

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXI Marzo - Abril 1955 Núms. 322-323

El abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación comparada (*)

I. INTRODUCCIÓN

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

Por entonces, la institución de la propiedad gozaba de las mayores prerrogativas en todas las legislaciones inspiradas en la doctrina del Código napoleónico, el cual la define en su artículo 540 como: «el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta... En términos análogos lo hace el italiano de 1865 en el artículo

(*) Capítulos de mi monografía, en preparación, sobre «El abuso del Derecho (Teoría de los actos antinormativos)».

436 y el Código civil español en el 348. En estas definiciones va implícita el «*jus utens et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur: unusquisque emin est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat*», o según Las Partidas: «señorio o poder que tiene en su cosa de hacer della o en ella, lo que quisiere, según Dios o según fuero» (Ley 1.^a artículo 28, Part. 3).

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

Este absolutismo de los derechos subjetivos fué atacado, precisamente, en el derecho que por decirlo así les representaba: en el de la propiedad. — La teoría del abuso del Derecho fué, según Calvo Sotelo (3), una de las reacciones que a fines del siglo XIX se produjeron contra el influjo pulverizadora del liberalismo individualista. Como precursores pueden señalarse tres comentaristas del artículo 1.382 del Código civil francés: 1.^º Toullier decía que, encontrando un precedente de interpretación para dicho artículo en el 36 del Código prusiano, puede incurrirse en falta cuando se hace lo que se tiene 'derecho a hacer'; pero agregaba: «a menos de que se excedan los justos límites de su derecho y se observe claramente que entre varias maneras de ejercitárolo se haya escogido, con propósito de dañar a otro, lo que podría serle perjudicial»; 2.^º Lorombiere, que llegó a la misma conclusión; y 3.^º Sourdat (4).

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

(1) De Visscher. «*Du jus abutendi*» Rev. Trin. 1913, 339.

(2) «*Les notions fondamentales du Droit privé*», 1911, 405.

(3) «*El abuso del Derecho*», 1917, 21.

(4) Casso y Romero. «*El abuso del Derecho*», Sevilla, 1935, 17.

Ha sido, principalmente, la doctrina jurisprudencial quien se ha preocupado de perfilar la teoría del abuso del Derecho a través de sus fallos, haciéndola extensiva tanto al dominio del Derecho Civil—poder familiar, propiedad, contratos, ejercicios de acciones en justicia—, como al derecho público y administrativo —reglamentación de las libertades individuales y corporativas— y, en fin, al derecho internacional privado y público.

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

II. PRECEDENTES HISTÓRICOS

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

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

La «exceptio doli generalis», constituyó un medio contra el abuso de los derechos, en cuanto que se ponía para impedir que un perjuicio material, revestido de un derecho simplemente formal, triunfase sobre el buen derecho del demandante, puesto que, sobre todo, la intención de dañar encuentra su reprobación por parte de los juristas

por ser ella contraria al sentido económico de los derechos; así Ulpiano (Fr. I, 12 D de aqua et aquae 39, 3) : «enique Marcellus scribit, cuim eo qui in soufodiens vicini fountem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem et saepe non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem facieundi id fecit.» Luego si el propietario que procede a excavaciones sobre su propio terreno, causa un daño a su vecino, él no se obliga más que en el caso de que hubiera actuado en el pensamiento de dañarle. Y de la misma fórmula de Paulo (Fr. 2, 9 D de aqua et aquae 39, 3) : «quae Sentencia vèrior est si inodo non hoc animo fecit, ut libi noceat, sed ne sibi noceat», se deduce que es el elemento económico el decisivo para exigir la reparación del daño causado por un acto que, en sí mismo, no es contrario a derecho queriéndose ver en el principio «no quo malitiis indulgendum est», el fundamento de la concepción estricta del abuso de los derechos. (Fr. 39 D. de rei vind. 6, 1).

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

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

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

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

La «aemulatio» consistía en la ejecución de un acto «animo nocendi», intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho, siendo determinado, generalmente, por un ánimo de envidia, celos, malignidad, despecho; si bien puede ser susceptible de constituir el acto bueno, la imitación de la virtud.

Fueron los sabinianos, quienes combatieron las reglas que se dieron para oponerse a los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos, mientras los proculeyanos propugnaron por la consagración de las normas de la «aemulatio».

Riccobono dice; cómo en el período postclásico termina imperando el criterio de los segundos, viendo en ello la influencia de la ética cristiana que condujo, en el medievo, a la máxima evangélica que estima ilícito negar lo que a uno es útil y no daña al que lo puede conceder: «quod mihi prodest, tibi autem non nocet, si denegetur fit: injuria» (5).

También Scialoja se refiere a la significación de este vocablo «aemulatio», recordando, del mismo modo, a Cicerón en las «Tusculanae» (lib. IV, cap. 8, 17): «Aemulatio autem dupliciter illa cuideam dicitud ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur... et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, aliis potiatur, ipse careat» (6). Este autor concluye diciendo en su artículo insertado en la «Encyclopédia Giuridica Italiana», «que los actos de emulación no son prohibidos. El propietario puede hacer todo lo que esté comprendido en los límites objetivos de su derecho; sin que se admita la indagación acerca de su intención», y añade: «Resumiendo, por consiguiente, diremos que no hay prohibición de los actos emulativos, como tales; que el propietario es libre en sus acciones, cuando no se deriva un conflicto de derechos que, finalmente, en el caso de conflicto, cuando uno de los derechos tenga su fundamento y su sustancia en la utilidad de quien lo ejerce».

(5) «Aemulatio», N. Dig. It. t. I, págs. 209 y s.

(6) «Aemulatio», en «Enc. Giur. Ital.», vol. I, parte 2^a, secc. 1^a página 426, núm. 1.

este último derecho, faltando la utilidad, debe desconocerse» (7). Tesis que es compartida, entre otros, por Atzeri-Vacca («Sulla doctrina degli atti ad emulazione», Gagliari, 1880, II, ps. 17-19) y negada por D'Ancona, quien sostiene se daba en el Derecho romano, la prohibición de los actos de emulación (8).

Es en el Digesto, lib. 50, tit. 10, ley 3, donde aparece por primera vez la expresión «aemulatio», estableciéndose en el texto: «Opus novum privato etiam sine Principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materia in seditionis praebeat, vel circum theatruin, vel amphitheatrum sit. 1. Publico vero sumptu opus novum sinc Principis auctoritate fieri non licere, Constitutioni bus declaratur. 2. Inscripti autem nomen operi publico alterius, quam Principis, aut ejus, cuius pecunia id opus factum sit, non licet.»

Fadda y Bensa critican la opinión de Pernice, quien recuerda desde los ejemplos dados por antiguos jurisconsultos que las interpretaciones de los compiladores no constituyan una verdadera novedad, sino sólo la aplicación de un principio de equidad, de una tutela de los intereses de los particulares, de una represión de inútiles actos maléficos. Contrariamente a esta opinión de Pernice, consideran los anotadores de Windscheid, que «los compiladores justiniáneos no han dado mayor desarrollo al pensamiento jurídico clásico sino que, o han introducido un nuevo principio, o al menos han acogido un principio desarrollado en el Derecho romano-helénico de los últimos siglos» (9).

Rotondi, hace a este respecto una observación muy oportuna, pues los autores no nos indican si aun en las interpellaciones «se dió relieve al elemento psicológico característico de la «aemulatio», o si, por el contrario, sólo se establecieron límites objetivos al ejercicio de los derechos» (10).

Spota, —a quien seguimos con constante profusión en este apartado—, entiende, que el Derecho romano nos ofrece un ejemplo siempre redivivo de la lucha entre el Derecho y la Ley; aquél se desarrolla y se perfecciona con las nuevas exigencias sociales, con el concepto más humanizado de la convivencia social; la norma, en

(7) Op. cit. párrafo 13, p. 439.

(8) «Degli atti ad emulazione nell'esercizio del dir. di proprietà» en «Arch Giur», núm. 52 (1893), págs. 315-325.

(9) Notas al «Diritto delle Pandette» de Windscheid, t. IV, p. 694.

(10) «Aemulatio», Riv. dir. civ., 1923, pág. 867

cambio, en retroceso con la vida, sólo puede seguir desempeñando su función reguladora cuando, al lado de los límites objetivos que establece, admite límites subjetivos, vedando el ejercicio del poder jurídico, sea con intención vejatoria, sea no acoplando ese ejercicio a los imperativos de la utilización de los bienes, de modo tal que el individuo proceda de consumo con el fin de la Ley.

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

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

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

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

Respecto del Derecho musulmán, interesa hacer referencia al trabajo de Mahmoud Fathy, intitulado «La doctrine musulmane de l'abus des droits», publicada en 1903, en el que anuncia al mundo, que, esta teoría tan laboriosamente forjada por la jurisprudencia francesa había sido desarrollada con anterioridad por los jurisconsultos musulmanes. Después, tenemos, entre otras, las siguientes publica-

(11) Tratado de Derecho civil, B. Aires, 1947, t. I, vol. II, págs. 131 y 125.

(12) «Diritto civile italiano», Padova, 1943; I, págs. 18 y 19.

ciones : Morand, «*Etudes de droit musulmán algérien*» (Alger, 1910); M. Émile Tyati, «*Système de la responsabilité délictuelle en droit musulmán*» (Lyon, 1926); y la de El Said Mostafa, «*L'Etendue et l'exercice de droitis conjugaux*», en la que presenta un cuadro general de la teoría del abuso de los derechos en Derecho musulmán.

Chafik Chehata señala en su tesis, «*Essai d'une théorie général de l'obligation en droit musulmán*» (El Cairo, 1936); el peligro de abordar el estudio de los textos de Derecho musulmán como si formasen un bloque compacto, pues cada escuela posee de hecho una técnica y una terminología propias, no siendo exagerado sostener que existen en realidad varios sistemas jurídicos musulmanes que se yuxtaponen los unos a los otros. Por tanto, es menester remontarse a las primeras fuentes de este Derecho y seguir la evolución de sus instituciones a través de los siglos, respetando el orden cronológico de las obras. Por ejemplo, observamos que mientras Fathy concede amplia importancia a autores tales como Al Ghazali o Ibn Tayniyya, los cuales, en las obras citadas por él, no tienen gran trascendencia jurídica.

Es incuestionable, que la distinción entre el «*jus*» y el «*fas*» ha sido siempre vista con claridad por los jurisconsultos musulmanes. Por cierto, que la calificación de musulmán no es para imprimir al sistema jurídico un carácter religioso determinado. Se trata, pues, de un sistema de Derecho de carácter esencialmente positivo que ha recibido aplicación en los países que han visto ensancharse la civilización musulmana. El Derecho musulmán es un Derecho esencialmente empírico, que parte del caso, es decir, de las «soluciones» que forman la trama misma de todas las obras clásicas. Si nos remontamos a las obras de los primeros fundadores de la escuela, se advierte el espíritu individualista que inspira las soluciones adoptadas. El «*Compendium*» de toda la doctrina hanéfita (el «*Asl*») que es la obra de Mohamed b. Al-Hassan ách-Chaybani (muerto en el año 189 d. la Hégira), uno de los dos discípulos directos de Abou Hanifa (muerto en el año 150 H.), recoge el caso siguiente : «Después de la división, el propietario de la construcción puede, no obstante la objeción del vecino, propietario de la parcela limítrofe, abrir las ventanas o sobre el fondo vecino, incluso en el supuesto de que sean a éste perjudiciales». De donde, qué el propietario tenía un derecho absoluto sobre su propiedad, no pudiéndosele imponer restriccio-

nes de ninguna clase. As-Sarakhsí (un jurisconsulto de la época clásica, muerto en el año 438 H.) dice —lo que es prueba irrefutable de la admisión de la distinción entre derecho y moral o entre el Derecho y la religión— que en conciencia, el propietario deberá evitar a su vecino el perjuicio que resulta del ejercicio de su derecho.

Los primeros autores que nos dan las soluciones nuevas se colocan en el siglo vi de la Hégira. Son precisos, pues, cuatro siglos para limitar el carácter absoluto del derecho de propiedad. As-Sadr, Ach-Chabíd (536 H.), Burhan ad Din (540 H.), Ar-Razi (598 H.), parecen haberse querido sacudir el yugo de las soluciones individualistas. He aquí, en efecto, las soluciones que ellos dan: «El propietario no puede instalar sobre su propiedad un horno o un molino o una caldera si resulta para el vecino un perjuicio manifiesto». (Citados en Ibu-Ai-Humam (861), V, 506 y en Haskafi (1088), IV, 500.) Pero, ¿cómo los autores del siglo vi han modificado el Derecho vigente sobre este punto esencial? Nos parece que el punto de irrupción de la idea ha sido el caso de los propietarios de los diferentes pisos de un mismo inmueble, y de una manera general, el caso de los propietarios indivisos, en la indivisión forzosa. Es muy sugestivo observar que los casos de uso abusivo encuentran, precisamente su lugar en las obras, a continuación de los supuestos en que se reglamentan las relaciones entre los propietarios de pisos.

El perjuicio manifiesto que debe ser evitado, es el que sobrepasa toda medida, el perjuicio «exorbitante», o sea, el que impediría totalmente al vecino disfrutar su propiedad. En un sentido objetivo, se entendía, que el propietario habría de modificar el estado de las cosas, cualquiera que fuese la antigüedad del perjuicio causado a su vecino (Al-Khayr ar Ramli et Ibn Abidin, IV, 305 y 501). Los codificadores del siglo XIX han adoptado la nueva teoría que se encuentra en la «Medjellé» (art. 1.197-1.201) en el «Statut Réel», de Quadri Pacha (art. 59-61), consagrando la teoría del abuso en los límites anteriormente trazados. Estos límites, en Derecho hanofita, se confunden con la institución de las relaciones de vecindad, en el Derecho occidental. En esta materia, donde la moral se entrecruza con el derecho, es fácil encontrar en los moralistas del Islam condenaciones explícitas de todo uso abusivo de un derecho, cualquiera que sea. (Cfr. ampliamente Chafik Chehata, «La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans», en Revue International de Droit Comparé, París, 1952-2-217 y s. s.).

III. DERECHO COMPARADO

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

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

Antes de que la teoría del abuso del Derecho, hubiese sido doctrinalmente expuesta, la jurisprudencia francesa ya se había negado a conocer de ciertas acciones judiciales a causa de la inmoralidad del demandante: «*Nemo auditur propriam turpitudinen alle gans.*» Así, se afirma a propósito de la repetición de prestaciones provistas en virtud de un contrato inmoral. Los jurisconsultos romanos no aplican la regla «*in pari turpitudinis causa cessat repetitio*» más que si la tradición ha sido hecha en virtud de un contrato inmoral diciendo que es la causa torpe del «*tradens*» quien impide el ejercicio de la acción de repetición. Pothier ha dicho: que aquél que ha entregado en virtud de un contrato inmoral, es indigno de la protección de las leyes, careciendo del Derecho de repetición, según las reglas del fuero de la conciencia y las del fuero exterior (14).

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

(13) *Livre II*, Tit. 8, sect. 3, núm. 9.

(14) «*Obligations*», núm. 43 v 45.

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

No vale la objeción para estos supuestos de la negación de la acción de repetición de que ella viene a fundarse, no sobre el contrato, sino sobre el pago de lo indebido y, por tanto, si la acción es negada, basándose en la existencia de un contrato inmoral, les queda la acción extracontractual de «in rem verso», para reclamar lo que ha pasado de un patrimonio a otro. Apoyamos nuestro aserto, en que en la mayoría de los casos, no se puede separar el pago que ha sido hecho del contrato que ha dado nacimiento al mismo. Luego, si para que haya acción de «in rem verso», es menester que el pago sea sin causa; aquí, por el contrario, hay una causa, pero inmoral (16).

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

(15) Ripert, op. cit., 1949, 183 a 191.

(16) Ripert, op. cit., 1949, 192 y 193.

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

De aquí, que los derechos absolutos, que en alguna medida reconocen la jurisprudencia francesa, constituyen «un último vestigio de una noción de los derechos subjetivos que hoy en día ha quedado, en general, superada» (Markovitch).

La relatividad de los derechos, se afianza cada vez más, ya que el individuo tiene derechos, no sólo como ser humano, sino «más bien como miembro de un grupo social» y, por ello, ejerce siempre «privilegios que son de esencia social, satisfaciendo a la vez sus necesidades y cumpliendo una función social». (Markovitch). Por eso, «el ejercicio de los derechos subjetivos debe tener lugar socialmente, y su titular podrá ser llamado a rendir cuenta de cómo y para qué fin ha ejercido su Derecho, al menos en el caso de que tal ejercicio haya causado un daño a otro» (Markovitch).

El precepto legal en que se han basado los tribunales y comentaristas para dar entrada en el Derecho positivo la teoría del abuso, ha sido en el artículo 1.382 del Código civil —equivalente al 1.902 del Código español—, que dice: «Tout fait quelconque de l'omme que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.» De donde es obvio el carácter difuso y general de esta teoría la cual viene a sancionarse desde un solo de sus aspectos, el extremo que es el último que para nosotros presenta de común con el citado artículo: la falta o el daño cometido. Sus modalidades de intencionalidad (no siempre necesaria) y de ejercicio conforme en principio a Derecho, que la perfilan un tanto más diferenciándola de la simple responsabilidad, no se captan en el contenido de este precepto por ninguna parte.

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

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

Más consciente es a nuestra opinión el criterio de Markowitch⁽¹⁸⁾ que, partiendo también de la falta, extiende la teoría, a la delictual, cuando el abuso resulte de la intención de dañar; a la cuasi-delictual, si es de simple imprudencia o negligencia; y a la falta en general—base de los artículos 1.382, Code francés, y 1.902 del español—, calificando el abuso de los derechos de «falta *sui géneris*», si bien es cierto que tal abstracción al aplicarla nos impide ver en la misma los rasgos que la separan del principio de responsabilidad.

Hoy al ocuparse de la teoría del abuso no se debe olvidar la evolución experimentada por la de la responsabilidad que, si durante tiempos vivió asentada en la falta⁽¹⁹⁾, al penetrar en ella el principio objetivo del riesgo ha vuelto a tomar desarrollo y reforzarse la responsabilidad causal⁽²⁰⁾. De aquí que consideremos relegados a un segundo plano al principio culposo y enfoquemos la cuestión,

(17) Citados por H. Loubens, Rev. Générale du Droit, 1907, 260.

(18) «La teorie de l'abus des droits», 1936, 142.

(19) Charmont, «Las transformaciones du Droit civil», 1912, 236.

(20) V. El magnífico trabajo del Dr. Th. Süss, «La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán», trad. Muller, Rev. Derecho Priv., 1943, 54.

incluso desde este aspecto externo de la responsabilidad, tomando como punto de partida la existencia causal (riesgo, sacrificio, pura equidad, desequilibrio de intereses, orden jurídico). Así, pues, si en el riesgo relacionamos el daño con el que goza de las ventajas del servicio para imputarle la responsabilidad, aun siendo personalmente ajeno al hecho que lo motivó, en el abuso de los derechos, se dará el daño con repercusiones en la persona que lo causó (aparte de los criterios de intencionalidad, económico, etc., que luego examinaremos); en cuanto que dentro de la realidad jurídica ha tenido lugar una perturbación, ya que el causante del perjuicio no ejerció verdaderamente su derecho por la sencilla razón de que si lo hubiera actuado, las consecuencias no podrían haber sido nunca un daño, sino lo que hizo fué revestir de legalidad un acto anticausal radicando aquí el motivo de la imputabilidad.

He aquí por qué es de excluir del contenido de esta teoría del abuso, tanto el concepto de delito civil como el de responsabilidad por culpa; pues mientras el primero de ellos supone una infracción del Derecho por el que lo comete, el segundo implica un descuido o negligencia; todo lo contrario que tenemos por parte del que abusa de su derecho, ya que éste, generalmente, usa de sus prerrogativas con exceso de interés, moviéndose en apariencia dentro de la órbita legal.

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

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

B) Derecho alemán.—La doctrina del abuso que revela una for-

mación jurisprudencial no todo lo precisa que fuera menester, empieza a adquirir una sistemática con la consagración oficial que hace de ella el Código de que pasamos a ocuparnos.

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

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

Unánimemente la doctrina sentía la necesidad de reprimir este acto abusivo de los derechos —la «chicane»—, pero la comisión encargada de la elaboración de los proyectos encontraba reparos: a) El suponer la admisión de la teoría del abuso, en cierto modo, la desaparición de fronteras entre el Derecho y la moral; b) La necesidad para las reglas jurídicas de fórmulas precisas que supongan la seguridad del comercio jurídico; c) El temor al arbitrio del Juez. Haciéndose patentes estos diferentes puntos de vista, en la lucha que se desarrollaba en el seno de la comisión, entre la tendencia socializadora del Derecho y la individualista.

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

contingencias económicas y sociales provocan transformaciones más frecuentes: el derecho de obligaciones.

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

«Es considerado como contrario al Derecho (Widerrechtlich) un acto, por lo demás lícito en virtud de la libertad general, cuando el causa perjuicio a otro y su cumplimiento constituye un atentado a las buenas costumbres.»

En la comisión encargada de redactar el segundo proyecto vuelven los forcejeos, ya que dada la tendencia a socialista de la época se consideraba peligroso la proclamación de un ejercicio ilimitado de los derechos individuales, causa por la que dicho organismo se limitaba a declarar el principio de que los contratos habían de ser interpretados según la lealtad y la confianza reciprocas, teniendo en cuenta los usos del comercio jurídico. Con todo, hallamos una disposición; el párrafo 106 (parágrafo 138 actual) que tenía por modelos los artículos 1.131 y 1.133 del Código francés, concebido en los términos siguientes: «*Es nulo un acto jurídico que atente a las buenas costumbres y al orden público*», aunque más tarde la comisión suprimió las palabras «orden público» por defecto de precisión.

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

El B. G. B. trata de delimitar, a través de una serie de preceptos, la figura jurídica que nos preocupa: 1) El ejercicio de los derechos no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar perjuicio a otro parágrafo 226). Los actos jurídicos que por sí mismos suponen atentado a las buenas costumbres, son declarados nulos por el parágrafo 138-1-3). El parágrafo 826 obliga a la reparación al que, ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo. En derecho de familia se dice que la mujer no está obligada a acatar la decisión del marido si ésta resulta ser un abuso de su derecho (parágrafo 1.354-2). 5) En materia de obligaciones, se proclama el principio de lealtad y confianza reciprocas debiéndose interpretar los contratos según los usos admitidos en el comercio (parágrafo 157); el parágrafo 242 añade: «El deudor

está obligado a efectuar la prestación con arreglo a las exigencias de lealtad y buena fe, de conformidad con la costumbre del tráfico.

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

A pesar de que el legislador alemán ha precisado dicha teoría con mayor exactitud, sí cabe, que la jurisprudencia francesa, no por esto se puede afirmar que en este Derecho se haya alcanzado una individualidad propia; pues resalta a través de los preceptos que en el B. G. B. se ocupan de la misma; que casi la única preocupación que ha inspirado al legislador ha sido la de eliminar los efectos perturbadores de la «chicane».

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

En las controversias habidas en torno a la interpretación de este parágrafo 226, coinciden las opiniones en que se trata de un precepto protector del parágrafo 823-2º, que dice: «La misma obligación de indemnizar el daño incumbe a la persona que infringe una ley que tiene por finalidad el amparo de otra persona. Si esta infracción la permite el contenido de la Ley sin que medie culpa, el deber de indemnizar sólo ha lugar en caso de culpa». Ennecker⁽²¹⁾ sienta como regla general, que el ejercicio de los derechos tiene que estar permitido aunque lesionen intereses ajenos, y que únicamente cuando esta actuación es en detrimento de otros derechos, es de aplicar el parágrafo 242 en cuanto que se rebasan los límites de la equidad y buena fe; opinando que la teoría del abuso constituye un mandato de la ética elevado a principio jurídico en una extensión muy limitada.

(21) Derecho Civil, trad. 1934, t. I, vol. II, 530, 531.

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

Es decir, la teoría del abuso de profundo contenido moral y social ha querido verse interpretada, paradójicamente, a través de los preceptos —1.382 Código francés, 226 alemán, 1.902 español—, que resaltan todo lo contrario: el daño material que ocasiona el que ejerce su derecho abusándolo.

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

(22) «Von Wezen des Rechtsmissbrauchs», Über die Konkrete Gestaltung der Rechte, 1935, 20 y 21.

*Si la jurisprudencia francesa en sus consideraciones sobre la doctrina del abuso, toma siempre como punto de partida el daño y la falta, el Código alemán se fija en la buena fe y lealtad sancionadas por las costumbres del tráfico, cuando Siebert apunta (23) que, en un Derecho edificado sobre la comunidad popular, debe partirse de la «comunidad y del *mitglied* de la misma, ya que sólo desde este punto es posible determinar la situación concreta de la persona en cuanto a su deber y luego la configuración concreta de su derechos.*

Larenz, ha distinguido aquellas situaciones jurídicas que expresan la posición del individuo en la comunidad, de las que son la expresión de relaciones jurídicas entre los individuos miembros de esta comunidad, llegando a la conclusión de que en las primeras predominia el deber, al paso que, en las segundas, la facultad es lo primario; aunque siempre dentro de los límites del Derecho objetivo de la comunidad.

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

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

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

(23) Ob. cit. pág. 25.

(24) «Filosofía del Derecho», Barcelona, 1953, págs. 588, 589.

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

De esta forma, se deja al Juez un margen grande de posibilidades de apreciación, quien habrá de tener en cuenta las normas de equidad: «por su sentido de la Justicia, considerando las pruebas aportadas en la causa, y su experiencia de la vida» (Rossel y Menthé). Así, la Ley puede adaptarse mejor a las transformaciones económicas y sociales. De donde, que, se haya expresado, «cuando el Código habla de equidad, de buena fe, de buenas costumbres; de orden público; etcétera, la significación de estas expresiones varía más o menos forzosamente con la evolución de las ideas y de las costumbres. El empleo de ciertos conceptos flexibles, capaces de encerrar en la unidad de su propia significación un contenido empíricamente variable, es así de tal naturaleza que facilita el derecho una cierta posibilidad de continua renovación» (Stati).

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

Sin embargo, este principio no fué recibido en el Anteproyecto del Código civil que redactó Eugène Huber (1892), y que después se convirtió en Proyecto. Y es que dicho principio únicamente prohibía en materia de propiedad el abuso del derecho, ó sea, aquel uso del propietario sobre su cosa que no pudiese manifestamente alcanzar otro fin que el de dañar a los demás. Por el contrario, el legislador suizo debió sentar el principio con carácter general y no particularizándolo en la institución de la propiedad y, con buen criterio, le dió un contenido amplio: los derechos han de ejercerse sin manifiesto abuso, ciñéndose a los dictados de la buena fe, y, por ende, de acuerdo con

el fin para el cual se otorgan dichas prerrogativas. De ahí que el artículo 2.º, integrara el título preliminar del Código civil; y hallara ubicación inmediata a continuación del precepto contenido en el artículo 1.º que equipará la misión del Juez a la del legislador.

La norma del citado artículo 2.º queda completada por aquellos preceptos que declaran la ineficacia de los contratos con objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres (art. 20), que castigan la explotación de la ligereza, inexperiencia o penuria ajenas para alcanzar, a causa de esa lesión subjetiva, prestaciones evidentemente desproporcionadas (art. 21), que imponen el resarcimiento del daño causado intencionalmente por medio de «hechos» contrarios a las buenas costumbres (art. 41, 2.º parte); que niegan la repetición de lo dado en virtud de actos que persiguen un fin ilícito o contrario a la regla moral (art. 66), que sancionan a quienes utilizan procedimientos contrarios a la buena fe, en el ejercicio de actividades comerciales (artículo 48), etc. En todos éstos supuestos, el ejercicio de los derechos y facultades se desvirtúa de su fin económico y social, al lesionarse el principio de buena fe, incurriendo, por ello, en abuso del derecho (25).

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

El Proyecto de Código de 1942, escogió el artículo 74 del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y Contratos, que imponía el resarcimiento del daño causado a otros «excediendo», en el ejercicio del propio derecho, los límites impuestos por la buena fe o el fin en vista del cual el derecho le ha sido reconocido. Sin embargo, el nuevo Código civil no ha incorporado este precepto, aunque se refiere a los actos de emulación, entre otros, en su artículo 833, que dispone: «El propietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere recare molestia

(25) Spota, op. cit., pág. 621.

(26) Ruggierò: «Derecho civil», Trad. esp. 4.ª ed., vol. I, pág. 531.

ad altri.» Este precepto responde a la aplicación del principio fundamental de la nueva disciplina de la propiedad, por el cual no sólo cuando hay un interés público que proteger, sino también cuando se trate de regular un conflicto entre intereses privados, viene considerando como base y límite de la tutela del derecho de propiedad un interés socialmente apreciable. De donde, la prohibición del artículo 833 afirma, no sólo un principio de solidaridad entre los particulares, sino que supone al mismo tiempo una regla conforme al interés de la colectividad en la utilización de los bienes.

Los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, y así que es dado investigarlos en todas las ramas del derecho en las que dicha figura no tenga una reglamentación y una específica sanción de la Ley (abuso de la imagen ajena, de la patria potestad y de la tutela, de los medios de ejecución, manifiestamente excesivos). En materia de *propiedad*, por ej.: el uso normal del derecho de gozar y de disponer de las propias cosas constituye el criterio límite del poder absoluto del propietario que actuando dentro de los confines de su fundo, ocasione en el fundo vecino instalaciones de humo, exhalaciones, ruidos, sonidos u otras molestias, excediendo los límites de la ordinaria tolerancia (art. 844). En la *comunidad de bienes*, los poderes de la mayoría acerca de las innovaciones dirigidas al mejoramiento de la cosa o hacerle más cómodo o rentable el goce; y acerca de los actos de ordinaria administración, encuentran en los casos de uso excesivo el correctivo de la impugnación ante la autoridad judicial, que pendiente juicio puede también suspender las deliberaciones artículos 1.108, 1.109 n.º 3). En las *obligaciones*, suele mitigarse el excesivo vigor de la cláusula resolutoria expresa, limitándose el derecho de la parte a reclamar la aplicación, cuando el incumplimiento resulte inocente o cuando tenga el carácter de una cláusula de estilo. (Azzariti y Martínez, op. cit., I, págs. 19 y 20).

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

E) *Derecho ruso.*—Creenos de interés traer aquí a colación el artículo 1.º del mismo, que establece: «Los derechos civiles son tutelados por la Ley, salvo los casos en que los mismos se ejerçiten en

(27) Messineo, «Manuale...», Milano, 1952, I, pág. 138.

oposición con su destino económico-social.» Es decir, que se deja a merced del Juez un amplio poder de interpretación de la Ley, para adaptar la norma transcrita a los particulares casos que pueda ofrecer la vida social. Además, parece como si el legislador soviético considerase insuficiente, por lo que se refiere a la capacidad del sujeto de derecho, el simple hecho del nacimiento, exigiendo también un ejercicio de los derechos encaminando a obtener el máximo desarrollo de las fuerzas productivas.

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

F) *Otros Derechos.*—El Código de Obligaciones de la República de Polonia, de 1934, consagra el abuso del derecho en su artículo 135, disponiendo: «Quién, intencionadamente o por negligencia, ha causado un daño a otro en el ejercicio de su derecho, está obligado a repararlo, si ha excedido los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido.» Y el Proyecto de Código civil polaco, establece en su artículo 18: «Quién goza de un derecho contrariamente a los principios fundamentales del orden jurídico, comete un abuso de derecho y no goza de la protección de la Ley.» De igual modo, su artículo dispone: «El abuso del derecho, cometido conscientemente o con negligencia, que causa daño a otro, obliga a la reparación.»

También el nuevo Código mexicano de 1928, que vino a sustituir los principios individualistas que inspiraban la legislación anterior sustituyéndolos por normas de orientación social, incorpora a su seno la teoría del abuso, regulándola en sus artículos 16 y 17. Dice el primero de ellos: «Los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales, tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, en forma que no perjudique a la colectividad,

bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.» Y el segundo: «Cuando alguno explotando la suya ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.»

El Código uruguayo en su artículo 1.321 establece: «El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.»

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

Bien obvio resulta del examen de estos preceptos, que la finalidad perseguida por el legislador en todos ellos, ha sido evitar que al amparo de un ejercicio aparentemente legítimo de los derechos, se vulneren los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los pueblos, causándose una perturbación social desde el momento que resultan injustificadamente lesionados los justos derechos de terceras personas. Por eso, todas estas legislaciones toman en consideración, al tratar de configurar la institución del abuso, sus dos aspectos, el interno y el externo; éste significado por la necesidad de la existencia de un daño a tercero, y aquél, por la exigencia de que se haya ejercitado un derecho legítimo, pero faltando el titular a un ejercicio conforme a la buena fe o que resulte excesivo, aun cuando sea dentro de los cauces de ésta.

G) La jurisprudencia anglo-sajona.—La inglesa ha proclamado desde 1706 qué no podría usar de las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro. Lo hizo en el principal de los «docoy cases» (caso de la escopeta): se trataba de un propietario, Geeble, que había establecido en sus dominios una escopeta para tirar a los pájaros del pasaje, matarlos y venderlos; su vecino, Hikerengill, propietario limítrofe, —en el deseo de espantar los pájaros—, disparaba sobre

su propio fundo con fusil, y causaba así «maliciosamente» un daño a su vecino; el acto de este último era en sí lícito, lo que era ilícito, fué su «malicia», porque él lo hacía con la única intención de causar un perjuicio a otro.

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

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

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

De todas maneras, un principio que ha venido a jugar un papel importantísimo en la jurisprudencia anglo-sajona desde la segunda mitad del siglo XIX, es el «standart» jurídico, instrumento elástico y flexible que señala al Juez una directiva general, permitiéndole, por ende, dar la solución más apropiada a las circunstancias de cada especie, o sea, guiar al Juez en la administración de la justicia dándole una idea de la finalidad del Derecho, ya que las exigencias prácticas de la vida económica no soportan una reglamentación rígida; por medio de este principio puede conseguir en cada caso, *adaptar la realidad jurídica a la social, a fin de conseguir el mayor equilibrio de los intereses en conflicto*.

DR. LINO R. ARIAS BUSTAMANTE

Profesor de la Universidad de Panamá