CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Abuso del derecho

Prólogo de
Gustavo A. Bueno



ASTREA

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Abuso del derecho

Prólogo de
GUILLERMO A. BORDA

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1992

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISBN: 950-508-383-1

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO

Mucho y muy bueno se ha escrito sobre el abuso del derecho. Pero nada tan profundo, agudo y exhaustivo como este libro del ilustre jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, que tengo el honor de prologar.

La admisión del principio de que no se puede abusar de los derechos, se ha abierto paso en el mundo contemporáneo, no sin vencer duras resistencias. Los juristas liberales lo han mirado con indisimulada desconfianza. Para ellos las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Sólo la ley, sostienen, puede y debe marcar los límites de las actividades del hombre; mientras las personas actúen dentro de esos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, no habría derecho; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían perdidas, el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo de seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. Ésta es algo así como una defensa, dentro de la cual el individuo puede desenvolver sus actividades sin reatos ni temores. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ellos: *dura lex sed lex*. Estos perjuicios ocasionales deben reputarse un sacrificio en aras del bien social que resulta de una afirmación absoluta de los derechos individuales.

Toda esta argumentación se ha derrumbado en el mundo moderno, pues hoy existe una mayor sensibilidad respecto de la moral, la justicia y la buena fe. Como dice Fernández Sessarego, la atormentada elaboración del instituto del abuso del derecho respondió en su origen a un reclamo comunitario de raíz ético moral; el abuso lesiona la conciencia colectiva.

El autor empieza tratando el tema en sus mismas raíces: la persona y los derechos subjetivos. El ser humano, dice, es el centro y eje de lo jurídico; el derecho no es un fin, sino un medio para lograr la realización personal y comunitaria. Se aparta así, tajantemente, de las enseñanzas de Kelsen, para quien la persona, jurídicamente hablando, no es otra cosa que un centro de imputación de normas jurídicas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes. Es ésta una consecuencia lógica del punto de partida del maestro vienés: que no hay otro derecho que el formal, el consagrado por los poderes públicos; todo lo demás, moral, justicia, persona humana, son conceptos metajurídicos; no lo integran. En este desarrollo lógico, el divorcio entre persona humana y persona jurídica, es claro y completo. Es también claro el sofisma que envuelve ese razonamiento. La persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del Estado; por el contrario, el derecho es elaborado para servir a la persona humana, para permitirle vivir en libertad, en orden, en justicia.

Ahora bien: sostiene con razón el autor, que el derecho no puede concebir ni tratar al ser humano como un ente aislado, solitario y encerrado en sí mismo, dotado de derechos absolutos. El ser humano es un ser-en-el-mundo, que se halla en relación coexistencial con los demás. Por ello, el ejercicio de un derecho subjetivo debe tener en cuenta el interés de los demás. De lo que se desprende que el derecho subjetivo es un derecho-deber, aunque en determinadas variantes sea más intensa la presencia del poder en relación con la del deber. Por lo cual, insiste, la ley debe regular la conducta humana no sólo a partir de una visión exclusivamente individualista, sino que se norman conductas "compartidas", actividades humanas "socializadas". Es así que en su visión de los derechos subjetivos, el valor solidaridad adquiere máxima importancia. La admisión del abuso del derecho refleja una más intensa vivencia del supremo valor de la solidaridad.

Y, por ello mismo, sostiene que la noción de derecho subjetivo debe ser sustituida por otra más amplia y comprensiva, la "situación jurídica subjetiva". Se hace cargo de la crítica de Castro y Bravo, para quien la idea de situación jurídica subjetiva, aparte de su sentido pasivo y desconexión de la persona, carece de la concreción necesaria para ser técnicamente útil; y la replica, sosteniendo que el concepto tradicional de los derechos subjetivos, deja de lado la circunstancia de que

juntamente con la aparición de ciertos poderes, surgen acumulativamente ciertos deberes a cargo del titular, pues el ser humano no es una isla, sino un ente coexistencial, inmerso en la comunidad.

Pero sea que se hable de derechos subjetivos o de situaciones jurídicas subjetivas, lo indudable es que los derechos de la persona humana no son absolutos, sino que están limitados por los derechos y los justos intereses de los demás miembros de la comunidad. La admisión del instituto del abuso del derecho deviene así una consecuencia necesaria de la convivencia humana. Cuando mediante un principio general o una norma legal expresa se prohíbe el abuso del derecho, el acto perpetrado contra esa prohibición, cae en lo ilícito. Pero es un acto ilícito *sui generis*, al cual se llega por la transgresión de un deber jurídico genérico y a partir de un derecho subjetivo que es actuado u omitido de modo antisocial.

El autor hace notar que la expresión abuso del derecho es impropia, ya que dicho fenómeno deja de ser un derecho; pero agrega que es un valor entendido, una tradición difícil de modificar y, por ello, la admite, digámoslo así, con beneficio de inventario.

¿Es el daño a terceros un elemento esencial de la noción del abuso del derecho? El autor lo niega, refiriéndose desde luego, a un daño ya producido; pero no cabe duda de que es indispensable, si no un daño ya producido, uno inminente, que se procura evitar. Porque sin daño actual o futuro, nadie estaría legitimado para accionar. Y pone de relieve que el Código peruano faculta a un presunto agraviado a promover una acción inhibitoria dirigida a evitar que se produzca un daño futuro a raíz del ejercicio o de la omisión abusiva de un derecho subjetivo (art. II del Título Preliminar).

El autor destaca la importancia fundamental que la jurisprudencia ha tenido no sólo en la elaboración de la doctrina del abuso del derecho, sino en el perfeccionamiento de las instituciones jurídicas en general. No puede perderse de vista, dice, que el juez está habituado a recrear constantemente el derecho y, a menudo, sobre la base de principios generales, está habilitado para proteger intereses existenciales, no previstos expresamente como derechos subjetivos, y a condenar toda conducta antisocial. El derecho, como la vida misma, es temporal e histórico y, por ende, lábil y fluido. Las conductas instaladas en la temporalidad, en tanto reflejos fenoménicos de la libertad, pueden ser o dejar de ser valiosas, de un momento a otro, sin solución de continuidad.

La última parte de la obra está destinada a un prolijo análisis de la legislación comparada. En algunos países, los códi-

gos omiten toda referencia al abuso del derecho, doctrina que ha penetrado en el derecho vivo por obra de la jurisprudencia. En cuanto a las legislaciones que lo han condenado explícitamente, se pueden señalar dos vertientes: una, que se limita a sentar el principio general de que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (como lo hace, p.ej., el Código Civil peruano); y otras, que añaden algunas directivas para precisar cuándo debe considerarse abusivo el ejercicio de un derecho. Este último fue el camino elegido por la Comisión que redactó la reforma de 1968 al Código Civil argentino. El segundo apartado del art. 1071, establece: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". Pensamos en el momento de redactarlo así, en el valor docente de la ley; en que ésta se dirige no solamente a los jueces, sino y principalmente, al hombre común, y creímos que era conveniente dejar sentado en ella, cuál debía ser el criterio que debía deslindar lo legítimo y lo abusivo en el ejercicio de un derecho.

Hecha esta reflexión, no puedo dejar de admitir que tan válida es una solución como la otra. Lo que verdaderamente cuenta, es dejar sentado el principio de que el ejercicio de un derecho no puede ser nunca abusivo; que cuando la ley atribuye un derecho subjetivo, lo confiere en un marco coexistencial y que, por lo tanto, nunca puede dejarse de lado el interés legítimo de los restantes miembros de la comunidad.

Empero, debo admitir que la formulación del art. 1071 del Cód. Civil argentino, incurrió en el defecto de no prever expresamente la posibilidad de que el abuso del derecho se invoque no solamente para sancionar un daño ya causado, sino también para impedir que pueda producirse un daño futuro e inminente, como, en cambio, lo hace el Código peruano. Pero es claro que ello está en el espíritu del art. 1071, porque el derecho moderno se ocupa no tanto de sancionar el daño causado, como de prevenirlo.

Esta obra arroja una luz esclarecedora sobre toda la problemática del abuso del derecho. Es el resultado de una larga meditación sobre un tema que cala muy hondo en el concepto mismo de los derechos subjetivos.

GUILLERMO A. BORDA

ÍNDICE GENERAL

Prólogo VII

Capítulo Primero

CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR DEL ABUSO DEL DERECHO

A) Consideraciones generales

§ 1. Introducción 1
§ 2. Dificultades que se presentan en la elaboración dogmática del abuso del derecho 5
§ 3. Consagración normativa del abuso del derecho .. 13
§ 4. El abuso del derecho y la crisis de la ciencia jurídica 16

B) Caracterización preliminar

§ 5. El abuso del derecho como límite genérico impuesto al ejercicio del derecho subjetivo 21
§ 6. La conciencia jurídica colectiva como límite genérico al ejercicio abusivo del derecho 27
§ 7. La función judicial y el abuso del derecho 29
§ 8. Revisión del tradicional concepto de abuso del derecho 32
§ 9. Necesidad de un previo esclarecimiento sobre los conceptos de derecho y de derecho subjetivo 36

CAPÍTULO II

DERECHO Y DERECHO SUBJETIVO

A) HACIA UNA VISIÓN INTEGRAL DEL DERECHO

§ 10. La tridimensionalidad de la experiencia jurídica 43
§ 11. El derecho como intersubjetividad 47
§ 12. La noción de relación jurídica 52

B) LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA

§ 13. El derecho subjetivo 54
§ 14. Significado del concepto de situación jurídica subjetiva 65
§ 15. Apreciación crítica de la noción de situación jurídica subjetiva 68
§ 16. Categorías de la situación jurídica subjetiva 71
§ 17. La situación jurídica subjetiva en la doctrina contemporánea 72
§ 18. Algunas conclusiones en torno al concepto de situación jurídica subjetiva 78
§ 19. Conexión conceptual entre relación jurídica y situación jurídica subjetiva 81
a) La conexión como problema 81
b) La discutible prelación entre los conceptos de situación y de relación jurídica 83
c) Implicancia entre los conceptos de situación y de relación jurídicas 84
d) Fundamento de la implicancia conceptual 85

CAPÍTULO III

PROBLEMÁTICA DEL ABUSO DEL DERECHO

A) INTRODUCCIÓN

§ 20. La cuestión terminológica 87
§ 21. Planteamiento preliminar de la problemática del abuso del derecho 89

§ 22. Cuestiones centrales del problema del abuso del derecho 90

B) Evolución histórica del concepto

§ 23. Necesidad de una referencia histórica 92
§ 24. El abuso del derecho en Roma 93
§ 25. La emulación en el derecho intermedio 99
§ 26. La teoría de las inmisiones 103
§ 27. El abuso del derecho en la jurisprudencia francesa 104
a) La jurisprudencia como fuente de derecho .. 104
b) Las sentencias de Colmar y de Lyon 109

C) Presupuesto socio-político

§ 28. El abuso del derecho y las transformaciones sociales 112
§ 29. El abuso del derecho y el ocaso del concepto tradicional de derecho subjetivo 116
§ 30. Significación sócio-política de la teoría del abuso del derecho 118

Capítulo IV

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICOS

A) El abuso del derecho en la doctrina jurídica

§ 31. Teorías sobre el abuso del derecho 123
§ 32. Criterios para la determinación del abuso del derecho 125
a) Posición subjetivista 125
b) Concepción objetiva 129
c) Solución mixta 131

B) Naturaleza del abuso del derecho

§ 33. Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito 135
§ 34. El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito .. 139

§ 35. El abuso del derecho como la transgresión de un genérico deber jurídico 142
a) La situación jurídica subjetiva como punto de partida para la comprensión del abuso del derecho 142
b) El abuso del derecho como transgresión de un genérico deber jurídico 143
§ 36. La cláusula general prohibitiva del abuso del derecho 145
§ 37. El abuso del derecho como un acto ilícito "sui generis" 150
a) El abuso del derecho no es un acto lícito 150
b) El acto abusivo no es una conducta situada entre lo lícito y lo ilícito 153
c) Distinción entre el acto ilícito genérico y el abuso del derecho como ilícito "sui generis" 155
d) El abuso del derecho y los derechos de la persona 165
§ 38. El abuso del derecho y la conciencia jurídica colectiva 170
§ 39. El abuso del derecho, las libertades públicas y el fraude a la ley 174
a) Las libertades públicas 174
b) El fraude a la ley 177
§ 40. Apreciación conclusiva 179
§ 41. Fenomenología del acto ilícito abusivo 182

Capítulo V

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO

A) Derecho comparado europeo

§ 42. Alcances de la norma que condena el acto abusivo 189
§ 43. Francia 193
a) La jurisprudencia precursora 193
b) El abuso del derecho en el antiguo derecho francés 195
c) El abuso del derecho en el Anteproyecto de Código Civil francés 196
d) Las propuestas de Saleilles 198

e) La tesis de Josserand 201
f) Las tesis negadoras de Duguit y de Planiol .. 206
§ 44. Alemania 208
a) El abuso del derecho en el Código Civil prusiano de 1794 209
b) El Código Civil alemán de 1900 210
§ 45. Suiza 214
§ 46. Italia 217
§ 47. España 224
a) Introducción 224
b) La legislación precursora 225
c) La sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1944 227
d) La incorporación del abuso del derecho al Código Civil en el año de 1974 y la noción de buena fe 229
e) Abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo 231
f) El abuso del derecho como acto u omisión de una prerrogativa 233
g) El abuso como manera manifiesta de sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho 234
h) Criterios para determinar el abuso del derecho 237
i) El daño derivado del acto abusivo 239
j) Consecuencias del acto abusivo 242
k) La acción preventiva 243
§ 48. Código Civil del Portugal de 1967 244

B) Ordenamientos jurídicos latinoamericanos

§ 49. Introducción 245
§ 50. Código Civil del Uruguay 247
§ 51. México 252
§ 52. La Argentina 254
a) El derecho argentino anterior a la reforma del Código Civil en 1968 255
b) El Anteproyecto Bibiloni de 1936 258
c) El Proyecto Llambías de 1954 261
d) Posición de la doctrina anterior a 1968 262
e) El abuso del derecho en la reforma del Código Civil en 1968 264
f) La doctrina posterior a la reforma de 1968 266
§ 53. En el ordenamiento brasileño 272

§ 54. Código Civil de Venezuela 275
§ 55. Código Civil boliviano 276
§ 56. Código Civil del Paraguay 278
§ 57. Colombia 280
§ 58. Código Civil cubano de 1988 284
§ 59. Guatemala 285

C) El abuso del derecho en el ordenamiento jurídico peruano

§ 60. El abuso del derecho en el Código Civil de 1936 288
a) Introducción 288
b) Comentarios en torno a la fórmula adoptada por el Código de 1936 290
c) La ilicitud del abuso del derecho según lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1137 297
§ 61. El abuso del derecho en el Código Civil de 1984 299
a) Las vicisitudes del Proyecto de reforma 299
b) La tutela preventiva de intereses 302
c) La ilicitud del acto abusivo en el Código Civil peruano 304
d) Apreciación crítica del principio general "la ley no ampara el abuso del derecho" 311
e) Casuística normativa alusiva al abuso del derecho 315

Bibliografía 321

A la memoria de
Raúl Porrás Barrenechea,
uno de los peruanos más notables
de todas las épocas.

Capítulo Primero

CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR DEL ABUSO DEL DERECHO

A) Consideraciones generales

§ 1. *Introducción.* – El denominado "abuso del derecho" genera, desde su aparición, una controvertida teoría que ha merecido la preferente atención de los juristas en los últimos tiempos. No obstante que dicha teoría representa la culminación de un prolongado y antiguo proceso, sólo adquiere capital importancia dentro del pensamiento jurídico moderno[1]. La figura del abuso del derecho, a pesar de las resistencias, críticas y hasta rechazos que ha suscitado durante el transcurso de su fatigosa elaboración dogmática, ha logrado, finalmente, la general aceptación de la doctrina así como su paulatina incorporación normativa en los ordenamientos jurídicos positivos contemporáneos[2]. Las impreci-

[1] Martín Bernal, José J., *El abuso del derecho*, p. 166, sostiene al respecto que la figura del abuso del derecho "no puede ser considerada como una institución auténticamente novedosa", sino como la culminación de un proceso largamente reiterado a través de la historia tendiente a la perfección del derecho por vía de su aplicación al caso concreto.

[2] Borda, en este sentido, afirma con acierto que "la doctrina del abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento con-

siones y dudas que aún subsisten en torno a la naturaleza y a los criterios para su determinación no ha impedido que se constituya en un principio general admitido en el derecho actual y, por ende, de común aplicación jurisprudencial.

Son numerosos los códigos civiles que integran en sus textos, de modo explícito, el instituto del abuso del derecho, los mismos que lo condenan al expresar que la ley no lo ampara. Pero, son también muchos los que lo recogen, de manera indirecta o implícita, sin designarlo por su nombre.

Está en lo cierto Warat cuando manifiesta que la ciencia jurídica ha tenido una especial predilección por la figura del abuso del derecho[3]. Ello puede documentarse y comprobarse desde que dicha noción irrumpe en la doctrina, a principios de este siglo, con pretensión de autonomía[4]. Con anterioridad, había sido acogida por la jurisprudencia en un famoso fallo de 1855 dictado por el Tribunal de Colmar. A partir de este momento, y hasta nuestros días, no cesan los redoblados esfuerzos de la doctrina por precisar sus alcances y mostrar su cabal significación[5]. Si bien en la actualidad no se encuentran opiniones contrarias a su vigencia jurídica, persisten aún ciertas discrepancias en lo que concierne, fundamentalmente, a precisar su natura-

---

temporáneo, no sin vencer serias resistencias". Cfr. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 40.

[3] Warat, Luis A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 11.

[4] Se suele considerar, generalmente, que la teoría del abuso del derecho se gesta principalmente a través de las obras de Josserand y Saleilles, contemporáneamente escritas en el año 1905.

[5] Para Lino Rodríguez-Arias Bustamante, la teoría del abuso del derecho significó, desde su nacimiento, nada menos que "la reincorporación de la justicia al orden jurídico, pues éste se hallaba perturbado por el ejercicio de los derechos subjetivos que lesionaban la vida social, desde que de su actuación resultaba un daño para tercero, preciso de ser reparado". Cfr. *El abuso del derecho*, p. 11.

leza y a los criterios para su determinación jurídica, así como su consiguiente ubicación en el mundo de lo jurídico. Esta situación es resaltada por Rescigno cuando expresa, a modo de síntesis, que "la doctrina prevaleciente está, por lo tanto, orientada hoy a reconocer la autonomía de la figura del abuso"[6].

La atormentada y discutida elaboración dogmática del instituto del abuso del derecho respondió, en su origen, a un reclamo comunitario de raíz ético-moral, a una presión social que derivó en un nuevo modo de concebir el derecho. La aceptación del instituto por la doctrina jurídica se concilia, a su vez, con las exigencias de una nueva visión filosófica acorde con los tiempos, en la cual el ser humano ocupa una posición cimera en toda construcción dogmático-jurídica. La admisión del abuso del derecho refleja, también, una más intensa vivencia, un arraigo mayor en la vida social, del supremo valor de la solidaridad. La teoría del abuso del derecho surge, así, como una lógica reacción frente a los códigos civiles que, inspirados en la filosofía del Código Civil francés de 1804, trasuntan una posición de corte netamente individualista[7]. Por todo ello, el abuso del derecho representa, en la actualidad, un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura.

[6] Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, Parte I, p. 242.

[7] El individualismo, según Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, p. 20, "es un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza el individuo sobre esas actitudes de aislamiento y de defensa". Y agrega: "Fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX". Ella produjo la imagen de "un hombre abstracto, sin ataduras ni comunidades naturales, Dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medida, que desde el primer momento vuelve hacia los otros la desconfianza, el cálculo y la reivindicación".

La figura jurídica de la que venimos tratando se ha convertido en un valioso instrumento para poner coto al ejercicio o al no uso abusivo de un derecho subjetivo, original y legítimamente atribuido por el ordenamiento jurídico a un titular. Es por ello que, como observa Peirano Facio, en la doctrina contemporánea se advierte una tendencia bastante acusada "a hacer de la teoría del abuso del derecho uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual"[8]. Esta aseveración es tan cierta que el tratamiento jurídico de este instituto desborda "el campo limitado de la responsabilidad y alcanza los conceptos más generales del derecho"[9].

El abuso del derecho es en la actualidad, por esta razón, un principio general del derecho, tema central de la Teoría general del derecho. Se le alude por ello, preferentemente, en los títulos preliminares de los códigos civiles más modernos, como es el caso del peruano de 1984 y del español a partir de la reforma efectuada en 1974. No figura, en consecuencia, en la sede de la responsabilidad civil, ni debería tampoco aparecer sistemáticamente, como ocurre en algunos recientes códigos civiles, en la sección correspondiente al "ejercicio de los derechos", pese a que está estrechamente relacionado con estas materias. El abuso del derecho, que es un acto ilícito *sui generis*, tiene siempre su origen en el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico. De otra parte, generalmente, acarrea un daño y origina, por ende, una responsabilidad civil. Pero, a pesar de lo dicho, el acto abusivo, como lo hemos apuntado, desborda estas situaciones en la medida que se consti-

[8] Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, p. 277.

[9] Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 277.

tuye como la violación de un deber genérico a cargo de todo sujeto de derecho: no dañar un interés existencial ajeno[10]. Es, por ello, un cardinal principio general del derecho.

§ 2. ***Dificultades que se presentan en la elaboración dogmática del abuso del derecho.*** – El desarrollo de la teoría del abuso del derecho no ha sido pacífico[11]. Por el contrario, ella despertó entre los juristas suspicacias, desconcierto, temores y polémicas aún no del todo acalladas. Este controvertido panorama ha permitido a Rescigno sintetizar la aza-

10 No se trata, por ende, de lesionar un derecho subjetivo preexistente. En este caso estaríamos frente a una colisión de derechos y no de uno atinente al abuso del derecho. Para que éste aparezca es necesario lesionar un interés que no se encuentra específicamente tutelado por una norma jurídica.

11 En la doctrina italiana aparece como opinión contraria al lado de la de Scialoja, entre otras, la de Rotondi, quien expresa que el abuso del derecho es un "fenómeno social, no un concepto jurídico, sino que por el contrario es uno de aquellos fenómenos que el derecho no podrá jamás disciplinar en todas sus aplicaciones que son imprevisibles: es un estado de ánimo, es la valoración ética de un período de transición, es aquello que se quiera, pero no es una categoría jurídica" (Rotondi, Mario, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 116).

En Francia son conocidas al respecto las opiniones de Esmein y de Ripert, para quien el abuso del derecho da lugar a un trato desigual de derechos objetivamente iguales. Cfr. Ripert, George, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 167, nº 89 (existe traducción al castellano, Bogotá, 1946).

Es notoria la posición adversa de la generalidad de los autores franceses de la escuela de la exégesis. Capitant consideró que la vaguedad del concepto de abuso del derecho era una de sus mejores virtudes. Cfr. Capitant, Henri, *Sur l'abus des droits*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1928, t. 27.

Para el jurista uruguayo Ordoqui el abuso del derecho no constituye una categoría autónoma. Los actos abusivos son "auténticos delitos y cuasidelitos". En síntesis, para el autor el abuso del derecho es "una fórmula jurídicamente inútil". Cfr. Ordoqui, Gustavo - Olivera, Ricardo, *Derecho extracontractual*, vol. 2, "Compendio de responsabilidad extracontractual", p. 153-154.

En Argentina se han pronunciado críticamente, entre otros, Risolía, Condorelli y Laquis.

rosa trayectoria de la figura del abuso del derecho al manifestar que, "desde su aparición, ella ha conocido las reacciones más diversas: la exaltación ha alcanzado tonos místicos, la crítica ha sido severa, densa de preocupaciones y de terror". Y, agrega, que dicha fórmula ha sido considerada, alguna vez, como "el medio seguro y original para obtener un criterio de juzgamiento más satisfactorio, para nuestra conciencia, de cuanto no lo sea el criterio de la legitimidad formal de los actos humanos", mientras que, en otra ocasión, "ha aparecido, en cambio, como la amenaza más insidiosa al bien de la certeza del derecho" [12].

Esta controvertida situación en torno a la idea del abuso del derecho es, a su vez, sintetizada por Fleitas cuando al recorrer el itinerario histórico de la misma, al igual que nosotros, comprueba que "unos le niegan toda razón de ser; otros le reconocen personería autónoma, dentro del amplio campo de la responsabilidad civil, pero lo combaten vivamente; los más lo aceptan con entusiasmo" [13].

El desconcierto y la imprecisión reinantes hace que Markovitch exclame que "cada autor tiene su propia concepción del abuso de los derechos" [14]. Si bien no compartimos la tesis de Markovitch, es útil citarla como demostración de la incertidumbre reinante, y aún no del todo disipada, que existía, a mediados de la década de los años treinta de este siglo, en lo atinente a la noción del abuso del derecho.

Las dificultades y complicaciones que se han presentado en las últimas décadas, en lo que con-

[12] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista de Diritto Civile", 1965, p. 205.

[13] Fleitas, Abel M., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 1.

[14] Markovitch, Milivoié, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, t. 41, p. 72.

cierne a la elaboración doctrinaria de la figura del abuso del derecho, tienen su causa profunda en el hecho de que su admisión por la ciencia jurídica debe conciliarse con una nueva concepción del derecho. A su vez, esta inédita visión del derecho responde tanto a un nuevo planteamiento filosófico sobre el hombre y el mundo, como a la consiguiente evolución social y política de la humanidad.

De otra parte, los tropiezos dogmáticos a los que se ha hecho referencia, tienen plena justificación si se advierte que la construcción científico-jurídica del abuso del derecho exige racionalmente, como cuestión previa y fundamental, el tener una clara patencia de lo que significa el concepto de derecho subjetivo. Se trata, como se observa, de una cadena de planteamientos cardinales y preliminares que requieren un pulcro esclarecimiento si se quiere aprehender, en su cabal dimensión existencial, conceptual y axiológica, al denominado "abuso del derecho".

Preguntarse qué es el derecho y, subsecuentemente, por lo qué significa el derecho subjetivo no es, en nuestro concepto, un inútil e innecesario ejercicio intelectual, como muchos podrían ligera y superficialmente suponer o, de hecho, suponen. Un estudio que pretenda un mínimo de rigor científico debe esclarecer previamente sus supuestos para desarrollar con coherencia, sobre una base firme, cualquier ulterior construcción a nivel dogmático. Sólo si se posee una clara conciencia de las verdades primarias del derecho es posible obtener resultados rigurosos y coherentes. Para ello hay que acudir, indefectiblemente, a la iusfilosofía cuya tarea es, precisamente, la de esclarecer los supuestos y las ultimidades de la ciencia jurídica.

Las mayores resistencias a la admisión del abuso del derecho provienen generalmente, por ello, de parte de aquellos estudiosos que temen que su apli-

cación signifique otorgar al juez un excesivo poder, el mismo que puede poner en peligro nada menos que la libertad individual, el absoluto señorío de la voluntad[15]. En verdad estos temores son sustancialmente infundados desde que con el abuso del derecho no se afecta la libertad individual, las prerrogativas y poderes de la persona. Lo que se obtiene, en cambio, es evitar que en el ejercicio de estas libertades y prerrogativas se actúe por el titular de las mismas en forma desaprensiva, como si existiese sólo él en el universo social, con prescindencia de los intereses de los "otros", ignorándolos o despreciándolos.

Coincidimos, por todo ello, con Borda cuando señala que no son justificados los temores de quienes piensan que la facultad concedida a los jueces para evitar el ejercicio abusivo de los derechos "pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes le reconocen". Y agrega, con convicción y recurriendo a la experiencia de las últimas décadas, que es "muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado este poder", por lo que, en la práctica, se ha demostrado que los temores expresados por cierto sector de juristas adversarios de la teoría del abuso del derecho es inconsistente. De ahí que ellos, como lo comprueba Borda, "hoy se baten en franca retirada"[16].

Lo que se persigue con la condena del abuso del derecho es, al entronizar el valor solidaridad en la vivencia comunitaria, que el individuo no atente

[15] Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Parte general*, p. 29, anota cómo "los juristas liberales han visto con indisimulada desconfianza" la institución del abuso del derecho, temerosos que a través de ella se restringieran, indebidamente, las libertades individuales.

[16] Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 42.

o lesione intereses ajenos dignos de protección jurídica. Lo que se busca es que el individuo no ejercite sus legítimos derechos antisocialmente, sino más bien de modo normal, regular. Lo antisocial es lo inmoral, lo que repugna a la conciencia ética colectiva, lo que agravia la juridicidad, lo que es diametralmente contrario a la vivencia de la solidaridad.

Aceptar la teoría del abuso del derecho es mostrar la intrínseca falsedad de la máxima *qui suo iure utitur neminem laedit* que, por siglos, justificó excesos y abusos en el ejercicio de los derechos subjetivos, la misma que estuvo tan arraigada dentro de la doctrina jurídica. Como anotan Alpa y Bessone, dicha máxima es falsa porque es descriptiva de un fenómeno que no corresponde a la realidad[17]. Quien abusa de un derecho, quien hace uso del mismo de modo contrario a las prescripciones de las normas jurídicas, específicas o genéricas, denota un comportamiento que se disocia de la juridicidad y que es, además, inmoral por antisocial. Al lesionarse el valor solidaridad, cristalizado a través de un plexo de principios y normas del derecho positivo, se atenta, simultáneamente, contra el derecho –en sentido valioso– y contra la moral. Es decir, se lesiona la conciencia jurídica colectiva.

Quien obtiene ventajas o beneficios a costa de una conducta abusiva en relación con cualquier derecho subjetivo patrimonial, que ocasiona un daño a intereses ajenos, está obligado a repararlo.

Son, por lo expuesto, razonablemente explicables las diversas iniciativas y los renovados intentos desplegados de parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, en lo que corre del presente si-

[17] Alpa, Guido - Bessone, Mario, *I fatti illeciti*, en Rescigno, Pietro (dir.), "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 61.

glo, por precisar los elementos y los criterios que son esenciales para la determinación conceptual del abuso del derecho. Esta ardua labor es del todo indispensable ya que el delicado trabajo del juez así lo exige. El juzgador requiere contar con una firme y clara doctrina sobre el abuso del derecho que ilumine su tarea creadora. Lo que, ciertamente, no significa arbitrariedad, desde que los jueces, dentro de un razonable margen de discrecionalidad, están sujetos a los parámetros legales y doctrinarios sobre la figura del abuso del derecho. Y, en muchos casos, ellos encuentran en el propio ordenamiento positivo los criterios que le han de servir para caracterizar el acto abusivo.

Bastaría citar, al efecto, los códigos civiles de España y Argentina los que, al recoger este principio, fijan determinadas pautas basados en las cuales los jueces pueden precisar, fácil y seguramente, cuándo se encuentran frente a un fenómeno calificado como abuso del derecho.

El abuso del derecho, no obstante las dificultades antes expuestas, a pesar y más allá de los desacuerdos teóricos que aún indudablemente subsisten en lo que atañe a su naturaleza y, en cada vez menor medida, en torno a los criterios para su determinación, es ampliamente aceptado por la doctrina y frecuentemente aplicado por la jurisprudencia. Prueba irrefutable de este proceso de sedimentación doctrinaria y jurisprudencial es su objetivación, como norma jurídica, a través de la codificación comparada. Se ha llegado así a la última etapa de un proceso creativo iniciado tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina.

El recorrido teórico-práctico del principio del abuso del derecho no ha sido pues nada fácil pero, como lo afirma Borda, su doctrina "se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serias resistencias". Ello, en su concepto,

obedece a una razón de orden moral[18]. No podemos olvidar que toda renovación jurídica tiene un trasfondo inspirador de naturaleza ético-moral. Moral y derecho suponen la vivencia comunitaria de un plexo de valores éticos que le son comunes. La solidaridad, la justicia, la seguridad son, entre otros, valores compartidos por ambas disciplinas reguladoras del comportamiento humano[19]. La moral social encuentra su traducción jurídica, fundamentalmente, a través del valor solidaridad.

La moral social contemporánea, en la que se advierte una cada vez más creciente aspiración comunitaria dirigida a lograr una intensa vivencia del valor solidaridad en las relaciones sociales, ha originado un vuelco ideológico en el campo de lo jurídico. Un prevaleciente tradicional individualismo, centrado en un ser humano abstracto teóricamente aislado de la comunidad, deja paso a una concepción solidaria, en la cual se hace patente la presencia actuante de la dimensión social de la vida humana. El ser humano recupera su real situación en el mun-

18 Borda, *Manual. Parte general*, p. 29.

19 Moral y Derecho, como acertadamente lo graficara Del Vecchio, se pueden representar como dos círculos secantes en los cuales existe una zona compartida. Es por ello que hay un sector en el cual las normas morales y las jurídicas coinciden, se superponen. Es el área en la cual se persiguen los mismos objetivos y se aspira a la vivencia comunitaria de idénticos valores. Del Vecchio sintetiza su pensamiento en lo que atañe a las relaciones entre Derecho y Moral al expresar que "el Derecho constituye la Ética objetiva, y, en cambio, la Moral la Ética subjetiva". Cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*", t. I, p. 122.

Para Wundt y Jellineck los elementos esenciales de la Ética adquieren consistencia jurídica, son un mínimo ético indispensable para la convivencia. Otros autores, como lo recuerda Del Vecchio, t. I, p. 124, "con frase más imaginativa han dicho que el Derecho es el precipitado histórico de la Moral" o, más simplemente, "puede decirse que el Derecho es la parte de la Ética, que establece las bases de la coexistencia entre varios individuos; por esto no se puede concebir una sociedad sin Derecho".

do: la de un ser coexistencial, que convive con los otros seres humanos en comunidad, con los cuales, o a pesar de los cuales, debe realizarse como persona dentro del bien común.

La doctrina contemporánea ha superado, en gran medida, las dificultades y los temores originalmente generados a raíz de la aparición del abuso del derecho. Ha contado, sin duda, con el sustento que le ha ofrecido, de una parte, la realidad social mediante la presión de una conciencia jurídica colectiva proclive a una más intensa vivencia de los valores éticos y, de la otra, con el rico instrumental que le ha proporcionado la iusfilosofía, con la mostración de la real estructura del ser humano que tiende a la superación de un abstracto individualismo.

No ha sido tarea fácil, y ha costado cierto tiempo el convencer, a través de la aplicación jurisprudencial del abuso del derecho, que con la aceptación de esta necesaria figura jurídica no se pretende atentar, ni se atenta, contra la libertad individual, ni se erosiona sustancialmente el señorío de la voluntad. El abuso del derecho es sólo un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo, tendiente a que el individuo actúe sus derechos subjetivos según las directivas de la solidaridad social, sin causar lesión o daño a intereses ajenos no protegidos por normas específicas.

Mediante el principio del abuso del derecho se tiende a equilibrar la legítima actuación de los derechos individuales, indispensables para la realización de la persona humana, con los intereses de la colectividad. Es obvio, por lo demás, que quien abusa en el ejercicio o en el no uso de un derecho subjetivo, atenta contra un interés ajeno que, en última instancia, limita o imposibilita la realización del proyecto existencial de otra persona. El derecho es el difícil arte de armonizar intereses con el

fin de que cada uno pueda, sin lesionar intereses comunitarios, realizar su proyecto personal. Esto se traduce conceptualmente en la expresión "bien común" que es el bien de todos y de cada uno.

§ 3. *CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL ABUSO DEL DERECHO.* – El abuso del derecho obtuvo, finalmente, su consagración institucional dentro de la disciplina jurídica al haber sido explícitamente incorporado, como etapa conclusiva de un difícil proceso teórico, al derecho positivo. Ello acontece en el presente siglo al haberse normado expresamente como tal por algunos códigos civiles contemporáneos, mientras que en otros, provenientes del siglo pasado, se refiere a él implícitamente. Dichos cuerpos legales recogen los aportes proporcionados por la doctrina y la jurisprudencia comparadas, en tanto ambas manifestaciones del derecho han contribuido parejamente a su delimitación conceptual. Ello no es de extrañar, por lo demás, en tanto es sabido que la doctrina y la jurisprudencia se anticipan y abren el camino a la legislación.

Entre los códigos civiles que han asumido de modo explícito el abuso del derecho cabe citar, sin que la enumeración sea exhaustiva, al alemán de 1900, suizo de 1907, polacos de 1934 y de 1964, peruanos de 1936 y de 1984, venezolano de 1942 reformado en 1982, portugués de 1967, argentino de 1869, a raíz de la sustancial reforma operada en 1968, español de 1889, de conformidad con la modificación llevada a cabo en 1974, boliviano de 1976, paraguayo de 1987. Un estudio comparativo de dichos códigos civiles, en lo concerniente al abuso del derecho, es materia a la que hemos de referirnos en el curso de este trabajo (ver § 42 a 59).

De otra parte, no se puede dejar de mencionar, al lado de los códigos anteriormente citados, a dos importantes proyectos que, en diversa medida y en

ciertos casos, han servido de fuente a la codificación contemporánea, a pesar de que ninguno de ellos cristalizó en cuerpos legales vigentes. Nos referimos al Proyecto de Código ítalo-francés de las Obligaciones de 1929[20] y al Anteproyecto de Código Civil francés, que espera su consagración legal (ver § 43, c).

El principio del abuso del derecho, del modo antes señalado, adquiere carta de ciudadanía jurídica a nivel del derecho positivo. Deja de ser, al mismo tiempo, una exclusiva aspiración ética, una comunitaria demanda axiológica, una pura interpretación y aplicación jurisprudencial de los principios generales del derecho, inspirados por la constelación de valores jurídicos. La asunción del abuso del derecho, como norma jurídica, supone un resonante triunfo de la conciencia jurídica colectiva contemporánea de raíz ético-moral.

Pueden aún discutirse algunos extremos teóricos del instituto, desde su terminología, considerada por muchos como insatisfactoria[21], hasta las definiciones ofrecidas por la doctrina, a menudo tenidas como insuficientes, o puede también discreparse de los criterios adoptados por cierta jurisprudencia para su determinación o en lo que concierne a su propia naturaleza jurídica, pero no se puede desconocer su utilidad en la vida de relación.

Así, en lo que concierne a la terminología empleada, Barassi critica la expresión "abuso del derecho" desde que "siempre que exista un exceso exis-

[20] El Anteproyecto franco-italiano de las Obligaciones influye, marcadamente, en el Código Civil venezolano de 1942, modificado en 1982.

[21] Algunos autores, no sin razón, sostienen que desde que el abuso del derecho significa la transgresión de un deber jurídico y genera un caso de ilicitud, no cabe seguir refiriéndose a un "derecho". Dejó de ser derecho para convertirse en un entuerto.

tirá violación de la ley y del derecho ajeno y no ya un abuso del derecho (expresión con la que se designa el ejercicio de un derecho sin tener en cuenta su finalidad o prescindiendo de los límites éticos o sociales impuestos al egoísmo individual) puesto que no es posible abusar de los propios derechos que –en cuanto el titular se excediera de su ámbito– dejarían de serlo". Sentada esta premisa Barassi concluye que "si el titular prescinde de dichos límites, se excederá del ámbito de su derecho subjetivo; obrará *non iure* y violará la norma" [22].

La concreción de esta teoría en norma jurídica significa, a su vez, un radical cambio en la óptica con la cual se enfoca esta institución. El abuso del derecho, antes de su consagración normativa, era sólo una aspiración ética, una vivencia social. La conciencia jurídica colectiva, transida de dichas aspiraciones y vivencias, recogida por la jurisprudencia y la doctrina, representó en su momento una considerable presión, cuyo resultado favorable cristalizó en la teoría del abuso del derecho y, en norma positiva, dentro de ciertos ordenamientos jurídicos.

Su incorporación por diversos códigos civiles supone un importante vuelco en su concepción jurídica. Ello conducirá a concebirlo, en adelante, como la violación de una expresa prohibición normativa, como la transgresión de un genérico deber jurídico contenido en un principio general del derecho y presente en toda situación jurídica subjetiva (ver § 35, b). Se configura así un ilícito *sui generis*.

La concreción normativa del abuso del derecho tiene el significado de un progresivo avance de la conciencia solidaria dentro de la disciplina jurídica y, como consecuencia, señala un proceso en el cual se advierte un progresivo declinar de la concepción

[22] Barassi, Lodovico, *Instituciones de derecho civil*, t. I, p. 219.

individualista, la misma que se mostró divorciada de la realidad de la vida.

§ 4. *EL ABUSO DEL DERECHO Y LA CRISIS DE LA CIENCIA JURÍDICA.* – La aparición y la consiguiente paulatina aceptación de la figura del abuso del derecho es una de las manifestaciones más elocuentes de la crisis por la que, desde hace algunas décadas, atraviesa la ciencia jurídica. Este instituto, así como sus antecedentes en el tiempo, son por ello piezas claves para explicarla, en alguna medida, y para mostrar la evolución del pensamiento jurídico a través de la historia.

Las vicisitudes propias de la discusión y debate vinculados a la figura en estudio nos muestran los esfuerzos desplegados por los juristas por sintonizar con una realidad social y con un renovado pensamiento iusfilosófico, que pugnaban por superar una cultura jurídica centrada en el excesivo egoísmo que representaba el individualismo. Dichos esfuerzos estaban enderezados a adecuar la normatividad vigente con los reclamos, precisamente, de esa realidad social y con las nuevas directrices de un renovado pensamiento jurídico. El exacerbado individualismo, basado en el egoísta aislamiento del ser humano, que sólo atendía a sus intereses personales con prescindencia de los demás, tenía que dejar paso a una concepción donde el valor solidaridad debería ser vivenciado a nivel de las relaciones sociales.

Es por ello que, en este mismo sentido, Alpa y Bessone expresan que "el rápido cambio de la realidad económica y social, las innovaciones introducidas por los nuevos estados de progreso tecnológico, el variar de los valores de la sociedad obligan a los juristas a desarrollar un arduo deber de adecuación de las normas (cristalizadas en los códigos y en las

leyes especiales) a los nuevos hechos que ellas no habían previsto" [23].

La crisis se desencadena, entre otras causas, por la vigencia y difusión de los postulados de la filosofía de la existencia, la misma que centra su atención sobre el ser humano como fin en sí mismo. La más importante expresión de esta vigorosa y renovada reflexión filosófica es la mostración del ser humano como un "ser-en-el-mundo", es decir, como un ente cuya vida se desarrolla, necesaria e inexorablemente, dentro de una dimensión coexistencial, en un contexto social. Esta evidencia no desconoce, por cierto, que el ser humano es libre y personal y, por ende, creador e idéntico a sí mismo.

La meditación iusfilosófica del presente siglo induce a los juristas a colocar al ser humano en el centro de la reflexión jurídica y a considerarlo como el único sujeto del derecho. Se subraya, al mismo tiempo, que no se trata de un hombre aislado, independiente de su circunstancia, sino de un ser humano de naturaleza social, en comunicación constante con sus semejantes, dotado de una estructural dimensión comunitaria. Esta mostración del ser humano influye necesariamente a nivel de la ciencia jurídica, por lo que se comienza a regular la conducta humana no sólo a partir de una visión exclusivamente individualista de la persona, sino que se norman conductas "compartidas", actividades humanas "socializadas". Los hombres de derecho empiezan a ver, cada vez con mayor claridad, que el derecho no es un determinado estático *status* individual, o una sucesión de ellos, sino que más bien se trata de un dinámico fenómeno de "relación de conductas", de intersubjetividad.

[23] Alpa - Bessone, en Rescigno (dir.), "Tratatto de diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 68.

Esta concepción social de lo jurídico permite a los juristas superar la tesis, de raíz individualista, que predica la existencia de derechos subjetivos absolutos, como si fuera de cada individuo no existiera otra realidad viviente. Se llega a aprehender, cada vez con mayor nitidez, que el derecho es un fenómeno que se hace manifiesto en la socialidad, dentro de la cual se produce la armónica y valiosa conjunción de conductas humanas.

Es dentro de esta nueva óptica que se explaya la meditación iusfilosófica en nuestros días y se comienzan a replantear, o a construir, las instituciones jurídicas. Los hombres de derecho comprenden que si bien el "yo" no se confunde con el "nosotros", el "nosotros" está implantado en la estructura del "yo". Si bien es cierto que el ser humano no se diluye en lo social, su naturaleza participa de lo social.

Los planteamientos de la filosofía de la existencia, que se concretan a través de un movimiento jurídico personalista[24], obligan a iusfilósofos y juristas a un cauto repensamiento crítico que alcanza y compromete, progresivamente, a numerosas concepciones jurídicas y técnicas y, por consiguiente, a sus manifestaciones doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas. Esta situación de crisis, que conlleva al replanteamiento de medulares instituciones jurídicas, y que ha sido generalmente reconocida por ilustres tratadistas de la época presente[25], lleva

[24] El personalismo es la corriente de pensamiento que, fundada en la filosofía de la existencia, coloca al ser humano como centro y eje de la meditación iusfilosófica dentro de una dimensión de coexistencialidad. Supone una reacción contra todo tipo de individualismo y de patrimonialismo exacerbados y extremos.

[25] Cfr., entre otros, Castán Tobeñas, José, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, y *Crisis mundial y crisis del derecho*. Para Lino Rodríguez-Arias Bustamante el abuso del derecho se produ-

a decir a Perlingieri, en radical afirmación, que es necesario "refundar el derecho civil" [26].

La crisis a la que hacemos referencia conduce al creciente auge de una visión tridimensional del derecho que supera tradicionales y estrechos reductivismos científicos y, al mismo tiempo, al paulatino ocaso de ideologías [27] de raíz tanto individualista como patrimonialista. La figura del abuso del derecho se desarrolla y adquiere lenta y fatigosa aceptación doctrinaria contemporáneamente con el inicio del progresivo declinar de dichas ideologías, las que son recusadas por apartarse o enmascarar la realidad ofrecida por la experiencia jurídica misma. El ritmo de evolución de la teoría del abuso del derecho se acelera e intensifica en la medida en que tanto los iusfilósofos como los juristas se muestran permeables a los postulados de la filosofía de la existencia y del consiguiente personalismo jurídico.

La crisis a que se alude se traduce en un relativamente lento proceso histórico de repensamiento de las más importantes instituciones jurídicas a la luz de los nuevos principios filosóficos y de la realidad social. Nos encontramos inmersos en un cru-

---

ce "como consecuencia de la crisis del derecho, concebido como fórmula rígida y severa" (*El abuso del derecho*, p. 7).

[26] Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 47.

[27] Para Miró Quesada C., Francisco, una ideología es "un sistema cultural que refleja y contribuye a reforzar la posición del grupo dominante de una colectividad en una época determinada". Cfr. *Ideología y derecho*, en "Derecho y mundo moderno", p. 25, y también, del mismo autor, *Humanismo y revolución*, p. 15 y siguientes.

Vilanova, José M., *Elementos de filosofía del derecho*, p. 26, expresa, al respecto, que las ideologías "son respuestas que, con apariencia científica (porque utilizan toda la terminología y las formas de la ciencia), tienden una verdadera trampa al conocimiento porque en definitiva son una respuesta dogmática más, en donde el dogma está puesto al servicio de ciertos intereses".

cial momento de transición, en el cual si bien no se han superado totalmente los excesos y distorsiones derivados de los esquemas mentales tradicionales, es dable advertir su creciente cuestionamiento por un cada vez más amplio sector de pensadores y juristas. Es una etapa de transición entre un individualismo y un patrimonialismo extremos que se refleja en una cerrada concepción de los derechos absolutos, de un lado, y un personalismo comunitario, del otro. Va quedando atrás, paulatinamente, una visión del hombre abstractamente considerado, aislado del contexto social, egoístamente encerrado en sí mismo, para ser sustituida por otra presidida por el valor solidaridad en la cual la existencia se despliega en la dimensión de la coexistencialidad. Y, al mismo tiempo, el derecho se va desligando, también lentamente, de su anclaje preponderantemente patrimonialista, en el cual se exalta lo absoluto, sagrado e inviolable del derecho de propiedad, por una nueva óptica en la cual se vislumbra al ser humano, a la persona, como centro y eje de lo jurídico.

En este proceso de transición se observa cómo se han ido repensando instituciones jurídicas de cardinal importancia para la ciencia del derecho. Hace ya algunas décadas hizo crisis la capital clasificación del derecho en público y privado, al advertirse que ella no era descriptiva de su objeto, ya que todo interés jurídico, sustentado en la peculiar naturaleza del ser humano, tiene una vertiente individual y otra pública, social. El problema consiste en averiguar, en cada caso, cuál interés es el que prevalece. La crisis de la clasificación se hizo patente, con el correr del tiempo, cuando algunos juristas encontraron que el derecho de familia no encuadraba en ninguno de los extremos de la supuesta clasificación, ya que en este sector del derecho se presentan simultáneamente, con toda evi-

dencia, tanto intereses definidamente individuales y privados como públicos y sociales. De ahí que se considerara al derecho de familia, en su momento, como un derecho "mixto"[28]. Otro tanto ocurrió, al menos, tratándose de los derechos laboral y agrario.

En los últimos tiempos han sido sometidos a revisión nociones de la importancia de sujeto de derecho, derecho subjetivo, responsabilidad civil, persona jurídica, empresa, entre otras.

De lo expuesto se puede concluir que se requiere una nueva visión del derecho –que recoja los mensajes de la realidad social a través de la historia– si se pretende comprender a cabalidad el principio del abuso del derecho. Como lo pone de manifiesto Rescigno, en este tema "se encuentran y se miden, con particular evidencia, las diversas ideologías de los juristas"[29]. Es decir, las diversas visiones de lo jurídico asumidas por los científicos del derecho[30].

B) Caracterización preliminar

§ 5. *El abuso del derecho como límite genérico impuesto al ejercicio del derecho subjetivo.* – El de-

[28] En este sentido, Aftalión, Vilanova y García Olano sostienen que la distinción entre el interés general y el particular, como notas determinantes del derecho público y del privado, "no es clara ni sustancial, ni puede servir de clave para diferenciarlos". Y agregan que la división del derecho en público y privado "no es descriptiva de su objeto", ya que no lo "aprehende en plenitud y, por lo mismo, no constituye un concepto clasificatorio" (Aftalión, Enrique - Vilanova, José - García Olano, Fernando, *Introducción al derecho*, p. 500-505). En este mismo orden de ideas Hans Kelsen afirma que el empleo que suele hacerse de dicha división es "impreciso y contradictorio" (*Teoría general del Estado*, p. 105-120).

[29] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 205.

[30] En cualquier caso, sustancialmente, el proceso para el reconocimiento jurídico de la institución del abuso del derecho res-

nominado "abuso del derecho", según la generalidad de los juristas, opera como un límite impuesto al ejercicio del derecho subjetivo. La convicción de establecer un límite a los derechos subjetivos nace de la necesidad de proteger a los "otros", con quienes entra en relación el titular de tales derechos, de actitudes egoístas y antisociales, descriptas como "anormales" o "irregulares". Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agravien intereses ajenos dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección.

Debemos subrayar, en consecuencia, que lo susceptible de lesión o agravio en el caso del uso abusivo de un derecho no son aquellos intereses humanos que la ley reconoce expresamente y protege directamente a través de derechos subjetivos perfectos. Tratándose del abuso del derecho, por el contrario, lo que es objeto de lesión son intereses que no están tutelados por norma jurídica específica, sino que su protección se realiza por el juez sobre la base del principio general que considera acto ilícito *sui generis* el denominado abuso del derecho. Es una tutela de intereses dignos de protección jurídica.

El sustento jurídico para no amparar acciones descriptas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando –o no usando–

---

ponde a una aspiración comunitaria de carácter moral. Frente al egoísmo de un exagerado individualismo se pretende hacer prevalecer una actitud solidaria.

de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica.

Spota describe el acto abusivo como aquel "que se ejecuta sin exceder los límites objetivos del derecho, pero que, por su móvil no concordante con aquella finalidad social o económica, deja de ser amparado por el ordenamiento jurídico, o sea, por el derecho como un todo, por la *juridicité*, para emplear la ya recordada expresión de Edmond Picard"[31].

El abuso del derecho, según Bejarano Sánchez, es una conducta "que parece ser congruente con la norma de derecho, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito". Y es que, para el citado autor, el sentido con que se ejercita el derecho, al perturbar intereses vitales, constituye una conducta "materialmente antijurídica aunque sea coherente con la disposición formal de la misma"[32]. Es decir, una conducta aparentemente legítima pero sustancialmente ilícita.

Abusar del derecho significa, para Ripert, "cubrir de apariencia jurídica el acto que se tenía el deber de no realizar o por lo menos que no era posible realizar más que indemnizando a aquellos que fueran perjudicados por dicho acto"[33].

31 Según Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, vol. 2, en el abuso del derecho "respétase la letra de la ley, pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero que en sí, o en su combinación, persiguen el resultado prohibido".

32 Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, p. 277.

33 Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 169.

El ejercicio de un derecho, como lo remarca Lacruz Berdejo, no puede significar "el uso irracional e indiscriminado del ámbito de poder, de las posibilidades de actuación jurídica concedidas al titular". Y, agrega, que "el alcance y extensión de ese ámbito de poder se hallan marcados por ciertas coordenadas que los delimitan, más visibles a la hora de su ejercicio"[34]. Una de esas coordenadas es, sin duda, el abuso del derecho.

De Castro y Bravo nos recuerda que "nadie, ni el más ardiente defensor del carácter absoluto de los derechos subjetivos, desconoce que éstos pueden encontrar limitaciones en las leyes"[35]. Larenz afirma que, "en principio, no cabe concebir un derecho que no esté limitado de alguna forma"[36]. Tales límites surgen del contenido del propio derecho –fijados por la ley o el convenio– o basados en principios genéricos, válidos y aplicables a todos los derechos subjetivos[37]. Este último es el caso del llamado "abuso del derecho".

El límite al derecho subjetivo, que de suyo comporta la teoría del abuso del derecho, puede fundamentarse, en el caso de ausencia de una expresa norma prohibitiva, en una convicción de la doctrina o en una decisión jurisprudencial basadas ambas, a su vez, en lo que puede designarse como la "conciencia jurídica colectiva", que se constituye como perceptible síntesis de vivencias valiosas y que se patentiza a través de una sentida aspiración moral comunitaria. Dicha conciencia jurídica colectiva se manifiesta mediante una constante presión so-

[34] Lacruz Berdejo, José - Luna Serrano, Agustín - Rivero Hernández, Francisco, *Elementos del derecho civil, I. Parte general del derecho civil*, vol. 3, "El derecho subjetivo", p. 113.

[35] De Castro y Bravo, Federico, *Temas de derecho civil*, p. 136.

[36] Larenz, Karl, *Derecho civil. Parte general*, p. 296.

[37] Larenz, *Derecho civil. Parte general*, p. 297.

cial, que gravita sobre los juristas y genera nuevas corrientes de pensamiento. En ellas puede identificarse la fuente de no pocas modificaciones y de cambios producidos a nivel del derecho positivo.

La prohibición del ejercicio abusivo del derecho puede concretarse, según el grado de evolución de la conciencia jurídica colectiva y su correspondiente gravitación sobre los órganos del Estado, en una norma que así lo especifique. Como se ha apuntado en precedencia (ver § 3), existen algunos códigos civiles que inspirados en la doctrina y la jurisprudencia, fuentes del derecho que a su vez recogen una vivencia ética colectiva, han incorporado en sus respectivos textos dicha prohibición de modo explícito. Esta prohibición se manifiesta mediante expresiones lingüísticas tales como aquélla, consignada en el Código Civil peruano, de que "la ley no ampara el abuso del derecho".

En lo que se refiere a la caracterización tradicional del abuso del derecho, es conveniente anotar que, desde algunas décadas atrás y acentuadamente en la actualidad, se tiene la convicción de que el derecho subjetivo no es absoluto, que no es un poder ilimitado concedido a su titular por el ordenamiento. Esta tesis, a la cual hemos hecho referencia, se funda en que el derecho, por ser relación entre sujetos, se despliega indefectiblemente en el plano de la intersubjetividad, por lo cual el derecho subjetivo se correlaciona, necesariamente, con el interés ajeno. El respeto que merecen los intereses ajenos, no tutelados por alguna norma específica, hace que el titular del derecho subjetivo asuma un genérico deber, circunstancia que de suyo relativiza el derecho subjetivo en función de los demás.

Un derecho subjetivo absoluto sólo puede concebirse en ausencia de límite alguno, lo que no es exacto si atendemos a lo que realmente acontece en la experiencia jurídica. En ella se advierte que el

derecho subjetivo está genéricamente condicionado por el respeto al derecho o al interés de "los otros" y al de la sociedad en general. El derecho no es un fin sino un medio para lograr la realización personal y comunitaria. Es decir, el bien común.

Por ser el derecho regulación valiosa de la coexistencialidad humana es que, en el horizonte de todo derecho subjetivo, no se halla solamente presente y actuante el factor consistente en la necesidad de asegurar la propia libertad, expresada a través de atribuciones, prerrogativas y poderes, sino que debe de tenerse también en cuenta, al mismo tiempo, el derecho de los demás, el interés social dentro de la perspectiva del bien común. El "yo" no se enfrenta al vacío, a la nada. Frente al "yo" está el "tú", el "nosotros". Y es en la dimensión del "nosotros" que se entreteje el derecho. En un "nosotros" que supone el respeto del derecho ajeno. Si así no aconteciese, el "nosotros" sería imposible o, dicho en otros términos, la vida humana social sería invivible.

El principio del abuso del derecho surge así como un límite al ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo de parte de su titular. Como lo precisan Díez-Picazo y Gullón[38], coincidiendo con Larenz y otros autores, cabe señalar la presencia de límites naturales al ejercicio de un derecho subjetivo, los que están enraizados en la propia naturaleza de cada específico derecho. Existen, en cambio, otros frecuentes límites a dicho uso, "los que aparecen cuando se produce una efectiva colisión de derechos". De otro lado, es también dable apreciar la existencia de límites de carácter genérico, los que encuentran su inspiración y fundamento

[38] Díez-Picazo, Luis - Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, p. 442-443.

en principios generales del derecho que dimanan de una vivencia ético-jurídica colectiva.

Conviene recordar que no sólo puede constituir abuso del derecho subjetivo la actuación irregular del mismo, sino también se comprende dentro de dicha figura la omisión de su ejercicio, en el caso de que el titular del derecho, teniendo el poder de ejercerlo, a través de tal abstención causa un daño a otro. Se trata de un no uso fundado en un derecho, cuya inercia irroga un daño a otro.

Es del caso anotar que, según los autores antes citados, existen hasta dos categorías de límites genéricos al ejercicio de los derechos subjetivos. La primera de ellas se sustenta en las convicciones éticas imperantes en la comunidad, mientras que la segunda supone la adecuación de dicho ejercicio a la finalidad económica o social para la cual el derecho subjetivo ha sido creado y atribuido al titular por el ordenamiento jurídico. La primera de dichas consideraciones exige que el ejercicio de un derecho subjetivo guarde concordancia con los dictados del principio de la buena fe. La segunda, en cambio, "impone la prohibición del abuso del derecho" [39].

§ 6. ***La conciencia jurídica colectiva como límite genérico al ejercicio abusivo del derecho.*** – Mencionar la conciencia jurídica colectiva supone admitir que, en la comunidad de personas que constituye la sociedad humana, subyace una vivencia comunitaria de los valores jurídicos, tales como la justicia, la seguridad y la solidaridad, entre otros. Esta vivencia colectiva, que es una vivencia originariamente personal de los valores jurídicos, se traduce en un

[39] Díez-Picazo - Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, p. 443.

consenso axiológico que, a su vez, se concreta en normas de convivencia en las cuales las conductas encuentran inspiración y modelos de comportamiento. Los ideales o valores, que constituyen lo que históricamente se conoce como el derecho natural, pugnan por su concreción en normas jurídicas positivas[40]. Es decir, exigen a través de una acción social, de una actuante opinión pública, su consagración a través de dispositivos legales de cumplimiento obligatorio.

La conciencia jurídica colectiva reclama, en términos generales y más allá de la vigencia de normas específicas dentro del ordenamiento positivo, el que en las relaciones humanas intersubjetivas se vivencien los valores ínsitos en los principios generales del derecho, como el de la buena fe, el orden público y el de las buenas costumbres. La comunidad reclama que exista plena correspondencia entre estos principios generales, informantes de todo el sistema jurídico, y el real y efectivo comportamiento humano social. A los jueces corresponde, en ausencia de leyes específicas, recoger y aplicar este clamor comunitario.

En lo que concierne a esta temática axiológica es preciso anotar que, después de muchos años de vacilaciones, en los cuales reducíamos los valores "jurídicos" a un limitado elenco –como la justicia, la seguridad, el orden, la cooperación, la solidaridad–, actualmente somos de la idea de que todos

[40] La vivencia valorativa comunitaria se modifica, en cierta medida, con el transcurso del tiempo. La conciencia jurídica varía en concordancia con el cambio de actitudes y costumbres, con las transformaciones de todo tipo que experimenta la vida social. De ahí que, como apunta Martín Bernal, "el acto que un tiempo merecía la plena justificación jurídica y moral, venga a ser considerado por la conciencia alterada del pueblo como abusivo, intolerable, inicuo, a pesar de ser considerado por el derecho constituido –más lento en su evolución– como ejercicio legítimo de un derecho y, por tanto, como acto lícito" (cfr. *El abuso del derecho*, p. 143).

los valores que el hombre vivencia en su vida comunitaria son, en alguna medida, "valores jurídicos". Ello, en virtud de que el derecho es, en su dimensión primaria, vida humana social. Y en esta vida, a no dudarlo, se vivencia, con diferentes acentos e intensidades, toda la constelación de valores conocidos por el hombre en su quehacer existencial. Si bien es cierto que podríamos aludir a una especie de "jerarquía" de valores jurídicos, presididos por la justicia, la seguridad y la solidaridad, somos del parecer de que todos los demás valores "éticos", que guardan relación con la conducta intersubjetiva del ser humano, tienen que ver, en cierta medida y en determinadas circunstancias, con el derecho. Entre ellos, por ejemplo, podemos aludir al valor "utilidad", que es el valor príncipe tratándose de las ciencias económicas. No se puede dudar de que este valor, tan importante para la vida personal y comunitaria, se vivencia también dentro del plexo de relaciones estrictamente jurídicas.

Profesamos así una concepción del derecho en la cual, por ser lo jurídico primariamente vida humana social, valiosamente regulada, abarca todas las conductas intersubjetivas, ya que siempre se podrá determinar, frente a cada una de ellas, si es que están prohibidas o están permitidas. En última instancia, y a falta de una específica normatividad que así lo determine, podemos recurrir al axioma jurídico de que todo aquello que no está prohibido está permitido. Está posición supone, obviamente, adherir a una suerte de panjuridicismo.

§ 7. *LA FUNCIÓN JUDICIAL Y EL ABUSO DEL DERECHO.* — La vigencia del principio del abuso del derecho radica fundamentalmente en la correcta interpretación que de él efectúe la jurisprudencia. Corresponde a ésta decidir, en última instancia y casuísticamente, sobre los alcances de su aplicación así

como determinar las correspondientes sanciones que surgen ante su presencia generadora de perturbaciones en las relaciones sociales.

El papel de los jueces es determinante en los países en los cuales el abuso del derecho no ha logrado aún convertirse en una específica cláusula general del derecho positivo. En esta especial circunstancia, la jurisprudencia tiene que sustentarse tanto en los principios generales del derecho –fundamentalmente en el de la buena fe y en el de las buenas costumbres– como en la conciencia jurídica colectiva, a la que hemos aludido en precedencia. La sensibilidad axiológica del juez se expresa en su rechazo a que se lesione el interés de una persona –siempre que éste sea digno de tutela jurídica– sobre la base de un ejercicio abusivo de un derecho subjetivo, máxime cuando ello no reporta utilidad alguna para su titular o cuando el acto abusivo se comete contrariando la finalidad económico-social inherente al derecho. La conciencia valorativa del juez vivencia, en este caso, la injusticia y la falta de solidaridad de la conducta agraviante del titular del derecho subjetivo, pese a que ella se sustenta, en su origen, en una situación lícita.

La función del juez es de la mayor importancia tratándose del abuso del derecho desde que, a su intuición axiológica, a su sensibilidad valorativa, deberá agregar una especial capacidad de análisis de las circunstancias del caso. En efecto, el juez deberá apreciar objetivamente si el titular, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad socioeconómica del mismo. Debe, por ello, conocer la estructura económico-social de cada derecho, tener una especial capacidad para definir la finalidad de cada derecho, el papel que asume en la normación de las relaciones sociales.

La función judicial se alivia, en relación con la hipótesis anteriormente citada, en el caso de aque-

llos países cuyos ordenamientos jurídicos contienen reglas que expresamente prohíben el ejercicio abusivo del derecho. En esta circunstancia, el juez puede encontrarse frente a una norma que simplemente manifiesta que no se ampara el abuso del derecho, sin definirlo, o puede ser que halle en el propio ordenamiento, además, algunos criterios que faciliten su percepción del caso.

Por lo expuesto, es conveniente la introducción en los códigos civiles de una cláusula general prohibitiva del abuso del derecho. De esta forma, como apunta Warat, "se le otorga al juzgador el respaldo legal necesario para desarrollar plenamente la parte intuitiva del acto de decisión"[41].

Se discute si es técnicamente recomendable que los códigos, al fijar la norma prohibitiva del abuso del derecho, establezcan los criterios que han de servir al juez para la caracterización de dicho abuso. Las opiniones están divididas. Así, un sector de la doctrina, en función del principio de certeza, prefiere la precisión normativa de tales criterios. De este modo, se aduce, se evitan arbitrariedades judiciales. Otro sector, en cambio, considera que es aconsejable, a la manera de los códigos civiles suizo o peruano, no fijar ningún criterio, dejando al juez en libertad de estudiar casuísticamente los casos sometidos a su consideración, sin límites ni cortapisas. Ello, en tanto son varios los criterios que pueden adoptarse en vista de la variada fenomenología que se suele presentar tratándose de los actos abusivos. Los que adhieren a esta última posición confían, fundamentalmente, en la *prudentia iuris*.

Es tan rica la casuística de los actos abusivos que trae como consecuencia que la actividad crea-

41 Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 86.

dora del juez sea más amplia en lo que a ellos atañe que en el común de los casos que se someten a su jurisdicción. No obstante, el juez tiene pautas concretas que han de orientar su función. Ellas, de no encontrarse en el texto mismo de la ley, han de buscarse en la cada vez más numerosa obra doctrinal y en los precedentes jurisprudenciales. Por ello, no cabe sostener que en esta hipótesis el juez pueda actuar de modo arbitrario.

§ 8. ***Revisión del tradicional concepto de abuso del derecho.*** – La vigencia y aplicación del principio del "abuso del derecho" se constituye, en este nivel de la historia, en un reclamo social destinado, según la doctrina y la jurisprudencia comparada, a prevenir, detener e indemnizar, según los casos, las irregularidades que, con intención o sin ella, puedan cometerse de parte del titular en el ejercicio de sus derechos subjetivos en perjuicio del interés de los demás, de la sociedad en su conjunto. Se suele así referir al abuso del derecho como la acción u omisión que, a partir de un derecho subjetivo, viola o agrede un interés existencial no protegido aún a través de una expresa norma jurídica. No es pues una colisión de derechos.

En la actualidad se advierte el inicio de un proceso, aún incipiente y vacilante, de revisión de los fundamentos de la noción misma de abuso del derecho, de un replanteamiento de su naturaleza y ubicación jurídicas. A esta nueva visión nos conduce la tendencia personalista que empieza a abrirse camino dentro de la ciencia jurídica (ver § 11 a 19).

Se trata de determinar que, contrariamente a cierta tradición invididualista, el abuso del derecho no se mantiene en el ámbito de la licitud sino que se constituye como un acto ilícito. Ilicitud que, en palabras de Peirano Facio, va más allá del campo limitado de la responsabilidad y "alcanza los concep-

tos más generales del derecho, en pie de igualdad con la teoría general de la ley"[42]. Un tipo de ilicitud *sui generis* que configura al abuso del derecho como una figura jurídica autónoma (ver § 37).

Para un replanteo de la tradicional temática atinente a la naturaleza del abuso del derecho se debe partir de los datos que nos proporciona la experiencia jurídica, en el sentido de que el derecho no puede concebir ni tratar al ser humano como un ente aislado, solitario y encerrado en sí mismo, dotado de derechos absolutos. Ello es contrario a la estructura del ser existencial. El ser humano, como se ha hecho notar, es un "ser-en-el-mundo", que se halla en relación coexistencial con los demás, por lo que al derecho le concierne establecer no sólo las facultades, prerrogativas y poderes que se le atribuyen, sino también prescribir los correlativos deberes. El ejercicio de un derecho subjetivo debe tener en consideración el interés de los demás.

Vale la pena adelantar, a esta altura del trabajo, que el abuso en el ejercicio de un derecho –o su no uso– no debe enfocarse dentro de una óptica o vertiente exclusivamente individualista, es decir, únicamente desde la posición del titular del derecho subjetivo, con prescindencia del interés de los demás. Si así fuera, estaríamos perdiendo de vista lo que realmente acontece en la experiencia jurídica, donde el derecho es interferencia de conductas. El abuso en el ejercicio de un derecho debe ser analizado tal como se nos presenta, es decir, en una determinada "situación jurídica subjetiva".

El derecho subjetivo no puede contemplarse ni menos comprenderse, en la dinámica interacción de lo jurídico, dentro de una visión meramente individualista del derecho, surgiendo y agotándose

42 Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 12.

con la sola actuación del sujeto titular del derecho. El derecho subjetivo hay que aprehenderlo tal como realmente se nos da en la experiencia jurídica: en interferencia intersubjetiva. La "situación jurídica subjetiva" no es sólo un haz de facultades, prerrogativas y poderes atribuidos unilateralmente a un titular por el ordenamiento jurídico, sino que contempla simultáneamente el interés o el derecho de los demás, concretados en la "situación jurídica subjetiva" a través de deberes impuestos al propio titular. Por ello estimamos que todo derecho subjetivo es, de suyo, un derecho-deber, aunque en determinada variante de la situación jurídica sea más intensa la presencia del poder en relación con la del deber.

Dentro de la propia situación jurídica subjetiva de poder están por ello presentes, en alguna medida y con diversa intensidad, los deberes a los que debe sujetarse el titular de un derecho subjetivo en el ejercicio del mismo. El abuso del derecho, dentro de este contexto, no resultaría ser un límite impuesto al derecho mismo, en cuanto irregular o anormal en su aparente *lícita* actuación, sino más bien significa la transgresión de un *genérico deber* a su cargo, lo que constituye fuente de ilicitud.

El *genérico deber*, a cargo de todo o cualquier sujeto titular de un derecho subjetivo, complementa, siempre y necesariamente, al *específico deber* que dimana, en cada caso, de un particular derecho subjetivo. El sujeto titular de un derecho subjetivo enfrenta, así, dos niveles de deberes, contenido el primero de ellos en un principio general del derecho, mientras que el segundo, está ínsito en la propia naturaleza del derecho subjetivo.

El *deber genérico* en referencia, expresado a través de la infortunada expresión de "abuso del derecho", supone el respeto, a cargo de todo sujeto titular de un derecho, de un interés existencial, digno de tutela jurídica, no protegido por una específica

norma del ordenamiento jurídico positivo. Por ello es que sostenemos que el denominado "abuso del derecho" está constituido por toda conducta humana que transgrede el genérico deber de respeto a un interés ajeno. Este interés existencial dimana de la propia dignidad de todo ser humano en cuanto fin en sí mismo. En esto se fundamenta su necesidad de tutela jurídica, con o sin norma específica.

Lo manifestado en los párrafos precedentes permite comprender, sin dificultad, la razón por la cual consideramos que el llamado abuso del derecho no es, estrictamente, un abuso en el lícito ejercicio –o en el no uso– de un derecho subjetivo sino que, por la alteridad propia del derecho expresada en la situación jurídica subjetiva, tal supuesto abuso del derecho constituye, en realidad, un acto ilícito *sui generis* que se produce por la transgresión de un genérico deber a cargo del titular del derecho. Es decir, el abuso del derecho deja de pertenecer, como tradicionalmente se le consideraba, al área de los actos lícitos para pasar a colocarse, en cambio, en aquella otra de los actos ilícitos. Se trata, sin embargo, de un específico tipo de ilicitud como se apreciará en su lugar (ver § 37, c).

El análisis del fenómeno del abuso del derecho, tal como él se nos presenta en la experiencia jurídica, de un lado, y lo dispuesto por el ordenamiento jurídico peruano, del otro, nos permite caracterizarlo ya no como un *límite* al lícito ejercicio de un derecho subjetivo de parte de su titular, sino más bien y como está dicho, constituyéndose en el *incumplimiento de un genérico deber* a su cargo, implantado en una situación jurídica subjetiva. Deber que, sin embargo, no salvaguarda un derecho subjetivo ajeno sino el interés legítimo del "otro" a no soportar mayores sacrificios que los que le reporta el ejercicio normal o regular de un derecho de parte de su titular.

Lo expuesto nos lleva a concluir que la denominación de "abuso del derecho" para designar el fenómeno del cual nos venimos ocupando no es, tal vez, la más afortunada, desde que ella invita a nuestra imaginación y a nuestro intelecto a permanecer en el marco de la licitud. Un acto abusivo es un acto ilícito, una modalidad de la genérica ilicitud pero con características que permiten especificarla. Por ello, es más adecuado referirse a un "acto ilícito abusivo". La nota diferenciadora nos la ofrece el término "abusivo".

La expresión "abuso del derecho" es acuñada en coincidencia con los primeros desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales del instituto. Se trata de una etapa en la cual el abuso del derecho era sólo concebido como un "exceso" en el ejercicio de un derecho subjetivo producido, por tanto, dentro del ámbito de la licitud. Corresponde a un instante de incertidumbre conceptual, en el cual aún no se había precisado la naturaleza del acto abusivo. Cuando esto último ocurre, cuando se advierte que se trata de un acto ilícito, el término se había abierto camino, había sido consagrado por la ciencia jurídica. La costumbre, la tradición, han hecho el resto.

En la actualidad, debido entre otras causas a la actitud conservadora que prevalece en la mayoría de los juristas, es casi imposible cualquier intento dirigido a encontrar una expresión más feliz, acorde con la peculiar naturaleza del llamado abuso del derecho. En todo caso, dada la convencionalidad del lenguaje, el problema terminológico no es un tropiezo ni un obstáculo en la comprensión del fenómeno mismo del denominado "abuso del derecho".

§ 9. ***NECESIDAD DE UN PREVIO ESCLARECIMIENTO SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y DE DERECHO SUBJETIVO.*** — Para lograr un metodológico deslinde conceptual

de lo que significa para el derecho contemporáneo el denominado "abuso del derecho", es necesario y fructuoso esclarecer previamente qué es el derecho, a partir de una descripción fenomenológica de la experiencia jurídica. La concepción que se pueda tener del derecho y de su función *en* y *para* la vida humana gravitará, decididamente, sobre la idea que los juristas se forjen del abuso del derecho. Del mismo modo, es importante para tal finalidad asumir una previa toma de posición sobre los alcances del derecho subjetivo.

Las cuestiones planteadas son de suyo problemáticas dentro del conocimiento jurídico, ya que ambas tienen detrás de sí siglos de dudas y vacilaciones, de discrepancias y debates. No existen otros temas de mayor hondura y, a la vez, de extrema complicación en la disciplina jurídica. Se trata, nada menos, que afrontar el asunto atinente al objeto mismo de la ciencia del derecho y de aquello en que éste consista en tanto prerrogativa.

No obstante que somos conscientes de la profundidad del asunto, resulta indispensable para nuestro propósito el emprender esta ardua tarea, aunque fuere de modo esquemático. Tenemos, como juristas, pese a nuestras limitaciones, el deber y la necesidad de optar por una respuesta entre las muchas que nos ofrece la historia del pensamiento jurídico. Poseer una noción, lo más clara y fundada posible de aquellas medulares cuestiones, es un requisito que el jurista tiene que cumplir en el desarrollo de su quehacer científico. El trabajo del jurista, ya sea en lo tocante al diseño o a la interpretación de normas e instituciones exige, al menos, conocer –aunque sea a título provisorio– el supuesto que le ha de servir de fundamento en el discurrir de su labor. Ello constituye ineludible exigencia si se pretende un mínimo de coherencia y de rigor en el discurso jurídico.

No es difícil advertir que los diferentes enfoques propuestos a través del tiempo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comparada en relación con la teoría del abuso del derecho responden, básicamente, a la respectiva posición iusfilosófica que, con conciencia o sin ella, profesan los juristas que se interesan por la materia. Los diversos criterios que ellos adoptan en cuanto al tema se hallan en estrecha correspondencia con una particular visión del derecho. Ella, a su vez, guarda concordancia y se inserta dentro de una cierta concepción del mundo y del hombre.

La visión del derecho que asume el jurista como punto de partida de su reflexión científica se refleja también, de modo evidente, en lo que concierne al discutido concepto de derecho subjetivo, el mismo que resulta ser, como es obvio, el inmediato presupuesto de la noción de abuso del derecho. De ahí que, además de necesario, sea particularmente útil para la mejor comprensión de la teoría del abuso del derecho esclarecer previamente, como lo hemos ya anotado, tanto la concepción del derecho como la referente al derecho subjetivo. Ambas nociones le sirven al jurista de fundamento en su tarea de caracterización del abuso del derecho, dentro de un racional esfuerzo por poseer y mantener una visión armónica de lo jurídico.

Es por ello que, antes de abordar la materia atinente al abuso del derecho, estimamos indispensable dedicarle a dicha temática, a título puramente introductorio, un breve pero inevitable espacio (ver § 10 a 19).

Conviene dejar sentado que el requerimiento de precisión conceptual en lo que concierne al instituto del abuso del derecho nos obliga a prescindir, en un primer momento y en lo posible, de una previa y determinada "construcción" dogmática que pudiera servir de basamento condicionante a su caracteriza-

ción. Es preferible asumir, por razones metodológicas, una actitud más bien descriptiva del fenómeno sociológico-existencial del abuso del derecho. Vale decir, aproximarnos a él tal como se nos presenta en la experiencia jurídica, sin intermediaciones, colocando entre paréntesis –al estilo de la "epojé" fenomenológica– todas las teorías existentes sobre el mismo. Elegimos la opción de partir de la realidad de la vida humana social donde, en primera instancia y a través de una relación intersubjetiva, se presenta dicho específico fenómeno, en vez de acercarnos a la experiencia jurídica mediante una previa y elaborada "construcción conceptual" (ver § 41).

La indagación que se emprende se apoyará, por lo tanto, en los datos que se obtengan de la experiencia jurídica, hecho que ha de facilitar el que se pueda percibir y describir la dinámica del derecho y precisar, por consiguiente, en qué consiste el denominado "abuso del derecho". En síntesis, la determinación de la naturaleza del abuso del derecho, su caracterización jurídica, ha de desplegarse a partir de la experiencia jurídica y no de una *a priori* construcción conceptual.

La metodología antes referida responde, asimismo, y como es evidente, a la decisión de evitar *en lo posible* adherir, sin más, a una determinada e histórica concepción del derecho, en general, y del derecho subjetivo, en particular, en la medida que ello condicionaría, desde su inicio, cualquier indagación sobre el abuso del derecho. Trataremos de liberarnos, de esa manera y en lo posible, de todo tipo de condicionamiento conceptual construido por la dogmática jurídica sobre la base de una determinada visión del derecho, generalmente de raíz formalista.

No obstante lo expresado sobre la necesidad de tratar de evitar, siempre que sea factible, toda clase o

tipo de condicionamientos, es interesante mencionar a título referencial la apreciación que, vinculada con el tema, formula Comporti sobre la tendencia que actualmente se advierte dentro de la disciplina jurídica. El autor manifiesta que, tanto la ciencia jurídica italiana como la europea, "ha abandonado ya los esquemas de un abstracto conceptualismo a los que había permanecido ligada por decenios, por influencia del positivismo y del formalismo, y ahora, bajo la influencia de las concepciones historicistas y realistas del derecho, revalora cada vez más la importancia del contenido, del rol fundamental de los valores, de la necesidad de la adherencia de la norma a la realidad social subyacente". Para este efecto, la ciencia jurídica debe privilegiar "las indagaciones dirigidas a profundizar los perfiles ideológicos, los presupuestos culturales, políticos y económicos, las condiciones sociales y ambientales que determinan el desarrollo del pensamiento jurídico"[43].

La acertada percepción de Comporti avala, sin expresarlo de modo explícito, una visión del derecho a partir de la realidad de la experiencia jurídica, donde hallamos, primariamente, vida humana social, o sea el "contenido aludido", además de los valores, cuyo "rol fundamental" se destaca, y las normas, que deben adherir "a la realidad social subyacente". Esta adherencia, reclamada por Comporti, privilegia, sin duda, la dimensión sociológico-existencial del derecho.

En coincidencia con lo expuesto es interesante recoger una importante observación formulada recientemente por Francisco Miró Quesada. Al referirse a las notas más características de la evolución

[43] Comporti, Marco, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, en "Rivista di Diritto Civile", 1984-I-285.

del pensamiento filosófico en la década comprendida entre 1980 y 1990 expresa que, en la epistemología, "se ha superado la tendencia normativista que, desde la época de Leibnitz y Kant imperó en el pensamiento occidental". Y concluye precisando que "la mayor parte de las investigaciones han tratado de señalar no cómo debe ser la ciencia sino, simplemente, cómo es". Miró Quesada corrobora, de este modo, la tendencia prevaleciente en los tiempos que corren de una cada vez mayor aproximación a la realidad[44]. Tratándose del derecho ello significa reconocer, dentro de la tridimensionalidad de su estructura, que el elemento primario –pero no único– es la vida humana social. De ahí que toda investigación dentro de esta disciplina debe partir de la experiencia jurídica.

[44] Miró Quesada C., Francisco, *La filosofía de la década*, en "Dominical", suplemento de "El Comercio", nº 53, 31/12/89, p. 8.

Capítulo II

DERECHO Y DERECHO SUBJETIVO

A) Hacia una visión integral del derecho

§ 10. ***La tridimensionalidad de la experiencia jurídica.*** – Es difícil resumir en pocas líneas una posición sobre lo que es el derecho. Comprimir en breves párrafos toda una visión del derecho es tarea que se presenta como de suma dificultad. Y, no obstante, hay que asumir este empeño, a pesar de las limitaciones que ello supone.

Una visión del derecho debe sustentarse, en nuestro concepto y tal como se ha remarcado, en la observación de aquello que acaece en la realidad. El derecho, a partir de la experiencia, se constituye unitariamente con la simultánea e ineludible presencia de tres elementos que se exigen recíprocamente, en dinámica interacción, sin perder su propio perfil. El derecho se despliega tridimensionalmente en la experiencia jurídica a través de la dinámica interacción de conductas humanas intersubjetivas, que constituyen su dimensión sociológico-existencial, de normas jurídicas, en cuanto formas de pensamiento, y de valores[1].

[1] Para una visión panorámica de la teoría tridimensional del derecho, cfr. Reale, M., *La teoría tridimensional del derecho*"; Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, y *Personalis-*

Las citadas tres dimensiones alcanzan la unidad de aquello en que consiste "el derecho" en la experiencia jurídica, mediante una relación dinámica, manteniéndose, no obstante, la heterogeneidad ontológica de sus elementos. Ello se advierte cuando analizamos, estáticamente, cada una de dichas dimensiones, las que simplemente yuxtapuestas, una al lado de la otra, no llegan a configurar, a plenitud, aquello que designamos unitariamente como "el derecho". El fenómeno jurídico surge sólo en la dinámica y recíproca interacción de tales elementos, donde es indispensable la presencia de todos y cada uno de ellos.

La constatación de la tridimensionalidad del derecho se obtiene luego de una aproximación fenomenológica a la experiencia jurídica. Ello permite describir lo que acontece en la experiencia cuando aprehendemos "lo jurídico". Descripción fenomenológica que supone una puesta entre paréntesis de todo tipo de "construcción intelectual previa" sobre lo jurídico. Es decir, prescindir de todo *a priori* sobre lo que es el derecho.

Esta aproximación fenomenológica nos lleva a verificar, precisamente, que en el derecho se presentan siempre, de modo inexorable, tres dimensiones que se reclaman mutuamente y que en dinámica interacción constituyen aquello que aludimos unitariamente como "el derecho". Por el contrario, cada uno de tales elementos en situación estática, aisladamente considerado, no llega a mostrarnos "lo jurídico" en su globalidad. Nos ofrece sólo una visión unidimensional del derecho y, por ello, resulta incompleta, insuficiente, para aprehender "lo jurídico" como totalidad[2].

---

mo y ciencia jurídica contemporánea, en "Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi", p. 59 y siguientes.

[2] Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho agrario y dere-*

Se trata, pues, de tres objetos, de distinta consistencia ontológica que, sin embargo, cobran unidad en dinámica interacción, fenómeno que ocurre en la experiencia jurídica. De ahí que podamos constatar que no es posible referirse al derecho como totalidad cuando está ausente alguna de aquellas dimensiones, sin que ello pueda suponer, de otro lado, que sólo una de ellas, *per se*, se constituya como "lo jurídico". Por ello podemos sostener que sólo la vida humana social no es derecho, pero que, sin embargo, no se concibe al derecho sin su básica presencia en la experiencia jurídica. Las normas de suyo, aisladamente, no constituyen "el derecho", como tampoco lo son únicamente los valores jurídicos. Los tres elementos son imprescindibles para la aprehensión de "lo jurídico", pero ellos deben conjugarse dinámicamente para que podamos percibir "lo jurídico" como una unidad conceptual[3].

En la experiencia jurídica observamos que lo primario es la vida humana coexistencial. Vida humana coexistencial que exige de una adecuada y obligatoria regulación para hacer posible, precisamente, esa convivencia. Por ello, mientras exista la sociedad estará presente la regulación de las relaciones interhumanas que en ella se manifiestan.

La vida humana es la dimensión primaria del derecho en tanto que sin su presencia no hay nada que *valorar*, ni menos nada que *normar*. La conducta interferida, compartida en el seno de la comunidad humana, resulta ser lo que los juristas verifican como el "contenido" de las normas jurídicas

---

chos humanos en la unidad del ordenamiento jurídico, en "Nuevas tendencias del derecho de las personas", p. 355 y siguientes. También, del mismo autor, *Derecho y persona*, p. 45 y siguientes.

[3] Según sostiene Martín Bernal, "la consideración del derecho como valor, norma y hecho es hasta cierto punto un lugar común en el pensamiento jurídico actual" (*El abuso del derecho*, p. 120).

y el objeto de una determinada valoración jurídica. De lo expresado se desprende, en consecuencia, que la integración dinámica de estas tres dimensiones –la coexistencial, la formal y la axiológica– nos permiten aprehender el derecho como una totalidad, como una unidad conceptual.

La visión tridimensional del derecho, que se apoya en la realidad de la experiencia jurídica, supera todo unidimensionalismo, todo tipo de reductivismo jurídico. Las explicaciones que sobre el derecho nos ofrecen, en el decurso de la historia del derecho, tanto el iusnaturalismo como el formalismo positivista y el sociologismo jurídico, son posiciones que pretenden reducir el derecho a una sola de sus dimensiones. Ello no es posible desde que la vida humana social, con independencia de toda referencia a los valores y a las normas jurídicas, es también objeto de otras múltiples disciplinas, entre las que se destaca la sociología. Por su parte las normas, aisladamente, son dimensiones espectrales, materia de la lógica, mientras que los valores, en cuanto tales, son tema de la axiología. Sólo la dinámica confluencia de estas tres dimensiones nos conduce a aquello que es específicamente considerado como "el derecho".

Las conductas humanas que se dan en la experiencia jurídica en interferencia intersubjetiva no son, de por sí, el objeto del derecho, ya que se requiere de normas que prescriban obligatoriamente un tipo de comportamiento –permitido o prohibido– según un criterio valorativo. Las normas, en cuanto tales, como simples formas de pensamiento, tampoco son derecho, desde que deben referirse de manera necesaria a una conducta intersubjetiva estimada como valiosa. Los valores, de suyo, tampoco son derecho. Ellos representan ideales de conducta a seguir, aspiraciones éticas que pugnan por convertirse en normas obligatorias y que son viven-

ciados, única y realmente, por el ser humano en su interferencia con otros congéneres. En resumen, para la aparición del "derecho", como concepto unitario, deben hacerse presentes aquellos tres elementos, no uno al lado del otro, sino en *dinámica* interacción.

El derecho no es estático, ya que supone vida humana en acción, en continuo movimiento, actuando en relación con otras vidas humanas. Las normas jurídicas están pensadas en función de la coexistencialidad. Los valores jurídicos se vivencian comunitariamente. El derecho refleja esta realidad dinámica de la vida humana social en tanto es una estructura de ella. Ello no impide, por cierto, que cada una de las dimensiones que integran el derecho pueda ser estudiada y analizada estáticamente, de modo independiente.

Cabe reiterar, dada su importancia para la comprensión de lo jurídico, que estas tres dimensiones no se hallan yuxtapuestas, colocadas quieta y pasivamente una en relación con la otra. La dinámica interacción entre ellas es, como lo hemos subrayado, imprescindible para la aprehensión de "lo jurídico".

§ 11. ***El derecho como intersubjetividad.*** – El derecho se despliega en la experiencia jurídica como interferencia de conductas humanas en el tiempo. La función del derecho es la regulación valiosa y obligatoria de la intersubjetividad. El derecho se erige como una estructura de la vida humana social, como una necesidad del ser humano –en tanto éste es coexistencial– de lograr una pacífica convivencia. Paz que, a su vez, es indispensable para la realización de cada ser humano. No es imaginable la existencia comunitaria, en nuestro nivel histórico, sin normas obligatorias de conductas que aseguren al hombre su libertad, su posibilidad de desarrollar

su personalidad, de cumplir su proyecto de vida. Sólo el derecho asegura la libertad y, simultáneamente, cierta convivencia justa, segura, solidaria. Atiende al interés personal de cada cual y, al mismo tiempo, está comprometido con el interés social que supone la realización del bien común. El derecho, dotado de obligatoriedad y coacción, suple en nuestros tiempos una exigencia moral desprovista de tales connotaciones.

Por ser el derecho un producto cultural, una hechura del hombre en cuanto ser libre y creador, puede traicionarse su sentido, distorsionarse su finalidad. No siempre la interacción de los tres citados elementos, dentro de la experiencia jurídica, logra cumplir cabalmente con la función que es propia del derecho[4]. No es frecuente que exista armónica concordancia entre la conducta humana interferida, las normas y los valores. El ser humano, en cuanto creador del derecho, puede regular injustamente cierto tipo de relaciones humanas, así como también, en tanto protagonista, puede actuar en disconformidad con normas jurídicas que regulan conductas humanas en términos valiosos.

El derecho, no obstante dicha cristalización contraria a sus fines, no puede dejar de ser considerado como un indispensable instrumento para la vida humana social en un momento histórico donde no es posible la vigencia única de normas morales desde que en ellas está ausente la obligatoriedad y la sanción heterónoma. El derecho debe constituirse como un instrumento de liberación de las potencialidades de cada persona humana, en armonía con el proyecto social elaborado por la comunidad. El derecho, como bien lo sabemos y padecemos, a

[4] Cfr. García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, p. 101 y siguientes.

menudo se convierte, por desviarse su sentido, en un vehículo de dominación de unos seres humanos sobre los otros. Pierde su razón de ser al transformarse en elemento a través del cual, por una manipulación normativa, se privilegian intereses de grupo sobre el bien común y hasta se obtiene la opresión de una entera comunidad. Todo ello, sin embargo, es transitorio. El derecho tiende a encontrar su equilibrio. La historia así lo convalida.

La desviación del derecho de su específica finalidad social se debe al mal uso que hacen, determinados sectores de seres humanos, del aparato normativo en contraste con los requerimientos de la vida humana social y de las exigencias axiológicas. Es una distorsión que no niega el valor y la función del derecho, sino que sólo nos muestra una desviación normativa que debe superarse. No significa el fracaso del derecho sino solamente lo que debería ser una transitoria inadecuación entre sus elementos, buscada y querida por un determinado grupo para privilegiar injustamente ciertos particulares intereses en el seno de la comunidad. Es una situación que la colectividad vivencia como contraria a los valores jurídicos y que debe necesariamente cambiarse mediante una acción concertada de las fuerzas sociales, a través de la presión de la opinión pública, utilizando mecanismos jurídicos. La lucha por el derecho es, por ello, un cotidiano y constante afán del hombre.

El derecho adquiere sentido desde una óptica plural, comunitaria, de relación entre sujetos. El derecho aparece sólo a partir de la intersubjetividad. La regulación de la conducta subjetiva, que tiene que ver con el mundo interior o fuero interno del sujeto, pertenece, en cambio, al ámbito de la moral.

El derecho no regula, como se ha apuntado, la conducta subjetiva en la cual el ser humano actúa insularmente, aislado, desconectado dinámicamen-

te de los otros, sumido en su mundo interior compuesto de intenciones, pensamientos, deseos, ensueños. Este soliloquio es materia de la moral, donde la sanción es endógena, constituida básicamente por el remordimiento y donde el arrepentimiento y la redención juegan un papel decisivo. El derecho tiene como misión hacer posible la plena realización del ser humano en su vida de relación, dentro del bien común. Por ello atiende a las dos vertientes que integran la estructura misma del ser humano, ya sea que se le considere como existente individual, que tiene que "hacer su vida", que cumplir su propio e intransferible destino personal y, al mismo tiempo, se le aprehenda como ente coexistencial, arrojado entre "los otros", como ser-en-el-mundo. Es, así, indispensable, que el derecho tutele, a la par que el interés personal, el interés social para que, en armónica conjunción, se logre el bien común. Bien común que es el bien de todos y, a la vez, el bien de cada uno.

El proyecto existencial no puede formularse en el vacío, en soledad, frente a la nada. El proyecto personal se realiza dentro del contexto social, contando con los "otros", a pesar de los "otros". Contexto social al cual el hombre se halla estructuralmente vinculado en tanto es un "ser social", un ente ontológicamente coexistencial. El ser humano es social sin dejar de ser único, personal, idéntico a sí mismo. Como tal, en ésta su bidimensionalidad, ha de concebírsele y tratársele. Por ello, cuando el ordenamiento atribuye al sujeto un derecho subjetivo, debe tener en cuenta, necesariamente, esta realidad de la vida. De ahí que todo derecho subjetivo sea un derecho "en relación", implantado dentro de una "situación" dada, en dinámica interacción. Situación en la que está presente, al lado del derecho y de sus propios límites, el genérico deber de no transgredir principios generales del dere-

cho los que, a su vez, se inspiran primordialmente en el valor solidaridad.

La vida del ser humano, como certeramente lo resume Legaz y Lacambra, "implica en todas sus dimensiones la alteridad, la relación con los otros". La vida del hombre no transcurre solitaria. El alejamiento, el retiro, "es un modo o una posibilidad de la vida personal, pero no una característica esencial de ésta frente a la vida social"[5]. Existir, como apunta Zubiri, es existir "con" –con cosas, con otros, con nosotros mismos–. Y afirma, "este *con* pertenece al ser mismo del hombre: no es un añadido suyo"[6].

Como nos lo recuerda el propio Legaz y Lacambra, y nosotros lo repetimos frecuentemente, Robinson Crusoe –personaje que llena de fantasía las mentes infantiles– pudo vivir en soledad gracias a las soluciones, vivencias, conocimientos y saberes que adquirió durante su vida en sociedad. Es explicable, y con frecuencia ocurre, que el hombre se vuelva sobre sí mismo, se interiorice, entable un diálogo con su conciencia. Pero ésta es una actitud transitoria, una pausa de reflexión autocrítica, de autoconocimiento, para poder insertarse nuevamente, enriquecido y dotado de una mayor claridad conceptual, en el contexto social. Y es que lo social no es "un ente", algo exterior o ajeno al hombre, sino que pertenece a la estructura misma del ser humano.

El derecho asume así al hombre tal cual es. En su relación con los demás, dentro de la sociedad de personas. La normatividad regula, por tanto, la vida humana social, realizando o dejando de realizar valores. Los valores jurídicos son valores co-

[5] Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, p. 178.
[6] Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, p. 373.

munitarios. Se predica justicia o injusticia de una conducta "en relación" con otra conducta humana. Se es solidario en función de los demás. La seguridad depende del contexto social en el cual el hombre está *dinámicamente* inserto.

Es dable indicar, además, que contra una frecuente distorsión de lo que es "lo jurídico", el derecho no comporta una relación entre un sujeto y una cosa –cualquiera que ella fuere–, sino relación entre sujetos, ya sea que se trate de sujetos ciertos y determinados o, simplemente, inciertos e indeterminados, de sujetos actuales o potenciales. El objeto sólo aparece como contenido o en vinculación con una relación entre sujetos [7].

La visión del derecho, que hemos expuesto de modo esquemático, nos ha de ser útil para precisar tanto los alcances del concepto de derecho subjetivo como de la figura del abuso del derecho, tal como se podrá apreciar a lo largo de este ensayo.

§ 12. ***La noción de relación jurídica.*** – La intersubjetividad encuentra su conceptualización en la

[7] Perlingieri afirma que la relación jurídica sólo se da entre términos homogéneos, o sea, entre sujetos de derecho. Ella no se produce, en consecuencia, entre sujeto y cosa o entre sujeto y ordenamiento sino, reitera, entre sujetos. Dicha relación está "regulada por la norma, es decir, por el ordenamiento en su conjunto" (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 519 y 521). En este mismo sentido se pronuncia Legaz y Lacambra cuando sostiene que la relación "no es entre el individuo y las normas, sino una relación existencial entre individuos que, según las normas, son sujetos de derecho" (*Filosofía del derecho*, p. 692).

En cuanto al papel que juegan las normas, Castán Tobeñas sostiene que, por medio de ellas, en cuanto proposiciones normativas, "se conoce la existencia de una relación jurídica, porque en aquéllas están definidos conceptualmente los elementos que existen en una realidad social que ostenta el carácter de la juridicidad *per se*, bajo ciertos supuestos" (*Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 8).

noción de "relación jurídica". La relación, como lo hemos expresado, es la vida misma del derecho. Legaz y Lacambra describe al derecho como forma de vida social y, por eso, "no sólo regula relaciones sino que él mismo *es* un complejo de relaciones jurídicas"[8]. Se trata de una relación entre sujetos de derecho, tanto en el caso de una relación auténticamente interpersonal o de una relación de sujetos impersonalizados, que es aquella en que consiste lo social[9]. En este mismo sentido se pronuncia Del Vecchio cuando expresa que la relación jurídica puede definirse como "un vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada"[10].

En la relación jurídica se produce la vinculación o interferencia entre dos o más sujetos de derecho o, si se prefiere, entre dos o más situaciones jurídicas[11]. Legaz y Lacambra define, por ello, a la relación jurídica como "un vínculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones ga-

8 Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 680.

9 La relación, según Perlingieri, debe ser puesta "al centro de la construcción del derecho civil, no obstante que en los manuales modernos, contrariamente a aquellos menos recientes, no se le atribuye su debida importancia" (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 518). Para este autor, el concepto de relación jurídica representa la superación de la tendencia que agota la construcción de las instituciones civiles en términos exclusivos de atribución de derechos a los sujetos (p. 519).

10 Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 313.

11 Para Perlingieri, la noción de relación jurídica es más idónea para expresar la correlación entre situaciones jurídicas subjetivas, "poniéndose en evidencia la imposibilidad de estudiar una situación jurídica subjetiva sin estudiar, al mismo tiempo, las situaciones que están vinculadas" (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 478).

rantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción" [12].

De la definición que nos ofrece el citado iusfilósofo se desprende que en la relación jurídica se presentan los siguientes elementos: la persona, el hecho condicionante, la norma, la correlatividad de situaciones jurídicas, la prestación y la sanción. De lo expuesto se puede concluir que el derecho es una trama de relaciones jurídicas donde aparece, como elemento esencial, la correlatividad de situaciones jurídicas subjetivas. Correlatividad en la cual cada sujeto está instalado en una determinada situación jurídica, donde el acento puede colocare ya sea en lo que concierne a un deber o a un derecho subjetivo [13].

El ordenamiento jurídico, como lo señala Perlingieri, "no es sólo un conjunto de normas, sino que es también un sistema de relaciones jurídicas: el ordenamiento en su aspecto dinámico no es otra cosa que la actuación, las vicisitudes, el nacimiento, la modificación, la extinción de relaciones jurídicas" [14].

B) La situación jurídica subjetiva

§ 13. *El derecho subjetivo.* – El derecho subjetivo [15], según la concepción tradicional imperante,

[12] Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 684.

[13] En este orden de ideas es importante citar la opinión de Perlingieri, en el sentido de que "no es suficiente analizar, ni siquiera a fondo, el poder atribuido a un sujeto si no se comprenden al mismo tiempo cuáles son los deberes, las obligaciones, los intereses de los otros sujetos" (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 519).

[14] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 519.

[15] Entre las obras sobre la materia pueden consultarse, entre

se constituye como una facultad, prerrogativa o poder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto, al cual se le conoce como titular de aquel derecho[16].

Algunos autores han pretendido negar la existencia del derecho subjetivo. Es conocida la posición de Duguit quien argumenta que lo fundamental en el ordenamiento jurídico es la regla objetiva que dispone deberes[17]. En esta misma dirección, pero desde diversa óptica, se sitúa Hans Kelsen, a cuyo pensamiento nos referiremos más adelante.

El derecho subjetivo, con arreglo a la teoría que en su momento fuera sustentada por Windscheid y Savigny, se presenta como un "poder de la voluntad". Según el primero de los nombrados, a quien se considera como el exponente más representativo de esta teoría, los derechos subjetivos existen "en cuanto el ordenamiento jurídico ha declarado decisiva para la actuación de un precepto emanado de él, la voluntad de una persona"[18]. Y la persona, cuya voluntad es considerada como decisiva para el surgimiento del derecho, no es otra que la del sujeto de derecho. El derecho subjetivo es así el "señorío de la voluntad".

De acuerdo con dicha teoría el derecho subjetivo se reduciría, para un numeroso sector de intér-

---

otras, Orestano, Ricardo, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*; Villey, Michel, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en "Arch. Philos. du Droit", 1953-1954, p. 163; Ekelöf, O. P., *Il concetto de diritto soggettivo*, en *Jus*, 1955, p. 490; Roubier, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*; Dabin, Jean, *Le droit subjectif*, y *Droits subjectifs et prérogatives juridiques*, en "Mém. de L'Acad. Royale de Belgique", 1960.

16 La titularidad, según Perlingieri, constituye sólo el vínculo entre el sujeto y la situación jurídica subjetiva (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 480).

17 Duguit, Léon, *Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*, p. 177.

18 Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, vol. 1, p. 1070.

pretes o comentaristas del pensamiento de Windscheid, al ámbito de lo sicológico. Es decir, se le concibe como sólo un "poder del individuo", con prescindencia de lo social. La crítica advirtió prontamente que la pura volición del individuo era del todo insuficiente para caracterizar al derecho subjetivo. No era posible confinarlo a la esfera de la individualidad, donde se generaba como volición que confería un poder y donde también se extinguía luego de ejercitarse o convertirse en acción. Acción que nacía y se concluía en el mundo de la pura individualidad.

De otro lado, se objetó que el señorío efectivo de la voluntad "no es rigurosamente necesario para que haya un derecho". Se puede tener un derecho aun sin saberlo y hasta en contra de la propia voluntad.

Finalmente, se argumentó que esta tesis era insostenible en la medida que existían sujetos que carecen de voluntad propia, como sería el caso de los dementes, los concebidos, los menores de edad. Esta objeción, según Borda, no es decisiva en cuanto la ley atribuye tal voluntad al correspondiente representante legal[19].

No obstante los comentarios críticos anteriormente glosados, otro sector de la doctrina formula una diversa interpretación de las ideas de Windscheid. Se sostiene así que "no se puede tratar de un poder de voluntad puramente abstracto, sin otro objeto que el goce de la voluntad deleitándose en su propia potencia". Para Dabin, que asume esta posición, "la voluntad quiere siempre alguna cosa, pero en derecho no le está permitido querer cualquier cosa, puesto que depende de la regla objeti-

[19] Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 38.

va que asigna a su poder unos límites, e incluso a veces unos fines" [20].

Frente a los distintos enfoques de la tesis de Windscheid cabe preguntarse, con razón, si ese famoso "poder de voluntad" supone el que estemos frente a una voluntad omnipotente del sujeto y que encuentra en sí misma su fundamento o si, por el contrario, ese poder está enmarcado o sustentado en el derecho objetivo. En otras palabras, la cuestión es saber si tal "poder de voluntad" es anterior al ordenamiento jurídico positivo, si tiene su origen y sostén en el propio sujeto o si el mismo es concedido, atribuido, por la regla de derecho [21].

El mismo Windscheid alude a este problema cuando explica que el derecho subjetivo tiene dos diversas aplicaciones. En primer término debe entenderse como el derecho que tiene un sujeto a un determinado comportamiento, ya sea activo o a través de una omisión, frente al titular del derecho. En una segunda versión, debe comprenderse como el poder de voluntad atribuido por la norma al propio titular. En cualquier caso, el "poder de voluntad" está enmarcado por el derecho objetivo.

Las diferentes interpretaciones que se han formulado tienen su origen en la ambigüedad del pensamiento del pandectista Windscheid. Ello conduce a decir a Dabin que este autor utiliza un lenguaje equívoco [22]. En verdad, a esta altura de la historia, es comprensible la ambigüedad de la tesis de Windscheid. Ella, como es obvio, respondía a su personal concepción del derecho. Desde una óptica tridimensionalista (ver § 10) el problema planteado

20 Dabin, Jean, *El derecho subjetivo*, p. 72-73.

21 Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, p. 110.

22 Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 70.

se disuelve. En efecto, para que podamos decir que estamos ante "el derecho", frente a cualquier derecho, debemos atender a la interacción dinámica de la conducta humana intersubjetiva –con su carga de voluntad–, las normas que la regulan y los valores que, al ser vivenciados por la conducta, significan criterios que deben ser tomados en consideración para la regulación jurídica.

Ihering da un paso adelante frente a la concepción estrechamente individualista del derecho subjetivo preconizada por Savigny y Windscheid. Ihering asume una posición diferente cuando encuentra en el "interés jurídicamente protegido" el núcleo del derecho subjetivo. Interés, por cierto, única y exclusivamente del individuo detentador del derecho subjetivo. Para llegar a esta conclusión Ihering parte de un hecho de la experiencia, como es el de que muchas personas carentes de voluntad –como los menores de edad o los insanos– tienen, no obstante ello, derechos reconocidos por el ordenamiento positivo. Derechos que, sin duda, entrañan un interés existencial que debe ser jurídicamente tutelado[23].

La doctrina de Ihering que contó, y cuenta aún, con numerosos adeptos, ha sido también materia de crítica. Se ha sostenido, entre otros argumentos, que el derecho no es, en sí mismo, un interés sino más bien su medio de protección. El interés, en cambio, es el objeto de la tutela. Este parecer, formulado desde una vertiente formalista, es sólo parcialmente cierto, en tanto que si bien el interés existencial no es todo el derecho, su protección normativa tampoco lo es, ya que, como lo hemos señalado en su lugar (ver § 10), el derecho es el resultado de la dinámica interacción de tres elementos.

[23] Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. IV, p. 364 y siguientes.

En las concepciones tanto de Savigny y de Windscheid como en la de Ihering, se destaca sólo la utilidad o la ventaja –el poder o el interés– que goza el titular del derecho. Se le aprecia únicamente desde una óptica del todo individual, con absoluta prescindencia del interés social, del derecho o del interés de los otros. Se presenta al derecho subjetivo como un absoluto, sin límite ni confín. Esto no es exacto si concebimos al derecho como intersubjetividad, como seres humanos "en relación", como alteridad.

Las razones antes expuestas originan el que muchos juristas, como es el caso entre otros de De Castro y Bravo, dejen de lado las concepciones tradicionales del derecho subjetivo, tanto la voluntarista de Windscheid y Savigny como la finalista de Ihering. El citado tratadista español declara que abandona dichas clásicas concepciones por considerar que no representan más que dos aspectos del individualismo filosófico que dominó el siglo XIX[24].

Otros juristas, al analizar las posiciones tradicionales que sobre el derecho subjetivo son sustentadas tanto por Windscheid como por Ihering, optan por soluciones mixtas en las que se combinan y matizan las ideas del "poder de voluntad" con las del "interés jurídicamente protegido". Dentro de esta tendencia cabe recordar los nombres de Jellineck, Michoud, Ferrara y Saleilles, entre otros. Así, el primero de ellos llega a definir al derecho subjetivo como "el bien o el interés protegido por una potestad de voluntad perteneciente al hombre". En todos estos planteamientos se puede hallar una común posición en la que, como apunta Dabin, el derecho subjetivo ya no es esencialmente el interés servido por la voluntad sino que es esencialmente

[24] De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España. Parte general*, t. I, p. 634 y siguientes.

la voluntad, "pero no pura y arbitraria, sino dominada y regulada por un interés"[25].

El propio Dabin, comprometido a opinar sobre el tema, precisa su posición diciendo que de su análisis crítico el derecho subjetivo debe definirse con una palabra compuesta que "descubre las dos caras de una misma realidad: el derecho subjetivo es esencialmente una pertenencia-dominio, en la que la pertenencia es causa y determina el dominio". En lo que concierne a la "pertenencia" Dabin sostiene que todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto por un lazo de pertenencia consagrado por el derecho objetivo, "de suerte que esa persona pueda decir que ese bien o valor es suyo". Es así que el derecho subjetivo, como apunta el autor, se presenta de golpe como una relación de pertenencia entre un sujeto y una cosa, pertenencia que se encuentra "en el principio de todo lo que constituye y caracteriza el derecho"[26].

Si bien la idea de "pertenencia", a la que nos hemos referido, nos introduce, como anota Dabin, en el corazón del derecho subjetivo, no nos proporciona más que uno de los aspectos del mismo. Por ello hay que acudir al otro aspecto, al significado por la idea de "dominio" o poder. Como nos lo explica el propio Dabin, "puesto que la cosa pertenece al sujeto, éste tiene poder sobre ella, es su dueño". De este modo, el aspecto subjetivo sucede al objetivo, en tanto la pertenencia era atributo de la cosa ligada al sujeto "por el lazo de esa pertenencia", mientras que el dominio "es el atributo del sujeto respecto a la cosa perteneciente y, por tal razón, sometida"[27]. En síntesis, la "pertenencia" es el atri-

[25] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 90 y siguientes.
[26] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 100-101.
[27] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 109.

buto de la cosa que puede identificarse como el "pertenecer a". El dominio, en cambio, es el atributo del sujeto sobre la cosa "perteneciente".

No obstante lo expuesto, Dabin considera que para configurar el derecho subjetivo no basta la enunciación "pertenencia-dominio", ya que ella es constitutiva del derecho desde el punto de vista interno, es decir, ante el propio sujeto. De ahí que sea necesario complementar este planteamiento con una visión externa, frente a los "otros" que conviven con el sujeto. Debemos por ello referirnos a la condición de "alteridad" que está, para Dabin, implícita en la noción de derecho.

El acento exclusivamente individualista de que está preñada la concepción tradicional genera reacciones adversas al derecho subjetivo, algunas de las cuales llegan al extremo de negar su existencia. Es, entre otros, el citado caso de Léon Duguit, quien recusa la idea misma de derecho subjetivo. Para este autor, como nos lo recuerda Castán Tobeñas, el derecho subjetivo no es otra cosa que "un mito, una ficción, una entidad producto de la imaginación metafísica del hombre, supervivencia de entidades sustanciales de la teología escolástica"[28]. Por ello, dicha concepción resulta del todo vana, la misma que se diluye ante la única realidad positiva constituida por la solidaridad. Ésta se erige, dentro de su pensamiento, como el hecho por excelencia que debe tener en cuenta el derecho.

Para Duguit no existe otro derecho que el tradicionalmente conocido como "derecho objetivo". A sus normas se someten tanto los entes privados, individuales o colectivos, como las personas que de-

[28] Duguit, citado por Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 195.

tentan el poder. El derecho subjetivo, en su opinión, carece de sentido pues no puede concebirse a su titular, al individuo, como un ente aislado, dotado de derechos subjetivos, sino como un ser social "situado" frente al derecho objetivo, ante las reglas jurídicas.

La posición radical y reductiva de Duguit carece de sustento si nos atenemos a la realidad ontológica misma del ser humano que, como lo tenemos dicho, es de naturaleza bidimensional (ver § 11). Es decir, el ser humano tiene una estructura donde simultáneamente están presentes su propia individualidad, lo que lo hace idéntico a sí mismo, y su dimensión social, lo que no le permite ser sino dentro de la comunidad. Por ello la negación de Duguit, basada en el argumento de que los derechos subjetivos responden a una visión individualista del ser humano, no tiene asidero. Lo que debería haber hecho Duguit es sostener la bidimensionalidad del ser humano, lo que hace que el derecho responda a una exigencia existencial de regular sus inexorables relaciones con los demás, con la sociedad toda. El derecho, lo hemos remarcado, es primaria y básicamente una experiencia de intersubjetividad. Experiencia que nos ha obligado a superar la tradicional noción de derecho subjetivo para sustituirla por la más amplia y comprensiva de "situación jurídica subjetiva", activa o de poder o pasiva. Es decir, llegar a comprender que no existen derechos subjetivos absolutos, sino que al lado de ellos, juntamente con su titularidad, aparecen deberes, específicos o genéricos, que limitan su uso en aras del respeto a la libertad de los "otros", del cumplimiento de sus proyectos de vida, de los derechos e intereses ajenos. Si ello no fuera así no existiría convivencia justa, segura, solidaria, pacífica (ver § 14).

Acierta Dabin, por lo tanto, cuando en frontal crítica a la posición negadora de Duguit sostiene, con

lucidez, que "importa evitar que con el pretexto de combatir la abstracción del hombre aislado, no social, se niegue al hombre como ser individual, en relación con sus semejantes ciertamente, pero, no obstante, distinto de ellos física y moralmente". Y concluye sosteniendo que "este hombre individual es el que *es* hombre social, y es individual *antes* de ser social, como también son hombres individuales, e individuales antes de ser sociales, los hombres con los que él entra en contacto, obedeciendo cada uno por su parte la tendencia *social* de su ser *individual*". De todo lo sucintamente transcripto se concluye que no debe confundirse al hombre aislado, que no existe, y al hombre individual, que es una realidad. De igual modo, "la sociedad no existe aparte de los individuos ni antes que éstos: siendo la agrupación de individuos, éstos son sus unidades componentes"[29].

Sobre la base de la dimensión individual del ser humano, de su calidad de ente idéntico a sí mismo y, por lo tanto, diferente a los demás, es que por ser libre de realizarse como persona, tiene y requiere de derechos que le aseguren el cumplimiento de su proyecto existencial. Estos derechos no les pueden ser desconocidos si atendemos a su realidad ontológica de *ser humano*. Es por esta razón existencial que Dabin insiste en que "si el hombre no puede ser considerado aislado, separado de los otros hombres, nada impide reconocerle, en su calidad de ser humano *individual*, unos derechos que saca de esa individualidad misma, y que hará valer contra los demás hombres"[30]. Habría que completar el pensamiento de Dabin afirmando que ese "hacer valer" está condicionado por los propios de-

[29] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 48-49.
[30] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 56.

beres que emergen del uso de los derechos subjetivos, a través de los cuales se respeta la libertad jurídica de los demás, de la que fluyen sus derechos subjetivos.

Hans Kelsen reconduce la noción de derecho subjetivo a la de derecho objetivo, ya que para él se trata de un dualismo contradictorio. El derecho subjetivo se reduce al derecho objetivo en cuanto, según el autor, no son de distinta naturaleza, y aquél no existe sin un previo derecho objetivo[31]. Para este destacado iusfilósofo sólo existe el derecho positivo.

La posición asumida por Kelsen es del todo coherente con los postulados de su divulgada teoría pura del derecho, con la cual el formalismo llega a su más depurada formulación. Si esta teoría reduce al derecho a la pura normatividad, es exclusivamente en esta dimensión donde se sitúan todos los conceptos, principios e instituciones de la disciplina jurídica. Es en esta perspectiva lógico-formal donde debemos encontrar todo lo atinente al derecho, incluyendo ciertamente el tradicional concepto de derecho subjetivo. La vida humana social y los valores jurídicos resultan ser, dentro de la tesis kelseniana, elementos ajenos, extraños al derecho, por lo que se les considera como metajurídicos.

Si bien es necesario remarcar la existencia de los derechos subjetivos[32], es del caso señalar que

31 Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, p. 79.

32 Al respecto Borda sostiene que "sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos". Y agrega que "si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias, no previstas por el legislador". Concluye señalando que "si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos" (cfr. *Tratado. Parte general*, t. I, p. 40).

ellos, entendidos como "señorío de la voluntad", como expresión del individualismo exacerbado, se encuentran en su ocaso. Como anotan Alpa y Bessone, "los derechos que competen a los individuos no son más considerados como absolutos, el Estado penetra en la esfera individual de la persona para regular sus poderes y sus facultades"[33].

Por todo ello, el derecho subjetivo "ha perdido su significado originario, ligado al racionalismo del 700, y enteramente construido en función de la defensa de los valores absolutos del hombre, de un hombre no socialmente comprometido con la sociedad de su tiempo"[34].

Debemos comprender que el derecho es, primariamente, relación entre seres humanos. Que está dinámicamente integrado por conductas humanas intersubjetivas, reguladas por normas de acuerdo a valores. La coexistencialidad, que se halla en la estructura misma del ser humano, no admite derechos absolutos, ya que ello significaría encerrar al hombre sobre sí mismo, prescindir del derecho de los demás. Este deber, a cargo del titular del derecho, es el derecho del "otro" o de otros. Deber que relativiza, en alguna medida, el derecho subjetivo.

§ 14. ***Significado del concepto de situación jurídica subjetiva.*** – La noción de "situación jurídica subjetiva" sólo en tiempos recientes ha adquirido importancia y autonomía dentro de la Teoría general del derecho. El inicio del proceso de difusión y de consolidación de este concepto, como lo anota Frosini, se presenta simultáneamente con el mo-

33 Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", vol 14, t. VI, p. 59.

34 Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.) "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 60.

mento en el cual entran en crisis las nociones de sujeto de derecho y de derecho subjetivo. Este instante se ubica históricamente en la obra de Léon Duguit, en la cual la "situación jurídica subjetiva debe entenderse como dirigida a sustituir al derecho subjetivo"[35].

El concepto tradicional de derecho subjetivo, que es el resultado de una cierta visión del mundo y del derecho imperante de modo casi exclusivo hasta el siglo pasado, ha sido superado, con creces, por el de "situación jurídica subjetiva". Este rico y moderno concepto, que no niega ciertamente la existencia del derecho subjetivo, es, a su vez, el producto de una nueva concepción que se abre paso dentro de la ciencia jurídica contemporánea.

Frente a la corriente de pensamiento individualista, que concibe antinaturalmente al ser humano como un ente encerrado en sí mismo, surge con convincente pujanza, sobre la base de sólidos argumentos que se nutren en la realidad, una nueva tendencia iusfilosófica alimentada por la filosofía de la existencia. La estructura del ser humano, contrariamente a los postulados del individualismo, denota un ente de naturaleza coexistencial. Es decir, la de un ser que, para realizarse como persona, requiere inexorablemente de los "otros"[36].

La estructura del ser humano antes descripta,

[35] Frosini, Vittorio, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en "Rivista di Diritto Civile", 1969-I-231. Duguit plantea la sustitución del concepto de derecho subjetivo por el de situación jurídica subjetiva en tanto ésta permite la vivencia del hecho de la solidaridad (cfr. *Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*, p. 184 y 215 y siguientes).

[36] Perlingieri precisa esta circunstancia al decir que "mientras que el derecho subjetivo nació para expresar un interés individual y egoísta, la noción de situación jurídica subjetiva compleja configura la función de solidaridad presente en el nivel constitucional" (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 279).

como siendo "el que es" pero necesitando simultáneamente de los demás para realizarse, se refleja en el derecho, el que se nos presenta primariamente como un tejido de múltiples relaciones entre sujetos en el seno de la sociedad. Es por ello que en la vida comunitaria cada ser humano no sólo posee los derechos subjetivos que le atribuye el ordenamiento positivo para asegurar su libertad y, con ella, la posibilidad de realizarse, sino que simultáneamente, dentro de una misma situación jurídica, se le imputan determinados deberes en íntima relación con dichos derechos. Y, viceversa, el hecho de que un sujeto se encuentre obligado, de modo preponderante, frente a alguien, no supone, a su vez, que no esté premunido de ciertos derechos al lado de sus propios deberes dentro de la misma situación jurídica subjetiva.

La decisiva evolución del pensamiento jurídico contemporáneo, al influjo de la filosofía de la existencia y del personalismo jurídico, debe ser puesta constantemente de manifiesto si se pretende comprender el lógico surgimiento de la nueva noción de "situación jurídica subjetiva". Ella viene a complementar y, por ende, a enriquecer la tradicional concepción unidireccional del derecho subjetivo. Son por ello cada vez más numerosos los juristas que, al evaluar esta fidelidad del concepto de situación jurídica subjetiva con la realidad viviente del derecho, la acogen sin reservas. Entre ellos cabe citar, por su innegable gravitación, a Castán Tobeñas, quien reconoce, sin ambages, que es la filosofía existencial la que ha dado "extraordinario relieve a la idea de situación" [37].

[37] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 231.

Se asiste así, en nuestros tiempos, a una erosión del concepto de derecho subjetivo, entendido como "señorío de la voluntad". Paralelamente se advierte un proceso de elaboración y de paulatino asentamiento de una nueva noción, más rica, más amplia y comprensiva, que sintoniza con una nueva visión del derecho. Nos referimos al concepto de situación jurídica subjetiva.

§ 15. *APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA NOCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA.* – No obstante lo anteriormente expuesto, y pese a la importancia conceptual y operativa de la noción de situación jurídica subjetiva, no dejan de presentarse algunas opiniones escépticas y hasta adversas a dicha idea. Algunos civilistas, como es el caso de De Castro y Bravo, consideran que la referida noción no es técnicamente útil en la medida que agrupa situaciones del todo heterogéneas. Al formular su crítica manifiesta que dicho concepto, "aparte de su sentido pasivo y desconexión de la persona, carece de la concreción necesaria para ser técnicamente útil"[38].

Castán Tobeñas, al comentar la apreciación de De Castro y Bravo, expresa que si bien es cierto que la idea de situación jurídica "tiene poca precisión ¿acaso la tienen mayor, en la fase actual de la doctrina, las demás ideas relacionadas con la consideración subjetiva del derecho, incluso la de relación jurídica?"[39]. Su pregunta es asaz pertinente. Su respuesta, iluminante.

[38] De Castro y Bravo, citado por Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 258.

[39] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 258.

Por nuestra parte, consideramos infundada tanto la crítica vertida por De Castro y Bravo como la vacilación en la que pareciera incurrir Castán Tobeñas cuando alude a la imprecisión del concepto de situación jurídica subjetiva. Contrariamente a lo manifestado por De Castro y Bravo, somos del parecer de que la noción de situación jurídica subjetiva está íntimamente ligada al concepto de sujeto de derecho, desde que a él se refiere en cuanto centro de referencia de un haz de derechos y de deberes que le son contemporáneamente atribuidos por el ordenamiento positivo.

El sujeto se halla, con relación a los "otros" y en función del ordenamiento, en una determinada "situación jurídica subjetiva", como podría ser la de padre, acreedor, comprador, cónyuge, entre otras. El sujeto se encuentra "situado" en tanto confluyen en él, en su condición de "titular", un complejo de facultades y obligaciones en razón de que no se le puede concebir en abstracto, como un ente aislado, sino más bien en relación con los demás en el seno de la sociedad, tal como en realidad acontece.

En este orden de ideas no es posible concordar con posiciones que, como la sostenida por Kelsen, consideran que la noción de situación jurídica surge tan sólo de la relación entre el sujeto y el ordenamiento normativo, colocando entre paréntesis el contexto social, la experiencia jurídica, que es donde existencialmente se despliega el derecho.

Estimamos que la categoría de situación jurídica subjetiva es técnicamente útil y precisa. Ello en la medida en que es la que mejor revela y da cuenta de la posición coexistencial en que se halla el sujeto de derecho dentro de la experiencia jurídica, en la cual actúa no como un ente aislado y estático, sino como un ser "situado" en dinámica relación con "otros" sujetos, con los cuales está formalmente vinculado a través de un complejo de derechos y

deberes. El sujeto, tal como se comprueba en la realidad, no es sólo exclusivamente portador de poderes sino que, simultánea y acumulativamente, de esos propios derechos subjetivos nacen deberes a su cargo, que se constituyen como límites para su acción. Aparte, claro está, de aquellos otros límites externos que emergen de los principios generales del derecho.

El concepto tradicional de derecho subjetivo, en cambio, resulta ser una abstracción si se le considera como sólo un conjunto de poderes y de prerrogativas de que goza un cierto sujeto en cuanto titular de los mismos. Esta visión es unidimensional, ya que deja de lado el hecho de que, a la vez y simultáneamente con tales poderes, surgen acumulativamente ciertos deberes a cargo del mismo titular. No existen derechos subjetivos absolutos e ilimitados, como si el ser humano estuviese desconectado, ausente, del contexto social del cual estructuralmente forma parte. El ser humano no es una isla. Por ello el ordenamiento lo trata como lo que es: como un ente coexistencial, inmerso en la comunidad.

Desde una vertiente social se advierte que los derechos del ser humano individual están limitados por los principios generales del derecho –tales como la buena fe, las buenas costumbres o el abuso del derecho– inspirados todos ellos, entre otros, en el valor de la solidaridad. Deberes que surgen simultáneamente con el derecho subjetivo, en virtud de la consideración que merecen los "otros" sujetos, con los cuales el titular del derecho subjetivo se halla "en relación" en tanto "ser-en-el-mundo". Es decir, con los que tiene que "convivir", con los que cuenta ineludiblemente para "hacer su vida".

El sujeto de derecho, cuando ejercita u omite un derecho subjetivo, no se comporta como un ente insular, como si frente a él no existieran otros suje-

tos, portadores de intereses y, por lo tanto, directa e inmediatamente preocupados por las repercusiones de dicha actuación. Tal ejercicio –u omisión– puede generar efectos perjudiciales en relación con los intereses de los otros entes comprometidos en la actuación del titular del derecho subjetivo. Es así que el ejercicio de un derecho subjetivo debe tener en cuenta, necesariamente, las consecuencias que tal acción pueda significar para los demás, por lo que no puede ser ni absoluto ni ilimitado. La tutela de un derecho o de un interés se concreta como un deber a cargo del titular del derecho subjetivo, deber que surge ya sea como límite impuesto por el propio derecho o en función de la aplicación de los principios generales del derecho.

El derecho subjetivo se da así dentro de un contexto en el cual surgen y convergen también deberes a cargo del titular. Este complejo de derechos, poderes, prerrogativas y deberes, que son conferidos e impuestos al sujeto de derecho, simultánea y acumulativamente, por el ordenamiento positivo en función de un criterio axiológico, es lo que se designa modernamente con la expresión de "situación jurídica subjetiva".

§ 16. *Categorías de la situación jurídica subjetiva.* – En doctrina se suelen distinguir, principalmente, dos categorías de situaciones jurídicas subjetivas, unas denominadas activas y otras conocidas como pasivas. En la primera de dichas categorías predomina el derecho subjetivo del titular frente a sus propios deberes, mientras que en la designada como pasiva sucede lo contrario. Es decir, priman los deberes y obligaciones del sujeto ante los derechos de los cuales es titular. Las situaciones jurídicas activas están signadas por condiciones de beneficio o de ventaja en favor del titular, mientras que en las pasivas encontramos que prevalece, en

cambio, un elemento de obligatoriedad frente a uno de ventaja.

En lo que concierne a las denominaciones antes referidas, preferimos las que mientan a las primeras como situaciones jurídicas de poder y, a las segundas, como situaciones jurídicas de deber. Ello en virtud de que la expresión "pasiva" no se concilia con la dinámica que es inherente al derecho en cuanto fenómeno que se da en el tiempo y dentro de la experiencia jurídica.

Castán Tobeñas, por su parte, sostiene que las formas de situaciones jurídicas subjetivas son muy variadas. Distingue entre ellas tres grupos: *a*) el de los deberes jurídicos; *b*) el de las facultades jurídicas, y *c*) el de las posiciones de integración y conexión que "se producen entre las personas como consecuencia del juego y combinación de aquellos dos primeros elementos"[40]. Estos tres grupos, a su vez, admiten para Castán diversas subclasificaciones que no es del caso referir.

§ 17. ***La situación jurídica subjetiva en la doctrina contemporánea.*** – Un calificado sector de la doctrina contemporánea considera que la situación jurídica subjetiva, sin negar al derecho subjetivo, lo comprende en un contexto en el cual, como realmente ocurre dentro de la estructura misma del derecho, se dan también, contemporáneamente, ciertos deberes que emanan ya sea del propio derecho o de los principios generales del derecho. La situación jurídica subjetiva se constituye así como un haz de derechos y deberes que el ordenamiento imputa a un sujeto de derecho en una determinada circuns-

[40] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 237.

tancia. En la situación jurídica subjetiva encontramos derechos y deberes en tensión, donde unos aparecen como la contrapartida de los otros dentro del estado que es inherente al sujeto de derecho. Como Frosini lo subraya, "cada situación concreta del sujeto consiste en una inextricable unión de derechos y de deberes, de pretensiones y de obligaciones, según una móvil perspectiva jurídica"[41].

La riqueza que encierra el concepto de situación jurídica, que abarca y comprende al de derecho subjetivo, ha sido enfatizada por algunos autores que hallan en esta idea la superación de una óptica puramente individualista del derecho subjetivo, contraria a la realidad del acontecer jurídico que es vida de relación. En este sentido Legaz y Lacambra expresa que urge precisar el concepto de situación jurídica subjetiva "para mostrar su fecundidad y extraer de él todos los frutos que puede aportar a la elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales"[42]. Compartimos, a plenitud, lo aseverado por el maestro español. Es, precisamente, dentro de esta concepción que enmarcamos el abuso del derecho, en tanto significa el incumplimiento de un genérico deber de parte del titular de un determinado derecho subjetivo, presentes ambos en la misma situación jurídica.

Para el autor antes citado, las situaciones jurídicas son "las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y el

41 Frosini, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en "Rivista di Diritto Civile", 1969-I-236.

42 Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 723.

pasivo de su haber jurídico"[43]. Entiéndese por "circunstancias de la existencia" todos aquellos estados en que el sujeto de derecho se encuentra en la cotidianidad de su discurrir vital, tales como la de ser hijo, comprador, usufructuario o concebido, entre otras múltiples hipótesis situacionales. En cada una de estas específicas "circunstancias", y en la infinidad de aquellas otras en las cuales el ser humano puede hallarse en un momento de su existencia, el sujeto encuentra un abanico de posibilidades de conducta a realizar. En cada situación jurídica subjetiva se encierra, en potencia y en el lenguaje de Legaz y Lacambra, un conjunto de activos o de pasivos que permiten al ser humano adoptar diversas modalidades de comportamiento.

Roubier tiene el mérito de haber tratado con lucidez la temática inherente a la situación jurídica subjetiva. Este hecho es destacado por Frosini, quien expresa que a dicho autor se debe, tal vez, el tentativo "más comprometido e intelectualmente generoso de constituir a la situación jurídica como la noción central de la Teoría general del derecho, resolviendo en ella el viejo concepto de derecho subjetivo, sin renegar de otra parte de aquello proveniente de la tradición de pensamiento jurídico derivada de las fuentes romanísticas..."[44]. El concepto de situación jurídica, según la definición de Roubier, supone un complejo de derechos y deberes que se crean en torno a un hecho, a un estado o a un acto, capaz de engendrar efectos jurídicos[45]. De acuerdo con lo opinado por el autor, la situación jurídica subjetiva consiste en una unión de derechos

[43] Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 723.

[44] Frosini, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en "Rivista di Diritto Civile", 1969-I-236.

[45] Roubier, Paul, *Les prérogatives juridiques*, en "Archives de Philosophie du Droit", 1960, nº 5, p. 71.

y deberés más que una acostumbrada contraposición entre pretensiones y obligaciones, lo que permite captar en su vivo centro conflictual al sujeto situado en las distintas solicitaciones de la experiencia jurídica[46].

Castán Tobeñas, por su parte, sostiene que no hay inconveniente en utilizar el concepto de situación jurídica subjetiva siempre que no se eliminen las nociones de derecho subjetivo y de deber jurídico. Asimismo, requiere que no se le confunda con la noción de relación jurídica. Para Castán Tobeñas la noción de situación jurídica subjetiva actúa como marco que puede agrupar no sólo a dichos conceptos sino a "otras varias figuras que son expresión de matices, quizá menos fundamentales, pero no por ello poco interesantes del derecho subjetivado"[47].

El notable tratadista español, al reconocer que la idea de situación jurídica se va abriendo camino en la ciencia jurídica, expresa también que la noción "no es todavía clara", pues se le emplea "en diversos sentidos" y "hay opiniones muy contradictorias sobre su exacta significación". No obstante lo dicho, concluye afirmando que "predomina la tendencia a concebirla de un modo muy amplio"[48].

Castán Tobeñas señala, en su momento, las diversas posiciones que existen sobre la temática de la situación jurídica. Menciona entre ellas la postura que, a la manera de Du Pasquier, la asume de

[46] Roubier, *Les prérogatives juridiques*, en "Archives de Philosophie du Droit", 1960, nº 5, p. 71.

[47] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 268.

[48] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 233.

un modo global en tanto "comprende el haz de relaciones jurídicas que afectan a una persona", es decir, el "conjunto de derechos y deberes –determinados o eventuales– que el derecho atribuye a una persona colocada en determinadas condiciones"[49]. Destaca, asimismo, la aplicación que "ve también la idea de situación jurídica en el complejo de efectos que se deriven de una sola relación jurídica"[50], para concluir manifestando que dentro del concepto de situación jurídica "pueden ser incluidos casi todos los aspectos y modalidades de la subjetividad jurídica"[51].

El pensamiento de Roubier, según Frosini, es necesario desarrollarlo coherentemente y llevarlo hasta su conclusión, que es la de la final coincidencia entre situación jurídica subjetiva y sujeto de derecho, desde que "en la primera se encuentran todos los elementos que caracterizan al segundo, para quien entiende colocarse y permanecer en el plano de relevancia de la experiencia jurídica"[52]. Ello significa, como lo anota el propio autor, librarse de la hipoteca del normativismo y del formalismo abstracto. Dentro de su visión del derecho, los códigos y las leyes sólo sirven al jurista como planos topográficos que le son útiles para orientarse en el mundo de la convivencia social.

Frosini, sobre la base de las premisas antes referidas, nos ofrece, según sus propias palabras, la

[49] Du Pasquier, Claude, "*Introducción a la Teoría general y a la Filosofía del derecho*", p. 116.

[50] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 233.

[51] Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sep. 1963, nº 3, p. 233-234.

[52] Frosini, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en "Rivista di Diritto Civile", 1969-I-237.

definición más simple que se pueda dar de la situación jurídica subjetiva. Para el autor ella es la "de un sujeto de derecho considerado en relación con un ordenamiento jurídico", aunque éste no debe concebirse "como un castillo habitado por fantasmas, sino como una estructura ordenada de las acciones humanas de una cierta sociedad" [53].

Concordamos plenamente con Frosini cuando, al definir lo que entiende por "situación jurídica subjetiva", manifiesta que ella no se reduce a una simple relación entre el sujeto de derecho y el ordenamiento jurídico positivo. En efecto, Frosini hace expresa mención a un ordenamiento jurídico que no es un "castillo habitado por fantasmas", sino que es una estructura formal cuyo contenido son las acciones humanas intersubjetivas. Es decir, reconoce tácitamente la tridimensionalidad dinámica del derecho. Hace bien Frosini, además, al apartarse de la precursora posición asumida por Duguit para quien el hombre estaba "situado" sólo respecto de la regla de derecho.

No concordamos, en cambio, con la posibilidad de reducir la noción de sujeto de derecho a la de situación jurídica. El sujeto de derecho es el ser humano, en cuanto tal, mientras que el concepto de situación jurídica surge cuando dicho sujeto, al relacionarse con otros sujetos y al vivenciar valores comunitarios, asume un determinado "estado", según lo determina el ordenamiento positivo mediante la atribución de un conjunto de prerrogativas y de deberes. El "cónyuge" es así un ser humano que, al relacionarse con otro de distinto género, adquiere una particular situación jurídica, en virtud de la cual recibe del ordenamiento positivo un cú-

[53] Frosini, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en "Rivista di Diritto Civile", 1969-I-237.

mulo de prerrogativas y deberes. El sujeto, de este modo, se encuentra sumido en una cierta "situación jurídica", por lo que podemos referirlo como un sujeto "situado" en relación con otros sujetos y de conformidad con las atribuciones y deberes que, en dicho estado, le imputa el ordenamiento.

Como se aprecia de la glosa sintética que hemos efectuado del pensamiento de algunos autores representativos de la cultura jurídica contemporánea, la idea de situación jurídica se ha abierto paso dentro de la ciencia jurídica y ha adquirido definitivamente carta de ciudadanía. Y es que, como lo hemos remarcado, la noción de situación jurídica subjetiva refleja aquello que realmente acontece en la experiencia jurídica.

§ 18. ***ALGUNAS CONCLUSIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA.*** – De lo expuesto en torno al concepto que estamos analizando cabe concluir que el sujeto de derecho, dentro de una determinada situación jurídica subjetiva es el centro de convergencia, en dinámica tensión, de derechos, facultades, poderes, deberes, prerrogativas, obligaciones, que le son atribuidos al sujeto por el ordenamiento positivo en un cierto estado, al colocarse en una determinada circunstancia existencial y luego de una vivencia valorativa. La situación jurídica subjetiva se constituye así en un complejo de derechos y deberes que el ordenamiento imputa a un sujeto cuando asume cierto *status*.

Toda situación jurídica subjetiva se refiere a un sujeto en relación y todo sujeto es, para el derecho, un sujeto "situado". Esta comprobación es la que conduce a Frosini a sostener que la situación jurídica subjetiva es aquella de un sujeto considerado en relación con un ordenamiento jurídico, en tanto estructura ordenada de las acciones humanas en una determinada sociedad.

De lo dicho resulta que el concepto en estudio comprende, sin negarla, a la noción tradicional de derecho subjetivo, aunque reconoce que a su lado aparecen también deberes a cargo del titular del derecho subjetivo.

Como también lo hemos expresado en precedencia, hay situaciones jurídicas subjetivas donde el énfasis está puesto en el derecho subjetivo –situaciones activas o de poder– y existen otras donde, contrariamente, el acento incide en el deber jurídico –situación pasiva o de deber–. Dada la coexistencialidad propia del ser humano y la consiguiente estructura del derecho, todo derecho subjetivo conlleva un propio deber, con el cual entra en dinámica tensión, y todo deber, a su vez, encierra en su seno algún derecho dentro de una dimensión coexistencial.

A título referencial podemos mencionar algunas específicas situaciones jurídicas subjetivas a fin de mostrar cómo es que en ellas se correlacionan, dentro de una lógica de tensión, derechos y deberes que en ella están presentes y que el ordenamiento atribuye a un cierto sujeto de derecho colocado en determinada circunstancia. Así, si nos referimos al caso del nombre del sujeto, se advierte que se trata de un derecho subjetivo a la identidad personal que el ordenamiento positivo le reconoce. En mérito a este derecho subjetivo el sujeto tiene la facultad de exigir que se le designe por su nombre, así como que no se le conteste o usurpe. Pero, junto a este evidente derecho subjetivo, la situación jurídica atinente al nombre contiene también deberes a cargo del propio titular del derecho. Así, el ordenamiento prohíbe al sujeto cambiar de nombre, modificarlo o alterarlo, disminuirlo o acrecentarlo, sin razón valedera ni previa autorización judicial.

El deber de no alterar el nombre, sin previa autorización judicial, está incorporado y forma parte

integrante de la situación jurídica respectiva, donde el énfasis está puesto en el derecho subjetivo del titular a su identidad personal. Derecho y deber integran así una misma situación jurídica subjetiva, de modo acumulativo y en dinámica tensión. Pero, ciertamente, el deber a cargo del titular de la situación jurídica se correlaciona, dentro de una relación jurídica, con el derecho o interés a cargo de otro u otros entes de exigir que el sujeto no cambie su nombre. Este deber se funda en el interés comunitario de individualizar jurídicamente a cada sujeto a través de su correspondiente nombre, o en el interés que pueda tener cualquier persona de evitar que una alteración de un nombre ajeno signifique una usurpación del suyo.

El art. 19 del Cód. Civil peruano, al hacerse cargo de la circunstancia en que se halla el sujeto en cuanto a su situación atinente al nombre, alude a él como a un derecho-deber. En efecto, dicho artículo prescribe textualmente que "toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre". Es decir, se refiere al nombre en tanto situación jurídica subjetiva.

En lo que se contrae al domicilio del sujeto se percibe que, en esta específica situación jurídica subjetiva, aparece la facultad de escoger libremente el lugar del domicilio, y también de cambiarlo cuando así el sujeto lo desee. No obstante, dentro de la referida situación y al lado de dicho derecho, encontramos también, incorporado a dicha situación, por ejemplo, el deber de hacerlo de conocimiento de sus acreedores si es que pretendiese oponerles dicho cambio domiciliario. Así lo establece el art. 40 del Cód. Civil peruano.

La situación jurídica subjetiva de "acreedor", que puede asumir el sujeto, comprende el derecho del titular de exigir a su deudor el pago de la obligación contraída pero, simultáneamente, tiene el de-

ber de prestar su colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación o aceptar el pago y no rechazarlo si éste cumple con los requisitos de integridad, identidad, localización y temporalidad.

Se puede concluir, en consecuencia, que el concepto de situación jurídica subjetiva, sin negar al derecho subjetivo, se adapta mejor a la realidad de la vida, a lo que efectivamente acontece en la experiencia jurídica. Se extrae la evidencia de que cualquier derecho subjetivo no es absoluto ya que tiene un propio límite, el cual atiende al interés de los otros, al interés social, desde que el ser humano es coexistencial, es decir, un ser inserto en el mundo de relaciones humanas, a partir de las cuales y con las cuales le es posible vivir. Por ello el derecho es, a nivel formal, un haz de permisiones y prohibiciones que, a partir de una valoración, regulan la coexistencia humana.

§ 19. ***Conexión conceptual entre relación jurídica y situación jurídica subjetiva.*** – En este parágrafo nos referiremos al problemático asunto referente a la conexión conceptual entre las nociones de "relación jurídica" y "situación jurídica subjetiva", estableciendo su implicancia y su fundamento.

a) *La conexión como problema.* Uno de los problemas que aún se perciben a nivel de la ciencia jurídica contemporánea es el referente a la conexión conceptual entre "relación jurídica" y "situación jurídica subjetiva". Como se ha puesto de manifiesto (ver § 12), se suele considerar a la relación jurídica como las diversas vinculaciones existentes entre dos o más sujetos de derecho o dos o más situaciones jurídicas subjetivas.

La situación jurídica, tal como lo hemos precisado en su lugar (ver § 14), significa un complejo de derechos y deberes, de poderes y de obligaciones,

que el ordenamiento jurídico positivo atribuye a un cierto sujeto colocado en una determinada circunstancia o estado.

Es decir, que el sujeto "situado" posee, en potencia, un haz de derechos y deberes, en dinámica tensión, acumulados en su centro referencial, en íntima correlación y dentro de una perspectiva coexistencial.

La situación jurídica se centra primordialmente sobre el propio sujeto de derecho en cuanto punto de referencia de derechos y deberes en función de los demás, con los cuales entrará en relación jurídica inmediata apenas dichas potencialidades se conviertan en conductas intersubjetivas. Es decir, cuando se produzca la real y efectiva interferencia de comportamientos en el seno de la sociedad.

Toda y cualquier situación jurídica imputada por el ordenamiento a un cierto sujeto está siempre diseñada para interrelacionarse con los otros sujetos dentro de la dimensión comunitaria, para entrar en conexión con otras situaciones jurídicas subjetivas. Toda situación jurídica subjetiva se halla estructurada para entrar en relación con otras situaciones jurídicas de las que son titulares, o dentro de las cuales se hallan inmersos, otros sujetos de derecho.

No se concibe una situación jurídica subjetiva activa o de poder sino "en relación", en función de los demás, no obstante que el ordenamiento jurídico positivo otorga, en este caso, preferente atención a la tutela del sujeto individualmente considerado. Ello en tanto que no es posible concebirlo aislado de los demás ya que, tal como lo hemos remarcado, el derecho es relación entre seres humanos. El derecho atiende, simultáneamente, el interés individual y el interés social, intereses que cobran armonía en el concepto de bien común, que es el bien de todos y el de cada uno.

Las situaciones jurídicas encuentran su punto de confluencia en la relación jurídica[54].

b) *La discutible prelación entre los conceptos de situación y de relación jurídica.* Los juristas discuten sobre la precedencia conceptual que podría existir entre "relación jurídica" y "situación jurídica subjetiva". Ciertos autores privilegian alguno de dichos conceptos en relación al otro. Tenemos, emblemáticamente, el caso de los iusfilósofos argentinos Mouchet y Zorraquín, quienes postulan que "el concepto de situación jurídica constituye una idea mucho más amplia y comprensiva que las de derecho subjetivo, deber y relación jurídica, puesto que no solamente las abarca, sino que las integra en una interpretación más realista y ajustada a la vida práctica del derecho"[55].

Coincidimos con dichos autores en el sentido de que la idea de situación jurídica es un concepto más amplio y comprensivo que las nociones de derecho subjetivo y de deber jurídico, en tanto ambas convergen en una determinada situación jurídica. En efecto, derecho subjetivo y deber jurídico se hallan presentes, con distinta intensidad según el caso, en una situación jurídica subjetiva.

No concordamos con Mouchet y Zorraquín, sin embargo, cuando sostienen que la idea de situación jurídica es más amplia y comprensiva que la de relación jurídica. Estimamos que ellas se implican, se exigen recíprocamente, por lo que no puede concebirse la una sin la otra desde que son aspectos de una misma realidad existencial. No hay situación jurídica sino en función de una inexorable relación ju-

[54] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 518.

[55] Mouchet, Carlos - Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al derecho*, p. 115.

rídica, y viceversa. La conexión entre ambas es de necesidad existencial. Los conceptos jurídicos no pueden apartarse de la realidad primaria de la vida humana social. Las normas se adaptan al discurrir coexistencial del ser humano.

Tal como lo sostiene Perlingieri, "si existe la situación, hay también una relación", de donde "no es posible comprender un derecho o un deber fuera de una relación"[56].

c) *Implicancia entre los conceptos de situación y de relación jurídicas.* En la situación jurídica subjetiva encontramos un haz de derechos y de deberes imputados a un titular. Pero, no obstante que los derechos y deberes son atribuidos originariamente por el ordenamiento a un determinado sujeto de derecho, según cierto estado y en dinámica tensión, no pueden concebirse sino dentro de una relación jurídica. Son derechos o deberes que si bien están presentes en forma simultánea dentro del ámbito de la situación jurídica del titular deberán, en última instancia y por la dinámica propia del derecho, ser exigidos o cumplidos en función de los "otros". Y ello, simplemente, porque el derecho es intersubjetividad.

Lo que está siempre presente en la relación, tal como sostiene Perlingieri, es la conexión entre situaciones jurídicas[57].

Referirse a una situación jurídica subjetiva nos lleva a vincularla, de inmediato, con otra situación jurídica, ya que no existen situaciones jurídicas en el "vacío". Y, a su vez, obviamente, la relación jurídica exige la presencia de dos o más situaciones

[56] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 524.

[57] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 524.

jurídicas. Tiene por ello razón Legaz y Lacambra al decir que la relación es la vida del derecho, pero que ella no es imaginable sin la preexistencia de una pluralidad de situaciones jurídicas.

d) *Fundamento de la implicancia conceptual.* La recíproca exigencia entre los conceptos de relación y de situación jurídica se explican porque ellos reflejan la estructura misma del ser humano, en la cual se dan, simultáneamente, una dimensión de identidad del yo consigo mismo, es decir, la afirmación de una individualidad, y una dimensión de coexistencialidad, desde que la existencia sólo se comprende en función de los demás, en tanto el hombre es, en palabras de Heidegger, un ser-en-el-mundo[58]. La situación jurídica subjetiva atiende preferentemente a la primera de dichas dimensiones, mientras que la relación jurídica privilegia la dimensión coexistencial. Es por ello que ambas nociones se implican, sin que pueda jurídicamente prevalecer un concepto frente al otro.

Castán Tobeñas reconoce que la filosofía de la existencia, que descubre al hombre como un ser de estructura coexistencial, ha dado extraordinario relieve a la idea de situación jurídica. Es posible ampliar esta comprobación en tanto que si bien en ella encuentra su sustento iusfilosófico, es también cierto que el implicante concepto de relación jurídica tiene similar fundamento. Y es que, si es verdad que el ser humano por ser idéntico a sí mismo es personal, también es cierto que estructuralmente es un ser coexistencial, por lo que no se le puede comprender ni concebir –como lo hemos repetido– fuera del contexto social.

Sostiene Luño Peña que la situación jurídica –el ser humano "situado", la persona– es el centro

[58] Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, p. 16 y 49.

fundamental de la filosofía de la existencia, para añadir que el ser humano tiene experiencia de su propia existencia "insertada en el mundo y encarnada en una situación" [59]. La inserción en el mundo supone la coexistencialidad la cual, dentro de la experiencia del derecho, se plantea como relación jurídica.

Sobre la base de todo lo expuesto es que Legaz y Lacambra puede afirmar que el derecho es forma de vida social y, por eso "no sólo regula relaciones, sino que él mismo *es* relación jurídica" [60]. Pero, es forma de vida social en tanto lo social es una dimensión estructural del ser humano, de la persona en cuanto tal. Son, en suma, dos indisolubles aspectos de una misma realidad: la del ser humano.

[59] Luño Peña, Manuel, *Moral de la situación y derecho subjetivo*, p. 55.

[60] Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 680.

Capítulo III

PROBLEMÁTICA DEL ABUSO DEL DERECHO

A) Introducción

§ 20. *La cuestión terminológica.* – La casi generalidad de los autores advierte un problema terminológico en lo que concierne al abuso del derecho. Según un importante sector no se trataría, real y efectivamente, del abuso de un derecho subjetivo, en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación, a su ejercicio. De ahí que resultaría más preciso describir tal fenómeno, dentro de la óptica tradicional, como "ejercicio abusivo de un derecho subjetivo".

Manifiesta León Barandiarán que el derecho y su ejercicio son distinguibles, en cuanto el primero es "atribución o facultad que corresponde a su titular y, el segundo, en cuanto a la forma o modo de hacer uso de esa facultad"[1]. Rubio Correa, por su parte, señala que el abuso del derecho "es aplicable ante el ejercicio de los derechos subjetivos por los sujetos", por lo que, en rigor, "es más propio hablar del abuso en el ejercicio de los derechos"[2].

[1] León Barandiarán, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 19-20.

[2] Rubio Correa, Marcial, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 42.

No obstante lo expresado por León Barandiarán y Rubio Correa, no podemos perder de vista que no sólo se produce un abuso cuando se ejercita un derecho subjetivo de modo agraviante en relación con un interés ajeno, sino que también cabe referirse a esta figura en el caso de omisión en la actuación de un derecho que, si bien no reportaría perjuicio alguno para el titular, resultaría, en cambio, lesivo para otro u otros sujetos.

Con el propósito de superar la observación que hemos planteado en el sentido de que la expresión "ejercicio" no comprende los alcances conceptuales de la "omisión" en el ejercicio de un derecho, Dabin prefiere hablar del "uso" de los derechos. Señala que por uso de un derecho debe entenderse "de modo mucho más amplio toda forma de utilización del derecho, por actos materiales igual que por actos jurídicos, y sin distinción entre la comisión y la omisión"[3]. Es decir, que en opinión del citado autor la abstención del titular del derecho equivale a dejar sin uso alguno ese derecho. En otros términos, se usa de un derecho, ejercitándolo, o no se usa del mismo, omitiendo su ejercicio.

Por lo demás, Dabin estima que es preferible referirse al *uso* de los derechos en vez de hablar del *ejercicio* de los mismos para evitar el equívoco que podría resultar de esta última expresión, ya que en sentido técnico "ejercicio de un derecho" se entiende por oposición a "goce de un derecho".

En sentido estricto se debería dejar de hablar de abuso del derecho o de su ejercicio, si se prefiere, ya que dicho fenómeno deja de ser "un derecho", es decir, de estar situado en la zona de lo lícito, para convertirse en la transgresión de un genérico deber jurídico. Ello es lo que lo ubica dentro del campo

[3] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 295.

de la ilicitud. En sentido estricto, por consiguiente, no cabría continuar utilizando dicho término de raíz individualista.

Por constituir el lenguaje un valor entendido y, en homenaje a una tradición difícil de modificar, es que continuaremos refiriéndonos a dicho fenómeno jurídico con la expresión "abuso del derecho" a lo largo del presente trabajo. Por lo demás, el término goza de general aceptación.

§ 21. *PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DE LA PROBLEMÁTICA DEL ABUSO DEL DERECHO.* – Antes de abordar la materia a que se contrae este ensayo, es conveniente referirse a los problemas centrales que suelen presentarse en torno al abuso del derecho. Se trata de plantear, sistemáticamente, las cuestiones básicas sobre las que se debe reflexionar cuando se encara un tema tan controvertido y sobre algunos de cuyos aspectos no existe consenso.

Cabe indicar, como cuestión preliminar, en lo que al abuso del derecho se refiere, a la existencia de dos tipos de ordenamientos jurídicos. En unos, el fenómeno ha sido asumido normativamente a través de un principio general del derecho, frecuentemente ubicado en el Título Preliminar de los códigos civiles, que prescribe expresamente su prohibición, mientras que en otros su condena está implícita. La prohibición es explícita, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos peruano, suizo, español, argentino. Tarea aparte es la de interpretar los alcances de las normas prohibitivas vigentes en cada país.

En otros ordenamientos jurídicos el abuso del derecho no ha sido formalmente asumido a nivel normativo. No obstante, en algunos países la jurisprudencia, adelantándose a la legislación, lo condena. El caso de Francia es emblemático a este respecto. Esta situación obliga a la doctrina a plantear el problema relativo a los fundamentos que

deberían sustentar su control judicial y los criterios que al efecto debería utilizar la magistratura. Normalmente, dicho fundamento se halla en los principios generales del derecho, como es el caso de la buena fe, la moral y las buenas costumbres o, en términos más generales, en la llamada conciencia jurídica colectiva.

El ordenamiento jurídico peruano, desde el anterior Código Civil de 1936, incorporó expresamente la condena del abuso del derecho al declarar que la ley no lo ampara.

§ 22. ***CUESTIONES CENTRALES DEL PROBLEMA DEL ABUSO DEL DERECHO.*** – Entre las cuestiones centrales a ser enfrentadas metológicamente debe plantearse aquella tendiente a saber qué es lo que ocurre en la dimensión sociológico-existencial del derecho, real y efectivamente, cuando se alude al abuso del derecho. Es decir, a cuál fenómeno de la experiencia jurídica debe identificársele como tal. Se trata de indagar, por lo tanto, qué es lo que acontece en el discurrir de la vida humana coexistencial cuando se recurre al concepto de abuso del derecho.

La primera tarea que debe afrontarse responde, por lo tanto, a la necesidad básica de aprehender el fenómeno designado como abuso del derecho tal como se presenta en la experiencia jurídica. A ello se accede a través de una observación fenomenológica, que nos permite describir el comportamiento intersubjetivo atinente al abuso del derecho en la dinámica de la vida jurídica (ver § 41).

En un segundo momento, y como corolario de la indagación fenomenológica, es posible abordar el tema referente a la naturaleza jurídica del abuso del derecho. Ello facilita su conceptuación y ubicación a nivel de la ciencia del derecho. Es teóricamente trascendente saber si estamos frente a un acto lícito, al que debe sólo "limitársele" su ejer-

cicio sin que se abandone el área misma del derecho o si, por el contrario, nos enfrentamos a una situación de ilicitud, generada en mérito a la transgresión de un genérico deber acogido por un expreso principio del derecho o que, en su defecto, emerge del conjunto de los demás principios generales que informan la regulación jurídica.

Si se acepta esta última hipótesis debe inquirirse por la especie de deber infringido, así como sobre sus consecuencias. Dentro de éstas debe calibrarse la asunción, pura y simple, del abuso del derecho, en cuanto acto ilícito, a las reglas genéricas de la responsabilidad civil o, por el contrario, debe determinarse si nos hallamos frente a un caso especial de ilicitud que permita configurar el abuso del derecho como una figura dotada de autonomía y temáticamente tratada dentro de la Teoría general del derecho.

En una tercera instancia, es dable preguntarse sobre los criterios que han de aplicarse para la identificación del fenómeno conocido como abuso del derecho, así como por las consecuencias que pudieran derivarse de la comisión de un perjuicio causado a raíz de una conducta intersubjetiva que es tipificada como "abuso del derecho".

De obtenerse una respuesta positiva a la pregunta atinente a la posibilidad de sancionar al causante de los perjuicios originados como consecuencia del ejercicio de una conducta definida como abuso del derecho, es necesario inquirir ulteriormente si la sanción debe sustentarse exclusivamente en la aplicación directa de los principios del dolo o la culpa o si, por el contrario, la reparación del daño debe efectuarse en tanto es exigida sobre la base de la vigencia de una norma expresa o, en su caso, fundándola en los principios generales del derecho.

Finalmente, cabe inquirir si puede preverse normativamente facultar al presunto agraviado a accionar preventivamente para impedir la comisión de un cierto e inminente acto lesivo.

B) Evolución histórica del concepto

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

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

Nos referimos, en primer término, a la necesaria mención de los supuestos iusfilosóficos, a partir de los cuales se sustenta y facilita la comprensión de lo jurídico. Contemporáneamente con la búsqueda del apoyo iusfilosófico debe también recurrirse al auxilio de la historia del derecho y a la imprescindible lectura del acontecer social a través de la sociología y la antropología, fundamentalmente. A estos tres importantes presupuestos debe añadírsele aquel representado por los estudios de carácter comparativo.

El breve rastreo de naturaleza histórica, que efectuaremos en los parágrafos siguientes, permitirá patentizar cómo es que se ha producido la atormentada evolución del concepto del abuso del derecho desde Roma hasta la actualidad. Se podrá así comprobar que se trata de un periplo nada fácil, erizado de contradicciones no exento de dudas, transido de ideología.

Cabe apuntar, a manera de síntesis introductoria, que si bien corresponde a los modernos tratadistas franceses el amplio tratamiento de la teoría del abuso del derecho, no faltan remotos antecedentes de la misma. De ahí que nos refiramos, someramente, a los precedentes del derecho romano y del derecho intermedio.

§ 24. *El abuso del derecho en Roma.* – La invocación de las fuentes romanas del abuso del derecho acarrea notorias discrepancias en torno a la problemática que nos ocupa. Mientras que para determinados autores en el derecho romano se reprobaba el abuso del derecho[4], para otros, contrariamente, el derecho romano ignoró la teoría del abuso del derecho. En este sentido Martín Bernal, siguiendo el pensamiento de Rotondi, es tajante al afirmar que "acerca del tema puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del derecho"[5].

[4] Entre ellos, Charmont, Josefh, *L'abus du droit*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1902-I-119; Barcelo, Juliette, *Les abus des droits*, en "Themis. Revue Juridique", Montreal, oct. 1974, nº 13, p. 29 y ss.; Josserand, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité*; Perreau, E. M., *Origines et développement de la théorie de l'abus du droit*, p. 481-487; Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 101-123; Yorio, Elvira M., *El abuso del derecho*, en "Revista Notarial", 1980, nº 853, p. 2225-2227.

[5] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 25.

De otro lado, el propio Martín Bernal considera también que en el derecho romano no se prohibieron tampoco los actos emulativos (ver § 25), aunque existían algunas máximas vinculadas con esta noción y que procedían de Gayo, Paulo y Ulpiano bajo la rúbrica *De diversis requlis iuris antiqui* en el Digesto[6].

Dentro de este orden de ideas Spota va más lejos cuando se refiere "al notable sistema de limitaciones en el ejercicio de los derechos subjetivos que emanan del *Corpus iuris civilis* y aun del derecho romano clásico"[7]. Para este autor, dichas limitaciones constituían, en el fondo, "aplicaciones del principio de que las prerrogativas individuales no debían ejercerse bastardeando los fines de la ley"[8].

Un tercer sector de la doctrina, sin tomar posición en el debate, se limita, en cambio, a mostrar solamente las diversas contradicciones que se advierten en los textos del Digesto[9].

En lo que concierne a los orígenes históricos y al desarrollo de la teoría del abuso del derecho en Roma ocurre que, como lo hace notar Crabb, todo ello parece reducirse a una controversia entre antiguos aforismos jurídicos, coleccionados por cada uno de los sectores en pugna para afirmar su respectiva posición. El éxito de esta actitud se halla, generalmente, en función de la habilidad puesta de manifiesto por los autores para negar, ocultar o pasar por alto aforismos contrarios[10].

6 Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 27.

7 Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 34.

8 Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 34.

9 Es el caso de Salvat, Raymundo M., *Teoría del abuso del derecho*, *LL*, 6-51, secc. doctrina.

10 Crabb, John, *El concepto francés del abuso del derecho*, en "Interamerican Law Review", ene.-jun. 1964, vol. 1, nº 1, p. 28.

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

Entre los casos que cita para fundamentar su aserto están, entre otros, el de la protección del esclavo frente al amo, aquella del hijo en relación con el padre, así como el hecho mismo de la represión del fraude y la introducción de la acción pauliana. Todas estas situaciones significan para el citado autor, un control impuesto al ejercicio de ciertos derechos[11].

Por su parte, Rodríguez-Arias Bustamante, considera antecedente del abuso del derecho la *exceptio dolis generalis* (excepción de dolo), citando en esta eventualidad las opiniones de Ulpiano y Marcelo, del Digesto, Libro XXXIX, Título III, 1, 12[12].

El principio general vigente en el derecho romano es que quien actúa de conformidad a un derecho subjetivo no es responsable por el daño originado a otro. Como sostiene Puig Brutau, los textos romanos de los que se extraen las máximas de que no causa daño a nadie quien usa de su derecho proceden del Libro L, Título XVII del Digesto, *De diversis requlis iuris*, a través de textos de Gayo y de Paulo[13]. En opinión de Díez-Picazo es probable que en su origen sólo fuesen cierto tipo de argumentos los que se usaron para solucionar cuestiones concretas. Su sentido sería el de que la per-

[11] Charmont, *L'abus du droit*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1902-I-119.

[12] Rodríguez-Arias Bustamante, *El abuso del derecho*, p. 14.

[13] Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, p. 421.

sona que permanece dentro del ámbito de su propio derecho no comete dolo o un acto ilícito [14].

Como lo señalan Díez-Picazo y Gullón aquellos principios o *regulae iuris* que acoge el Digesto (L.XVII.1) no pueden confundirse o identificarse con los axiomas, aforismos o apotegmas. Estos principios o máximas jurídicas contienen fragmentos de afirmaciones de antiguos autores, de decisiones judiciales o de formulaciones doctrinarias. Tienen sólo en común con aquéllos su "forma concisa y fácil de retener" [15].

No obstante lo anteriormente expresado, no faltaron excepciones a la drástica regla general romana. Prueba de ello es que "los comentaristas franceses se fundaron en el fragmento del Digesto (L.X.3), para afirmar que un derecho no puede ejercitarse exclusivamente *ad aemulationem alterius*" [16].

Aunque es frecuente escuchar la afirmación de que en el derecho romano existió el *ius abutendi*, es decir, la facultad de ejercitar abusivamente un derecho subjetivo acordado al titular por el ordenamiento jurídico, no podemos olvidar que esta tendencia estuvo mitigada por el uso que de la equidad hicieron los pretores. Es así que la equidad, en tanto principio rector en la aplicación del derecho, atemperó la estricta, absoluta e ilimitada actuación del derecho subjetivo de parte del sujeto facultado. Esta actitud de los pretores se traduce en algunas máximas que, a menudo, son puestas de manifiesto por quienes han estudiado con algún detenimiento la figura del abuso del derecho. Recordamos tanto la que expresa que el derecho es, según la fa-

[14] Díez-Picazo, Luis, *El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar y el problema de sus recíprocas relaciones*, en "Documentación Jurídica", oct.-dic. 1974, nº 4, p. 204.

[15] Díez-Picazo - Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, p. 442.

[16] Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*, p. 421.

mosa definición de Celso, el arte de lo bueno y de lo equitativo –*ius est ars boni et aequi*– como aquella que intuye que la aplicación estricta y rígida del derecho puede traer como consecuencia la comisión de algún despropósito jurídico. A ello se refiere, aproximadamente, la máxima de Cicerón, frecuentemente citada, del *summum ius summa iniuria*.

De las máximas jurídicas acuñadas en Roma debe rescatarse la intuición de los pretores romanos en el sentido de otorgar a la justicia un valor comunitario, que se vivencia en las interacciones humanas que se dan en el seno de la colectividad, el mismo que debe armonizarse con los demás valores jurídicos, preferentemente con aquellos de la solidaridad y de la seguridad. De otro lado, el derecho y su plexo de valores deben vivenciarse y aplicarse dentro del horizonte que representa la equidad que, se nos ocurre, es la presencia de la caridad –cristianamente entendida– o del amor, si se prefiere, en la convivencia humana. El amor suaviza, morigera, la estricta función que corresponde al derecho, limita el ejercicio del derecho subjetivo, en tanto su actuación no es absoluta ya que debe atender al interés social. El derecho subjetivo se ejercita dentro del bien común, que no es sólo aquel individual que corresponde al titular debidamente facultado por el ordenamiento positivo, sino a los demás miembros de la comunidad y a ésta en su conjunto.

Todo lo hasta aquí expuesto en torno a la intuición que los pretores romanos tuvieron de la equidad, no significa que pueda sostenerse la vigencia, dentro del ámbito del derecho romano, de un concepto semejante al del abuso del derecho. Los pretores, al crear el derecho en función preponderante de la justicia y la equidad, no produjeron un conjunto de derechos subjetivos, objetivados en un determinado ordenamiento positivo, como en la actualidad acontece.

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

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

En tal sentido, después de todo lo expuesto, en coincidencia con Díez-Picazo, somos del parecer que más que la existencia de una teoría general del abuso del derecho, los prudentes juristas romanos abordaron y resolvieron, dentro del principio de la equidad, cuestiones muy concretas en las cuales percibieron ciertos matices de un uso anormal de los derechos. Su actitud fue tópica, razón por la cual los jurisconsultos romanos no se preocuparon de agrupar y sistematizar los elementos dispersos con el deliberado propósito de elaborar una teoría del abuso del derecho [17].

Es así que se suele hacer referencia a algunas específicas prohibiciones destinadas a evitar deter-

[17] Díez-Picazo, *El abuso del derecho y el fraude a la ley*, en "Documentación Jurídica", oct.-dic. 1974, nº 4, p. 204.

minados actos que, ejecutados sin ningún beneficio o provecho, estaban destinados a dañar a otro. Dentro de ellos se mencionan, por ejemplo, la prohibición de excavar una fuente para desviarla (Ley XXXVIII; Digesto VI.1) o la desviación de un curso de agua de la propia heredad (Ley II, 9; Digesto XXXIX.3). De ahí que se llegó a convertir el *summum ius* en *summa iniuria*. Es sobre la base de este criterio que la jurisprudencia romana estableció que los derechos debían ser ejercidos *civiliter*.

§ 25. *La emulación en el derecho intermedio.* — En el derecho intermedio, durante la época medieval, no es posible tampoco apreciar la vigencia de un principio jurídico semejante al que actualmente designamos como abuso del derecho. No obstante, debido a la influencia de los revolucionarios principios de que era portador el Cristianismo, en virtud de una acentuada vivencia ético-religiosa en la vida comunitaria, surge la teoría de lo que en doctrina se conoce bajo la designación de "actos de emulación"[18]. Esta teoría puede considerarse como un inmediato antecedente en la evolución de la noción de abuso del derecho. Como enfáticamente lo sostiene Martín Bernal, "toda la teoría del abuso del derecho tiene tras sus espaldas la teoría de los actos de emulación"[19].

La emulación, del latín *aemulatio*, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Se trata de una

[18] La palabra *aemulatio* aparece por primera vez, no obstante, en el *Digesto*, L 50, t. 10, ley 3ª: "La obra nueva es lícito hacerla a un particular, aun sin el permiso del príncipe, a menos que no pertenezca a la emulación de otro Estado o que ofrezca materia de revuelta o que sea cerca de un teatro o de un anfiteatro". Cfr. Rodríguez-Arias Bustamante, *El abuso del derecho*, p. 19.

[19] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 21.

acción proyectada y ejecutada por el titular de un derecho subjetivo con el propósito de dañar, conducida con intención decididamente vejatoria. Es decir, con ánimo *nocendi* o *vexandi*, según el caso[20].

La moral cristiana, como se ha señalado con acierto, "al imponer la doctrina de los actos de emulación, reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados"[21]. Se estableció así el deber de no actuar un derecho subjetivo con la exclusiva finalidad de perjudicar a otro sujeto de derecho. El concepto de emulación conlleva una connotación eminentemente subjetiva, en tanto se debe penetrar en el mundo interior, que es aquel donde campean las buenas o las malas intenciones, las motivaciones sicológicas en general.

La doctrina de la emulación alcanzó, en su momento, un importante desarrollo. La construcción dogmática de esta figura y su preferente aplicación se centró en el área de los derechos reales y en el de las obligaciones. Fundamentalmente cabe señalar que el eje de la teoría de la emulación está representado por las relaciones de vecindad, cuando se "supera una economía primitiva y una industria embrionaria"[22].

En Roma, según un sector de la doctrina, no se plantea la cuestión atinente a la vecindad entre los fundos. Ella no existía, ya que entre los fundos se interponía una franja de tierra que no correspondía

[20] Scialoja, Vittorio, es contrario al concepto de un acto emulativo. Su posición obedece a que en la Edad Media las ideas jurídicas, religiosas y morales eran confusas, no se habían aún decantado. Cfr. *Degli atti d'emulazione dell'esercizio dei diritti*, en "Foro Italiano", 1878-481; voz *Aemulatio*, en "Enciclopedia Giuridica Italiana", I, 2, 1892, p. 426 y *Studi giuridici*, III, 1, Roma, 1932.

[21] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 43.

[22] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 29.

a la propiedad de ninguno de los vecinos, por lo que no se presentaban conflictos entre ellos.

Contrariamente a lo que aconteció en Roma, en la Edad Media se advierten frecuentes roces y fricciones entre los vecinos, muchos de los cuales no obedecían a razones de utilidad para los propietarios sino que estaban motivados por el afán de causar un daño al vecino. Esta situación, según Aguiar, explica por qué la teoría de los actos emulativos alcanzó un notable desenvolvimiento en el derecho intermedio, al extremo que no sólo se prohibió el ejercicio de acciones ejecutadas con *animus aemulandi*, sino que "se crearon presunciones en número muy grande destinadas a probarlos" [23].

Cabe remarcar, por consiguiente que, como lo señala Spota, los actos emulativos están referidos, principal y fundamentalmente, al uso antisocial del derecho de propiedad, presentándose con mayor frecuencia en lo tocante a las relaciones de vecindad. De ahí que en las definiciones que se formulan sobre los actos emulativos se ponga justamente el acento en este específico aspecto del derecho. En este sentido, Martín Bernal expresa latamente que "por actos de emulación se entiende entonces el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro" [24]. Barassi, por su parte, considera que la prohibición de los actos emulativos constituye una excepción "a la regla general que, por lo mismo, no puede extenderse a casos distintos del derecho de propiedad y, en realidad, no es más que el resultado de aplicar al derecho de propiedad, atendida su función social, el principio de solidaridad presupuesto de todo bienestar colectivo" [25].

23 Aguiar, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos*, t. II, p. 83.

24 Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 29.

25 Barassi, *Instituciones de derecho civil*, t. I, p. 219.

Distingue Rescigno la teoría de los actos emulativos de aquella concerniente al abuso del derecho. Sobre el particular expresa que, produciéndose en el caso de este último una comparación de intereses en conflicto, "aparece más correcto el tentativo de construir la prohibición general del abuso, en vez de sobre la norma relativa a los actos emulativos, en el principio de corrección de la relación obligatoria o sobre la cláusula general de la buena fe en la ejecución del contrato"[26].

Comprueba Rescigno, sin embargo que, pese a lo por él expresado en el párrafo precedente, la jurisprudencia italiana de los últimos años "revela un frecuente intercambio entre los conceptos de emulación y abuso"[27].

Es del caso señalar al respecto que algunos juristas, contrariamente al distingo formulado por Rescigno, consideran al acto emulativo como un supuesto del abuso del derecho[28].

Se suele también señalar que las Partidas contienen algunas disposiciones que pueden estimarse como antecedentes del abuso del derecho. En ellas se encuentran ciertos preceptos que, como señala Warat, tienden a limitar el ejercicio del derecho de propiedad. En este sentido, se recuerda que la Ley XIX del Título XXXII de la Partida III, restringe el ejercicio del derecho de propiedad. En efecto, en tal precepto se dispone que el propietario que excava un pozo o una fuente en su fundo no puede ha-

[26] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 232.

[27] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 209, nota 9.

[28] Es, entre otros, el caso de Spota, quien considera que "en los supuestos de abusos del derecho consistentes en actos de emulación" no se configura la violación de la ley, es decir, el acto prohibido por la ley, sino "la desviación de la ley, el acto abusivo" (*Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 203).

cerlo si no le resultase necesario y sólo ejecutara la obra con el exclusivo propósito de causar daño al propietario del fundo vecino. Estos preceptos, como el recién citado, no significan, por cierto, que tales antecedentes puedan ser considerados como un diseño de lo que en nuestros días entendemos con tal concepto. Bajo la inspiración del Digesto, con dichas prescripciones se trata únicamente de limitar el derecho de propiedad, el que tenía el carácter de absoluto en el derecho romano[29].

§ 26. *La teoría de las inmisiones.* – En la época intermedia, al lado de la teoría de los actos emulativos, de corte subjetivista, aparece también aquella otra conocida como la teoría de las inmisiones (del latín *immissio*). Ella tiene un carácter diferente en cuanto lo que interesa no es la intención del agente sino el resultado de la acción. Es decir, se trata de un planteamiento de corte objetivo.

Las inmisiones nocivas derivan de un determinado aprovechamiento de la propiedad que tiene como consecuencia el acarrear un perjuicio a un vecino. Así, pueden producirse inmisiones provenientes de olores, humos, ruidos, calor, entre otras causas. Según Hernández Gil las inmisiones tienen como origen un pasaje del Digesto en el que se dice "que a cada uno le es lícito hacer en su fundo lo que le plazca, con tal que no se verifique una inmisión en el fundo ajeno"[30].

La teoría de las inmisiones ha adquirido relevancia en la época del desarrollo industrial a raíz de que, en ciertos casos, los establecimientos fabriles generan contaminación ambiental, ya sea como

29 Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 45.

30 Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, citado por Martín Bernal, en "El abuso del derecho", p. 31.

consecuencia de la emisión de humos, del arrojo de desperdicios químicos nocivos, entre otras causas. En cualquiera de estas hipótesis se produce una agresión contra la persona y contra la comunidad, pues se lesiona la salud.

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

En cualquier caso, las inmisiones se restringen a una específica relación de vecindad, razón por la cual dicha figura no se confunde con la del abuso del derecho que es, a la vez, más comprensiva y compleja.

§ 27. ***El abuso del derecho en la jurisprudencia francesa.*** – Analizaremos en este parágrafo el movimiento jurisprudencial francés y dos sentencias que contribuyeron a la actualización de la figura del abuso del derecho.

a) *La jurisprudencia como fuente de derecho.* Corresponde a la jurisprudencia francesa el gran mérito de haber creado derecho y de haber contribuido, al lado de una nutrida legislación especial que comienza a dictarse de manera sostenida a partir de 1864, a vaciar paulatinamente de contenido al Código Civil de 1804, a fin de ponerlo al día con el desarrollo de la ciencia y sintonizarlo con la fluida y cambiante realidad social.

El movimiento jurisprudencial, juntamente con la doctrina, ha desempeñado un papel determinan-

te en la actualización y el desarrollo del derecho francés en los dos últimos siglos. Una jurisprudencia ágil, capaz, atenta y permeable a la conciencia jurídica colectiva ha permitido, de modo extraordinario, dinamizar el derecho adecuándolo al reclamo de las costumbres, conciliándolo con las nuevas corrientes del pensamiento y los aportes de la ciencia y de la técnica.

Débese a la alerta jurisprudencia francesa, en gran medida, el que hasta hoy el Código Napoleón, pese al tiempo transcurrido, pueda seguir ostentando en su portada una fecha histórica para la codificación mundial como es la de 1804. Constituye un privilegio y un motivo de legítimo orgullo, que el Código Civil francés haya resistido el paso del tiempo gracias a la continua y persistente acción innovadora de la jurisprudencia y la doctrina.

Es oportuno recordar, con Savatier, que el Código Napoleón representa en nuestro tiempo sólo la base normativa del actual ordenamiento civil francés, desde que por obra incesante de la jurisprudencia y de cierta legislación se han renovado sectores importantes de la civilística francesa. Alguna vez hemos manifestado, al hacer alusión a este trascendental hecho, que de haberse producido en el Perú similar o parecida actividad jurisprudencial y legislativa no habría sido necesario derogar tan prontamente el Código Civil de 1936 y sustituirlo por el que rige actualmente.

El rol de la jurisprudencia, a pesar de no constituir fuente prioritaria de derecho en el sistema romano-germánico, ha cumplido y sigue cumpliendo en la actualidad, en determinados países, un papel de extraordinaria importancia al promover, a través de ciertos fallos de carácter excepcional, inéditos desarrollos doctrinarios que impulsan la ciencia jurídica y la propia legislación.

La jurisprudencia representa el llamado "derecho vivo", es decir, aquel que encuentra inmediata repercusión en la cotidianidad, el que está más cerca de la gente, de sus problemas y conflictos. La jurisprudencia es una permeable fuente de derecho en la medida que adecua el elemento estático representado por las leyes, a través de una cabal interpretación normativa, a la cambiante realidad de la vida comunitaria. Los juristas, a menudo, vuelven su mirada hacia ella con la finalidad de encontrar, en ciertas ocasiones, puntos de partida, de inspiración o de apoyo para ulteriores desarrollos que contribuyan al diseño de la nueva institucionalidad.

Esta actitud de los juristas es del todo explicable ya que los jueces, por hallarse inmersos en los conflictos de derechos o de intereses que se suscitan en el seno de la sociedad, acicateados por el ineludible deber de administrar justicia, tutelan mediante sus decisiones algunos intereses existenciales dignos de protección jurídica. Estos intereses concitan rápidamente la científica atención de los juristas, los que evalúan sus alcances y determinan la conveniencia de su incorporación a la categoría de los derechos subjetivos. Ello origina, en algunos casos, por acción conjunta de la jurisprudencia y la doctrina, el desencadenamiento de un proceso creador de la normatividad así como de diseño institucional de lo jurídico.

En apoyo de lo dicho bastaría citar algunos casos emblemáticos que permiten comprobar el fenómeno antes enunciado. Recordamos, a modo de ejemplo, la repercusión que alcanzó la jurisprudencia en Italia en cuanto a la elaboración dogmática del llamado "diritto alla riservatezza" (derecho a la intimidad) en la primera mitad de este siglo. A ella correspondió, precursoramente, la protección de lo que constituía tan sólo un interés existencial, el que no contaba con una norma jurídica específi-

ca que lo tutelase a nivel de un derecho subjetivo. Es numerosa, en la actualidad, la bibliografía que puede encontrarse sobre esta materia y no sería nada raro que en una próxima reestructuración, o en una simple modificación del Código Civil italiano de 1942, se incorporase dicho interés a la categoría de un nuevo derecho subjetivo, al igual que lo ocurrido con el reciente Código Civil peruano de 1984.

En años recientes, más precisamente a partir de un histórico fallo que se remonta al año 1974, ha sucedido un caso parecido en lo que atañe al derecho a la identidad personal y al daño a la persona[31].

En Francia son innumerables, asimismo, las situaciones en las que la jurisprudencia ha suplido los vacíos o las deficiencias del antiguo *Code* de 1804. Sería más que suficiente citar al efecto la valiosa contribución de la jurisprudencia en torno a la rica e importante materia de la responsabilidad civil, aludida por el referido Código a través de un único pero amplio numeral.

Es aquél también el caso del abuso del derecho, el mismo que no fue acogido por el Código Civil de 1804. Como se ha apuntado, la corriente de pensamiento imperante en aquel entonces influyó decisivamente en los codificadores franceses, los mismos que, en resguardo de la libertad individual, imaginaron derechos subjetivos de alcances absolutos capaces de proteger, del mejor modo posible, los intereses de los individuos con prescindencia de los intereses comunitarios. El *Code* constituye una respuesta a la coyuntura histórica de aquel tiempo, por lo que refleja la mentalidad de la época en cuanto recibe la influencia de la Ilustración.

31 Nos referimos a la sentencia del pretor de Roma, del 6 de mayo de 1974, publicada en "Giurisprudenza Italiana", 1975-I-2, p. 514 y ss., con nota de D'Angelo.

Los jueces franceses comprenden, con el transcurrir de los años, la necesidad de conciliar el respeto a las libertades individuales y a los derechos subjetivos, de una parte, con el interés social, de la otra. A ellos correspondió encauzar los reclamos de la comunidad, las presiones de la conciencia jurídica colectiva. Los jueces entendieron que era necesario mitigar, amenguar de algún modo, el contraste cada vez más ostensible entre el acelerado desarrollo económico-social y la legislación vigente que consagraba, teóricamente sin límites, las prerrogativas del individuo.

La jurisprudencia francesa, dentro de este contexto, intenta atenuar los "excesos" cometidos por los individuos en la "legítima" actuación de sus derechos subjetivos, así como reparar los perjuicios irrogados con tal comportamiento. De este modo, se producen las primeras aproximaciones a lo que, con el correr del tiempo, se convertiría en la autónoma y discutible figura del abuso del derecho.

Entre otros, Spota pone de relieve el aporte de la jurisprudencia y de la doctrina en la forja del instituto del abuso del derecho al señalar que "constituyen un magnífico ejemplo de cómo, ante el silencio de los textos, se ha desenvuelto una doctrina que parte de la idea de la relatividad de los derechos en cuanto los mismos han de ejercerse en el plano de cada institución y según sus características y espíritu"[32].

La jurisprudencia recurrió para cumplir con su cometido de administrar justicia, a falta de legislación expresa y dentro de un espíritu renovador, al valor de la solidaridad social y al principio de la equidad. Ello permitió, según Warat, "fijar con cierta claridad los límites de la posibilidad de

[32] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 474.

obrar"[33]. Para Duguit, como lo recuerda el propio Warat, fue éste el camino recorrido para el surgimiento del abuso del derecho, el mismo que, en su concepto, consiste en un "procedimiento para salvar las consecuencias que proceden lógicamente del carácter absoluto del derecho de propiedad y mantener al mismo tiempo ese carácter"[34]. Es decir, la creación de la figura del abuso del derecho constituyó en sus inicios una manera de atenuar el absolutismo de los derechos subjetivos, sin perder los privilegios concedidos al individuo, al mantener la figura dentro del campo de la licitud.

b) *Las sentencias de Colmar y de Lyon.* Corresponde al Tribunal de Colmar el privilegio, mediante sentencia del 2 de mayo de 1855, de establecer el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. En dicha decisión se declara que "si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo".

La mencionada sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. Esta acción, si bien sustentada en un reconocido derecho subjetivo, carecía en su actuación de un interés serio y legítimo y, al mismo tiempo, no producía ningún beneficio al titular del derecho. El Tribunal ordenó la demolición de

[33] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 59-60.
[34] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 38.

lo construido y, al mismo tiempo, dejó a salvo el derecho del vecino al resarcimiento.

Es de extraordinaria significación el análisis de esta sentencia producida en Francia recién a mitad del siglo XIX, ya que en ella encontramos tanto el reflejo de una concepción del derecho como el embrión del instituto del abuso del derecho. El indicado fallo trasunta la mentalidad individualista, propia de la época, cuando se enfatiza que el derecho de propiedad es en "algún modo absoluto", lo que origina, lógicamente, que el titular del derecho no sólo pueda usar sino también abusar del mismo. Sobre este telón de fondo, que supone reconocer que los derechos subjetivos son absolutos, se advierte, sin embargo, la tendencia a suavizar o contrarrestar este principio, aunque fuere tibiamente. En efecto, en la mencionada sentencia es rescatable la orientación impuesta por los jueces en el sentido de que el derecho debe tener como "límite" la satisfacción de un interés "serio y legítimo". Esta idea serviría de punto de partida para otras sentencias así como para ulteriores desarrollos doctrinarios.

La expresión "uso del derecho sin un interés serio y legítimo" sería aprovechada posteriormente por muchos autores que trataron del asunto que nos ocupa, entre los que cabe señalar a Saleilles. Este autor, sustentándose en tal idea y al superar vacilaciones iniciales, logra plasmar una doctrina sobre el abuso del derecho que gira en torno al ejercicio "anormal" de un derecho[35].

La sentencia de Colmar brinda al juez un criterio, que si bien no es el único, le sirve para valorar y apreciar el ejercicio de un derecho subjetivo. Es así que deberá indagar sobre diversos alcances y circunstancias de la conducta antisocial, constituti-

[35] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 261.

va del abuso del derecho, a fin de precisar si sus motivaciones son serias y legítimas. Para ello deberá analizar el comportamiento humano desde diversos ángulos, como podrían ser el moral, el sicológico, el económico o el social.

La doctrina generalmente interpreta que la no existencia de un "interés serio y legítimo" significa la carencia, para el titular del derecho y agente de la acción, de un beneficio propio, de cualquier naturaleza, y la consiguiente comisión de un daño en agravio del interés de otro sujeto.

La sentencia del Tribunal de Lyon, producida al año siguiente de la de Colmar, o sea en 1856, significa también un importante punto de partida para el desarrollo de una controvertida pero rica doctrina sobre el abuso del derecho. Con esta decisión se sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole acceso a la misma. El agua no era utilizada por dicho propietario sino que, más bien, se la dejaba perder en un río.

La Corte de Lyon resolvió condenar al propietario en mención en tanto se había servido del "poder de abusar de su cosa,... inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar". La Corte sostuvo el principio de que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad. Se sancionaba, en consecuencia, la conducta del propietario enderezada a causar un daño sin obtener ningún provecho o beneficio a su favor[36].

El mensaje jurídico que se extrae de estas dos decisivas sentencias francesas de mediados del si-

[36] Este caso es citado, entre otros, por Josserand en su libro *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 30-31, nº 24.

glo XIX es el de limitar el derecho de propiedad. En defecto, la doctrina de la época mantenía el principio de *qui iure suo utitur, neminem laedit.* Esta fórmula, como se ha expuesto, estuvo en cierta medida compensada en la Edad Media (ver § 25) por la doctrina de la emulación.

C) Presupuesto socio-político

§ 28. ***El abuso del derecho y las transformaciones sociales.*** – La teoría del abuso del derecho refleja, como ninguna otra, la crisis del derecho en las últimas décadas. Es, por ello, una institución clave para comprender los cambios producidos en cuanto a la visión del derecho de parte de los juristas y de su función en la sociedad actual.

La crisis de las instituciones jurídicas tiene una profunda raíz socio-política. Ella responde a los cambios suscitados en el seno de diversas sociedades, de diversos pueblos. La ciencia jurídica no podía permanecer inmóvil ante las transformaciones operadas en las relaciones humanas cuando a ella le corresponde, precisamente, reglar valiosamente dichos contenidos socio-existenciales. Las ciencias deben revisar sus conceptos fundamentales, de modo más o menos radical. El nivel de una ciencia está determinado, como lo observa Heidegger, "por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales" [37].

Como se ha puesto de manifiesto (ver § 4), la crisis del derecho se desencadena bajo la acción simultánea de una cambiante realidad social y de una nueva visión filosófica. La verificación de este proceso, de desajustes y sucesivos consiguientes

[37] Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 12.

ajustes conceptuales, lleva a decir a Heidegger, a fines de la década de los años veinte, que "por todas partes se ha despertado hoy en las distintas disciplinas tendencias a poner la investigación sobre nuevos fundamentos"[38]. La ciencia del derecho no podía permanecer ajena a este movimiento renovador que se observa en el mundo de nuestros días.

Esta nueva tendencia se manifiesta, medularmente, en una reivindicación del sujeto de derecho, en una ampliación de su tutela jurídica frente a la erosión de un sistema creado para privilegiar la protección del patrimonio y para permitir intolerables excesos en el ejercicio de los derechos individuales, con absoluta prescindencia del derecho o del interés de los demás. Dogliotti, un jurista de nuestros días, constata esta situación cuando expresa que los esquemas jurídicos tradicionales son insuficientes e inadecuados para la protección de la persona[39]. Dentro de esta protección están comprendidos aquellos sujetos cuyos intereses eran lesionados por la acción prepotente y abusiva, fuera del control jurídico, del titular de un derecho que, aparentemente, actuaba en nombre de una mal utilizada libertad individual, en el ejercicio anormal de un derecho subjetivo.

La tutela de la persona, ligada estrechamente con la tipicidad de las normas de los códigos civiles, se circunscribía sólo a proteger los derechos expresamente normados. Los intereses existenciales, que no habían alcanzado concreción normativa, por más importantes y dignos de tutela que fueran, quedaban al margen de la protección del derecho. Esta situación tiende a cambiar en los últimos tiem-

[38] Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 12.

[39] Dogliotti, Massimo, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en varios, "Il diritto alla identità personale", p. 64.

pos, fundamentalmente en lo que concierne a los derechos de la persona. Pero alcanza también, en cierta medida, a los derechos de carácter patrimonial. Se amplía así el ámbito de protección de intereses jurídicamente relevantes en beneficio de la persona humana.

Los códigos civiles no pueden agotar, a través de la tipicidad de sus normas, la protección de los múltiples y complejos aspectos e intereses del ser humano. Es imposible comprender dentro de su articulado todas las posibilidades de agresión y de consiguiente daño a que la persona pueda estar sometida en un mundo en permanente y veloz cambio. Los códigos civiles sólo pueden recoger los grandes principios, sobre la base de los cuales los jueces están habilitados para tutelar los intereses jurídicamente relevantes. Corresponde a los principios generales del derecho, a las cláusulas generales, que actúan como cláusulas "abiertas" o "en blanco", proporcionar a los jueces los marcos legales que les permitan solucionar, en concreto, los casos que se sometan a su jurisdicción. Los principios generales del derecho informan todo el sistema jurídico que, por lo demás, es unitario.

El criterio antes expuesto, sobre el papel que corresponde al derecho y a la codificación civil en nuestros tiempos, suscita cada vez mayores adhesiones en atención a lo ya argumentado. En este sentido, Alpa y Bessone sostienen que el derecho civil en una sociedad moderna "no debe estar compuesto por una pluralidad de normas de carácter específico y minucioso, sino más bien de principios generales que las Cortes son libres de precisar y, de vez en vez, adecuar a las necesidades concretas"[40].

[40] Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 68.

La teoría del abuso del derecho surge en el siglo pasado como una reacción social frente al exacerbado y excluyente individualismo derivado de la Revolución francesa, el mismo que subyace en el articulado del Código Civil de los franceses y de aquellos otros de él derivados. Los códigos civiles de la época, según Calvo Sotelo, "aunque elaborados bajo los auspicios de las frondas revolucionarias y democráticas, resultaban atrozmente burgueses". Y, añade, que eran unos códigos hechos "a la medida del elemento dominador, y el elemento dominador era la burguesía"[41]. Sintetiza su pensamiento al expresar que el abuso del derecho "es una de las infinitas reacciones que a fines del siglo XIX se operan contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista"[42].

De la misma idea es Josserand, para quien la noción de abuso del derecho constituye una justa reacción frente al individualismo o absolutismo jurídico bajo la inspiración y el impulso de una concepción social del derecho[43]. Fleitas, estudioso del abuso del derecho en la doctrina argentina anterior a la reforma de 1968, comparte, como la generalidad de los autores, esta tesis cuando afirma que el movimiento de ideas que forja la teoría del abuso del derecho "no fue otra cosa que una saludable reacción contra el individualismo jurídico tan en boga en el siglo XIX, como consecuencia de los principios proclamados por la Revolución francesa de 1789"[44].

41 Calvo Sotelo, José, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, p. 27.

42 Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, p. 17.

43 Esta idea se despliega a través de la obra de Josserand, tanto en su libro *De l'abus des droits*, como en su obra posterior *De l'esprit des droits et de leur relativité*.

44 Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 153.

La fórmula del abuso del derecho, como señalan Alpa y Bessone, al ser introducida por primera vez en un código civil, procedente de la matriz del Código Civil francés, registraba la crisis del Estado liberal, "la crisis del sistema fundado sobre la garantía de las libertades individuales, calificadas como intangibles, y asignaba al juez una importante tarea de control de las finalidades que subyacen en la actividad emprendida por los individuos"[45].

§ 29. *EL ABUSO DEL DERECHO Y EL OCASO DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE DERECHO SUBJETIVO.* – Los derechos subjetivos concedidos al individuo por el ordenamiento positivo aparecían –sin serlos– como derechos absolutos, cuyo ejercicio era ilimitado. Se prescindía, por ende, de los intereses ajenos que pudieran verse amenazados o afectados, en alguna medida, por una irregular actuación de las prerrogativas individuales. El ejercicio del derecho era siempre legítimo, aunque acarreara daño a los intereses de los otros, de la comunidad en general.

La importante noción de derecho subjetivo no podía sustraerse al movimiento de adecuación del aparato jurídico a las nuevas realidades y a las corrientes de pensamiento imperantes en la época. Hemos podido apreciar en su lugar (§ 13 a 19) el redimensionamiento que se viene operando en lo que concierne a tan medular concepto de la disciplina jurídica.

El ocaso del tradicional concepto de derecho subjetivo y la erosión de ciertos dogmas construidos por la doctrina jurídica están signados, como con acierto señalan Alpa y Bessone, por el surgimiento de la figura del abuso del derecho. El

[45] Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 61.

emerger del abuso del derecho significa que la doctrina y la jurisprudencia de este siglo afrontan el problema del ejercicio del derecho subjetivo no sólo como manifestación de la libertad individual, sino "en la perspectiva de atemperar los intereses individuales en conflicto entre ellos, y, sobre todo, en la perspectiva de privilegiar los intereses de la colectividad frente a los intereses del individuo, que haya abusado de su derecho" [46].

La teoría del abuso del derecho tiene el significado de irrumpir como una necesaria y justa limitación de las prerrogativas individuales, de naturaleza aún imprecisa, tendiente a restringir por la vía jurisprudencial los excesos cometidos en nombre de un individualismo sin fronteras. Se trata de una limitación que tiene su origen en la presión ejercida por la conciencia jurídica colectiva, que rechazaba tales "excesos" en cuanto lesionaban intereses ajenos. Representa, por ello, una conquista alcanzada por el sentimiento colectivo de solidaridad y justicia, el mismo que se veía afectado con la concepción individualista del derecho, para la cual el sujeto era considerado como un ente aislado, fuera del contexto social. Es decir, como producto de una visión unidimensional del derecho.

La admisión de la teoría del abuso del derecho significa también una ampliación del área de los intereses jurídicamente relevantes. No sólo se protegen los derechos subjetivos, sino que más allá de ellos se tutelan ciertos intereses que no han encontrado aún su concreción normativa, pero que son dignos de protección jurídica. Ello no sólo ocurre en el campo de los derechos de la persona sino también, en cierta medida, dentro del área de los dere-

46 Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 61.

chos patrimoniales. El sistema de los derechos subjetivos deja de ser cerrado y exclusivo: a su lado adquieren significación jurídica intereses no específicamente tutelados por una expresa norma jurídica.

La doctrina del abuso del derecho no logra, en un primer momento, desprenderse totalmente de la fuerte y tradicional influencia del individualismo derivado de la Ilustración, en tanto no considera al abuso del derecho como un acto ilícito, por antisocial, sino que lo diseña sólo como un "exceso" cometido en la legítima actuación de un derecho subjetivo. El acto abusivo se mantiene, así, dentro del campo de la licitud, debiendo sólo repararse los daños ocasionados por tal exceso.

§ 30. ***Significación socio-política de la teoría del abuso del derecho.*** – El problema del abuso del derecho, como con toda claridad lo visualiza Rescigno, no es un problema básicamente de carácter dogmático, de mera interpretación del derecho vigente, ya que si así fuese se reduciría a integrar un capítulo más de la responsabilidad civil[47]. El autor estima que la historia del abuso del derecho, que se inicia en la segunda mitad del siglo XIX, surge "en torno a ciertas manifestaciones típicas de la economía capitalista, manifestaciones que parecían destinadas a no ser sancionadas". Rescigno refiere, dentro de esta óptica, los casos de competencia entre empresarios comerciales contrarios a las reglas de la corrección profesional o al rechazo para contratar de parte de un monopolista[48].

[47] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 216.

[48] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 217.

El abuso del derecho surge, en criterio de Rescigno, como "cuestión que emerge históricamente del desarrollo y de las contradicciones de la sociedad liberal y de la economía capitalista, y mantenida abierta por la crisis siempre más aguda de la sociedad liberal y de su sistema económico"[49]. Es así como la reacción contra los excesos del sistema se concreta en los códigos civiles posteriores al francés, los cuales introducen en sus textos, si bien con distintos alcances, el principio del abuso del derecho. Pero, como anota el propio autor, esta circunstancia no fue el producto de una mayor sensibilidad social sino la "necesidad de confiar al juez un medio para corregir las más estridentes desigualdades del sistema"[50].

La aparición de la teoría del abuso del derecho en una determinada coyuntura histórica tiene el significado de un paliativo, imaginado dentro de una concepción capitalista, individualista y liberal en extremo, como una "limitación" a los graves e intolerables excesos de parte de aquellos sujetos que abusaban de las libertades y derechos subjetivos que le eran concedidos por el sistema jurídico. El abuso del derecho surge originariamente como una figura de transición entre dos diferentes concepciones del derecho. Por ello resultó ser un extraño instituto, de difícil aprehensión para los juristas de cerrada formación individualista en cuanto que, a sus ojos, entrañaba una flagrante contradicción lógica dentro del sistema jurídico imperante.

Las anteriores acotaciones mueven a Martín Bernal a considerar a esta figura jurídica como "una

49 Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 218.

50 Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 218-219.

expresión típica del pensamiento moderno en cuanto nueva orientación del derecho"[51] y que estime, al mismo tiempo, que la diversidad de soluciones en lo que se refiere a la teoría del abuso del derecho se ajustan "casi siempre a las concepciones políticas, económicas y sociales imperantes en los ordenamientos jurídicos de los diversos países y épocas"[52].

La contradicción anotada, que es explicable dentro de una concepción individualista, es puesta de manifiesto por algunos notables juristas como Giorgi y Planiol. Dentro del horizonte de un derecho positivo inspirado en el exacerbado individualismo, que considera al ser humano aislado de la comunidad, el abuso del derecho es una logomaquia, ya que es absurdo, como expresa Giorgi, que el ejercicio de un legítimo derecho subjetivo pueda conducir a la violación de un derecho ajeno. No es dable tutelar contemporáneamente el interés del perjudicado y el interés contrario de quien causa el perjuicio.

Planiol, instalado dentro de la misma corriente de pensamiento propia de su época, manifiesta que no cabe el abuso del derecho, ya que cuando el titular de un derecho subjetivo, reconocido por la normatividad vigente, actúa de manera irregular causando un daño, su acto es, simplemente, ilícito. En síntesis, según Planiol, quien usa de su derecho, concedido por la ley, utiliza el derecho pero no abusa del mismo. Sólo abusa quien actúa sin derecho. En esta hipótesis la responsabilidad aparecerá con ocasión de la culpa o del dolo, por lo que se hace innecesario recurrir a la figura del abuso del derecho[53].

[51] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 218.

[52] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 67.

[53] Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 337.

Planiol, Ripert y Esmein sintetizan su pensamiento al expresar que "nadie ha pretendido nunca que los derechos subjetivos, definidos o no, sean ilimitados, sino al contrario, son limitados, evidentemente por los derechos de los demás". Y, añaden, que "hablar por tanto, de abuso de los derechos, es enunciar una fórmula inútil y aun incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho" [54].

Citamos las expresiones de Giorgi y de Planiol dentro del especial contexto histórico-ideológico en el que fueron escritas. Es decir, inmersas en una corriente de pensamiento dominada aún por el individualismo y por una concepción del derecho en la cual éste se reduce, única y exclusivamente, a la ley. Una definida expresión del positivismo imperante hasta hace pocos años y que hoy se encuentra en un proceso de franco repliegue. La Escuela de la Exégesis, dentro de la cual se formaron varias generaciones de estudiantes, predicaba en Francia que enseñar derecho civil se circunscribía a comentar el Código Civil francés. Así lo manifestó el propio profesor Bugnet.

[54] Planiol, Marcel - Ripert, George - Esmein, Paul, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, p. 791.

Capítulo IV

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICOS

A) El abuso del derecho en la doctrina jurídica

§ 31. *Teorías sobre el abuso del derecho.* – La doctrina jurídica elabora paulatinamente, no exenta de contradicciones y vacilaciones, la teoría del abuso del derecho. No obstante, el período de diseño teórico de dicha figura no ha concluido, desde que no existe aún consenso entre los juristas en lo que atañe a su propia naturaleza y, en menor medida, a los criterios para su determinación. Es así que sobre estos asuntos subsisten discordantes posiciones, como más adelante se pondrá de manifiesto (ver § 32). A pesar de ello los progresos son evidentes y su aplicación práctica es de general aceptación.

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

Frente a las posiciones extremas y reductivistas del subjetivismo y de aquella de signo objetivo se alza una concepción que podríamos designar como mixta o ecléctica, en la medida que estima que las anteriores posturas teóricas no se contraponen sino

que deben complementarse o combinarse en atención a las circunstancias del caso. Josserand es, sin duda, el más caracterizado exponente de esta corriente de pensamiento.

Entre las posiciones atinentes a la naturalza misma del abuso del derecho, aparte de la tradicional que lo considera dentro del ámbito de la licitud, un importante sector de la doctrina francesa contemporánea representada, entre otros, por Mazeaud, Marty y Raynaud, Carbonnier y Julliot de la Morandière, propugna la identificación del abuso del derecho con el acto ilícito.

A las anteriores concepciones se debe agregar, además, aquella que postula que el abuso del derecho ocupa un espacio intermedio entre las conductas lícitas y las ilícitas. Una zona en la que insurgiría un tercer género de conducta jurídica, allende lo permitido y lo prohibido. La novedad y trascendencia de esta posición, que trastoca una milenaria concepción, requiere de una profunda y medular fundamentación, la misma que, hasta donde alcanza nuestra información, aún no se ha producido.

Finalmente, cabe anotar una nueva tendencia que estima que el abuso del derecho es la transgresión de un genérico deber jurídico, el mismo que se halla incorporado, al lado del derecho subjetivo, en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa. Este genérico deber jurídico encuentra su fundamento en una expresa cláusula general, asumida por algunos códigos civiles o, en su defecto, en los principios generales del derecho, como el de la buena fe o el de las buenas costumbres, inspirados primordialmente en el valor de la solidaridad social. La transgresión del indicado genérico deber origina un ilícito civil cuya peculiar caracterización, como veremos más adelante, permite distinguirlo como un ilícito *sui generis* (ver § 37).

§ 32. ***CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.*** – Analizaremos en las páginas siguientes tres distintos criterios para la determinación de la figura en estudio.

a) *POSICIÓN SUBJETIVISTA.* La corriente subjetivista, se sustenta en numerosas decisiones jurisprudenciales entre las que, básicamente, cabe señalar dos famosas sentencias emitidas por tribunales franceses. Nos referimos a la de Colmar, de 1855 y a la de Lyon, de 1856 (ver § 27, b). El abuso del derecho, según esta concepción, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio. De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios: *a*) intención de causar perjuicio (*animus nocendi*); *b*) acción culposa o negligente, y *c*) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente. Estas tres notas constituyen, dentro de esta específica postura, los criterios que permiten identificar la figura del abuso del derecho[1].

La posición subjetiva, después de un período inicial en la cual tuvo cierto auge, fue motivo de justificadas críticas. Ellas se basan, principalmente, en la dificultad de probanza que conlleva. No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de la persona. Son conocidas las dificultades que entraña el interiorizarse en el mundo de la subjetividad para averiguar las efectivas intencio-

[1] Rodríguez-Arias Bustamante, *El abuso del derecho*, p. 113, considera que el criterio intencional es el más frecuente en las aplicaciones jurisprudenciales de la teoría del abuso del derecho, "siendo el que nos muestra más claramente la ruptura del equilibrio de los intereses".

nes del sujeto, a fin de determinar si ellas constituyen el único o el preponderante móvil de su conducta[2].

El Código Civil alemán de 1900 recoge el criterio de la intencionalidad en su § 226, cuando dispone: "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener como objeto causar perjuicio a otro" (ver § 44).

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

El criterio de la intencionalidad o de la culpa es limitativo, ya que ninguna de ellas es esencial para la configuración del abuso del derecho. Si así fuera, muchas situaciones, de suyo abusivas, no podrían ser subsumidas dentro de la teoría del abuso del derecho. De ahí que la caracterización del abuso no puede reducirse ni limitarse ni depender sólo de tales criterios. Ello es del todo insuficiente desde que, al refundirse la teoría del abuso en la de la culpa, quedaría "en buena medida esterilizada"[3].

De otro lado, como apunta Ángel Gustavo Cornejo, si la teoría del abuso del derecho se hubiere detenido en esta fase de su evolución, a través de esta fórmula imprecisa de la intencionalidad, se habría paralizado la justicia. Considera que no hay nada más peligroso e inútil que remitirse únicamente a la sicología individual como criterio para determinar el abuso ya que, en su concepto, no hay persona alguna que tenga la ingenuidad de confesar que no

[2] Mosset Iturraspe, Jorge - Moisset de Espanés, Luis, *Contratación inmobiliaria*, p. 140, aluden, al respecto, a la opinión de Molina, Juan C., *Abuso del derecho. Lesión e imprevisión*, p. 14.

[3] Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 44.

obra sino con el exclusivo propósito de dañar a otro sujeto, ya que siempre le resultará fácil argüir algún interés personal. De otra parte, como se trata de penetrar en el mundo de la subjetividad, si "un juez decide según las circunstancias puramente exteriores acerca de la falta de interés, no es aventurado asegurar que otro juez, llamado a juzgar por los mismos signos objetivos, decidiría absolutamente en sentido contrario[4].

Es evidente que las dos posiciones antes reseñadas, es decir, la de la intencionalidad y la culposa o negligente, asimilan prácticamente el acto abusivo, que es un ilícito *sui generis* (ver § 37), con el genérico acto ilícito. Esto permite a los adversarios de la autonomía de la ilicitud derivada del "abuso", sostener que no es necesaria ni útil una teoría del abuso del derecho, ya que para el efecto es suficiente la normatividad tradicional referida al acto ilícito en general.

Los Mazeaud y Tunc no logran liberarse de caer, en alguna medida, dentro de esta posición. Al criticar la estrechez del criterio que señala que el abuso del derecho se presenta cuando hay intención de dañar, proponen una solución técnica o de la culpa para comprender las hipótesis del abuso por negligencia o imprudencia del titular[5].

Una tercera tendencia dentro de la posición de carácter subjetivo, estima que el elemento que caracteriza la presencia del ejercicio abusivo es el de la falta de un interés legítimo de parte del agente.

[4] Cornejo, Ángel G., *Estudios sobre el nuevo Código Civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1937, 2° cuatrimestre, p. 336.

[5] Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 2, p. 256-258.

Debemos comprender esta ausencia de interés en un sentido amplio, sin limitarlo exclusivamente a uno de índole económica. Aunque aparentemente dentro de este criterio se logra desembarazarse del dolo y de la culpa, como elementos esenciales caracterizantes del acto abusivo –lo que de suyo es ya una ventaja en el terreno de la precisión conceptual–, ello no nos permite abandonar el ámbito de la subjetividad. En efecto, como es obvio, resulta sumamente difícil establecer, dada la amplia y diversa gama de intereses de que está premunido cada sujeto, una situación subjetiva de estos difusos alcances.

La concepción subjetivista deja de lado otras situaciones en las que, a pesar de no presentarse una consciente intención de dañar, se lesiona el interés de otros en función de ciertas conductas contrarias a la moral, a la buena fe, decididamente antisociales. Las dificultades en la prueba, que dejaría sin protección a muchos perjudicados, y la limitación del abuso a sólo los casos específicos de intencionalidad de la acción emprendida o la de ausencia de un interés serio y legítimo de parte del actor, hacen que esta concepción sea vulnerable e insuficiente para describir los alcances del abuso del derecho.

No puede perderse de vista, como observa Borda, que los actos ejecutados sin interés alguno son excepcionales. Aun en el caso de los más repudiables se presenta un interés del agente, lo que no hace que el acto sea lícito. En apoyo de su advertencia cita Borda la conducta del usurero, quien practica su acción sin pensar en perjudicar los intereses de otro sujeto, teniendo sólo en consideración su propio beneficio[6].

En síntesis, la intencionalidad no es un elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho.

[6] Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 43.

b) *Concepción objetiva.* Con el propósito de evitar las dificultades y las insuficiencias que presentaba la concepción subjetiva del abuso del derecho, aparece una nueva posición que se traduce en la utilización de un criterio objetivo, que algunos califican como finalista o funcional.

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

Como certeramente lo sintetiza Borda, según un criterio "más comprensivo y de técnica jurídica más depurada", habría abuso del derecho cuando éste se ejerce contrariando los fines económicos y sociales que inspiraron la ley que lo contiene[7].

Dentro de esta corriente objetiva son numerosos los autores que vinculan el ejercicio abusivo con la transgresión, ya sea del principio de la buena fe como de aquel referido a la moral o a las buenas costumbres. En este sentido Spota afirma, de modo tajante, que "todas las veces que el titular de un derecho subjetivo pretende ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe-lealtad, o con la buena fe-creencia, o con la recíproca confianza o colabora-

7 Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 44.

ción entre contratantes, así como en otros supuestos similares, el abuso del derecho existe"[8].

En este mismo sentido Dabin, al criticar la tesis finalista de Josserand, sostiene que el verdadero criterio para determinar el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo es el del uso inmoral del mismo. Afirma que no es exacto, desde un punto de vista jurídico, que los derechos, al menos los de carácter egoísta, estén sujetos a una finalidad, a una función social, a lo que no podrían faltar sin incumplir con su misión[9]. Existe, concluye, una legitimidad distinta a la legitimidad jurídica: la legitimidad moral. Josserand acierta, en su concepto, cuando considera "que se puede tener para sí tal derecho legal (y por consiguiente la legalidad por entero) y tener en contra la moralidad". De este modo queda liquidada la antinomia que Planiol planteara en su momento: "el uso de un derecho legal se transforma en abuso de ese derecho legal cuando se hace de él un uso contrario a la moralidad". Es por ello que el *summum ius* del derecho positivo se convierte, entonces, en la *summa iniuria* de la moral[10].

Según Dabin, en la sociedad nada hay estable, sino más bien todo está en movimiento, es dinámico, cambiante, incluyendo los derechos. De ahí que el fin social de los derechos, "norma y medida de éstos, jamás estaría descubierto y revelado más que por el ideal colectivo del momento, del que el juez es en cada instante y en cada caso el intérprete"[11].

Si bien un amplio sector de la doctrina considera que este último criterio tiene carácter objetivo,

[8] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 304.
[9] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 363.
[10] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 365-366.
[11] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 360.

no faltan opiniones en el sentido de que "actuar contra la moral o las buenas costumbres requiere, sin duda, una decisión voluntaria del sujeto en tal sentido, similar a la voluntariedad que inspira el acto ilícito" [12].

El art. 2° del Cód. Civil suizo de 1907 (ver § 45) vincula el abuso manifiesto de un derecho con el principio de la buena fe cuando establece que "cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe", para inmediatamente agregar que "el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley".

Para Dabin existe una legitimidad distinta de la "legitimidad jurídica". Ella es la "legitimidad moral". Sólo en este último plano es posible mantener la idea del abuso del derecho. Es en él donde encuentra "su justificación y su criterio distintivo", por lo que "la teoría del abuso representa el correctivo de moralidad que postula la legalidad". Aclara el autor que los deberes morales que interesan son aquellos que se refieren a los deberes para con los demás y no los deberes para consigo mismo [13]. En este mismo sentido Borda considera que "el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo" para dilucidar el problema del abuso del derecho [14].

c) *Solución mixta.* Frente a aquellas dos contrapuestas posiciones, anteriormente referidas, surgió, en lo que concierne al criterio que debería

12 Mosset Iturraspe - Moisset de Espanés, *Contratación inmobiliaria*, p. 146. De los Mozos, por su parte, sostiene al respecto que la buena fe "en el cumplimiento puede presentarse unas veces como objetiva y otras como subjetiva, como sucede cuando ésta se instrumenta en el ordenamiento haciendo intervenir una disposición especial que se exige en el sujeto" (De los Mozos, José L., *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, p. 233).

13 Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 372.

14 Borda, *Manual. Parte general*, p. 32.

adoptarse para resolver la cuestión relativa a la determinación del acto abusivo, una actitud que podríamos designar como mixta o ecléctica, en la medida que, para despejar el problema, combina elementos tanto de la posición subjetiva como de la de tipo objetivo. En la doctrina jurídica esta tendencia se halla representada, entre otros autores, por Josserand, quien comprendió, en su momento, que no existía oposición fundamental entre dichas corrientes de pensamiento. Según esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen sino que más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación de alguno de ellos depende del punto de vista que se adopte en cada caso[15].

No obstante lo dicho, estimamos que, para Josserand, el criterio decisivo para caracterizar el acto abusivo es el de la desviación del derecho de su función social. Pero, al lado de este factor determinante, el autor señala otros criterios complementarios para la configuración del abuso del derecho. Ellos son, según el autor, la intención de dañar, o sea, lo que califica como el elemento subjetivo; la culpa en la ejecución, que significa para él la presencia de una nota de carácter técnico, y la falta de interés serio y legítimo, que supone, en su concepto, la existencia de un factor económico.

Propone Josserand para caracterizar el acto abusivo lo que dio en llamar el criterio funcional o finalista, el mismo que conjuga la desviación del derecho de su específica función social, en cuanto

[15] Muller-Erzbach, Rudolf, sostiene que de la conjunción de los criterios de la ausencia de un interés "serio y legítimo y aquel de la desviación del derecho de su finalidad surgen las premisas fundamentales del caso más importante de abuso del derecho" (*L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, en "Rivista di Diritto Commerciale", 1951-I-89 y 90).

elemento objetivo, con el motivo ilegítimo del agente, el que configura el factor de carácter subjetivo [16]. Josserand, en este orden de ideas, al referirse a los derechos subjetivos, puntualiza que "cada uno de ellos tiene una misión propia que cumplir, lo que lleva a decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme al espíritu de la institución" [17].

En lo que atañe al elemento subjetivo, que como está dicho se combina con el objetivo, Josserand señala que el "criterio finalista deducido del objeto, del espíritu de los derechos presenta, como se le ha reprochado pero en una menor medida, un carácter abstracto y huidizo que podría ocasionar serias dificultades de aplicación si no fuera afortunadamente concretado gracias a la utilización del *motivo legítimo* que constituye su expresión sensible y su configuración". Y añade que, "así como se ha notado, es necesario ver en este concepto el criterio personal y especializado de este criterio universal y aun abstracto que es dado por el destino social de los diferentes derechos, o más exactamente, se le debe considerar como la exteriorización de este criterio abstracto, como su representación necesaria e infalible, su modo de revelación para cada prerrogativa y con ocasión de cada acto cumplido por el titular: el acto será normal o abusivo según que él se explique o no por un motivo legítimo que constituye así la verdadera piedra de toque de toda la teoría del abuso de los derechos y como su precipitado visible". Y, remarca, que estamos obligados a "poner nuestras facultades al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión".

Para Josserand todo se reduce a discernir de una parte el espíritu o función del derecho contro-

16 Josserand, Louis, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 5-6.

17 Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 395.

vertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Es así que combina, aunque en diferentes dosis, los elementos que, de modo reductivo, propugnaban los seguidores del criterio subjetivo como aquellos de la tesis objetiva del abuso del derecho [18].

Consideramos que, en sustancia, el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. Y, lo antisocial o irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito es, finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

El art. 1071 del Cód. Civil argentino, según la redacción que tiene después de la reforma de 1968, constituye una muestra de combinación de criterios para la determinación del acto abusivo. Si bien se adopta como determinante el criterio finalista se lo conjuga con los principios ético-morales, la buena fe y las llamadas buenas costumbres (ver § 52, b). De acuerdo con el actual texto del art. 1071 en referencia, no se exige que el comportamiento del titular del derecho sea doloso o culposo, intencional o negligente.

En síntesis, y como apunta Borda, para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones, como son: "*1*) la intención de dañar; *2*) ausencia de interés; *3*) si se

[18] Entre otros, Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*; Carranza, Jorge A., *El abuso del derecho en la ley 17.711*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", t. I, p. 373.

ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca"[19]. Habría que añadir, además, que el magistrado debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede.

B) Naturaleza del abuso del derecho

§ 33. *Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito.* – Aparte de los criterios para la identificación del acto abusivo, cabe referirse a su propia naturaleza jurídica, a su ubicación en el mundo del derecho. Sobre este punto el debate es antiguo y persiste hasta nuestros días. Las opiniones se dividen, radicalmente, entre aquel sector de la doctrina que sitúa el abuso del derecho en el ámbito de la licitud y aquel otro que lo califica como un acto ilícito.

Afirma Larenz que "un acto que se halla por lo regular en el ámbito de la legitimidad, y por ello aparece como ejercicio de un derecho, es *ilícito* cuando no puede tener otro objeto que el de causar un perjuicio a otro"[20]. El autor utiliza el criterio subjetivo para precisar la naturaleza ilícita del acto abusivo.

Confunde, a nuestro parecer, lo que es la "ilicitud" con la "imputabilidad", situación que, como bien señala López Cabana, "es una herencia recibi-

19 Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 50.

20 Larenz, *Derecho civil. Parte general*, p. 297.

da –sin beneficio de inventario– del derecho francés, que mezcla indiscretamente el elemento objetivo (ilicitud), y el subjetivo (imputabilidad o culpabilidad)"[21].

La ilicitud, objetivamente considerada, resultaría ser aquella conducta humana intersubjetiva contraria a la permitida por el ordenamiento jurídico. El derecho, sobre la base del supuesto de la libertad del ser humano –que ciertamente no es absoluta–, al valorar conductas humanas, prescribe lo que está prohibido y lo que está permitido. Actuar de conformidad con lo prohibido es ilícito.

Es obvio que en el ordenamiento jurídico existen prohibiciones "específicas", precisas, puntuales. Pero, al lado de ellas encontramos también prohibiciones "genéricas", que comprenden un amplio espectro de conductas, sin referencia o descripción de cada una de ellas. Ejemplo de este último tipo de prohibición es la que, precisamente, prescribe como conducta no permitida o prohibida, no tolerada o amparada por el ordenamiento jurídico, a aquella a través de la cual un determinado sujeto actúa "abusivamente" un derecho subjetivo del que es titular, lesionando, de este modo, el interés de otro u otros sujetos. El acto abusivo se convierte, así, en la transgresión de un deber genérico, derivado de una prohibición, también genérica.

Cuando mediante un principio general o una norma especial el legislador impide el uso "abusivo" de un derecho, el acto perpetrado "contra esa limitación cae de golpe en la categoría de la ilegalidad, aunque el legislador haya conservado en su texto la expresión *abuso*". Como lo señala Dabin con precisión, el "abuso" en sentido técnico desapa-

[21] López Cabana, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, p. 64.

rece cuando el legislador sólo concede un derecho con la reserva de que se use de un modo determinado "no abusivo", el mismo que corresponde apreciar al juez. Si el titular del derecho lo ejercita en las condiciones prohibidas, ello "colocaría a su titular fuera de su derecho legal". Si esta situación se da frente a un derecho especial, ella evidentemente cambia cuando el legislador consagra la teoría del abuso introduciendo en el ordenamiento un principio general de condena que "rige el ejercicio de todo o parte de los derechos"[22].

De lo someramente expuesto puede concluirse que en el derecho se presenta una dicotomía en lo que a las conductas intersubjetivas se refiere, ya que todos los actos o están prohibidos por el ordenamiento jurídico –y por tanto son ilícitos– o son permitidos –es decir, son lícitos–. Cabe señalar a este propósito, tal como lo hace Carlos Cossio, que el *prius* del derecho es la libertad. El derecho, al reconocer la libertad ontológica del ser humano, garantiza la exigencia existencial de que cada ser humano se realice "libremente", cumpliendo, así, su personal e intransferible proyecto de vida[23].

La realidad ontológica del sujeto de derecho, en tanto ser humano que "es" libertad, conduce inexorablemente al derecho –que es primariamente, aunque no únicamente, vida humana– a elaborar lo que Cossio denomina "el axioma ontológico de la libertad". Este axioma jurídico, que se sustenta en una evidencia existencial, enuncia que "lo que no está prohibido está permitido". Es decir, reconoce, como no podía ser de otra manera, que el *prius* del derecho es la libertad. De ahí que alguna vez sostuvié-

22 Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 338-339.

23 Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, p. 403.

ramos que el derecho tiene primariamente un sentido liberador[24].

Es posible señalar así, al lado de la corriente tradicional que considera al abuso del derecho como un "exceso" dentro de un comportamiento formalmente lícito, una tendencia aparentemente dominante en la actual doctrina y en la jurisprudencia francesas[25], que lo identifica con el acto ilícito. Sin embargo, además de estas conocidas tendencias existen, al menos, otras dos posiciones al respecto. Nos referimos tanto a aquella que lo sitúa en una posición intermedia entre las conductas lícitas y las ilícitas, como a la que estima que el abuso del derecho es un acto ilícito *sui generis*.

La posición que identifica, sin más, el abuso del derecho con el acto ilícito llega a esta conclusión –que de aceptarse denotaría la inutilidad de la figura en estudio– como consecuencia de las innegables dificultades que se presentan para su determinación conceptual, para su formulación dogmática. Ya Ripert, en 1929, como nos lo recuerda Espín Cánovas, había subrayado la inutilidad de la teoría del abuso del derecho[26].

Es importante anotar que, aun dentro de la más plena identificación entre el acto abusivo y el acto ilícito, cabe afirmar, como lo hace Espín Cánovas sobre la base de lo expuesto por Mazeaud, "que la teoría del abuso ha servido para poner de relieve que puede exigirse la responsabilidad civil no sólo al que actúa al margen de todo derecho, sino tam-

[24] Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como instrumento de liberación*, en "San Marcos Vox Lucis", Lima, 1988, año 1, nº 2, p. 24.

[25] Así, entre otros, Julliot de la Morandière, Marty, Raynaud y Carbonnier.

[26] Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil*, vol. I, Parte general, p. 580.

bién al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho del que es titular"[27].

Por nuestra parte estimamos que el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza–, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, *sui generis*, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.

§ 34. *El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito.* – Existe, frente a las posiciones tradicionales, una nueva lectura en lo que concierne a la naturaleza y ubicación del abuso del derecho. Ella se sintetiza en la tesis sostenida, entre otros, por Giorgianni[28]. En el Perú se ha concretado a través de la obra de Rubio Correa quien, al considerar que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, estima que ella "tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas"[29]. El abuso del derecho se erigiría así como un *tertium genus*, como un género diverso al de los actos lícitos pero también diferente al de los ilícitos. Este atisbo lo encontramos también, expresado de modo tangencial, en la obra de Condorelli[30].

[27] Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. I, p. 580.

[28] Para Giorgianni, Michele, el acto abusivo es lícito en relación a su aspecto formal e ilícito en cuanto al contenido valorativo de la norma (*L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, p. 186).

[29] Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 35.

[30] Condorelli, Epifanio J. L., *El abuso del derecho*, p. 147, se

Dicha posición permite al juez, en palabras del propio Rubio Correa, "calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad"[31].

Por su parte, Martín Bernal asume una posición dubitativa ante la pregunta, que él mismo se formula, sobre la posibilidad de una zona intermedia entre lo lícito y lo ilícito en la que puedan colocarse los casos de abuso del derecho. Al respecto sostiene que este abuso no lesiona el derecho objetivo sino a la conciencia social, afirmación que nos parece correcta pero incompleta o insuficiente si se tiene en cuenta que algunos códigos contemporáneos traen una regla expresa que condena explícitamente el abuso del derecho, mientras que otros lo rechazan de modo implícito.

Dicho autor manifiesta que entre lo lícito y lo ilícito "no se puede establecer una antítesis radical sino que existe como una zona intermedia: la que viene dada y constituida por aquellas conductas o cosas que permitidas por el derecho son reprobadas por la conciencia social"[32]. Denota, así, una posición coincidente con la de Rubio Correa (ver § 61, c).

Martín Bernal parecería ignorar, si nos atenemos al texto antes transcripto, la existencia de cláusulas generales condenatorias del abuso del derecho, lo que no es exacto si tenemos en cuenta las disposiciones contenidas en algunos ordenamien-

---

lee: "Si, como se sabe, en cualquier ordenamiento jurídico no se conocen más que dos categorías de actos –o sea los permitidos o lícitos y los ilícitos–, es obvio que los actos abusivos constituyen un *tertium genus*, por cuanto intrínsecamente son actos lícitos, pero susceptibles de que se les aplique una sanción".

[31] Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 39-40.

[32] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 127.

tos jurídicos a los cuales se ha hecho referencia. El autor estima que el problema de determinar si el abuso del derecho es un acto lícito o ilícito tiene "una mayor trascendencia teórica que práctica", puesto que las legislaciones modernas "aplican un mismo tratamiento a los actos ilícitos que a los abusivos".

Finalmente, no obstante todo lo expuesto, Martín Bernal concluye expresando que en la materia tratada "creemos debe procederse a una cuidadosa matización por cuanto coincidiendo con los clásicos, la ubicación del abuso del derecho debe situarse dentro del campo de lo ilícito"[33]. Como se advierte, la duda del autor es explicablemente profunda.

El planteamiento expuesto nos coloca frente a un problema medular del derecho, cual es el saber si sólo es posible la existencia de conductas humanas permitidas y de conductas humanas prohibidas o si, al lado de ellas, es posible la existencia de otro innominado tipo de conductas, dentro de las cuales se ubicaría aquella conducta humana abusiva en relación con un derecho subjetivo.

En verdad, las afirmaciones de Giorgianni, Martín Bernal y Rubio Correa, entre otros, trastocaría nuestra visión del derecho, en la cual no caben sino conductas permitidas y conductas prohibidas, aunque puedan existir en cada caso cierto tipo de matizaciones. Es decir, que a lo lícito se opone lo ilícito. Esta distinción, como sostiene Orgaz, es necesariamente dicotómica, en cuanto que "todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos"[34]. El argumento propuesto por los autores a que nos hemos referido, sobre la base de los comentarios esbozados y dada su inocultable y capital importancia

[33] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 137.

[34] López Cabana, *La demora en el derecho privado*, p. 66.

teórica, merecería un fundamentado desarrollo a fin de evaluar detenidamente sus supuestos.

En cualquier caso, hay una conclusión que nos parece cierta en la posición que comentamos y que nosotros compartimos a plenitud. Nos referimos al hecho de no considerar el fenómeno del abuso del derecho como una conducta permitida, como una conducta de la cual se pueda predicar su licitud. Lo problemático reside, en consecuencia, en saber la razón por la cual el acto abusivo no consistiría en un especial tipo de ilicitud, sino en una nueva categoría ubicada entre lo lícito y lo ilícito. El tema resulta central en lo que atañe a precisar la naturaleza jurídica del llamado abuso del derecho.

§ 35. ***El abuso del derecho como la transgresión de un genérico deber jurídico.*** – Este parágrafo, y los que le siguen, están dedicados al análisis de la naturaleza misma del abuso del derecho. A través de ellos aparece como un principio general que prohíbe lesionar un interés ajeno no tutelado por un específico derecho subjetivo.

a) *La situación jurídica subjetiva como punto de partida para la comprensión del abuso del derecho.* Somos del parecer que la noción de situación jurídica subjetiva (ver § 14), por su riqueza conceptual y la fidelidad que guarda con la realidad del acontecer jurídico, nos ofrece la extraordinaria posibilidad de comprender mejor la naturaleza y la mecánica del abuso del derecho.

Dentro de esta perspectiva el problema del abuso del derecho se coloca en una dimensión social, es decir, en la que es propia de la experiencia jurídica. Se supera, de este modo, una visión exclusivamente individualista del abuso del derecho, que lo considera únicamente como un "exceso" en el ejercicio de un derecho subjetivo o como una pura in-

tención de causar daño o como la desviación del derecho de su específica finalidad socio-económica o como el ejercicio "anormal" del derecho subjetivo[35].

Al situarse el problema dentro del marco de la situación jurídica subjetiva, es recién posible comprender a plenitud cómo el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría general del derecho.

b) *El abuso del derecho como transgresión de un genérico deber jurídico.* El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse

35 Todas estas afirmaciones relativas al abuso del derecho toman en consideración, únicamente, al titular del derecho subjetivo y agente de la acción –o de la omisión–, desentendiéndose del "otro". Se margina así la presencia de un interés ajeno en trance de ser lesionado. Interés social contenido en un genérico deber jurídico –que integra la correspondiente situación jurídica subjetiva– y que, al transgredirse, genera una específica conducta ilícita expresamente reprobada por un principio general del derecho.

originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisible, aquel derecho subjetivo deja de ser "un derecho" para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos.

Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva. O, de no existir un dispositivo expreso en dicho ordenamiento, estaríamos frente a un acto que es contrario a los principios generales del derecho, como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran, preponderantemente, en el valor de la solidaridad.

En efecto, algunos ordenamientos jurídicos, como el suizo, el peruano, el español y el argentino, contienen una norma de carácter general que prohíbe el abuso del derecho. Esta prohibición supone que el acto deja de ser lícito para convertirse, por antisocial e inmoral, en un acto ilícito en la medida que supone la transgresión de un genérico deber jurídico. Problema aparte es el de la determinación del fundamento de este deber jurídico.

El deber jurídico de no excederse en el uso de un derecho subjetivo, de manera antisocial e inmoral, capaz de lesionar a otro o de no emplearlo adecuadamente en relación con su propia finalidad socio-económica, se encuentra implantado en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa. Se trata, por ello, de un *deber genérico* que encuentra su fundamento en la cláusula general que prohíbe el abuso del derecho. Es pues un mandato que fluye del ordenamiento jurídico positivo y que se halla

presente dentro del conjunto de derechos y deberes que componen la situación jurídica subjetiva.

El rico concepto de situación jurídica subjetiva, que refleja lo que realmente acontece en la experiencia jurídica, nos permite comprender el abuso del derecho no sólo como una actitud que se reduce al ámbito del derecho subjetivo, apreciado desde una abstracta óptica individual, sino que se explica también en fiel concordancia con la realidad de la experiencia jurídica, en función de los otros, es decir, en cuanto genérico *deber* a cargo del titular de un derecho subjetivo de no usarlo antisocialmente, al extremo de perjudicar intereses ajenos.

Cuando nos referimos al abuso del derecho como el ejercicio social y éticamente irregular de un derecho subjetivo, debemos también comprender dentro de esta circunstancia los casos de omisión o de no uso del mismo que causan, generalmente, un daño a un interés ajeno.

§ 36. ***LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DEL ABUSO DEL DERECHO.*** – El deber genérico de no ejercer de modo antisocial un derecho está contenido, como se ha señalado, en cláusulas o principios generales del derecho[36]. Son cada vez más numerosos los ordenamientos jurídicos en los que tienen vigencia dichas cláusulas generales prohibitivas del ejercicio o de la omisión abusiva de un derecho subjetivo. Principios que informan todo el ordenamiento jurídico y nos indican que "abusar de un derecho" significa incumplir con un genérico deber a cargo del

[36] Las cláusulas generales, según autorizada opinión, estarían destinadas, entre otras funciones, "a mantener –aunque fuere en medida muy limitada– el sistema jurídico en consonancia con el correr del tiempo, evitando asperezas, no infrecuentemente anacrónicas, que una demasiado rígida y mecánica aplicación de la ley inevitablemente lleva consigo" (cfr. Bigliazzi Geri, Lina - Breccia, Umberto - Busnelli, Francesco - Natoli, Ugo, *Diritto civile*, 1, p. 19).

titular del derecho subjetivo, deber que se encuentra integrado en todas y cada una de las situaciones jurídicas subjetivas. De ahí que el abuso del derecho no sería un acto lícito sino, por el contrario, configuraría una conducta expresamente prohibida por la ley.

El incumplimiento del genérico deber, que consiste en actuar del modo prohibido por la ley –desde que ésta expresamente no ampara o no protege el ejercicio o la omisión abusiva de un derecho subjetivo– comporta, por tanto, un acto no permitido, es decir, ilícito. Pero, este acto ilícito tiene una especial connotación en la medida que, inexorablemente, es generado como consecuencia de una conducta específicamente lícita y no de un acto lícito o ilícito cualquiera, lo que normalmente derivaría en un caso de responsabilidad tradicional. El abuso del derecho se presenta así como un caso *especial* de acto ilícito, que se deriva del uso irregular de un determinado y concreto derecho subjetivo mientras que, en el terreno de la culpa aquiliana, se obra sin derecho y se transgrede un diverso deber genérico (*alterum non laedere*) que no acompaña a ningún derecho subjetivo, pues se actúa en defecto de éste.

De lo expuesto podría concluirse que, desde el instante en que un ordenamiento jurídico cualquiera incorpora una cláusula o principio general prohibitivo del comportamiento descripto como abuso del derecho, se habría concluido toda posible discusión teórica en torno a la naturaleza misma del abuso del derecho. En efecto, si así ocurriera, la transgresión del deber, que dicho principio general acoge, significaría que el acto "abusivo" adquiere la categoría de un proceder ilícito en cuanto no está permitido por la ley. No otra cosa significa "no amparar" dicha conducta antisocial (ver § 61, d).

Las anteriores reflexiones nos llevan a preguntarnos si cabe continuar designando a dicho ilícito

sui generis como "abuso del derecho", en la medida que ya no es posible mantener más la figura, como inicialmente se pretendió, dentro del campo de la licitud. Warat considera que la consagración legislativa de la prohibición del abuso del derecho "haría desaparecer su razón de ser", en tanto el instituto es "elevado a la categoría de acto ilícito genérico, con lo que se cambia radicalmente el sentido atribuido a la expresión, ya que se trataría entonces de un supuesto similar al dolo o a la culpa"[37]. Es decir, que el abuso del derecho dejaría de ser el irregular ejercicio de un acto lícito para transformarse, en virtud de dicha prohibición contenida en una cláusula general, en acciones u omisiones carentes de derecho o contra el derecho. Warat, glosando a Pedro León, sintetizaría su posición al expresar que "el triunfo de la doctrina representaría, por lo menos, la muerte de su denominación"[38]. El triunfo de la doctrina, y más aún de la jurisprudencia, corresponde en este caso a la cristalización normativa de un principio general que contiene un deber genérico prohibitivo del abuso de un derecho.

Expresa Rubio Correa, dentro de la misma línea de pensamiento, que la primera y más sencilla teoría sobre el abuso del derecho es la de considerarlo como un ilícito civil, "es decir, una manera de ejercitar los derechos expresamente limitada, prohibida o sancionada por la legislación". Agrega que, en verdad, si así fuera "carecería de sentido estatuir el abuso del derecho como institución diferenciada, pues bastaría con aplicar la norma restrictiva o de sanción correspondiente"[39].

37 Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 85.

38 Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 85.

39 Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 43.

A nuestro entender, y como lo tenemos dicho, si bien el "abuso del derecho" deja de ser un acto lícito, ello no obliga a buscar, necesariamente, una nueva designación para aludir a tal fenómeno de comportamiento, claramente diferenciado de otros también de signo ilícito. Si bien la expresión utilizada para describir la conducta conceptualmente designada como "abuso del derecho" podría hacer dudar sobre la ilicitud del acto, cabe señalar, sin embargo, que esta ilicitud, que supone la transgresión de un deber jurídico genérico, es característica, especial, *sui generis*, en virtud de su origen y de su peculiar desarrollo. Sin dejar de participar de la naturaleza genérica del acto ilícito civil, la conducta descripta como "abuso del derecho" se constituye en una ilicitud diferenciada, lo que facilita su captación a través de la aplicación de criterios consagrados por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, en su caso.

En el sentido de lo anteriormente expuesto no compartimos la antes citada opinión de Warat cuando comenta que el abuso del derecho se convertiría en "un acto ilícito genérico", de un supuesto enteramente similar al dolo o a la culpa. Si bien esta figura comparte la naturaleza de lo ilícito, reiteramos que su origen y desenvolvimiento permiten diferenciarla como un ilícito *sui generis*. Si no fuera así caeríamos o en la posición de la actual doctrina francesa, que lo califica como un acto ilícito sujeto a las reglas de la responsabilidad civil, o en aquella de imaginar una "zona intermedia" entre lo lícito y lo ilícito para ubicar a este fenómeno jurídico [40].

[40] Se admite en doctrina la existencia de diversas graduaciones o modalidades de ilicitud si se tiene en cuenta su intensidad y su relevancia. Gómez Acebo distingue así la ilicitud simple, en la que están presentes la *iniuria* y la imputabilidad pero están ausentes los daños, de la ilicitud cualificada que exige la concurrencia

La consagración legislativa de la prohibición del abuso del derecho, bajo la fórmula que "la ley no ampara el abuso del derecho", origina en este siglo el nacimiento de un nuevo *matiz* dentro de la ilicitud jurídica. Ello, de otra parte, otorga al juzgador un fundamento legal, cierto y preciso, sobre la base del cual puede elaborar sus fallos condenatorios de una conducta antisocial de peculiar característica (ver § 37).

Como se desprende de lo expuesto, estimamos que sólo es posible comprender a cabalidad el fenómeno jurídico del abuso del derecho a partir del concepto de situación jurídica subjetiva, entendida ésta, como se ha destacado (ver § 14), en tanto conjunto de derechos y deberes propios de un determinado *status* del sujeto en relación, de conformidad con las atribuciones que emanan del ordenamiento jurídico positivo. Dentro de una situación jurídica subjetiva, activa o de poder, encontramos de manera preeminente, como está dicho, la presencia de un derecho subjetivo pero, al lado de él, a manera de límite, hallamos un conjunto de deberes jurídicos que le son inherentes.

De aquellos deberes, algunos son exclusivos y propios de cada específico derecho subjetivo. A su lado coexisten otros, ya no de carácter particular y circunscripto a un determinado derecho subjetivo, sino más bien de naturaleza genérica, que comprenden y abarcan a todos los derechos, los que surgen de los principios o cláusulas generales del derecho. A esta categoría pertenece, precisamente, el principio denominado "abuso del derecho". Existen otros principios que reúnen también estas características

---

de aquellos tres elementos. Cfr. *La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho*, en "Revista de Derecho Privado", 1952, p. 91 y ss., citado por Martín Bernal, "El abuso del derecho", p. 138.

como son los de la buena fe, las buenas costumbres o del orden público. Estos deberes actúan como límites genéricos y comunes a todos los derechos subjetivos y su vigencia es simultánea con aquellos que son propios de cada situación jurídica subjetiva. Todos estos principios, si bien encuadrados dentro de los valores de justicia y seguridad, responden de modo prevaleciente al valor solidaridad, cuya raíz última la encontramos en la moral social.

§ 37. *EL ABUSO DEL DERECHO COMO UN ACTO ILÍCITO "SUI GENERIS".* – En los siguientes parágrafos intentaremos precisar las características que determinan que el abuso del derecho se constituya en un ilícito especial.

a) *EL ABUSO DEL DERECHO NO ES UN ACTO LÍCITO.* De lo anteriormente expuesto resulta que, dentro de determinados ordenamientos jurídicos que consignan normas prohibitivas del abuso del derecho, esta conducta antisocial no puede ser calificada de lícita, contemplada sólo como un "exceso" de lo que continuaría siendo un derecho subjetivo. Es decir, un acto considerado como lícito. La conducta jurídica calificada como "abuso del derecho", una vez producida, deja de ser lícita en tanto deviene en la transgresión de un genérico deber, implantado dentro de cada una de las situaciones jurídicas subjetivas patrimoniales. La conducta tipificada como "abusiva", en cuanto está expresamente prohibida por el ordenamiento positivo por ser contraria a un principio general del derecho, se convierte en un acto ilícito de características particulares, las que permiten diferenciarlo dentro de la categoría de los actos ilícitos[41].

[41] Entre muchos otros autores que circunscriben al llamado "abuso del derecho" dentro del ámbito de la licitud considerándo-

Como con claridad se advierte, el hecho de que la norma reconozca un derecho subjetivo y le fije sus límites formales, no significa que su ejercicio no pueda colocarse en contraste "con los fines sustanciales que la misma norma establece o bien con una norma diversa o con los mismos principios generales del ordenamiento"[42]. De ahí que, como Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli y Natoli lo subrayan, el abuso del derecho debería presentarse en todas las ocasiones en las cuales a una actividad aparente y exteriormente conforme con el contenido formal del derecho no se acompañe, simultáneamente, "la congruencia sustancial del acto con los fines del derecho mismo", lo que resulta "de la superación de los límites [también] internos o en cambio –como alguno lo considera– solamente de un cierto tipo de límites externos". En cualquier caso, concluyen dichos autores, nos hallamos frente a la ilicitud del acto[43].

Lo ilícito es, en sentido estricto, lo que va contra una concreta norma legal. En sentido amplio, lo ilícito no queda atrapado ni se agota únicamente en la malla de la positividad, sino que supone la violación de "algunas de las disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del orde-

---

lo tan sólo una "desviación" de un derecho subjetivo, sin implicar su transgresión, puede citarse, de modo emblemático, a Spota. En efecto, al criticar la posición de Planiol, expresa: "Ni el acto abusivo es necesariamente un acto ilícito... ni tampoco cabe confundirlo con el acto sin derecho, el cual es, por sí mismo, ilegítimo". En este aspecto Spota entra en contradicción cuando, en líneas subsiguientes, manifiesta que el acto abusivo es aquel que "deja de ser amparado por el ordenamiento jurídico". Desde nuestro punto de vista estimamos que lo que no ampara o tolera el ordenamiento jurídico es, precisamente, lo que se considera como ilegítimo. Cfr. *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 324.

42 Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, p. 372.

43 Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, p. 372.

namiento social"[44]. Acto ilícito es así no sólo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aun encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a lo prescripto en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico.

El acto abusivo es ilícito por transgredir la concreta norma jurídica que aloja el principio general que no ampara el abuso del derecho, como ocurre en determinados ordenamientos contemporáneos y, en ausencia de dicha específica norma, es ilícito por violar algún otro principio general del derecho, como es el caso de la buena fe o de las buenas costumbres, principios de raíz moral de los que se nutre la conciencia jurídica colectiva.

No obstante lo hasta acá expresado en cuanto al acto ilícito, existen otras diversas posiciones en cuanto a su configuración dentro de la doctrina contemporánea. Alpa y Bessone señalan las siguientes: *a*) lesión de un derecho subjetivo perfecto; *b*) violación de deberes generales de corrección social; *c*) acción tal de poner en peligro los bienes tutelados por el ordenamiento; *d*) lesión de una situación jurídica subjetiva, y *e*) lesión de un interés digno de tutela[45].

La última de todas las posiciones antes enumeradas es aquella que, a nuestro parecer, resulta adecuada y convincente para los propósitos de una más amplia y eficaz tutela de la persona y de sus bienes. Como se ha señalado en varias oportunidades, la restricción de la protección de la persona a sólo los

[44] Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 293.

[45] Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 89.

otros casos antes indicados es del todo insuficiente y diminuta. La riqueza y complejidad de la vida humana, las múltiples facetas de la personalidad, las diversas y varias situaciones de la dinámica coexistencial, no pueden ser comprendidas dentro de las específicas normas del ordenamiento. Debe, por ello, recurrirse a los principios generales, a las cláusulas generales, que proporcionan el marco adecuado para la más amplia e integral protección de los intereses que merecen tutela jurídica y no solamente de los derechos subjetivos expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En lo que concierne a los modelos de responsabilidad civil, existen al respecto dos tipos de ordenamientos. En el primero, como lo señalan Alpa y Bessone, se prevén las hipótesis específicas de actos ilícitos, enumerados en elencos precisos, fuera de los cuales los actos que ocasionan daños no son considerados como tales[46]. Se trata de los sistemas cerrados o típicos. En la segunda categoría, atípica o abierta, el sistema está estructurado sobre la base de cláusulas generales de responsabilidad, de principios generales, que amplían el ámbito de la ilicitud. En este último caso, denominado como atípico o abierto, el resarcimiento o la reparación se extiende a todas aquellas otras hipótesis de daños no previstos expresamente por el ordenamiento. Como ejemplo de sístema típico se debe mencionar el adoptado por el derecho penal.

b) *El acto abusivo no es una conducta situada entre lo lícito y lo ilícito.* El abuso del derecho no resultaría ser, en consecuencia, un tercer género de conducta ubicada entre lo lícito y lo ilícito, en una zona intermedia o gris. Se trataría, como está dicho, de

[46] Alpa - Bessone, *I fatti illeciti*, en Rescigno (dir.), "Trattato di diritto privato", vol. 14, t. VI, p. 62-63.

un acto ilícito *sui generis*, diferenciado, en cuanto deriva de una circunstancia particular como es la transgresión de un deber genérico. Deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por norma expresa, cuando el titular ejerce un derecho subjetivo. No nos hallaríamos así en una situación intermedia entre lo lícito y lo ilícito, sino frente a un acto ilícito de connotación especial en virtud de su origen y destino. De ahí que el abuso del derecho, en cuanto conducta antisocial, puede distinguirse del genérico acto ilícito y constituir una figura jurídica autónoma. Si el acto abusivo fuera sólo un acto ilícito genérico, caería bajo las normas de la responsabilidad civil, como es la pretensión de un sector de la actual doctrina francesa.

En la experiencia jurídica, que es donde se manifiesta el fenómeno jurídico, dentro de un enfoque tridimensional del derecho, sólo podemos referirnos a las conductas intersubjetivas como permitidas o prohibidas, en tanto tales conductas se hallan en dinámica y unitaria interacción con el ordenamiento positivo y los valores jurídicos. No vislumbramos en la experiencia jurídica la existencia de una zona intermedia entre lo lícito y lo ilícito, la misma que estaría ocupada por cierto tipo de conductas que, o no se encuentran inmersas en alguna de esas categorías o son una mixtura de las mismas.

De acuerdo con nuestra particular visión de lo jurídico, corresponde al ordenamiento normativo determinar cuándo una conducta debe ser calificada como permitida o, contrariamente, cuándo asistimos a la actuación de una conducta humana tipificada como no permitida o prohibida. Y, en los casos en que no exista una norma expresa que nos facilite formular tal distinción, debemos acudir a la aplicación del axioma jurídico por el cual, en principio, toda conducta que no esté expresamente prohibida debe ser considerada como permitida.

Ello, claro está, siempre que la conducta humana, expresamente no prohibida por el ordenamiento positivo, no colisione con una valoración ético-jurídica o con los principios generales del derecho que la trasuntan.

Lo dicho no impide que entre cada una de aquellas categorías de conductas humanas se distingan matices y características propias. Tan esto es verdad que el abuso del derecho se constituye, a nuestro entender, como una específica modalidad del acto ilícito que obliga a un tratamiento diferenciado que desborda el ámbito de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría general del derecho.

Hasta donde alcanzan nuestros conocimientos no cabe otra cosa que oponer la ilicitud a la licitud, es decir, un acto conforme a derecho de otro que no lo es. Como señala Orgaz, y lo avala López Cabana, esta distinción es "necesariamente dicotómica", de lo que cabe inferir, en palabras del propio Orgaz, que "todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos"[47].

c) *Distinción entre el acto ilícito genérico y el abuso del derecho como ilícito "sui generis"*. Conviene recordar, una vez más, que el derecho es la dinámica interacción de tres elementos, cuya presencia es indispensable si se quiere captar unitariamente el fenómeno designado como "el derecho". Ellos son, como se ha señalado (ver § 10), la vida humana social, las normas y los valores jurídicos. De estas tres dimensiones la vida humana social se constituye como la dimensión primaria, desde que es ella la que "exige", para una pacífica convivencia, su "valiosa regulación normativa". Sin vida humana social carecería de sentido tanto la dimensión de

47 Orgaz, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, p. 28 y López Cabana, *La demora en el derecho privado*, p. 66.

la normatividad reguladora como la existencia misma de los criterios axiológicos vivenciados por el ser humano en su vida de relación. Es la vida humana social, en última o primera instancia, la que ineludiblemente reclama su estructuración jurídica. Por ello, el derecho es una "estructura" de la vida comunitaria y no una simple superestructura. Por ello, también, el derecho regula valiosamente, a través de su aparato formal-normativo, todos los aspectos que conforman la vida de relación, desde los económicos –en sentido estricto– hasta los culturales.

Las distinciones que operan en el derecho tienen, por lo expuesto, su fundamento y razón de ser en la dimensión sociológico-existencial. Y es en ella donde una conducta ilícita, designada como "abuso del derecho", tiene sus propias peculiaridades, las que permiten distinguirla de otras conductas ilícitas dolosas o culposas, así como de las que tienen su origen en el uso de un instrumento potencialmente causante de riesgo. Dicha conducta, que es de naturaleza ilícita, puede diferenciarse, en consecuencia, de otras modalidades de comportamientos ilícitos. De ahí que podamos "describir" qué es lo que realmente acontece en el nivel de la vida humana social cuando nos hallamos frente a una conducta humana intersubjetiva que lingüísticamente designamos como abuso del derecho (ver § 22).

Si aprehendemos el fenómeno del "abuso del derecho" en la experiencia jurídica encontraremos que en él, como en cualquier otro fenómeno atinente al derecho, se produce la dinámica interacción de tres dimensiones que integran "lo jurídico": *a*) a nivel sociológico-existencial, de la vida humana social, observamos la presencia de una conducta antisocial que lesiona o amenaza lesionar un interés ajeno; *b*) esta conducta intersubjetiva, simultáneamente, es contraria, en el nivel axiológico, a una va-

loración ética, y *c*) al mismo tiempo que ello acontece, en la dimensión formal, en el ordenamiento positivo, hallamos un principio general del derecho que, al calificar dicha conducta como "abusiva", la prohíbe de modo expreso. Es decir que, al transgredir dicha conducta un genérico deber, la tilda de ilícita, determinando, a menudo, los criterios para aprehenderla como tal, así como sus consecuencias jurídicas.

La doctrina y la jurisprudencia verifican que tal conducta ilícita surge de un determinado derecho subjetivo, cuyo ejercicio u omisión lesiona un interés ajeno no protegido por norma expresa. No obstante, se advierte en ciertos ordenamientos la existencia de un principio general que contiene un genérico deber que impide la actuación o la omisión de dicha típica conducta.

Sobre la base de lo expuesto, el abuso del derecho, en cuanto transgresión de un genérico deber jurídico, que lesiona un interés no tutelado por norma jurídica específica, genera una conducta ilícita *sui generis*, perfectamente identificable en su decurso coexistencial[48].

Si el *sui generis* acto ilícito en que consiste el fenómeno del abuso del derecho se identificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratársele, como se ha señalado, dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse, según el caso, la exigencia de dolo, culpa o riesgo de parte del agente. Ello, sin embargo, no

[48] Martín Bernal, al parecer superando las dudas que hemos expuesto sobre la naturaleza del acto ilícito, sostiene que "el acto abusivo viene así a constituir una modalidad del ilícito caracterizada porque en él la tipificación alcanza un grado mínimo de precisión, dando lugar, por consecuencia, a un máximo nivel de integración de la norma por parte del órgano judicial que la aplica" (*El abuso del derecho*, p. 140).

es así en el caso del abuso del derecho, donde no es indispensable indagar por esas motivaciones.

Es del caso precisar que lo que venimos sosteniendo en lo concerniente a la específica ilicitud del abuso del derecho, no supone atentar contra la posición, que compartimos, que considera que, sobre la base de una concepción objetiva del fenómeno de la ilicitud, nos permite llegar, como lo propone Aída Kemelmajer de Carlucci, sin dificultades, a la concepción unitaria de la ilicitud[49]. Lo ilícito es uno, es lo opuesto a lo lícito, aunque pueda presentar diversos matices, tales como lo ilícito doloso o culposo, el que fluye del fraude a la ley o del abuso del derecho. Este planteamiento se sustenta en la unidad del ordenamiento jurídico[50]. En este mismo orden de ideas Bueres expresa que es partidario "del temperamento que aprehende la responsabilidad civil como un fenómeno resarcitorio unitario"[51].

Podemos señalar, en relación con el tema que venimos tratando, que el daño no es un elemento esencial para la configuración del acto abusivo. El daño representa tan sólo el presupuesto del efecto compensatorio. Y ello es así porque es fácil concebir la existencia de una acción o de una omisión de carácter abusivo de la que no dimane un daño efectivo. Tenemos presente, a este propósito, la afirmación de Dabin, cuando refiriéndose a la noción de abuso de derecho, exclama: "Guardémonos, en primer término, de buscar ese criterio por el lado del daño causado"[52].

[49] Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, p. 3.

[50] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 126 y siguientes.

[51] Bueres, Alberto J., *El acto ilícito*, p. 66.

[52] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 346.

En este mismo sentido, Spota expresa que "ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios –*sine qua non*– para que promedie un acto abusivo" [53]. El ilícito abusivo se rige por criterios propios y tiene específicas consecuencias. Constituye, así, una figura autónoma.

Es importante sintetizar la sutil distinción entre lo que es un acto ilícito, que cae bajo los dispositivos de la responsabilidad civil, de lo que constituye un acto ilícito *sui generis*:

a) El acto abusivo reconoce su origen en la existencia de un específico derecho subjetivo, en cuyo ejercicio, o mediante su omisión, se llega a incumplir un genérico deber jurídico como es el de no agraviar un interés ajeno mediante la actuación irregular o antisocial del derecho subjetivo. Es decir, que en el origen mismo del ilícito *sui generis* se encuentra siempre un acto lícito, un definido derecho subjetivo. El ilícito *sui generis* deviene en la consecuencia de la actuación de un derecho que se transforma en ilícito en el momento mismo en que se transgrede el genérico deber de no lesionar un interés ajeno. Esta particularidad no se presenta, como condición *sine qua non*, en ningún otro acto ilícito.

Considera Warat que el juez, de existir una norma prohibitiva del abuso del derecho, lo debe calificar de ilícito, pues se "habrá reprimido como ilícito aquel uso del derecho, pero nadie negará que ha sido *uso* del mismo". Dicha ilicitud resulta así específica en cuanto a su peculiar origen, lo que la hace distinta e inconfundible con la otra, es decir, "con la ilicitud del delito civil" [54].

[53] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 319.
[54] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 59-60.

b) La diferencia no se reduce, sin dejar de ser importante, al origen lícito que es propio del abuso del derecho. Cabe también señalar, como nota diferenciadora, el que a través del acto abusivo no se lesiona un preexistente derecho subjetivo. Lo que se agravia es un *interés* patrimonial que carece, por ser sólo tal, de una específica protección normativa. Sin embargo, como se ha apreciado, esta desprotección es sólo aparente en la medida que dicho interés puede ser pretorianamente tutelado a través de un genérico deber jurídico alojado en un principio general del derecho. O, en defecto de una específica cláusula general, la tutela se sustenta en los principios generales del derecho, como la buena fe o las buenas costumbres, ambas de raíz moral.

El mencionado deber jurídico se presenta, como se ha subrayado, en todas las situaciones jurídicas subjetivas activas o de poder (ver § 14). Se advierte así que el concepto de situación jurídica subjetiva disloca y trastoca las concepciones tradicionales de corte individualista sobre el abuso del derecho, ya que la afirmación de la doctrina clásica, en el sentido de que con el abuso del derecho se lesiona un interés ajeno no tutelado por una específica norma jurídica, ha sido superada en tanto que dicho interés, aparentemente no tutelado, está legalmente amparado a través de un genérico deber jurídico a cargo del titular del derecho subjetivo o jurídicamente protegido mediante los principios generales del derecho.

Es pues conveniente recalcar que un genérico acto ilícito presupone la lesión de un derecho subjetivo, adquirido y definido, mientras que en el ilícito derivado del uso antisocial de un derecho subjetivo –o de su omisión– se vulnera un interés ajeno de carácter patrimonial.

c) Las características del acto ilícito *sui generis*, en que consiste el abuso del derecho, se aprecian

además bajo una óptica diversa a la que utiliza el juez tratándose de un genérico acto ilícito o un fraude a la ley. En efecto, como se ha anotado con anterioridad (ver § 32), la doctrina, con el auxilio de la jurisprudencia, ha señalado los criterios que debe aplicar el juez para valorar cuándo se produce la transgresión del deber genérico que desencadena la ilicitud *sui generis* en que consiste el abuso del derecho.

Tratándose de un ilícito genérico el juez debe, según los casos, determinar si hubo dolo o culpa, o si el daño se produjo como consecuencia de la utilización de un instrumento tenido como riesgoso. Los criterios para configurar el acto abusivo, como se ha dicho, son diversos.

Es interesante anotar, a título referencial y en apoyo del argumento planteado sobre la caracterización *sui generis* del acto abusivo, la mención que a este propósito hace la Exposición de motivos del nuevo texto del art. 7° del Título Preliminar del Código Civil español (ver § 47). En dicha Exposición de motivos se alude, precisamente, a las diferencias que existen entre un ilícito genérico y el ilícito específico en que consiste el acto abusivo. El nuevo texto incide en sus diferencias y excluye del acto abusivo intencional un comportamiento doloso y culposo "porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil". La cita es elocuente, aunque, como lo señala Espín Cánovas, "no es más explícita en cuanto al contenido intencional del acto abusivo" [55].

d) Es importante señalar que la consagración del abuso del derecho como figura autónoma, en tanto se produce un caso de ilicitud *sui generis* al transgredirse un genérico deber jurídico recogido

55 Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. I, p. 585.

en un principio general del derecho, aparece con mayor nitidez en el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984.

El codificador, en dicho numeral, no señala ningún criterio a adoptar para determinar cuándo nos hallamos frente a una conducta calificada como abuso del derecho. Es obvio que, siguiendo la tradición del Código Civil de 1936 y del Código suizo de 1907, el legislador, con acierto, prefirió dejar este punto librado a los aportes de la doctrina sobre el abuso del derecho.

Pero, si bien el codificador peruano no indica criterios para precisar el abuso del derecho, prescribe, en cambio, las consecuencias del mismo. En efecto, el art. II en referencia expresa: "El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda". Sobre este tópico encontramos sólo un parcial antecedente en el Código Civil español –modificado en 1974– cuando en el segundo parágrafo del art. 7° del Título Preliminar, expresa que el abuso del derecho "dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso".

Como se puede apreciar de lo antes enunciado, el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano vigente contiene, con mayor amplitud que el Código Civil español, las consecuencias que origina el abuso del derecho. En efecto, el Código Civil español no consigna la posibilidad de accionar con el propósito de evitar un daño que se ocasionaría a raíz de una cierta e inminente conducta abusiva.

De lo expuesto se deduce, con claridad, que el juzgador, al encontrarse frente a una conducta abusiva no requerirá acudir a las reglas de la responsabilidad civil ya que, en el precepto correspondiente a la figura del abuso del derecho, se prescriben di-

chas consecuencias. Lo dicho ratifica y confirma la autonomía del abuso del derecho en cuanto ilícito *sui generis*.

Todo lo hasta aquí expresado conduce, evidentemente, a conferir autonomía conceptual al abuso del derecho frente a la responsabilidad. Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia le reconocen dicha calidad. El abuso del derecho, al desbordar las lindes de la responsabilidad, es tratado científicamente, como es fácil advertir, a nivel de la Teoría general del derecho. Ello se deriva, por lo demás, de su ubicación sistemática tanto dentro de los más modernos textos, tratados o manuales como en algunos importantes y recientes códigos civiles. En síntesis, y como expresa Spota, el acto ilícito "abusivo" tiene un perfil jurídico propio, por lo que "no implica, por sí, un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana" [56].

En esta misma línea de pensamiento encontramos un interesante antecedente. Nos referimos a la posición sostenida por Carranza cuando plantea que, a su parecer, el acto abusivo es "una especie de acto ilícito". Fundamenta su atisbo al señalar, según sus propias palabras, "en que, nos parece, si el derecho objetivo condena la acción abusiva, ésta pasa a constituir una acción contraria al derecho, que choca contra el confín legal, convirtiéndose en un hecho ilícito ya que se ha violado un deber jurídico, aunque la ilicitud de que aquí se trata tenga cierta ilegitimidad interior por la defectuosa persecución de un fin que la ley ha tornado obligatorio" [57].

El pensamiento antes glosado es ampliado por el citado autor al expresar que "mientras el hecho ilí-

[56] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 319.

[57] Carranza, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, p. 31.

cito genérico o propiamente dicho la ilicitud, es inicial, en el abuso del derecho haya un arranque legítimo de la conducta representada por la titularidad del que abusa, en cuya virtud se observa en un comienzo –diríamos que literalmente– los términos conceptuales de la facultad de que se trata, produciéndose después su desviación con el propósito de dañar; mientras que en los ilícitos civiles se violan los contenidos materiales de las obligaciones legales o convencionales, pero con una actitud que es *ab initio* condenable"[58].

Existe, a nuestro entender, un punto discutible en el pensamiento de Carranza. Nos referimos a que no siempre en un acto ilícito genérico, o propiamente dicho, la ilicitud es inicial. Se suele citar al respecto, como ejemplo, el caso de un diligente y prevenido conductor de un vehículo automotor que, en el ejercicio de su derecho, atropella, pese a su manejo cuidadoso, a un menor que intempestivamente irrumpe en la calzada sin que el piloto del automóvil pudiera advertirlo, ya que un conjunto de vehículos estacionados al lado de la acera le impedían tener una completa visibilidad. Estaríamos frente a un caso de responsabilidad derivada por el uso de un bien riesgoso, donde dicha responsabilidad no es inicial sino que surge en el instante en que se produce un daño.

De otro lado, pareciera que Carranza se inclinara prevalecientemente por el criterio subjetivo al efecto de determinar cuándo nos hallamos ante la presencia del fenómeno del abuso del derecho. Ello podría deducirse de la última de las citas de su pensamiento, anteriormente glosado. En ella se advierte que el autor alude al "propósito de dañar", para lo cual se desviaría el derecho de su propia finalidad.

[58] Carranza, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, p. 32.

Más allá de estas observaciones, encontramos una importante coincidencia entre el pensamiento de Carranza, en los tramos glosados, y nuestra posición cuando se caracteriza al acto abusivo como un ilícito especial o *sui generis*. Sin embargo, los puntos de partida y los respectivos desarrollos de la materia son diversos, en tanto nosotros sustentamos nuestro planteamiento en una previa y global visión del derecho y de la situación jurídica subjetiva, lo que permite brindar cierta coherencia a nuestro discurso. De otra parte, las precisiones que formulamos son plurales en cuanto a los distingos fenomenológicos entre el ilícito genérico, enmarcado dentro de las reglas de la responsabilidad, y las del ilícito *sui generis* en que consiste el acto abusivo, el mismo que está sujeto a un matiz diferencial que le permite adquirir relativa autonomía dentro del género de la ilicitud y, como consecuencia, ser considerado como un tema importante de la Teoría general del derecho.

d) *El abuso del derecho y los derechos de la persona.* Tratándose de los derechos de la persona o de la personalidad, como también se les designa tradicionalmente en la doctrina civilística, cabe señalar que no es del caso referirse a la existencia de intereses personales jurídicamente no tutelados, ya que la persona humana, de conformidad con los postulados de la más moderna corriente de pensamiento, es protegida por el ordenamiento jurídico de modo integral y unitario en atención a su propia naturaleza y dignidad.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto no cabe afirmar que sólo ciertos intereses existenciales son reconocidos y tutelados como derechos de la persona por el ordenamiento positivo, mientras que otros, en cambio, no ostentan esta calidad. Al respecto debemos manifestar, de modo categórico, que todo interés existencial que deriva de la propia

dignidad de la persona humana, ya sea que cuente o no con tutela específica de parte de alguna norma es, en cuanto tal, materia de protección jurídica. Los intereses de la persona humana, en ningún caso, están por ello jurídicamente desamparados.

La orientación doctrinaria antes enunciada es recogida por los ordenamientos jurídicos positivos inspirados esencialmente en el personalismo jurídico. Es éste, precisamente, el caso del ordenamiento jurídico peruano en el cual, según lo prescripto por el art. 4° de la Constitución y por el art. 5° del Cód. Civil, son materia de protección jurídica todos aquellos intereses existenciales que, sin estar tutelados por una expresa norma jurídica, derivan de la dignidad de la persona humana.

El ordenamiento jurídico peruano, al inscribirse dentro del marco de la más reciente tendencia doctrinaria en materia de derechos de la persona, no adhiere a una concepción atomista en lo que atañe a tales derechos, sino que más bien consagra la tesis de la tutela unitaria e integral de la persona humana. Es decir, que no sólo son objeto de protección jurídica aquellos aspectos de la personalidad que constituyen el contenido de un específico derecho subjetivo sino que, al margen de que ello suceda, todas las manifestaciones de la personalidad, todos los intereses existenciales, son materia de tutela jurídica en tanto se sustentan en la especial calidad del sujeto de derecho, en la dignidad de la persona humana.

Lo anteriormente manifestado no significa que se pretenda reducir a sólo uno todos los derechos de la persona. No es ciertamente incompatible con el principio de la protección unitaria e integral del sujeto de derecho el que, simultáneamente y sin que ello pueda interpretarse como un recorte a los alcances de dicho principio básico, el ordenamiento positivo proteja y desarrolle jurídicamente ciertos

específicos intereses o aspectos de la personalidad. La ciencia jurídica, en efecto, bajo la constante presión de la vida humana social y de la propia jurisprudencia, va diseñando paulatinamente diversos derechos subjetivos, los que van numéricamente incrementándose con el transcurso del tiempo.

No hay, en consecuencia, un número cerrado de derechos de la persona. Por el contrario, la historia nos demuestra cómo con el pasar del tiempo la ciencia jurídica va "descubriendo", a nivel dogmático, "nuevos" intereses existenciales que merecen ser tutelados mediante normas jurídicas específicas. Ello no significa que queden sin tutela jurídica aquellos otros intereses personales que no figuran en el ordenamiento positivo catalogados como derechos subjetivos. Es que la ciencia jurídica va desarrollándose y los juristas van afinando su sensibilidad. Esto les permite comprender la necesidad de protección normativa de algunos intereses o aspectos de la personalidad en los cuales no habían reparado hasta ese momento o a los cuales no le habían otorgado debida importancia.

Este movimiento personalista avanza conforme y en la medida que los juristas comprenden que las codificaciones de corte napoleónico, que llegan hasta nuestros días a través de varios cuerpos legales vigentes, descuidaron de modo elocuente la tutela de los intereses existenciales, mientras que se preocuparon prevalecientemente de la protección de aquellos otros de naturaleza patrimonial.

Es ilustrativo, en dicho sentido, observar la evolución histórica, la paulatina consolidación a nivel positivo, de ciertos intereses de la personalidad en los cuales no se había reparado con anterioridad. Es interesante citar, como ejemplo, la elaboración dogmática del derecho a la intimidad personal y familiar a partir de decisiones jurisprudenciales, o la tutela de la voz, o el proceso al cual asistimos nutri-

do de esfuerzos desplegados por la doctrina jurídica dirigidos a elaborar un derecho a la identidad personal. Estos esfuerzos que también se apoyan en tentativas jurisprudenciales dignas de ser tomadas en cuenta, son estudiados y analizados por la reciente doctrina jurídica. Como se puede apreciar, estamos inmersos en un continuo e incesante proceso en el cual, en ocasiones, por exigencias comunitarias o por coyunturas jurisprudenciales, la ciencia jurídica va diseñando nuevos derechos de la persona en consonancia con intereses existenciales dignos de protección de parte del derecho.

No puede tampoco perderse de vista la evolución de la codificación contemporánea en lo que atañe a la incorporación en los códigos civiles, a partir del Código Civil de los franceses de 1804, de los derechos de la persona, tradicionalmente conocidos en la doctrina como "derechos de la personalidad". Es interesante comparar, al respecto, el número de los derechos de la persona asumidos por el Código antes indicado, por el Código Civil italiano de 1942 y por el reciente Código Civil peruano de 1984. Como resultado de esa comparación se puede advertir la diferencia cuantitativa entre ellos en lo que a tales derechos se refiere. Es evidente que el último de los códigos antes citados contiene un mayor número de aquellos derechos que el consignado en los otros cuerpos de leyes anteriormente mencionados.

Tratándose del abuso del derecho, cabe indicar que dicha figura sólo es posible como límite del ejercicio de los derechos (o de su no uso) cuando con él se lesiona un interés patrimonial no protegido por norma jurídica expresa pero que se tutela indirectamente a través de la interdicción del acto abusivo. Ello no ocurre cuando se hace referencia a los intereses de la persona, los mismos que, de suyo, están tutelados de modo unitario e integral

aun sin norma jurídica específica preexistente. A este respecto el art. 4° de la Const. del Perú establece que son materia de protección jurídica no sólo los derechos de la persona consagrados por la Constitución, el Código Civil y la legislación en general, sino aquellos de naturaleza análoga así como los que derivan de la dignidad de la persona humana[59]. Es decir, se trata de una cláusula general de tutela de la persona que cubre todos los intereses existenciales que, a criterio del juez, son dignos de protección jurídica, aun sin la existencia previa de una norma que contenga un determinado derecho subjetivo. En este mismo sentido está redactado el art. 5° del Cód. Civil peruano[60].

Lo expuesto en el párrafo precedente en relación con los intereses de la persona no puede hacerse extensivo a los intereses de significación económico-patrimonial. Estos intereses, aparentemente no protegidos por una norma específica, sí lo están realmente si nos atenemos, tal como lo hemos explicitado, al hecho de que los mismos están amparados, en cierta hipótesis, por un deber jurídico genérico que, instalado en el ordenamiento positivo, se inserta dentro de cada situación jurídica subjetiva de poder o activa, sin que ello suponga, obviamente, su elevación a la categoría de un nuevo derecho subjetivo.

59 El art. 4° de la Constitución del Perú tiene el siguiente texto: "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

60 El art. 5° del Cód. Civil peruano tiene el siguiente texto: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6°". El art. 6° se refiere a los actos de disposición del propio cuerpo.

Aparte de las consideraciones hasta acá expuestas en torno a la relación entre el abuso del derecho y los derechos de la persona cabe señalar que, en opinión de Dabin, hay un número considerable de derechos que escaparían a toda posibilidad de abuso. Estos derechos son los que el autor denomina "egoístas" en la medida que, por su objeto, no postulan ningún obrar, ningún ejercicio. Es decir, se trata de derechos que, según Dabin, no exigen ningún uso, "ninguna toma de posición activa o pasiva, por parte del titular que recoge todas las ventajas de su derecho por el solo hecho de la existencia del mismo"[61].

Entre estos derechos que Dabin denomina "egoístas", cabe citar el derecho a la vida, en el cual el titular no obra, "contentándose con poseer el bien de la vida y gozar de ella". En este caso, como apunta el autor, el derecho se confunde con su goce, que es puramente pasivo[62]. Otros derechos, tales como los elementos constitutivos del ser mismo del sujeto, como su cuerpo o su ser moral, su intimidad, su honor, su individualidad, participan de esta misma naturaleza.

§ 38. ***El abuso del derecho y la conciencia jurídica colectiva.*** – En páginas precedentes hemos reflexionado, fundamentalmente, en torno al instituto del abuso del derecho dentro de los regímenes jurídicos cuyos ordenamientos positivos contienen una cláusula prohibitiva del mismo, como es el caso, entre otros, de los Códigos Civiles suizo, español, argentino o peruano. La fundamentación de la condena del abuso del derecho por la jurisprudencia debe encontrar un sustento diferente en aque-

[61] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 339.
[62] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 78.

llos países que, como Italia o Francia, contrariamente a los anteriormente indicados, carecen en sus ordenamientos positivos de un principio general específico que prohíba el abuso del derecho.

En la primera de las hipótesis antes señaladas, el juzgador, frente a una conducta antisocial valorada como abusiva de un derecho subjetivo, aplica al caso sometido a su jurisdicción el principio genérico que específicamente condena dicho tipo de conducta intersubjetiva.

La situación es diversa en la segunda de dichas hipótesis. Ante la ausencia de una cláusula general que no ampare el abuso del derecho, el juez tiene que recurrir, como lo señala Josserand, a la juridicidad, al derecho considerado en su conjunto. Es decir, el juzgador debe buscar otro u otros sustentos jurídicos para condenar el abuso del derecho en el trance de administrar justicia.

En esta segunda hipótesis nos encontramos en una situación en torno a la cual Warat desarrolla un pertinente ensayo [63]. Para este autor el juez afronta el problema de "determinar si cabe sancionar la responsabilidad del titular de un derecho subjetivo, quien ejercitándolo dentro de los límites que una norma le impone, ha ocasionado perjuicios a un tercero cuya reparación no es exigida por la ley directamente ni por la aplicación de los principios de la culpa y el dolo, pero lo exigen la conciencia jurídica colectiva, la equidad, la solidaridad social, el derecho en su sentido ideal, la moral en su acepción lata" [64]. Esta conciencia jurídica colectiva tiene al principio de la buena fe como uno de sus principales ingredientes. Es dentro de esta segunda hipótesis que se ha elaborado, principalmente, la rica e

[63] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 39.
[64] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 39.

importante jurisprudencia comparada condenatoria del abuso del derecho en tanto conducta antisocial.

El debate sobre el abuso del derecho, la difícil elaboración científico-dogmática de la figura, se ha centrado, en grandes tramos, en hallar y justificar la fuente o fuentes de las que se valdría un juez, a falta de un principio general específico, para sancionar el abuso del derecho. Debe señalarse a este propósito que un importante sector de la doctrina y numerosa jurisprudencia han encontrado, básicamente, en el principio de la buena fe, el sustento jurídico para condenar la conducta antisocial consistente en el abuso del derecho. Los jueces, al lado de este cardinal principio general del derecho, han recurrido también a otros principios de similar característica, como es el caso de la equidad o el de las buenas costumbres, de raíz moral.

Ante la carencia de un específico principio general condenatorio del fenómeno social del abuso del derecho, los jueces utilizan aquellos otros principios generales que son referidos, por algunos juristas, como arquetipos de conducta o "estándares jurídicos". Se trata, en suma, de modelos de conducta que deben seguirse por la colectividad para lograr una armónica y solidaria convivencia social, como resultado de la instauración de los valores jurídicos en la vida comunitaria. Valores entre los que tienen preeminente jerarquía, como es sabido, la justicia, la solidaridad y la seguridad, todos ellos antesala de la paz.

A este respecto, Díez-Picazo y Gullón sostienen que el ejercicio de los derechos subjetivos debe ajustarse a las convicciones éticas imperantes en la comunidad y debe ceñirse a la finalidad económica o social para la cual ha sido jurídicamente diseñado y atribuido por el ordenamiento a un determinado titular o sujeto de derecho. Según dichos autores, el primero de aquellos límites operativos se sustenta

en el principio de la buena fe, mientras que el segundo corresponde estrictamente al abuso del derecho [65].

Por nuestra parte estimamos que la buena fe no agota, por sí misma, el primero de aquellos límites, ya que a su lado debe considerarse también el principio, de raíz ético-moral, de las buenas costumbres y el del orden público, latamente comprendido, en tanto se interpreta como el genérico respeto a un sistema jurídico vigente, el mismo que se supone pretende sustentar las convicciones éticas imperantes en una comunidad dada en un determinado tiempo. Es decir, de un orden público que supondría concretar, a través de normas jurídicas, valores y convicciones sociales considerados como estándares de conducta social.

La buena fe, en ausencia de un principio específico condenatorio del abuso del derecho es, de suyo, un válido y adecuado sustento para poner coto a la conducta antisocial en que consiste el abuso del derecho. La buena fe es un estándar jurídico, un arquetipo de conducta, que la comunidad exige se vivencie en el decurso de sus relaciones intersubjetivas. Se trata de la buena fe entendida como lealtad, comportamiento correcto, como actitud que no defrauda la confianza depositada en el desarrollo de las relaciones jurídicas. La buena fe está así en estrecha relación con el específico principio condenatorio de una conducta calificada como abusiva, en tanto ésta puede ser juzgada como un cierto tipo de comportamiento incorrecto y desleal, contrario a la confianza recíproca que se exige en las relaciones jurídicas intersubjetivas. Esta relación se hace especialmente patente en el texto del art. 2º del Cód.

[65] Díez-Picazo - Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, p. 443.

Civil suizo de 1907, que sanciona el abuso del derecho (ver § 45), así como en los Códigos argentino y español (ver § 52 y 47, respectivamente).

§ 39. ***El abuso del derecho, las libertades públicas y el fraude a la ley.*** – Analizaremos en este parágrafo la temática atinente a si las libertades esenciales del individuo pueden ser comprendidas o no dentro de la fenomenología del abuso del derecho, así como la analogía existente entre este último y el fraude a la ley, en cuanto ambos constituyen situaciones de ilicitud en cuyo origen encontramos actos que en apariencia son conformes a la ley.

a) *Las libertades públicas.* Un sector de la doctrina considera que las libertades esenciales del individuo, como la de expresión o la de circulación, entre otras, no pueden ser comprendidas dentro de la fenomenología típica del abuso del derecho. Se suele sostener que las libertades, en cuanto no constituyan específicas prerrogativas concedidas al sujeto por el ordenamiento jurídico, no pueden asimilarse a los derechos subjetivos a partir de los cuales se origina un abuso del derecho. El abuso funcionaría sólo en relación a derechos subjetivos precisos y determinados. Obviamente, en el ejercicio de las libertades públicas pueden generarse daños, cuyo tratamiento caería bajo las normas atinentes a la responsabilidad.

La diferencia entre la libertad y el derecho subjetivo estaría, según Roubier, en que este último ha sido creado e incorporado al ordenamiento positivo con una precisa finalidad mientras que la libertad, en cambio, "constituye una prerrogativa discrecional, que puede ejecutarse en todas las direcciones, en cuanto en eso consiste precisamente la libertad"[66].

[66] Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 102.

Para Roubier, por ello, de la libertad se puede hacer un "excesivo uso", desde un punto de vista cuantitativo, pero no cabe hablar de acto abusivo.

Rescigno, por innúmeras razones, no es partidario de introducir una distinción formal entre los derechos y la libertad. Con tal distinción, sostiene, "se descuida el origen y el significado de la fórmula, la que fue descubierta y elaborada desde la declinación del siglo pasado; se olvida la innegable conexión entre libertad y derecho, y en particular entre la autonomía negocial y el ejercicio de las prerrogativas que nacen del contrato"[67]. Si alguna distinción debe hacerse, ella es la que concierne "a la eficacia de los actos de ejercicio de la libertad o del derecho"[68].

Subraya también la arbitraria distinción entre derechos y libertad que, "con el pretexto de limitar el problema del abuso a los derechos y de considerarlo extraño en cuanto a la materia de la libertad, deja fuera del discurso toda una serie de problemas prácticos"[69]. Y, agrega, que "la experiencia muestra que estos problemas, como el caso del abuso de la personalidad jurídica, han sido históricamente tratados bajo la perspectiva del abuso".

En diversa situación se coloca, para Rescigno, el ejercicio de la libertad que no está destinado a incidir sobre el derecho de los otros, como es el caso de los actos concernientes al estatuto personal, como podría ser la adquisición de una determinada ciudadanía o al cambio de residencia. Para que ello ocurra dichos actos deben presentarse aislada-

[67] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 236.

[68] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 236.

[69] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 238.

mente, ya que de encuadrarse en una secuencia de actos ello no sería posible[70].

Dabin, al referirse a los autores que descartan la posibilidad de un abuso no sólo de la libertad *en general* sino también de las diversas manifestaciones de la libertad con el pretexto de que ni una ni las otras son derechos subjetivos, sostiene que esta posición es indefendible. En efecto, estima que en cuanto a las libertades particulares –como, p.ej., la de asociación– llevan consigo un derecho subjetivo, oponible a cualquiera. En lo que concierne al derecho *general* de libertad, la solución no varía si se entiende por él no una "virtualidad de derechos" sino, más bien, el derecho de realizar "cualesquiera actos, positivos o negativos materiales o jurídicos, no prohibidos por la ley". Es decir, que el derecho general de libertad se actualiza "en las determinaciones concretas que de él hace el titular sobre la base de la libre elección que le ha sido reconocida". Es así que la libertad general, en cuanto virtualidad, se convierte en acto cuando se ejercita una libertad *nominada*[71].

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

[70] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 237.

[71] Dabin, *El derecho subjetivo*, p. 343.

En nuestra opinión, los principios generales del derecho, que de uno u otro modo son recogidos por los diversos ordenamientos nacionales, constituyen fundamento suficiente para que el juez impida un acto "abusivo". Claro está que la función del juez se simplifica y alivia cuando cuenta con un específico principio general de condena del llamado abuso del derecho y, más aún, cuando el ordenamiento le ofrece, al lado de este principio informante del sistema, normas que específicamente condenan el abuso tratándose de determinadas instituciones jurídicas. El caso más común es el que se refiere al derecho de propiedad.

Es interesante anotar que en esta materia el art. 18 de la vigente Constitución de Alemania señala que pierde los derechos fundamentales concernientes a las libertades de opinión, reunión, asociación, secreto de las comunicaciones, propiedad y asilo "quien para combatir al régimen fundamental de libertad y de democracia, abuse de los mismos". Esta situación será resuelta por el Tribunal Constitucional.

b) *El fraude a la ley.* Existe una cierta analogía entre el abuso del derecho y el fraude a la ley, en la medida en que ambas situaciones se originan en actos que en apariencia son conformes a la ley[72]. Sin embargo, en el fraude a la ley se trata de obte-

[72] Al respecto es ilustrativo reseñar, como lo hace Mosset Iturraspe, el debate que sobre el tema se planteó en la sesión de la Comisión plenaria de reforma del Código Civil francés del 5 de abril de 1951. Mientras que el presidente de la Comisión, Julliot de la Morandière expresó que "el problema del fraude a la ley no es más que un aspecto del problema más general del abuso del derecho", los miembros de la Comisión Latournerie y Rouast manifestaron que "por el contrario, se trata de dos nociones diferentes: el fraude a la ley supone, de parte de su autor, una intención que no existe necesariamente en el abuso del derecho" (cfr. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, p. 47-48).

ner, de modo indirecto, lo que la ley prohíbe hacer directamente. Spota sostiene que en "el fraude a la ley se respeta la letra de la ley, pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero en sí, o en su combinación, persiguen el resultado prohibido"[73]. Para Rodríguez-Arias Bustamante el fraude "es un artificio por el cual un particular busca sustraerse a una obligación legal para alcanzar un resultado prohibido"[74].

No son numerosos los códigos civiles que aluden expresamente al fraude a la ley. Entre los pocos que lo mencionan cabe destacar al Código Civil español. En su art. 6-4 del Título Preliminar, del 31 de mayo de 1974, se dispone a este propósito lo siguiente: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir".

El fraude a la ley resulta así un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se encuentra estrechamente vinculado con otros principios generales como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. Se trata, en consecuencia, y al igual que el abuso del derecho, de un deber genérico a cargo del sujeto de derecho y que consiste en no violar el espíritu de la norma, su sentido jurídico, el propósito para el que fue promulgada más allá de su literalidad. Las normas jurídicas se integran dinámicamente con los valores, en tanto los recogen y plasman al efecto de regular conductas intersubjetivas. El sentido valioso de la norma prima sobre su mera expresión es-

[73] Spota, *Tratado. Parte general*, asimila acto abusivo con acto fraudulento.

[74] Rodríguez-Arias Bustamante, *El abuso del derecho*, p. 136.

crita. Las normas deben ejecutarse por los sujetos de derecho a la luz de los valores ínsitos en sus textos y recogidos de las vivencias humanas.

Estimamos que existen tres matices de ilicitud, como son la genérica, el acto abusivo y el acto fraudulento, por lo que no cabe una identificación plena entre ellas no obstante que tienen mucho en común. La distinción entre los dos últimos opera, fundamentalmente, en la finalidad perseguida por cada uno de dichos actos. Como sostiene Mosset Iturraspe, en el acto abusivo "la norma es aplicada y hecha servir de medio a un fin que no es el suyo (en un ejercicio irregular o antifuncional)"[75], mientras que en el fraude a la ley, como afirma Betti, "una norma es rodeada, evitada y relegada su aplicación, haciéndola con otra en su lugar, al menos en la medida que no es aplicada la primera"[76].

§ 40. *Apreciación conclusiva.* – Sobre la base del rico y amplio concepto de situación jurídica subjetiva ha sido posible comprender que el fenómeno jurídico conocido como "abuso del derecho" consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. Ello origina un específico *sui generis*, acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo "irregular", lo "anormal", es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, a la moral social[77].

[75] Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, p. 52.

[76] Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 287, citado por Mosset Iturraspe, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", p. 52.

[77] La moral social se contrae a los deberes que cada uno tiene hacia los demás. Es una moral que se explaya en la intersubjetivi-

La intencionalidad no es un elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho. El daño no es tampoco un elemento esencial.

La evolución de la teoría del abuso del derecho, desde tiempos no lejanos hasta la actualidad, nos muestra encontradas posiciones doctrinarias en torno a su naturaleza jurídica y a la determinación de los criterios para su comprensión. Es la historia de una atormentada búsqueda, de un renovado y fatigoso intento por precisar sus alcances y consecuencias. Ello es hasta cierto punto explicable en cuanto este peculiar fenómeno jurídico se halla situado en proximidad a la frontera entre la licitud y la ilicitud. La posición que se adopte dependerá, en gran medida, de la concepción que cada jurista posea de lo que signifique el derecho y de la aceptación que pueda concedérsele al nuevo concepto de situación jurídica subjetiva que, sin desechar ni negar el derecho subjetivo, lo integra con los deberes que le son inherentes. Ello es así en tanto que el derecho es intersubjetividad, vida de relación, coexistencialidad. Diversas maneras de decir que el ser humano, cada ser humano es, al mismo tiempo que idéntico a sí mismo –libre, único, creador e irrepetible– un ser estructuralmente social.

En cualquier caso, la moral social es el criterio básico que se debe tener en cuenta por el intérprete en la aplicación de la norma que prohíbe el acto abusivo. Moral social que se traduce jurídicamente en el valor solidaridad y se expresa a través de los principios de la buena fe y las buenas costumbres.

Las conclusiones a las que hemos llegado a través de las páginas de este ensayo constituyen una hipótesis más entre las tantas y valiosas que encon-

---

dad, por lo que es posible de valorar externamente, con cierto grado de objetividad. Se distingue así de la moral individual que se refiere a los deberes que cada uno de nosotros tiene para sí mismo.

tramos en el rico repertorio de la doctrina jurídica. Ellas se sustentan, medularmente, en el personalismo jurídico y en el concepto de situación jurídica subjetiva.

Tal vez, más allá de explicables y a menudo importantes discrepancias en torno a la teoría del abuso del derecho, vale la pena recordar, con Espín Cánovas, que tales desavenencias "no pueden borrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos –aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados– tienen otros de orden moral, teleológico y social". Y agrega, a continuación, "que incurre en responsabilidad el que –no obstante obrar al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho– traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad"[78].

El comentario de Espín Cánovas es del todo acertado en la medida en que nadie –o casi nadie– discute en estos tiempos la vigencia de la condena jurídica del abuso del derecho. En otros términos, nadie contesta el que los derechos subjetivos tienen un genérico límite impuesto por el ordenamiento jurídico en atención al derecho de los otros y al de la comunidad en general.

Podríase resumir el pensamiento de Espín Cánovas en el sentido de que actualmente, en la práctica, no se tolera por los tribunales el abuso del derecho, con o sin norma expresa que lo prohíba. Queda pendiente, abierta a la crítica, la cuestión referente a dilucidar el problema teórico central que consiste en saber si el "traspaso del lindero" a que se refiere Espín Cánovas supone mantenerse en el

78 Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. I, p. 582.

campo de la licitud o, contrariamente, ubicarse en el de la ilicitud o, como también se postula por un sector de la doctrina, situarse en una zona intermedia entre dichos campos jurídicamente diferenciados.

§ 41. *Fenomenología del acto ilícito abusivo.* – Sobre la base de lo manifestado en los parágrafos anteriores es posible intentar, a esta altura del discurso, lo que podríase designar como la fenomenología del acto abusivo. Es decir, describir, o descomponer en fases estáticas, la trama dinámica de aquella figura jurídica. O, como se suele expresar en la doctrina, enumerar los elementos que integran dicho fenómeno jurídico. En este sentido, según la doctrina prevaleciente, encontramos los factores constitutivos que pasamos a describir.

a) En primer término, comprobamos que nos hallamos frente a un determinado y preciso derecho subjetivo y a su consiguiente ejercicio o a su omisión. Es decir, partimos de la base de la preexistencia de una norma jurídica que reconoce, en favor de un titular, un derecho subjetivo o, mejor aún, de una situación jurídica subjetiva activa o de poder.

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

Un importante sector de la doctrina, especialmente española, define esta actuación del titular del derecho subjetivo como el "uso de un derecho, objetiva y externamente legal" pero que, sustancial-

mente, lesiona un interés ajeno. De donde, en este caso concreto, se desprende que no siempre lo "aparentemente legal" es justo y solidario.

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

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

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

De no existir dicho particular principio general del derecho, la tutela se halla, necesariamente, en otros principios generales como el de la buena fe, la equidad o las buenas costumbres, inspirados básicamente en el valor de la solidaridad social. Este recurso a los principios generales se presenta cuando la codificación civil no formula la explícita o implícita condena del abuso, hecho que se patentiza en el caso de la sentencia del Tribunal de Colmar (ver § 27, b).

c) En tercer lugar apreciamos que el derecho subjetivo es ejercido por el agente de modo irregu-

lar. Dicha actuación se constituye como un acto antisocial o inmoral. El acto abusivo, por lo tanto, entra en conflicto con las normas generales de convivencia social, a las que se refiere el art. 72 de la Const. del Perú[79], normas de raíz moral, como es el caso de la buena fe o el de las denominadas buenas costumbres. El acto abusivo, por ello, repugna a la conciencia jurídica colectiva.

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

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

d) En cuarto lugar, se constata que la conducta antisocial del titular de un derecho subjetivo produce un daño a un interés ajeno. Es decir, lesión, perjuicio o algún tipo de menoscabo real en lo que concierne a los intereses vinculados con el patrimonio de una persona.

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

[79] El art. 72 de la Constitución peruana señala: "Toda persona tiene el deber de vivir pacíficamente, con respeto a los derechos de los demás; y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria".

expresa, sobre el particular, que el daño se presenta "sólo como presupuesto del efecto indemnizatorio". De ahí que se pueda deducir que "sin daño efectivo, el acto puede ser abusivo y determinar la producción de otro tipo de consecuencia" [80].

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

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

En la última de las dos hipótesis, anteriormente planteadas, corresponde a la jurisprudencia un rol protagónico en la medida que logra aprehender, vivenciar o sensibilizar el rechazo que el acto abusivo genera en la conciencia jurídica colectiva. Al mismo tiempo, es capaz de comprender la unidad del ordenamiento jurídico y la consiguiente real posibilidad de utilizar los principios generales del dere-

[80] Díez-Picazo, *El abuso del derecho y el fraude a la ley*, en "Documentación Jurídica", oct.-dic. 1974, nº 4, p. 207.

cho para la solución de los problemas humanos no específicamente regulados por una norma jurídica positiva. Los principios generales del derecho son principios informantes de todo el sistema jurídico. Por ello, varios ordenamientos positivos –el peruano entre ellos–, ordena al juez recurrir a tales principios para resolver los conflictos sometidos a su jurisdicción ante la carencia o la deficiencia de la ley[81].

El juez, ante la presión que ejerce la conciencia jurídica colectiva y de conformidad con los principios generales del derecho recogidos por el ordenamiento jurídico, asume la función que le correspondería al legislador, de la manera prevista en el Código Civil suizo.

f) Finalmente, nos encontramos con una sentencia que sanciona el abuso del derecho y fija, en su caso, una reparación por el daño sufrido por la víctima. Este fallo, como se ha anotado, puede tener como fundamento un principio general de expresa condena del acto abusivo o, en su defecto, la conciencia jurídica colectiva en la que se advierte la vivencia de los principios de la buena fe, la equidad y las buenas costumbres, inspirados básicamente por el valor de la solidaridad social de tan importante gravitación en la ciencia jurídica contemporánea.

La resolución judicial puede cubrir otras diversas posibilidades aparte de aquella de fijar una indemnización por el daño sufrido por la víctima. En efecto, el fallo puede también ordenar la cesación o supresión, si fuere el caso, del acto abusivo.

g) Como una variante de lo expresado en el punto anterior, cabe indicar la importante hipótesis

[81] Los principios generales del derecho, que son criterios informantes de todo el sistema, se encuentran generalmente incorporados a los Títulos Preliminares de los Códigos Civiles no obstante que, por su rango, deberían alojarse en las Constituciones.

recogida por el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 en el cual, a título preventivo, se faculta a un presunto agraviado a promover una acción inhibitoria dirigida a evitar que se produzca un daño futuro a raíz del ejercicio o de la omisión abusiva de un derecho subjetivo. Este recurso, que responde a una visión moderna de la responsabilidad por daños, será evaluado por el juez, a quien corresponde ponderar la inminencia y certidumbre del daño que se trata de evitar o la vigencia del daño en acto que se pretende impedir se siga cometiendo.

No es comprensible que teniéndose fundadas razones para considerar que existe una amenaza cierta se eluda proteger a la futura víctima. De acuerdo con la más reciente tendencia doctrinaria, el aspecto preventivo es de suma importancia en lo que se refiere a la tutela del sujeto. Por ello, no debe esperarse pasivamente a que se produzca un daño previsto para, recién, preocuparse de reparar un daño consumado que hubiera sido posible impedir. La adecuada y total protección que debe ofrecer el derecho exige anticiparse a él.

Capítulo V

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO

A) Derecho comparado europeo

§ 42. *Alcances de la norma que condena el acto abusivo.* – La técnica legislativa no es uniforme cuando se trata de descalificar al abuso del derecho. En unos casos, el enunciado normativo es breve y conciso, y por tanto categórico, como ocurrió con el Código Civil suizo de 1907, en cuyo art. 2° se precisa escuetamente: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley". En este mismo sentido, en ellos el texto legal se limita a precisar, como lo hacen los Códigos Civiles peruanos de 1936 y de 1984, que "la ley no ampara el abuso del derecho". No se señala ningún criterio que pudiera ser utilizado por el juez para determinar la presencia del acto abusivo.

En dicha hipótesis el contenido del principio general es sumamente escueto, hecho que es alabado por los más y criticado por los menos. El legislador se contrae simplemente a condenar el abuso, por lo que delega en la jurisprudencia el determinar, frente a cada caso y de conformidad con la doctrina las circunstancias, tanto subjetivas como objetivas, que podrían originar un abuso del derecho. La función del juez adquiere suma importancia en la

medida que le corresponde evaluar y vivenciar axiológicamente la conducta del agente, precisar sus alcances y límites. Y es que, como es obvio, el legislador comprende la sutileza, la movilidad, de la frontera que existe entre el ejercicio regular de un derecho subjetivo y la ilicitud *sui generis* derivada de su actuación antisocial por el titular del derecho.

Otras legislaciones, por el contrario, determinan el o los criterios de los que ha de valerse el juez para calificar la actuación abusiva de un derecho. Pocas, como es el caso del Código Civil alemán de 1900, identifican restrictivamente en la intención de perjudicar el criterio a adoptarse. Es decir, se hace prevalecer un elemento del todo subjetivo.

Otros códigos civiles, en cambio, establecen en sus textos un criterio objetivo. Se alude a la finalidad o función inherente al derecho subjetivo. Algunos cuerpos legales mencionan también, al lado de la finalidad, los estándares jurídicos de la equidad, la buena fe o las buenas costumbres. Éste es el caso del Código Civil griego de 1941, cuyo art. 281 prescribe: "El ejercicio de un derecho está prohibido si sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres o por el fin social o económico de dicho derecho".

Existen códigos civiles, como es el caso del español a partir de la reforma de 1974, que hacen referencia, de modo simultáneo, tanto al criterio subjetivo de "la intención del autor", como al objetivo de la finalidad del derecho, a los cuales se adosa, como telón de fondo, el principio de la buena fe.

En los siguientes parágrafos nos ocuparemos de la regulación del abuso del derecho dentro del sistema romano-germánico, con especial referencia a los casos emblemáticos de los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania, Suiza, Italia, España y Portugal.

No aludimos a los países europeos de la órbita socialista que atraviesan, en este especial momento histórico, un marcado proceso de transición, por lo que no sabemos, en definitiva y a ciencia cierta, cuál ha de ser en el futuro el tratamiento que se le otorgue al abuso del derecho cuando en ellos se proceda a la revisión de sus ordenamientos jurídicos. En todo caso, como apreciaremos en los párrafos que siguen, las modificaciones y ajustes que probablemente han de practicarse no han de ser radicales en cuanto a la materia bajo tratamiento, al menos en los países a los que hemos de referirnos.

No obstante, a título referencial, citaremos brevemente los casos de Polonia, Checoeslovaquia y Hungría. El Código Civil de Checoeslovaquia fue revisado en 1964, simultáneamente con los códigos civiles de la que fuera la Unión Soviética y Polonia. El art. 7° es tajante cuando, de modo genérico pero categórico, prescribe: "Ninguna persona puede abusar de sus derechos en perjuicio de los intereses de la sociedad o de sus conciudadanos; no puede enriquecerse en detrimento de ellos". Sin embargo, la alusión que se hace al enriquecimiento indebido es innecesaria por hallarse fuera de lugar.

El Código Civil polaco establece en su art. 40: "Nadie puede ejercer un derecho de manera contraria a su fin económico y social, a los principios de la vida en sociedad en vigor en la República Popular de Polonia. Tal acto u omisión no es considerado como el ejercicio de un derecho y no goza de la protección legal". Como se advierte de la redacción de este numeral, se considera que el acto abusivo –aunque no se le designe por su nombre– es un acto que "no goza de la protección legal", es decir, que es ilícito. De la lectura del texto del art. 40 se aprecia que el criterio que adopta el Código para la determinación del abuso del derecho es el objetivo, en tanto se hace mención, siguiendo la tesis de Josse-

rand, a la finalidad económico-social para la cual se normó el pertinente derecho subjetivo. De otro lado, al referirse a los "principios de la vida en sociedad en vigor en la República Popular de Polonia", se alude al principio de orden público.

El art. 5° del Cód. Civil húngaro prescribe lo siguiente: "*1*) La ley prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos. *2*) El ejercicio de un derecho es abusivo cuando tiende a un fin incompatible con el destino social del derecho y especialmente cuando acarrea daño a la economía nacional, veja a los ciudadanos, avanza sobre sus derechos e intereses legítimos o procura la adquisición de ventajas indebidas. *3*) Cuando el ejercicio abusivo de un derecho consiste en la negativa a realizar una declaración prescripta por una regla de derecho y cuando esa negativa perjudica un interés público importante o un interés privado digno de atención particular, el tribunal puede por sentencia suplir la declaración de la parte, cuando el perjuicio causado no pueda ser reparado de otra manera".

El Código Civil húngaro, que probablemente en este aspecto no sufrirá reformas radicales, es un cuerpo legal que tiene la virtualidad de usar una expresión clara y precisa cuando establece que la ley "prohíbe" el acto abusivo. Es decir, que no deja resquicio a duda alguna al tipificar al abuso del derecho como un acto u omisión ilícitas. De la redacción del segundo párrafo es rescatable la opción por el criterio objetivo cuando puntualiza que es abusivo el acto cuya finalidad es "incompatible con el destino social del derecho". El resto del párrafo es confuso y se refiere más bien a genéricos actos ilícitos que no son estrictamente de carácter abusivo, salvo cuando se hace referencia a los "intereses legítimos" de los ciudadanos. Son los casos citados de "acarrear daño a la economía nacional", de vejar a los ciudadanos o de la "adquisición de

ventajas indebidas". En estas situaciones se lesionan otros principios generales del derecho o específicos derechos subjetivos tipificados en el ordenamiento jurídico.

En el tercer párrafo, en cambio, se alude a "intereses", públicos o privados, que se ven afectados a raíz de la negativa a "realizar una declaración prescripta por una regla de derecho". Es decir, el abuso deriva de la omisión en el cumplimiento de un deber.

§ 43. *Francia.* – La jurisprudencia y algunos destacados juristas franceses desempeñaron un importante papel en la delimitación de la teoría del abuso del derecho. En este parágrafo nos referiremos a sus más relevantes aportes.

a) *La jurisprudencia precursora.* Al referirnos al decisivo papel de la jurisprudencia francesa en el diseño de la teoría del abuso del derecho (ver § 27) hemos hecho alusión a dos notables sentencias producidas en los años de 1855 y 1856 por los Tribunales de Colmar y Lyon[1], las mismas que establecieron, tal vez de modo precursor, el principio de la relatividad del derecho subjetivo. Atisbaron que ello acontece si se tiene en consideración que el derecho, por ser una experiencia intersubjetiva, debe conciliar el propio derecho con el de los demás y con el de la sociedad en general. Esta conciliación supone, indudablemente, la necesidad de instituir cierto límite, específico o genérico, en el uso del derecho subjetivo, lo que contraría la tradicional posición que estimaba que el derecho subjetivo tenía un carácter absoluto.

Las sentencias antes aludidas dieron origen a aquella posición, de corte prevalecientemente sub-

[1] Cfr. la sentencia del Tribunal de Colmar en "Dalloz", 1856, p. 9.

jetivo, que consideraba que el titular de un derecho subjetivo debería ejercitarlo en función de un interés "serio y legítimo". Es decir, de una acción que produjera algún beneficio al agente y no fuese sólo dirigida por el propósito de mortificar o perjudicar a otro, principalmente al vecino. Los casos de Colmar, o sea el de la falsa chimenea levantada frente a la ventana del vecino con el exclusivo objeto de mortificarlo privándolo de la luz, o el de Lyon relacionado con la permanente e innecesaria extracción de agua de un pozo para dejar sin este elemento al colindante, son expresiones elocuentes de esta nueva actitud de la jurisprudencia francesa orientada a poner un límite al arbitrario uso de un derecho subjetivo.

Estas decisiones jurisprudenciales originaron el paulatino desarrollo en Francia de la teoría del abuso del derecho supliéndose, de este modo, el explicable vacío del Código Civil de 1804[2].

La jurisprudencia del presente siglo, bajo la influencia de la tesis de Porcherot y Josserand asume, por lo general, el criterio que conjuga el aspecto objetivo, es decir, el de la desviación del derecho de su propio fin, y el subjetivo que atiende, básicamente, a la intención de dañar.

Debemos reconocer que la elaboración de la teoría del abuso del derecho se ha visto notablemente enriquecida por las valiosas contribuciones de un notable grupo de juristas, entre los que cabe mencionar, al menos, los nombres de Josserand, Saleilles, Ripert, Savatier, Planiol, Duguit, a pesar de que estos dos últimos la adversan. Cada uno, a través de diversos argumentos, no siempre concor-

[2] Para una visión de la jurisprudencia francesa de la época consultar a Capitant, Henri, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, p. 280 y siguientes.

dantes, ha ido perfilando los planteamientos de la mencionada teoría. Tendremos oportunidad de referirnos, en los siguientes parágrafos, al pensamiento de algunos de ellos, destacando sus aportes, sus vacilaciones, sus rectificaciones, sus críticas, como en el caso de Planiol, entre otros.

El aporte de la doctrina permite a Spota referirnos que ante el silencio de los textos legales, "se ha desenvuelto una doctrina que parte de la idea de la relatividad de los derechos en cuanto los mismos han de ejercerse en el plano de cada institución y según sus características y espíritu"[3].

b) *El abuso del derecho en el antiguo derecho francés.* No hay unanimidad de pareceres entre los autores en lo referente a si en el antiguo derecho francés se conoció y aceptó la noción de abuso del derecho. No obstante, un buen número de ellos manifiestan que dicha figura fue admitida por ciertos autores, para lo cual citan algunos pasajes que se remontan hasta el siglo XVI.

Otros autores, como los Mazeaud[4], estiman que, si bien es cierto que la idea del abuso del derecho no era desconocida, no se llegó a elaborar una teoría general. Josserand comparte esta idea y Calvo Sotelo es muy expresivo sobre el particular cuando sostiene que los atisbos en esta materia son tan velados "que no aciertan a empalidecer la pátina del moderno derecho francés, en el cual, del mismo modo que en los restantes contemporáneos, era corriente la consagración plena de una prerrogativa jurídica señorial y absoluta"[5].

Es importante anotar, sin embargo, que juristas

[3] Cfr. Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 474.

[4] Mazeaud, Henri y Léon, *Traité théorique et practique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2ª ed., t. 1, p. 527.

[5] Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, p. 71.

de la talla de Domat y de Pothier, inspiradores del Código Civil de los franceses, en diversos pasajes de sus importantes obras jurídicas, no se muestran acordes con la idea del abuso del derecho. Así, en el caso de Domat, como lo recuerda Fleitas, rehusaba condenar al propietario que, abusando de su derecho de propiedad, cortaba la fuente del vecino o elevaba un muro que lo perturbaba[6]. Por su parte Pothier sólo admitía el "conflicto de derechos", descartando la idea del abuso del derecho. En este orden de ideas, y refiriéndose precisamente al hecho de elevar un muro que causa malestar al vecino al privarlo de la vista, expresa que por ello no debe reparación alguna en tanto no se lesiona ningún derecho. En este caso, sostiene, existe un derecho de propiedad que el titular podrá usar como quiera. Pothier matiza esta férrea regla cuando expresa: "Esto depende, sin embargo, de las circunstancias; porque si la elevación del muro y la oscuridad que causa a la casa vecina fueran tan grandes que tornen inhabitable a dicha casa, sobre todo si hay lugar a creer que tal elevación se hace con *animo nocendi*, podría ordenarse reducir esa elevación"[7].

c) *El abuso del derecho en el Anteproyecto de Código Civil francés.* Cabe señalar, por lo demás, que en el art. 147 del Anteproyecto de Código Civil francés preparado por la Comisión de reforma del Código de 1804, se prevé la prohibición del abuso del derecho. Así aparece en la publicación de los trabajos de dicha Comisión correspondiente a los años

[6] Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 93, trae esta opinión tomada de los hermanos Mazeaud, "Traité", t. 1, p. 527.

[7] Pothier, Robert, *Traité du droit de domaine de propriété*, nº 4, e *Introduction générale aux coutumes*, nº 100. Puede también confrontarse *Oeuvres*, con anotaciones de Bugnet, 2ª ed., t. IX, p. 103.

1946-1947[8]. En el segundo parágrafo del mencionado artículo se establece que "cualquier acto o hecho, que manifiestamente exceda, en la intención del autor, por su objeto o por las circunstancias en las cuales se cumple, el ejercicio normal de un derecho, no está protegido por la ley y provoca eventualmente la responsabilidad de su autor".

La fórmula adoptada por el Anteproyecto francés acoge el criterio que hemos dado en llamar mixto. En efecto, el texto del proyecto hace reposar la responsabilidad del acto abusivo sobre el elemento intencional, de una parte y, de la otra, sobre el objetivo de la anormalidad del ejercicio del derecho. Es decir que, para que aparezca la figura del abuso del derecho, se requiere la evaluación judicial combinada y simultánea de la intención de perjudicar y el hecho de un ejercicio anormal del derecho.

El texto del citado artículo recoge el concepto de "anormalidad" en el ejercicio del derecho. En doctrina se discute sobre los verdaderos y exactos alcances de dicho término, ya que no es infrecuente subsumir su interpretación dentro de una postura del todo subjetiva. No obstante la dificultad inherente a dicho concepto, un sector importante de la doctrina se ha esforzado por otorgarle una significación precisa y adecuada. Es así que se suele considerar que es dable identificar el concepto de una actuación "normal" de un derecho con la vigencia de la buena fe. O, más latamente, con el concepto global de juridicidad. En síntesis, la conducta humana actuada de buena fe es inconciliable con el ejercicio abusivo de un derecho.

Expresa Martín Bernal que la buena fe "puede llegar a presentarse como un concepto básico para

[8] En *Travaux de la Commision de réforme du Code Civil*, Anné 1946-1947, Paris, 1948.

determinar el ejercicio normal o abusivo de los derechos... ya que no puede desconocerse que entre mala fe y abuso hay una evidente conexión"[9].

d) *Las propuestas de Saleilles.* Las variantes en el decurso del pensamiento del gran jurista Saleilles son elocuente demostración de lo azaroso que ha sido el proceso de elaboración de la teoría del abuso del derecho, aún controvertida –por lo menos– en nuestros días. Como es sabido, junto con Josserand, son los autores franceses a quienes se les debe, en gran medida, el notable progreso y difusión de dicha teoría, tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia contemporáneas. No ha sido sólo Saleilles el autor que ha mostrado vacilaciones y rectificaciones en su pensamiento en torno a la cuestión que nos ocupa. En similar actitud se encontraron tanto Josserand como Ripert. En el caso de este último, cabe señalar que después de haber sostenido en un principio una visión finalista del abuso del derecho, termina formulando severas críticas contra dicha teoría[10].

Expuso Saleilles ante la Comisión de estudios legislativos que trataba las reformas a introducirse en el Código Civil, en 1905, una tesis finalista sobre el abuso del derecho. Como lo refiere Fleitas[11], con esta posición el maestro francés rectificaba, por segunda vez, su posición en torno a este tema.

En un primer momento, Saleilles planteó un esquema de carácter subjetivo –que luego rectificaría– para la comprensión de este peculiar y controvertido fenómeno jurídico en que consiste el denominado "abuso del derecho". Según esta propuesta,

[9] Martin Bernal, *El abuso del derecho*, p. 199.

[10] Cfr. Mazeaud, H. y L., *Traité*, t. 1, p. 441.

[11] Cfr. Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 37.

no se comprometería la responsabilidad si el acto abusivo constituye el ejercicio de un derecho positivo de parte del agente, siempre que él se desarrolle dentro de los términos y condiciones establecidos por la ley. Pero, sí se obliga esa responsabilidad cuando, con intención de causar un perjuicio, "se usa una facultad general comprendida en un derecho más complejo, del cual la ley no regló su modo de ejercicio". Esta posición se halla en la primera edición de su obra *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand* [12].

En la segunda edición, en cambio, Saleilles formula una versión diferente. A través de ella, el abuso del derecho aparece como el ejercicio anormal de un derecho, contrario al destino económico-social del correspondiente derecho subjetivo, ejercicio que es reprobado por la conciencia pública y que, por ende, traspasa las lindes del derecho. Se concreta, así, una tesis de carácter objetivo, frente a su primigenia actitud subjetivista del abuso del derecho.

En su planteamiento de 1905 ante la citada Comisión de estudios legislativos, Saleilles presentó un texto destinado a servir de base para las discusiones. En él se expresaba que "un acto, cuyo efecto no puede ser más que perjudicar a otros, sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió, no puede jamás constituir un ejercicio lícito de un derecho" [13]. Saleilles, al explicar esta definición, expresó, sin embargo, que en ella "el abuso del derecho se restringe a su mínima extensión, habiéndose

12 Cfr. Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 38.

13 Saleilles, Raymond, *De l'abus de droit* , en "Bulletin de la Société d'études Legislatives", 1905, p. 325.

condicionado por una prueba única que sólo se refiere a un único objeto, la intención exclusiva de dañar". No obstante lo dicho, el propio Saleilles agrega que dicha condición subjetiva debe ser apreciada "de acuerdo con su materialidad objetiva".

Como se puede apreciar del itinerario del pensamiento de Saleilles, brevemente reseñado, no fueron pocas sus vacilaciones y sucesivas rectificaciones en cuanto al enfoque del abuso del derecho. En un primer momento, como se ha anotado, su punto de vista podría catalogarse dentro de una posición que, a nuestro modo de ver, es marcadamente subjetiva, criterio que parece no compartir Abel M. Fleitas[14], para quien sería más bien una posición mixta. Es subjetiva, a nuestro entender, en la medida que considera que el acto abusivo se configura cuando existe la "intención de perjudicar". Esta nota nos parece definitoria para catalogarlo dentro de los que sostienen una percepción subjetiva del tema.

En una segunda instancia, Saleilles evoluciona en dirección a un planteamiento francamente objetivo al mencionar, en su enunciado sobre el abuso del derecho, los conceptos de anormalidad, ejercicio contrario al destino o finalidad del derecho subjetivo y a la reprobación de la conciencia pública. Este enunciado es el más completo de los formulados por Saleilles, por lo que es, tal vez, el que más ha inspirado los desarrollos teóricos que se han efectuado sobre la materia.

Finalmente, Saleilles recae nuevamente en una postura de corte subjetivo cuando persiste en la idea acerca de la intención de perjudicar, no obstante que la vincula con la ausencia de un interés

[14] Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 37 y siguientes.

legítimo de parte del agente o titular del derecho subjetivo. El propio Saleilles reconoció el carácter subjetivo de este último planteamiento.

También Calvo Sotelo estima que la postura de Saleilles es subjetiva, aunque estima que, al haberla relacionado con la falta de un interés, "la ha ensanchado en pujante proporción". En efecto, al reconocer que Saleilles con esta fórmula "hace una salida por los campos de la intencionalidad", considera que a "renglón seguido, quiere eludir sus escollos haciendo ver que no defiende la rebusca subjetiva, sino la rebusca de la intención en vista de lo que dice la realidad objetiva" [15].

e) *La tesis de Josserand.* Corresponde a Josserand el privilegio de representar en Francia un momento estelar en el desarrollo de la teoría del abuso del derecho, en cuya posición se nos ocurre encontrar muchos ecos provenientes del pensamiento, no exento de paradojas, del gran Savigny. Sus obras *De l'abus des droits*, de 1905, y *De l'esprit des droits et de leur relativité* –cuya 2ª edición data de 1939–, han tenido notable repercusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada y en las diversas legislaciones que, en el presente siglo xx, recogen el principio que condena el abuso del derecho en tanto acto ilícito.

Este autor se sitúa entre las dos tendencias que ya apuntaban a conformar los criterios determinantes de la presencia del acto calificado de "abusivo". Coincide, en parte, con la posición objetiva de Saleilles, sostenida en la segunda edición del libro citado en el parágrafo anterior [16], la misma que se

15 Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, p. 106.

16 Nos referimos al libro de Saleilles, Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand.*

vincula con aquella de carácter subjetivo que propusiera el mismo Saleilles ante la Comisión encargada de la revisión del Código francés, cuyos resultados no lograron concretarse hasta la fecha[17]. Como se recuerda, Saleilles trató de obtener la incorporación, dentro del Título Preliminar del proyecto en estudio, de un principio general que prohibiera el abuso del derecho[18].

Al desarrollar su teoría, Josserand asume como punto de partida algunas premisas sobre la base de las cuales construye su particular y fecunda visión del acto abusivo, que tanta resonancia ha tenido en el mundo jurídico. El primer supuesto en el que se apoya, inspirado en Einstein, es el del principio de la relatividad, principio que domina en el campo de las ciencias sociales y, más concretamente, en la ciencia jurídica. Esta premisa permite a Josserand considerar al derecho como una disciplina en movimiento, dinámica, en continua evolución, "en perpetua transformación como la sociedad misma, de la cual es a su vez reguladora y fruto"[19]. El derecho resulta ser, dentro de este planteamiento, la ciencia social por excelencia, "la primera de todas por su urgencia, su poder de apremio y su virtud de organización"[20].

Para Josserand, dentro del marco de referencia conceptual antes esbozado, el derecho no es

[17] Sobre el argumento confrontar el parágrafo precedente.

[18] Saleilles, como recuerda Peirano Facio glosando a Ripert, al proponer a la Comisión revisora del Código Civil francés introducir en el Título Preliminar un texto de carácter general que prohibiera al titular de un derecho el abusar de él, habría percibido que lo que estaba en ese momento en juego no era una simple aplicación de los principios relativos a la responsabilidad, sino un principio general del derecho. Cfr. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 169.

[19] Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 1.

[20] Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 2.

una ciencia exacta en la cual los derechos subjetivos, con el de la propiedad en la cúspide, tienen "un carácter rígido y absoluto", por lo que podían "ejercerse indefinidamente y con un propósito cualquiera", en tanto llevaban en sí mismos "su propia finalidad". Dentro de esta filosofía, donde los derechos se resumen en poderes soberanos otorgados a los individuos, éstos se hallan habilitados para utilizar tales prerrogativas "en cualquier ocasión, con cualquier fin, sin que su responsabilidad se encuentre por ello comprometida". En este sentido, como lo advierte el autor, el titular del derecho subjetivo podrá despedazar a los que se le atraviesan en su camino sin concederles ninguna reparación. Aun más, al reconocer el perjuicio causado, él sostendrá que tenía "el derecho de hacerlo" para agregar, con la más absoluta seguridad, que "no se compromete la responsabilidad cuando se ejerce un derecho", ya que de lo contrario "no valdría la pena tener derechos"[21]. Ésta es, en síntesis, la visión que nos ofrece Josserand de la situación existente en cuanto a los alcances ilimitados de los derechos subjetivos en la concepción que recoge el Código Civil francés de 1804.

A la anterior posición sobre los derechos individuales, a la que Josserand califica de "implacable y frenética", opone la teoría de la relatividad de los derechos, lo que conduce a "admitir posibles abusos de los derechos, aun de los más sagrados". Y es que, por ser el derecho una ciencia social, los derechos son productos sociales que encuentran su origen en la misma comunidad y de ella reciben su espíritu y su finalidad, por lo que cada uno de ellos "se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo". Como tales derechos "están he-

[21] Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 3.

chos por la sociedad y no la sociedad para ellos" es que su finalidad "está por fuera y por encima de ellos mismos". Estos argumentos permiten a Josserand sostener que los derechos subjetivos no son absolutos sino relativos, de donde deben ejercerse por el titular "en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada"[22].

El titular que desvía su derecho de su finalidad institucional cometerá, dentro del planteamiento de Josserand, una falta en el ejercicio de este derecho y "es precisamente esa culpa lo que se llama abuso del derecho". Y es que un acto cumplido con arreglo a un cierto derecho subjetivo "puede estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad". Este conflicto, según Josserand, había sido ya entrevisto por los romanos, el mismo que se concretaba en la famosa máxima *summum ius, summa iniuria*[23]. El autor grafica metafóricamente su pensamiento cuando refiere que "hay armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera, en ciertas condiciones"[24]. De ahí que, como lo postula el propio Josserand, "es necesario que el derecho continúe siendo la ciencia definida en Roma por el jurisconsulto Celso" como *ars boni et aequi*, es decir, "escuela de probidad y de equidad"[25].

Es útil señalar que cuando Josserand hace referencia a "falta" o "culpa", considera a ésta "como una culpa *sui generis*, una culpa especializada, con-

22 Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 4.

23 Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 5.

24 Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 5.

25 Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 5.

sistente en la desviación infligida a un derecho que se lo utiliza contrariamente a su espíritu". Por ello, agrega, que siguiendo el criterio de la desviación del derecho de su función, poco interesa indagar en qué tipo de culpa ha incurrido el agente del acto abusivo. Lo decisivo es, subraya, utilizar el derecho subjetivo "de conformidad al espíritu de la institución, es decir, para la salvaguarda de los intereses legítimos". La culpa –a la que considera como la *faute non-intentionnelle*– sólo es tenida en cuenta por Josserand "en la medida que ella denuncia la desviación de un derecho con relación a su finalidad"[26].

Considera Josserand que los romanos se limitaron a realizar una obra de humanización y socialización del derecho, "a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño". Por ello, el acto abusivo era sólo aquel que se cumplía con una intención nociva, situándose el problema en el campo de la pura subjetividad. Para el autor el derecho moderno tiene del abuso del derecho una nueva concepción, mucho más amplia y comprensiva, en la medida que resulta ser un acto abusivo "cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce". Esta posición significa y se concreta para Josserand en la tendencia a sustituir "un criterio puramente intencional" por "un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada"[27]. Por ello, concluye, quienquiera que pretenda alejarlo de su misión social "comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad"[28].

26 Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 387.

27 Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 5-6.

28 Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 6.

En síntesis, y como lo hemos anotado en su lugar (ver § 32, c), Josserand estima que, en lo que concierne a los criterios para caracterizar al acto abusivo, hay que tener en cuenta tanto el espíritu o función propia del derecho como el móvil al cual responde su titular. No obstante, Josserand advierte que para las jurisprudencias belga y francesa el móvil se convierte en el centro mismo del problema, sobre las huellas precursoras de las sentencias de Colmar y de Lyon, por lo que se alude constantemente a la noción de "interés serio y legítimo" en relación con la conducta del agente.

El abuso del derecho, para el citado autor, es, en síntesis, "la desviación del derecho" en cuanto en su actuación no se conforma a la voluntad social, atendiendo, simultáneamente, al móvil que impulsa al agente para actuar abusivamente.

f) *Las tesis negadoras de Duguit y de Planiol.* Es por demás conocida la posición de Duguit[29], para quien, como se ha señalado, la doctrina del abuso del derecho es un procedimiento inventado por los juristas de un cierto momento histórico para salvar o atenuar los efectos que procedían del ejercicio del derecho de propiedad, considerado como un derecho subjetivo de carácter absoluto. Es decir, una concepción que, sin salirse del campo propio de la licitud, mitigaba las consecuencias extremas o excesivas en el ejercicio de tan fundamental derecho civil patrimonial.

Según este planteamiento, y tal como lo comenta Warat, quedaría "intacta a través de este mítico desplazamiento la aureola de la libertad individual y seguridad jurídica que los derechos absolutos emotivamente representaron a nivel pre-racional"[30].

[29] Cfr. Duguit, *Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*, y *Traité de droit constitutionnel*, t. I.

[30] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 38.

Como se ha señalado, Planiol se constituye en uno de los más notorios exponentes de aquella corriente de pensamiento que se opuso en Francia a la teoría del abuso del derecho por considerarla una logomaquia. Para este conocido autor, y para aquellos que comparten su punto de vista, la idea de abuso del derecho comporta, en sí misma, una contradicción. Y es que, según su opinión, la idea de que pueda abusarse de un derecho es inconcebible, ya que "el derecho cesa donde comienza el abuso y no puede haber uso abusivo de ningún derecho por la razón irrefutable que un sólo y mismo acto no puede ser a la vez conforme a derecho y contrario al derecho" [31].

La tesis de Planiol, que tuvo acogida en su momento, fue posteriormente rebatida por numerosos autores, entre los que destaca, sin duda, el propio Josserand. Para éste, el planteamiento de Planiol "parece incontestable". Sin embargo, encuentra en el argumento un "mero juego de palabras, sin alcance jurídico". Según su opinión, un mismo acto puede ser, a la vez, conforme a derecho y contrario al derecho, porque la expresión derecho envuelve dos acepciones. Una de ellas designa tal o cual determinada prerrogativa y la otra alude al derecho como al conjunto de la ciencia jurídica, a la juridicidad. Es así, que un mismo acto puede conformarse a un cierto derecho subjetivo y, no obstante, contrariar al derecho estimado en su globalidad, a lo que se designa como "la juridicidad". De ahí que, según Josserand, "con armas lícitas se pueden cometer delitos, y hasta crímenes" [32].

La objeción planteada por Planiol, y rebatida por Josserand en los términos antes glosados, se re-

[31] Planiol - Ripert - Esmein, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, p. 791.

[32] Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 25.

suelve o diluye en la actualidad a la luz del desarrollo alcanzado por la ciencia jurídica. Y es que ello se produce si nos atenemos, como ya se ha expuesto, a la noción de situación jurídica subjetiva (ver § 14). De conformidad con este rico concepto jurídico, todo derecho subjetivo tiene dos tipos de límites, concretados en sendos deberes. Uno de ellos es inherente al contenido o naturaleza del propio derecho y, el otro, de carácter general, se cristaliza en deberes subyacentes en los principios generales del derecho, como son, entre otros, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público y el propio abuso del derecho.

Si se aplica esta nueva concepción del derecho subjetivo a la problemática referida al abuso del derecho, apreciamos que la objeción de Planiol se disuelve fácilmente. En efecto, el abuso del derecho es una modalidad de la conducta humana que en su origen se adecua a lo prescripto en un derecho subjetivo, pero que se transforma en un acto ilícito *sui generis* cuando, a través de su actuación, se infringe un genérico deber jurídico.

De lo expuesto se desprende, como se ha hecho notar en su oportunidad (ver § 37, b), que no se trata, en consecuencia, que el llamado acto abusivo sea, al mismo tiempo, lícito e ilícito. Lo que ocurre, como se deduce de las anteriores reflexiones, es que debe atenderse a dos momentos sucesivos de la conducta intersubjetiva, uno que es original y potencialmente lícito, en cuanto se sustenta en un determinado derecho subjetivo, y uno posterior en el cual la conducta deviene, a través de su actuación antisocial, en una conducta ilícita *sui generis* en la medida que se transgrede un genérico deber jurídico.

§ 44. *Alemania.* – Aquí nos ocuparemos del tratamiento de que ha sido objeto el abuso del dere-

cho en el Código Civil prusiano de 1794 y en el Código Civil alemán de 1900.

a) *El abuso del derecho en el Código Civil prusiano de 1794.* Algunos autores, como Markovitch[33] y Calvo Sotelo[34], entre otros, señalan que fue el Código Civil prusiano de 1794, el primer cuerpo legal que consagró la noción de abuso del derecho. En efecto, en este Código, cuando se trata del argumento relativo a los derechos y a los deberes que son generados por los actos ilícitos, se halla una expresa referencia a la materia de la que venimos ocupándonos. Es así que en la Primera Parte, Título VI, § 36 y 37, se prescribe: "Que aquel que ejerce su derecho aun dentro de sus límites propios, está obligado a reparar el perjuicio que de allí provenga para otros, cuando resulta claramente de las circunstancias, que entre varios modos posibles de ejercerlos se escoge intencionalmente aquel que causaba daño".

Como se percibe de la lectura del mencionado dispositivo contenido en el Landrecht, el acto abusivo sólo se daría en la hipótesis en que se presenten, al lado de la conducta antisocial, otras posibles acciones que permitan el ejercicio del derecho de parte del titular, a pesar de lo cual, al desestimar estas últimas escoge, precisamente, el comportamiento lesivo al interés ajeno. Es decir, que es condición legal para sancionar el abuso del derecho la preexistencia de dos o más posibilidades de actuación del derecho, "varios modos posibles de ejercerlo", ya que de existir una sola hipótesis para su ejercicio no sería posible tipificar de abusiva la conducta del agente.

33 Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, p. 45.

34 Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, p. 140.

Warat, al comentar el dispositivo del Código Civil, considera que dicho precepto "es más bien la doctrina de los actos de emulación, y en consecuencia, no puede hablarse de la aplicación de la teoría del abuso aún desconocida"[35]. No estamos seguros de la pertinencia de la observación formulada por el autor, ya que los actos de emulación, como se ha hecho referencia en su lugar (ver § 25), se aplican, general y fundamentalmente, a los problemas surgidos a propósito del derecho de propiedad en una relación de vecindad, hipótesis que no es materia del dispositivo del Código Civil prusiano antes referido.

Por otra parte, descendiendo del enunciado general antes glosado a una norma aplicable a un caso concreto, es dable recordar que en los § 26 a 28 de la Primera Parte, Título VIII, del citado Código, se prescribe: "Nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro y producirle perjuicio", describiendo el acto abusivo, en esta hipótesis, como el uso de la propiedad "que por su naturaleza no puede tener otro fin que perjudicar a otro".

No obstante lo expresado, en opinión tanto de Markovitch[36] como de Calvo Sotelo[37], estos dispositivos no tuvieron casi aplicación en la jurisprudencia, mientras que la doctrina alemana del siglo XIX no les dio acogida, por lo que pasaron prácticamente desapercibidos.

b) *El Código Civil alemán de 1900.* El Código Civil alemán de 1900 incorpora en su texto, haciendo una innovación digna de alabanza, hasta dos numerales referidos a la condena, si bien limitada, del abuso del derecho. Nos referimos a los § 226 y 826.

[35] Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, p. 49.

[36] Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, p. 48.

[37] Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, p. 141.

El BGB introduce el supuesto del abuso del derecho en su § 226. En este numeral se prescribe: "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro". El dispositivo es, como se aprecia, sumamente restrictivo, ya que exige que tenga como única y exclusiva finalidad el causar un perjuicio a otro. Es decir, que el acto abusivo no puede tener, simultáneamente, otro u otros propósitos. Como comenta Larenz al referirse a este artículo, "la ley, en su afán excesivo de hacer desaparecer en todo caso los límites entre la conducta reprobada sólo moralmente y la reprobada también jurídicamente, exige que la acción no pueda tener otra finalidad"[38].

El requisito contenido en el texto del § 226 hace muy difícil cumplir, en la práctica, con el supuesto de la ley, ya que en la mayoría de los casos es muy probable que pueda demostrarse que, al lado del propósito de perjudicar a otro, se presentan otras finalidades diversas pretendidas también por el agente de manera conjunta. Esta observación mueve a Larenz a concluir que el supuesto planteado por el § 226 "muy raras veces se dará en realidad"[39].

Este autor, para graficar los extremos restrictivos a que en la práctica se puede llegar en la aplicación del citado § 226, nos proporciona un elocuente ejemplo. Se refiere al caso de un propietario que, con la decidida intención de mortificar a su vecino, hace pintar un sector de su casa, visible desde la de aquél, con un color que sabe que su vecino detesta en grado sumo. Es evidente que el propietario, en esta circunstancia, presumiblemente demostrará que dicho color es el que más le agrada, hecho que no podrá, sin duda, ser desmentido por el agraviado.

38 Larenz, *Derecho civil. Parte general*, p. 298.
39 Larenz, *Derecho civil. Parte general*, p. 298.

Se nos ocurre otro ejemplo, como es el del propietario que tiene un perro en el jardín y cuyos ladridos, se sabe, molestan al vecino, quien es muy sensible a los ruidos. El propietario demostrará, probablemente, que dicho perro es un necesario guardián de su propiedad para protegerlo de los ladrones o que es el animal mascota de sus hijos.

Al comentar el § 226 del BGB, Martín Bernal advierte que no recoge ni acepta un criterio amplio en materia de abuso del derecho, y lo que hace es "prohibir el acto emulativo aunque con un alcance menor que en la doctrina medieval ya que no es suficiente que exista la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto"[40]. Aunque la observación es digna de tenerse en consideración, sería del caso reiterar lo dicho en precedencia cuando nos referimos al comentario formulado por Warat. Es decir, que ponemos en duda que este dispositivo constituya un verdadero y propio acto emulativo, en la medida que el supuesto de la ley no se limita, ni principal ni fundamentalmente, a un problema vinculado con el derecho de propiedad surgido entre vecinos. Estamos más próximos, en este sentido, a la opinión de Josserand, quien considera que el artículo bajo comentario contiene un supuesto de abuso del derecho[41].

En relación con este problema conviene señalar que el art. 833 del Cód. Civil italiano, que se ocupa de similar hipótesis, se ubica precisamente en el Título correspondiente a regular el derecho de propiedad. El asunto es por lo expuesto, al menos, discutible.

El § 826 del Cód. Civil alemán, en concordancia con el § 226, prescribe: "El que de un modo con-

[40] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 83-84.

[41] Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, p. 21.

trario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación". El fundamento, en este caso, consiste en un atentado intencional pero, a la vez, contrario a la moral, que es la interpretación más frecuente de lo que se pretende significar con la expresión "buenas costumbres". Como Larenz lo señala, tanto la jurisprudencia como la doctrina han visto en el contenido de dicho numeral un límite al ejercicio lícito de un derecho. Y, en orden a la naturaleza misma del acto, expresa que es discutible "si la intención de perjudicar sólo es necesaria para el deber de resarcimiento de daños o si también lo es en orden a convertir en ilícito el ejercicio de un derecho en un caso particular" [42].

Al referirse a la solución adoptada por el Código Civil alemán, Spota considera que el abuso del derecho es admitido, en forma diminuta, a través del § 226, pero que se acepta, en forma lata, en el caso del § 286 que "castiga el acto dañoso... si el perjuicio que ocasiona significa un desconocimiento intencional de las buenas costumbres" [43].

Es del caso señalar que un importante sector de la doctrina alemana, como lo anota Ranieri, reaccionó negativamente frente a la iniciativa legislativa. Su orientación fue generalmente de reserva ante la figura del abuso del derecho, aunque no faltaron también expresiones abiertamente críticas.

Es emblemática, al respecto, la posición adoptada por Endemann [44]. De otra parte, cabe remarcar que la aplicación de la normatividad del Código Civil alemán, vinculada con la prohibición restringida

[42] Larenz, *Derecho civil. Parte general*, p. 299.

[43] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 601.

[44] Cfr. Ranieri, Filippo, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del rechtmissbrauch*, en Rotondi, Mario, "Inchiesta di diritto comparato", p. 367.

del abuso del derecho, tuvo una muy limitada aplicación de parte de la jurisprudencia. Las repercusiones doctrinarias y jurisprudenciales, antes referidas, llevan a Ranieri a la conclusión de que ellas no llegaron a desarrollar, en la práctica, una función de apoyo a la figura del abuso del derecho[45].

En relación indirecta con el problema planteado cabe señalar que, según el § 242 del Cód. Civil alemán, el principio de la buena fe sirve de límite al ejercicio lícito de un derecho. Aunque de la sistemática del Código debería deducirse que este dispositivo sólo operaría para los casos de cumplimiento de los deberes obligacionales, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia resulta válida para cualquier tipo de relaciones jurídicas.

§ 45. *Suiza.* – El Código Civil suizo de 1907 abre una nueva etapa en lo que a la normatividad del abuso del derecho se refiere al incluir, en su art. 2°, una fórmula muy general que ha sido recogida, de alguna manera, por muchos códigos civiles posteriores.

El mencionado art. 2° prescribe: "Que cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe", para añadir enseguida: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley". De la lectura de este dispositivo se aprecia cómo su texto se aleja del planteamiento restrictivo y limitado a que se contrae el § 226 del Cód. Civil alemán.

En el Código Civil suizo la prohibición del abuso del derecho asume la forma de una cláusula general, cuya amplia redacción permite al juez apreciar cada caso y cada circunstancia a fin de que con

[45] Ranieri, *Norma scritta e prassi giudiziale*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 381.

la ayuda de la doctrina, de los antecedentes jurisprudenciales y de su sensibilidad valorativa, determine si se encuentra o no frente a un evento que pueda considerarse, según el texto de la ley, como "abuso manifiesto de un derecho".

El art. 1º del Cód. Civil suizo concede al juez amplias facultades para integrar las lagunas de la ley, cuando le otorga la facultad de actuar, en esta hipótesis, como si fuera legislador. Esta confianza depositada en el juez suizo permite que su Código, en contraste con otros, adopte una fórmula flexible en lo que atañe al abuso del derecho. Corresponderá al juez, por ello, precisar frente a cada caso dónde empieza el abuso de dicho derecho, es decir, la ilicitud que lo caracteriza. Esta apreciación judicial se sustenta, en gran medida, en el sentimiento de justicia propio de quien cumple la muy noble tarea de resolver conflictos de convivencia.

La doctrina y la jurisprudencia parecen concordar en que la expresión "abuso manifiesto" facilita al juez aplicar todos los criterios tradicionales disponibles para evidenciar cuándo se enfrenta a una circunstancia en la cual se transgreden los límites del genérico deber jurídico de no perjudicar a otro a partir del ejercicio, o de la omisión, de un derecho subjetivo. Lo decisivo es que el hecho abusivo sea "manifiesto", es decir, evidente al sentimiento de justicia del juez que resuelve el caso. Todos los criterios, tanto subjetivos como objetivos, deben ser conjugados y apreciados por el juzgador, sin que ninguno de ellos, siempre y necesariamente, deba prevalecer de manera especial en el juzgamiento del hecho. Cada criterio, como bien señala Tercier, opera como "un índice y no como una condición del abuso del derecho" [46].

[46] Tercier, Paul, *L'abus de droit en droit privé suisse*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 455.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia suiza han señalado que la expresión "abuso manifiesto" no obliga, necesariamente, a que la víctima deba probar la intención de dañar con que supuestamente el agente ha ejercido su derecho. De ahí que pueda sostenerse que el ánimo de dañar no resulta un requisito indispensable o esencial para tipificar un caso de abuso del derecho. No puede, pues, confundirse la expresión "abuso manifiesto", es decir, evidente, con una interpretación que podría traducirse en los términos de "abuso con intención manifiesta de causar un perjuicio a otro".

Como apunta Martín Bernal, el término "manifiesto" tiene el alcance de un estándar jurídico. Ello significa que el abuso del derecho debe aparecer como manifiesto "para toda persona razonable y que obre con espíritu de justicia y equidad"[47].

La concreción de la figura en el Código Civil suizo, íntimamente ligado al principio de la buena fe, resulta, en opinión de Tercier, una institución indispensable al funcionamiento del derecho privado suizo. Su amplia formulación facilita al juez resolver, con el apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia, los casos que hieran el sentimiento de justicia, recogido en la conciencia jurídica colectiva. Pero, al mismo tiempo, como lo señala el mismo autor, la ley cumple en este caso un papel preventivo, una función docente[48].

Cabe destacar cómo la obra de Huber, el autor del Código Civil suizo, vincula estrechamente en el art. 2°, dos principios de raíz ética que, por sus alcances de cláusulas generales, o principios abiertos, regulan, sin excepción, toda la conducta del ser hu-

[47] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 231.

[48] Tercier, *L'abus de droit en droit privé suisse*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 463.

mano. Es por ello interesante anotar cómo el legislador suizo, apartándose de la solución del Código Civil alemán, no ubica sistemáticamente el principio de la buena fe en la parte dedicada al cumplimiento de las obligaciones, sino en al Parte general que comprende todo tipo de actividades o actos jurídicos. Es pues muy interesante señalar cómo, con muy buen criterio, el legislador suizo conecta en un mismo artículo el proceder con lealtad, corrección y confianza, propias de la buena fe, con la necesidad de no abusar de un derecho subjetivo. Y es que, como se ha anotado, se trata de arquetipos de conducta de general aplicación en la vida del derecho.

§ 46. *Italia.* – El Código Civil italiano de 1942, extrañamente, no consigna una cláusula general condenatoria del abuso del derecho, tal como habría sido previsible si se tienen en cuenta los importantes antecedentes representados por los Códigos Civiles alemán y suizo, que lo precedieron en el tiempo. Ello es más sorprendente si se recuerda que el Anteproyecto contenía una fórmula legal referente a esta figura, la misma que no es incorporada al Código. De ahí que, como lo anota Rotondi, el problema del abuso del derecho se coloca en Italia fuera del ámbito del derecho positivo[49].

La inexistencia en el Código Civil de 1942 de una norma general condenatoria del abuso del derecho es justificada por Santi Romano en tanto "se trata de un problema de teoría general del derecho cuya solución en principio se deja difícilmente traducir en términos preceptivos". Considera más adecuada y concebible "la existencia de una varie-

[49] Cfr. Rotondi, *L'abuso del diritto*, en "Rivista de Diritto Civile", 1965, p. 105 y ss. y 209 y siguientes.

dad de fórmulas particulares dentro del ámbito de los singulares institutos, en cuyo caso la contemplación de los llamados abusos, se encuentran en la configuración de los límites de los propios institutos"[50]. Como fundamento de este último discutible aserto, del cual discrepamos, Santi Romano manifiesta que la ley italiana está llena de indicaciones sobre esta norma.

Para Santi Romano es posible la elaboración técnica del concepto de abuso del derecho no sobre la base de la finalidad, en tanto no es una noción constructiva, sino más bien en torno a la noción de función "considerada en la necesaria relación de correspondencia entre el poder de autonomía conferido al sujeto y el acto de ejercicio de este poder". El abuso del derecho surgiría, en consecuencia, en todos aquellos actos en los cuales se produce una alteración o desviación de la función objetiva del derecho respecto del poder de autonomía que "la configura en relación a las condiciones a las cuales se encuentra subordinado el ejercicio del mismo poder". Al lado de este elemento referente a la desviación del poder, Santi Romano considera también el elemento de la buena fe.

En Italia, como en pocos otros países, se ha desarrollado por más de un siglo un apasionado debate en lo que concierne a este instituto. Es del caso citar a Scialoja entre los más definidos opositores a las figuras, tanto de los actos emulativos como del abuso del derecho[51]. La negación de este autor, surgida en la huella de Planiol, se fundamenta en la contradicción que encierra el instituto.

[50] Romano, Santi, voz *Abuso del diritto*, en "Enciclopedia del Diritto", vol. 1, 1958, p. 166.

[51] Scialoja, Antonio, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*, en "Foro Italiano", 1961-I-256.

En la misma línea de pensamiento se sitúa Barassi para quien la expresión misma de "abuso del derecho" es de suyo ambigua[52]. Para este autor, en concordancia con lo manifestado por Scialoja, la fórmula es contradictoria, ya que si el titular se mantiene dentro de los límites de su derecho no es del caso alegar la existencia del abuso. Si, por el contrario, dichos límites son desbordados, estaríamos ante un hecho ilícito. De existir un "exceso" se producirá "violación de la ley y del derecho ajeno y no ya un abuso del derecho"[53]. De ahí que, según Barassi, no es posible abusar de los propios derechos ya que, si ello ocurriera, "dejarían de serlo".

Se debe a Rotondi uno de los más penetrantes análisis del abuso del derecho formulados por la doctrina italiana. Su posición es calificada por Rescigno como "meditada e intransigente"[54]. Para Rotondi el abuso del derecho es un fenómeno social, no un concepto jurídico. Se trata, en su opinión, de uno de los fenómenos sociales "que el derecho no podrá jamás disciplinar en todas sus aplicaciones que son imprevisibles: es un estado de ánimo, es la valoración ética de un período de transición, es aquello que se quiera, pero no una categoría jurídica, y ello por la contradicción que le es inherente"[55].

Es Rotondi, al tratar el abuso del derecho tanto dentro del contexto del Código Civil de 1865 como del de 1942, quien tajantemente sostiene que el acto realizado con dolo o de mala fe, es decir, con ánimo de causar daño sin provecho personal, no constitu-

[52] Barassi, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. 2, p. 165 y siguientes.

[53] Barassi, *Instituciones de derecho civil*, t. I, p. 219.

[54] Rotondi, citado por Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 207, nota 5.

[55] Rotondi, citado por Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 207, nota 5.

ye a dicho acto, de por sí, en ilícito, "si no excede de los límites objetivos señalados por la ley"[56].

Santoro Pasarelli afirmaba, hace ya algunos años atrás, que no puede sostenerse "en el silencio de la ley, una prohibición del abuso del derecho, al menos en cuanto signifique sólo perjuicio de otro interés privado", razón por la que no se justifica "una concepción del derecho subjetivo que llegue hasta admitir el abuso del mismo"[57]. La posición de Santoro Pasarelli es tajantemente contraria a la figura del abuso del derecho, aunque es dable rescatar de su pensamiento la razón justificatoria de la eliminación de este instituto.

La actitud negadora de Santoro Pasarelli se explica en cuanto, "por definición, el derecho subjetivo llega hasta donde comienza la esfera de acción de la solidaridad: de ahí que los actos emulativos y los otros que no responden a la buena fe o a la correción, en tanto contrarios a la solidaridad, no encuentran ubicación dentro del derecho subjetivo, no constituyen un abuso, es decir, una desviación del derecho; al contrario, ellos están fuera, constituyen un exceso del derecho, y, en cuanto tales, se entiende fácilmente que puedan ser ilícitos, según las normas generales"[58]. Ésta sería, según el autor, la razón por la cual el Código Civil italiano no menciona al abuso del derecho como una figura especial del acto ilícito.

Es sumamente interesante y precursora la posición de Santoro Pasarelli, que disiente de la corriente tradicional, al considerar al abuso del derecho como un acto ilícito en la medida que resulta contrario al valor de la solidaridad, al que erige como

[56] Rotondi, Mario, *Istituzioni di diritto privato*, p. 106-110.

[57] Santoro Passarelli, Francesco, *Saggi di diritto civile*, t. I, p. 57.

[58] Santoro Passarelli, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 76-78.

un principio general del derecho. Es sobre la base de esta tesis que se sostiene la relevancia constitucional de la solidaridad como un verdadero y propio genérico deber jurídico, de donde se desprende una nueva visión del derecho subjetivo, el mismo que no puede considerarse incondicionado e ilimitado[59].

Se debe a Rescigno un importante estudio sobre el abuso del derecho, el mismo que gira sobre la base de un conjunto de reflexiones que le suscita una sentencia de la Corte de Casación de fecha 15 de noviembre de 1960[60].

Rescigno parte de la premisa de que la expresión "abuso del derecho" constituye una fórmula que se presenta, a la primera impresión, como íntimamente contradictoria. Explica este hecho expresando que la palabra derecho significa "libertad garantizada al individuo, o a un grupo privado, por una norma jurídica: quiere decir poder de voluntad y de acción que la norma concede al sujeto, o al grupo, en relación con uno, o más, o de todos los otros sujetos del ordenamiento". Si esto es derecho, "la posibilidad del abuso –según el autor– significa decir que el ejercicio de esta libertad garantizada por la norma, del poder acordado por la ley, puede dar lugar a responsabilidad: de donde un acto lícito –el ejercicio de un derecho– se convierte en fuente de responsabilidad". Ello, en fin, significa para Rescigno sobreentender que la libertad y el poder tienen un límite, y que la medida de este límite parece vaga y huidiza[61].

[59] Cfr. Di Francia, Andrea, *L'abuso del diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 142.

[60] La sentencia se publicó en "Foro Italiano", 1961-I-256, con nota de Scialoja.

[61] Rescigno, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965, p. 206.

La anterior meditación conduce a Rescigno a explicarse la razón por la cual las posiciones doctrinales sobre el abuso del derecho se encuentren irreductiblemente divididas. A ellas se acompaña, asimismo, una sensible diferencia de lenguaje.

Rescigno hace notar, por otra parte, que la jurisprudencia italiana de la primera mitad del siglo revela una frecuente confusión entre los conceptos de emulación y de abuso del derecho. Tal vez ello se deba, en nuestra opinión, a que el Código Civil italiano si bien no reconoce el abuso del derecho sí regula los actos emulativos.

El caso jurisprudencial que induce a Rescigno a formular profundas y agudas observaciones sobre el abuso del derecho, es de sumo interés no sólo por su contenido, en sí mismo, sino también porque es un emblemático hecho de abuso del derecho por omisión de su ejercicio, por no uso del mismo. El caso en referencia se produce inmediatamente después de la segunda guerra mundial. Un grupo de familias sin techo ocupan, sin título alguno, ciertos departamentos de un conjunto habitacional multifamiliar de propiedad del "Instituto de las Casas Populares" de Messina. El Instituto, por razones de orden social, tolera y permite, por muchos años, dicha ocupación. Pero, además de asumir esta actitud, dota a aquellos departamentos de algunos servicios que no existían en el momento de la ocupación, como la instalación de una fuente de agua.

Frente a este caso, los propietarios titulares de los otros departamentos del conjunto habitacional accionan contra el mencionado Instituto, denunciando el no uso de los derechos que les corresponden según ley en relación con los ocupantes precarios. Para dichos propietarios, la omisión en el ejercicio del derecho que la ley atribuye al Instituto constituye un abuso y, por lo tanto, un acto ilícito.

El Tribunal de Messina no consideró ilícita la omisión en referencia, desde que en su concepto no se había hecho uso del correspondiente derecho "teniendo en cuenta apreciables razones de conveniencia y de oportunidad, que no había sido posible superar en el plano social y político" [62].

La Suprema Corte estimó que la sentencia no padecía de vicios lógicos, por lo que el recurso de revisión fue rechazado. Pero, lo que interesa remarcar en opinión de Rescigno, son las afirmaciones de carácter general que contiene el pronunciamiento de la Casación en lo atinente al abuso del derecho y los modos en que él puede verificarse en la experiencia. La primera de ellas se refiere a que en "casos singulares" debe admitirse esta figura, dentro del ordenamiento italiano. Lo que hay que destacar es que este pronunciamiento lo formula la Suprema Corte a pesar de reconocer que el ordenamiento positivo de su país no contempla la categoría del abuso del derecho como expresión de ilicitud.

La Corte Suprema, no obstante el expreso reconocimiento de la ausencia de una norma prohibitiva, sostiene que puede considerarse que, "en casos singulares y con relación a fundamentales preceptos jurídicos de la buena fe, como regla de conducta, y de la necesaria correspondencia del ejercicio del derecho a los fines éticos y por tanto sociales por los cuales el derecho mismo es reconocido y concedido por el ordenamiento positivo, el uso anormal del derecho puede conducir al comportamiento en un caso singular fuera de la esfera del derecho subjetivo mismo y que, por tanto, tal comportamiento puede constituir un ilícito, según las normas generales del derecho en la materia".

[62] El fallo se publicó en "Giurisprudenza Siciliana", 1959, p. 270.

La segunda afirmación, digna de resaltarse, es la que considera al no uso u omisión del derecho como un caso de abuso del mismo. La Corte subraya que "puede constituir uso anormal del derecho la ausencia o negligente uso de la facultad de accionar en defensa del mismo para remover una situación que resulte dañosa, no sólo para el titular del derecho mismo (legitimado a accionar en juicio), sino también para los otros". Es decir, que la abstención puede constituir una modalidad del abuso del derecho. Sin embargo, agrega, en relación al caso, que no cualquier falta de uso del propio derecho puede constituir abuso, sino sólo "aquel que se resuelve en la inobservancia de específicas normas de conducta prescriptas en tutela de los derechos de los demás".

El caso jurisprudencial antes glosado nos permite apreciar cómo en Italia de los años sesenta, sobre la base de los principios generales del derecho, podía admitirse la figura del abuso del derecho, pese a no existir una cláusula general al respecto. De otra parte, la mencionada sentencia hace transparente la posibilidad de actuar abusivamente no sólo en el caso de ejercitar un derecho, sino también en la hipótesis de su no actuación, de su no uso, de su abstención.

§ 47. *España.* – En el presente parágrafo trataremos de la evolución del concepto de abuso del derecho en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación españolas.

a) *Introducción.* Sólo recientemente, en 1974, con la reforma del Título Preliminar del Código Civil español de 1889, se ha incorporado en el derecho positivo una norma genérica de condena del abuso del derecho. Con anterioridad sólo existían algunas aisladas disposiciones referidas a materias

muy concretas, como es el caso de los arrendamientos urbanos.

La legislación especial empieza a ocuparse de la hipótesis del abuso del derecho en 1915, mientras que la jurisprudencia pasa por cuatro etapas[63]. En la primera de ellas, que cubre un importante período, no se acoge esta figura, inspirándose la jurisprudencia, en términos generales, en el principio romano de que el sujeto que ejerce un derecho no daña a nadie. En un segundo momento, cuyo origen puede encontrarse en una sentencia de 1942, y por breve lapso, se advierte una indirecta aceptación del referido principio. La tercera fase se inicia a partir de una famosa y comentada sentencia del año 1944, en la cual se apoya la doctrina para configurar los elementos y determinar los criterios para apreciar tan discutida figura. Es prácticamente desde este momento que la jurisprudencia admite el abuso del derecho. La última fase está signada por la incorporación al Código Civil, en 1974, de una cláusula general que condena el abuso del derecho.

Es a partir de 1917, con la publicación de un libro medular de José Calvo Sotelo, que se estimula y se desarrolla, de modo elocuente y sensible, la doctrina española al respecto. Este libro constituye, por ello, un hito insoslayable cuando es necesario referirse a la evolución de la noción de abuso del derecho en España[64].

b) *La legislación precursora.* Suele mencionarse un conjunto de aisladas disposiciones legales como precursoras de la introducción en el Código Civil español, en 1974, de una cláusula general de

63 Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 101.

64 El libro de Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho*, recoge el texto de su tesis doctoral. Su influencia ha sido notoria no sólo en España sino también en la doctrina de otros países.

condena del abuso del derecho. Se cita, entre otras y como antecedente remoto, la ley de represión de la usura, de 1908, que concede al juez facultades para corregir abusos. Se menciona el art. 562 del Cód. Penal, que sanciona al que intencionalmente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social.

Se recuerda el Real decreto del 6 de agosto de 1915, mediante el cual se aprueba, con carácter provisional, un nuevo Reglamento general para la ejecución de la ley hipotecaria.

El art. 188 del citado Reglamento autoriza al acreedor hipotecario a demoler el predio en caso de un deterioro que disminuya su valor y que sea causado por dolo, culpa o voluntad del propietario. Antes de ello, el juez podrá dictar las providencias que sean pertinentes para que el propietario, por acción u omisión, pueda evitar o remediar el daño. La indicada disposición añade que "si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial". Como se advierte, el citado artículo reglamentario utiliza, por vez primera en la legislación española, el concepto de abuso de un derecho de parte del propietario de un bien.

Existen, a su vez, varias leyes que se suceden en el tiempo y que regulan la problemática atinente a los arrendamientos urbanos, todas las que, en diversa forma, aluden al abuso del derecho. Cabe citar el Real decreto ley que se dicta en 1915 sobre los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos. De conformidad con su art. 18 los tribunales y las autoridades "desestimarán en todo caso las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho". Es probable que este dispositivo haya sido parcialmente inspirado por el art. 2° del Cód. Civil suizo de 1907.

En esta específica área se dicta la ley del 13 de abril de 1956, en cuyo art. 9° se dispone que los jueces desestimarán "las pretensiones que ante ellos mismos se formulen por demandante o demandado con manifiesto abuso de derecho". En este mismo sentido el decreto del 24 de diciembre de 1964 faculta a jueces y tribunales a rechazar "las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho".

En julio de 1961 se promulga la ley sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, en cuyo art. 5° se alude al abuso del derecho. En efecto, se hace referencia al caso en que, necesitando la mujer autorización marital, ella le fuere negada. En esta eventualidad, "la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho".

c) *La sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1944.* La doctrina española reconoce, unánimemente, la decisiva importancia que para la admisión del abuso del derecho tuvo la notable sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1944[65].

En dicha sentencia se precisan los elementos esenciales de la figura del abuso del derecho. La doctrina española centra su atención sobre su texto, el mismo que comenta y analiza con acuciosidad. El supuesto de hecho se refiere a la concesión que, en exclusiva, tenía el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona para extraer arenas de las playas del litoral de esta ciudad. En San Adrián de Besós, en

65 La sentencia aparece íntegramente transcripta en el libro de Díez-Picazo, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, p. 171 y ss., y *Las sentencias civiles de don José Castán Tobeñas*, p. 136 y ss., ya que este último jurista fue su ponente.

la playa junto a la desembocadura del río del mismo nombre, la empresa que iniciaría la demanda poseía una central eléctrica, la misma que vio afectado su funcionamiento a raíz de la extracción de arenas en gran volumen. Este hecho produjo la disminución del área de la playa y la destrucción de las defensas naturales contra las avenidas del mencionado río y el oleaje del mar. El evento trajo como consecuencia que en el año 1932, a raíz del desencadenamiento de fuertes temporales y en ausencia de tales defensas, la central eléctrica sufriera importantes daños. La demandante pretendía una indemnización de parte del Consorcio. La Audiencia de Barcelona acogió la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Consorcio demandado.

El Tribunal Supremo, inspirado en la brillante y precursora obra de Calvo Sotelo, antes citada, reconoció los límites a que están sujetos los derechos subjetivos, sentando de este modo las bases para la admisión del abuso del derecho. En este sentido declaró que tales derechos, "aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad".

En el texto del pronunciamiento, cuyo ponente fue Castán Tobeñas, se señalan los elementos o requisitos que configuran el abuso del derecho. En este orden de ideas menciona los siguientes:

a) Uso de un derecho considerado objetiva o externamente legal. En el caso del litigio en cuestión, el Consorcio actuaba sobre la base de un derecho legítimamente concedido por la autoridad pertinente.

b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. La entidad demandante no poseía ningún derecho subjetivo sobre las arenas de la playa que defendían de modo natural las instalaciones de su central eléctrica. Sólo tenía un interés, no jurídicamente tutelado, a que parte de la playa no desapareciese por acción de terceros.

c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada 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 anormalidad en el ejercicio del derecho). En el caso sub-litis la acción de la demandada tuvo un carácter antisocial, ya que extrajo arenas en volúmenes superiores a los posibles en una zona destinada a salvaguardar naturalmente una central eléctrica, lo que significa un exceso o uso anormal de un derecho en perjuicio de la comunidad beneficiaria de la energía eléctrica.

d) *La incorporación del abuso del derecho al Código Civil en el año de 1974 y la noción de buena fe.* En el Título Preliminar del Código Civil español se incorpora, a partir de 1974, el art. 7° que cumple la función jurídica de constituirse en una cláusula general, abierta, prohibitiva del acto antisocial denominado abuso del derecho.

El referido precepto tiene el siguiente texto:

"1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción

de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Es importante anotar el acierto que significa, siguiendo la huella trazada por el Código Civil suizo de 1907, que el art. 7º haya reunido, en un mismo texto, dos principios generales del derecho, como son la buena fe y el abuso del derecho, que se hallan en íntima conexión. La buena fe se considera, generalmente, como sinónimo de lealtad, corrección, confianza, todo lo que supone un comportamiento naturalmente respetuoso del interés ajeno y del social.

El abuso del derecho es una actitud incorrecta, desleal, que agrede los intereses de otros a través del uso anormal o de la omisión de un derecho. Por el principio de la buena fe se consagra, mediante la modalidad de un genérico deber jurídico, el valor de rango constitucional constituido por la solidaridad. Por el abuso del derecho, bajo la apariencia del legítimo uso de un derecho subjetivo, se transgrede el genérico deber jurídico que, inspirado en la buena fe y en otros principios de raíz ético-moral, impide atentar de modo antisocial contra intereses ajenos, no tutelados por una norma jurídica expresa, hasta causarles un perjuicio.

José Luis de los Mozos, quien ha dedicado un profundo y crítico ensayo al tema referente a la incorporación del principio de la buena fe en el Título Preliminar del Código Civil español mediante la reforma de 1974, considera que la buena fe sirve de cauce para "la integración del ordenamiento conforme a una regla ético-moral, la idea de fidelidad y de crédito o de creencia o confianza (*Tre und Glauben*), que sirve de modelo para las relaciones sociales". Es decir, dicho de otro modo y como lo explicita el propio autor coincidiendo con Díez-Picazo, la remisión a aquella norma, que sirve de modelo o arquetipo del comportamiento social, se impone como

norma jurídica[66]. Por ello, la buena fe, en cuanto a su contenido material "representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico"[67].

Si bien cada uno de dichos principios, el de la buena fe y el del abuso del derecho, tienen un autónomo perfil conceptual, ambos provienen de una misma raíz ética, se basan e inspiran, fundamentalmente, en el valor de la solidaridad que, junto con la justicia y la seguridad, conforman el más importante trípode axiológico. Ellos sustentan una convivencia pacífica, enderezada al logro del bien común que permite, a la par que el armonioso desarrollo comunitario, la plena realización de la persona humana que integra estructuralmente la sociedad. El bien común no puede ser otra realidad que el bien del todo, que es la sociedad, y el de cada una de las personas humanas en tanto partes que estructuralmente la constituyen.

Apreciamos cómo dentro del art. 7° se encuentran todos los elementos que permiten tanto caracterizar el abuso del derecho como establecer sus consecuencias.

e) *Abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo.* En síntesis, del texto del referido art. 7°, párr. 2°, se desprende que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Es decir, que considera a la conducta abusiva como un comportamiento de naturaleza antisocial en el ejercicio de un derecho. Como lo anotan Díez-Picazo y Gullón, en la norma se consideran como sinónimos el abuso del derecho y el ejercicio antisocial de éste[68].

66 De los Mozos, *Derecho civil*, p. 226.

67 De los Mozos, *Derecho civil*, p. 227.

68 Díez-Picazo - Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, p. 448.

Ejercitar antisocialmente un derecho supone, por cierto, proceder en disconformidad con el valor de la solidaridad y los principios de la buena fe y de las buenas costumbres en ella sustentados.

Como comentan Lacruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández, "la más racional interpretación de esa expresión parece indicar que si el ordenamiento protege un normal y correcto ejercicio de los derechos (que nadie puede impedir a su titular), deja en cambio de proteger el ejercicio anormal, las situaciones abusivas y antisociales, y cualquier obstáculo puesto a éstas por parte de un tercero (interesado) no parece ilegítimo, ni frente a él debería poder el abutente (titular del derecho) impetrar la protección de los tribunales" [69].

Los citados tratadistas se preguntan si abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo son cosas distintas. La Exposición de motivos no es clara al respecto cuando expresa que "ambas hipótesis, sin perjuicio de diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto". En opinión de los autores, y en coincidencia con Díez-Picazo y Gullón, no cabe deslindar el ejercicio abusivo del ejercicio antisocial de los derechos, pues "todo ejercicio abusivo es antisocial, y todo ejercicio antisocial de un derecho es abusivo, pues el derecho, lo jurídico, es eminentemente social" [70]. En este mismo sentido se pronuncian Puig Brutau [71] y Batlle Vásquez [72].

No todos los autores, sin embargo, concuerdan en estimar que la ley considera como sinónimos los

[69] Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 122.

[70] Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 123.

[71] Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*, p. 430-431.

[72] Battle Vásquez, Manuel, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, p. 120.

términos abuso del derecho y su ejercicio antisocial. Así, Espín Cánovas expresa que el Código se refiere a ambos como supuestos diversos. Invoca en prueba de su aserto la Exposición de motivos del nuevo texto, en la cual se "alude a las diferencias de matices entre el ejercicio abusivo o antisocial, aunque no precisa en qué consisten esas diferencias". En su opinión, la distinción podría apoyarse en que en el primer caso la extralimitación del derecho tiene como límite la moral y, en el segundo, lo social[73].

Por nuestra parte, frente al problema de interpretación planteado –sobre la identidad o no de las expresiones abuso del derecho y su ejercicio antisocial– somos del parecer que ambos términos no son necesariamente sinónimos, aunque su proximidad conceptual sea evidente. Nos fundamos en tres razones, la primera de las cuales se sustenta en el texto mismo de la Exposición de motivos que, como se ha señalado, se refiere a diferencia de matices. En segundo lugar, advertimos que entre dichas expresiones se hace uso de la disyunción en vez de la conjunción. No obstante lo dicho, el argumento de mayor enjundia es el que distingue el uno del otro en cuanto el abuso del derecho es una especie del género de conductas que un ordenamiento tiene como antisociales. Es decir, que todo abuso del derecho es antisocial, pero no todo comportamiento antisocial es abuso del derecho. Lo antisocial, en síntesis, es comprensivo del acto abusivo, lo que permite definir al abuso del derecho como una modalidad del comportamiento antisocial.

f) *El abuso del derecho como acto u omisión de una prerrogativa.* En el citado art. 7°, párr. 2°, del Título Preliminar, se delinea el abuso del derecho como un "acto" o una "omisión" de una prerrogativa par-

[73] Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. I, p. 584.

ticularmente, en este último caso, cuando hay un deber jurídico de actuar. Nos parece una muy oportuna anotación, dada la tendencia que se advierte en un reducido sector de la jurisprudencia a pensar que sólo a través del uso o ejercicio de un derecho se puede abusar del mismo y no por su abstención.

Sin embargo, es del caso referir la observación de Batlle Vázquez en el sentido de que la palabra "acto" no está empleada en sentido técnico-jurídico sino en el vulgar o corriente de acción o conducta positiva, por contraposición a la conducta negativa u omisión[74].

Esta doble posibilidad de abusar de un derecho, ya sea por acción positiva o por omisión, ya había sido puesta anteriormente de manifiesto por la jurisprudencia, lo que comporta un acierto en la redacción del citado numeral.

g) *El abuso como manera manifiesta de sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho.* Este acto u omisión están caracterizados en la norma a través de varios elementos, como la intención del autor, su objeto o si las circunstancias en que se realice "sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho". A ellos se añade la producción de un daño para tercero, el mismo que dará lugar a "la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso".

El legislador español de 1974, alejándose de la parquedad ínsita en el texto del Código Civil suizo de 1907, se aproxima más bien al Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1929, en el que se consagra la fórmula de que abusa "aquel que ha causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio

[74] Battle Vásquez, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, p. 121.

de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido". Se recoge, de este modo, la idea del traspaso de los límites que establecen ya sea la buena fe o la función para la cual el derecho ha sido regulado. Se aproxima, asimismo, al texto del nuevo art. 1071 del Cód. Civil argentino elaborado en el año 1968 (ver § 52).

La doctrina española más reciente ha analizado exhaustivamente el texto del art. 7° bajo comentario[75]. Según Lacruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández, la referencia del texto legal a "los límites normales" del ejercicio de un derecho, de una parte, y a su "manifiesto traspaso", de la otra, son conceptos de difícil precisión y constituyen notas que evidenciarían, en su opinión, "el notable relativismo que va a dar al abuso del derecho esa doble variable funcional"[76].

La "normalidad" es, como anotan dichos autores, un nuevo estándar jurídico, de carácter objetivo. Es cuestión de apreciación "según las costumbres y concepciones de cada época sobre lo normal y anormal"[77]. Ello ha de constituir una cuestión delica-

[75] A través del texto hemos citado algunas de las obras de Espín Cánovas, Díez-Picazo, Puig Brutau, Castán Vásquez, Battle Vásquez, Martín Bernal, Lacruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández. A ellas habría que añadir, entre otras, la de Gitrama, Manuel, *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y el abuso del derecho*, en "Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil", 1975; Díez-Picazo, *El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones*, en "Documentación Jurídica", oct.-dic. 1974; Castán Vásquez, José M., *El abuso del derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, t. I, vol. 1, 1977.

[76] Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 124.

[77] Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 124.

da, ya que comporta la tarea de penetrar en la conciencia jurídica colectiva, en un espacio-tiempo dado, auscultar el sentir de las gentes, observar sus efectivos comportamientos y sensibilizar las valoraciones de las mayorías sociales. En esta múltiple acción habrá que "relacionar en cada caso esos límites con la función que cumple el derecho del que se predica el abuso, y tal función y el contenido del propio derecho con las circunstancias económico-sociales en que se desenvuelve éste". Todo ello, en opinión de los citados autores, ha de exigir una adecuada ponderación judicial efectuada en dicho contexto[78].

El traspaso de los relativos límites normales en la actuación de un derecho debe producirse, según lo reclama la ley, de modo "manifiesto". Para algunos autores lo manifiesto es, simplemente, aquello que es patente, que es evidente, que se advierte sin mayor esfuerzo. Para otros, en cambio, se debe interpretar en el sentido de que el ejercicio anormal debe ser ostensible, de cierta magnitud o entidad.

Las palabras de la ley, "que de manera manifiesta sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho" significan, para Puig Brutau, "que la extralimitación ha de ser patente, tanto en el sentido de desbordamiento de los límites normales del ejercicio (como se lee en la Exposición de motivos del decreto de 1974), como en el que la extralimitación resulte probada y no presunta"[79]. Batlle Vásquez observa, en cuanto a la interpretación de esta parte del texto de la ley, que "la doctrina del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo"[80].

[78] Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 124.

[79] Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*, p. 432.

[80] Battle Vásquez, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, p. 122.

h) *Criterios para determinar el abuso del derecho.* De conformidad con el texto del art. 7°, párr. 2°, del Título Preliminar bajo comentario, la antisocialidad en que consiste la actuación abusiva de un derecho puede manifestarse bajo tres aspectos. Ellos son: la intención de su autor, su objeto y las circunstancias en que se realice. La ley no indica si éstos deben presentarse conjuntamente o si más bien pueden concurrir de manera alternativa. Puig Brutau es de esta última opinión [81], de la cual participamos.

La intención del autor, dirigida a causar un perjuicio en relación con un interés ajeno desprotegido por la normatividad, es el criterio tradicional para caracterizar el acto abusivo. Es el *animus nocendi* o *vexandi* con que actúa el agente del despropósito legal. Constituye, en palabras de conocidos tratadistas, "el indicador más antiguo y mejor estudiado por la doctrina y la jurisprudencia" [82]. La intención de perjudicar significa actuar el derecho sin un fin serio y legítimo, con carencia de provecho o de utilidad para el agente o con la obtención de un beneficio totalmente desproporcionado en relación con el daño que se causa.

La intención de causar un perjuicio puede asumir dos formas, ya sea que constituya el móvil mismo de la acción o, no siéndolo, que el autor insista en su proceder no obstante ser consciente del daño que origina con la anormal actuación de su derecho.

Como bien lo destaca Castán Vásquez, autor de un valioso comentario sobre la materia, la referencia a la intención supone asumir la tradicional concepción subjetiva del abuso del derecho, aunque ello, como lo hemos repetido insistentemente, no

81 Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*, p. 432.

82 Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 125.

significa un comportamiento doloso o culposo, ya que de ser así estaríamos ingresando en la ilicitud por la vía de la responsabilidad civil[83].

La referencia que la ley hace al objeto es interpretada por Castán Vázquez como equivalente a la finalidad perseguida o lograda por el acto. Debe entenderse, en consecuencia, que la palabra es utilizada en el sentido de resultado querido por las partes o por el agente "en la consecución de su intento práctico de realizar el acto u omisión"[84].

Dicha expresión significa, en opinión de Lacruz Berdejo, Luna Serrano y Rivero Hernández, que el abuso puede presentarse aun en ausencia de intención de perjudicar, es decir, "sencillamente, por un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, por apurar demasiado las ventajas que aquél es susceptible de proporcionar"[85].

En lo que concierne al tercer elemento señalado por la ley, o sea a las circunstancias en que se realice el acto o la omisión abusiva, es del caso señalar que ellas abarcan diversas dimensiones en lo que atañe a las personas, el lugar, el tiempo o la modalidad del ejercicio del derecho. Corresponde al juez evaluarlas en su conjunto, si fuere el caso, fijando su atención en aquella que por su manifiesta anormalidad tipifique al acto abusivo. Como bien lo señala Puig Brutau, pueden constituir circunstancias anormales la realización del acto en un momento de dificultad o absolutamente inoportuno para el sujeto pasivo o "cuando se ejercita el derecho en el lugar más perjudicial para quien sufre el perjuicio, a pesar de no tener ello ventaja alguna para el actor,

[83] Castán Vásquez, *El abuso del derecho*, t. I, vol. 1, p. 520, nota 21.

[84] Castán Vásquez, *El abuso del derecho*, t. I, vol. 1, p. 520-521.

[85] Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 125.

o cuando igualmente sin provecho propio, se actúa precisamente cuando se causa más perjuicio o se agrava ostensiblemente el deber del obligado"[86].

i) *El daño derivado del acto abusivo.* El art. 7°, párr. 2°, hace referencia al hecho de que, mediante el acto o la omisión abusiva, se cause un daño a un tercero. La primera y oportuna observación que surge de parte de los comentaristas es la impropiedad del término "tercero" empleado por la ley. El perjuicio, evidentemente, no se causa a un tercero, al margen de la relación jurídica establecida entre el agente o autor del daño y su víctima. La explicación de esta impropiedad del lenguaje jurídico nos la proporciona Castán Vásquez, quien advierte que lo que ocurre es que en la doctrina sobre el abuso ha sido frecuente su uso para identificar a quien sufre el daño[87]. Por lo expuesto, debe entenderse que la expresión "daño para tercero" significa daño "a otro sujeto" o daño al interés ajeno.

Como lo apunta Espín Cánovas, al igual que en el acto ilícito –de cuya naturaleza participa de modo específico el acto abusivo– se exige por la ley el daño ocasionado a otro por el ejercicio anormal o la omisión de un derecho.

El daño a otro debe comprenderse, en el caso específico del abuso del derecho, como la lesión a un interés ajeno no protegido por una específica norma jurídica, por una concreta prerrogativa jurídica o que, en general, carezca de otro tipo de protección legal. Esta precisión es decisiva para entender la naturaleza del acto abusivo, ya que si se agraviara un derecho subjetivo concedido a otro sujeto por el ordenamiento positivo, nos encontraríamos frente a un caso de conflicto de derechos.

[86] Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*, p. 433.

[87] Castán Vásquez, *El abuso del derecho*, t. I, vol. 1, p. 521-522.

En esta hipótesis el agraviado debería hacer uso de dicha prerrogativa antes que acudir a la doctrina del abuso del derecho.

La lesión al interés ajeno, desprotegido por una norma jurídica, puede ser individual o colectivo, material o intelectual. Así lo considera la doctrina, siguiendo la lúcida huella de la famosa sentencia del Supremo Tribunal de 1944, antes citada (ver punto c).

Es importante anotar que la doctrina actual admite, sin mayor dificultad, que pueda actuarse no sólo frente al hecho consumado de la lesión a un interés ajeno desprotegido por la ley, sino también a través de una acción inhibitoria destinada a evitar daños futuros y previsibles o a impedir la continuación de aquéllos en acto. Así lo confirma, en parte, este párr. 2° cuando expresa que se podrán adoptar las medidas judiciales o administrativas "que impidan la persistencia del abuso".

Es cierto, también, que el referido art. 7° no menciona expresamente la posibilidad de accionar para evitar daños futuros y previsibles, como sí lo hace el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. En este numeral se prescribe que "el interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda". No obstante el silencio de la ley española, y tal como se ha remarcado, la doctrina admite la posibilidad de accionar frente a daños futuros y previsibles.

La doctrina admite que debe existir un nexo causal entre el acto abusivo y el daño que se ocasione al interés ajeno no tutelado por una específica norma jurídica, aunque ello no se desprenda obviamente del texto del propio art. 7° en referencia[88].

[88] Martín Bernal, en cambio, sostiene que en la teoría del

Castán Vásquez, al participar de esta opinión, considera además que la carga de la prueba corresponderá al actor, pues lo contrario significaría presumir el abuso del derecho cuando lo que ha de presumirse es la buena fe, la vivencia del valor solidaridad [89]. Como es evidente, la prueba ha de referirse a los mismos elementos que integran y que concurren a la concreción de la figura del abuso del derecho.

A propósito del daño a interés ajeno, es de suma importancia destacar la opinión que al respecto nos ofrece Díez-Picazo. Para este autor el daño no constituye un elemento esencial para configurar la idea del abuso del derecho, sino tan sólo un presupuesto necesario para que el lesionado tenga acceso a la indemnización. De acuerdo con este criterio el acto puede ser abusivo a pesar de no existir un daño efectivo, sólo que conduciría a la producción de otro tipo de consecuencias jurídicas. Compartimos la opinión de Díez-Picazo ya que, como lo hemos advertido, es posible accionar, sustentándose en el abuso del derecho, con anterioridad a la presencia de un daño emergente. Se trata del caso, expresamente considerado por el Código Civil peruano de 1984, de interponer una acción destinada a evitar un daño futuro y previsible. Por lo demás, en el art. 7° del Título Preliminar del Código Civil español se alude, indirectamente, a esta hipótesis cuando se expresa que el daño dará lugar no sólo a la correspondiente indemnización, sino también a "las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso". Es obvio que, aunque el numeral expresamente no lo diga, tales medidas pueden

---

abuso del derecho "no puede advertirse una relación de causalidad entre el acto y el daño". Y agrega que en el art. 7°, ap. 2, del Cód. Civil español, "no se percibe tal relación" (*El abuso de derecho*, p. 144).

89 Castán Vásquez, *El abuso del derecho*, t. I, vol. 1, p. 521-522.

también estar dirigidas a evitar un abuso del derecho futuro y previsible.

j) *Consecuencias del acto abusivo.* Los efectos o consecuencias del acto abusivo se hallan contemplados con claridad en el art. 7° del Título Preliminar del Código Civil español, bajo comentario.

La primera consecuencia, atinente a su propia naturaleza, es que la ley no lo ampara. No es, por tanto, un acto lícito sino uno ilícito, aunque dicha ilicitud, a nuestro parecer, sea *sui generis* (ver § 37). Así lo reconoce, tajantemente, Puig Brutau, cuando afirma que "los actos abusivos son calificados de actos ilícitos a los que la ley no ampara", a pesar de "haberse realizado bajo el pretexto del ejercicio de un derecho"[90].

La víctima del acto abusivo, de conformidad con el citado art. 7°, tiene la doble posibilidad de reclamar la indemnización del daño efectivamente causado como la de solicitar la adopción de medidas judiciales o administrativas destinadas a impedir la persistencia del abuso. Y, tal como lo hemos puesto de manifiesto en el punto anterior, podría también pedir tutela judicial ante la eventualidad de un daño futuro y previsible.

Es interesante anotar que, de acuerdo con el numeral bajo revisión, caben acciones fuera del campo del derecho civil para impedir la persistencia del acto abusivo. El artículo, en efecto, menciona también la posibilidad de pronunciamientos de carácter administrativo dirigidos a tal propósito.

El agraviado o víctima del abuso del derecho tiene pues la facultad de accionar para reclamar la correspondiente indemnización frente al daño sufrido y probado. Así, se podrá condenar al abuten-

[90] Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*, p. 435.

te, si fuere el caso, a restaurar las cosas al estado anterior o a deshacer lo hecho.

k) *La acción preventiva.* Pero, lo que significa un evidente progreso en la evolución de la doctrina del abuso del derecho y tal como se ha puesto de manifiesto, es dable también accionar para impedir la continuación del acto abusivo o intentar una acción destinada a evitar que se cometa un futuro y previsible abuso del derecho. Esta acción inhibitoria es de suma importancia desde que la tutela de los derechos, especialmente los de la persona, exige una acción preventiva, antes que se produzca el daño. Es absurdo, frente a la casi certidumbre de sufrir un daño –que podría ser irreversible– que el sujeto se encuentre jurídicamente desamparado.

Se ha escrito, con acierto, que no puede "esperarse a que recaiga sentencia que declare el abuso, o a adoptar las medidas tras aquélla, cuando ya puedan resultar inútiles por tardías"[91]. Por ello, son importantes las medidas cautelares para evitar el acto abusivo. Se cita como ejemplo la inminente venta al extranjero de una obra de arte de excepcional valor la que, por carencia de precisas disposiciones legales, sería luego irrecuperable con detrimento del patrimonio nacional. Según opinión de conocidos tratadistas[92], en esta hipótesis se justificaría "el secuestro judicial del objeto u otra medida semejante, hasta cuando se pronuncien los tribunales sobre si hubo o no abuso del derecho de enajenación"[93].

91 Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 127.

92 Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 127.

93 Lacruz Berdejo - Luna Serrano - Rivero Hernández, *Elementos del derecho civil*, vol. 3, p. 127.

En este sentido el Código Civil peruano de 1984, faculta al presunto agraviado a accionar para evitar los efectos de un futuro ejercicio abusivo de un derecho.

§ 48. *Código Civil de Portugal de 1967.* – En el Libro Primero del Código Civil de Portugal que contiene la Parte general, dentro del Subtítulo IV, "Del ejercicio y tutela de los derechos", se ubica el art. 334, el mismo que considera directamente como ilícito al abuso del derecho. El mencionado numeral prescribe: "Es ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho".

El texto resuelve la cuestión relativa a la naturaleza del abuso del derecho al calificarlo, sin titubeos o ambigüedades, como un acto ilícito. De este modo, a nivel legislativo, se zanja definitivamente toda duda que pudiera aún persistir al respecto. El Código Civil de Portugal es así el primer código que, de conformidad con un importante sector de la doctrina, establece explícitamente la ilegitimidad del acto abusivo.

El Código portugués, por otra parte, consagra el criterio objetivo para la caracterización del abuso del derecho al hacer referencia a la finalidad social o económica del derecho. A este planteamiento adosa otro, de profunda raíz moral, como es la determinación de la buena fe y de las buenas costumbres como principios claves para la comprensión del abuso del derecho.

Como se puede apreciar, el texto de este art. 334, tal como lo había hecho en su momento el Código Civil suizo de 1907, utiliza la expresión "exceso manifiesto", a cuyos alcances ya nos hemos referido al

comentar el nuevo art. 7° del Título Preliminar del Código Civil de España (ver § 47).

B) Ordenamientos jurídicos latinoamericanos

§ 49. *Introducción.* – El Código Civil peruano de 1936 fue el primero en el mundo que utilizó, directa y categóricamente, la expresión "abuso del derecho". En un conciso y breve artículo –alabado por unos, criticado por otros–, acertadamente ubicado en el Título Preliminar, se decía escuetamente: "La ley no ampara el abuso del derecho".

Antes, en 1907, el Código Civil suizo, que junto con el alemán y el brasileño inspiraron al codificador peruano de 1936, prescribía, en una fórmula muy genérica: "Que cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe", para añadir en el mismo numeral: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley" (ver § 45).

No obstante, otros códigos civiles latinoamericanos anteriores al peruano de 1936 aluden, sin expresarlo, al abuso del derecho. En ellos, ciertamente, no encontramos una explícita prohibición del tal abuso, pero sí una indirecta e imprecisa referencia al tema, lo que obliga a un esfuerzo interpretativo cuyos resultados no son compartidos por todos los autores. Es el caso, entre otros, del Código Civil peruano de 1852 y del uruguayo de 1868 (ver § 50).

El Código Civil peruano de 1852, a semejanza del Código Civil uruguayo de 1868, hace una referencia directa al tema en su art. 2211, el mismo que prescribe que no hay obligación de indemnizar los daños causados en el ejercicio de un derecho "a no ser que entre los modos de ejercerlo, se haya escogido voluntariamente el que era perjudicial".

En el art. 1321 del Código uruguayo se dispone: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable". Como se advierte, en este numeral encontramos el lejano y vago precedente de lo que después sería la doctrina del abuso del derecho. Este artículo, bajo la óptica de una visión individualista del derecho –imperante en la época–, utiliza la palabra "exceso", con lo que el problema se situaría en el ámbito de la licitud desde que de dicho exceso no se derivaba un evidente y declarado caso de acto ilícito.

Al respecto cabe señalar que, dentro de una moderna concepción, como es la que profesa Josserand, se suele distinguir técnicamente entre lo que significa un acto excesivo, un acto abusivo y un genérico acto ilícito. Dentro de este planteamiento el referido "exceso" no logra definir lo que en la actualidad se suele entender por abuso del derecho.

No está de más indicar, como lo hacen ciertos autores, que la idea de "exceso" resultaba implícita en el art. 1071 del Cód. Civil argentino de 1869, con anterioridad a la reforma de 1968. Ésta es, al menos, la opinión de un sector de la doctrina argentina. El texto de dicho antiguo numeral prescribía: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". En verdad, se requiere de un agudo esfuerzo interpretativo para deducir de este texto una condena del ejercicio "excesivo" de un derecho.

La idea del "exceso" reaparece también, tardíamente, en el Código Civil venezolano de 1942, reformado en 1982. Dejando de lado el modelo que le ofrecía el Código Civil peruano de 1936, el codificador venezolano prefiere repetir aproximativamente, en la segunda parte del art. 1185, el texto del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones de 1929.

Se establece así el poder de resarcir un daño a otro como consecuencia de un "exceso" en el ejercicio de un derecho en relación con los límites "de la buena fe o el objeto en vista del cual dicho derecho le fue atribuido".

Entre los códigos civiles latinoamericanos que condenan de modo expreso el abuso del derecho deben señalarse, además de los peruanos de 1936 y de 1984, el de Argentina, modificado en 1968, el de Guatemala de 1975, el de Bolivia de 1976 –a propósito del derecho de propiedad– y el del Paraguay de 1987.

Otros códigos civiles, como el del Brasil de 1916, obligan a una interpretación en sentido contrario para obtener como resultado el calificar como acto ilícito al abuso del derecho (ver § 53).

Los códigos civiles latinoamericanos promulgados en el siglo pasado bajo la inspiración del Código Civil de los franceses no contienen normas expresas de condena del abuso del derecho, salvo que hayan sido sometidos a una profunda revisión como ocurrió con el Código Civil argentino de 1869 en el año de 1968 (ver § 52). Es así el caso, entre otros, del Código Civil chileno de 1855, obra de Andrés Bello, el mismo que no recoge ninguna disposición concreta que prohíba, en general, el acto abusivo. No obstante, no ha faltado algún autorizado comentarista de dicho Código que considera que "sin necesidad de usar concretamente la expresión misma, o alguna equivalente, es sabido que el Código Civil chileno acogió en su seno el principio del abuso del derecho"[94].

§ 50. *Código Civil del Uruguay.* – La doctrina uruguaya se halla dividida en relación a si en el art.

94 Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 265.

1321 del Cód. Civil de 1868, aún vigente, se hace expresa referencia o no al abuso del derecho. Este artículo establece: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable". El numeral guarda cierta concordancia con el art. 1071 del Código Civil de Vélez Sársfield –antes de la reforma de 1968–, hecho que es explicable si se tiene en consideración que el Código argentino constituye el antecedente inmediato del uruguayo.

Según Peirano Facio, la más cotizada doctrina tradicional parece inclinada a sostener una posición negativa. Al efecto cita el pensamiento de Amézaga, en el sentido de que el art. 1321 era sólo "un sabio y prudente consejo de que no hay derechos absolutos y de que los derechos tienen sus límites"[95]. Para Peirano Facio el punto de vista expresado por Amézaga "carece de un sólido fundamento, ya que nada induce a pensar que esta norma sea sólo un prudente consejo. Por el contrario, ella es imperativa y fue establecida para desarrollar la idea del abuso del derecho en forma completa y precisa". El legislador, según este autor, "tuvo una visión perfectamente clara de que con él daba entrada en nuestra ley positiva a la tesis del abuso del derecho"[96]. De otra parte, la jurisprudencia ha aceptado la tesis de que en el art. 1321 se sanciona el abuso del derecho, valiéndose de él para ordenar la reparación de los daños generados por el acto abusivo.

Spota coincide con la posición de Peirano Facio, cuando expresa que "bien hizo el legislador uruguayo en determinar que sólo el ejercicio sin exceso de la prerrogativa torna sin responsabilidad al

[95] Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 290.
[96] Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 290.

titular de esa facultad jurídica"[97]. Según este tratadista, el texto uruguayo consagra la tesis de la relatividad de las prerrogativas individuales que el ordenamiento atribuye al sujeto de derecho.

Spota replantea la conocida cuestión de si el término "exceso" en el ejercicio de un derecho importa el abuso del mismo. Recuerda, al respecto, que si se adoptara la posición de Josserand ello no sería posible en la medida que el jurista francés formula una distinción entre el acto excesivo y el acto abusivo. No obstante este planteamiento, estima que el art. 1321, al referirse al ejercicio de un derecho, consagra el principio del abuso del derecho.

Sobre el problema relativo a la diferencia que pudiera existir entre acto excesivo y acto abusivo cabría recordar la precisión de ciertos autores italianos en el sentido de que, se trate de uno o de otro acto, "el resultado, en la práctica, no cambia: en un caso o en otro, el autor del comportamiento excesivo o abusivo se enfrentará a la reacción negativa del ordenamiento, al mismo tiempo en el cual el sujeto (contraparte o tercero), que haya sufrido los efectos negativos, podrá utilizar los instrumentos de tutela que la ley, en cada caso, le ofrece"[98].

Ordoqui no comparte las apreciaciones de Peirano Facio. En su opinión el Código Civil no pudo haber recogido la teoría del abuso del derecho desde que su consagración aparece tan sólo en 1905 en el pensamiento de Josserand y Saleilles (ver § 43, c). Admite, no obstante, que el texto del citado art. 1321 deja abiertas algunas dudas.

[97] Spota, Alberto G., *El abuso del derecho en las legislaciones latinoamericanas*, en Rotondi, Mario, "Inchiesta di diritto comparato", p. 427.

[98] Bigliazzi Geri - Breccia - Busnelli - Natoli, *Diritto civile*, p. 373.

Ordoqui adhiere a la tesis de Amézaga. De la opinión de este autor deduce que el art. 1321 se reduce sólo a establecer algunas limitaciones al criterio del absolutismo de los derechos dominante en la época de la promulgación del Código Civil. Por ello, Ordoqui alaba al codificador al señalar que se encontraba actualizado en relación con las últimas doctrinas de su tiempo[99].

En lo que concierne al alcance del art. 1321 es posible detectar dos posiciones. La primera de ellas sostiene que dicha norma es sólo un caso más de responsabilidad por acto ilícito. La segunda afirma, en cambio, que en tal numeral se aloja una fórmula autónoma de responsabilidad.

Esta última tesis, que según Peirano Facio ha sido planteada por la doctrina contemporánea en muy contadas oportunidades, es asumida por una reciente corriente jurisprudencial de su país[100]. Esta posición, que es sostenida por un calificado grupo de magistrados, obligaría, según Peirano Facio, a reelaborar el criterio fundamental de la culpa, el régimen de la acción, la prescripción de la acción de responsabilidad, entre otros conceptos, "a los efectos de crear el estatuto de este nuevo tipo de responsabilidad, distinto de la responsabilidad común emergente de los hechos ilícitos"[101]. Aún más, en su opinión "habría que llegar a sostener que sería preferible no aplicar estas disposiciones que, por definición, sólo están previstas para los casos en que exista un hecho ilícito", por lo que el abuso del derecho, en consecuencia, devendría una fuente autónoma similar, tal vez, a la que en algunos casos pueden constituir los cuasicontratos.

99 Ordoqui, *Derecho extracontractual*, vol. 2, p. 156-157.

100 Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 292.

101 Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 292.

Para el citado autor, la tesis que postula la autonomía de la figura no es aceptable dentro del sistema del Código Civil uruguayo, ya que "no existe ninguna razón sólida para sostener que con el art. 1321 el codificador oriental ha producido una revolución dentro del sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones introduciendo, en forma subrepticia, una nueva causa generadora de relaciones obligacionales" [102]. En opinión de Peirano Facio todo el sistema legal uruguayo está estructurado sobre la base del supuesto de que el abuso del derecho "es una de las tantas situaciones que pueden presentarse a propósito de la responsabilidad por hecho ilícito" [103].

En lo que atañe al criterio adoptado por la jurisprudencia para determinar en qué circunstancias se produce un "exceso" de parte del titular de un derecho, se advierte que ella está dividida entre los que sostienen la posición clásica, intencional o subjetiva, y aquellos que prescinden del criterio del dolo y se inclinan a reparar el daño en las situaciones de ignorancia, imprudencia o cuando se contraría la función económico-social del derecho.

En conclusión, según Peirano Facio, la responsabilidad prevista en el art. 1321 del Cód. Civil uruguayo es simplemente un caso de hecho ilícito, por lo que descarta que en tal numeral cristalice una fórmula autónoma de responsabilidad civil. De ahí que la problemática del abuso del derecho debe solucionarse dentro de las reglas de la responsabilidad extracontractual, es decir, de conformidad con las genéricas normas sobre la ilicitud y la culpa [104].

102 Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 292-293.

103 Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 298.

104 Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*, p. 297.

Con referencia a las observaciones de Peirano Facio en relación al tratamiento dispensado por el Código Civil uruguayo, es conveniente expresar que dicha interpretación no se aplica en cuanto a la solución adoptada por el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano.

En efecto, y como se verá más adelante (ver § 61), dicho numeral contiene una fórmula autónoma del abuso del derecho en la medida que se establecen las consecuencias derivadas de la simple amenaza o de la consumación de un daño a raíz de un acto abusivo. No es pues necesario acudir para el caso a las normas que regulan la genérica responsabilidad civil extracontractual.

§ 51. *México.* – El Código Civil mexicano para el Distrito Federal no contiene una fórmula precisa de condena del abuso del derecho. En su art. 16 enuncia, de modo genérico, que los habitantes deben ejercer sus actividades y usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad. De este texto, de amplios alcances, a la luz de los avances de la doctrina y de la jurisprudencia de nuestros días, sobre la base de una interpretación en sentido contrario es posible inferir una descalificación jurídica del ejercicio abusivo de un derecho en la medida que cause un perjuicio a otro.

El art. 16 debe concordarse con el art. 1912 por el cual, dentro de una orientación doctrinaria ya superada, se limita la obligación de indemnizar un daño, ocasionado a propósito del ejercicio de un derecho, en la hipótesis probada de haberse cometido el acto abusivo con la única intención de dañar. En el art. 840, al referirse al derecho de propiedad, se señala complementariamente que no es lícito el ejercicio de este derecho "de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

El articulado del Código Civil mexicano se inspira, claramente, en el texto restrictivo del Código Civil alemán de 1900 (ver § 44). Por lo demás, en la redacción del art. 840 se advierte un error de técnica jurídica al utilizar indebidamente el vocablo "tercero" en vez de la expresión "otro" para referirse a la víctima del daño. En igual defecto se incurre, como lo hemos anotado (ver § 47), en el Código Civil español luego de su reforma de 1974.

El haberse adoptado por el citado Código únicamente el criterio subjetivo para apreciar el fenómeno del abuso del derecho, a imagen y semejanza del Código Civil alemán de 1900, supone, como elocuentemente lo expresa Spota, el "permanecer anclado en la doctrina de los actos de emulación (*aemulatio*), o sea, en las primeras y más rudimentarias etapas del proceso de configuración de un principio fundamental del derecho" [105].

Similar posición a la del Código Civil mexicano para el Distrito Federal es adoptada por algunos códigos civiles de diversos Estados entre los que cabe mencionar los de Querétaro, Jalisco, Chihuahua, Nuevo León y Morelos. En el Código Civil de este último Estado, por ejemplo, encontramos el art. 2014 que, en la huella del art. 1912 de aquel del Distrito Federal, prescribe que cuando al ejercitar un derecho se causa 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 mismo principio se aplica en el caso específico del ejercicio del derecho de propiedad, cuando en el art. 946 se enuncia que no es lícito ejercitar este derecho de manera que "no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin

[105] Spota, *El abuso del derecho en las legislaciones latinoamericanas*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 428.

utilidad para el propietario". Observamos el uso indebido del término "tercero" para indicar a la víctima del daño, que es el "otro" de la relación jurídica.

En la etapa de corrección de pruebas de este trabajo llega a nuestras manos el novísimo Código Civil para el Estado de Quintana Roo de México. En el art. 31, inserto dentro del Título Preliminar, se establece: "Las leyes, reglamentos, u otras disposiciones de observancia general, se aplicarán de buena fe por las autoridades y los particulares las observarán y cumplirán también de buena fe". El art. 32 prescribe, por su parte: "El uso abusivo que hagan las autoridades de sus atribuciones legales y todo abuso que de su derecho realicen los particulares es causa de responsabilidad civil".

Apreciamos, con satisfacción, que el art. 32 consagra la tesis que venimos sosteniendo en este trabajo, es decir, que el abuso del derecho constituye una figura jurídica autónoma, en tanto configura una causal de ilicitud *sui generis*, que no puede reducirse ni confundirse con la responsabilidad civil en general, que tiene como presupuestos el dolo y la culpa. Este artículo establece, precisamente, que el acto abusivo es presupuesto autónomo de responsabilidad civil, con independencia, por tanto, de la generación de dolo o culpa.

Es de advertir que, por obvias razones de seguridad jurídica, el art. 33 del mismo Código prescribe que el derecho a reclamar los daños y perjuicios a que se refiere el art. 32, "dura un año contado a partir del día en que el ofendido tenga conocimiento del hecho abusivo".

§ 52. *La Argentina.* – En las siguientes páginas ofrecemos un panorama del vivaz e interesante debate doctrinario suscitado en la Argentina en torno al concepto del abuso del derecho a partir de la promulgación del Código de Vélez Sársfield. En

ellas podremos apreciar también el rol que ha cumplido la jurisprudencia y las diversas fórmulas legislativas contenidas en varios anteproyectos hasta la importante reforma de 1968.

a) *El derecho argentino anterior a la reforma del Código Civil en 1968.* El Código Civil argentino promulgado el 25 de septiembre de 1869, a semejanza de muchos otros códigos civiles de la época, no consagró el principio general de prohibición del denominado abuso del derecho. Ello se explica, en opinión de Fleitas, en virtud de las ideas individualistas de su eminente autor, don Dalmacio Vélez Sársfield. Este hecho no es de extrañar en la medida que esta corriente de pensamiento era la dominante por aquellos tiempos[106]. No podía esperarse que el extraordinario Código Civil de Vélez recogiera, de modo expreso y claro, una teoría adversa a los principios individualistas que impregnaban el articulado de los códigos civiles herederos del Código Civil de los franceses de 1804. Esto no obstante que, presumiblemente, Vélez Sársfield no ignoraba los principios atinentes a la prohibición de los actos abusivos[107].

La casi totalidad de la doctrina jurídica argentina ha considerado que el texto del art. 1071, y los demás que con él concordaban, hacía imposible la aplicación de la teoría del abuso del derecho. Sin embargo, y como lo apreciaremos más adelante, no faltaron algunos comentaristas del Código de 1869

106 Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 154.

107 Vélez Sársfield, en opinión de Fleitas, no pudo haber ignorado la represión del abuso del derecho en atención a las fuentes consultadas para la redacción del Código Civil de 1869, como es el caso de la jurisprudencia francesa, el antiguo derecho francés, el Código Civil de Prusia de 1794, entre otras. Cfr. Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 155 y siguientes.

que han opinado de manera diferente. Según éstos, el abuso del derecho no estuvo excluido de este cuerpo legal por lo que era viable recurrir a esta teoría para controlar los excesos cometidos en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Borda afirma al respecto que los términos categóricos en que estaba redactado el art. 1071 del Código de Vélez, antes de la reforma de 1968, implicaban un "enérgico repudio" de la teoría del abuso del derecho. El mencionado art. 1071 tenía el siguiente texto: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto". No obstante la contundencia conceptual de este numeral, y como lo señala el autor, la teoría del abuso del derecho se fue abriendo paso en la jurisprudencia, si bien "con suma lentitud y timidez". Para ello, algunos fallos judiciales se sustentaban en el art. 953, que establece que los contratos no pueden tener un objeto que sea contrario a las buenas costumbres[108].

A pesar de las expresiones de Borda, glosadas en el párrafo anterior, el propio autor señala que Vélez "no aceptaba el carácter absoluto de los derechos y que intuyó que el ejercicio de ellos debía estar limitado por razones de conveniencia social y de moral". En sustento de su afirmación Borda se refiere a los arts. 1739, 1978, 2141, y las disposiciones sobre restricciones y límites del dominio[109].

La reforma constitucional de 1949, como lo recuerda Borda, consagró de modo explícito el principio del abuso del derecho en su art. 55, al establecer: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, pero tampoco ampa-

[108] Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 33.
[109] Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 45.

ran a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes". A raíz de la promulgación de esta Constitución se desarrolla una fecunda jurisprudencia, la que no se altera cuando dicha reforma queda sin efecto. Así lo testimonia una importante sentencia de la Corte Suprema de 1956, por la que se declara la vigencia de la figura del abuso del derecho dentro del derecho positivo. Y ello, como se declara expresamente, "con prescindencia del precepto constitucional que lo consagraba" [110].

Es útil recordar, en consecuencia con lo expresado en el párrafo precedente, la opinión de Spota confrontada con la de Lafaille. Este último sostenía que mientras existieran en el Código Civil reglas como las de los arts. 2506, 2513 y otras semejantes, "todos los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia permanecerán estériles para remozar nuestras instituciones, porque se estrellan contra una armazón sólidamente construida" [111]. Frente a esta categórica afirmación Spota considera, por el contrario, que si bien es admisible "creer que nuestro codificador sólo prestó adhesión a un crudo individualismo económico", ello no significa ser tributarios de una pobre noción de las tareas de la doctrina y de la jurisprudencia creadora frente a la legislación. A este propósito sostiene que no es posible concebir que "la misión de la jurisprudencia es ceñirse a las valoraciones superadas, propias de las ideas de una época que no es la de nuestros días" [112].

[110] Borda, *Manual. Parte general*, p. 33.

[111] Lafaille, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, t. 1, p. 374.

[112] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 52.

Hay que esperar hasta la importante reforma del Código Civil de Vélez Sársfield de 1869, producida en el año 1968 y de la cual es destacado protagonista el eminente maestro Guillermo A. Borda, para la incorporación dentro de ese cuerpo legal de una disposición que condena en forma expresa el abuso del derecho. No obstante, un apreciable sector de la doctrina, en consonancia con la orientación jurisprudencial antes referida, opina que dicho instituto se hallaba implícito en el texto del Código Civil de 1869. Como es dable apreciar, existe disparidad de opiniones entre los autores en lo concerniente a este específico asunto.

Es del caso recordar algunas opiniones vertidas, hace ya mucho tiempo, que interpretaban que el art. 1071 del Código de Vélez, antes de la reforma de 1968, no representaba un obstáculo insalvable para la admisión del principio del abuso del derecho. En este orden de ideas es importante registrar el parecer de Segovia, para quien "si el derecho se ejercita de una manera irregular o agraviante y se causa un daño en que interviene alguna culpa o negligencia, habría que responder del perjuicio"[113]. Esta opinión tiene el particular mérito de haber sido expuesta al finalizar el siglo XIX, más precisamente en 1881.

b) *El Anteproyecto Bibiloni de 1936.* Este Anteproyecto no admitía el abuso del derecho. Por el contrario, en una nota muy expresiva y polémica, lo rechazaba de modo categórico. Prueba de ello es la redacción del art. 411 del Anteproyecto, que prescribía: "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero". Este texto, de suyo elocuen-

[113] Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. 1, p. 293.

te, trasunta una extrema, decidida e inconmovible posición individualista. Bibiloni sostiene que una sociedad moderna no puede estar regida por una doctrina como es la del abuso del derecho, ya que es la ley "estable, conocida de antemano, que permite ajustar los actos a sus disposiciones", señalando que estas disposiciones "no pueden ser derogadas por el arbitrio personal del juez", ya que éste es "su intérprete y no su dueño". Y agrega que "los hombres de bien no pueden ser sacrificados entregándolos a la deshonestidad de los deudores sin escrúpulos, a los litigantes temerarios, porque en algún caso, se abuse de una situación". Establecer en el ordenamiento positivo la condena del acto abusivo significaba para el eminente Bibiloni "un concepto viciado de lo que es la función de la ley, y una caracterizada sublevación contra su imperio" [114].

La posición adoptada en este punto por Bibiloni fue motivo de justificada crítica. Tobal, al comentar la propuesta de Bibiloni, reconoce que "no estaba lejos de la educación filosófica de Vélez". La cultura de su época "le había formado en ese respeto excesivo a la personalidad, en desmedro de los fines sociales, y el derecho así encarado tenía necesariamente que llevar a una exageración de las facultades del individuo" [115].

Es del caso dejar constancia que Bibiloni, al redactar en su Anteproyecto la parte pertinente al abuso del derecho, se apartó de una recomendación aprobada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba. De las Actas de esta importante reunión resulta que, sobre la base de una ponencia de Aguiar, se acordó un texto con-

[114] *Reforma del Código Civil. Observaciones y Actas de la Comisión*, t. I, p. 203-214.

[115] Tobal, Gastón F., *Nuestro nuevo derecho (Hacia una ley más humana y más justa)*, p. 29.

denatorio del abuso del derecho. En efecto, se proponía: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercitase sin necesidad o beneficio para el titular y en perjuicio de alguien" [116].

Es importante anotar que, luego de la culminación del Anteproyecto Bibiloni, se reúne, también en Córdoba, en 1937, el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, con el propósito de analizar dicha propuesta. En este certamen científico se debatió, como era lógico, el visible problema del abuso del derecho. Y, como era también de esperarse, de acuerdo con los tiempos y la evolución del pensamiento filosófico, social y jurídico, se recomendó por mayoría, nuevamente, la inclusión en el Código proyectado de una cláusula represiva del abuso del derecho. El texto aprobado fue el siguiente: "El que en el ejercicio de su derecho causare un daño a otro debe repararlo si obró con dolo o con culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho fue conferido" [117]. De la comparación de este último texto con el proyectado en el Primer Congreso, se advierte un definitivo avance, ya que en el propuesto en el Segundo Congreso se incorpora, al lado del criterio de la intencionalidad, los criterios de la buena fe y el finalista.

La propuesta de Bibiloni fue discutida en el seno de la Comisión Reformadora de 1936, habiéndose presentado opiniones discrepantes entre sus miembros. Ante tales disensos la Comisión prefirió no pronunciarse y guardó silencio.

[116] *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, p. 185.

[117] *Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, p. 166.

Es del caso mencionar, en lo que concierne al Anteproyecto Bibiloni que Lafaille y Salvat sometieron a la Comisión, sin lograr su aceptación, una modificación del referido art. 411. El texto planteado por estos autores era el siguiente: "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales aunque de ello resulte perjuicio a tercero si no mediare abuso del agente"[118].

c) *El Proyecto Llambías de 1954.* Cabe señalar que el Proyecto de Llambías de 1954 incorporaba a su articulado la figura del abuso del derecho. El art. 235 prescribía, en un primer párrafo, la condena del abuso del derecho, al expresar, de modo directo y rotundo: "La ley no tolera el abuso del derecho". En un segundo párrafo, Llambías establece los criterios para su determinación, a través del siguiente enunciado: "Se entenderá abusivo el ejercicio de un derecho cuando se contraríe las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento". Es decir, Llambías deja de lado el criterio subjetivo de la intencionalidad o el del ánimo de perjudicar, y los sustituye por los criterios objetivos de la finalidad o función para el cual fue creado el derecho subjetivo y el de la buena fe[119].

La reforma que se opera en 1968, como se apreciará más adelante, otorga una nueva redacción al art. 1071 del Cód. Civil. A través de ella se recoge normativamente la figura del abuso del derecho, lo que significa una profunda innovación introducida

118 *Reforma del Código Civil*, t. I, p. 254.

119 Mosset Iturraspe y Moisset de Espanés no comparten la opinión de la objetividad del criterio de la buena fe. En la obra *Contratación inmobiliaria*, expresan en la p. 146 lo siguiente: "Pensamos, sin embargo, que no se trata realmente de un criterio objetivo, porque el actuar contra la moral, o las buenas costumbres requiere, sin duda, una decisión voluntaria del sujeto en tal sentido, similar a la voluntariedad que inspira al acto ilícito".

en ese importante cuerpo legal, la misma que tiene la virtud de actualizar el Código Civil argentino en relación con las tendencias doctrinales y jurisprudenciales comparadas, ampliamente favorables a la consagración legislativa del principio general del abuso del derecho.

d) *Posición de la doctrina anterior a 1968.* El citado art. 1071, antes de su radical transformación en 1968, establecía: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". Esta prescripción, como ha de apreciarse, se mantuvo, con un importante agregado, como primer párrafo del nuevo art. 1071. Un sector de la doctrina, de tendencia extremadamente liberal, consideraba que este dispositivo suponía la no admisión del principio del abuso del derecho. Para otro, en cambio, dicho texto no podía ser un obstáculo para su reconocimiento. Los primeros se basaban en la nota de Vélez al texto del mencionado artículo, en la cual recogía el aforismo justinianeo *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*, y se citaba un precepto del Código de Prusia.

Se alinea Spota entre los que consideran que el antiguo texto del art. 1071 no representaba un obstáculo concluyente para la admisión del instituto del abuso del derecho. No lo justifican, en su concepto, los antecedentes históricos vinculados a la nota puesta por Vélez Sársfield ya que, frente a ellos, se alza aquel otro atribuido a Paulo en el sentido de que *non omne quod licet honestum est*, es decir, que no todo lo lícito es honesto[120]. En conse-

[120] Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 100. Spota trata, de modo extenso y documentado, los antecedentes históricos del art. 1071 en su versión anterior a la reforma de 1968, en p. 101-185.

cuencia, se trata de dos principios que no se excluyen sino que deben complementarse armónicamente a la luz de la dimensión social del derecho.

En el pórtico de su obra dedicada al tema del abuso del derecho, Spota adelanta su opinión sobre el argumento expresando, de modo sintético y concluyente, que "ni el principio del abuso del derecho es extraño a nuestro ordenamiento jurídico, ni los derechos subjetivos pueden moverse en sentido contrario al fin de cada institución"[121]. Esta apreciación, como lo declara el propio autor, es concordante con la difundida tesis finalista de Josserand (ver § 43, e). El supuesto de su posición, como él mismo lo indica, es la comprobación del hecho de la relatividad de los derechos, al afirmar que "ésta es la regla", ya que "los derechos absolutos o incausados constituyen un conjunto tan reducido que su ámbito va siendo de más en más estrechado"[122].

En definitiva, en opinión de Spota, el principio del abuso del derecho "ha hallado concreción en el mismo art. 1071, no obstante que sea común entre nosotros invocar esta norma como precepto concluyente para afirmar la improcedencia legal de la teoría del abuso de los derechos"[123].

En cambio, Laquis es de los que sostenían que la teoría del abuso del derecho "no ha sido acogida por el Código Civil, por cuyo motivo queda librada su aplicación en cada caso al criterio particular del juzgador, que puede ser restringido o amplio, o fundado en distintas concepciones, morales, políticas, sociales o económicas"[124].

121 Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 7.

122 Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 17.

123 Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2, p. 100.

124 Laquis, Manuel A., *El pacto comisorio. La ley 14.005 y el abuso del derecho*, *JA*, 1966-IV-23.

Risolía se manifiesta contrario a la teoría del abuso del derecho. Estima que esta teoría "desemboca fatalmente en un criterio de relatividad de los derechos subjetivos; sacrifica los principios de voluntad, libertad, autonomía; favorece la arbitrariedad judicial y siembra la indecisión con el pretexto de la justicia concreta"[125]. Como se puede apreciar, la crítica de Risolía apela a diversos argumentos en su afán por negar una teoría que, en concepto de la mayoría de los autores argentinos, es válida y viable.

e) *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil en 1968.* El nuevo art. 1071, redactado con ocasión de la importante reforma del Código Civil realizada en 1968, tiene el siguiente texto: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal, al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"[126]. Esta innovadora concepción del derecho alcanzó también a otros artículos que ostentaban en el Código de Vélez un texto de corte exageradamente individualista, como era el caso del art. 2513.

El antiguo art. 2513 permitía al propietario de una cosa "desnaturalizarla, degradarla o destruirla", de donde su voluntad era decisiva, sin tener en mínima consideración los perjuicios que dicho comportamiento pudiera ocasionar a intereses ajenos o a la colectividad en general. El nuevo texto, que

[125] Risolía, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato*, p. 149.

[126] Para Borda, protagonista de la reforma del Código Civil argentino en 1968, "la regla capital de la reforma es la que introduce el abuso del derecho". Cfr. *Significado y alcance de las reformas introducidas al Código Civil*, p. 6-7.

acoge un renovado espíritu, establece en cambio que "es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular". Este artículo se halla en concordancia con el nuevo art. 2514, según el cual "el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades".

La reforma del art. 1071 se inspira, aparte de los fundamentos doctrinarios en que se apoya, tanto en el texto del art. 2° del Cód. Civil suizo de 1907 (ver § 45), como en aquel del Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1929. Del primero recoge el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho y, del segundo, tanto la idea del exceso en el ejercicio del derecho y de la existencia de ciertos límites determinados por los criterios de la función o finalidad para la cual el derecho ha sido creado, como el vincular el principio de la buena fe con el abuso del derecho. Sin embargo, el artículo bajo comentario, con acierto, incluye también el criterio derivado de la moral y las buenas costumbres.

El párr. 1° del renovado art. 1071 mantiene, como decíamos, el texto del anterior, pero con una interpolación que cambia radicalmente su sentido. En efecto, si bien se reconoce, como no podía ser de otra manera, que el ejercicio de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto, se aclara luego que ello será así siempre que dicha actuación sea *regular*. La intercalación de la palabra "regular" permite fácilmente interpretar, en sentido contrario, que deviene en ilícito el ejercicio irregular de un derecho. Lo irregular, por ende, es sinónimo de ilicitud.

Más allá de la problemática inherente a la interpretación de lo que pueda entenderse como uso regular o irregular de un derecho, tanto el sentido

común como la debida aplicación de los principios generales del derecho –la juridicidad, en una palabra– nos inducen a pensar y a concluir que es irregular el ejercicio de un derecho cuando es contrario a su finalidad o función económico-social, cuando causa o amenaza causar un daño manifiesto a un interés ajeno sin provecho propio, cuando es contrario a los principios generales del derecho antes citados. Es decir, cuando el ejercicio de un derecho colisiona con el papel que la comunidad otorga a la estructura jurídica, cuyo objetivo es lograr el vivenciamiento de un plexo de valores que permitan la pacífica y justa convivencia que posibilite la realización de cada persona humana dentro del bien común.

La ley argentina, como se observa, no consigna el tradicional criterio subjetivo para la caracterización del abuso del derecho. No alude, en efecto, a la intención del agente ni a un fin serio y legítimo por él perseguido. Por el contrario, consagra una concepción objetiva al considerar que el acto abusivo es aquel que contraría los *fines* que ella tuvo en mira al conceder el derecho. Es decir, acoge la teoría conocida como finalista o funcional, tan amplia y brillantemente desarrollada por Josserand (ver § 43, e). El juez, en consecuencia, deberá indagar si en la actuación del derecho, o en su omisión, el agente ha procedido o no respetando la finalidad propia del derecho subjetivo que le otorga el ordenamiento positivo, sin desviarlo de su específica función socio-económica.

f) *La doctrina posterior a la reforma de 1968.* Al referirse al criterio adoptado por el art. 1071, Alterini y López Cabana expresan, coincidentemente, que los efectos del acto abusivo, tales como esterilización de sus virtualidades, prevención del daño y reposición al estado anterior, "no dependen del factor subjetivo de atribución" y señalan que, de acuer-

do con su punto de vista, "ellos quedan habilitados por la sola ilicitud objetiva que resulta del ejercicio irregular del derecho". Descartan por ello el criterio de la culpabilidad que, de conformidad con el art. 1067 del Cód. Civil argentino, rige la responsabilidad por daños, la que debe estar, en principio, fundada en la culpabilidad, a menos que se trate de una hipótesis de "riesgo o vicio de la cosa"[127]. Del mismo parecer son Mosset Iturraspe y Moisset de Espanés[128].

Al interpretar el art. 1071, Spota sostiene "que toda desviación, toda tergiversación del poder jurídico de la persona con respecto a su fin social o económico, nos pone en presencia de un abuso del derecho". Y, agrega, que "ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios –*sine qua non*– para que promedie un acto abusivo ni el mismo implica, por sí, un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana". De ahí que Spota pueda concluir que "lo decisivo está dado por la desviación del derecho subjetivo con respecto a su finalidad". Todo ello permite afirmar al autor que "la doctrina del abuso del derecho ha de regirse por principios propios"[129]. De donde, como síntesis, cabe reiterar que de ser sólo una debatible y controvertida teoría, el abuso del derecho ha pasado, también en el ordenamiento jurídico argentino, a constituir un principio general del derecho.

Al lado de la tesis finalista o funcional, el Código Civil argentino considera con acierto, disyuntivamente, que debe también valorarse como acto

[127] Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., *El abuso del derecho. Estudio de derecho comparado*, *LL*, 1990-B-1101.

[128] Mosset Iturraspe - Moisset de Espanés, *Contratación inmobiliaria*, p. 157.

[129] Spota, *El abuso del derecho en las legislaciones latinoamericanas*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 397.

abusivo aquel que contraría la concepción moral imperante en la comunidad o que atenta contra determinados principios generales del derecho, como es el caso de la buena fe y las buenas costumbres.

De todo lo expuesto se desprende que el codificador argentino, a diferencia del suizo y del peruano, que elaboraron más bien textos abiertos por escuetos sobre el abuso del derecho, opta por la determinación de una gama de criterios que han de permitir al juez caracterizar dicho abuso.

La doctrina argentina no muestra una respuesta unánime en cuanto al hecho de la incorporación del abuso del derecho dentro del texto del Código Civil. Se registran múltiples opiniones favorables pero, al lado de ellas y aunque en menor número, también las hay contrarias a dicha figura. Entre los primeros cabe señalar a Borda[130], Lafaille[131], Busso[132], Fleitas[133], Spota[134], Llambías[135], Alterini[136], Salvat[137], Aguiar[138], Mosset Iturraspe[139], León[140],

130 Borda, *Tratado. Parte general*, t. I, nº 29 y ss., y *Manual. Parte general*, p. 29 y siguientes.

131 Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, vol. 2, p. 1722 y siguientes.

132 Busso, Eduardo, *A propósito del abuso del derecho*, en "Revista de Derecho Civil", t. 1, abr.-jun. 1929, p. 287.

133 Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 263.

134 Spota, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 2.

135 Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 178.

136 Alterini - López Cabana, *El abuso del derecho. Estudio de derecho comparado*, *LL*, 1990-B-1101.

137 Salvat, Raymundo M., *Teoría del abuso del derecho*, *LL*, 6-51, secc. doctrina, y *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 5ª edición.

138 Aguiar, Henoch D., *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, t. II, vol. 1, p. 106 y siguientes.

139 Mosset Iturraspe - Moisset de Espanés, *Contratación inmobiliaria*, p. 135 y siguientes.

140 León, Pedro, voz *Abuso del derecho*, en "Enciclopedia Ju-

Díaz de Guijarro[141], Acuña Anzorena[142], Alsina Atienza[143], Carranza[144], Leonfanti[145], Cordeiro Álvarez[146], Rezzónico[147], Castiglione[148]. Entre los que en alguna medida la adversan pueden señalarse los nombres de Condorelli[149], Laquis[150], G. A. Allende[151], Risolía[152] y Prayones y Dassen[153].

Es interesante señalar que quienes combaten la concreción del abuso del derecho a través de la reforma de 1968, impedidos de desconocer un precepto legislativo, en opinión de Mosset Iturraspe, "se afanan por formular una interpretación minimiza-

rídica Omeba", t. I, p. 124, y *La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", nº 5-6, jul.-ago. 1931, p. 29.

141 Díaz de Guijarro, Enrique, *El abuso del derecho y el proyecto de reformas del Código Civil*, LL, 60-12, secc. doctrina.

142 Acuña Anzorena, Arturo, *Culpa por omisión y abuso del derecho*, LL, 16-198.

143 Alsina Atienza, Dalmiro A., *Efectos jurídicos de la buena fe*, p. 299, y *El principio de la buena fe en el proyecto de 1936.*

144 Carranza, *El abuso del derecho en la ley 17.711*, y *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil.*

145 Leonfanti, María A., *Abuso del derecho*, y *Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva*, en "Homenaje al Dr. Pedro León", p. 315 y siguientes.

146 Cordeiro Álvarez, Ernesto, *La reforma del Código Civil*, en "Revista de la Universidad de Córdoba", jul.-sep. 1939, p. 183.

147 Rezzónico, Luis M., *El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral*, LL, 122-280.

148 Castiglione, José L., *El abuso del derecho*, JA, XV-45, secc. doctrina.

149 Condorelli, *El abuso del derecho.*

150 Laquis, Manuel A., *El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil*, en "Examen y crítica de la reforma", t. I, Parte general, p. 385-423 y *El pacto comisorio. La ley 14.005 y el abuso del derecho*, JA, 1966-IV-23.

151 Allende, Guillermo L., *Relatividad de los derechos y abuso del derecho*, LL, 83-923.

152 Risolía, *Soberanía y crisis del contrato*, p. 180.

153 Prayones, Eduardo R. - Dassen, Julio, *Abuso de derecho*, en "Revista de Derecho y Ciencias Sociales", nº II, Bs. As., ago. 1929, p. 87.

dora o restrictiva". Para el efecto, siempre según Mosset Iturraspe, reiteran los antiguos argumentos esgrimidos contra la figura del abuso del derecho[154].

Es así que Manuel A. Laquis, contrario a la teoría, señala que "el principio del abuso del derecho tiene un desenlace arbitrario, extranormativo, ya que su valoración, en definitiva, depende de las concepciones ideológicas, políticas y aun de los sentimientos y de la visión del mundo del juzgador"[155]. En opinión de Laquis, si bien es cierto que las condiciones históricas, sociales y económicas, cambian, e influyen sobre el orden jurídico, ello no hace posible que dicho orden jurídico "se muda como una giralda, ni debe estar sometido esencialmente al variable arbitrio judicial que termina por deteriorarlo". Laquis privilegia el concepto de seguridad jurídica y desconfía del arbitrio judicial. Es por ello que puede afirmar que "la ley estable, conocida de antemano, que permite ajustar los actos a sus disposiciones, no puede ser derogada por el arbitrio personal del juez"[156].

Considera Laquis que la teoría del abuso del derecho en vez de contribuir a la renovación jurídica, por tener un carácter conservador impide la debida evolución de las instituciones jurídicas. Ella permite, en opinión del autor, que se mantengan vigentes leyes que se han tornado injustas, por lo que deberían ser reformadas. La aplicación de la teoría del abuso del derecho contribuiría, al dar solución a determinados problemas, como si fuera un freno, a la renovación de las disposiciones legales. Es decir, que la vigencia de la teoría del abuso del derecho

154 Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia contractual*, p. 63.

155 Laquis, *El abuso del derecho*, en "Examen y crítica de la reforma", t. I, p. 385 y siguientes.

156 Laquis, *El pacto comisorio*, *JA*, 1966-IV-26 y 27.

enmascararía la injusticia intrínseca de aquellas leyes, retardando su modificación o sustitución [157].

Al comentar la opinión de Laquis, antes transcripta, Mosset Iturraspe y Moisset de Espanés consideran que la crítica no es totalmente justificada, ya que el juez, "en razón de su tarea que lo pone a diario en contacto con los aspectos patológicos del funcionamiento social, es el primero en advertir el inadecuado uso que se da al dispositivo legal, y –con las armas que le brinda la teoría del abuso– procura poner un correctivo". Y añaden que, si lo logra, el "cambio social se habrá encauzado por senderos que hacen innecesario el cambio legislativo, pues las normas siguen brindando soluciones de justicia". Pero si, en vez, "las prácticas desleales cunden y se multiplican habrá llegado el momento de que intervenga el legislador para consagrar nuevas fórmulas que atiendan adecuadamente a los problemas que se plantean, y en esta oportunidad le serán útiles todos los precedentes judiciales, que aportarán un cúmulo de experiencias que deberán ser tomadas en consideración por el legislador" [158].

Allende se alinea también dentro de la posición contraria a la figura del abuso del derecho. En su opinión esta teoría tiene su fundamento en un error, el mismo que consiste en "confundir dos conceptos distintos entre sí: la relatividad de los derechos y la teoría del abuso del derecho". El abuso del derecho, según el autor, consistiría en la existencia de una norma que autoriza al juez, en determinados casos, a no otorgar un derecho expresamente establecido por la ley [159].

[157] Laquis, *El abuso del derecho*, en "Examen y crítica de la reforma", t. I, p. 414-422.

[158] Mosset Iturraspe - Moisset de Espanés, *Contratación inmobiliaria*, p. 139.

[159] Allende, *Relatividad de los derechos y abuso del derecho*, *LL*, 83-923.

En una posición contraria a la figura del abuso del derecho se sitúa Condorelli, para quien esta teoría "echa por la borda los postulados de la lógica jurídica toda vez que ésta repudia la aplicación de una sanción a un acto lícito". Es decir, que para el autor, el abuso del derecho constituye un acto ubicable en el campo de la licitud. Con la aplicación de la teoría del abuso del derecho, en su opinión, "se concretan contradicciones insalvables, como, por ejemplo, llegar al absurdo de pensar que la norma conceda prerrogativas, que luego el mismo ordenamiento jurídico se encarga de sancionar" [160].

La dura crítica que Condorelli dedica a la teoría del abuso del derecho llega al extremo de sostener que "axiológicamente considerado el instituto... no es sino pernicioso" [161], para agregar luego que la regla moral "no tiene ninguna relación con aquella que postula la veda del ejercicio desviado de la prerrogativa". Concluye afirmando, tajantemente, que el acto abusivo no es inmoral mientras que el ilícito sí lo es. Luego, si en su opinión el acto abusivo es lícito, él se encuentra conforme con la regla moral [162].

§ 53. ***En el ordenamiento brasileño.*** – En lo que concierne al Código Civil brasileño de 1916, en trance de ser sustituido [163], encontramos la implícita sanción del acto abusivo si lo comprendemos como la actuación irregular de un derecho. Ello se logra a través de un proceso de interpretación en contrario del inc. 1° del art. 160. El mencionado dispositivo prescribe que "no constituyen actos ilícitos los

160 Condorelli, *El abuso del derecho*, p. 148.

161 Condorelli, *El abuso del derecho*, p. 150.

162 Condorelli, *El abuso del derecho*, p. 156.

163 En torno al mencionado Proyecto, confrontar: Reale, Miguel, *O Projeto de Código Civil. Situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.

practicados en legítima defensa o en ejercicio regular de un derecho reconocido".

Vale la pena señalar que el citado inc. 1° del art. 160 del Cód. Civil del Brasil fue recogido por los codificadores peruanos de 1936, a través del inc. 1° del art. 1137. Recuérdese que este inciso prescribía que no eran actos ilícitos "los practicados en el ejercicio regular de un derecho". Este mismo texto pasa al Código Civil de 1984 mediante el inc. 1° del art. 1971.

Por otra parte, en el art. 5° de la nueva ley de introducción del Código Civil del Brasil, promulgada en 1942, se establece el principio de solidaridad o socialidad en el ejercicio de los derechos, superando, de este modo, el rígido individualismo contenido en sus antecedentes legales. En efecto, en este numeral se preceptúa: "En la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a que la misma se dirige y a las exigencias del bien común". Como fácilmente se advierte, el texto transcripto recoge el principio de la finalidad o funcionalidad del derecho. Es decir, que el juez, al valorar la actuación de un derecho de parte de su titular, debe atender a que se cumpla con el destino socio-económico para el cual la norma fue creada, en tanto el derecho es una experiencia intersubjetiva, por lo que no sólo tutela los derechos del individuo sino que también regula su justa, solidaria y segura relación con "los otros" en el seno de la sociedad.

De otra parte, el citado art. 5° prescribe que el juez estará obligado, simultáneamente, a evaluar que en la aplicación de la ley se cumpla con el principio del bien común, es decir, de la armónica integración de los derechos de la persona con los intereses de la comunidad dentro de la cual ella se halla estructuralmente integrada. Es decir, que si bien de una parte no es posible someter de modo absoluto la realización personal a los dictados de la comu-

nidad, tampoco es posible que la persona trace su proyecto existencial con prescindencia del interés social, fuera del marco jurídico proyectado y diseñado por la Constitución.

De la concordancia de ambas prescripciones emerge con claridad su orientación teleológica que afirma tanto la vigencia de la buena fe en la actuación de los derechos, enderezada al bien común –que es el de toda la comunidad y la de cada uno de sus miembros– así como la obligación del titular de un derecho subjetivo de ajustar su ejercicio a los fines sociales para los cuales tal derecho fue positivamente reconocido.

El art. 3° del Cód. Procesal del Brasil hace, por su parte, una explícita referencia a los actos emulativos y al abuso del derecho.

El art. 187 del Proyecto de Código Civil del Brasil, aprobado por la Cámara de Diputados y pendiente de sanción en el Senado, ubicado en la Parte general en el título que regula los actos ilícitos, prescribe: "También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres". El texto en referencia se inspira en el contenido en el art. 334 del Cód. Civil del Portugal de 1967 (ver § 48), con el cual, como se podrá apreciar, guarda mucha semejanza.

El referido Proyecto, de acuerdo con la nueva tendencia que se abre camino en la doctrina jurídica contemporánea, considera, sin más, que el acto abusivo participa de la naturaleza del acto ilícito. La declaración es tajante, por lo que supera definitivamente la corriente de pensamiento, de cuño individualista que, de acuerdo con la tradición, persiste en situarlo dentro del ámbito de la licitud. En este sentido, de aprobarse el mencionado Proyecto por el Senado, se convertiría en el primer Código

Civil latinoamericano que, en la huella del art. 334 del Cód. Civil de Portugal, deja atrás la expresión, ambigua para algunos, de que "la ley no ampara el abuso del derecho".

El proyectado art. 187 no recoge el criterio subjetivista, que aún continúa presente en los recientes Códigos Civiles de Bolivia de 1976 y del Paraguay de 1987. En efecto, no se alude dentro de su texto a la intención de dañar de parte del titular del derecho. Sólo se contemplan criterios objetivos, referidos a la conducta intersubjetiva del agente, como son los relacionados con la moral, bajo la expresión "buenas costumbres", a la buena fe y al destino o finalidad socio-económica propia de cada derecho.

§ 54. *Código Civil de Venezuela.* – El Código Civil venezolano de 1942[164], reformado en 1982, se inspira en lo atinente al abuso del derecho, en el Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1929. En la sección correspondiente a la regulación de los

164 Tal vez haya sido Venezuela la República latinoamericana que ha tenido el mayor número de códigos civiles a partir de su independencia como tal. En efecto, en un primer momento el Congreso de Colombia de 1825 estableció, como aconteció en otros países de la región, que las leyes españolas seguirían vigentes en todo aquello en que no se opusieran al naciente Estado. Después del fallido intento de diversas comisiones designadas para la redacción de un Código, el 28 de octubre de 1862 se promulga el primer Código Civil venezolano, que inspirado en el Código de Bello, entra en vigencia el 1 de enero de 1863. Su existencia fue precaria ya que, por acción de una revolución, fue sustituido por el del 21 de mayo de 1867 que, como apunta Aguilar Gorrondona, era una copia del proyecto español de García Goyena. A este segundo Código siguieron los del 20 de febrero de 1873, inspirado en el derogado Código Civil italiano de 1865, y el de 1880 que comenzó a regir al año siguiente. Este Código se reformó en 1896. En 1904 se dictó otro cuerpo legal, el mismo que, a su vez, fue reemplazado por el de 1916 que introdujo innovaciones de importancia. Este Código, finalmente, fue sustituido por el de 1942 y, luego, modificado en 1982 (Cfr. Aguilar Gorrondona, José L., *Derecho civil. Personas*, p. 28-31).

actos ilícitos establece, en el primer párrafo de su art. 1185: "El que con intención o por negligencia ha causado un daño a otro está obligado a repararlo". Luego, en el segundo párrafo prescribe que "debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe, o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

Como se puede apreciar del texto de la segunda parte del citado art. 1185, se obliga a la reparación del daño causado cuando se presenta un "exceso" en el ejercicio de un derecho en relación con los límites fijados por la buena fe o por el objeto propio del derecho. Se ha discutido mucho en doctrina sobre los alcances del concepto "exceso" en función de la teoría del abuso del derecho. No es del caso, por considerarla irrelevante a nuestro propósito, el reproponerla en esta ocasión (ver § 49). En todo caso, debe interpretarse que el dipositivo del Código Civil venezolano establece que los derechos subjetivos están limitados, externamente, por el genérico principio de la buena fe e, internamente, por la finalidad o función que el legislador acordó a cada uno de los derechos subjetivos. Es evidente que quien actúa su derecho en contraste con aquellos límites está abusando de la facultad que, dentro de un contexto u horizonte social, le concede el ordenamiento positivo.

§ 55. *Código Civil boliviano.* – El nuevo Código Civil de Bolivia, vigente desde el 2 de abril de 1976, acoge a través de dos dispositivos el principio del abuso del derecho, aunque sistemáticamente no se los ubica, como debiera ser, dentro de los principios generales del derecho. Este error sistemático, esta inadecuada técnica legislativa, no limita, en nuestro concepto, su aplicación a las demás situaciones jurídicas subjetivas.

En el Título Preliminar del Libro Quinto, "Del ejercicio, protección y extinción de los derechos", se sitúa el art. 1279 con el siguiente texto: "Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes". En realidad, no se trata de un numeral destinado expresamente a sancionar el abuso del derecho desde que no contiene ninguna prescripción prohibitiva o manifiesta, de modo explícito, que la ley no lo ampara.

El art. 1279 es un genérico enunciado sobre los alcances o modalidades en que se deben ejercer los derechos o cumplir los deberes. A este respecto, se establece el criterio de que tal actuación se hará "conforme a su naturaleza y contenido específico". Esta naturaleza y contenido específico "se deducen" a partir de la aplicación de tres criterios, el primero de los cuales es el referente a "las disposiciones del ordenamiento jurídico". Entendemos que se trataría de una interpretación sistemática, ya que se alude a la totalidad del ordenamiento. El segundo criterio para valorar el ejercicio de un derecho es el de su adecuación o conformidad con las reglas de la buena fe, principio íntimamente vinculado con el del abuso del derecho. El tercero, es el referido a la finalidad o función del derecho, es decir, y como lo expresa el propio numeral, su destino económico-social.

Este artículo debe interpretarse *a contrario sensu* para poder inferir que, si un derecho no se actúa en concordancia con las disposiciones del ordenamiento jurídico –presidido por un plexo de valores donde ocupa lugar privilegiado el de la solidaridad–, no debe ser amparado por la ley. La ilicitud puede también derivarse si es que la actuación de un dere-

cho o el cumplimiento de un deber, no se acomoda al principio de la buena fe, es decir, a la correción, a la lealtad o a la confianza depositada. Finalmente, dicha ilicitud puede ser declarada si el ejercicio del derecho no se ajusta al destino o función económico-social que le es inherente.

El art. 107 del mencionado Código Civil, bajo el rubro de abuso del derecho, prescribe: "El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se ha conferido el derecho". Contrariamente a lo que comentábamos en relación con el art. 1279, en este numeral 107 se alude de modo expreso a la figura del abuso del derecho y, en lugar de constituir un enunciado genérico, como lo es el art. 1279, contiene una concreta prohibición.

Del texto del citado art. 107 se desprende que, para el codificador boliviano, en esta específica hipótesis, son dos los criterios que permiten caracterizar de abusiva la actuación o la omisión de un derecho subjetivo de parte de su titular. En la primera parte del numeral se aloja el criterio subjetivo, el *animus nocendi* o *vexandi*, es decir, la intención de perjudicar o fastidiar a otro. Simultáneamente, en la segunda parte, encontramos una alusión al criterio objetivo, es decir, a aquel referido a la finalidad o función para la cual fue elaborado un determinado derecho subjetivo. En este último aspecto se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el art. 1279 antes mencionado.

§ 56. *Código Civil del Paraguay.* – El Código Civil del Paraguay de 1987, junto con el de Cuba de 1988, son los dos Códigos Civiles latinoamericanos que han entrado en vigencia con posterioridad a la promulgación del Código Civil peruano de 1984.

El art. 372 del Cód. Civil del Paraguay, ubicado en el Libro Segundo, "De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones", hace referencia al abuso del derecho con el siguiente texto: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente".

Cabe enderezar a este Código Civil la misma crítica que formuláramos al comentar el Código Civil boliviano en lo que concierne tanto a la ubicación del principio del abuso del derecho como del de la buena fe. Estimamos que la amplitud, generalidad y consecuente jerarquía de tales principios generales del derecho aconsejan situarlos sistemáticamente, como lo hacen los Códigos Civiles del Perú, Argentina y España, en el Título Preliminar del Código Civil. Estas reglas, por su extensión conceptual, abarcan y comprenden toda la disciplina civil. En buena cuenta, informan todo el sistema jurídico.

El Código Civil del Paraguay acoge en un mismo artículo, al igual que el art. 2° del Cód. Civil suizo y que el art. 7° del Título Preliminar del Código Civil de España, los principios generales atinentes a la buena fe y al abuso del derecho, solución que es adecuada en cuanto ambos principios tienen una estrecha vinculación en tanto responden a una misma raíz ético-moral.

El mencionado art. 372, al declarar que la ley no ampara el abuso del derecho, establece dos criterios para su caracterización. El primero de ellos es subjetivo y se refiere a la intención del agente de causar daño sin provecho propio y, el segundo, de ca-

rácter objetivo, señala que los derechos deben ejercerse según la finalidad o función socio-económica propia que el legislador les asignó. El codificador adhiere, de este modo, a una fórmula ecléctica, conservando el criterio subjetivo prácticamente dejado de lado por la doctrina y la codificación contemporáneas.

Es evidente que la ubicación del principio de la buena fe dentro del mismo artículo que se refiere al abuso del derecho permite al juez, con mayor fundamento, sustentarse en aquella regla de oro del comportamiento humano para caracterizar el acto abusivo.

No participamos de la salvedad que consigna el numeral bajo comentario cuando excluye del ámbito del abuso del derecho aquellas prerrogativas "que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente". Más allá de cualquier clasificación de los derechos subjetivos que se pueda asumir, estimamos que el principio que prohíbe el ejercicio o la omisión abusivas no debe hacer distingo alguno y, por el contrario, debe hacerse extensivo a cualquier derecho subjetivo actuado de modo antisocial, destinado a dañar un interés ajeno o el de la propia comunidad.

§ 57. *Colombia.* – La jurisprudencia colombiana, a pesar de que el Código Civil de su país no consigna norma alguna referente al abuso del derecho, lo sanciona siguiendo, al efecto, la huella de la jurisprudencia francesa.

Para condenar el ejercicio abusivo de un derecho la jurisprudencia colombiana hace uso concordado de las disposiciones contenidas en los arts. 8º y 2341 del Cód. Civil. En el primero de ellos se enuncia: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defec-

to, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho". El art. 2341 reza: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Producida la hipótesis prevista en la primera de aquellas normas, es decir en el art. 8º, los jueces recurren al art. 2341 bajo el entendido de que el abuso del derecho es una forma especial, *sui generis*, del acto ilícito.

El Proyecto de Código Civil de Colombia, redactado en cumplimiento de lo dispuesto en el decr. 959 del 28 de abril de 1980, contiene dos artículos vinculados a la materia bajo comentario[165]. En el art. 32 se enuncia genéricamente: "Cada cual tiene iniciativa para adquirir y gobernar sus derechos en la forma que le plazca dentro de los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres". En este numeral se establecen los parámetros dentro de los cuales es dable ejercitar los derechos subjetivos. Llama la atención, de una parte, que no se aluda a la buena fe y, de la otra, que como novedad incorpora el concepto de orden público que no hemos encontrado en ningún otro código civil en relación con el asunto bajo tratamiento.

En el art. 33, ap. 1º, del mencionado Proyecto se establece: "El ejercicio de los derechos patrimoniales no debe ser contrario a su función económica y social, y el de los derechos extrapatrimoniales cuando se desvirtúe el normal desarrollo de la persona y de la familia". En el párr. 2º se prescribe novedosamente: "Es inadmisible el no ejercicio de los derechos patrimoniales que interesan a la pro-

165 *Proyecto de Código Civil*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, s/f.

ducción nacional o que se encuentren instituidos por motivos de orden público económico".

El art. 33, ap. 1°, como es obvio, debe ser interpretado *a contrario sensu* para concluir que la actuación de un derecho contrariando su finalidad socio-económica no está permitida por el ordenamiento, es decir, que no es lícita. Se trata, sin duda, de una hipótesis evidente de lo que la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas designan como abuso del derecho, caracterizado sobre la base de un criterio objetivo como es el de la finalidad o función del derecho patrimonial.

El ap. 2° no tiene precedente en la legislación comparada sobre la materia. En él se considera ilícita una omisión, como es la de no ejercitar un derecho subjetivo cuando está de por medio el interés social representado, en este caso, por la producción nacional al servicio de las necesidades y requerimientos sociales y del genérico interés de la comunidad.

En el *Proyecto de Código de Derecho Privado*, elaborado por Arturo Valencia Zea y publicado en 1980[166], se señala en su art. 35: "Cada cual tiene iniciativa para adquirir y gobernar sus derechos en la forma que le plazca", para añadir, en el párr. 2°: "No obstante, es inadmisible el ejercicio de los derechos patrimoniales en un sentido contrario a su destinación económica y social, y el de los derechos extrapatrimoniales en forma que desvirtúe el normal desarrollo de la personalidad". En el párr. 3° se dice: "Igualmente es inadmisible el no ejercicio de los derechos patrimoniales que interesan a la producción nacional o que se encuentran instituidos por motivos de orden público".

[166] Valencia Zea, Arturo, *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

Se advierten elocuentes coincidencias entre los dos Proyectos antes citados. En ambos, sin embargo, no se alude expresamente al abuso del derecho, lo que fluye de modo implícito de sus respectivos textos. Es de observar que sólo se menciona el criterio de la función o finalidad de los derechos para determinar cuándo su ejercicio es "inadmisible". No se alude a otros parámetros para juzgar dicha inadmisibilidad, como son los de la buena fe y las buenas costumbres.

El art. 35 del Proyecto de Valencia Zea se halla en concordancia con los arts. 228, 232, 238 y 269 del mismo texto.

Considera Ospina Fernández que el hecho ilícito comprende dos manifestaciones, como son el delito y el cuasidelito o culpa. En el primer caso existe la intención de dañar, es decir, con dolo, mientras que en el segundo el agente procede negligentemente. El autor, después de recordar esta conocida división del hecho ilícito, sostiene que para un sector de la doctrina el abuso del derecho es un ilícito completamente distinto al delito y al cuasidelito. Es decir, que se trata de una "manifestación específica del hecho ilícito distinta e independiente de las nociones del delito y de la culpa"[167].

Sin embargo, Ospina Fernández no concuerda con quienes opinan en favor de la autonomía de la figura del abuso del derecho. Para este autor el acto abusivo consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo "sin la prudencia y cuidado propios de una persona diligente y cuidadosa"[168]. Es obvio que esta consideración lo conduce a concluir que el abuso del derecho es un delito cuando existe la in-

[167] Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, p. 43.

[168] Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, p. 43.

tención de dañar, mientras que es un cuasidelito o culpa cuando se actúa negligentemente.

§ 58. *Código Civil cubano de 1988.* – El Código Civil cubano de 1988 no trae una norma expresa de condena del abuso del derecho, con lo cual se aparta del precedente establecido por los más recientes códigos civiles latinoamericanos, como el boliviano, el peruano y el paraguayo.

En el art. 4°, ubicado en "Disposiciones preliminares", regula cómo deben ejercerse los derechos. Así, establece: "Los derechos que este Código reconoce han de ejercerse de acuerdo con su contenido social y finalidad, y no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro".

La redacción del mencionado artículo haría suponer que los codificadores no tuvieron a la vista los más importantes logros alcanzados por la doctrina contemporánea y la legislación comparada en materia del abuso del derecho. Es también posible suponer que razones de carácter ideológico gravitaron en el expreso desconocimiento del principio del abuso del derecho.

Se hace necesaria una interpretación en sentido contrario para inferir del texto del citado art. 4° una condena del ejercicio abusivo de un derecho, lo que no es infrecuente dentro de la legislación comparada que opta por esta vía en lugar de concretar una expresa condena normativa del abuso del derecho.

El mencionado artículo enuncia, por una parte, que los derechos han de ejercerse de conformidad con su finalidad o función social y, de la otra, interpretándose en sentido contrario, que es ilícito el ejercicio de un derecho "cuando el fin perseguido sea causar daño a otro". Del texto literal del art. 4° se desprende, por lo que consideramos se deba a una deficiencia de orden técnico en su redacción,

que sólo sería ilícito el acto abusivo cuando existe la intención de dañar.

Es decir, que debe caracterizarse dicho acto desde una perspectiva del todo subjetiva, no obstante que en la primera parte de la frase se asienta un criterio objetivo.

Decimos que se trataría de un error de técnica legislativa en cuanto en la actualidad no se justifica volver al modelo del Código Civil alemán de 1900, en el sentido de restringir la condena del abuso del derecho al único caso en que exista la intención de causar daño. Este criterio, como es obvio, ha sido superado por la doctrina, por lo que son escasas las legislaciones que aún lo conservan y, cuando ello ocurre, se presenta en conjunción con criterios objetivos.

§ 59. *Guatemala.* – Es interesante citar, al lado de los códigos anteriormente comentados, al Código Civil guatemalteco de 1964. El art. 1653 de este cuerpo legal, sistemáticamente ubicado en el Título VII de la Parte Primera del Libro V, dedicado al "Derecho de las obligaciones" regula, sin mencionarlo expresamente, el abuso del derecho. Es del caso señalar que el Título VII en referencia se contrae a "las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos".

El art. 1653 dice textualmente lo siguiente: "El exceso y la mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos". Este numeral, como se advierte, obliga al titular a reparar los daños o perjuicios causados a otro en el ejercicio abusivo de un derecho cuanto éste se excede en dicho ejercicio o actúa de mala fe. Así, en el texto del citado artículo se combinan el tradicional concepto de "exceso" con el principio de la buena fe, mediante el cual se intro-

duce un ingrediente moral como criterio para juzgar la presencia del acto abusivo.

De otro lado, se aprecia que el Código guatemalteco es el único cuerpo civil latinoamericano, hasta donde alcanza nuestra información, que hace explícita alusión a la "abstención" –o no uso– en el ejercicio de un derecho subjetivo como generadora de un acto prohibido por la ley cuando lesiona un interés de "otro" digno de tutela jurídica.

Cabe resaltar que el Código Civil de Guatemala considera al acto abusivo como uno que tiene el carácter de "ilícito". Ello se desprende de la ubicación sistemática del art. 1653, en tanto se lo sitúa, como se ha anotado, en el Título que regula las "obligaciones que proceden de hechos o actos *ilícitos*".

Aparte del genérico art. 1653, el Código Civil de Guatemala incluye la temática del abuso del derecho en el art. 465 a propósito de la regulación del derecho de propiedad. Este numeral prescribe: "El que sufre o está amenazado con un daño porque otro se exceda o abuse en el ejercicio de su derecho de propiedad, puede exigir que se restituya al estado anterior, o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido".

De la lectura del texto del citado art. 465 y de su confrontación con el 1653 se percibe una inadecuación de carácter técnico-jurídica entre ambas normas. En efecto, en el primer caso pareciera que se distingue lo que es un "exceso" de lo que constituye un "abuso" en el ejercicio de un derecho. A esta conclusión se llega si se tiene en consideración que en el numeral 465 no se utiliza la conjunción copulativa "y" para unir o enlazar ambos conceptos, sino que más bien se emplea la disyuntiva "o" que denota separación, diversidad, alternancia. Pareciera, en consecuencia, que el codificador, en este caso, distinguiese el simple "exceso" en el ejercicio de

un derecho, lo que todavía mantendría al acto abusivo dentro del campo de la licitud, del "abuso" que por su gravedad se sitúa claramente en el ámbito de la ilicitud. Esta disquisición se sustenta en aquella posición de la doctrina que advierte que el tradicional concepto de "exceso" fue utilizado, en el pasado, para calificar al abuso como un acto que se mantenía dentro del área de la licitud, situación diversa a la actual en la que, la mayoría de los autores, no dudan, en sostener la ilicitud del acto abusivo.

Esta disyunción entre "exceso" y "abuso" no se da en el genérico art. 1653 en el cual, para referirse al innominado abuso del derecho, se vincula al "exceso" con la "mala fe" en el ejercicio de un derecho subjetivo a través de la conjunción copulativa "y". Esto significaría, por ende, que el "exceso" se asimilaría a la "mala fe", con lo cual el abuso aparecería como una violación de un deber de corrección, de lealtad, de respeto a los intereses ajenos y, en general, de todas aquellas situaciones y matices que encierra el rico concepto de "buena fe".

Más allá de esta dicotomía conceptual en el tratamiento del abuso del derecho, que surge de la concordancia de los arts. 1653 y 465 del Código bajo comentario, es revelador el empleo del término "abuso" en el segundo de los citados numerales, lo que permite disipar toda duda, si la hubiese, en el sentido de que en la primera de tales normas, sin mencionarlo, se hace referencia a la misma figura del abuso del derecho.

De otro lado, cabe también subrayar que en el art. 465, técnicamente mejor elaborado que el genérico art. 1653, no sólo se señala como consecuencia del acto abusivo el deber de parte del titular de reparar los daños causados, sino que, además, puede exigir que se adopten, de parte del juez, "las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por

el daño sufrido". Cabe, en consecuencia, preguntarse por cuáles serían esas "medidas del caso", aparte del deber de indemnizar el perjuicio. Consideramos, a título interpretativo, y en la huella del Código Civil peruano de 1984, que dichas medidas podrían ser la de suprimir la secuencia del acto abusivo, de ser continuado, o el evitar que él se produzca de ser cierto e inminente.

C) El abuso del derecho en el ordenamiento jurídico peruano

§ 60. ***El abuso del derecho en el Código Civil de 1936.*** – En el presente parágrafo nos referimos a la incorporación de la expresa condena del abuso del derecho al derogado Código Civil peruano de 1936 así como al debate doctrinario suscitado con este motivo.

a) *Introducción.* En el Código Civil peruano de 1852, que es el primer cuerpo legal de carácter civil elaborado en Latinoamérica, no existía ningún precepto sobre el abuso del derecho[169]. Sólo se consignaban algunos artículos en los que, a propósito de una situación concreta, se rechazaba el uso desmedido de un derecho. Es así como León Barandiarán, estudioso de tal Código, se refiere a los arts. 1998 y 1999, 1602, inc. 3°, 1835, inc. 5°, 1933, 1691 y, muy notoriamente, al art. 2211[170].

[169] Cabe recordar que los Códigos Civiles de Haití y de Bolivia, anteriores al peruano de 1852, no fueron obras originales. En el primero de dichos países se adoptó el Código Civil de los franceses de 1804. En el segundo de ellos estuvo en vigor una traducción del Código Napoleón, salvo en la parte destinada a la familia en la que se sigue la huella del antiguo derecho español.

[170] León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 30.

El art. 2211 del Cód. Civil de 1852, sistemáticamente ubicado en el Título referente a las obligaciones que nacen de delitos o cuasidelitos, ofrecía a los jueces la posibilidad de admitir la indemnización de los daños causados cuando, en el ejercicio de un derecho, se hubiere elegido voluntariamente por el titular del mismo un modo perjudicial para ejercerlo[171].

El Código Civil peruano de 1936, cuyas fuentes inmediatas fueron los Códigos Civiles alemán de 1900, suizo de 1907 y brasileño de 1916, tuvo el acierto de acoger en el art. II del Título Preliminar, que precede a los diversos libros del Código, el principio del abuso del derecho. Este Código tuvo el mérito indiscutible de constituirse en el primer cuerpo legal latinoamericano que condenó directamente el abuso del derecho.

El art. II del referido Título Preliminar del Código Civil derogado establecía, de modo breve y categórico: "La ley no ampara el abuso del derecho". León Barandiarán, quien escribiera los más completos y versados comentarios sobre dicho cuerpo legal, consideraba elogiable que el Código hubiera aceptado dicho principio. Spota, por su parte, al referirse a este numeral, expresa "que consagra el principio del abuso del derecho en la forma más simple y comprensiva posible"[172].

El Código Civil peruano de 1936 fue el primero en utilizar la expresión "abuso del derecho", como bien lo advierte Pedro León[173].

171 El art. 2211 del Cód. Civil peruano de 1852 tenía el siguiente texto: "No hay obligación de indemnizar los daños causados en el ejercicio de un derecho; a no ser que en el modo de ejercerlo, se haya escogido voluntariamente el que era perjudicial".

172 Spota, *El abuso del derecho en las legislaciones latinoamericanas*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 410.

173 León, voz *Abuso del derecho*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. I, p. 134.

b) *Comentarios en torno a la fórmula adoptada por el Código de 1936.* Correspondió a Juan José Calle sustentar y proponer el texto del art. II del Título Preliminar que, en el Código Civil de 1936, se refería al abuso del derecho. En un Memorándum presentado en el seno de la Comisión reformadora, al que se diera lectura en la sesión correspondiente al día 14 de julio de 1926, Calle fundamenta su propuesta en los antecedentes legales de que disponía a esa fecha, como eran el Landrecht de 1794, el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil suizo de 1907. Por otra parte, recurre al pensamiento de autores como Saleilles, Josserand, Castiglione, Geny, Porcherot, para fundamentar su planteamiento favorable a la introducción dentro del Código Civil del principio condenatorio del abuso del derecho [174].

Acogió Calle con entusiasmo la iniciativa de incorporar al proyectado Código el principio del abuso del derecho. Acucioso lector del jurista argentino Castiglione, cuya obra data de 1921, pudo a través de ella recoger las positivas opiniones de Charmont sobre la teoría del abuso del derecho. Fue así que, en su citado Memorándum de 1926, glosa el parecer de este jurista francés cuando manifiesta que asumir a nivel legislativo la mencionada teoría "significa la introducción de una figura jurídica que corregirá en parte todas las asperezas de los derechos, que reparará las fatales consecuencias de la cruel lucha por la existencia, que contribuirá a la armonía social, a la paz jurídica, a la par que ha de conciliar la libertad y la justicia". Este convincente párrafo de Charmont sirvió a Calle como de inmediato fundamento para proponer la incorporación de la

174 Cfr. *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código Civil peruano*, fasc. VI, p. 190-205.

represión del acto abusivo dentro del Título Preliminar del Código en proyecto[175].

La propuesta original de Calle fue agregar a la declaración contenida en el art. III del Título Preliminar del Código Civil de 1852, que establecía: "A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley", el segundo acápite del art. 2º del Cód. Civil suizo que prescribe: "La ley no protege el abuso del derecho". Finalmente la Comisión aprobó la escueta fórmula, ya mencionada, de que "la ley no ampara el abuso del derecho".

No han faltado autores que criticaron la concisa condena que del abuso del derecho formula el citado art. II del Título Preliminar. Abel Fleitas, autor argentino, señala que la solución adoptada es "vaga, imprecisa, defectuosa"[176]. Frente a esta opinión, considerada minoritaria, se alzaron otras más numerosas que alabaron el escueto texto del artículo. Así, Spota sostuvo que si bien "hubiera sido más adecuado suministrar en ese art. II el criterio legal para configurar el abuso del derecho, de ahí no puede desprenderse que el Código peruano merezca las referidas críticas, salvo que se pretenda reducir a proporciones diminutas el alcance de un categórico y amplio concepto"[177]. Díaz de Guijarro, por su parte, encuentra aceptable la fórmula adoptada por el Código Civil peruano[178].

En la doctrina peruana encontramos la posición

175 *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código Civil peruano*, fasc. VI, p. 204. La obra citada es la de Castiglone, *El abuso del derecho*, *JA*, XV-45, secc. doctrina.

176 Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, p. 136, nota 365.

177 Spota, *El abuso del derecho en las legislaciones latinoamericanas*, en Rotondi, "Inchiesta di diritto comparato", p. 410.

178 Díaz de Guijarro, *El abuso del derecho y el proyecto de reformas del Código Civil*, *LL*, 60-12, secc. doctrina.

crítica de Ángel Gustavo Cornejo. Después de observar que el codificador había suprimido la primera parte del art. 2° del Cód. Civil suizo, que le sirvió de inspiración en cuanto al abuso del derecho, critica el texto del art. II del Título Preliminar del Código Civil de 1936. La concisión del mencionado numeral, que impide la fijación de un criterio determinante para calificar el acto abusivo, no permite, en su opinión, establecer con certeza el contenido de dicho acto, el cual, por impreciso, se presta a interpretaciones "casuísticas y excesivas". La referida imprecisión radica en su fórmula escueta, como es "la del retiro del amparo legal" [179].

Para fundamentar su crítica, Cornejo se apoya en lo dispuesto en el art. 1137 del Código derogado, el mismo que prescribía que se excluía de los actos ilícitos los referidos al ejercicio regular de un derecho y que el autor concuerda con el art. II del Título Preliminar. Por lo tanto, en sentido contrario, son actos ilícitos los que comportan un ejercicio irregular de un derecho. Este irregular ejercicio puede referirse, según lo anota el autor, a ejercitar o contestar una acción sin interés legítimo, económico o moral (art. IV del Título Preliminar) o a ejercer el derecho con el exclusivo propósito de causar daño. Después de efectuar esta comprobación, Cornejo deduce que "con el primer criterio se limita el ámbito del abuso del derecho al ejercicio de las acciones judiciales", mientras que con el segundo "se incorpora la culpa a los elementos constitutivos de esta especie de ilicitud" [180].

[179] Cornejo, *Estudios sobre el nuevo Código Civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1937, 2° cuatrimestre, p. 334.

[180] Cornejo, *Estudios sobre el nuevo Código Civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1937, 2° cuatrimestre, p. 347.

La argumentación expuesta lleva a Cornejo a concluir que "nuestro ordenamiento jurídico aparece así sin sólida conexión interna entre disposiciones afines que regulan el abuso del derecho y la responsabilidad por acto ilícito". De ahí que añada que "es absolutamente imposible establecer, a base de un razonamiento lógico, cuál es el contenido del art. II del Título Preliminar" [181]. En definitiva, para Cornejo la teoría del abuso del derecho carece de una base sólida, y, además, su introducción dentro del ordenamiento jurídico quebranta la seguridad. No pasa de ser, en su concepto, "un alarde generoso" que sólo sirve para "desquiciar la obra legislativa por el incontrastable abuso del arbitrio judicial" [182].

Como se ha precisado, León Barandiarán, al disentir de Cornejo, quien consideraba diminuto el referido texto, manifiesta que "la disparidad de criterios en cuanto a la fundamentación teórica de la norma legal, indica que lo prudente y acertado es no consignar nada sobre el particular". Y agrega que, en buena cuenta, "la cuestión de la determinación de tal criterio, es una doctrinaria y científica, que como tal no requiere reflejarse en el texto legal, indicando éste cuál es la ponencia que prefiere el legislador" [183]. En la opinión de tan ilustre maestro, el criterio para la apreciación del abuso del derecho responde a una coyuntura histórica, por lo que está sujeto a variar o modificarse con el transcurso del tiempo. De ahí que, en conclusión, sostenga que es "preferible no comprometerse a firme"

[181] Cornejo, *Estudios sobre el nuevo Código Civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1937, 2° cuatrimestre, p. 347.

[182] Cornejo, *Estudios sobre el nuevo Código Civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1937, 2° cuatrimestre, p. 350-351.

[183] León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 32.

y que el asunto hay que dejarlo a la apreciación tanto de la cátedra y la academia como de la jurisprudencia. A ellas corresponde, en su opinión, el encontrar el criterio informante general, "de un sentido plástico y sinóptico, que evite amarrar, atar, ligar, sojuzgar el criterio, a una predeterminada fórmula ortodoxa". Si el legislador adoptase una posición al respecto el juzgador correría el riesgo de quedar a la zaga, "tributario del concepto impuesto de antemano por el legislador" [184].

Un sector de la doctrina comparte la posición de León Barandiarán, desde que se considera que en materia de aplicación de los principios generales del derecho es saludable práctica otorgar al juez, que a menudo funge de legislador como lo prevé el Código Civil suizo, un relativo margen de discrecionalidad. Su tarea, como el mismo León Barandiarán lo apunta, es delicada. No obstante, no puede perderse de vista que el juez está habituado a recrear constantemente el derecho y, a menudo, sobre la base de los principios generales, está habilitado para proteger intereses existenciales no previstos expresamente como derechos subjetivos y a condenar toda conducta reputada de antisocial.

Corresponde al juez, en consecuencia, a la luz de los actuales desarrollos de la ciencia jurídica, el aprehender el fenómeno del abuso del derecho, para lo cual debe recurrir a todos los criterios que le puedan ser útiles y sobre los cuales se ha pronunciado ampliamente la doctrina. Por otra parte, dichos criterios se hallan también consignados –tal como se ha apreciado en los § 32 a 58– en algunos ordenamientos positivos y son recogidos por múltiple jurisprudencia. Sólo un juez desinformado –que en

[184] León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 32.

ciertos países, lamentablemente, los hay en número no escaso– podría desconocer los desarrollos de la ciencia jurídica en materia de tanta importancia y aplicación como es la del abuso del derecho.

Por lo demás, y tal como lo apunta Müller-Erzbach en relación con el art. 2º del Cód. Civil suizo, el legislador hizo bien al no dar una respuesta normativa en cuanto a los criterios o a las consecuencias del abuso del derecho, ya que en ese momento (1907) la lucha contra dicho abuso recién se iniciaba[185]. Recuérdese al efecto que las obras precursoras de Josserand y Saleilles, que a nivel de la doctrina contribuyen a la consagración del principio, datan de 1905 (ver § 43). El codificador peruano de 1936, que tiene como fuentes a los Códigos alemán, suizo y brasileño, asumió lo mejor de ellos. Es así que desecha la tesis restrictiva del Código alemán de 1900 y más bien recoge el texto del Código de Huber. Por otra parte, toma del Código Civil del Brasil de 1916 la prescripción contenida en el art. 1137, inc. 1º, por lo cual, mediante interpretación *a contrario sensu*, el ejercicio irregular de un derecho configura una conducta ilícita.

Es importante anotar que en el seno de la Comisión reformadora del Código Civil de 1852 y redactora del Proyecto de Código Civil de 1936, como nos lo recuerda Rodríguez Llerena[186], correspondió a Juan José Calle el haber sostenido que el ejercicio de un derecho subjetivo, para obtener la protección de la ley, no sólo tenía que ser legítimo sino además "conforme al fin social", ya que el derecho responde no sólo a las solicitaciones e intereses de los individuos sino también a los de la sociedad. Y

185 Muller-Erzbach, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, en "Rivista di Diritto Commerciale", 1951-I-89.

186 Rodríguez Llerena, Darío, *Código Civil*, t. I, p. 3 y siguientes.

agregaba, con lucidez, que el abuso del derecho es "el ejercicio antisocial de un derecho" que genera responsabilidad. En este orden de ideas el ponente del texto del artículo aprobado se inspira en el art. 2° del Cód. Civil suizo, aunque con la oportuna enmienda de haber eliminado el término "manifiesto", de equívoca interpretación, como lo hemos podido apreciar en precedencia (ver § 47, g).

En el Perú, como en otras latitudes, se alzaron algunas autorizadas voces contrarias a la incorporación al ordenamiento positivo de la figura del abuso del derecho. Al respecto es notoria la adversa y tajante posición asumida por Riva Agüero al año siguiente de la entrada en vigencia del Código de 1936. Para el conocido polígrafo "nada hay menos objetivo, concreto y discernible que la llamada figura del abuso del derecho"[187]. Y, agrega, que "no estoy lejos de creer, conformándome con civilistas franceses, y no de los menores, que hay exceso y superfluidad en ella, porque un abuso de derecho es por sí un acto ilícito y casi siempre doloso, previsto y contenido por la ley, y contrario a la equidad tradicional"[188]. Para Riva Agüero el abuso del derecho es una "verdadera panacea de la novísima y elástica escuela francesa adversa al rigorismo anglosajón"[189].

Alberto Rey de Castro considera, por su parte, que "no es acertado enunciar aisladamente el principio y dejar sin definición el concepto y las condiciones en que incurre en responsabilidad el autor

[187] De la Riva Agüero, José, Discurso pronunciado en el Colegio de Abogados de Lima el 18 de marzo de 1937, en *Obras Completas*, t. 10, p. 340.

[188] De la Riva Agüero, Discurso pronunciado en el Colegio de Abogados de Lima, en *Obras Completas*, t. 10, p. 339.

[189] De la Riva Agüero, Discurso pronunciado en el Colegio de Abogados de Lima, en *Obras Completas*, t. 10, p. 339.

del acto abusivo"[190]. Agrega, además, que sólo a falta de reglas especiales relativas al abuso del derecho, alojadas en el ordenamiento positivo, es posible acudir al principio general consagrado en el art. II del Título Preliminar. Es decir, estima que el principio general opera sólo como una norma supletoria.

No participa León Barandiarán de la posición de Rey de Castro, ya que en su criterio, que compartimos, la cláusula general sobre el abuso del derecho es, nada menos, "que un principio informante de todo el derecho privado"[191]. Para León Barandiarán el principio general encuentra su confirmación en los preceptos a lo largo del texto del Código, atinentes a casos específicos en que se alude al abuso del derecho[192].

c) *La ilicitud del abuso del derecho según lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1137.* El art. II, bajo comentario, debe concordarse con la disposición que, inspirada en el art. 160, inc. 1°, del Cód. Civil del Brasil de 1916, se aloja en el art. 1137, inc. 1°, del Código derogado. En este inciso se prescribe que no son actos ilícitos "los practicados en el ejercicio regular de un derecho". Aplicando la interpretación *a contrario sensu* se deduce de tal inciso que la actuación "irregular" de un derecho subjetivo, es decir, el ejercicio antisocial del mismo, practicado en agravio de los derechos o de los intereses de los demás, debe considerarse como conducta ilícita.

190 Rey de Castro, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 185.

191 León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 22.

192 León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 21.

No obstante lo anteriormente expresado, tal vez por haberse instalado en el tema dentro de una óptica tradicional, León Barandiarán no admite que el acto abusivo pueda ser calificado de ilícito. El autor expresa que si bien el acto abusivo entraña la "obligación de reparar el daño, es decir, es determinante de la responsabilidad civil (art. 1137, inc. 1°)", ello "no entraña que el acto abusivo sea idéntico al acto ilícito". Esta posición se sustenta en que el acto ilícito es una "injuria, contraria en su sustancialidad misma al derecho; y lo indebido aquí no está en la manera como se ejecuta un acto, sino en su ejercicio mismo. En cambio el acto abusivo del derecho en su sustancialidad misma refiérese a que exista un titular de un derecho; es legítimo, pues, en su ejercicio; sólo que lo indebido está en la manera cómo se ejercita" [193].

Explica León Barandiarán la contradicción entre su planteamiento y el dispositivo del art. 1137, inc. 1°, al afirmar que si bien el Código Civil ha consignado el efecto del acto abusivo "dentro de los actos ilícitos para, *adversus sensu*, adjudicar a aquél la responsabilidad derivada del mismo, es una cuestión de simple sistemática" [194].

Sin embargo, el recurso al art. 1137, inc. 1°, del Cód. Civil de 1936, para encontrar cuáles son las consecuencias del acto abusivo, dada la parquedad del art. II del Título Preliminar, es una contradicción sistemática. Ello, en razón de que en la parte del Código donde se regulan los actos ilícitos, lo que se sanciona es la conducta que lesiona un derecho, es decir, un interés tutelado de manera concreta. Esta circunstancia no se presenta en el caso

[193] León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 30.

[194] León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, p. 31.

del abuso, con el cual sólo se maltrata o agrede un interés no protegido por norma expresa.

De modo que la respuesta incompleta del art. II del Título Preliminar no puede ser resuelta recurriendo a normas que, de aplicarse conjuntamente, importarían una alteración sustancial de la naturaleza de cada una de las disposiciones. Y, lo que es más grave, se estaría reconociendo que el juez, frente a un caso de abuso del derecho, queda maniatado si sólo recurre al art. II del Título Preliminar.

La concordancia entre el art. II del Título Preliminar y el art. 1137 es útil en la medida que nos permite determinar que el ejercicio irregular de un derecho configura un acto ilícito. El abuso del derecho es, sin duda, un ejercicio irregular de un derecho, por lo que cabe calificarlo como ilícito. No obstante, tal como se ha sostenido, la ilicitud del acto abusivo es especial, por lo que se sustrae a las normas de la responsabilidad civil, a pesar de que en el Código derogado, a diferencia del actual Código de 1984, no se establecían en el art. II del Título Preliminar las consecuencias derivadas del abuso del derecho.

§ 61. ***El abuso del derecho en el Código Civil de 1984.*** – Analizaremos aquí los alcances del abuso del derecho dentro del vigente Código Civil peruano.

a) *Las vicisitudes del Proyecto de reforma.* El Código Civil vigente mantiene, en cuanto al abuso del derecho, el mismo conciso enunciado del art. II del Código de 1936, es decir, que "la ley no ampara el abuso del derecho". Añade a esta categórica afirmación, sin embargo, lo que constituye una importante novedad, la misma que concuerda con la nueva concepción sobre la tutela de los derechos. En este sentido, el numeral en cuestión permite adoptar las medidas que fueren necesarias para evi-

tar o suprimir el abuso y, obviamente, para reparar el daño que se ocasione.

La importancia de la novedad introducida en este artículo reside en que el intérprete encuentra en la propia norma, debidamente enunciadas, las consecuencias derivadas del abuso del derecho. Ello hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad civil para determinar los efectos derivados del acto abusivo. Esta situación, como se pudo apreciar, no se daba tratándose de la misma norma del Código Civil de 1936, lo que ocasionaba explicables confusiones.

El texto completo del art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 establece: "La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda". El codificador, en atención a la experiencia obtenida durante la vigencia del Código Civil de 1936, consideró oportuno mantener, en lo sustancial, la escueta condena del abuso del derecho, absteniéndose de señalar los criterios para su determinación. En la Exposición de motivos se explica que este asunto es propio de la ciencia del derecho, de la doctrina, en cuanto "que el estudioso del derecho no puede dejar de atender a ello" [195].

El actual art. II es similar, salvo una palabra, al que fuera proyectado en 1974 por la Comisión reformadora. La única palabra que varía en relación con la propuesta de esta Comisión es la de "adecuadas", para referirse a las medidas a adoptar por el juez, la misma que fue sustituida por el vocablo "necesarias" por la Comisión revisora.

[195] León Barandiarán, José, *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, p. 25.

No obstante, en 1981, León Barandiarán, ponente del Título Preliminar, modificó el artículo proyectado en 1974, sustituyéndolo con el siguiente texto: "La ley no ampara el abuso del derecho. Se incurre en tal abuso, cuando en el ejercicio de su derecho, el titular excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho. El interesado puede exigir que sean adoptadas las medidas adecuadas para evitar o suprimir el abuso, sin perjuicio de la indemnización que corresponda".

Es fácilmente perceptible que entre 1974, fecha de la redacción de la primera fórmula sobre el abuso del derecho, y 1981, oportunidad en la que se varía la propuesta, el ponente modificó su posición, abandonando aquella que hemos mencionado en precedencia (ver § 60, b) y que fuera expuesta por León Barandiarán en el Tomo IV de los *Comentarios al Código Civil peruano*, en relación con el art. II del Título Preliminar del Código Civil de 1936. En efecto, en la primera ocasión se muestra partidario de una redacción breve y concisa, sin que en el texto legal se consigne ningún criterio que pudiera servir para la identificación del fenómeno del abuso del derecho, desde que ello era tarea de la doctrina y de la jurisprudencia. La variación del planteamiento original de León Barandiarán en cuanto a la técnica legislativa se debió, probablemente, al influjo ejercido sobre él tanto por la tesis de Josserand como por el texto del art. 7° del Título Preliminar del Código Civil español modificado en 1974.

Un repensamiento sobre el tema en cuestión pareciera ser la causa que conduce al ponente a considerar que era preferible incorporar al texto legal los criterios que pudieran servir para determinar el abuso del derecho. Observamos cómo la nueva

propuesta formulada por León Barandiarán en 1981 alude al principio de la buena fe y al criterio objetivo consistente en la finalidad institucional y la función social del derecho subjetivo.

La Comisión revisora, como se aprecia, optó finalmente por el texto originalmente propuesto por la Comisión reformadora redactado en 1974, solución que nos parece adecuada sobre la base de los argumentos anteriormente expuestos.

b) *La tutela preventiva de intereses.* El art. II del Título Preliminar del Código Civil vigente introduce una importante innovación, como es la de establecer la posibilidad de accionar para evitar que se produzca un acto abusivo o para suprimir aquel en curso. En este sentido, el numeral autoriza al interesado a solicitar se adopten las medidas que fueren necesarias para impedir la realización de un acto que estaría destinado a lesionar sus intereses. Además, como es obvio, prescribe que es materia de indemnización el daño en que se haya incurrido con ocasión del abuso.

En la Exposición de motivos se justifica esta redacción. Con ella, se sostiene, se pretende superar la que tenía el artículo correspondiente al abuso del derecho en el Código derogado. El ponente del numeral en referencia consideró que el Código de 1936 reparó en el abuso del derecho "de un modo elíptico", pues "no indicaba qué remedios podían utilizarse en el caso de tal abuso"[196]. Estimamos un acierto, que constituye un valioso precedente en la legislación comparada, que el Código Civil de 1984 prescriba la tutela preventiva de los intereses que pudieran verse afectados con una posible acción

196 León Barandiarán, *Exposición de motivos y comentarios*, p. 24-25.

abusiva, así como el que se permita también la supresión del abuso en acto.

El codificador faculta al juez, con toda amplitud, para que adopte "las medidas necesarias" para lograr la finalidad –básica en la tutela de derechos e intereses– de prevenir los daños que pudieran cometerse más que indemnizar aquellos ya ocasionados. Ésta es, por lo demás, la moderna orientación de la doctrina, por lo que es digno de elogio que el Código haya concordado con esta nueva tendencia[197].

Hasta donde alcanza nuestra información en materia de legislación comparada, el Código Civil peruano es el primero que establece de modo directo la concreta posibilidad de que el juez adopte las necesarias medidas cautelares para anticiparse a la consumación de un acto abusivo. El art. 7°, párr. 2°, del Título Preliminar del Código Civil español (ver § 47), consigna una fórmula genérica en tanto se autoriza al juez a dictar "las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso". Como fácilmente se puede apreciar, el texto del art. 7° sólo menciona la posibilidad de suprimir la "persistencia" del acto abusivo, sin aludir expresamente a la prevención del abuso como lo hace el codificador peruano. En el Código Civil de 1984, tal como se ha mencionado, se dispone que el juez dicte las medidas necesarias tendientes a "evitar" un abuso que aún no se ha concretado en daño alguno.

Corrobora lo antes expresado, el hecho de que el art. 7° del Cód. Civil español exija la producción de un daño como causal para que el juez proceda a fijar la correspondiente indemnización o para que

[197] León Barandiarán, *Exposición de motivos y comentarios*, p. 24.

adopte las medidas que impidan la persistencia de un daño en acto. El citado numeral considera, por ende, la realización de un daño como elemento esencial del abuso del derecho. Como lo hemos anotado en precedencia, coincidiendo con Díez-Picazo, no compartimos esta apreciación, desde que el daño no es, en nuestro concepto, un elemento esencial del abuso del derecho. Si así fuera, no sería factible prescribir la posibilidad de prevenir un daño que aún no se ha realizado, pero que se constituye en una amenaza cierta e inminente.

Es evidente que, en el caso que comentamos, el juez tendrá que ponderar, con la celeridad y urgencia debidas, la situación planteada por el interesado, tomando rápido conocimiento de la certidumbre e inminencia de la amenaza de un acto abusivo que, de consumarse, acarrearía un daño a los intereses del recurrente. Es, sin duda, tarea delicada la que recae en el juez, pero las exigencias del derecho moderno hacen del juzgador –artífice del derecho vivo– una pieza clave para prevenir la consumación de un daño.

c) *La ilicitud del acto abusivo en el Código Civil peruano.* Si bien el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano no califica directamente como ilícito el fenómeno del abuso del derecho, desde que sólo enuncia que "la ley no lo ampara", no cabe ninguna duda que para el codificador de 1984, como lo fue en su momento para el de 1936, el acto abusivo se sitúa en el ámbito de la ilicitud. Al comentar el mismo artículo del Código Civil derogado recordábamos la opinión de Juan José Calle, ponente de dicho precepto en el seno de la correspondiente Comisión reformadora del Código de 1852. En su concepto, el abuso del derecho significaba un comportamiento antisocial. Es decir, ilícito.

A mayor abundamiento, una interpretación sistemática que concuerde la norma del art. II del Tí-

tulo Preliminar, que condena el abuso del derecho, con el art. 1971, inc. 1°, según el cual no hay responsabilidad "en el ejercicio regular de un derecho", corrobora lo dicho. La conducta abusiva, utilizando la interpretación *adversus sensu*, es ilícita. Del ejercicio irregular de un derecho surge la ilicitud objetiva del mismo.

Si es lícita la conducta ejercida de modo regular, es decir, de conformidad con las reglas del derecho, la conducta irregular, que significa actuar fuera de lo prescripto como permitido por dichas reglas, no puede ser calificada sino como ilícita.

Es del mismo parecer Torres Vásquez, para quien el acto abusivo es ilícito en tanto "se contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir" [198]. Es ilícito, además, porque es contrario "a la buena fe, la moral y las buenas costumbres" y "a los fines (económicos, sociales, políticos) del derecho subjetivo" [199].

Es conveniente advertir a este propósito que, como lo hemos manifestado en su lugar (ver § 37), se trata de un ilícito *sui generis*, de un tipo especial de ilicitud en razón de su particular fenomenología (ver § 41). Dicha especificidad, propia del abuso del derecho, hace que la figura posea autonomía conceptual, lo que impide que caiga dentro de los parámetros de la responsabilidad civil. En efecto, el art. II del Título Preliminar establece las consecuencias que podrían derivarse del acto abusivo en cuanto tal. En dicho numeral se lee que el interesado puede exigir la adopción de las medidas ne-

198 Torres Vásquez, Aníbal, *El abuso del derecho*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, vol. 45, 1981-1985, p. 114.

199 Torres Vásquez, *El abuso del derecho*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", vol. 45, 1981-1985, p. 115.

cesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, solicitar la indemnización que corresponda.

Del texto del art. II se desprende que el juez, ante un caso de abuso del derecho, no tiene necesidad de recurrir a las normas que regulan la responsabilidad civil, ya que el propio numeral señala las medidas específicas a adoptar frente al acto. Es por ello que se puede, preventivamente, solicitar la evitación del acto antes de su consumación, lo que constituye una solución adecuada no sólo para el caso del abuso del derecho sino, en general, para cualquier acto susceptible de causar daño.

De otro lado, y tal como se ha señalado anteriormente, el citado numeral facilita también que el interesado exija la supresión del acto abusivo que se estuviere produciendo en un determinado momento, con independencia del hecho de que se genere o no algún daño. El interesado tiene, además, la posibilidad de reclamar la indemnización del daño que se hubiere generado. Todo lo expuesto significa que la norma relativa al abuso del derecho señala las consecuencias que pueden derivarse del mismo, sin necesidad de referirse a las normas de la responsabilidad civil.

Lo expresado en precedencia ratifica la especificidad de la ilicitud del acto abusivo. Como también se ha indicado en su lugar, tratándose del abuso del derecho no es indispensable indagar por el dolo o la culpa del agente. La materia no debe ubicarse, en consecuencia, dentro de la regulación de los actos ilícitos sino que constituye tema propio de la Teoría general del derecho. Su inserción en el Título Preliminar del Código Civil peruano confirma, a mayor abundamiento, esta posición.

Jorge Eugenio Castañeda, uno de los más destacados comentaristas del derogado Código Civil de 1936, no comparte esta posición. En efecto, sostie-

ne que "en verdad el criterio del dolo y de la culpa determina si se abusa del derecho" [200], lo que significa negar la autonomía del abuso del derecho.

Hemos ya precisado que el daño no es un elemento esencial del acto abusivo, sino tan sólo el presupuesto para los efectos reparatorios. Tan es así que el propio texto del art. II del Título Preliminar del Código vigente señala que el interesado puede exigir "en su caso, la indemnización que corresponda". Lo que obviamente significa que puede no presentarse en el acto abusivo un daño por el cual reclamar una reparación (ver § 47). Coincide con esta posición Torres Vásquez quien, en concordancia con Díez-Picazo, expresa que "puede existir un obrar abusivo sin que todavía se haya producido un daño efectivo" [201].

Por otra parte, cabe advertir que el abuso del derecho puede también presentarse dentro de una relación contractual.

Es sabido que la materia que venimos tratando es polémica (ver § 1 y 2). En lo que concierne a la doctrina jurídica peruana nos hemos referido a la posición que, sobre el particular, asume León Barandiarán, al menos con ocasión de sus comentarios a la norma del abuso del derecho contenida en el Código Civil de 1936. Para el insigne civilista el abuso del derecho que recoge el Código Civil del Perú no puede ser considerado como un acto ilícito (ver § 60). No estamos seguros si, con el transcurso de los años, el maestro cambió de opinión. Lamentablemente no tuvimos oportunidad, últimamente, de conversar con él sobre el tema. Sólo nos queda, al

200 Castañeda, Jorge E., *El daño aquiliano en la legislación del Perú*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961-1962, p. 463.

201 Torres Vásquez, *El abuso del derecho*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", vol. 45, 1981-1985, p. 116.

respecto, su testimonio escrito contenido en la Exposición de motivos del Código Civil de 1984 cuando afirma, en la parte pertinente al Título Preliminar, que el abuso del derecho "es hoy una figura admitida en términos generales para las relaciones del derecho privado" [202].

En la reciente literatura jurídica contamos con la opinión de Rubio Correa, a la cual nos hemos referido anteriormente (ver § 34), para quien el abuso del derecho es una institución válida en sí misma que "tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas". Nuestra posición al respecto ha sido ya formulada en precedencia al comentar la sugerente propuesta de Rubio Correa. No obstante, vale la pena recordar que desde nuestra óptica, tal como se plasma en las páginas de este trabajo, el abuso del derecho es un acto ilícito *sui generis* al cual se llega por la transgresión de un genérico deber jurídico, acogido en un principio general del derecho y a partir de la preexistencia de un derecho subjetivo que es actuado, u omitido, de modo antisocial.

Expresa Rubio Correa que el abuso del derecho consistiría en un acto "en principio" lícito pero que "por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito, al atentar contra la armonía de la vida social". La calificación del acto abusivo como no lícito no proviene, según el autor, "ni de la aplicación de las normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de la integración jurídica" [203]. El juez, en consecuencia, encuentra que el acto abusivo "contraría el espíritu o los principios del derecho en

[202] León Barandiarán, *Exposición de motivos y Comentarios*, p. 24.

[203] Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 40.

el transcurso de su ejecución y, por tanto, se configura una laguna del derecho que debe ser resuelta por el juez, ante la carencia de una diposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto tal como se realiza" [204].

A nuestro entender, y con referencia a lo opinado por Rubio Correa, lo ilícito civil no sólo se configura a raíz o como consecuencia de la lesión de una "específica" disposición restrictiva o prohibitiva. Lo *ilícito civil* se presenta también, y con mayor razón si atendemos a la unidad y totalidad propias del ordenamiento jurídico, cuando se transgrede un genérico deber que, inspirado en el valor de la solidaridad, actúa como límite jurídico de la conducta lícita. O, dicho en otras palabras, como frontera ética a un egoísmo exacerbado y descomedido, actuado por el titular de un derecho subjetivo bajo una apariencia de licitud.

Los deberes genéricos, contenidos en toda situación jurídica subjetiva, tal como se ha anotado en precedencia (ver § 6 y 35), se formulan a través de principios o cláusulas generales mediante los cuales se expresa el derecho de los demás, de la comunidad en general, frente al titular de un específico derecho subjetivo. Es el caso, tantas veces mencionado, de la buena fe, las buenas costumbres, el orden público y el propio abuso del derecho.

La condena del abuso del derecho, bajo cualquiera de sus modalidades o manifestaciones de conducta, se impone a través del principio o cláusula general contenida en el art. II del Título Preliminar cuando se lee que "la ley no ampara el abuso del derecho". Es un claro y genérico deber jurídico que cubre todas las relaciones de conducta, que

[204] Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 40.

informa todo el sistema. Por ello, en esta hipótesis, no existe en sentido estricto una "laguna de la ley" –y menos del Derecho– sino el deber del juez de integrar el caso sometido a su jurisdicción dentro de la referida cláusula general.

El juez, en consecuencia, tiene que aplicar el principio general a un caso concreto, el mismo que resulta ser un acto ilícito en cuanto, por antisocial, contraría el deber genérico de no abusar de un derecho subjetivo. El juez ha de recurrir a los criterios que le ofrece la ley, la doctrina y la jurisprudencia, según sea el caso, para la determinación de la existencia de un acto abusivo.

Lo que la ley no ampara es aquello que, por no estar permitido, no es digno de tutela o protección jurídica. Lo que no se ampara no es lo permitido y lícito sino lo prohibido e ilícito. Salvo que, como sugieren algunos autores, se proceda a considerar un tercer género –todo por estudiar– entre lo lícito y lo ilícito, entre lo permitido y lo prohibido.

Lo que no ofrece duda, como lo reconoce el propio Rubio Correa, es que "el marco de lo lícito, es decir, del correcto ejercicio de los derechos, está dado por un conjunto de normas generales que, bajo la forma de *estándares jurídicos* diseñan los principios generales que gobiernan las conductas de las personas"[205]. De donde, salirse del marco de lo prescripto por un estándar jurídico o principio general del derecho –que constituye el marco de lo lícito–, como es el caso de la buena fe, de las buenas costumbres, significa situarse en el campo de la ilicitud, como es nuestra opinión, o de un tercer género, como sugieren algunos autores, entre lo lícito y lo ilícito, cuya existencia y naturaleza está toda por determinarse dentro de la Teoría general del derecho.

[205] Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título preliminar*, p. 40.

d) *APRECIACIÓN CRÍTICA DEL PRINCIPIO GENERAL "LA LEY NO AMPARA EL ABUSO DEL DERECHO".* Las dudas que aún pudieran subsistir en cuanto a la naturaleza de la conducta definida como "abuso del derecho", si bien son teóricas y no impiden en la práctica la admisión de dicha figura y su aplicación dentro de la actividad jurídica, tienen su origen, en gran medida y a nuestro entender, en la expresión utilizada por el codificador de que "la ley no ampara el abuso del derecho". Para algunos autores el que no se ampare el abuso del derecho no significa que la ley lo califique como ilícito. De donde, no quedan sino dos posibilidades si se descarta que el acto abusivo no es lícito: o es un acto simplemente ilícito o pertenece a un tercer género, a una zona intermedia entre lo lícito y lo ilícito.

La expresión "la ley no ampara el abuso del derecho" ha sido considerado por ciertos autores como ambigua, imprecisa, vaga. No encuentran que ella encierre una expresa calificación de ilicitud –como suele ocurrir en el derecho penal–, no hallan en dicha norma una concreta prohibición del abuso del derecho. Frente a esta posición es legítimo preguntarse: ¿qué significa entonces, jurídicamente, el que la ley no ampare cierta conducta perfectamente tipificada como antisocial?, o ¿es que lo antisocial es conforme al derecho, es una conducta permitida por el ordenamiento jurídico –en su unidad– o, contrariamente, se trata de un comportamiento prohibido por dicho ordenamiento?

Desde nuestra óptica, dentro de la cual el ordenamiento jurídico es unitario y en el que sólo existen conductas permitidas o prohibidas –con mayor o menor intensidad–, no existe otra alternativa que establecer que el fenómeno del abuso del derecho, en cuanto proceder antisocial, está prohibido por el ordenamiento jurídico a través de una cláusula general y, por lo tanto, es un comportamiento ilícito.

Más aún, al existir una norma concreta que expresa no ampararlo no cabría otra alternativa que la de aprehenderlo como una conducta reprobada por ilícita.

No obstante lo expresado, y como se ha podido apreciar, ante la dificultad teórica que sin duda ofrece la materia atinente a la naturaleza jurídica de esta figura, no sólo se propone como respuesta la inclusión del abuso del derecho en una zona intermedia entre lo lícito y lo ilícito, sino que se llega a afirmar por Martín Bernal que "la falta de amparo por tanto no supone obviamente prohibición alguna" [206].

Argumenta Martín Bernal que "el derecho ejercido abusivamente, por definición, requiere que el agente actúe *dentro de los límites objetivos de la norma, pero desviando sus fines económicos y sociales*". Según el autor, la conducta antisocial del titular se hallaría "dentro" de los límites del derecho, de donde se deduciría que el proceder agraviante sería lícito. Desde nuestro punto de vista la "desviación" del derecho de sus fines económicos y sociales, a que alude Martín Bernal, supone, precisamente, una conducta antisocial que, de suyo, es ilícita. Existe un límite en el ejercicio de todo derecho. Cualquier "desviación" que atente contra los demás, contra intereses ajenos, es una desviación hacia el campo de la ilicitud.

El acto abusivo es una conducta humana que traspone la frontera que separa un comportamiento lícito de uno ilícito, cualquiera sea la intensidad, el matiz o la gravedad que comporte la ilicitud. Sólo a partir de una limitada visión individualista de los derechos subjetivos puede concebirse que la conducta antisocial –irregular, anormal– es lícita. Esta

[206] Martín Bernal, *El abuso del derecho*, p. 247.

concepción olvida, como se ha hecho notar, que el derecho no es sólo la tutela de los derechos e intereses individuales sino que contempla también los de los demás, de la colectividad en su conjunto. Ello, como se ha repetido, en la medida que el ser humano es ontológicamente un ente coexistencial. Si bien la persona humana es el centro indiscutido del derecho, sus intereses deben armonizar con los de las demás personas, de igual dignidad, y con la comunidad, dentro de una actuación dirigida hacia la consecución del bien común y no sólo aquel referido a algunas cuantas personas, grupo, casta o clase.

Lo expuesto nos ha conducido a sostener, a lo largo de este trabajo, que el acto abusivo, al transgredir un genérico deber jurídico de respeto a los intereses ajenos, es de suyo un acto ilícito de matiz especial (ver § 37).

No puede perderse de vista que el derecho, en cuanto es primariamente vida humana, es dinámico como la coexistencia. El derecho, como la vida, es temporal e histórico y, por ende, lábil y fluido. Las conductas humanas, instaladas en la temporalidad, en tanto reflejos fenoménicos de la libertad, pueden ser o dejar de ser valiosas de un momento a otro, sin solución de continuidad. Pueden ser justas hasta cierto momento para, luego, devenir en injustas. Pueden ser solidarias durante un lapso para, en el siguiente tramo, convertirse en antisociales. No vemos pues inconveniente para que una conducta potencialmente lícita, o lícita en su tramo inicial, se transforme, en cierto instante, en ilícita al transgredirse algún deber impuesto por el ordenamiento jurídico. Es indiferente que el deber incumplido sea específico, como cualquiera que se refiera a los delitos penales, o genérico, como sería el instalado en un principio o cláusula general del derecho. La ilicitud puede ser típica o atípica, según el caso.

La riqueza y complejidad de la vida no puede ser aprehendida en su totalidad por la normatividad jurídica. Es imposible prescribir la licitud o la ilicitud de cada conducta humana, en diversas épocas y circunstancias. No obstante, el derecho debe cubrir toda la experiencia por lo que ha de valerse de principios generales o cláusulas generales, abiertas y en blanco, que informan todo el sistema dándole la necesaria unidad. Estos principios generales cubren y regulan toda la experiencia.

Los principios generales son instrumentos que el juez aplica para resolver los casos no previstos en una determinada y específica norma jurídica. Esta situación, en nuestro concepto, no supone la existencia de una laguna del derecho, sino un caso de atipicidad normativa que debe resolverse aplicando al caso concreto los principios generales. Tampoco es una laguna de la ley, pues dichos principios generales no son otra cosa que principios legales, normas escritas.

Y en el caso de que dichos principios pudieran hipotéticamente resultar insuficientes, debe recurrise al axioma jurídico que prescribe que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, siempre que no atente contra la moral y el orden público.

Una definitiva excepción a lo dicho resulta ser el caso del delito. En el campo del derecho penal rige, estrictamente, la tipicidad de lo ilícito. El principio universal que reza que no hay pena ni delito sin ley es de absoluta observancia. Encontrándose de por medio una notable restricción de la libertad personal del delincuente, al recluírsele en un lugar de readaptación social limitándose su posibilidad de realización existencial, es imperativo que la causal de este grave suceso esté perfectamente contemplada y definida por la ley. Razones de seguridad y certeza jurídica así lo exigen.

e) *Casuística normativa alusiva al abuso del derecho.* Todo lo manifestado en páginas precedentes no es sino demostrativo de que, a pesar de las dificultades teóricas que presenta la autónoma figura del abuso del derecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia y la ley la admiten como principio o cláusula general del derecho que enmarca el comportamiento humano intersubjetivo. Más allá de toda discusión sobre la licitud o ilicitud de la conducta antisocial y agraviante de quien abusa de su derecho lesionando intereses ajenos, se reconoce en la actualidad que este proceder está reprobado por el derecho.

En el actual Código de 1984, tal como ocurría también en el Código Civil derogado de 1936, el acto abusivo no sólo está genéricamente condenado por un principio general del derecho sino que, además, a través de su articulado se señalan, de manera específica, algunos casos de abuso del derecho. En cada uno de ellos la norma respectiva, aparte de las consecuencias genéricas del abuso, establece aquellas particulares que en dicha situación acarrea el acto abusivo, sin remisión alguna a los principios de la responsabilidad civil. Esto corrobora lo que venimos afirmando a lo largo de este trabajo: que el acto abusivo supone un especial matiz de ilicitud que lo sustrae del tratamiento reservado a la responsabilidad civil.

Según Rubio Correa, el abuso del derecho es mencionado por el Código hasta en once oportunidades[207]. Los artículos citados son los siguientes: 292, 329, 414, 632, 924, 1021, 1076, 1079, 1738, 2060 y 2064.

En el art. 292 se trata del abuso del derecho en que puede incurrir cualquiera de los cónyuges en re-

[207] Rubio Correa, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, p. 47.

lación con el derecho a la representación legal de la sociedad conyugal. En esta específica hipótesis la norma señala que corresponde al juez limitar la representación a instancias del cónyuge cuyos intereses son lesionados. En este artículo el abuso del derecho aparece, expresamente, como un límite del derecho subjetivo. Es evidente que el juez puede también, en aplicación de lo dispuesto en el art. II del Título Preliminar, adoptar otras medidas que el caso requiera en resguardo de los intereses patrimoniales que se vieren afectados por la conducta abusiva del cónyuge.

El art. 329, a propósito del régimen patrimonial dentro del matrimonio, prescribe que el juez, a pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden, puede establecer el régimen de separación de patrimonios.

En el art. 924, referido al derecho de propiedad, se establece que aquel que "sufre o está amenazado porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados". Como se puede apreciar del texto de este artículo, en él se prescribe una indemnización para el lesionado en sus intereses y, además, en concordancia con el art. II del Título Preliminar, se señala que se adoptarán las medidas del caso. Es de advertir, asimismo, que también en conexión con el mencionado numeral II, se prevé una tutela preventiva para el caso de una simple amenaza de agresión.

En el art. 924, como se habrá observado, se hace expresa referencia a dos situaciones que son aparentemente tratadas como si fueran dos hipótesis cuando, al aludir al agente del acto abusivo, se señala que éste puede actuar o amenazar con actuar su derecho subjetivo con "exceso" o cometiendo un "abuso". Del análisis del texto podría inferirse,

por consiguiente, que al haberse utilizado la conjunción disyuntiva "o", el codificador pretendió diferenciar una conducta de la otra, indicando de este modo que el acto abusivo no se confundiría con la actuación "excesiva" de un derecho. Esta deducción, sin embargo y tal como lo apreciaremos más adelante, carecería de fundamento si nos atenemos a las opiniones vertidas por los codificadores con ocasión de la reforma del Código Civil de 1852, al que sustituyera el de 1936.

En primer término, es del caso precisar que no obstante este aparente distingo las consecuencias jurídicas son las mismas en uno u otro caso, tal como se ha señalado en precedencia, por lo que no tiene significación práctica.

En la Exposición de motivos del Código Civil de 1984 no hallamos ninguna explicación en lo que atañe al uso disyuntivo de los conceptos "exceso" y "abuso" en el texto del art. 924. Lo curioso es que este artículo reproduce literalmente el texto del art. 861 del Cód. Civil derogado de 1936. En las Actas de las sesiones de la Comisión reformadora que elaboró el Código Civil de 1936 es posible, en cambio, encontrar una probable explicación a la cuestión planteada, la que fluye del debate que se produjo en torno al concepto, alcances y límites que debería tener el derecho de propiedad dentro del ámbito del Código en proceso de redacción.

Es del caso subrayar a este propósito la iluminante opinión del doctor Pedro M. Oliveira –quien fuera uno de los integrantes de la Comisión reformadora[208]–, la misma que serviría de sustento a la redacción del numeral 861 en referencia. Según lo

208 La Comisión reformadora del Código Civil peruano de 1852, que redactara el Código de 1936, estuvo integrada por los juristas Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea, Alfredo Solf y Muro, Pedro M. Oliveira, y por el médico Hermilio Valdizán.

expresara en su Memorándum que presentó en el seno de la mencionada Comisión, con fecha 15 de julio de 1925, el propietario "está obligado a abstenerse de causar daño a otro con el abuso manifiesto de su derecho, y a usar racionalmente de la cosa conforme a la naturaleza de ésta". El doctor Oliveira estimaba que esta fórmula, que se alejaba del modelo del Código Civil alemán de 1900 –propuesto por el doctor Calle– "refleja el concepto moderno de la propiedad" al sancionar "expresamente, el llamado principio del abuso del derecho, que tiene sus aplicaciones más importantes en el campo de los derechos reales". En otro párrafo del citado Memorándum el doctor Oliveira sostiene que, como la propiedad está en función social, "hay que admitir que ella no sólo concede derechos, sino impone obligaciones". Y, añade, que "el propietario está obligado a abstenerse, en el ejercicio de su derecho, de todo *exceso* que cause daño a otro"[209].

De la glosa del pensamiento de Oliveira que hemos efectuado en el párrafo anterior se desprende que, para el autor, los conceptos de "exceso" y "abuso" son utilizados como si fueran equivalentes por lo que, al referirse a la misma figura jurídica, tienen los mismos alcances. Por ello debemos inferir que, si el codificador de 1984 reconoce que el art. 924 es transcripción literal del art. 861 del Cód. Civil de 1936, admite implícitamente tal equivalencia o, al menos, no la cuestiona.

Pensamos que el codificador de 1936, después de haber condenado genéricamente el abuso del derecho en el art. II del Título Preliminar del Código, siguiendo la huella del Código suizo de 1907, no tenía otra solución que ser coherente con esta pro-

[209] Cfr. las *Actas de la Comisión reformadora del Código Civil peruano*, fasc. IV, p. 160.

puesta y oponerse, por consiguiente, a toda acción abusiva tratándose del específico ejercicio del derecho de propiedad. No obstante, y tal vez por carecer a la altura de 1925 del instrumental técnico-jurídico del que actualmente hacemos uso, no fue lo suficientemente preciso en la distinción conceptual entre lo que hoy interpretamos como "exceso" en el ejercicio de un derecho subjetivo y "ejercicio abusivo" del mismo. Es decir, entre la concepción tradicional por la cual todo "exceso", si bien no es amparado por el derecho, es lícito en la medida que se refiere al ejercicio de una facultad concedida al agente por el ordenamiento jurídico y aquella otra que, en cambio, desde una óptica más acorde con los tiempos y la evolución del derecho, considera al acto abusivo como ilícito. Y ello por transgredir, como lo tenemos dicho, un genérico deber consignado en un principio general del derecho que expresamente lo condena. Es así que la conducta abusiva, a pesar de ser lícita en su origen, deviene en ilícita *sui generis* en cuanto se lesiona un interés ajeno.

En el art. 1021 se dispone que el abuso del derecho provocado por el titular de un derecho de usufructo trae como consecuencia la extinción del derecho.

En el art. 1076 se aloja el caso del abuso del derecho del acreedor prendario, en tanto permite que la prenda sea puesta en poder de un tercero. En el art. 1079 subyace la conducta del depositario que abusa de la prenda.

En el art. 1738 se establece la responsabilidad del comodatario que abusa del bien y ocasiona su pérdida o deterioro. Los arts. 2060 y 2064 se refieren al abuso del derecho en el área del derecho internacional privado.

Todas las medidas específicas aludidas en estos numerales resultan ser aplicación, a los casos con-

cretos, del genérico dispositivo sobre el abuso del derecho contenido en el tantas veces citado art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano.

En relación con las consecuencias que acarrea el acto abusivo, es de advertir un vacío en lo que concierne al tratamiento procesal del abuso, sobre todo en el caso de una amenaza. No se prevé, en efecto, una acción pronta y eficaz que pueda utilizarse para evitar la consumación de una amenaza. No se cuenta con un dispositivo, a nivel del Código Civil, como aquel proyectado por la Comisión redactora de dicho Código y que fuera sustituido por el vigente art. 17 [210].

[210] El proyectado art. 17 del Cód. Civil de 1984, presentado por el ponente y no admitido por la Comisión Revisora, tenía el siguiente texto:

"En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

El juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño a la persona o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.

El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuere el caso".

El texto, finalmente aprobado y vigente del art. 17, dista mucho de ser satisfactorio, pues no contempla una tutela integral de los intereses de la persona ni admite la acción preventiva o inhibitoria para evitar la consumación de un daño. De otra parte, contrariamente a lo prescripto constitucionalmente, reduce la tutela a sólo los derechos subjetivos expresamente reconocidos en un capítulo del Código, dejando de lado todos aquellos alojados en otros lugares del ordenamiento jurídico así como los intereses existenciales que, derivados de la propia dignidad de la persona o que por interpretación analógica, merecen protección jurídica, según lo dispone puntualmente el art. 4° de la Constitución peruana.

BIBLIOGRAFÍA

Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código Civil peruano, Lima, Imprenta La Tradición, 1926.

Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Universidad Nacional, 1928.

Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Universidad Nacional, 1939.

Acuña Anzorena, Arturo, *Culpa por omisión y abuso del derecho*, *LL*, 16-198.

Aftalión, Enrique - Vilanova, José - García Olano, Fernando, *Introducción al derecho*, Bs. As., La Ley, 1964.

Aguiar, Henoch D., *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Bs. As., Tea, 1950.

— *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., Tea, 1950.

Aguilar Gorrondona, José L., *Derecho civil. I. Personas*, 4ª ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1963.

Alpa, Guido - Bessone, Mario, *I fatti illeciti*, en Rescigno, Pietro (dir.), "Trattato de diritto privato", Torino, Utet, 1985.

Alsina Atienza, Dalmiro A., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Bs. As., L. J. Rosso, 1935.

— *El principio de la buena fe en el Proyecto de 1936*, Bs. As., Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1942.

Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., *El abuso del derecho. Estudio de derecho comparado*, *LL*, 1990-B-1101.

Allende, Guillermo L., *Relatividad de los derechos y abuso del derecho*, *LL*, 83-923.

Barassi, Lodovico, *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1955.

— *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1964.

Barcelo, Juliette, *Les abus de droits*, en "Themis. Revue Juridique", Montreal, oct. 1974, nº 13, p. 29.

Batlle Vásquez, Manuel, *Comentarios del Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1978.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Harla, 1983.

Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

Bigliazzi Geri, Lina - Breccia, Umberto - Busnelli, Francisco D. - Natoli, Ugo, *Diritto civile*, Torino, Utet, 1986.

Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.

— *Significado y alcance de las reformas introducidas al Código Civil*, Bs. As., Poder Ejecutivo Nacional, 1968.

— *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Perrot, 1970.

Bueres, Alberto J., *El acto ilícito*, Bs. As., Hammurabi, 1986.

Busso, Eduardo B., *A propósito del abuso del derecho*, en "Revista de Derecho Civil", t. 1, abr.-jun. 1929, p. 287.

Calvo Sotelo, José, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería V. Suárez, 1917.

Capitant, Henri, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 1950.

— *Sur l'abus des droits*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1928, t. 27.

Carranza, Jorge A., *El abuso del derecho en la ley 17.711*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", La Plata, Platense, 1971.

— *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.

Castán Tobeñas, José, *Crisis mundial y crisis del derecho*, Madrid, Reus, 1961.

— *Situaciones jurídicas subjetivas*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", set. 1963, nº 3.

Castán Vásquez, José M., *El abuso del derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, Edersa, 1977.

Castañeda, Jorge E., *El daño aquiliano en la legislación del Perú*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961-1962, p. 463.

Castiglione, José F. L., *El abuso del derecho*, *JA*, XV-45, secc. doctrina.

Comporti, Marco, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, en "Rivista di Diritto Civile", 1984-I-285.

Condorelli, Epifanio J. L., *El abuso del derecho*, La Plata, Platense, 1971.

Cordeiro Álvarez, Ernesto, *La reforma del Código Civil*, en "Revista de la Universidad de Córdoba", jul.-set. 1939, p. 183.

Cornejo, Ángel G., *Estudios sobre el nuevo Código Civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1937, 2º cuatrimestre, p. 347.

Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

Crabb, John, *El concepto francés del abuso del derecho*, en "Interamerican Law Review", ene.-jun. 1964, vol. 1, nº 1, p. 28.

Charmont, Josefh, *L'abus de droit*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1902-I-119.

Dabin, Jean, *Drois subjectifs et prérogatives juridiques*, en "Mém. de l'Acad. Royale de Belgique", 1960.

— *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, y tr. al español, *El derecho subjetivo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España. Parte general*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

— *Temas de derecho civil*, Madrid, Marisal, 1972.

De la Riva Agüero, José, *Obras Completas*, Lima, PUC, 1979.

De los Mozos, José L., *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, Civitas, 1988.

Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, México, Uteha, 1946.

Díaz de Guijarro, Enrique, *El abuso del derecho y el proyecto de reformas del Código Civil*, LL, 60-12, secc. doctrina.

Díez-Picazo, Luis, *El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar y el problema de sus recíprocas relaciones*, en "Documentación Jurídica", oct.-dic. 1974, nº 4, p. 204.

— *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 1979.

Díez-Picazo, Luis - Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1984.

Di Francia, Andrea, *L'abuso del diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, en Rotondi, Mario, "Inchiesta di diritto comparato", Padova, Cedam, 1979.

Dogliotti, Massimo, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en "Il diritto alla identità personale", Padova, Cedam, 1981.

Duguit, Léon, *Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, F. Beltrán, 1921.

— *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1927.

Du Pasquier, Claude, *Introducción a la Teoría general y a la Filosofía del derecho*, Lima, Lib. e Impr. Gil, 1944.

Ekelöf, O. P., *El concetto de diritto soggettivo*, en *Jus*, 1955, p. 490.

Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil*, Madrid, Edersa, 1982.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, Lima, Inesla, 1990.

— *El derecho como instrumento de liberación*, en "San Marcos Vox Lucis", Lima, 1988, año 1, nº 2, p. 24.

— *El derecho como libertad*, Lima, Studium, 1987.

— *La noción jurídica de persona*, Lima, Universidad Nacional de San Marcos, 1964.

— *Nuevas tendencias del derecho de las personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990.

— *Personalismo y ciencia jurídica contemporánea*, en "Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi", Lima, Cultural Cuzco, 1989.

Fleitas, Abel M., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1944.

Frosini, Vittorio, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en "Rivista di Diritto Civile", 1969-I-231.

Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, Jurídica, 1990.

García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.

Giorgianni, Michele, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963.

Gitrama, Manuel, *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y el abuso del derecho*, en "Curso monográfico sobre la ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil", Valencia, 1975.

Gómez Acebo, F., *La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952.

Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Madrid, De Bayllye Baillière, 1905.

Josserand, Louis, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 1982.

— *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905.

— *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1939.

Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Bs. As., Losada, 1946.

— *Teoría general del Estado*, Barcelona, Bosch, 1934.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1984.

Lacruz Berdejo, José L. - Luna Serrano, Agustín - Rivero Hernández, Francisco, *Elementos del derecho civil, I. Parte general del derecho civil*, vol. 3, "El derecho subjetivo", Barcelona, Bosch, 1984.

Lafaille, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Bs. As., Ediar, 1947, t. II, 1950.

— *Tratado de los derechos reales*, t. I, Bs. As., Ediar, 1943, t. II, 1944, t. III, 1945.

Laquis, Manuel A., *El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil*, en "Examen y crítica de la reforma", La Plata, Platense, 1971.

— *El pacto comisorio. La ley 14.005 y el abuso del derecho*, *JA*, 1966-IV-23.

Larenz, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Jaén, Edersa, 1978.
Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1953.
León, Pedro, *La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", nº 5-6, jul.-ago. 1931, p. 29.
— voz *Abuso del derecho*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. I, p. 124.
León Barandiarán, José, *Código Civil. IV. Exposición de motivos y comentarios*, Lima, Imp. Industria Avanzada, 1985.
— *Comentarios al Código Civil peruano*, t. IV, Lima, Lib. e Impr. Gil, 1952.
Leonfanti, María A., *Abuso del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1945.
— *Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva*, en "Homenaje al Dr. Pedro León", Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.
López Cabana, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.
Luño Peña, Manuel, *Moral de la situación y derecho subjetivo*, Barcelona, Bosch, 1954.
Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 9ª ed., Bs. As., Perrot, 1980.
Markovitch, Milivoié, *La théorie de l'abus de droits en droit comparé*, Paris, Biblioteca del Instituto de Derecho Comparado de Lyon, 1936, t. 41.
Martín Bernal, José M., *El abuso del derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982.
Mazeaud, Henri y Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle e contractuelle*, Paris, Sirey, 1934.
Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Bs. As., Ejea, 1961.
Miró Quesada C., Francisco, *Humanismo y revolución*, Lima, Casa de la Cultura, 1969.
— *Ideología y derecho*, en "Derecho y mundo moderno", Lima, Universidad Nacional de San Marcos, 1972.
— *La filosofía de la década*, en "El Comercio", 31/12/89, nº 53, p. 8.
Molina, Juan C., *Abuso del derecho. Lesión e imprevisión*, Bs. As., Astrea, 1969.
Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia contractual*, Bs. As., Ediar, 1978.
— *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Bs. As., Ediar, 1975.
Mosset Iturraspe, Jorge - Moisset de Espanés, Luis, *Contratación inmobiliaria*, Bs. As., Hammurabi, 1980.
Mouchet, Carlos - Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al derecho*, Bs. As., Perrot, 1956.

Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Bs. As., Eudeba, 1962.

Muller-Erzbach, Rudolf, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1951-I-89.

Ordoqui, Gustavo - Olivera, Ricardo, *Derecho extracontractual*, vol. II, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1974.

Orestano, Ricardo, *Azione, diritti soggetivi, persone giuridiche*, Bolonia, Il Mulino, 1978.

Orgaz, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, Córdoba, Lerner, 1973.

Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1980.

Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Temis, 1979.

Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1984.

Perreau, E. M., *Origines et développement de la théorie de l'abus du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1913.

Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

Planiol, Marcel - Ripert, Georges - Esmein, Paul, *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana, Cultural, 1940.

Pothier, Robert, *Oeuvres*, con anotaciones de Buguet, Paris, M. Siffrein, 1865.

Prayones, Eduardo R. - Dassen, Julio, *Abuso del derecho*, en "Revista de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., ago. 1929, nº II, p. 87.

Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1980.

Ranieri, Filippo, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del rechtmissbrauch*, en Rotondi, Mario, "Inchiesta di diritto comparato", Padova, Cedam, 1979.

Reale, Miguel, *La teoría tridimensional del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1978.

— *O projecto de Código Civil. Situaçao atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.

Reforma del Código Civil. Observaciones y actas de la Comisión, Bs. As., Kraft, 1937.

Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1965-I-242.

Rey de Castro, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual*, Lima, Universidad Nacional de San Marcos, 1972.

Rezzónico, Luis M., *El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral*, LL, 122-280.

Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

Risolía, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1946.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *El abuso del derecho*, Bs. As., Ejea, 1971.

Rodríguez Llerena, Darío, *Código Civil*, Chiclayo, Lib. e Impr. Mendoza, 1937.

Romano, Santi, voz *Abuso del diritto*, en "Enciclopedia del Diritto", vol. I, p. 166.

Rotondi, Mario, *Inchiesta di diritto comparato*, Padova, Cedam, 1979.

— *Istituzioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1937.

— *L'abuso di diritto*, en "Rivista di Diritto Civile", 1923, p. 116.

Roubier, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.

— *Les prérogatives juridiques*, en "Archives de Philosophie du Droit", 1960, nº 5, p. 71.

Rubio Correa, Marcial, *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, Lima, PUC, 1986.

Saleilles, Raymond, *De l'abus de droit*, en "Bulletin de la Société d'Études Législatives", Paris, 1905, p. 325.

— *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier project de Code Civil pour l'Empire Allemand*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914.

Santoro Passarelli, Francesco, *Dottrine generali del diritto civil*, Napoli, Jovene, 1966.

— *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961.

Salvat, Raymundo M., *Teoría del abuso del derecho*, *LL*, 6-51, secc. doctrina.

— *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Bs. As., Jesús Menéndez, 1931.

Scialoja, Antonio, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*, en "Foro Italiano", 1961-I-256.

Scialoja, Vittorio, voz *Aemulatio*, en "Enciclopedia Giuridica Italiana", I, 2, 1892, p. 426.

— *Degli atti d'emulazione dell'esercizio dei diritti*, en "Foro Italiano", 1878-I-481.

— *Studi giuridici*, III, 1, Roma, Anonima Romana Editrice, 1932.

Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., P. Coni, 1881.

Spota, Alberto G., *El abuso del derecho en las legislaciones latinoamericanas*, en Rotondi, Mario, "Inchiesta di diritto comparato", Padova, Cedam, 1979.

— *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1947.

Tercier, Paul, *L'abus de droit en droit privé suisse*, en Rotondi, Mario, "Inchiesta di diritto comparato", Padova, Cedam, 1979.

Tobal, Gastón F., *Nuestro nuevo derecho (Hacia una ley más humana y más justa)*, Bs. As., Tall. Gráficos Argentinos, 1939.

Torres Vásquez, Aníbal, *El abuso del derecho*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, vol. 45, 1981-1985, p. 114.

Travaux de la Commision de réforme du Code Civil, Anné 1946-1947, Paris, 1948.

Valencia Zea, Arturo, *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

Vilanova, José M., *Elementos de filosofía del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977.

Villey, Michel, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en "Archives de Philosophie du Droit", 1953-1954, p. 163.

— *Philosohie du droit*, Paris, Dalloz, 1975, traducida al castellano como *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1979.

Warat, Luis A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.

Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandette*, Torino, Utet, 1930.

Yorio, Elvira M., *El abuso del derecho*, en "Revista Notarial", 1980, nº 853, p. 2225.

Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Bs. As., Poblet, 1948.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Editorial Astrea, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la primera quincena de octubre de 1992.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la primera quincena de abril de 1992.