

Comentarios al Código Civil Peruano

TITULO PRELIMINAR

Art. I.—“Ninguna ley se deroga sino por otra ley”.

Referencias: Digesto, lib. 1. tit. 3, ley 28; lib. I, tit. 16, ley 102; Cód. argentino art. 17; colombiano, 71, 72; chileno, 52, 53; ecuatoriano, 47 y 48; español, 5; uruguayo 9; venezolano, 7; peruano VI; chino, 2; suizo, 1 al 2.^a; soviético 1; brasileiro 2; mejicano 9; japonés 2; italiano 8, 11, 15.

La posición jerárquica que ocupa el Código Civil frente a otros Códigos o leyes de Derecho Privado, explica que se incluya un dispositivo como el transcrito, que formula un principio general de Derecho. El tiene una importancia fundamental en todo país donde existe (y predomina) el *ius scriptum*.

El término ley empleado en el artículo se refiere a la ley en su sentido más comprensivo, es decir, como norma de derecho escrito. Santo Tomás de Aquino habla de *rationis ordinatio ad bonum comune, et ab eo qui curam comunitatis habet, solemniter promulgata*. Las Partidas (I, tit. 1.^o, ley 4) dicen ley tanto quiere decir “como leyenda en que yaze ensañamiento e castigo, escrito que liga e apremia la vida del home que non faga mal, e enseña el bien que el home debue fazer, e usar; e otrosi es dicha ley, porque todos los mandamientos della debuen ser leales, e, derechos e complidos según Dios, e según justicia”. “La loi dans le sens juridique du mot est une règle sociale éditée par la autorité publique et susceptible de être exécutée par la force” (Daloz.—Repertoire).

De las anteriores definiciones resalta el carácter determinativo de la ley: norma escrita, promulgada por el Estado. Así se diferencia la ley de otras fuentes de derecho. Escribe Kelsen: "El término legislación", que en la doctrina de los poderes del Estado significa tanto como reducción, creación o establecimiento de normas jurídicas, no constituye, en realidad, sino un caso particular de la creación del Derecho, del mismo modo que la "ley", en el sentido técnico de la palabra, no representa sino un caso particular, una forma posible del "Derecho". Llámase "legislación" a la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada conscientemente al establecimiento de normas jurídicas. Sería restringir demasiado el significado que el concepto de legislación posee en la teoría tradicional de los poderes, si bajo ese concepto no quisiera incluirse más que actividad creadora de los órganos constituidos democráticamente, por ejemplo, una asamblea popular o un parlamento, pero no la actividad legisladora de un autócrata; pues también el monarca absoluto dicta "leyes", y también su "legislación" puede distinguirse de la aplicación que de la misma realizan sus órganos".

Fundamentalmente lo que es necesidad, es destacar la diferencia intrínseca entre derecho escrito y derecho consuetudinario (que también puede ser derecho positivo, "vigente"); la cual diferencia estriba en ese carácter de *solemnitater promulgata* del primero.

La ley así entendida comprende toda norma propia del *ius scriptum*, la Constitución- la ley de grado superior-, la ley propiamente dicha (en sentido material y formal) y la ley sólo tal en sentido formal o sólo tal en sentido material (el reglamento).

Conviene, pues, recordar la distinción entre ley en sentido formal y en sentido material. Escribe Kelsen: "De leyes en el sentido formal háblase tan sólo en el caso de aquellas normas creadas por los órganos determinados directamente por la constitución, los órganos de grado relativamente superior. Leyes formales son, pues, las normas generales de la etapa superior de la creación normativa. Sin embargo, el órgano conocido con el nombre de legislador puede establecer normas generales, normas individuales, actos jurídicos, que sin embargo; van incluidos en el concepto tradicional de las leyes en sentido formal. Por eso es más conveniente hablar de la forma de la ley, incluyendo en ese concepto todo acto del legislador, sin referencia a su contenido. El concepto de ley hállese, pues, determinado unas veces por

el contenido del acto—norma general—; otras, por el órgano realizado del mismo”.

En cuanto a ley en sentido solo material, es disposición escrita que entraña una norma de carácter general, de modo que por su contenido se puede hablar de ley (junto con los otros caracteres que la tipifican, como bilateralidad, obligatoriedad, coercibilidad); pero que no es instituída por el órgano propiamente “legislador” (directamente, o por lo que se llama leyes por delegación o autorización), sino por el administrador (reglamento).

También el decreto-ley es propiamente una ley en sentido material, e impropiamente en sentido formal, desde que el Ejecutivo ha asumido por sí facultad legislatora.

No nos interesa ahora enfrascarnos en discutir sobre si debe mantenerse o supeditarse la anterior distinción. De cualquiera manera, para los efectos de la regla del art. 1.º debe entenderse la ley en toda su más amplia y comprensiva acepción:

Pues bien, la ley tiene un límite temporal (y a él se refiere parcialmente el art. 1.º), así como un límite especial. El Código no se ocupa expresamente de éste último; pero es obvio decir que el mismo yace ínsito dentro de su concepción.

El límite especial está condicionado por el principio de la soberanía territorial. La ley obliga dentro del territorio nacional, y sólo una ley nacional tiene tal eficacia. Así como la ley extranjera no tiene eficacia dentro del territorio nacional, fuera de éste no tiene eficacia la ley nacional.

Pero del hecho mismo de la coexistencia independiente de sectores legislativos, se explica, sin embargo, la posibilidad de la aplicación extraterritorial de las leyes. El comercio jurídico entre los sujetos de diferentes países, o cuyos intereses y relaciones pueden reflejarse en diferentes países, conduce a tal resultado. Si toda ley fuese absolutamente territorial, la solución sería simple, pero injusta. Una razón de justicia fundamenta la posibilidad de aplicar extraterritorialmente una ley. Esto da origen a las llamadas colisiones de leyes, a una cuestión de competencia legislativa material, esto es, a las soluciones del Derecho Privado Internacional. Los Códigos civiles incluyen reglas sobre esta materia; y, así ocurre con el nuestro, en sus artículos V al XX.

Al comentar tales prescripciones, trataremos *in extenso* del problema anejo.

Pero la posibilidad de una aplicación extraterritorial de una legislación, no le quita su carácter eminentemente territorial, nacional; es decir, que ha sido dada para que valga dentro de determinado límite especial. Por el contrario, dicha aplicación extraterritorial presupone el carácter territorial intrínseco de toda legislación. Se trata sólo de un proceso de remisión: el juez que conoce del caso, se remite a una ley extranjera para la solución de aquél.

Ocupémonos ahora del límite temporal de la ley, que es la cuestión que enfoca el art. I. Este sólo se detiene en el momento en que la ley deja de tener valor, por su derogatoria. No en lo que se refiere al momento en que ella entra en vigor. El límite temporal de la ley está marcado, de una parte, por el día de su promulgación y publicación, o inmediatamente después y, de otro lado, por su derogatoria mediante otra ley. Por la promulgación se inicia la vida de la ley. "La promulgación es el acta de nacimiento de la ley" (Baudry Lecantinerie).

Respecto a lo primero, no era preciso que el Código nacional parase mientes, pues la Constitución en su número 132 ordena: "la ley es obligatoria desde el día siguiente a su promulgación, salvo disposición contraria de la misma ley".

En cuanto al término final de la ley, la declaración del art. I. se explica dentro del sistema de derecho escrito. El derecho positivo- escribe Beudant- no es más que un ensayo gradual de realización de las reglas del derecho ideal. Las leyes, por consecuencia, son la obra de un día, la expresión de necesidades que pasan, desaparecen tarde o temprano para ser reemplazadas por otras. Nada más natural y más necesario. De ahí la abrogación o retiro de las leyes.

La ley puede ser abrogada de modo expreso o tácito. El primero se presenta cuando la nueva ley contiene cláusula por la cual deje sin valor la antigua ley. El segundo ocurre cuando la ley nueva sin contener tal cláusula, es incompatible con la anterior, regulando enteramente la misma materia de que aquélla se ocupaba.

La indicación en la nueva ley referente a la derogación de otra ley, debe ser inequívoca, en forma tal que aparezca de la letra misma de aquélla. (de Lacerda).

La ley cesa de regir sin necesidad de derogación expresa si la nueva ley contiene inserta la circunstancia por lo cual la vigencia de la primera concluye. Esta revocación resulta de incompatibilidad entre las dos leyes. (de Lacerda). Serpa López comentando el art. 2 de la ley de introducción del Código Civil brasileiro, escribe lo siguiente: de dos modos la ley puede tener existencia temporaria: a) cuando trae determinada la fecha de la expiración de su vigencia, y b) cuando se agota su propio fin u objeto, siendo usuales y frecuentes normas de esta naturaleza, como son las disposiciones transitorias.

Con relación al punto que informa el art. I, debe estudiarse al caso de una disposición general frente a una especial y viceversa. El punto mereció la atención del art. 4 de la anterior ley de introducción del C. C. brasileiro de 1916, que indicaba que la disposición especial no revoca la general, ni esta última a la primera, sino cuando hay referencia respectiva, expresa o implícita.

Igual criterio inspira el art. 2 de la ley de introducción de 1942. Esto importa la superación de los *brocardos de generi per speciem derogatum y de lex specialis non derogat generali*.

Bevilaqua escribió con relación al art. 4 antes citado. "El segundo precepto del artículo, es un elemento de conciliación entre los dispositivos de las leyes diversas que componen un sistema legislativo, haciendo desaparecer las antinomias aparentes entre las mismas. La ley posterior revoca a la anterior expresamente cuando así lo declara, o tácitamente cuando hay incompatibilidad entre las respectivas disposiciones. Pero si la segunda ley es especial, si dispone para un caso particular o para un determinado instituto, se entiende que apenas establece una excepción a una regla general. También si las leyes especiales regulan una institución o una relación particular, es principio de derecho que la ley general posterior le permita la subsistencia, cuando no la revoca expresa o tácitamente, porque la regla divergente ya existía, y si debiese desaparecer lo diría claramente la ley nueva, o dispondría de modo contrario, regulando el mismo asunto".

Por su parte Benettini escribe: "La cuestión de si la norma especial deroga siempre a la general y la general no deroga nunca a la especial, no es susceptible de una solución apriori sobre la base de las gastadas máximas *generi per speciem derogatum y de lex specialis non derogat generali* es una cuestión de inter-relación que sólo puede ser resuelta buscando con los

criterios de interpretación corriente, la *mens legis*; las máximas arriba citadas no pueden sino proporcionar al intérprete un criterio de orientación en su búsqueda de la *mens legis*".

Resulta de la indicación del artículo I, que el desuso no deroga la ley. Es ésta una cuestión debatible. No se trata de negar el valor de la costumbre como fuente supletoria del derecho. Aquella puede obrar según la ley, como confirmativa de la misma. Puede aun obrar en ausencia total de la ley, operando entonces como norma en sí misma obligatoria, como derecho consuetudinario propiamente tal. En el primer caso no hay problema, por la coincidencia entre la costumbre y la ley, sin que tenga importancia que aquélla sea o nó reconocida formalmente como una fuente del derecho. Y en el segundo caso no lo hay, porque no existe posibilidad de colisión, desde que un término de esa posible colisión no se da: la ley. Pero puede presentarse un tercer supuesto, de la costumbre actuando al margen de la ley, para lo no previsto por ésta

En el supuesto de una costumbre *secundum legem*, la coincidencia entre la idea del legislador y la aceptación general, es la mejor demostración del acierto y bondad intrínseca de la ley; esa armonía es la situación deseable, pues la decisión del legislador debe contar con esa costumbre, que vendrá a reforzar la ley que él establece. (Pache).

En cuanto al segundo supuesto, conforme al cual la costumbre llena todo el contenido de la actividad jurídica, como única fuente del derecho, el *jus scriptum* no aparece al lado de la costumbre con fuerza ligante. No hay lugar a configurar escala de relación entre diferentes fuentes formales del derecho.

El tercer supuesto, de una costumbre operando *praeter legem*, requiere cierta distinción. Este supuesto es diferente del contemplado anteriormente, en que se considera que no existe ley; que la única norma es la costumbre. Ahora existe la regla legal, y la cuestión estriba en saber si para lo no previsto en ella la costumbre se aplicará como norma supletoria.

Se puede aceptar que entonces la costumbre tenga valor obligatorio, pensando que no hay posibilidad de colisión, ya que una y otra, la ley y la costumbre, actuarán en regiones diferentes, desde que la segunda vendría a normar aquello de que la pri-

mera ha prescindido. Operarían independientemente, no habría lugar a un conflicto de competencia. Pero es que si el problema se plantea así, está mal planteado. ¿La ley puede, en principio, hacer abandono de situaciones que requieren ser normadas? ¿Su silencio puede interpretarse como una anuencia en tal sentido?

El Código Suizo (art. 1º) prescribe. "A falta de disposición legal aplicable, el Juez resuelve según el derecho de la costumbre, y en defecto de costumbre, según las reglas que él establecería si tuviese que proceder como legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia" Pache escribe: "En Suiza la autoridad de la costumbre supletoria no puede ponerse en duda. no se puede negar que la costumbre tenga el carácter de fuente supletoria del derecho privado positivo".

El artículo citado del Código Suizo contiene una regla de carácter general. Se sabe de la importancia de la costumbre en el derecho público, en el derecho político, en el derecho internacional. Ahora se trata del derecho privado. La posición del Código Suizo significa reconocer a la costumbre el carácter de una fuente supletoria del derecho, a falta de disposición legal. La misma posición es adoptada por otros Códigos. Así el Código español prescribe en su art. 6, 2.ª parte, que cuando no hay ley exactamente recurrible, se aplicará la costumbre del lugar. Osorio y Gallardo, en su "Reforma del Código Civil argentino", anota que "una continuada jurisprudencia española dispone que la costumbre no sea invocable contra lo expresamente pactado ni contra lo dispuesto por la ley, y que para aplicarla es indispensable justificar su existencia y alcance".

El reciente Código Italiano se detiene en el asunto ahora estudiado (art. 8 y art. 1.º, inc. 4.) Ruggiero y Maroy escriben: "en lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico debe excluirse cualquier eficacia de la costumbre *contra legem*, correspondiendo sólo a los órganos legislativos y siempre que observen las formas legalmente prescritas, la facultad de dictar normas obligatorias. No sucede lo mismo con la costumbre *praeter legem*. Se dispone así en el art. 8º: En las materias normadas por las leyes y por los reglamentos, la costumbre tienen eficacia sólo en cuanto a ella se hace referencia. Se deduce que en la materia que no está normada por los primeros, la costumbre es fuente autónoma de derecho. Toda la cuestión consistirá en determinar qué cosa deba ser entendida por materias que no están nor-

madras por las leyes y por los reglamentos. Hay que considerar que el término "materia" deba entenderse no sólo como "institutos" o "figuras", sino también como "relaciones"; no basta así, por ejemplo, que esté normado en el Código el instituto de la venta para excluir la costumbre en materia de ventas de hierbas de pasto o de recolección de olivos o de las modalidades de la entrega en la contratación del vino o del heno o de la leña para quemar (siempre que naturalmente la costumbre no esté en contraste con la ley o con la norma corporativa). La costumbre está destinadas, así, a llenar los espacios vacíos de la norma escrita. Dentro de los límites en los cuales la costumbre es admitida (*consuetudo secundum legem e c. praeter legem*) su violación es denunciabile en casación, teniendo aquella valor de norma de derecho (art. 360-No. 3 del C. Pr. Civ.) y puede, por consecuencia, invocarse también por primera vez en casación y aplicarse por la Corte también de oficio, con tal de que trate de una costumbre notoria apoyada en hechos".

El Código chino prescribe (Art. 1º): "en materia civil a falta de disposición legal aplicable, se sigue la costumbre, y a falta de costumbre, los principios generales de derecho". Así, la costumbre es admitida expresamente como fuente de derecho, para que opere *praeter legem*, con carácter general.

Para que la costumbre como fuente del derecho opere, es necesario que reúna ciertas condiciones. De Bauen escribe: "Suele exigirse repetición durante un cierto tiempo de los actos constitutivos de la costumbre. En derecho romano las fuentes hacían referencias a la necesidad de cierta duración de la costumbre, con las palabras *longa, inveterata, diuturna, antiquitus, probata; servata tenaciter consuetudo, longaevus usus*". La doctrina canónica, inspirada en la Glosa, aplicaba a la costumbre la doctrina de la prescripción. La costumbre debía ser prescripta, es decir, durar el tiempo necesario para prescribir. La *opinio necessitatis* caracteriza a la costumbre con carácter jurídico. Esta nota la distingue de otros usos y prácticas que no tienen relevancia jurídica; el uso acompañado de la *opinio necessitatis* es regla del derecho costumbrista (Pache). De esto se desprende que no es admisible una costumbre contraria al orden público, las buenas costumbres y a la razón natural. Esto ha sido remarcado por los pandectistas como Windscheid y Dernburg.

En el Perú el criterio no se ha manifestado favorable en consentir que la costumbre sea fuente de derecho. El art. XXIII,

que atiende al caso de las llamadas lagunas de la ley, dice que se aplicará los principios generales del derecho en caso de deficiencia de la ley. Esta no se remite, pues, a la costumbre, para que opere como un factor supletorio. Pero la ley puede remitirse en algunos casos especiales, y se remite, a la costumbre, para que norme el caso no previsto por aquélla. Así ocurre en el derecho mercantil, respecto al cual el Código nacional de la materia, indica en su artículo 2 que "los actos de comercio, sean o nó comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambas reglas, por las del derecho común".

Pero en nuestra ley civil no existe un precepto de la categoría del citado art. 2 del Código de Comercio. Antes bien, hay la indicación del art. XXIII. Sólo en ciertos casos la ley se remite a la costumbre, expresamente. Así, en los artículos 229, 778, 146, 1510. En otros Códigos también, sino como regla general, en ciertos casos hay remisión en casos particulares a la costumbre. Así el art. 1135 del Código de Napoleón, que dice que las convenciones obligan no solo en lo expresado en ellos, sino también en todas las consecuencias que la equidad, el uso y la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza. Y es digno de citar también el numeral 1160 del mismo *Código Civil*, que indica que deben sobreentenderse en el contrato las cláusulas que son de uso, aunque ellas no hayan sido consignadas.

La cuestión que emana inmediatamente del art. I de nuestro Código, es que la costumbre no deroga la ley. Según el criterio de Aubry et Rau no es admisible la acción de la costumbre *contra legem*. Igualmente son del mismo sentir otros comentaristas del *Código de Napoleón*, como Domolombe, Laurent, Huc; Planiol, Baudry Lecantinerie et Houques Foucarde, Colin y Capitant.

Pero la tesis es discutible. "En resumen, es un poco por acatamiento a los principios, que se sostiene la impotencia del desuso para abrogar la ley escrita. La fuerza de las cosas prevalece contra esta idea, y el desuso supedita a las leyes, a lo menos a las leyes de carácter circunstancial" (Beudant).

El Código francés guarda silencio sobre el punto, y lo hizo deliberadamente. Portalis consideraba que aunque nada se hubiera dicho, a la *duesetudo* no se podía desahuciar.

Bonnecase cita a Portalis: "alguna veces las leyes son abrogadas por otras leyes. Otras veces lo son por la simple costumbre. Esta segunda especie de abrogación que se llama desuso, no ha escapado a los redactores. Se les reprocha no haberlas definido, pero ¿debían hacerlo? Cuando se sabe lo que es la costumbre, se sabe también lo que es el desuso, puesto que este no es sino la abrogación de una ley por el no uso o por una costumbre contraria a ella. Al hablar del desuso, los redactores lo han presentado como la obra de una potencia invisible que, sin conmoción y sin sacudimiento, nos hace justicia de las malas leyes, y que parece proteger al pueblo contra las sorpresas del legislador, y al legislador contra si mismo. La crítica pregunta: ¿Cuál es esta potencia invisible? Es la que crea insensiblemente los usos, las costumbres y las lenguas".

Toullier y Duranton no se mostraron renuentes a la acción de la costumbre derogatoria de la ley. Modernamente algunos autores reconocen que el desuso asume el carácter de una fuerza real; se trata de un fenómeno estudiado por Cruet en su "*Le vie du droit et la impuissance des lois*".

En Suiza los autores en su mayoría se inclinan por la eficacia derogatoria del desuso, aunque con ciertas reservas, como ocurre con Rossell y Menta; y los tribunales han hallado medios de no aplicar una ley caída en desuso, sin declarar no obstante expresamente su derogatoria (Du Pasquier).

De otro lado, se considera que la costumbre no debe tener eficacia para derrocar a una norma de carácter cogente; de modo que su acción se ejercería dentro del perímetro del *jus dispositivum*. Pache escribe: "se debe admitir la fuerza derogatoria del derecho consuetudinario frente a las reglas interpretativas y positivas contenidas en las leyes". El juez no deberá normalmente reconocer la calidad de regla de derecho costumbrista a un uso que se habría constituido en vista de dejar sin efecto las reglas que consagran los principios fundamentales de la vida jurídica.

En Alemania se ha puesto atención en la cuestión. Lógicamente Savigny y los de la Escuela histórica se pronunciaron

en favor de la fuerza abrogatoria de la costumbre frente a la ley. Otros autores se han pronunciado en sentido opuesto. El B. G. B. no dispone nada.

Cosack-Mitteiss son francamente favorables a la eficacia de la costumbre como fuente de derecho. Crome la define como "aquel derecho que sin estar establecido por el Estado, es utilizado realmente"; agregando que se basa, sin pública sanción estatal, "en la inmediata convicción popular, y entra en aparición por aplicación y uso en la vida". Expresa el mismo Crome que el derecho costumbrista es equiparable como fuente jurídica a la norma legal "El B. G. B. no habla expresamente del derecho de la costumbre, sino que se lee en el art. 2 de la ley de introducción simplemente que se comprende como ley en el sentido de la codificación, toda norma jurídica y, en consecuencia, también la norma consuetudinaria". Advierte, sin embargo, el autor antes citado que la fuerza de la costumbre no es absoluta, pues en nuestros días interviene el derecho costumbrista sólo excepcionalmente, donde la ley es omisa, o cuando se apoya en determinados puntos que la vida ha superado.

Pero, en general, la determinación debe ser en el sentido de no admitir la eficacia de la *consuetudo abrogatoria* o de la simple *desuetudo*. Geny ha indicado las razones en tal sentido. "Es incontestable que la ley escrita es tenida como ley suprema, debiendo prevalecer por su carácter preciso y regular sobre las manifestaciones inciertas, a menudo incoherentes o mal determinadas y cuando menos inorganizadas del uso. Y desde el punto de vista social, si consideramos las ideas reinantes al rededor nuestro, no escapamos a esta constatación: que ellas atribuyen muy netamente a la ley escrita sobre la costumbre una decisiva supremacía".

No es el caso de negar el reparo de que una ley que cae en desuso, debería dejar de tener aplicación. Pero la solución no está en admitir que ella queda abrogada simplemente por el desuso, sino en que se proceda por el legislador a derogarla. El juez invade la atribución del legislador, si aquel por considerar simplemente que la ley ha caído en desuso, no la aplica. La seguridad y firmeza en las soluciones jurídicas, que son precisamente las ventajas que ofrece el derecho positivo, desaparecen de tal suerte.

Lo ordenado enfáticamente en el art. I hace imposible abrir con relación al derecho nacional, polémica alguna: la ley no se deroga sino mediante otra ley.

En lo que se refiere a costumbre en los supuestos que ella funcione como fuente de derecho, cabe indagar sobre su prueba. Pacchioni, quien es partidario en general del mérito del derecho consuetudinario, equiparándolo al derecho legal, dice que "no puede existir una duda acerca de que los jueces deben aplicar el derecho consuetudinario de oficio, al igual que el derecho legal, en base al conocido principio: *"iura novit curia"*. Quien invoca una norma de derecho consuetudinario no está, en consecuencia, obligado a dar prueba de los hechos de los cuales esta norma trae su origen. La competencia para determinar la existencia de estos hechos, y su idoneidad para determinar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, corresponde únicamente al juez. Quien invoca una norma de derecho consuetudinario tiene, empero, el derecho y el deber de cooperar con el Juez en la comprobación de la misma y podrá, entonces, con todo medio apto para tal fin, ofrecer la demostración, muchas veces no simple ni fácil, de la existencia de la norma de derecho consuetudinario, cuya aplicación invoca".

El Art. 341 de nuestro Código Procesal Civil reza así: "La prueba de la costumbre corresponde a quien la invoca como fundamento de su pretensión".

Cuestión que se relaciona con la derogatoria de la ley, es la relativa al problema de la retroactividad o irretroactividad de la misma. Ello no ha sido objeto de una declaración en nuestro Código Civil, pues la Constitución del Estado la ha incluido dentro de su texto, en el art. 25, que dice que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Propiamente es, pues, en referencia al comentario a la Carta política nacional, que es pertinente tratar con toda detención el punto. Con todo, creemos conveniente ahora referirnos, así sea someramente, al mismo.

El principio de la retroactividad conduce a que la ley dictada en determinado momento no sólo tenga eficacia, o sea, nor-

me los hechos mismos que sobrevengan después de su promulgación- lo que es evidente-, sino aun los anteriores. El principio de la irretroactividad conduce a substraer de la nueva ley los efectos originados de hechos jurídicos anteriores a ella, aunque tales efectos sobrevengan después de dicha ley.

De Diego escribe: "de aquí surgen las ideas de retroactividad a irretroactividad de las leyes. Retroactividad, actividad hacia atrás, significa la sumisión a una nueva ley de una relación jurídica (en todo o en parte) que había nacido a la sombra de una ley anterior; no retroactividad o irretroactividad quiere decir el respeto de la nueva ley a las relaciones nacidas al calor de la antigua. La retroactividad puede ser de dos grados; *débil y fuerte*, según que la nueva ley someta las relaciones nacidas antes sólo desde su publicación, dejando intocados los efectos ya producidos o consumados, o que llegue hasta estos mismos, dejándolos sin valor y metiéndolos al nuevo régimen".

La cuestión del efecto inmediato o irretroactivo de la ley ha dado origen a numerosas teorías para explicar cuando y hasta que punto la ley debe detenerse en cuanto a determinados hechos jurídicos. Se ha ideado la fórmula de los derechos adquiridos, distintamente a la mera expectativa, meros derechos espectativos, es decir, la simple esperanza o simple posibilidad (frustrable por lo mismo), aunque fundada, de disfrutar un derecho.

Mas, antes de encarar el problema mismo del conflicto in temporal, es preciso anotar que él mismo sólo puede presentarse cuando se suceden dos leyes de igual categoría. Como Maximiliano expresa, puesto que el conflicto presupone igualdad, no puede él mismo surgir entre la ley y el reglamento.

Debe entenderse por derecho adquirido, aquél que ya ha sido ejercido, que se ha manifestado en el mundo de los hechos, con la verificación de su efecto; es decir, que derecho adquirido es el que ya ha encontrado su realización fáctica. Se trata, pues, del hecho cumplido, consumado, *factum praeteritum*.

Esos efectos son intangibles. Pero los efectos que sobrevengan con posterioridad, así procedan de hechos anteriores a la nueva ley, caen dentro de ésta, porque no son derechos adquiridos. Como se observa, con este punto de vista se distingue el hecho de sus efectos, discriminando respecto a éstos últimos según que aparezcan antes o después de la nueva ley.

No es el caso, pues, de adoptar una fórmula simple y general, de *tempus regit actum*, como lo preconiza Ferrara. Es preci-

so discriminar entre efectos ya consumados y efectos por producirse. No todo efecto, así sea discurrente de una causa eficiente nacida antes de la nueva ley, se rige por la derogada. Si se discrimina entre efecto y efecto, el anterior y el posterior a la vieja ley, se restringe la calificación de derecho adquirido sólo al primero. Pero si se distingue entre hecho y hecho, el anterior y el posterior a la antigua ley (hablando de hecho productor de relación jurídica), sin considerar los efectos derivados de tales hechos, la solución sería que el hecho anterior estaría inmune frente a la nueva ley, en todos sus efectos procedentes del mismo, anteriores o posteriores a aquélla, o lo que es igual, tanto para los ya cumplidos, consumados, como para los que vengan a tener su cumplimiento después de la nueva ley. La ley nueva sería completamente irretroactiva, no alcanzando a efecto alguno del hecho producido con anterioridad a tal ley. Derecho adquirido sería entonces desde este punto de vista, todo efecto derivado de tal hecho, así aquél no esté consumado, ejecutado; por la simple circunstancia de tener su procedencia de un hecho producido antes de la nueva ley. Por este criterio no debe prevalecer.

Hay tres situaciones en relación a este punto de la retroactividad o irretroactividad de la ley. Una primera, de retroactividad extrema, que consiste en aplicar la nueva ley inclusive a los efectos ya verificados bajo el imperio de la antigua ley. Una segunda, de irretroactividad extrema, que consiste en aplicar la antigua ley no solo a los efectos realizados antes de la nueva ley, sino también a los que vengan a realizarse dentro del imperio de la nueva ley, por proceder de un hecho causante que tuvo lugar bajo el imperio de la antigua ley. Una tercera posición, de irretroactividad moderada (o retroactividad moderada), que consiste en aplicar la antigua ley únicamente a los efectos ya realizados bajo el imperio de ella, y en aplicar la nueva ley a los que se realicen bajo el imperio de la nueva ley, (tratándose siempre —porque éste es el presupuesto indispensable— de efectos procedentes de un hecho que se originó bajo el imperio de la antigua ley).

Al declararse que la ley no tiene efecto retroactivo, queda descartada la primera situación. Sólo queda por optar entre la segunda y la tercera. Ignoramos cual sea la voluntad del legislador nacional. Por lo demás la disposición transitoria 1824 del Código Civil dice: "Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no

se violan derechos adquiridos". Pero es preciso siempre definir lo que es derecho adquirido, a diferencia de simple esperanza.

No queda sino guiarse por los principios generales. Se vuelve al concepto del derecho adquirido. El derecho adquirido comporta el efecto ya consumado; esto es evidente. ¿Comporta también el efecto por realizarse, o éste es una mera expectativa? La dificultad reside en la imprecisión para caracterizar la distinción entre derecho adquirido o simple derecho expectatio. Baudry Lecantinerie et Houques Foucarde recurrieron a la distinción consistente en el ejercicio o no ejercicio de la respectiva facultad legal, que así se ha materializado o nó, de la que se ha hecho uso o nó. Bonnecasse encuentra que es insuficiente esta teoría, de la distinción entre derecho adquirido y simple expectativa. En vez de derecho adquirido, hay que hablar de situación jurídica concreta, y en vez de expectativa, de situación jurídica abstracta. La situación jurídica abstracta representa una manera de ser eventual o teórico del individuo frente a una institución jurídica; de modo que no comporta consecuencias prácticas para aquél, pues éstas son determinadas sólo *in genere* (así; una vocación hereditaria declarada por la ley). La situación jurídica concreta, por el contrario, es una que proveniente de un hecho o un acto jurídico, hace valer en favor de una persona o en su contra las respectivas reglas de la institución jurídica a que concierne ese hecho o ese acto; esto es, importa ya una "realidad positiva". Pues bien: las situaciones jurídicas concretas se regirán por la antigua ley; las abstractas, por la ley nueva.

García Maynes introduce una modificación en la teoría de Bonnecasse. Hay que considerar si se realiza o nó el supuesto de la disposición legal. La ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias derivadas del supuesto de la ley anterior, sin considerar su ejercicio o no ejercicio, pues "los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley, nacen en el momento en que el supuesto se realice, aún cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos, o no lleguen nunca a ejercitarse ni cumplirse".

La idea de Bonnecasse es fecunda, en cuanto apunta a considerar la situación jurídica. Pero la dificultad no queda eliminada completamente; no es fácil en todo caso percibir, prácticamente, cuando se transforma la situación jurídica abstracta en concreta. Roubier propone una regla de aplicación retroactiva o nó a las situaciones jurídicas en sí, de un lado, y a sus con-

secuencias, del otro, es decir, sin entrar en la distinción, un poco dialéctica, de situaciones abstractas y concretas. La ley nueva no influye ante las situaciones jurídicas ya constituídas (un matrimonio, un contrato, un derecho real) o extinguidas, ni ante los elementos ya existentes que hacen parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica, en casos de constitución o extinción. Por el contrario, la nueva ley produce efecto inmediato sobre las consecuencias de anteriores situaciones jurídicas, así como sobre su extinción y, por supuesto, sobre la constitución de las nuevas situaciones, sus consecuencias y su extinción. Pero el efecto inmediato de la ley nueva sufre una excepción tradicional y justificada, con respecto a los contratos en curso; es decir, tratándose de relaciones obligaciones convencionales.

Constata Maximiliano que coinciden todas las opiniones en una solución única: "los efectos de los contratos son establecidos y disciplinados por las normas positivas vigentes en la época en que él mismo fué concluído".

En cuanto a relaciones jurídicas de otra índole-sobre derechos de familia, derechos reales de la personalidad y de derecho sucesorio, caen dentro de la nueva ley. O sea, que respecto de las situaciones jurídicas que no tengan origen en la voluntad convencional, los efectos sucesivos se distinguen de las realizaciones consumadas. Los primeros, que se conformaron de acuerdo a la ley anterior, quedan inmunes frente a la nueva ley; pero los efectos posteriores son regulados por la ley del día en que se producen, no por la del tiempo en que la situación jurídica fué establecida. Por ejemplo: el divorcio tiene efecto definitivo por la disolución del vínculo; disciplínanse por la norma posterior los efectos subsiguientes al divorcio: posesión de los hijos, obligaciones alimenticias, prohibición de casarse dentro de cierto plazo, o de casarse con la concubina que fuera causa de la desavenencia entre los cónyuges.

En relación a la aplicación intertemporal de la ley, ha de recordarse que la ley nueva actúa sobre las situaciones anteriores a ellas, cuando la ley es interpretativa. Estamos aquí en el campo de una retroactividad aparente, como escribe Gabba, ya que la ley interpretativa no puede decir que sea nueva, pues citando a Ulpiano, con ella el legislador *non dat, sed datum significat*. Lo mismo que ocurre en la ley interpretativa, ocurre con la ley meramente rectificativa y con la *ley confirmatoria*. (Gabba).

Algunos conceptúan que el principio de la no retroactividad es meramente legislativo y, por consiguiente, no impide que el mismo legislador puede dictar leyes que lo descarten. Lafaille cita la jurisprudencia argentina en tal sentido. Pero, en verdad, el efecto *ex tunc* de una ley debe depender de la naturaleza del contenido de la misma: si existe un interés público en darle efecto *ex post facto*, que así lo haga y diga en buena hora. Pero si tal circunstancia no existe y se pretende que la ley rija efectos de situaciones convencionales originadas anteriormente, entonces se desconoce el principio de la no retroactividad de la ley, y el legislador abusa, contrariando la recomendación de que la ley debe respetar situaciones jurídicas bien nacidas. Escribe de Lacerda: "todas las teorías así como todas las leyes relativas a la materia, parten de una observación constante, cual es la repulsa que la sociedad opone a la ofensa hecha por la ley posterior a los intereses jurídicamente asentadas en la ley anterior. La conciencia social no se conforma con la idea de que el hecho que en si y en sus consecuencias era lícito, legítimo, válido, definitivo según la ley que imperaba, se torne después ilícito, ilegítimo, nulo, transitorio, por fuerza de una ley posterior bajo cuyo imperio aquellas relaciones no estaban y no podían estar sujetas".

La ley puede indicar que ella regula también para lo pasado; pero ello debe estar justificado por la naturaleza misma de la ley. El principio de la no retroactividad, en nuestro derecho actual, escribe Roubier, solo obliga al juez, más no al legislador. Esa acción *ex tunc* debe ser establecida expresamente. No importa que la regla de la no retroactividad se encuentre instalada en un Código Civil, como ocurre en Francia, o en la Carta Política, como ocurre en el Perú. Ello no altera la índole y el alcance de la norma.

Art. II.—"La ley no ampara el abuso del derecho".

Referencias: Digesto, lib. I, tit. 4, ley 1, párrafo 2; lib. I, tit. 17, regla 151; tit. 17, regla 206; lib. VI, tit. I, ley 38; Cód. alemán, 226, chino, 148; suizo, 2, uruguayo 1321; austriaco, 1295, 1305; soviético, 1; mejicano, 1912; brasileño art. 5.º ley de introd.; portugués 13.

El derecho y su ejercicio son distinguibles: el primero en cuanto atribución o facultad que corresponde a su titular, y el se-

gundo en cuanto a la forma o modo de hacer uso de esa facultad. Esta distinción permite concebir lo que se ha llamado "abuso del derecho". El derecho no es absoluto, no puede ejercitarse de una manera que lastime los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva. De aquí que se haya ido elaborando una concepción en este orden de cosas que, en general, reciba consagración en el derecho moderno. Una serie de casos son apreciados como que constituyen un uso del derecho por su titular, de una manera que merece una apreciación peyorativa. Así el caso del propietario que eleva un muro en su predio sin ninguna ventaja para él y sólo con el propósito de causar un perjuicio al propietario vecino; el del arrendador de un inmueble que inexorablemente ejercita, sin otorgar un plazo de gracia, desahucio contra su arrendatario, encontrándose éste en situación penosa, de tal modo que la desocupación resulta una medida inhumana; el hecho que los padres utilicen la facultad de corrección respecto a los hijos en una forma tiránica, exagerando la medida de la patria potestad, (el caso que se observa en el drama de Rodolfo Besier, "La familia Barret"); la oposición de los padres a dar consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores, sin que haya motivo explicable para ello; el demandar por el acreedor al abligado, eligiendo el lugar de jurisdicción que sea notoriamente más incómodo o molesto para el demandado, y sin ninguna ventaja para el demandante; el caso de plantearse una acción judicial sin haber fundamento alguno; de plantear una evidentemente excesiva con conciencia de esta circunstancia por el autor; el trabar un embargo notoriamente exagerado, que recaiga sobre el objeto que haga de aquél el más perjudicial para el deudor.

Otros casos de abuso del derecho se ha observado en lo concerniente al comportamiento de las partes respecto a un contrato, por rehusamiento injustificado para contratar, por rompimiento de los tratos preliminares, por la manera de proceder en cuanto a la ejecución o conclusión de los contratos, a sí como en ciertos supuestos de rescisión de los mismos.

En el caso de rehusamiento para contratar, Josserand advierte que tratándose de servicios públicos, de ofertas abiertas al público, de contratos de adhesión, si no se permitiese por el oferente o concesionario, por simple motivo de capricho o de venganza, que una persona utilizase el servicio o se acogiese a la oferta o celebrase el contrato, entonces habría abuso de derecho. Tra-

tándose del rompimiento de los tratos precontractuales, la responsabilidad que puede resultar de ello se justifica, si no hubo interés legítimo para romper las negociaciones. En el caso de conclusión, se incurre en un "ejercicio abusivo de la libertad contractual cuando uno de los contratantes tiene por designio el de perjudicar a sus acreedores o de lesionar los derechos adquiridos por tercero" (Marson). Con respecto a la ejecución de obligaciones, tenemos la concesión de términos de gracia o la modificación de la ejecución de tales obligaciones, en virtud de lo que se llama el riesgo imprevisto, como medios de atemperar el rigor del contrato: lo opuesto es un exceso en la utilización del derecho por el actor. En cuanto a la rescisión de los contratos, la disolución de los mismos por voluntad unilateral, como ocurre en el mandato, en la prestación de ciertos servicios, en el pacto de sociedades civiles, puede también importar un ejercicio abusivo de derecho.

Así como éstos, hay otros muchos supuestos en que se ha considerado que ejercitándose el derecho, ese ejercicio se efectúa de una manera exagerada, irregular, anormal, abusiva en fin.

Nuestro Código, que ha consignado el principio general a que he refiere el art. II, contiene una serie de preceptos en que tal principio encuentra su confirmación. Así, en el art. 79, sobre ruptura de esponsales, en cuanto origina la obligación de reparar el daño moral en favor del desposado que es víctima frente a la determinación del otro de no casarse, cuando concurren las circunstancias que precisa dicho numeral; en el art. 1179, segunda parte, referente a la elección de una obligación genérica, en cuanto el acreedor no podrá elegir la cosa de mejor calidad, ni el deudor la de peor calidad; en el 163; que dice que la mujer no está obligada a aceptar la decisión del marido cuando ésta constituya un abuso de derecho; en el 170, sobre la representación de la mujer para las necesidades ordinarias del hogar; en el 189 y el 241, inc. 3º, sobre la administración por el marido dentro del régimen de bienes en el matrimonio; en el 861, que en referencia al régimen de la propiedad inmueble, dice que aquel que sufre o esté amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya el estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido, en el 989, que responsabiliza

el acreedor que abusa de la prenda, por su pérdida o deterioro, pudiendo el deudor pedir que se deposite en poder de tercera persona; en el 920, que exige que el usufructuario explote el bien en la forma normal y acostumbrada; en el 1529, inciso 3.º, que permite la rescisión del contrato de locación y conducción, si el conductor abusa de la cosa; en el 1592, inciso 2.º, que establece la obligación del comodatario de emplear la cosa en el uso señalado por la naturaleza o en el pacto, quedando responsable del menoscabo y ruina provenientes del abuso en que incurriera; en el 1637, que indica que si el mandatario emplea en su utilidad lo que recibió del demandante, comete un abuso y es responsable de los daños que sobrevengan al mandato; en el 1718, que reprocha que se proceda a la disolución de la sociedad por voluntad de uno de los socios, si obra de mala fé o intempestivamente; en el 1227, en cuanto permite al juez reducir equitativamente la pena en una obligación con cláusula penal, cuando aquélla sea manifiestamente excesiva; en el 1524, que dice que la cláusula prohibitiva del subarriendo no impide al conductor subarrendar si el sublocatario ofrece todas las garantías de solvencia y buen crédito.

La enumeración no es exhaustiva. Sólo consigno en vía ejemplificativa algunos preceptos. Así, pues, el principio general del art. II refléjase a través de toda la economía del Código. Y no solamente el principio ha de valer en los casos concretos en que aparece su aplicación en un precepto explícito, sino también en todo caso en que el intérprete lo considere pertinente. Es, pues, un principio general informante de todo el derecho privado.

Producido el abuso del derecho, la persona contra la cual incide dicho abuso puede oponerse a la pretensión del actor. Se considera que la oposición es una especie de *exceptio dolis generalis*, que opera como supletoria de culaquier otro medio o recurso utilizable por el sujeto pasivo de la relación jurídica. La prueba, que incumbe al excepcionante, da origen a la decisión del juez, que fundamentalmente recae en el sentido de suprimir el abuso, o sea, desestima la acción del sujeto activo en cuanto y sólo en tanto ella importe un ejercicio excesivo o irregular de su derecho. Subsidiariamente puede originarse responsabilidad para el actor, por daños y perjuicios. Esto se halla comprobado en nuestra legislación en el art. 1137, inc. 1.º, que, *contrario sensu*, indica que

es acto ilícito el practicado en el ejercicio irregular de un derecho, originando en consecuencia la obligación de responder por el respectivo perjuicio.

¿Cómo se fundamenta el abuso del derecho?. La literatura jurídica ha estudiado en "El Mercader de Venecia" la figura de Shylock, cuyo proceder típicamente constituye un uso abusivo del derecho.

No se justifica la pretensión de Shylock al querer que se cumpla la cláusula del contrato estipulado contra Antonio, pues al demandante no le asiste un interés legítimo, obra con el exclusivo propósito de perjudicar a la otra parte, no tiene buena fé, lo que persigue está en desacuerdo con la naturaleza y carácter propio de la figura del contrato del que deriva la exigencia del actor. Concurren, pues, todas las notas calificantes de lo que la doctrina y la jurisprudencia han determinado como fundamentos del abuso del derecho, como lo veremos más adelante.

La figura en sí misma, como una que comporta un principio general consagrado expresamente por los Códigos, es relativamente nueva. No aparece con tal carácter en el Derecho romano. Dentro de éste, el derecho del actor era, puede decirse, absoluto. "*Nullus videtur dolo facere, qui sus juretitur*". El derecho, dentro de su faz quiritaria devenía un *jus abutendi*. No obstante, no podría decirse que el principio estuviera completamente ausente del Derecho romano. Podría encontrarse en agraz él mismo, considerando ciertos casos en que se imponía un límite, una contención, al ejercicio de la *facultas agendi*. Así, tratándose de la desaparición de las obligaciones en las de carácter correal, por efecto de la *litis contestatio*; tratándose de la limitación de pago de daños e intereses con respecto de objetos voluptuarios. Es de citar también el supuesto de que se negase la persecución ejercida con notoria impiedad contra el deudor, como en el caso de entrega por el obligado de un esclavo, que fuese padre o hijo de aquél, pues por equidad se liberaba el deudor de entregar al esclavo, pagando su valor. El derecho honorario fué templando, atemperando, el rigor del derecho quiritario, y haciendo del derecho y su aplicación un *ars boni et aequi*.

Se puede encontrar en las Partidas algún antecedente, como el que aparece de la ley 19, tit. 32, Partida 3.º, cuando tratando

del ejercicio de las facultades dominales, después de manifestar que él no puede ser restringido, hace la salvedad de que *"fuera sende si este que lo quisiese facer non lo hubiese menester, mas se moviese por facer mal"*. En el antiguo Derecho francés se cita la opinión de Pothier, cuando hablaba de las consecuencias "del gran principio del amor al prójimo" que "nos obliga a consentir todas las cosas que sin causarnos perjuicio alguno, pueden causar provecho al prójimo".

Pero expresamente consagrado en la ley, como una regla aupada a la categoría de informante fundamentalmente de las relaciones del derecho privado común, sólo aparece en los Códigos modernos, comenzando por el alemán.

Se pueden agrupar en cuatro clases los regímenes jurídicos con referencia al tema que ahora tratamos: 1º) legislaciones que nada dicen sobre el particular, pero que no rechazan la regla; 2º) legislaciones que admiten el principio, basándolo en un criterio intencional del agente; 3º) legislaciones que lo admiten, fundándolo en un criterio objetivo funcional del derecho; 4º) regímenes jurídicos que desconocen y no admiten la regla.

Analizémoslos por su orden.

En el primer grupo tenemos el Código Napoleón y los que se inspiraron en él, como el belga y el español. A falta de un texto explícito, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la figura, permitiendo que ella sirva como un criterio controlador de las relaciones en el derecho privado.

En el segundo grupo destaca el B. G. B. con su numeral 226, que prescribe que el uso de un derecho es inadmisibile cuando él sólo puede tener como fin el causar un daño a otro. El criterio que preside la elaboración del precepto es el de la intencionalidad. Criterio riguroso, exigente, porque requiere una circunstancia calificadamente peroyativa en cuanto al proceder del agente. Tal severidad es explicable en virtud de que el Código alemán fué el primero que consignó explícitamente la regla. Por lo mismo, se explica la cautela en cuanto a la determinación de su predicamento óntico. La institución resulta vinculada intrínsecamente con el dolo, con la intención de perjudicar, como un hecho calificadamente reprochable. El acto de emulación contiene tal signo de índole reprochable, que conduce al repudio del mismo. Esto no quiere decir que aquél importe únicamente un acto ilícito. Escribe Spota: "el acto emulativo es un abuso del derecho que se rige por sus propios principios, sin perjuicio de

que funcionen, por vía analógica, las reglas relativas a los actos ilícitos en aquello que sea susceptible de aplicación". El mismo criterio del B. G. C. es el que informa al Código austriaco reformado en 1916.

En cuanto al tercer grupo, perfílase el Código suizo, con su célebre fórmula contenida en su número dos. El abuso del derecho resulta caracterizado en función de la mala fé con que actúe el agente. Fórmula más amplia y liberal que la de B. G. B. y que, por lo tanto, significa un progreso en cuanto a la determinación categorial del concepto.

En el cuarto grupo están los regímenes jurídicos de Inglaterra y Estados Unidos.

Indica Masson que en Gran Bretaña el sentido jurídico es fuertemente individualista. "Se aplica en cierta manera a los derechos privados la regla ecuménica de derecho internacional privado: el pabellón cubre la mercadería. Poco importan la intención o los resultados deplorables desde el punto de vista social; desde el momento que el acto es conforme a los derechos, es plenamente válido".

Obstante, se cita algunas decisiones que revelan cierto apartamiento del rigorismo. Mas, "todas estas disposiciones liberales no son seguramente sino derogaciones a la doctrina del absolutismo de los derechos contractuales, y la legislación inglesa no ha arribado a un concepto de la relatividad de los derechos, en materia de contratos. Ellas muestran, sin embargo, que en el dominio contractual una reglamentación restrictiva se afirma en este país, donde el dogma del absolutismo floreció con tanto *eclat*. "(Marsón)". Escribe Spota: "No es fácil, pues, sentar un juicio de conjunto sobre el derecho inglés en la materia. Sin embargo, si se tiene en cuenta las leyes que hemos recordado; si, además, no se olvida la evolución jurisprudencial en lo relativo al ejercicio de las pretensiones accionales en justicia, y la interesante—en grado sumo—transformación de las doctrinas sentadas en el mundo de la lucha comercial y social, se observará que el absolutismo en el ejercicio de los derechos va quedando desplazado por un concepto de relatividad, en cuanto esos derechos han de ejercerse en función a sus fines económicos sociales. A todo ello coadyuvan los *standards* y las directivas jurídicas que configuran la jurisprudencia en este último ámbito como en el del *restrain of trade*, todo lo cual conduce a una individualización judicial de los derechos recorriendo a esos módulos varia-

bles que han de innovarse a medida de las exigencias y valoraciones sociales lo impongan”.

Se constata, pues, una reacción contra el abuso del derecho, que se refleja ya claramente en la jurisprudencia inglesa. Las ideas de equidad y de solidaridad social van poco a poco venciendo a las corrientes individualistas.

En cuanto a Estados Unidos de Norte América, escribe Marson: “en este país sometidos al gobierno de los jueces, en que el poder judicial controla al poder legislativo en la apreciación de la constitucionalidad de las leyes, el *summum jus* triunfa, los derechos contractuales son considerados como susceptibles de realizarse en todos los sentidos de una manera arbitraria, y la doctrina del abuso no puede ser favorablemente acogida”. No obstante, Fleitas anota que “la idea del abuso del derecho empieza a infiltrarse en la jurisprudencia de aquel país” (Estados Unidos de Norte América). Escribe Spota, por su parte: “Deducimos de lo expuesto que el derecho norteamericano se orienta cada vez más hacia aquella corriente que impone un ejercicio de los derechos en armonía con el fin económico y social de los mismos. Tanto en el orden de los derechos subjetivos, como en lo referente a las facultades legales indefinidas que atañen a la esfera de la libertad de las personas y de los grupos de personas, se fustiga el abuso de los derechos”.

Vinculándose con las indicaciones anteriores, referentes, a las legislaciones en su relación con el abuso del derecho, se debe estudiar los criterios que lo informan.

Hay el criterio constituído por la intención de perjudicar: (el propio del Código alemán, como advertimos antes).

La crítica ha revelado la insuficiencia de este criterio. Será preciso realizar una indagación un tanto agnóstica sobre los propósitos o intenciones del agente, para establecer la existencia de la condición fundante del ejercicio excesivo; es decir, la apreciación revierte en una de carácter cuasi psicológica y, en todo caso, meramente subjetiva, que restringe la posibilidad del despliegue adecuado y amplio del principio. En general, se considera que tal criterio debe ser superado.

En segundo lugar, tenemos como signo determinante de la noción de que ahora nos ocupamos, el dado por uno de sentido

funcional (Código suizo). No se juzga el caso desde un punto de vista subjetivo, sino objetivo, compulsando la mala fé con que obre el actor. No interesa que haya o nó existido intención de perjudicar; basta que el comportamiento no se acomode a los imperativos de consideración social que deben presidir las relaciones intersubjetivas. Por lo tanto, el abuso puede presentarse, así haya faltado intención de perjudicar. Si por un proceder simplemente frívolo, por negligencia, ignorancia, indolencia, desconocimiento, se actúa de una manera que no es la que debe emplear una persona razonable y sensata, cuidadosa de la consideración que se debe al prójimo, hay abuso del derecho. O sea, que hay que atender a todas las circunstancias, motivos e intereses que se conectan con el hecho para, un tanto equitativamente, juzgar si el ejercicio es justificable o nó. La intención de perjudicar naturalmente será, cuando se presente, una nota de extrema energía para la caracterización del caso; pero no es único dato configurativo. Se trata de un complejo objetivo, en que han de apreciarse todas las circunstancias vinculadas al hecho, para saber si hubo mala fé en el agente. La falta de un interés legítimo en el agente, puede, pues, bastar para caracterizar el acto como abusivo. "De ello se infiere que la noción del abuso del derecho no puede depender exclusivamente del concepto de culpa o dolo en el ejercicio de nuestras prerrogativas. Actuar sin motivo legítimo, sin interés serio, sin móvil justificable, no siempre implica un acto culposo o doloso y, sin embargo, es susceptible de ser un acto abusivo" (Spota).

En Francia, por obra principalmente de la doctrina, ha surgido una concepción de gran valimiento conceptual. El nombre del insigne Josserand está asociado a ella. Este autor recalca que el derecho tiene un carácter eminentemente teleológico; su estructura es finalista, y no causalista, y ello sirva de punto de partida para la concepción. Desde luego la constatación es irreprochable y se conforma, de acuerdo a los estudios filosóficos modernos, con la distinción entre el mundo de la casualidad y el de la libertad, del ser y el deber ser, de la naturaleza y el espíritu. Ya Windelban en su *Geschichte und Naturwissenschaft* discriminó entre ciencias nomotéticas y ciencias ideográficas; entre las últimas está el Derecho. Y Rickert remarcó el diverso carácter entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura.

El derecho como ciencia normativa, aspira a cierto fin, a ba-

se de libertad. La norma legal establece una vinculación, no de necesidad fáctica, entre una endonorma y una perinorma, sino de exigencia ideal; no es la fórmula A es B, que corresponde a las leyes de la naturaleza, al mundo del ser, sino la fórmula A debe ser B, que compete al mundo del deber ser. Dentro del supuesto jurídico conferido al sujeto a quien se reconoce una facultad, él puede exigir la consecuencia, cuando el sujeto del deber no lo cumple. Pero no sólo existe la posibilidad de que en el hecho al supuesto no siga la consecuencia; hay también la posibilidad de que de ocurrir este faltamiento a la relación entre el supuesto y la consecuencia, puede llegarse a la última por diferentes medios. Hay, así, dos elementos de libertad caracterizando al derecho, que responden a dos momentos en cuanto a la existencia del mismo. En primer término, el relativo a su estructura misma, como norma propia del deber ser, que acepta la coyuntura de una decepción efectiva; el segundo, el referente a la manera o medio para que lo indicado en la norma tenga su cumplimiento.

Pues bien, relacionando estas reflexiones con la enseñanza de Josserand, el mérito de éste se halla en haber percibido que el derecho, por ser de índole teleológico, debe responder en cada caso a una relación jurídica, subsumida dentro de una categoría institucional, a ese fin propio de la institución a que pertenece. Para llegar a establecer una disciplina auténtica acerca del abuso del derecho, hay que examinar en el caso dado si el derecho ejercitado se ajusta o no al carácter y fin propio de la respectiva institución. Escribe Josserand: "Esta disciplina no es sino la de la finalidad de los derechos, de su relatividad, en consideración y en función de su fin. Todas las prerrogativas, todas las facultades jurídicas son sociales en su origen, en su esencia, y hasta en la misión que están destinadas a llenar; ¿cómo podría no ser así, puesto que el derecho objetivo considerando en su conjunto, es decir, la "juricidad", no es otra cosa que la regla social obligatoria? Las partes no pueden ser de naturaleza distinta del todo. El elemento participa de la esencia misma del organismo a cuyo funcionamiento aporta su parte contributiva. Esta reflexión es exacta, no sólo tratándose de las prerrogativas de carácter altruista como las potestades familiares, los poderes de los administradores, sino también, y a despecho de las apariencias, tratándose de las facultades más egoístas, como el derecho de propiedad inmueble o el de un acreedor, de perseguir a su deudor y exigir, por los medios legales, el pago de lo que le deba; si la socie-

dad reconoce tales prerrogativas al propietario y al acreedor, no es, en fin de cuentas, para serle agradable, sino para asegurar su propia conservación; como la naturaleza misma, y según la profunda observación de Ihering, une así su propio fin, al interés ajeno; hace de manera que cada uno trabaje en su interés bien comprendido, por la salud de la colectividad; pone los egoísmos individuales al servicio de la comunidad, pudiendo decirse que el egoísmo, que solamente se conoce así mismo, que sólo busca su propio bien, llega por esto mismo "construir el mundo"; acontece esto tanto en el mundo jurídico como en el físico y puesto que cada egoísmo concurre al objeto final, es evidente que cada uno de nuestros derechos subjetivos debe orientarse y tender hacia ese fin; cada uno de ellos tiene una misión propia que cumplir, significando ésto que todos deben realizarse conforme al espíritu de la institución; en realidad, y en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función; no deben salir del plan de la función a que corresponden, pues de lo contrario su titular los desvía de su destino, cometiendo un abuso de derecho; el acto abusivo es el acto, contrario al fin de la institución, a su espíritu y finalidad".

Este criterio teleológico aparece en el Código Soviético (art. 1) Spota escribe: "La teoría objetiva y funcional es aceptada, entonces, con amplitud: sólo se es titular de derechos y obligaciones civiles, en el campo patrimonial, ya que el derecho de familia es objeto, como dijimos, de un código especial, en tanto que den cumplidos los fines estatales, o sea en cuanto no se lesione el *espíritu* de la legislación, concebido éste en forma bien distinta al de la legislación prevaleciente en los países de régimen capitalista. En este último, la estructura de los códigos concuerda con el concepto de que el derecho privado surge un plexo de derechos subjetivos y de facultades jurídicas otorgadas a las personas como prerrogativas, como poderes atribuidos a una voluntad, con aptitud de satisfacer intereses humanos. El cambio, en un código como el civil soviético la noción de los derechos subjetivos sufre una aminoración tal, que el principio está dado por la regla objetiva".

Nuestro Código Civil en su art. II, indica lisa y terminantemente que "la ley no ampara el abuso del derecho". No dice más. O sea, que no contiene una indicación que permita determinar en

virtud de qué criterio debe reputarse que exista y cuándo exista un ejercicio desmesurado o inconveniente de la *facultas agendi*.

Haciendo la crítica de la disposición, hay que aplaudir la incorporación en el Código vigente de la regla legal tratada. En el Código derogado de 1852 no se contenía un precepto igual. Solamente podía hallarse casos individuales, en que se rechazaba un uso desmedido del derecho. Así, en los artículos 1998 y 1999, inciso 3.º del art. 1602, inciso 5.º de 1835, art. 1933, art. 1691 y muy destacadamente en el 2211. Mas, no había una declaración de carácter general. La jurisprudencia nacional no creó, a base de una construcción jurídica, una concepción sobre el particular.

En el estado actual del progreso jurídico, la toma de posición respecto al problema que nos ocupa, tiene que ser por la afirmativa, o sea porque se consagre el principio. Las atinencias u. objeciones no tienen poder persuasivo frente a las que existen en favor de la admisión. Unas, son críticas de simple forma, y otras son de fondo, pero no logran alcanzar éxito convincente. Se objeta que el acto abusivo es simplemente un acto ejecutado sin derecho, de modo que la noción de abuso del derecho es a la vez contradictoria y absurda, que es una logomaquia. El error de los contradictores está, como lo denuncia Josserand, en que no se distingue entre la posibilidad de que un acto sea conforme a un derecho determinado y, no obstante, contraria al derecho considerado en su generalidad y su totalidad objetivadora, cuando él no se utiliza conforme a la exigencia propia del derecho *in genere, civiliter*. Es el caso del famoso adagio *summum jus summa injuria*.

Se ha dicho que la concepción carece de originalidad, toda vez que no puede haber responsabilidad fuera del ejercicio de un derecho, o sea, que es posible abusar de él, pero entonces estamos simplemente en el cuadro de la responsabilidad, de modo que la teoría creada no es sino un inútil truismo (Bartin, Aubry et Rau); careciendo la noción en rigor de autonomía entitativa. La crítica no tiene sino un valor aparente. La responsabilidad civil puede sobrevenir en mérito de tres situaciones: por inejecución culposa o dolosa de una obligación convencional, por imputación de un acto ilícito y, además, en los casos en que sea establecido *ex lege* con relación a ciertos hechos jurídicos. La responsabilidad, de este modo, no es nota tipificante de determinada situación jurídica aunque esté vinculada a ella. El acto abusivo del derecho tam-

bién causa una obligación de reparar el daño, es decir, es determinante de responsabilidad civil (art. 1137, inc. 1.º); pero ello no entraña que el acto abusivo sea idéntico al acto ilícito. Este último es una injuria, contraria en su substancialidad 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 substancialidad misma refiérese a que exista un titular de un derecho; es legítimo, pues, su ejercicio; sólo que lo indebido está en la manera cómo se ejercita. Que el Código Civil haya 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.

Otra crítica de fondo, es la que mira en el abuso del derecho un caso de carácter moral más que jurídico (*Esmein*). Esto conduce a una exposición asaz larga y laboriosa, sobre las relaciones entre Derecho y Moral. El primero no está en oposición a la segunda; pero la distinción es siempre posible, de modo que la circunstancia de que hay campos de mutua inferencia, no quita al dato que se halla dentro del campo del derecho su idiosincrasia jurídica.

Otra oposición es la que se levanta advirtiendo que la concepción desemboca en la apreciación, acaso caprichosa, del juez en cuanto éste tiene que investigar sobre la manera de proceder del agente; lo que conduce a la arbitrariedad y la inseguridad. Pero, ciertamente, en toda la dimensión del derecho está irremisiblemente presente la tensión de justicia-versus seguridad; y en ciertas circunstancias hay que favorecer a la primera, en otros a la segunda. Si se implantase una actitud que velase únicamente por la seguridad, de un modo exagerado, entonces muchas soluciones del derecho tendrían que desaparecer (por ejemplo, la nulidad del acto por vicios en el consentimiento). El juzgamiento en cada caso tiene algo de individualizador. Como dice Recaséns Siches, "mediante la sentencia judicial —o la resolución administrativa— se comprueba de un modo cierto si se da concretamente la situación de hecho prevista en abstracto por la ley — como condición para el deber jurídico, que ésta establece; — se determina concretamente además el contenido concreto de ese deber jurídico, y por fin se le impone a un sujeto singularmente determinado".

Es, pues, elogiable que el art. II de nuestro Código haya aceptado el principio.

Pero se ha criticado el texto mismo del numeral por su parquedad, estimándose que es diminuto, en cuanto no establece el criterio fundante del abuso del derecho. Cornejo manifiesta a este respecto, que no existe una base sólida para caracterizar la figura, pues trátase de una declaración abstracta de contenido indefinible.

Nosotros disentimos en este punto del parecer del ilustre tratadista desaparecido. 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. 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. El criterio puede variar históricamente. Luego, es preferible no comprometerse a firme, sometiéndose a uno predeterminado. Basta con insertar simplemente el mandato preceptivo. Queda a la cátedra y la academia, de un lado, y a la jurisprudencia también, hallar el criterio informante, para saber cómo y cuándo funciona la regla. En otros términos, se trata de una norma regulativa, informante general, de un sentido plástico y sinóptico, que evita amarrar, atar, ligar, sojuzgar el criterio, a una predeterminada fórmula ortodoxa. El concepto científico mismo del abuso del derecho puede evolucionar y el juzgador quedaría a la zaga, tributario del concepto impuesto de antemano por el legislador. A éste le basta, pues, con indicar la norma; su fundamentación y explicación racional y, por ende, el alcance y dimensión de su interpretación debe dejarlos a la obra jurisprudencial y doctrinal.

No negamos que al juez se le impone delicada faena; que más sencillo le sería proceder si la ley le desbroza el camino, si le facilita con procedimientos de técnica la interpretación. Pero tratándose de grandes normas rectoras hay el peligro de entrabarse por limitaciones y taxativas que circunscriban el panorama y, por lo mismo, limiten la apreciación misma de aquéllas. Eguiguren escribe: "La fórmula que hemos adoptado evidentemente es vaga; pero siendo una teoría en formación, porque la vida la enriquece diariamente, a través de la jurisprudencia, no sabríamos como podría tomar la categoría de dogma legal y claro".

Art. III.—“No se puede pactar contra las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres”.

Referencias: Digesto, lib. II, tit. XIV, ley 5; lib. II, tit. XIV, ley 27, p. 4; Codex lib. II, tit. III, ley 6; Código francés, art. 5; español, art. 4.º; p. 2.ª, portugués, 10; argentino, 21; chileno, 12; boliviano, 5; holandés 4; uruguayo, 11; alemán, 138; suizo, 27; mejicano, 6, 7 y 8; chino, 2, 7, 36 y 72; venezolano, 6; soviético, 3; peruano VII, brasileño, 17; italiano, 7 (12).

En principio hay libertad para que las personas regulen libremente sus relaciones privadas; nadie está impedido de hacer aquello que la ley no prohíbe. Esta es una indicación general, de carácter constitucional, que domina todo el ámbito del derecho. La libertad convencional emana como consecuencia natural de tal principio de libertad jurídica en general que corresponde al hombre; por lo que Hegel vincula el contrato a la categoría ontológica de persona, “Filosóficamente, escribe Legraz Lacambra, la libertad pertenece esencialmente a la persona. No hay existencia humana, no hay existencia personal donde falta la libertad, la cual se halla en la misma meta-física de la vida, según hemos explicado en otras ocasiones. Tampoco la persona jurídica es pensable sin la libertad. El derecho coarta la superficie de la libertad existencial y devuelve como recompensa la libertad jurídica de las personas”.

Pero la libertad jurídica, y consecuentemente la libertad convencional, no es ilimitada, pues de otra manera conduciría al desenfreno y a la arbitrariedad, o sea, a la negación del derecho mismo. Por eso la llamada autonomía de la voluntad tiene ciertos límites; los impuestos por el orden público y las buenas costumbres. Hay, pues, una esfera intransitable para la libertad de las partes en sus negocios jurídicos, un ámbito inviolable, ciertas reglas que no pueden ser derogadas por la voluntad privada, porque la ley pone un atajo, como una legítima defensa, en salvaguarda de ciertas estructuras y ciertos intereses fundamentales, que no deben ser afectados por la simple determinación de los individuos.

La noción del orden público y de las buenas costumbres interesa al legislador tanto desde el punto de vista del derecho privado nacional, como del derecho privado internacional, y así tenemos con referencia a este último la advertencia contenida en el art. X de nuestro Código. En ambos casos lo que se busca es defender celosamente esas estructuras e intereses que decíamos antes, que la legislación de cada país consagra (sin que nos interese por el momento averiguar si coincide totalmente el orden público interno y el orden público internacional). Las convenciones no pueden hacerse en oposición a lo que una legislación determine como de orden público o como que afecte a las buenas costumbres; y así tenemos el orden público y las buenas costumbres funcionando con respecto al derecho privado nacional. Las leyes extranjeras, recurridas por razón del principio de la extraterritorialidad y de las llamadas normas de remisión, dejan de tener aplicabilidad cuando sus disposiciones están en oposición a lo que la legislación del país de importación conceptúa como integrante del orden público y las buenas costumbres; y así tenemos a estas dos últimas nociones funcionando con respecto al derecho internacional privado.

La cláusula legal de reserva del orden público frente a la libertad convencional ya fué ideada en el derecho romano: *Contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pascisci licet y privatorum conventio juri publico non derogat*. Como se advierte, no se utiliza la expresión "orden público"; pero aparece implícita la indicación. La expresión preséntase empleada en el derecho medioeval, en las costumbres regionales. También se encuentra utilizada en las Ordenanzas Reales del *ancien régime*, y por Domat en sus "Lois civiles"; más, aquí la referencia parece concenir a los principios del derecho político, antes que al derecho privado. Así, Domat escribe que "las leyes que tiene en mira el orden público, son las que se llaman leyes del Estado, que reglan las maneras como los príncipes soberanos son llamados al Poder, las que reglan las distinciones y las funciones de los cargos públicos, las que se refieren a la policía de las ciudades y demás reglamentos públicos".

En su sentido de principios legales inviolables, que no pueden ser alterados por las convenciones, la expresión aparece ne-

tamente en el art. 6 del Código de Napoleón; y de ahí ha sido tomada con la dimensión y el carácter que se la conoce en el derecho privado.

En el presente caso; es decir, en relación al art. III del Código, interesa el orden público en cuanto a la nulidad de los pactos que violen al mismo. Así que es una cuestión que cae dentro del derecho privado. No obstante, hay una propensión para considerar el orden público como dato perteneciente al Derecho público. Según Laurent, orden público es el que protege el interés público. Pero sin entrar en la espinosa cuestión del criterio para fundamentar la distinción, y aún sin pronunciarnos sobre ella, cabe sólo reflexionar que lo que se atiende ahora, es el límite de la autonomía de la voluntad cuando atente contra el orden público. Desde este punto de vista, él mismo cae dentro de la consideración del derecho privado.

El pensar cuándo una disposición legal es de orden público, conduce necesariamente a predeterminar la naturaleza de la respectiva disposición. Ahora, bien, esa nota lógica vinculada al orden público, puede presentarse tanto en las disposiciones que forman parte del derecho público como del derecho privado, cuando la disposición es de *jus cogens*. La naturaleza de la norma, de necesidad absoluta, la coloca dentro del orden público. Escribe Zaballa: "ya que las reglas jurídicas son la reglamentación de necesidades sociales, todas aquellas que no son disposiciones ofrecidas a la voluntad de los particulares, es decir, todas aquellas que representan una imperatividad, se refieren al contenido del orden público por el mismo hecho de estar formado éste por las necesidades sociales. Se entiende por imperatividad todo lo que en cualquier forma se impone a la voluntad particular, ya figure como imperación, prohibición y obligación. De tal manera, referida la imperatividad al orden público en su comprensión amplia, la conclusión es que toda regla imperativa es de orden público. En este punto de vista quedan desechados criterios restrictivos que se fundan, no sobre el aspecto funcional exclusivamente del orden público, sino en su concepción fundamental. No puede, así, otorgarse valor a las tesis restrictivas como las de Laurent. Larombiere, Capitaint", etc. Agrega el mismo autor: "La imperatividad, que al fin y al cabo es una característica de ciertas reglas, sólo se explica por la esencia de la regla, por la razón que la fundamenta. De manera que cuando la ley hace constar en forma indiscutible una imperación, sólo cabe atacarla en el terreno posi-

tivo; pero cuando se está en la duda de si la regla implica ese carácter, en el caso de tener que atribuírsele, se recurrirá al orden público; tal es la realidad en la vida jurídica. Para dejar finalmente establecida la relación de que trata este título, debe consignarse que en el terreno positivo la imperatividad es la traducción del contenido del orden público”.

Arauz Carter sostiene también que orden público es una noción “equivalente al concepto de carácter imperativo de la ley”. Para este autor, el orden público se desenvuelve en tres resultados fundamentales: imponerse sobre la voluntad individual, prevalecer sobre la ley extranjera y ser retroactivo. La norma permite, pues, formular juicio sobre la estipulación, el acto convencional, el pacto, para saber si está de acuerdo con ella, o si disiente, pero no hiere al orden público, porque la regla es facultativa, supletoria, de simple *jus dispositivum*, o si resiente a ese orden público por infringir una regla que es imperativa y como tal imprescindible. Así, *exempli gratia*, un pacto que se opusiera a una regla de carácter constitucional, conspiraría contra el orden público, como también uno que repugnase una disposición de derecho privado que instituya una situación jurídica que se considere de carácter fundamental, en cuanto comporta la defensa de un interés social, de un interés que compromete a la existencia misma de la sociedad. Si, por ejemplo, se pactase un interés usurario contra lo ordenado en el art 28 de la Constitución, o si se incluyese una estipulación en el contrato de trabajo que restrinja el ejercicio de los derechos civiles o políticos, en contravención al art. 44, o si a alguno se le obligase a prestar trabajo sin remuneración, pese a la prohibición del art. 55, el orden público estaría violado, y en general cuando se infrinja cualquiera ley de derecho público; es decir, leyes constitucionales, administrativos, penales, procesales (Baudry Lecantinerie et Houques Foucarde). En el campo de las leyes del derecho privado, el pacto se considera opuesto al orden público cuando, como advierte Beudant, afecte un interés social fundamental, que comprometa la existencia de la colectividad, o a intereses que son irrenunciables. Así, las disposiciones que norman el estado y la capacidad civil, la patria potestad, la organización en cierto modo de la propiedad, la no renuncia anticipada al derecho a prescribir, la no renuncia anticipada de responsabilidad civil, de dolo y culpa grave, la que establece la reserva hereditaria, entre otros casos.

Jenks, refiriéndose al derecho inglés, escribe: “Pero algu-

nos objetivos, aún cuando en si no sean absolutamente ilegales, pueden ser contrarios a lo que se ha llamado política del derecho (*policy of the law*), y ningún contrato que los admita es válido. Por ejemplo: todo contrato que tenga por objeto relaciones sexuales irregulares, la realización del matrimonio por remuneración, la futura separación de los casados, la vagancia o la mendicidad, defraudar al público, evadirse del cumplimiento de los deberes públicos, defraudar o aplazar el pago a los acreedores, o sofocar los procedimientos criminales aunque sólo sea por delitos menos graves (*misdemeanors*); serán también nulos, aunque algunos de estos hechos no sean propiamente delictivos, ni aún siquiera infracciones de las leyes civiles. Quizá el más interesante de todos estos casos es el llamado restricción del tráfico (*restraint of trade*). Se ha dicho que es política del derecho alentar a todo aquel que haga el mejor uso de sus facultades, especialmente aquellas que ayudan al progreso económico".

Hay, en suma, que hacer una calificación de la disposición legal, para concluir si es de orden público o nó. No tanto constatar la forma imperativa o prohibitiva en que esté presentada. Una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario. Lo que interesa es tener el concepto mismo de lo que es el orden público, y a base de ello examinar la disposición respectiva. No cabe proceder, por supuesto, con un método casuístico, de enumeración de los casos en que se estime resentido el orden público. Sólo quedaría entonces al legislador el precisar el criterio informante del orden público. Pero entonces se incurriría en aquel defecto a que aludimos al comentar el art. II, referente al abuso del derecho. El Codificador no debe definir lo que es orden público (ni buenas costumbres); da por conocida la noción, y le basta con imponer la regla de que el pacto carece de valor cuando sea contrario a aquél.

Parece evidente que el orden público es una noción que inspira al régimen legal en general y al propio tiempo en su resultado. Escribe Zaballa. "Generalmente los juristas refieren sus ideas sobre el orden público con respecto al articulado positivo, y en este se encuentran directa o indirectamente consignadas las partes que integran el contenido del orden público, por lo cual en cierta parte se puede construir un contenido del orden público positivo extrayéndolo de las disposiciones legales. Consideradas estas como la expresión, o la voluntad del legislador, o de las necesidades sociales en el momento de la sanción del texto, es jus-

ta la pretensión de hallar en las disposiciones el contenido del orden público. De ahí surge el método constructivo, anteriormente expuesto. A lo que sobre el mismo se ha dicho, debe agregarse que, si se admite la variabilidad del contenido del orden público, no podrá encontrarse la completa integración de él, en los textos positivos, y desde luego tampoco el que corresponde al orden público considerado en sí, con abstracción de las reglas de cualquier sistema positivo”.

Más adelante agrega el mismo Zaballa que para “la determinación de un contenido del orden público ha de tenerse presente que es inoperante hacerlo, al menos bajo esa denominación, prescindiendo del orden jurídico positivo, porque como se ha visto, el orden público existe en razón del sistema, de la técnica legislativa, y cuando se pretende hacer abstracción de ésta, aquel contenido viene a confundirse con el Derecho mismo entendiendo éste en su aspecto científico sin dependencia de un sistema positivo, y ya en ese aspecto las necesidades sociales que integran al contenido, son en realidad lo que constituyen el orden social, que debe ser hecho efectivo por el derecho positivo”. Concluye el autor citado: “De tal manera toda determinación de contenido del orden público, debe tener en cuenta la realidad de la legislación positiva, la técnica de ésta”.

Como el orden público, las buenas costumbres constituyen un criterio informante, que permite revisar los pactos, para calificar su moralidad o inmoralidad. Aquí se percibe las relaciones entre Derecho y Moral. Aquel sanciona lo ilícito. La dificultad reside en precisar lo que debe entenderse por buenas costumbres.

El criterio, es en parte, definitivo y, en parte, circunstancial. En relación al tiempo y al espacio varía la apreciación de algunos aspectos de las relaciones sociales, para connotarlas como inmorales o no. Así aparece en lo que ocurra en cuanto a relaciones sexuales. Pero, como dicen Planiol y Ripert, existe un cuerpo común de doctrina moral, tomado por las nociones modernas de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas y van atenuándose con el tiempo; en cuanto a las reglas generales, las naciones civilizadas concuerdan y, por excepción, disienten”. Oertmann manifiesta que la ordena-

do en el art. 30 de la E. G. "se debe a la idea suprema de que todo derecho se puede considerar como la realización del orden moral universal".

La calificación del pacto, para decidir si se conforma o no a las buenas costumbres, corresponde al juez. Pero su apreciación no puede ser la propia, subjetiva, personalísima; pues ello conduciría a soluciones arbitrarias. El juez tiene que hacer una compulsión serena de los sentimientos o ideas generales dominantes, para inspirarse en el criterio general del hombre de bien. No puede primar su opinión propia, que podría pecar por original, extravagante, ora excesivamente intemperante, rigurosa, ora excesivamente tolerante y liberal. La apreciación tiene que hacerse con carácter social, de acuerdo al *standard* general de la manera de comportarse de las gentes de buena conducta de una colectividad.

Según Enneccerus, el enjuiciamiento ha de hacerse de acuerdo a como se ofrece el negocio jurídico mismo, o sea, de acuerdo a su propio contenido y finalidad. Por lo tanto, no importa que el agente tenga o no conciencia de la infracción a las buenas costumbres; no interesa la intención agnóstica, pues el criterio ha de ser fundamentalmente objetivo.

Cornejo destaca que el criterio de estimación asume un carácter pragmático. Escribe al respecto: "bien sea con la razón universal, bien con la opinión dominante, o con el criterio de la normalidad, lo cierto es que la noción de las buenas costumbres, más que científica, susceptible de una definición cerrada, es una noción pragmática que la jurisprudencia percibe y aplica con acierto y que es insustituible, por lo mismo que su imprecisión permite adaptarla a la infinita variedad de los hechos en que se desenvuelve la vida jurídica".

El art. III no define lo que debe entenderse por buenas costumbres. Para nosotros esta actitud es muy plausible, de acuerdo a lo que decimos al hablar del abuso del derecho y del derecho público. Sería también aquí por lo demás inconveniente proceder con criterio de enumeración casuística. La ley en ciertos casos remarca la ilicitud del pacto. Pero en todo supuesto cabe considerar si el pacto se conforma o no a las buenas costumbres. La ley tiene una significación axiológica; pretende realizar valores

y, por lo tanto, no puede aceptar que la voluntad privada contravenga esa finalidad, propendiendo hacia un resultado peyorativo.

Hay varios artículos del Código patrio que han sido instituidos en conexión con el art. III. Así, el 1075, que indica que el acto jurídico debe tener un objeto ilícito; el art. 1104, segunda parte, que anula el acto jurídico sujeto a una condición ilícita; el art. 1123, inciso 2.º, que declara la nulidad del acto cuyo objeto fuese ilícito.

Tratándose de un pacto contrario al orden público o a las buenas costumbres, aquél es nulo con nulidad absoluta. Escribe Da Roa: "Puede decirse, sí, que la nulidad absoluta con que se sanciona un acto irregular es uno de los efectos del orden público, porque no es sino por motivos muy importantes, por él considerados, que la ley establece esta clase de nulidad".

En cuanto al orden público, la nulidad del pacto que lo viola aparece declarada expresamente no sólo del propio mandato del artículo III, sino de que éste se conjuga con la indicación contenida en el inciso 4.º del art. 1123, que dice que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara, y del art. III resulta tal nulidad. En cuanto al pacto atentatorio de las buenas costumbres, su nulidad se presenta de acuerdo a lo indicado en el inciso 2.º del art. 1123.

En cuanto a la conveniencia de incluir un precepto como el que es propio del numeral III, creemos que aquélla es transparente, si se reflexiona que con precepto del tal naturaleza se permite dar al juez un poder de apreciación sobre la conducta de las partes, para sancionarla si se choca contra lo que se reputa que es intangible, por ser de orden público (y buenas costumbres). Escribe Zaballa: "para justificar la necesidad del artículo 21, (del C. Argentino) debería demostrarse que solamente por medio de su presencia en el conjunto legal, pueden anularse determinados actos o convenios. Es sintomático que el mismo Baudry Lacantinerie que reprocha a Huc su teoría de ser inútil ese artículo, atribuyéndole un alcance legislativo inmenso, concluya en restringir su función, ya que la reduce a la discriminación de leyes solamente".

Art. IV.—“Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

Referencias: *Institutas*, lib. IV, tit. VI, p. 5; *Digesto*, lib. XLVII, tit. X, ley II, p. 2; *Código portugués*, arts. 12, 2535, 5236; *alemán*, 253; *suizo*, 28; *brasileño*, 75 y 76.

En general puede sostenerse a que todo derecho, apreciado en sentido subjetivo, acompaña una acción; de modo que ésta es un predicamento de aquél. El derecho en el anotado sentido es un interés protegido jurídicamente, conforme a la indicación de Ihering. El interés legítima, por lo mismo, el ejercicio de la respectiva acción tendiente a proteger un derecho. De ahí el conocido brocardo *pas de intérêt, pas de action*. En otros términos: “el interés es la medida de la acción”. En consecuencia, la acción es el derecho de perseguir judicialmente lo que nos pertenece o no es debido. Toda vez que esta sanción falte, el derecho no está premunido de acción; así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones naturales. Por el contrario, la acción no podría existir sin un derecho que lo garantizara”. (Dalloz)

La acción es la actividad, la efectuación del derecho, la posición del mismo (*Rechtsposition*). Por eso, todo derecho lleva en sí su posibilidad de plenitud de afirmación, en cuanto confiere a su titular una facultad en tal sentido (*Anspruch*). Capitant indica que todo derecho da nacimiento a una acción, que permite perseguir ante los tribunales toda violación contraria a él, de modo que la acción es la sanción del derecho, y adquiere vida desde que el derecho es contestado.

Se habla de la posibilidad existencial de derechos sin acción. Así, el derecho de propiedad, el derecho al nombre, el derecho consistente en un estado determinado de familia. El propietario, por ejemplo, goza de una situación jurídica en cuanto *dominus* de la cosa. No necesita acción para que el derecho se cree o sea reconocido; se trata de un derecho absoluto, en cuanto debe ser reconocido *erga omnes*. Sólo si sobreviene violación por tercero, es necesaria la acción para detener el desconocimiento del derecho. De

esta suerte el derecho en sí mismo tiene una dimensión ontológica distinta y superior a la acción. En cambio, parecería que otra cosa ocurriese con otra casta de derechos, como son los relativos, como son los derechos creditorios. Aquí el derecho como dato entitativo, parece que se confundiese con su ejercicio, es decir, con la acción. Pero en puridad, la confusión es sólo aparente. El derecho relativo existe o nace como una entidad jurídica a la cual se vincula la respectiva acción como una nota integrante de su constitución; de manera que nunca cabe confundir el objeto con una de sus notas predicativas. La acción es necesaria, para en cualquier momento, hacer efectivo el derecho, para hacerlo valer, para actualizarlo.

El derecho, pues, como situación jurídica, aparecería ontológicamente como un *prius* frente a la acción, que sería un *posterius*. En consecuencia, así como parece que no debe concebirse derecho sin acción (aunque no siempre es necesario que esta última se manifieste como hecho de realización actual, ya que siempre existe en potencia acompañando al derecho, en virtualidad constante, que puede en cualquier momento actualizarse), así con mayor razón parecería que debiese rechazarse la presencia de una acción sin derecho, pues la acción es, necesariamente, un dato derivado de un derecho, que es un dato condicionante o fundante. Los casos que se presentan como de posibles acciones que no responden a derechos subjetivos, no soportan un examen circunspecto. La acción para pedir la nulidad de matrimonio, o la relativa a pedir la disolución de sociedad de duración indeterminada, no surgen *ex novo*, sino únicamente en virtud de que hay una situación jurídica que corresponde al actor, la de cónyuge, la de socio, que le confiere el derecho de pedir la nulidad del matrimonio, la disolución de la sociedad.

No obstante, muchos procesalistas reputan que la acción es una entidad jurídica dotada de vida propia, de acuerdo a la doctrina de la autonomía de la acción. Así, se destaca la existencia de algún derecho al que no corresponde acción, como es el caso de obligaciones naturales, y de acciones sin derecho, como ocurre en las simplemente declarativas. La tesis tiene un sentido anfibológico. Sólo por excepción se halla derechos sin acción, y esto cuando se trata de derechos imperfectos, como son las obligaciones naturales. Y en cuanto a las acciones declarativas, sean positivas (que se declare que un título es auténtico) o negativas (que se establezca que una persona no es padre de quien pretende ser

su hijo), ellas tienden a determinar una situación jurídica, propenden, pues, a que se reconozca un derecho (en el caso, por ejemplo, de que una persona no sea padre de otro, se consigue establecer el derecho de rechazar cualquiera pretensión del supuesto hijo frente al padre, por la pretendida relación filial). De modo que, en último análisis, el derecho material exige la presencia de la acción y viceversa. Ciertamente se habla de la contingencia de acciones infundadas, que como tales no conducen a ninguna declaración o reconocimiento de derecho. Pero tales acciones no tienen de las mismas sino el nombre. No es lo mismo suponer tener una acción eficaz, que tenerla. El que demanda el pago de una obligación presunta, debe accionar indudablemente; pero si su acción es válida o nó, depende de que sea titular o nó del derecho respectivo; la acción queda como en "cuarentena", hasta que la decisión judicial acerca de ella resuelva sobre su carácter; al desconocerse el derecho, se desconoce la acción misma. Esta al interponerse se halla sujeta a una especie de condición resolutoria; si se declara infundada, pierde todo valor como efectuación jurídica. Porque la acción es sólo un medio que busca o aspira a un fin, constituido por el derecho subjetivo a que concierne la acción. Esta no puede aparecer, pues, nunca desarticulada de un derecho, que mienta o intente.

El derecho sí puede aparecer, circunstancialmente, sin mostrar la acción que deba acompañarlo. Así, es el caso de recordar que *invitus agere vel accusare nemo cogitur* del Código justinianeo, y así es el caso de cumplimiento voluntario del deber por el sujeto pasivo del *vinculum juris*. Mas, como decíamos antes, ésto no implica que la acción no se asocie al derecho como una de sus notas predicativas. Como la coacción, que es un elemento del derecho aunque no siempre sea necesario que ella se utilice, así la acción es una cualidad del derecho, aunque no primaria, sino secundaria. El derecho es un *prius* frente a la acción, que es un *posterius*. Por eso, el art. 75 del C. Brasileiro dice que a todo derecho corresponde una acción que lo asegura".

El interés es presupuesto apriorístico de la *facultas exigendi*, pues como consigna García Maynes "aplicando la tesis de Ihering sobre el derecho subjetivo al caso específico del derecho de acción, afirma Rocco que en éste último hay, como en toda facultad jurídica, dos elementos diversos: uno substancial y otro formal. El elemento substancial es precisamente el interés cuyas características acabamos de explicar; el final consiste en el poder atribuido

a la voluntad individual de reclamar la intervención del Estado para el reconocimiento y realización coactiva de los intereses primarios que el derecho objetivo protege”.

La limitación que establece el art. IV, que para interponer una acción o una excepción se requiere un interés legítimo, se explica porque las acciones en el derecho privado no tienen, en general, el carácter de acciones populares.

De esta suerte se comprende, que salvo excepciones expresas, sin mayor esfuerzo, sólo el titular del derecho, o a lo sumo otras personas determinadas dentro de un ámbito siempre reducido, pueden interponer una acción, por tener la pertinente “capacidad de obrar”. No siempre, pues, el acreedor o sujeto activo de la relación jurídica es el que exclusivamente puede accionar, sino también hay casos en que pueden hacerlo terceros, si tienen legítimo interés. Así ocurre por ejemplo, con la acción oblicua, o en el caso de una interpelación de exigibilidad de la obligación por el promitente en favor del tercero a instancia del estipulante.

El art. IV también habla de la autorización para contestar una acción. Naturalmente esto se refiere al sujeto pasivo en la relación jurídica. Pero la indicación es susceptible de acomodarse a diversas interpretaciones. Primeramente importa (es lo que primero fluye del precepto) la eliminación de la controversia judicial del tercero extraño a ella, para quien la misma es *res inter alios*. En segundo lugar implica que aquél contra quien se dirige una acción indebidamente, puede dejar de contestarla, porque carece de interés en la misma; oponiendo la excepción de demanda inoficiosa. En tercer término, entraña que el accionado, si tiene interés en la acción para negarla o aceptarla, pueda utilizar todos los medios pertinentes para ello. Así, el deudor demandado puede tener interés en cumplir con su obligación y, en consecuencia—en mérito de tal interés legítimo y de acuerdo al art. IV—pueda contestar a la demanda, allanándose a ella.

No creemos, como algunos, que en esta referencia a la autorización para contestar la acción, se quiera mencionar el caso de la reconvencción, pues esta es una acción, y el que interpone aquella está ejercitando su facultad para ejercitar su acción, que sólo eventualmente se asocia con el hecho de contestar a una acción interpuesta contra el reconvinente.

Concurrentemente al interés que debe asistir para poder interponer una acción o contestarla, también debe haber interés legítimo para interponer una excepción. Este interés puede corresponder, en primer lugar, al obligado. Pero también puede corresponder a un tercero, pero sólo si está premunido de un interés legítimo. Así, frente a una demanda tardía de un reivindicante de una cosa, el que ha adquirido el derecho de propiedad a la cosa, por usucapión, puede interponer la respectiva excepción. Y en el caso, verbi-gratia, de prescripción negativa, el deudor que ha adquirido un derecho, el de estar liberado frente a la exigencia de su acreedor, puede útilmente usar de tal derecho, interponiendo la excepción de prescripción liberatoria. Pero también un tercero, es decir, otra persona distinta del titular del derecho que se puede hacer valer por la excepción, puede interponer ésta última, si tiene un interés que lo justifique. Así, es el caso respecto a la prescripción, extintiva o liberatoria, que puede oponerla el fiador frente a la acción de una persona que demanda la reivindicación o el pago de otra persona que es el fiado.

El interés es, pues, lo que explica que se actúe con relación al derecho. Como dice Ferreyra Coello "si no hay interés legítimo, económico o moral, no hay razón para la interposición de la acción por faltar la *ratio agendi*". Carnelutti enseña que: "el ente apto para satisfacer la necesidad es un *bien*; "*honorum quod beat*", porque *hace el bien*. La condición de aptitud de los bienes para satisfacer una necesidad constituye su *utilidad*. La relación entre el ente que experimenta la necesidad y el apto para satisfacerla es el *interés*. El interés, por tanto, es la utilidad específica de un ente respecto de otro. El pan es siempre un bien y por eso tiene siempre utilidad; quien no tiene hambre ni prevé el tenerlo no tiene interés. Un ente es *interesante* en cuanto un hombre juzga que puede servirle; en el caso contrario, es diferente".

El interés que autoriza a interponer acción o a contestarla, la causa que la legítima, puede ser de índole económico o moral. Puede ocurrir que uno y otro concurren, o sólo el primero, o sólo el último. Por eso Demogue, constata que lo que debe entenderse por interés moral es muy poco preciso, pues casi todo interés, en efecto, es moral bajo ciertos aspectos, y casi siempre conduce a un interés pecuniario desde otros aspectos.

De todos modos, el interés moral merece ser protegido, dejándose al Juez estimar cuando él se presenta y cuando es legítimo. Manifiesta el mismo Demogue que desde el momento que el derecho protege todos los intereses importantes, él no puede rehusar el defender los intereses morales, que le significan tanto como los otros.

Decimos que el interés puede ser a la vez patrimonial o extra-patrimonial, o sólo lo primero, o sólo lo segundo. Así, se demanda la investigación de la paternidad, o la legitimación por declaración judicial, tenemos ejemplo de lo primero; si se demanda la reivindicación de un bien, el pago de alimentos, el cumplimiento de una obligación pecuniaria, lo tenemos de lo segundo; si se impugna la adopción por el adoptado, si se impugna la decisión de la asociación contraria al fin social, si se solicita autorización para agregar a los nombres de los padres el de un antepasado glorioso, si se exige por el estipulante del promitente el cumplimiento de la obligación para el tercero beneficiario, si se pide reparación por el daño moral, tenemos ejemplos de lo tercero. En algún caso el Código habla de que se pueda realizar determinado acto jurídico aunque no se tenga interés. Así ocurre respecto al art. 1235 primera parte. ("puede hacer el pago por cualquiera persona, tenga o no interés). Aquí, sin embargo, debe existir algún interés, pues de otro modo no se explicaría el hecho practicado por el *solvens*. Si no hay una circunstancia que haga comprender que directamente le interesa extinguir la obligación con su *solutio*, le moverá siempre un interés moral, en favor del deudor o del acreedor.

Solf, refiriéndose al interés moral, escribe: "el interés moral es un concepto flotante que impregna el derecho y por ello no puede ser fijado de antemano. La sentencia judicial es la llamada, al definir la controversia, a certificar el interés moral del demandante y del demandado, salvo los casos de decisión espontánea del agresor".

Carnelutti escribe: "se comprende especialmente los intereses que el jurista debe tener en cuenta, tanto los intereses *materiales* como, los llamados intereses *morales*, cuya distinción se determina en relación con la distinción entre espíritu y materia. En efecto, es exacto que las necesidades del hombre no se refieren sólo a su vida corporal, lo cual se confirman en el mismo amor *sexual* y amor *espiritual* (o platónico). El único límite que se po-

ne al jurista es el relativo al carácter humano del interés, el cual tiene que tener por sujeto un hombre. Este límite procede, como veremos, del elemento específico del derecho, que es el elemento psicológico. Por el momento hagamos notar que, como también existen necesidades de entes no humanos, la noción del interés no se refiere sólo a las necesidades del hombre”.

En cualquiera de los casos en que exista interés, él debe ser cierto, es decir, existir realmente. Por eso, se dice que debe ser actual, pues así se dirige a obtener algo futuro o condicional (ejemplo: medidas de salvaguardar tratándose de derechos *sub conditio-ne*), el objeto a obtener puede ser incierto y futuro, pero el interés mismo ha de ser cierto y actual. No hay acción, pues, en base a un interés simplemente hipotético. O sea, que aunque el interés puede referirse a una necesidad futura, aquél ha de existir concomitante con la acción que se entable en vista de esa necesidad.

En el supuesto de acción basada en el interés económico, la acción sólo corresponde al titular del derecho (y, en su caso, a los herederos). En caso de interés ideal, la acción es procedente cuando el mismo corresponde “directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

Tratándose del agente mismo, no hay dificultad alguna. Pero, además, en cuanto al interés ideal se considera que la *potestas agendi* alcanza a la familia del agente, es decir, del titular en primer término del derecho. No obstante, no todo interés moral automáticamente debe estimarse como reflejándose en la familia del titular. Ciertamente, la última parte del art. IV hace la advertencia “salvo disposición expresa de la ley”, y esa disposición puede ser en sentido restrictivo. Y hay casos en que la ley no contiene disposición alguna, y, por lo tanto, ninguna restricción, y caracterizándose el interés como moral, resultaría que los familiares del titular del derecho podrían ejercitar éste último. Así, en los supuestos del art. 58, sobre impugnación de una decisión de la asociación; del art. 1345, sobre exigibilidad en el cumplimiento de la promesa por el estipulante en la estipulación en favor de tercero; en la reclamación por el imponente del cargo para la ejecución del mismo cuando él redunde en beneficio de un tercero. Como la ley no indica expresamente que la acción co-

responde exclusivamente al titular del derecho, habría que juzgar que sus familiares también podrían ejercitar la misma. En otros casos, aparece más notoria tal posibilidad. Así, cuando se trata de bienes morales ofendidos o amenazados, como son los inherentes a la libertad, la honra, la vida, los lazos de familia (*libertas, decus, vita, familiae affectus*). Tratándose del daño moral, aparece con toda claridad que el derecho de accionar corresponde a la familia de la persona que directamente lo padece.

Pero la indicación "salvo disposición expresa de la ley", limita en ciertos casos y, en otros, amplía la regla de que por el interés moral pueda invocar la *potestas agendi* el agente y su familia.

Pero antes de tratar de la indicación anteriormente referida, precisa interpretar la expresión "familia" utilizada en el art. IV. ¿Hasta que categoría de parientes comprende?

Algunos conceptúan que se trata únicamente de personas vinculadas por obligaciones alimentarias. A esta opinión se afilia, por ejemplo, Noe Valdez en su monografía "La acción, el interés y el art. IV del Código Civil". Es la teoría sostenida por Parmentier con referencia al daño moral. Dorville se pronuncia por la relación sucesoria, de modo que los herederos del agente tendrían expedita la acción. Si nuestro Código hubiera acogido cualquiera de los dos criterios antes referidos, no habría empleado la expresión "familia", sino que habría hecho remisión a esas calidades de vinculación alimentaria o sucesoria, con mención de los respectivos artículos legales que indican entre quienes existe la obligación alimentaria y quienes tienen el carácter de herederos legales. La palabra familia se usa, pues, en otro sentido; se trata de personas vinculadas con lazos de parentesco que han tenido o tienen con el titular directo del derecho una relación de afecto efectivo y peculiar, de modo que es legítimo presumir una extensión endopática a ellos del interés ideal. De tal modo, que partiéndose como primera exigencia de la condición de pariente, debe hacerse una subsiguiente calificación, que es una *questio facti*, para concluir si la persona que tiene parentesco puede estar en realidad legítimamente interesada en cuanto al ejercicio del derecho. El ser pariente es, así, una mera presunción de introfección espiritual; presunción *hominis*, que requiere comprobación posterior. Parece evidente, por ejemplo, que entre personas que conviven en el mismo hogar, el interés moral es solidario. Hay,

así, una limitación en cuanto a la *facultas agendi*, que se halla constituida por la necesidad de un vínculo familiar, y que hace comprender que aquella tiene carácter *ut singuli*. Por eso, tratándose especialmente del caso de reparación del daño moral, escribe Givord que está prohibido a los particulares demandar reparación por ataques dirigidas al interés público, pues la jurisprudencia ha pensado la noción del perjuicio moral en otro sentido; y en el caso de ataques contra un grupo profesional, la jurisprudencia no admite que cada uno de sus miembros puede exigir reparación del daño moral.

Como indicamos anteriormente, cuando el art. IV habla de "salvo disposición expresa", ello puede entenderse en doble sentido, ya en un sentido limitativo o restrictivo, ya en uno extensivo. En el primer sentido, la indicación conduce a concretar el ejercicio de la acción a una persona determinada, es decir, al titular directo del derecho, excluyendo a cualquier pariente del mismo. En el segundo sentido, la indicación conduce a permitir el ejercicio de la acción a otras personas, además de los vinculados familiarmente con el titular del derecho.

En el art. 79 hallamos un caso en el primero de los sentidos, al ordenar dicho numeral, en su segundo acápite, que el derecho a reclamar reparación del daño moral, dentro de la circunstancia indicada en el primer acápite, es personal, o sea, que sólo corresponde al desposado víctima de dicho daño moral. Otro caso aparece del art. 136, en cuanto establece que si el cónyuge de una persona que contrajo segundo matrimonio fallece sin dejar descendientes, la persona que contrajo ese segundo matrimonio con el bigamo puede pedir nulidad del primer matrimonio, pero precisando que solamente ella puede pedir tal nulidad. Otro caso resulta del art. 375, en cuanto la acción para que se declare la paternidad o maternidad sólo corresponde al hijo. De acuerdo al art. 303, la acción para negar la paternidad legítima corresponde sólo al marido, respecto al hijo que ha parido su mujer.

En cuanto a la interpretación extensiva, tenemos los casos contemplados en el art. 134 (pueden demandar la nulidad del matrimonio "cuantos tengan en ella un interés legítimo"), en el art. 387 ("cualquier interesado" puede impugnar el nombramiento de tutor hecho con infracción del art. 495); en el 618 (se decretará la formación del cargo de familia a pedido "de cualquiera persona"); en el 417 (sobre nombramiento de curador espe-

cial, a pedido de "cualquiera otra persona"); en el art. 487 (sobre discernimiento del cargo de curador, a pedido de "cualquiera del pueblo"); en el 549 ("cualquiera" puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción); en el 592 (sobre nombramiento de curador, a pedido de "cualquiera persona"). El art. 592 faculta a "cualquiera persona" para solicitar la adopción de la providencia judicial allí indicada.

(Continuará).

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.
