad y buena fe; opinando que la teoría del abuso constituye un mandato de la ética social elevado a principio jurídico en una extensión muy limitada.

Es muy interesante la sentencia del año 1909 del Tribunal Supremo del REICH (t. 72, pág. 251), que en resumen, viene a decir: Un padre enemistado con su hijo prohibió a éste visitar la sepultura de la madre sita en una finca de su propiedad; limitando el Tribunal Supremo dicha prohibición a aquellos días que no tuviesen el significado de grandes festividades religiosas, fundamentando su resolución en el tantas veces citado párrafo 226, aunque el padre había alegado como causa de la prohibición, que al encontrarse con su hijo tendría que temer un perjuicio en su salud ya de por sí muy quebrantada, de manera pues, que la prohibición no tenía por finalidad causar daño alguno a su hijo. Incluso con este conjunto de hechos se insistió en aplicar dicho precepto 226, no observándose en cierto modo su texto, que no es de ninguna de las maneras aquí suficiente para la fundamentación de la sentencia, ya que era el

21 *Derecho Civil*, trad. 1934, t. I, v. II, 530-531.

derecho del hijo a visitar la sepultura el que tendría que tomarse como punto de partida y de llegada para la argumentación de la misma.

Es decir, la teoría del abuso de profundo contenido moral y social ha querido verse interpretada, paradójicamente, a través de los preceptos —1382 código francés, 226 alemán, 1902 español—, que resaltan todo lo contrario: el daño material que ocasiona el que ejerce su derecho abusándolo.

Por esto mismo, *la concepción moderna alemana del Derecho como función social implica que cualquier desviación de esta función, cualquier utilización del derecho para fines contrarios a la comunidad constituye una verdadera transgresión del mismo*, aunque tenemos en la realidad que el verdadero contenido del derecho queda oculto tras las normas jurídicas generales, lo que hace difícil reconocer su configuración concreta que sólo queda visible cuando se ejercita en el caso determinado; luego el abuso del derecho supone una transgresión de éste en que el acto transgresor es protegido por una apariencia de legalidad, debido a la divergencia entre el contenido aparente (o formal) y el verdadero (o material). De aquí que diga Wolfgang SIEBERT,²² que el abuso debería referirse solamente al derecho “formal” y no al “material”, o sea, hablarse de un abuso de la ley, puesto que únicamente ésta es susceptible de abuso y no el Derecho.

Si la jurisprudencia francesa en sus consideraciones sobre la doctrina del abuso, toma siempre como punto de partida el daño y la falta, el Código alemán se fija en la buena fe y la lealtad sancionadas por las costumbres del tráfico, cuando SIEBERT apunta²³ que, en un Derecho edificado sobre la comunidad popular, debe partirse de la “comunidad” y del “miembro” de la misma, ya que sólo desde este punto es posible determinar la situación concreta de la persona en cuanto a su deber y luego la configuración concreta de sus derechos.

LARENZ, ha distinguido aquellas situaciones jurídicas que expresan la posición del individuo en la comunidad, de las que son la expresión de relaciones jurídicas entre los individuos miembros de esta comunidad, llegando a la conclusión de que en las primeras predomina el deber, al paso

²² *Von Wesen des RECHTSMISSBRAUCHS — Uber die Konkrete Gestaltung der Rechte*, 1935, 20 y 21.

²³ *Op. cit.*, p. 25.

que, en las segundas, la facultad es lo primario, aunque siempre dentro de los límites del Derecho objetivo de la comunidad.

Las anteriores consideraciones llevan a Luis LEGAZ LACAMBRA a hacerse las siguientes preguntas: qué conducta de los demás sujetos de derecho en relación con mi situación pueden provocar de oficio o a instancia mía la aplicación de una sanción? ¿Qué conducta mía realizada desde mi situación de propietario puede ser considerada como libre y permitida y no como estrictamente debida y, por consiguiente, el ver forzado o impedido en ella puede también acarrear una sanción? En consecuencia, ¿cómo debo de comportarme para que la conducta que realizo desde una situación jurídica sea considerada como libre y permitida y no como una infracción del deber jurídico que sobre mí pesa en esa misma situación?²⁴

Conforme a las direcciones doctrinales de LARENZ y SIEBERT, la situación concreta del individuo en la comunidad determina sus facultades concretas, con sus vinculaciones jurídico-sociales también concretas que le limitan inmanentemente.

En Alemania, se llegó por la jurisprudencia, a conclusiones atrevidas en este sentido. Hay sentencias del Tribunal Supremo del Reich que consideran que el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oponerse a los acuerdos de la Junta General, para fines egoístas, viola su deber de lealtad social y, por tanto, se opone a la buena fe en el tráfico jurídico, por lo cual se le puede oponer la excepción del abuso de derecho.

C) *Derecho suizo*.—El legislador suizo, aprovechando los resultados obtenidos en Francia, ha considerado más oportuno colocar el abuso del derecho entre los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y así, ha dispuesto en el artículo 2º: “Cada uno es obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho, no encuentra protección jurídica.” Se deduce, pues, que *para esta legislación el principio de la buena fe constituye el punto de partida para la investigación del contenido de un derecho, de manera que el motivo legítimo que le inspire, será la consecuencia concreta de esta cláusula general.*

De esta forma, se deja al juez un margen grande de posibilidades de apreciación, quien habrá de tener en cuenta las normas de equidad “por su sentido de la justicia, considerando las pruebas aportadas en la causa,

24 *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, pp. 588-589.

y su experiencia de la vida" (ROSSEL y MENTHA). Así, la ley puede adaptarse mejor a las transformaciones económicas y sociales. De donde que, se haya expresado, "cuando el Código habla de equidad, de buena fe, de buenas costumbres, de orden público, etc., la significación de estas expresiones variará forzosamente con la evolución de las ideas y de las costumbres. El empleo de ciertos conceptos flexibles, capaces de encerrar en la unidad de su propia significación un contenido empíricamente variable, es así de tal naturaleza que facilita al derecho una cierta posibilidad de continua renovación" (STATI).

La jurisprudencia suiza, tanto del Tribunal federal como de los cantones, antes de la sanción del Código Civil de 1907, ya aplicaba, no sólo en lo relativo a la propiedad, sino en otras materias, el principio que vedaba el ejercicio emulativo de los derechos. (ROTONDI, *op. cit.*, pág. 307).

Sin embargo, este principio no fué recibido en el Anteproyecto del Código civil que redactó Eugene HUBER (1892), y que después se convirtió en Proyecto. Y es que dicho principio únicamente prohibía en materia de propiedad el abuso del derecho, o sea, aquel uso del propietario sobre su cosa que no puede manifiestamente alcanzar otro fin que el de dañar a los demás. Por el contrario, el legislador suizo debió sentar el principio con carácter general y no particularizándolo en la institución de la propiedad y, con buen criterio, le dió un contenido amplio: los derechos han de ejercerse sin manifiesto abuso, ciñéndose a los dictados de la buena fe y, por ende, de acuerdo con el fin para el cual se otorgan dichas prerrogativas. De ahí que el artículo 2º, integrara el título preliminar del Código civil, y hallara ubicación inmediata a continuación del precepto contenido en el artículo 1º que equipara la misión del juez a la del legislador.

La norma del citado artículo 2º, queda completada por aquellos preceptos que declaran la ineficacia de los contratos con objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres (art. 20), que castigan la explotación de la ligereza, inexperiencia o penuria ajenas para alcanzar, a causa de esa lesión subjetiva, prestaciones evidentemente desproporcionadas (art. 21), que imponen el resarcimiento del daño causado intencionalmente por medio de "hechos" contrarios a las buenas costumbres (art. 41, 2ª parte), que niegan la repetición de lo dado en virtud de actos que persiguen un fin ilícito o contrario a la regla moral (art. 66), que sancionan a quienes utilizan procedimientos contrarios a la buena fe, en el ejercicio de actividades comerciales (art. 48), etc. En todos estos supuestos, el ejercicio de los derechos y facultades, se desvirtúa de su fin económico y social,

al lesionarse el principio de buena fe, incurriéndose, por ello, en abuso del derecho.²⁵

D) *Derecho italiano*.—El Código de 1865 recogió el principio del abuso en su artículo 436, al referirse al ejercicio de las facultades del dominio, no por propia utilidad, sino con el fin únicamente de causar molestia a otros, delimitando de esta guisa el contenido del derecho de goce y disposición de la propia cosa que, según el mismo legislador, se aseguraba al propietario “del modo más absoluto”, salvo las limitaciones impuestas por la ley y por los reglamentos.²⁶

El Proyecto de Código de 1942, acogió el art. 74 del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y contratos, que imponían el resarcimiento del daño causado a otros “excediendo, en el ejercicio del propio derecho, los límites impuestos por la buena fe o el fin en vista del cual el derecho le ha sido reconocido”. Sin embargo, el nuevo Código civil no ha incorporado este precepto, aunque se refiere a los actos de emulación, entre otros, en sus artículos 833, que dispone: “*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.*” Este precepto responde a la aplicación del principio fundamental de la nueva disciplina de la propiedad, por el cual, no sólo cuando hay un interés público que proteger, sino también cuando se trate de regular un conflicto entre intereses privados, viene considerando como base y límite de la tutela del derecho de propiedad un interés socialmente apreciable. De donde, la prohibición del art. 833 afirma, no sólo un principio de solidaridad entre los particulares, sino que supone al mismo tiempo una regla conforme al interés de la colectividad en la utilización de los bienes.

Los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, ya que es dado investigarlos en todas las ramas del derecho en las que dicha figura no tenga una reglamentación y una específica sanción de la ley (abuso de la imagen ajena, de la patria potestad y de la tutela, de los medios de ejecución manifiestamente excesivos). En esta materia de *propiedad*, por ej., el *uso normal* del derecho de gozar y de disponer de las propias cosas constituye el criterio límite del poder absoluto del propietario que actuando dentro de los confines de su fundo, ocasione en el fundo vecino instalaciones de humo, exhalaciones, ruidos, sonidos u otras molestias, excediendo los límites de la ordinaria tolerancia (art. 844). En la *comunidad de bienes*,

25 Spota, *op. cit.*, p. 621.

26 Ruggiero, *Derecho civil*, Trad. esp. 4a. ed. vol. I, p. 531.

los poderes de la mayoría acerca de las innovaciones dirigidas al mejoramiento de las cosas o hacerle más cómodo o rentable el goce, y acerca de los actos de ordinaria administración, encuentran en los casos de uso excesivo el correctivo de la impugnación ante la autoridad judicial, que pendiente juicio puede también suspender las deliberaciones (arts. 1108, 1109 n.º 3). En las *obligaciones*, suele mitigarse el excesivo vigor de la cláusula resolutoria expresa, limitándose el derecho de la parte a reclamar la aplicación, cuando el incumplimiento resulte inocente o cuando tenga el carácter de una cláusula de estilo (AZZARITI y MARTÍNEZ, *op. cit.*, I, págs. 19 y 20.)

Por tanto, la tutela contra el abuso del derecho no ha sido sancionado como principio, porque comprometería la certeza del Derecho objetivo y haría incierto el ejercicio del derecho subjetivo.²⁷

E) *Derecho ruso*.—Creemos de interés traer aquí a colación el artículo 1.º del mismo, que establece: “Los derechos civiles son tutelados por la ley, salvo los casos en que los mismos se ejerciten en oposición con su destino económico-social”. Es decir, que se deja a merced del juez un amplio poder de interpretación de la ley, para adaptar la norma transcrita a los particulares casos que pueda ofrecer la vida social. Además, parece como si el legislador soviético considerase insuficiente, por lo que se refiere a la capacidad del sujeto de derecho, el simple hecho del nacimiento, exigiendo también un ejercicio de los derechos encaminados a obtener el máximo desarrollo de las fuerzas productivas.

De aquí, que se haya visto por los autores en este precepto contenido en dicho artículo 1.º, una consagración de la teoría del abuso del derecho, por cuanto que no basta la posesión del derecho en sí, sino que, por el contrario, es menester que la finalidad de su ejercicio vaya encaminada a un mejor servicio de los ideales de la comunidad a cuyo destino económico-social se halla siempre supeditado. También, como precepto típico de abuso del derecho, merece citarse el art. 153 del Código de familia, el cual dispone: “Los derechos del padre son ejercidos exclusivamente en interés de los hijos, y en el caso de ejercicio abusivo, el Tribunal tiene el derecho de privar al padre de sus derechos.”

F) *Otros Derechos*.—El Código de Obligaciones de la República de Polonia de 1934, consagra el abuso del derecho en su artículo 135, disponiendo: “Quien, intencionadamente o por negligencia, ha causado un daño

27 Messineo, *Manuale*..., Milano, 1952, I, p. 138.

a otro en el ejercicio de su derecho, está obligado a repararlo, si ha excedido los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido". Y el Proyecto de Código civil polaco, establece en su artículo 18: "Quien goza de un derecho contrariamente a los principios fundamentales del orden jurídico, comete un abuso de derecho y no goza de la protección de la ley." De igual modo, su artículo dispone: "El abuso del derecho, cometido conscientemente o con negligencia, que causa daño a otro, obliga a la reparación."

También el nuevo Código mejicano de 1928, que vino a sustituir los principios individualistas que inspiraban la legislación anterior sustituyéndoles por normas de orientación social, incorpora a su seno la teoría del abuso, regulándola en sus artículos 16 y 17. Dice el primero de ellos: "Los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales, tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas." Y el segundo: "Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación."

El Código uruguayo en su artículo 1321 establece: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable."

El Código civil panameño, si bien no hace una referencia expresa a esta teoría del abuso de los derechos, cuenta, sin embargo, con un precepto donde se proyecta con bastante claridad la misma, que recoge en su art. 622, redactado en los términos siguientes: "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reporta utilidad alguna, o no tanta que pueda compensarse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo."

Bien obvio resulta del examen de estos preceptos, que la finalidad perseguida por el legislador en todos ellos, ha sido evitar que al amparo de un ejercicio aparentemente legítimo de los derechos, se vulneren los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los pueblos, causándose una perturbación social desde el momento que resultan injustificadamente lesionados los justos derechos de terceras personas. Por eso, todas estas

legislaciones toman en consideración, el tratar de configurar la institución del abuso, sus dos aspectos, el interno y el externo; éste significado por la necesidad de la existencia de un daño a tercero, y aquél, por la exigencia de que se haya ejercitado un derecho legítimo, pero faltando el titular a un ejercicio conforme a la buena fe o que resulte excesivo, aún cuando sea dentro de los cánones de ésta.

G) *La jurisprudencia anglo-sajona.*—La inglesa ha proclamado desde 1706, que no se podría usar de las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro. Lo ha hecho en el principal de los *decoy cases* (caso de la escopeta): se trataba de un propietario, Kleeble, que 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 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 fué su “malicia”, porque él lo hacía con la única intención de causar un perjuicio a otro.

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

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

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

De todas maneras, un principio que ha venido a jugar un papel importantísimo en la jurisprudencia anglo-sajona desde la segunda mitad del siglo XIX, es el *standard* jurídico, instrumento elástico y flexible que señala al juez una directiva general, permitiéndole, por ende, dar la solución más apropiada a las circunstancias de cada especie, o sea, guía al

juez en la administración de la justicia dándole una idea de la finalidad del Derecho, ya que las exigencias prácticas de la vida económica no soportan una reglamentación rígida; por medio de este principio puede conseguir en cada caso, *adaptar la realidad jurídica a la social, a fin de conseguir el mayor equilibrio de los intereses en conflicto.*

IV. Evolución de la doctrina

La formulación de la teoría del abuso fué seguida por una abundancia de trabajos doctrinales acerca de la materia; su necesidad social y su imprecisión jurídica constituyeron el campo apropiado para la rapidez de su desarrollo. Si en sus comienzos empezó aplicándose tímidamente al derecho de propiedad, en la actualidad se extiende a la casi totalidad del Derecho privado, habiendo surgido —paralelamente a la teoría civilista del abuso— la teoría administrativa de la desviación de poder. Dice HAU-RIOU,²⁸ que *la fórmula del Consejo de Estado cuando él anula una decisión por "détournement de pouvoir" en que el autor del acto ha usado de su poder con un objeto y por motivos ajenos a los cuales este poder le ha sido conferido. No hay ni competencia, ni violación de las formas, ni violación de la ley, hay falsa directiva.*²⁹

Aquí el profesor francés sigue unos derroteros muy plausibles, pues no sólo da un paso más que las concepciones doctrinales propugnadas en su patria en aquel entonces, sino que incluso sienta un criterio más aceptable que el de la moderna doctrina alemana, cuando distinguiendo ésta en el derecho un elemento material o verdadero y el formal o legal, sostiene que en caso de abuso del mismo lo que se da es una transgresión del elemento formal del derecho, es decir, una transgresión de la ley, ya que propiamente —añade la doctrina alemana—, no puede hablarse de una

28 *Police juridique et fond du Droit*, "Rev. trim." 1926, I, 282.

29 Se ha reconocido, en esta oposición entre los criterios tradicionales del valor jurídico de un acto (capacidad o competencia, regularidad en la forma, ausencia de violación de la ley) y el criterio nuevo que se les viene a añadir (conformidad del fin perseguido con el interés general) la diferencia que, en Derecho Administrativo, se oponen las tres aberturas clásicas del recurso por exceso de poder (incompetencia, vicios de forma, violación de la ley) a la de la desviación de poder. Y, de hecho, la anulación de un acto administrativo por desviación de poder proceda de una consideración teleológica (Mariel Waline, *L'Individualisme et le Droit*, Ed. Domat, 1949, p. 410).

transgresión material de aquél. HAURIUO, por el contrario, niega pueda darse una violación de las formas, ni de la ley, sino, exclusivamente, una falsa directiva, ¿podrá equipararse a la "causa falsa" de que nos habla el artículo 1276 de nuestro Código civil? Y, caso afirmativo de las anteriores interrogantes, el derecho de la producción actual de una causa falsa, ¿es en cuanto al ejercicio o al contenido del derecho?, puesto que si fuera en cuanto al contenido tendríamos entraría al instante en acción el *precepto 1277 del Código civil con grave perjuicio para el titular del derecho que lo poseería "sin causa", mientras que si meramente hace relación a su ejercicio, sería de aplicar el artículo 1258 —obligan a las consecuencias que resultan de la naturaleza del derecho— en concordancia con el 1274, que establece para cada especie de contratos-onerosos, remuneratorios o de mera liberalidad—, la finalidad concreta de su ejercicio.*

Pero, en fin, sobre esto volveremos en su lugar oportuno.

Habida cuenta de lo expuesto más arriba, que es una meta a lograr posteriormente, ahora nos toca ver que el *abuso del derecho surge cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se produce una alteración en el equilibrio que debe existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales, y los restantes intereses que a la sociedad como entidad orgánica cumple realizar.*

Alterada la equivalencia de los términos de la ecuación, el ejercicio del derecho individual será abusivo si su titular tenía conocimiento de las *consecuencias antisociales que su obrar ocasionaba.*³⁰ Es decir, que para MARTÍNEZ USEROS un derecho puede calificarse de abusivo, primero, si se produce una alteración en el equilibrio de los intereses de la Sociedad; segundo, que aquélla sea motivada por desarmonía entre intereses individuales de una parte y los intereses de la sociedad como entidad orgánica de otra; tercero, que el titular al provocarla tenga conocimiento de las consecuencias antisociales que su obrar originaba.

Queda patente que la concepción sentada por el señor Useros implica también un avance hacia la perfección doctrinal de la teoría del abuso, aunque lamentamos haya reducido el contenido de los derechos subjetivos a *pugna de intereses*, si bien ha superado la posición de DESSERTAUX —de que luego nos ocuparemos—, que se propuso concretar y limitar dicha teoría del abuso a los meros conflictos de los derechos egoístas — que

³⁰ Martínez Useros, *La doctrina del abuso del Derecho y el Orden jurídico administrativo*, 1947, 54.

diría JOSSEERAND. MARTÍNEZ USEROS, decimos, ha superado a aquél, porque no toma únicamente en consideración la hipótesis de la contraposición entre derechos individuales, sino que la amplía a la que pueda haber lugar entre un derecho subjetivo o particular y un derecho administrativo o social, no diciéndonos el profesor español si este segundo derecho o interés social es también subjetivo, o por el contrario, al prever unas consecuencias anti-sociales, ha estado en su ánimo calificarlo de "interés objetivo". Si ha querido ser ésta su conclusión, ¿acaso *entenderá por interés objetivo la "causa de la obligación" a que se refiere el artículo 1261, párrafo 3º del Código civil español?* o, ¿será más bien una "causa legal" que sirve para mantener y graduar el equilibrio de los intereses? Por último, ¿sólo habrá lugar a abuso del derecho cuando su titular lo actúa con conocimiento de su finalidad dañosa? En este punto creemos se ha dejado llevar por la primitiva fase de la evolución de la teoría, cuando no se concebía la existencia del abuso si no se producía el daño que regula el artículo 1902 de nuestro Código.

De aquí que MARKOVITCH,³¹ distinga en el desarrollo de la doctrina de esta teoría dos fases: 1ª, la que Campión llama la fase inconsciente y fragmentaria que va hasta el fin del siglo XIX; 2ª, la fase moderna que comienza por una nota de ESMEIN en Sirey de 1898. LAURENT es el primer jurista que emplea el término "abus des droits" al preguntarse: ¿es verdaderamente usar de su derecho utilizarle únicamente con el objeto de dañar a otro? Y desde la nota de ESMEIN se ha seguido una discusión crítica que en la forma niega originalidad a la teoría del abuso haciéndola entrar en el dominio de la responsabilidad, y, respecto al fondo, se la critica al tender a borrar las fronteras de existencia necesarias entre el derecho y la moral, con grave riesgo para la seguridad de las relaciones jurídicas.

Luego, en resumen, estas fases quedan reducidas a la adopción de dos criterios diferentes:

- a) la fase de la teoría estrecha: el criterio subjetivo o psicológico; y
- b) la fase de la teoría amplia: el criterio objetivo, de orden económico y social; habiendo prevalecido en la primera el principio de la intención de dañar, y en la segunda la consideración de la utilidad del acto. CASSO Y ROMERO³² ha reducido a tres grupos la evolución doctrinal de la teoría del abuso de los derechos: 1º, los que afirman que la misma existe cuando

31 *Op. cit.*, p. 68.

32 *Ob. cit.*, p. 23.

el titular ejercita el derecho con la única mira de dañar o vejar a otro, o sea, sin interés legítimo para él; 2º, los que sostienen que el abuso existe cuando el titular desvirtúa la finalidad normal —social o económica— de su derecho, resultando por ello también lesionado en un interés ajeno; 3º, el que ve en el abuso del derecho una contradicción del derecho de otro, o sea el caso de la colisión de derechos. (DESSEARTEAUX.)

V. Criterios que se han seguido para calificar al derecho abusivo

A) El *intencional* es el más frecuente en las aplicaciones jurisprudenciales de la teoría del abuso, siendo el que nos muestra más claramente la ruptura del equilibrio de los intereses.

La *intención de dañar* es, tradicionalmente, el origen de la teoría de la cual ha constituido la primera manifestación, habiendo autores que la atribuyen un valor exclusivo, el único criterio constitutivo del abuso. Ella supone abuso del derecho, no en razón de la intención que él inspira, sino por él mismo, en cuanto constituye objetivamente un hecho anormal, excesivo; de tal forma, que el hecho dañoso tendría el mismo carácter si el autor hubiera actuado sin malicia, simplemente por imprudencia.

Desde este punto de vista, abusar del derecho es, en realidad, cubrir de apariencia jurídica el acto que se tenía el deber de no cumplir, o al menos el que no era posible realizar más que indemnizando a los lesionados por él mismo.³³

La presencia de la intención dañosa en el acto ha sido para algunos causa de la mutación de la naturaleza de tal acto; así, Saleilles dice que un acto cuyo efecto no pueda ser más que dañar a otro sin interés legítimo para el que le cumple, no puede jamás constituir el ejercicio de un derecho por ser de carácter antisocial su objeto intencional, mientras que, por el contrario, JOSSERAND es del parecer que *la lesión de los intereses de otro puede ser el resultado legítimo de nuestras acciones*.

Empero, el abuso puede existir, por razón de la malignidad del autor del acto, sin que se pueda verdaderamente probar el deseo de dañar a otro; v. gr., en el caso de mala fe del agente. Es decir, posteriormente se ha venido a admitir el abuso del derecho fuera del ámbito del "animus nocendi", exigiéndose que el ejercicio del acto no solamente tenga lugar de *buena fe*, sino que se realice correctamente. Respecto de la falta simple, si hay ju-

33 Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, 158.

ristas como PICARD y COLÍN ET CAPITANT, que la consideran como elemento constitutivo del abuso, otros la niegan. Luego se incurre en abuso, según JOSSERAND,³⁴ no solamente cuando se comete dolo, un fraude o una falta grave, sino también faltando a la delicadeza, a la medida, a la oportunidad, en una palabra, cometiendo una falta de ejecución, un error en la técnica, un contrasentido cualquiera.

Indiscutiblemente en el examen de este criterio hay que distinguir de una parte, *el hecho material del daño que por sí solo nada caracteriza, puesto que es un elemento necesario a toda clase de responsabilidad* —artículos 101 y 1902 del Código civil español—; y de otra, *el aspecto moral o intencional, que por sí tampoco define la institución que estudiamos, pues un exagerado predominio del elemento psicológico nos llevaría a la confusión con los vicios que invalidan el consentimiento en los negocios jurídicos* (artículos 1265 y s. del Código civil español). Por consiguiente, en esta teoría del abuso hay que tomar en consideración, al mismo tiempo, tanto *el sujeto que actúa* como *los efectos producidos por este ejercicio*, y sólo después podrá decirse si existió o no abuso del derecho. Para ello, no es imprescindible partir del criterio de intencionalidad dañosa, pues veíamos que el Código suizo —y el alemán en cierto modo—, lo hacen tomando como punto inicial la buena o mala fe, o sea, puede haberse dado perjuicio ajeno sin mediar intención de causarle, actuando el sujeto de buena fe; y puede haberse producido la intención malévola en el agente sin que las repercusiones hayan podido ser apreciadas en daño; ni en uno ni en otro caso puede decirse verdaderamente que haya de aplicarse la teoría del abuso, pues dicha aplicación supondría invadir la esfera normal de otras instituciones; porque mientras el primero de ellos cae bajo la órbita de la responsabilidad, el segundo entra dentro de los vicios del consentimiento.

B El *criterio económico* se inspira en la definición de Ihering sobre los derechos subjetivos, “intereses jurídicamente protegidos”, considerando SALEILLES que el abuso reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, puesto que *todo derecho desde el punto de vista social es relativo*.

JOSSERAND,³⁵ si en un principio admite que la mayoría de los derechos son prerrogativas de intereses limitados y, por tanto, sujetos a la

34 *Théorie de l'Abus du Droit*, 1927, 357 a 359.

35 *Op. cit.*, pp. 367 y 368.

aplicación de este criterio, hace observar, sin embargo, que junto a esta clase de *derechos de fundamento egoísta* hay los que pudiéramos denominar de carácter *altruísta*, tales como las potestades familiares, donde no se tiene en cuenta, precisamente, los intereses propios sino la protección de intereses ajenos, que es sin duda alguna, la característica que destaca en el principio de la "potesta".

Se dice que estos derechos sólo pueden ser limitados objetivamente por la ley, en razón de que la persona que actúa en los límites de su derecho no tiene que dar cuenta de los sentimientos que la impulsan, porque estamos en un dominio en el cual la apreciación del deber moral escapa al juez.³⁶

Los derechos de espíritu egoísta no constituyen el reconocimiento de una arbitrariedad, dentro del régimen jurídico de un pueblo dado, puesto que no radica en ellos su última razón de existencia, en la satisfacción de los intereses personales del titular, sino en los *intereses de la sociedad como entidad orgánica*, desde el instante en que conexas el egoísmo individual a su propio objeto, poniéndolo al servicio de sus necesidades vitales, viendo allí un medio y no un fin.

Al razonar de este modo JOSSELAND,³⁷ ha buscado la conclusión de encuadrar a éstos derechos de espíritu egoísta dentro de la *categoría* de los *causados*, en tanto en cuanto *su ejercicio puede devenir abusivo desde el momento en que ellos no son puestos al servicio de los intereses en vista de los cuales han sido concedidos*; ejs., en materia de propiedad individual, privilegios e hipotecas, etc.; es decir, tales prerrogativas deben ejercerse en interés legítimo de su titular.

Mas para que el abuso pueda darse, es menester que los contratantes, ateniéndose a los límites precisos del contrato, apoyen sus prerrogativas únicamente en el afán de perjudicar a la otra parte contractual, pues no se puede admitir que el derecho contractual sea superior por su naturaleza a los derechos estatutarios, y, a este título, no susceptible de abuso. Pero el derecho nacido del contrato es casi siempre estrechamente determinado en su contenido y limitado a la utilidad que las partes alcancen con su cumplimiento. Por consiguiente, sólo habrá abuso, cuando el ejercicio de este derecho no presente ninguna utilidad para el que lo ejerce; ejemplo: cuando un contratante agota un plazo que no le reporta beneficio con el exclusivo fin de perjudicar a su contratante. Es, sobre todo,

36 Ripert, *op. cit.*, 1949, p. 175.

37 *Op. cit.*, pp. 392 y 393.

en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral de los contratos de duración indeterminada donde la jurisprudencia ha sentado la existencia de abuso del derecho. Así, se ha sostenido en las materias de mandato, sociedad, arrendamientos de servicios y Código de Trabajo. La anulación por la voluntad de una sola de las partes ha sido aceptada siempre de antemano por las dos partes; se trata, más bien, del ejercicio del derecho contractual. Pero este ejercicio debe ser condicionado por la regla moral, que prohíbe la ruptura contractual con el sólo pensamiento de perjudicar a la parte contraria.³⁸

Ahora bien, para el jurista francés no todos los derechos son "causados" —lo que sí parece opinar LAURENT—, pues a veces los hay que una vez concedidos pueden ser actuados en las condiciones y en objetos cualesquiera sin que su titular tenga que dar cuenta de los motivos que le mueven a conducirse de dicha forma y sin que por ello incurra en responsabilidad; tal es el caso del derecho que es conferido a los ascendientes de hacer oposición al matrimonio de sus descendientes (artículos 47 y 49 Código Civil español y 179, 1º, Código francés), derecho absoluto y cuyo ejercicio no podría ser productivo de responsabilidad aun cuando los mismos procedieran con espíritu de malicia y persecución; el derecho que compete al propietario de hacer cortar las ramas o de cortar por sí mismo las raíces de los árboles del fundo vecino (artículos 673 Código francés y 592 del español), etc. Estos derechos de espíritu altruista, responden a intereses que son exteriores al titular, ya que ejercerse con un pensamiento egoísta es desviarles de su propio objeto, son falsos y los actos cumplidos en esta dirección irregular obligan la responsabilidad de su titular en tanto que son actos injustificados, abusivos.

CAPITANT³⁹ se pregunta: ¿La autoridad paterna, la autoridad materna, la autoridad tutelar constituyen derechos subjetivos? Después de indicarnos que en apariencia constituyen un derecho, dice que son otorgados en interés del que está sometido y, por tanto, no cabe hablar de un derecho perteneciente al padre, al marido, al consejo de familia, pues la autoridad que se les confiere —y que tiene como contrapartida un deber— no semeja en nada a un derecho, ya que el padre, marido o tutor que hacen mal uso de su autoridad lo que violan es la ley. La misma facultad de oposición al matrimonio —de que hablamos—, es una simple pre-

38 Ripert, *op. cit.*, 1949, p. 177.

39 *Sur l'abus des droits*. "Rev. trim." 1928, I, 372 y 373.

caución destinada a impedir se alteren las condiciones señaladas por la ley para la celebración del mismo; aparte de que el derecho de familia es una ordenación, donde todo es reglado por el legislador de manera imperativa. Por todo lo dicho, niega la distinción que hace Josserand entre los derechos de carácter egoísta y los de carácter altruista, concluyendo que por naturaleza todos los derechos son de carácter egoísta.

MARKOVITCH,⁴⁰ reduce el criterio económico a una aplicación del criterio finalista, puesto que si los derechos egoístas son ejercitados en interés legítimo del titular, los altruistas se justifican por el interés de la institución, lo que prueba la transición del criterio económico al criterio funcional.

Nosotros, ni podemos admitir tajantemente las clasificaciones de Josserand —derechos egoísta y altruista, causados y no causados—, ni tampoco la crítica que hace CAPITANT, dado que somos de la opinión de que *todos los derechos presentan sus facetas moral, social e individual*, combinadas de tal forma, que no pueden contemplarse unilateralmente a pesar de que en cada uno de ellas predomine uno o más de dichos principios. Así, en los derechos marcadamente egoístas, resalta en ellos vigorosamente —a manera de contraprestación equilibradora—, el social y, por ende, son de aplicarles la teoría del abuso; y en los de tendencia altruista prevalece el imperativo de las normas morales, que incluso adquieren vigencia a través del *estatuto* con el que se hallan relacionados directamente.

De aquí que ni podamos decir con Josserand que los derechos altruistas son “no causados” y, por consiguiente, ajenos a la aplicación del abuso de los derechos, en tanto en cuanto la obligatoriedad con que se imponen implican un deber, dimanando ambos —derecho y deber legal— del “estatuto” que ordena y controla la dirección de sus actos, al modo de la *causa social* que equilibra y vigila el ejercicio de los derechos que llaman de espíritu egoísta; ni tampoco, siguiendo a CAPITANT, negamos la cualidad de derechos a las potestades y facultades de carácter independiente que se presentan en el derecho familiar; pues desde el momento que se otorgan éstas a favor del hombre racional y libre, suponiendo un deber frente a otros derechos que pueden o no ser actuados, reuniendo todas ellas las características indicadas para los derechos subjetivos, no vemos el inconveniente de calificarles como tales, aunque nosotros con mayor exactitud les denominemos *derechos estatutarios*, precisamente

40 *Op. cit.*, p. 160.

por la relación inmediata que se establece, entre el titular y su estatuto y su carácter de imperatividad.

Sólo en cuanto al *libre ejercicio a contratar con persona determinada*, es irrelevante la teoría del abuso del derecho, porque toda persona se encuentra en libertad, en principio, de negarse a entrar en relaciones jurídicas con otra. Si esta abstención es dictada por un sentimiento de odio, dicha persona infringe el deber de caridad y de asistencia, pero esta violación del deber moral no es suficiente para que el juez la tome en consideración. No hay, pues, abuso del derecho de no contratar, a no ser que una persona tenga el deber de contratar, v. gr., si ella ha hecho ofertas al público mientras permanezcan vigentes. Entonces no se comete una falta contra el que quería contratar, sino hacia un tercero.⁴¹

En fin, en la teoría del abuso, creemos tampoco es decisivo el criterio de lo económico, pues convencidos de que el derecho no es meramente un "interés protegido", sino que el contenido del mismo es más amplio y de mayor valoración, lo económico se posterga a una importancia condicionada a otros principios de más alta consideración.

C) JOSSELAND⁴² dice que, todo derecho público o privado de base egoísta o altruísta, corresponde a una *finalidad*, a un objeto, cuyo titular no podría descartarle sin cometer una desviación, un abuso, criterio que es extraído de la *función social que atañe llenar a todo derecho en su ejercicio*, y que se deduce de su relatividad, porque toda prerrogativa, todo poder jurídico es social en su origen, en su esencia y hasta en la misión que está destinado a cumplir, aun aquellos derechos de mayor acentuación individualista, como el derecho de propiedad inmueble y el derecho para un acreedor de perseguir a su deudor y exigir legalmente en pago de su deuda, dado que la sociedad reconoce dichas prerrogativas al propietario y al acreedor, más que con ánimo de satisfacer el egoísmo individual de éstos, para asegurar su propia conservación.

Luego, ciñéndonos al criterio finalista, los derechos subjetivos deben orientarse hacia su objeto final, poniendo *los egoísmos individuales al servicio de la comunidad*, al realizarse conforme al *espíritu de la institución*, viniéndose a equiparar dichos derechos a los derechos — funciones de que nos hablara DUGURT—. Por tanto, el acto abusivo consistirá en el

41 Cfr. Morel, *Du refus de contracter opposé en raison de considerations personnelles*, en "Revue trimestrielle", 1903, p. 289.

42 *Op. cit.*, pp. 367 y ss.

ejercicio del derecho de forma contraria al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad; pues, como dice WALINE, es la teoría que permite declarar la responsabilidad de una persona obligada por una acción que, en principio, es del tipo de las que pueden lícitamente cumplirse, si bien se encuentra circunstancialmente viciada por un móvil antisocial.⁴³

De lo anteriormente expuesto deduce y acepta JOSSE RAND⁴⁴ un criterio, a la vez social y teleológico, que dice ser el consagrado por el Código soviético, y el que se identifica con la violación del espíritu de los derechos, concepción admitida también por algún sector de la doctrina alemana. Por eso, el juez no deberá atender tanto al móvil que ha impulsado al agente a actuar, como a la dirección en que ha obligado su derecho, ya que éste no es la manifestación de la autonomía del individuo, sino más bien su *facultad como miembro de un grupo social*.⁴⁵

Ripert no desprovisto de razón, ha visto en la teoría finalista del abuso del derecho, una amenaza para el orden de nuestra sociedad occidental, puesto que esta concepción no significará otra cosa que una llamada al juez para transformar el derecho individual en un derecho función; temor fundado y, por otra parte, con su justificación, en cuanto que la reacción socialista del Derecho fué un producto del absolutismo anterior de los derechos subjetivos, a quien en consecuencia, se debe la proclamación de la teoría del abuso de los derechos. Claro, y he aquí la razón de Ripert, que si la teoría del abuso únicamente ha nacido para hacernos saber que todo derecho lleva implícito un fin, el cual viene a comprobarnos que el orden jurídico se reduce a la ley de la interdependencia social, su alcance ha sido bien limitado y su eficacia casi nula, en cuanto que la interpretación materialista del criterio teleológico al trocar a los derechos subjetivos en derechos-funciones, lo que en realidad ha conseguido ha sido negar la existencia de tales derechos, al reducirlos a meras facultades dependientes y ejercidas por delegación de poder de la entidad orgánica social. ¿Qué papel puede desempeñar la teoría del abuso en una sociedad sin derechos y con la simple ordenación de relaciones funcionales?

D) Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia francesas pretenden conjugar los criterios expuestos distinguiendo dos facetas en la teoría

43 *L'Individualisme et le Droit*, Ed. Domat, 1949, p. 411.

44 *Op. cit.*, pp. 370 y ss.

45 *Op. cit.*, p. 90.

del abuso: *la subjetiva* y *la objetiva*. Será objetiva si se la refiere a *la función social de cada uno de nuestros derechos*, y *subjetiva*, en cuanto se trata de investigar si la conducta del agente ha obedecido a un motivo legítimo, implicando dicha teoría la confrontación de los motivos del agente —elemento personal y subjetivo— con la función, el objeto del derecho—elemento social y objetivo.⁴⁶

Estos aspectos contribuyen, no cabe duda, a configurar la teoría del abuso, pues el criterio finalista, funcional u objetivo se desprende del espíritu que presentan los derechos, invistiéndoles de los caracteres de abstractos y fugitivos, lo cual sería un grave inconveniente para intentar una aplicación concreta de la teoría del abuso, si no fuese perfilada por la utilización del motivo legítimo que ha impulsado al agente a actuar de cierta manera —elemento subjetivo—, que le sirve de expresión sensible y configuradora; así, el acto será normal o abusivo según se explique o no por un motivo legítimo, que constituye la verdadera piedra angular de toda la teoría del abuso del derecho.

La moderna doctrina alemana por expresión, entre otros, de SIEBERT,⁴⁷ sigue la misma orientación, en cuanto que señala como de la mayor importancia fijar para cada derecho su motivo legítimo, examinando en cada caso concreto si el respectivo acto de ejercicio es todavía realización del contenido del derecho o si es ya realmente una transgresión del derecho, una desviación de su función social.

Patentemente resalta en esta posición dualista, subjetiva-objetiva, que lo que se ha intentado con ella ha sido impedir todo desequilibrio de intereses a fuer de considerar a los derechos subjetivos no ya como prerrogativas absolutas, sino subordinadas siempre a un fin común; es decir, el ejercicio del derecho subjetivo no puede ya ser arbitrario y antisocial, aunque no por eso dejase de ser conforme a la ley; los derechos se realizan, no en una dirección cualquiera sino en un “ambiente social”, en función de su misión y en conformidad con estos principios generales que constituyen, a manera de un derecho natural de contenido variable y como una superlegalidad, según nos dice JOSSE RAND.⁴⁸

Ciertamente, resulta aceptable la consideración de estos dos elementos: subjetivo y objetivo para conseguir hallar una aplicación eficiente de la teoría del abuso, al lograrse con ello una mayor matización de sus

46 Jossierand, *op. cit.*, 341.

47 *Op. cit.*, p. 21.

48 *Op. cit.*, pp. 387 y 388.

contornos; sólo por este camino será posible encontrar una definición exacta de esta teoría, pues el adoptar en este caso una actitud unilateral hubiera sido entrar de plano en el contenido de otras instituciones ya consolidadas dentro del orden jurídico.

Pues bien, si lo expuesto más arriba puede calificarse como el acierto de la teoría, sus secuaces, ganados por una terminología ya consagrada y los principios filosóficos de la época, han cometido el grave yerro de emplear para la construcción de la misma instrumentos cuya sola enumeración significan, ya de por sí, la admisión de conceptos y direcciones predeterminadas, v. gr., derechos funcionales, derecho natural de contenido variable, etc.

(Continuará)