



Estudios sobre el nuevo Código Civil

I

EL ABUSO DEL DERECHO

“LA LEY NO AMPARA EL ABUSO DEL DERECHO”. (ARTÍCULO II DEL TÍTULO PRELIMINAR)

Las fuentes.

EL artículo II del Título Preliminar del Código Civil reproduce la segunda parte del artículo II del Código Suizo. “Cada cual está obligado, dice el Código citado, a ejecutar sus derechos y sus obligaciones según las reglas de la buena fé.

El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley”.

En esta fórmula viene determinado el contenido del abuso del derecho. El que ejercita un derecho, o el que cumple una obligación, sin buena fé, maliciosamente, abusa de su derecho y no puede invocar la protección de la ley.

La buena fé, elemento normativo de la tipicidad del acto abusivo, no significa, según los comentaristas del Código Suizo, sino la aplicación de las ideas del orden público y de las buenas costumbres al ejercicio de la actividad individual: en toda relación jurídica derivada de un contrato, los interesados podrán contar con que serán satisfechas las exigencias de la probidad civil y comercial, los usos creados por ella y los principios en que se inspira; pero, a la par, hallará cada cual un obstáculo a cualquier solución arbitraria y sabrá especialmente que si sufre daño por su propia negligencia, no podrá evitar esta consecuencia invocando el artículo II.

Al ejercitar un derecho o al cumplir una obligación, en el dominio de los contratos, en el de los actos ilícitos o de las relaciones sustraídas al convenio de las partes, el Juez debe vigilar que la buena fé quede salvaguardada siempre. En ciertos contratos de larga duración, y sólo en ellos, en los cuales se establece que el precio sea el usual o en los que está sobreentendida esta remisión al uso, no es excesivo admitir, en virtud de la disposición general del artículo II que niega el amparo de la ley al abuso del derecho, que los interesados han incluido en sus pactos los efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*.

El abuso del derecho en el Código Suizo es una consecuencia del principio según el cual todos debemos respetar la buena fé en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de las obligaciones. El retiro de la protección legal al abuso del derecho crea una especie de recurso extraordinario que asegura el respeto de la justicia en provecho de aquellos que sufren perjuicio con el abuso evidente que de su derecho hiciere un tercero, siempre que los medios ordinarios no fueren suficientes para protegerlo. Hay que subrayar, dicen Rossell y Mentha, el carácter excepcional de este recurso. Se trata de una especie de *exceptio doli generali*, menos limitado por los elementos subjetivos, y, por tanto, más intenso y más eficaz que el del derecho común alemán, y que significa una última y suprema garantía de intereses legítimos que serían sacrificados con la aplicación abusiva de la letra del texto legal. Como los fenómenos de la vida son infinitamente más ricos que las normas destinadas a regirlos, como son no sólo muy complejos y muy delicados sino evidentemente imprevisibles, es necesario suplir las inevitables lagunas de la ley y, por lo mismo, prevenir las soluciones imperfectas y aun inicuas fundadas sobre ella, y para este fin se amplía el marco de la intervención del Juez. De otro modo existiría el peligro de caer en la arbitrariedad a pretexto de una justicia integral.

La ley suiza quiere, en particular, que la buena fé, es decir, la conciencia de cumplir legalmente los deberes hacia otro, sea protegida en los actos de la vida civil. Con esta finalidad retira, en primer término, la protección jurídica, vale decir, priva del elemento coactivo a toda pretensión, derivada de un derecho subjetivo, que comporte una violación de la buena fé.

Erige así la regla moral en límite del poder jurídico, incorpora al contrato la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la

cual ha de guardarse la buena fé, no sólo al constituir un negocio jurídico, sino, principalmente, al ejecutarlo.

Y, finalmente, amplía el marco de la intervención del Juez, dándole la misión de vigilar para que en toda relación jurídica quede la buena fé salvaguardada.

La calificación del ejercicio del derecho queda así sujeta a una norma ~~meta~~jurídica: la norma moral.

De este modo toda aplicación jurídica depende del juicio valorativo que formula el Juez acerca de la moralidad de la pretensión jurídica, acerca de la moralidad del ejercicio del derecho subjetivo. El derecho se ha reducido a un valor secundario, dependiente de su conformidad o disconformidad con el valor superior objeto de la norma moral.

Valorar es comparar algo subordinado con algo superior; algo único con una ley; algo individual con algo general; algo subjetivo con algo objetivo; algo concreto con algo abstracto. En la valoración de que depende la licitud o ilicitud del ejercicio jurídico, el acto del titular es lo único, lo individual, lo subjetivo y concreto, y la norma moral es la ley, lo general, lo objetivo y abstracto que sirve de término de comparación. El Juez como observador objetivo, y no el propio interesado, es el sujeto de la valoración.

El acto abusivo que no se califica según el derecho positivo, se determina por la ley normativa general. En principio decide la ley fundamental jurídica—(ley de seguridad del orden jurídico)—pero en estos casos, cuando se trata de limitar el ejercicio del derecho subjetivo conforme a su contenido, se complementa la ley jurídica desde un punto de vista superior, con referencia a leyes superiores y a valores superiores. La realización de la justicia se sobrepone a la seguridad jurídica, vista unilateralmente del lado del titular del derecho. La seguridad jurídica confronta el interés de cada uno, que es interés egoísta, con el interés general, desde el punto de vista del Estado. La norma moral como valor superior, confronta el interés del titular con la exigencia de la justicia social. Resuelve la colisión de derechos o el conflicto de intereses, no mediante la supeditación de uno a otro, sino mediante su coordinación en la justicia. El derecho estatuye exteriormente el orden jurídico según normas. La norma moral tiende a su ordenación interior, quiere no una armonía formal, sino sustancial de los intereses humanos.

Este es el sentido y alcance de la salvaguarda de la justicia encomendada al Juez, en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de la obligación; propósito este que se realiza con el retiro de la protección jurídica al ejercicio desleal, contrario a la buena fé, en suma, al abuso del derecho que se opera al rebasar el contenido del derecho subjetivo ejercitándolo irregularmente.

El abuso del derecho deviene un acto antijurídico, un acto ilícito, y de aquí la obligación de indemnizar el daño que ocasiona. A la valoración jurídica no le interesa sino el objeto real, o sea el que reconoce como inherente al acto según un juicio objetivo. El orden jurídico no hace objeto de su juicio el querer, la voluntad, el objeto del titular del derecho. El verdadero objeto de su juicio es la dirección del acto. La valoración jurídica no recae sobre las emociones síquicas, sino sobre los modos de la conducta humana, que tienden a resultados posteriores. De aquí que la buena fé en el ejercicio del derecho, no obstante de ser impuesta por una norma moral, no se determina por la intención de causar un daño a otro. Bajo el imperio del artículo II del Código suizo, no es el elemento subjetivo (la intención de abusar) sino el elemento objetivo del ejercicio del derecho, el punto decisivo. El demandante deberá probar que el abuso del derecho por su contrario le causa un perjuicio, porque es la existencia del daño una de las condiciones esenciales de la aplicación del artículo II.

El principio en su aspecto jurídico se concretiza en esta forma: la pretensión que no tiende a la protección de un interés legítimo, y cuya satisfacción lesionaría intereses protegidos de otro, no puede prevalecer.

El punto de vista del derecho alemán.

El punto de vista alemán en lo concerniente al abuso del ejercicio de los derechos, es más concreto y más técnico.

No es permitido, dice el artículo 226, ejercitar un derecho cuando su ejercicio solamente puede perjudicar a otro.

Este artículo, según Planck, no determina que el ejercicio de un derecho sea inadmisibles cuando consideraciones morales prohiban su ejercicio. La admisión de una excepción basada en la contradicción de un derecho y una norma moral, conduciría a una inseguridad jurídica insoportable.

Tampoco significa que el ejercicio de un derecho sea incompatible cuando se lleve a cabo con intención de causar daño

a otro. El ejercicio del derecho causa siempre daño a aquel contra quien se dirige el derecho, y el titular lo sabe. Esta circunstancia y la intención de causar daño al obligado viene dada siempre en el ejercicio del derecho, y no puede, por tanto, ser incompatible con el ejercicio.

La tipicidad del artículo 226 no sólo requiere que el ejercicio del derecho se lleve a cabo con el único objeto de dañar a otro. Lo decisivo es que no pueda tener otro objeto. No es lo explícito de la intención, sino lo unívoco, lo exclusivo del objeto, lo que constituye la tipicidad.

La ley no quiere que, si el ejercicio puede tender a diversos objetos, se lleve a cabo una investigación psicológica sobre cuál es el objeto que en realidad quiere el titular. El objeto del ejercicio debe resultar objetivamente de las circunstancias. Debe ser, como lo dicen los códigos suizo y del Brasil, *manifiesto*.

Es indudable que la importancia práctica del artículo 226 se destaca en el ejercicio de los derechos reales, que por su contenido general, están especialmente expuestos al abuso en el sentido de este artículo.

Escasa o nula aplicación puede tener, tratándose del abuso de otros derechos subjetivos cuyo contenido son facultades o autorizaciones. El abuso de estos derechos está regulado por el derecho positivo. El principio está agotado con la formulación legislativa. La ley al otorgar un derecho limita su ejercicio y sanciona las extralimitaciones. Así aparece en el derecho de familia (artículos 1353, 1354, 1357, 1379, 1447, 1456, 1308 del Código alemán).

En el derecho de obligaciones, el abuso del derecho tiene igualmente una normación específica, y sólo en casos excepcionales pueden aparecer lagunas, y ser necesaria una norma general que las supla.

Siempre que los elementos internos del acto jurídico comportan una negación de la conmutación de las prestaciones o determina la ruptura de la economía del contrato, existen sanciones específicas, y se hace innecesario el recurso extraordinario del abuso del derecho, para salvaguardar la buena fé. Los artículos 152, 242 y 62, etc., del Código alemán son ejemplos de estas aplicaciones legislativas del principio que nos ocupa.

El ámbito de aplicación del artículo 226, en su carácter de norma general, queda enteramente reducido y la amenaza a la seguridad jurídica se debilita enormemente.

La prohibición de causar daño a otro con el ejercicio de un derecho, como norma genérica, está limitada a los casos no específicamente resueltos por el derecho positivo, y en sus aplicaciones concretas tiene que atemperarse, en su contenido y en la sanción que derive, a las soluciones legislativas, según el principio de la analogía. En cambio, una declaración amplia, sin contenido preciso, como la del retiro del amparo legal al que no guarda la buena fé en el ejercicio de su derecho o en el cumplimiento de sus obligaciones, se presta a interpretaciones casuísticas y a aplicaciones excesivas.

✓ *La doctrina francesa.*

La doctrina francesa ha evolucionado tratando de fundamentar el abuso del derecho en la intención de dañar, en la falta de interés, o en el motivo legítimo y la finalidad.

La intención de dañar.—El ejercicio de un derecho es teóricamente lícito. Excepcionalmente puede dar lugar a la aplicación del artículo 1382 del Código de Napoleón, siempre que se trate de un abuso, y éste no puede resultar sino de “la mala fé y de la intención de dañar” (Porcherof, “De l’abus de droit”).

“Los derechos no se nos confieren, ni se nos asegura su ejercicio para que dañemos a otro. Toda intención malévola es necesariamente antisocial y contraria el espíritu de la institución y, por consecuencia, constituye un abuso” (Josserand).

“Estamos vedados de dañar a los demás, aún ejerciendo un derecho y estamos impedidos también de querer dañar, aun al amparo de una facultad legal”.

Pero, ¿basta la intención de dañar para negar un derecho y convertir su ejercicio en acto ilícito?.

“Los hombres—dice Planiol—pasan su vida dañándose unos a otros; la vida de las sociedades es una lucha perpétua y universal; toda acción, todo trabajo es un hecho de concurrencia económica y social; todo hombre, toda nación que adquiere superioridad en una rama cualquiera de su actividad, despoja a los concurrentes, los daña y tiene derecho de dañarlos. Es muy fácil decir que la intención de dañar es antisocial, pero se olvida que la vida es un vasto mercado donde cada uno trata de comprar más bajo o de vender más alto. Comerciar, prestar servicios personales o servir intelectualmente, significa chocar siempre

contra alguien. No es posible alcanzar cualquier objeto ni conservar la existencia sino al precio de la lucha”.

“No es, pues, posible vincular la responsabilidad a sólo la intención de dañar, si bien puede derivársele de ciertas modalidades que tal intención revista. Por ejemplo, el comerciante puede emplear lícitamente todos los medios de reclamo para prestigiar su mercadería y aun los procedimientos indirectos que su ingenio le sugiera para hacerla más apetecible que la que ofrecen sus rivales. El derecho interviene solamente cuando se emplean procedimientos desleales. La intención de dañar se advierte en ambos casos, pero la responsabilidad radica en la forma como esta intención se manifiesta. El fraude que autoriza la acción pauliana no radica en la intención de dañar, sino en la conciencia del perjuicio que pueda resultar para el acreedor de las manobras empleadas por su deudor”.

La falta de interés.—La insuficiencia de la doctrina que funda el abuso del derecho en la intención de dañar, obligó a tomar otra dirección. Si la intención de dañar puede encerrarse en los derechos sin alterar su legitimidad, es porque algún valioso interés del agente justifica el sacrificio impuesto a otro y coincide con él. Ante dos males la ley autoriza el menor. Pero sería intolerable que la intención de dañar fuese el móvil exclusivo o predominante del acto destructor. Despojado éste de toda utilidad no es sino una obra malévolas. Si un acto no tiene otro fin que dañar a otro, sin que este pueda excusarlo por algún interés de importancia que le reporte, deviene un abuso del derecho (Saleilles). Bajo esta apariencia negativa la modificación es importante, porque el interés pasa al primer plano. La intención de dañar no es decisiva sino porque revele la ausencia de un interés propio y legítimo. Pero es necesario que esta ausencia se establezca aun independientemente de toda voluntad maliciosa (Josserand). Y Saleilles, desde el mismo punto de vista, define el abuso del derecho “como un acto cuyo efecto no puede ser sino el dañar a otro, sin interés apreciable y legítimo para el que lo realiza, pues no puede jamás constituir un ejercicio lícito del derecho”.

De este modo la intención de dañar no es tomada en consideración sino como consecuencia de este hecho primordial: la ausencia de todo motivo serio, de interés apreciable. La intención de dañar no es ya, como aparece en la formulación alemana, la

piedra de toque de lo justo o injusto, queda convertida en una circunstancia accesoria.

Si la teoría del abuso del derecho se hubiere detenido en esta fase de su evolución, en esta fórmula imprecisa, habría paralizado la justicia. Nada es más peligroso, nada es más inútil que querer remitirse únicamente a la psicología individual como criterio para determinar el abuso del derecho: no hay persona alguna que en tal caso tenga la ingenuidad de confesar que no obra sino con el intento de dañar a otra. Siempre le sería fácil alegar cualquier interés personal (Saleilles). Si un Juez decide según las circunstancias puramente exteriores acerca de la falta de interés, no es aventurado asegurar que otro Juez, llamado a juzgar por los mismos signos objetivos, decidiría absolutamente en sentido contrario.

El motivo legítimo y la finalidad.—Esta investigación acerca del interés serio como criterio para apreciar el abuso del derecho no ha sido sino una fase intermedia entre el punto de vista inicial, “la intención de dañar” y el de “la finalidad de los derechos”, último término de la evolución. La transición hacia este último aspecto de la teoría se ha operado insensiblemente dando a la expresión “motivo legítimo” un sentido cada vez más restringido. Este calificativo enlazado al epíteto “serio”, del que parece sinónimo, se ha destacado poco a poco, adquiriendo un valor, una significación relevante. Todas las modalidades del abuso del derecho están referidas a él como la consecuencia de un principio. “Si la malevolencia, dice Josserand, se considera como constitutiva del abuso, es evidentemente porque ella no representa el móvil en vista del cual el legislador ha conferido el derecho, y por esto invenciblemente nos hemos visto conducidos a tratar de igual modo todo móvil distinto a éste”. No es, pues, solamente por una intención nociva que los particulares pueden revelarse contra el espíritu mismo de la institución: bajo el pretexto de ejercitar un derecho pueden ponerse fuera del mismo. Todos los derechos tienen un destino más o menos preciso. Y este motivo legítimo, esta finalidad social, es el criterio exacto, definitivo, la piedra angular de toda la teoría del abuso del derecho. La noción del abuso del derecho se deduce de los móviles que han determinado al titular de un derecho a ejercitarlo, móviles que, por hipótesis, son contrarios a la finalidad de este derecho, son ilegítimos. Porque existe un criterio general que permite apreciar la legitimidad del móvil, porque los derechos no tienen un

destino común y único, cada uno tiene su finalidad propia. Puedo yo usar de mi derecho en toda su extensión; pero no puedo hacerlo sino a condición de perseguir un fin conforme al destino social y económico de este derecho (Josserand). Desde que una institución sirve para obtener un resultado distinto del que el legislador le asignó, ha salido de los límites del derecho (Porcherot). El principio de vida, la razón de ser de todo derecho, es el objeto especial que es permitido alcanzar; es el instrumento de un interés determinado y la necesidad que satisface justifica por sí sola el sacrificio que impone; no puede, pues, ser legítimamente empleado sino con el fin que la ley le ha asignado”.

Surgen aquí inevitablemente varias interrogaciones:

¿En qué interés ha entendido la ley conferir tal o cual derecho?

¿Cuál es el objeto económico y social, cuál la finalidad de tal institución social?

Los derechos contienen en sí mismos una gran parte de su utilidad, ya que aseguran la estabilidad social y dan seguridades a sus miembros. Tienen en sí mismos su fin en un sentido que no debe exagerarse y menos descuidarse. Cada derecho, una vez creado, posee una vida independiente de los intereses con frecuencia oscuros y complejos, que les dieron nacimiento. Sirven, con frecuencia, a realidades distintas de estos intereses y se adaptan a nuevas necesidades. Los derechos forman parte de la vida de los hombres y se hacen indispensables a la organización social, y puede ocurrir entonces que sea vano todo esfuerzo para descubrir su base primitiva; se ha convertido, en el sentido etimológico de la palabra, en “supersticiones”, que se encuentran mezcladas tan íntimamente en la vida social, que no podría arrancarlas sin desgarrarla totalmente.

Los derechos no tienen un origen ni un destino únicos, y así se pondría en apuros a los jurisconsultos interrogándoles acerca del fundamento y objeto del derecho de disponer *post mortem*. Productos de estados económicos, de instituciones políticas, de tradiciones, de sentimientos, y de necesidades—el vocablo interés resume todos estos elementos—los derechos se diferencian poco a poco y se imponen a la conciencia social, de donde los recoge el legislador para precisarlos en un texto legal.

Charmont declara que es poco menos que imposible explicar racionalmente la mayor parte de nuestras instituciones sociales: matrimonio, propiedad, sucesión. ¿Quién podría afirmar

hoy cuál es la finalidad del derecho de propiedad tan ardorosamente discutido?

¿Cuál es el fundamento de la patria potestad?

¿Cómo justificar la incapacidad de la mujer casada?

La verdad es que los derechos responden, en principio, a necesidades múltiples y en veces inconfesables para alcanzar un objeto; y, recíprocamente, los derechos satisfacen aspiraciones muy diversas. Nada autoriza para consagrar una y declarar inoperante a otra de las varias utilidades que pueden reclamar un derecho. La ley rige los actos, y si ella queda satisfecha porque los actos se han llevado a cabo como ella lo quiere; pretendiendo penetrar sus designios se corre el riesgo de tocar con lo quimérico. El objeto de la ley es el orden. Trataría en vano de disciplinar las necesidades mal definidas y las intenciones fugaces; no puede asir sino los hechos, reglamentar sino las maneras de obrar. Para asegurar la paz en los conflictos de intereses, permite o prohíbe los actos que son los órganos habituales de aquellos. Como no puede ver con ~~esta~~ claridad, faltaría a su objeto si estatuyera *ex eo quod plerumque fit*; sólo a título de excepción precisa el interés que salvaguarda y garantiza nominativamente su protección.

Los teóricos del abuso del derecho no han podido precisar o explicar la fórmula enigmática del fin social, o definir para cada derecho el objeto fuera del cual es ilegítimo su ejercicio. Jossérand dice que existen prerrogativas que tienen por base el interés individual, por ejemplo, el derecho de contratar, de usar de las vías legales; aquí el abuso del derecho estaría constituido sólo por la intención malévola, el deseo de dañar a otro. De este modo queda anulado todo el esfuerzo hecho para precisar el sentido del abuso del derecho, y volvemos al punto de partida.

Es verdad que ciertos derechos no son sino los medios para alcanzar un objeto determinado; su uso sólo es lícito en vista de este fin. La teoría del abuso del derecho ha contribuido a poner en claro esta verdad; pero incurre en el error de deducir lo general de lo particular. Cuando el derecho está consagrado para un sólo empleo, está definido por la ley; o en otros casos, la evolución de las ideas y de las costumbres, han determinado que la jurisprudencia canalice el derecho en una dirección única. El poder paternal, por ejemplo, que era considerado como establecido en favor y en interés del que lo ejerce, ha venido a ser un simple poder de protección, un medio para que el padre cumpla sus de-

beres para con el hijo. Para esta categoría de derechos existen dos especies de límites: ellos comprenden, desde luego, cierto número de facultades que forman su contenido; pero pueden ser acordados con un fin previsto; y esto sólo se establece por conjetura y se trata de delimitarlos aún más en su extensión. Si el acto es realizado fuera de un límite cuantitativo o cualitativo, queda, en ambas hipótesis, fuera del derecho. No se podría llamar abuso del derecho a un acto que jamás fué elevado al rango del derecho. Si tal vez tiene la apariencia de un acto legítimo, su objeto, sin embargo, lo descalificaría desde un principio y quedaría únicamente una forma en la cual la culpa ha suplantado al derecho.

Ambito de la aplicación de la teoría según Ripert.—La cuestión del abuso del derecho se presenta raramente. La mayoría de las veces el que quiere dañar a otro obra en forma irregular, no ejercita normalmente sus derechos. Impulsado por su pasión se sale de los límites legales: entra en el campo de los actos ilícitos. La irregularidad del acto hace inútil la apreciación de los motivos.

No consideramos, dice Ripert, como abuso del derecho, en sentido estrictamente técnico, los actos en que el titular del derecho incurre en culpa y obliga su responsabilidad por el ejercicio normal de su derecho.

Tampoco cree Ripert que pueda llamarse abuso de derecho a los actos de violencia o de dolo cometidos con ocasión de una huelga; ni el hecho de proponer una demanda injustificada, ni la despedida que el patrón hiciere de los obreros sin observar los plazos señalados por la ley: ni tampoco el hecho de practicar el embargo por una deuda no exigible.

Para encontrar hipótesis reales de abuso del derecho, es necesario, en opinión de Ripert, que el acto realizado sea por sí mismo irreprochable, pues tratándose del ejercicio normal y habitual del derecho no habría nada que objetar, y sólo habría abuso en el caso de estar viciado por el espíritu malévolo que lo inspira. Este espíritu malévolo se descubre fácilmente por el resultado del acto. Si el titular del derecho perjudica a otro ^{alguna} sin ventaja para él, el ejercicio del derecho se hace doloso. La inutilidad del acto, si no proviene de un error de cálculo, atestigua que es malévolo sólo por el motivo que lo inspira. Así en el ejercicio del derecho de propiedad se presentan ejemplos muy claros de esta clase de delitos.

Tratándose del abuso del derecho en el ejercicio de las acciones judiciales, Ripert sólo considera reprobable que el demandante, teniendo la posibilidad de ejercitar su acción ante varios jueces, escogiera el que le presta menos comodidad, con el sólo objeto de causar más grave perjuicio al demandado, o cuando un acreedor hiciera un embargo ruinoso para su crédito, pudiendo tener plena satisfacción con un embargo más moderado. Cuando con la intención de dañar concurre un interés del agente, esto es, cuando el acto tiene una doble causa, Ripert cree dudosa la solución. Cuando se trata, dice, de la validez de un acto jurídico, admitimos que un solo motivo vicie el acto. Si se trata del ejercicio de un derecho, ¿no es forzoso admitir, al contrario, que un sólo motivo lícito basta a justificar este ejercicio?

“Podemos descubrir toda una categoría de derechos a los cuales no se puede aplicar la idea del abuso. Estos derechos son los que la ley autoriza a ejercitar arbitrariamente. Esta arbitrariedad es necesaria, porque el titular es el único Juez del deber que le incumbe. Cuando se hace reposar la teoría del abuso del derecho sobre un fundamento moral, todo esto se aclara perfectamente”. “Para apreciar el abuso es menester que el Juez pueda juzgar el valor de los sentimientos que hacen obrar a una persona, bien que existan motivos absolutamente personales, que se sustraen a toda apreciación. Estos derechos arbitrarios son raros, pero existen. Estos derechos pueden ser limitados objetivamente por la ley, pero la persona que obra dentro de los límites de su derecho no está obligada a dar cuenta de los sentimientos que la inspiran, porque en este terreno la apreciación del deber moral se sustrae al Juez”.

Parece igualmente exagerada la teoría del abuso del derecho aplicada al principio de no contratar. Toda persona es libre en principio de entrar o no en relaciones jurídicas con otras. Si se abstiene y lo hace por odio, falta a un deber de caridad y de asistencia; pero esta violación del deber moral no comporta una culpa jurídica y el Juez no puede ocuparse de ella. Si una persona está en el deber de contratar, por ejemplo, por haber hecho ofertas públicas, podrá ser compelida a cumplirlas, pero no hay necesidad de hablar de abuso. Se ha interrogado, en fin, si puede haber abuso en el ejercicio del derecho contractual. Para admitirlo en general, se ha presentado mal la cuestión, ya sea porque se supone una culpa cometida por el acreedor en el ejercicio

de su derecho contractual, ya porque se ha buscado la solución en la interpretación de las cláusulas del contrato.

El artículo 1134, inciso 3.º, del Código de Napoleón, diciendo que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fé, aporta apoyo a la teoría del abuso de los derechos contractuales, y ha podido admitirse la rescisión del contrato por violación del artículo 1184, cuando una de las partes ha faltado a la obligación general de obrar de buena fé.

Pero queda por establecer qué significa obrar de mala fé. Si la mala fé impulsa al acreedor a excederse de los derechos precisos que el contrato le reconoce, el acto es ilícito. Para que la cuestión del abuso aparezca nítida, es necesario que el contratante, manteniéndose en los límites precisos del contrato, agote sus prerrogativas únicamente para causar perjuicio a otro.

No se puede admitir que el derecho contractual sea por su naturaleza superior al derecho legal, y a este título no susceptible de abuso. Pero este derecho, nacido del contrato, viene siempre determinado con precisión en su contenido y límite, a la utilidad que las partes esperan obtener de su ejercicio. Para que exista abuso en este caso, sería, pues, necesario, que el ejercicio de este derecho no reporte utilidad alguna al que lo ejercita, por ejemplo en el caso de que uno de los dos contratantes agote un plazo que no le es útil, únicamente para causar perjuicio a su cocontratante, o que se sirva de una cláusula que suprime el derecho a daños y perjuicios en caso de retardo, para forzar a la otra parte a renunciar los beneficios del contrato.

Es sobre todo en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral de los contratos de duración indeterminada que se ha aplicado este aspecto de la teoría del abuso del derecho. Si la rescisión por la voluntad de uno solo ha sido anticipadamente aceptada por las dos partes, se trataría del ejercicio de un derecho contractual. Este ejercicio está bajo el dominio de la regla moral que impide romper el contrato con solo el propósito de perjudicar a otro.

El dominio de la teoría del abuso del derecho es, como se vé, muy restringido. Frecuentemente el acto nocivo voluntario, constituye un delito, y si es involuntario, un acto ilícito en general. Hay también muchos casos en que a los motivos legítimos del ejercicio de la actividad jurídica se mezclan sentimientos de odio o de venganza. Estos sentimientos generan actos, pero éstos no son del dominio del derecho. Hay, en fin, la hipótesis de que el titu-

lar del derecho, sabiendo exactamente que le es permitido dentro de la órbita jurídica, aplicándola correctamente, viola un deber moral. Irreprochable en apariencia, su acto se inspira en el deseo de dañar a otro; he aquí el acto que es necesario prevenir y reprimir.

Existen, por fin, casos en que la intención de dañar a otro no basta para calificar el acto como ilegítimo, porque dañando a otro se cree cumplir con su deber. La acción es legítima en tales casos.

Dentro de esta concepción, los motivos ilegítimos que preceden al ejercicio de un derecho viciarían el acto realizado del mismo modo como la causa ilícita anterior al contrato basta para anularlo. El acto sería objetivamente irreprochable, pero el Juez apreciaría si el autor persigue un objeto útil y razonable. El ejercicio del derecho no significaría una protección sino en la medida en que la actividad fuere juzgada razonable.

Esta concepción, dice Ripert, ofrece el muy grave peligro del control arbitrario del Juez sobre el ejercicio de los derechos. Supone de parte del Juez una delicada apreciación de los motivos legítimos de la acción. Corresponde a un grado superior de moralidad pública. Para que este grado superior pueda alcanzarse sin comprometer la seguridad de las acciones que deben concederse al derecho, sería necesario que la técnica jurídica determinase las reglas que permitiesen apreciar los fines perseguidos con el ejercicio de los derechos. Este análisis no puede hacerse sino reglamentando los fines de cada derecho determinado. Sería prudente decir a propósito de cada derecho en qué casos su ejercicio se convertiría en abuso. El Código Civil nos ofrece ejemplos de esta determinación a propósito de la rescisión unilateral del mandato o de la sociedad. No es difícil concebir una buena organización técnica de los derechos que permitiera una precisa clasificación del abuso. Cuando se alcanzare este resultado, habríamos llegado a un grado superior en la moralización de las acciones humanas por el derecho.

Apreciación general.—La teoría del abuso del derecho, según los autores franceses, abarca todas las formulaciones legislativas y representa un esfuerzo generoso para atenuar los perjuicios de que todo derecho puede ser instrumento.

Al querer restringir los derechos, reducir sus efectos y poner dique a sus designios ¿no desconoce su naturaleza?

La teoría del abuso del derecho, en su forma evolucionada, se resume así: No es permitido el ejercicio del derecho con el objeto antisocial.

¿Pero acaso todo derecho no es la facultad de ejecutar un acto reconocido como socialmente bueno?

No es derecho sino desde el momento en que la sociedad lo reconoce como compatible con las condiciones de su existencia. ¿Cómo buscar fuera de él mismo el criterio de la antisocialidad?

Solamente pueden ser calificadas como antisociales las formas de actuar contra las que la sociedad ha reaccionado efectivamente, poniéndoles la marca de su reprobación, declarándolas ilícitas. La aversión que inspira a los espíritus elevados el propósito de dañar, o el designio innoble, no podría prevalecer contra el hecho de que el derecho no ha excluido *a priori* tal propósito o designio.

El derecho condena ciertas formas de dañar y subordina a ciertos fines algunas facultades jurídicas. Nada autoriza a los juristas a ser más exigentes. El ejercicio riguroso de un derecho genera la injusticia sólo cuando el derecho no ha cumplido plenamente su misión; porque sólo cuando los límites reales del derecho no están suficientemente definidos, los hombres creen que obran dentro de su derecho estando ya en el plano de la plena injusticia.

La supresión del daño derivado del abuso del derecho no es sino un aspecto del problema de la supresión del mal. Todo espíritu recto se complacería de que la nocividad, la malevolencia, el egoísmo, fueran eliminados de las relaciones humanas—no sólo de las jurídicas—. Pero nuestros sentimientos no están siempre de acuerdo con la vida.

Conviene no confundir dos disciplinas, que si bien afines, son aún diferentes. El derecho es el orden; su objeto es procurar a los hombres el Medio Libre que les permita vivir y obrar con seguridad; cada una de sus obligaciones contiene la parte de sacrificios que nadie puede rehuir sin que el equilibrio social se comprometa. Si los derechos varían en cada instante de la evolución, queda inmutable el hecho de que cada uno expresa “un máximo” de exigencias para su titular y “un mínimo” de “generosidad” para los demás hombres.

Otra disciplina atiende no al orden social sino a la perfección moral y tiende a elevar a los hombres por encima de sus intereses y de sugerirles otros deberes, de contornos menos preci-

sos, de sanciones más íntimas y de recompensas más delicadas que las jurídicas.

Bien que si es menester distinguir lo moral de lo jurídico, no debe desconocerse sus relaciones estrechas y evidentes. Las aspiraciones morales son los elementos que el derecho coordina y armoniza; pero no las recoge por entero, sino en lo que tienen de inmediatamente realizable y de compatible con las demás aspiraciones colectivas. Es así como por el sacrificio y bajo la dirección de los espíritus selectos, la conciencia colectiva se ha hecho más sensible a las miserias humanas; y ha asumido con respecto a las clases humildes, nuevas obligaciones; pero el progreso no se realiza sino por lentas transformaciones de la voluntad colectiva y por las modificaciones metódicas de derechos precisos. Se cumplirá en tanto que las condiciones de la vida lo permitan y en tanto no contraríen la naturaleza, insinuándose en la sociedad y desde ahí en el derecho, sin comprometer el orden cuidadosamente guardado por éste. La equidad no puede realizarse sino con la creación de derechos claros, nó por afirmaciones prematuras cuyo único resultado cierto es echar un velo de suspicacia sobre las leyes existentes. Como el ideal irá siempre más lejos que la vida, como la abnegación excederá siempre a los sacrificios impuestos, admitir la teoría del abuso del derecho, sería condenar el derecho a la confusión eterna. En el equívoco, cada cual, de buena o mala fé, tomará los elementos favorables a su debilidad y muchos buenos jueces consumarán la ruina de la sociedad, interpretando los casos dudosos en provecho de una obstinada indulgencia. Esta teoría aparece como un error de método y una exaltación de pensamiento. Crea la figura negativa del abuso, confundiendo la culpa con el derecho bajo el cual se cobija. La seguridad y la lógica exigen sacar la culpa de su disfraz, ponerla a la luz para reconocerla y reprimirla con certeza. De otra parte, el abuso del derecho proviene de la prisa con que ciertos pensadores realizan la idea pura, con el desprecio de los hechos; introducen sus sueños en el mundo, sin cuidarse de las devastaciones que puedan causar. "Partamos—dice Maeterlink—de la gran verdad; no hay para los que poséen sino un solo deber, que consiste en despojarse de lo que tienen, poniéndose en el estado de la masa que nada tiene. La opinión extrema exige en esta hora, la repartición integral, la supresión de la propiedad, el trabajo obligatorio, etc. No sabemos aún cómo se realizarán estas exigencias; pero es de actualidad y ya cierto que muy simples cir-

cunstancias las harán aparecer en un día tan naturales como la supresión del derecho de primogenitura o de los privilegios de la nobleza. Continuemos, no obstante y a pesar de todo, obrando, amando y esperando, como si tuviéramos ue entendernos con una humanidad ideal. En toda sociedad el gran trabajo, el sólo difícil, es la destrucción del pasado. No debemos preocuparnos por lo que pondremos sobre las ruinas. La fuerza de las cosas y de la vida se encargará de contruir". Pero este entusiasmo de apostol, no es propio de los juristas.

El abuso del derecho en el Código ruso.—El artículo 1.º del Código Civil ruso dice: "Los derechos civiles no gozan de protección jurídica alguna, cuando se la realiza en contradicción con su fin económico y social".

Esta fórmula corresponde a una ordenación jurídica en que prevalece el fin económico y social, determinado por el Estado, como meta de toda actividad individual. Es la expresión de la voluntad del Estado de subordinar todo el orden jurídico a la realización del fin totalitario que persigue.

La tutela del Estado no se detiene en prestar su fuerza coercitiva a la actuación de los derechos subjetivos, coordinando los intereses individuales, en una coexistencia armónica. Vá más allá. Persigue el encauzamiento de toda la vida social hacia la consecución de un fin colectivo, que supedita y anula todo fin individual. La ley política fundamental, el bien del Estado, se impone en todas las esferas de la actividad. El Estado autoritario proclama este principio: "Todo para el Estado, todo en el Estado, nada contra el Estado". El fin económico que este Estado reconoce es la aseguración del bienestar material de todos sus miembros mediante la concentración en sus manos de todos los elementos de producción; el fin social que persigue es la integración del individuo dentro del Estado, lo que significa la absorción de la persona humana dentro de la personalidad colectiva. Todo el derecho, en el Estado autoritario, es derecho público.

La fórmula del Código suizo y esta del Código ruso son la expresión de dos concepciones dispares de la cultura. Aquella concibe el orden jurídico basado en la ética. Esta crea el orden social como obra del Estado; valor supremo de su cultura es el Poder, con su expresión suprema en el Estado.

La democracia quiere el perfeccionamiento humano. El autoritarismo no quiere sino subordinación, jerarquía, disciplina, con las que se robustece el Poder.

Las formulaciones jurídicas tienen que ser antitéticas; las unas tendiendo al imperio de la regla moral sobre las relaciones jurídicas; las otras apuntando a afianzar la antítesis de que espere ver surgir la paz social, después de exacerbar la lucha de clases. Las unas quieren el incremento del valor del Estado; las otras aspiran a acrecentar su Poder.

Todo derecho, claro está, tiene un fin.

En la valorización normativa del abuso del derecho, según el criterio del Código ruso, decide, como ley fundamental, el objeto económico y social del Estado. Los modos de conducta del individuo en el ámbito del Derecho Civil, están regulados para satisfacer las tendencias del Estado, robustecerlas y apoyarlas. Sin estas cualidades no tienen la protección jurídica.

Esta concepción es la antítesis de la concepción democrática, para la cual el orden jurídico determina el espacio libre dentro del que el individuo, bajo la seguridad del Estado, puede moverse para alcanzar, no sólo su bienestar, sino su perfeccionamiento.

El Código del Brasil.—El Código del Brasil se muestra ponderado en esta materia.

No formula ningún principio general acerca del abuso del derecho. Se inspira en las ideas de Planiol. Todo acto abusivo es un acto ilícito; y, según la teoría de la responsabilidad sin culpa, produce la obligación de indemnizar el daño, independientemente de la intención o propósito del agente. El criterio para calificar la ilicitud de un acto, es el del ejercicio regular de un derecho reconocido. ¿En qué consiste la regularidad del ejercicio de un derecho? La ley brasileña no lo dice expresamente. La teoría infiere que es irregular el ejercicio de un derecho si va encaminado exclusivamente a dañar a otro. El punto de vista del Código suizo se unifica con el del Código alemán, y limita, por lo mismo, el campo de aplicación del abuso del derecho a un ámbito razonable.

El Código Civil nacional.—Nuestro Código se limita a decir que la ley no ampara el abuso del derecho. Ha suprimido la primera parte del artículo 2.º, del Código suizo que contiene el elemento normativo de la tipicidad de esta figura jurídica.

Faltando el criterio legal para la determinación del concepto del abuso del derecho es de necesidad desenvolver el principio

del artículo II de nuestro Título Preliminar, tratando de determinar su contenido y el ámbito de su aplicación.

Contenido.—La exclusión que, siguiendo al Código del Brasil, hace el nuestro, de los actos ilícitos, de los que se practican en el ejercicio regular de un derecho (Inciso 1.º, art. 1137), permite establecer que en nuestro ordenamiento jurídico se entiende por acto ilícito el que significa un ejercicio irregular del derecho. Este irregular ejercicio puede referirse a ejercitar o contestar una acción sin tener interés legítimo, económico o moral (Art. IV, Tit. Prel.) o a ejercer el derecho con el propósito exclusivo de causar daño. Con el primer criterio se limita el ámbito del abuso del derecho al ejercicio de las acciones judiciales. Con el segundo se incorpora la culpa a los elementos constitutivos de esta especie de ilicitud. El primer resultado estaría conforme con el enunciado del artículo II, en cuanto el amparo de la ley no tiene otra manifestación práctica que la intervención del Poder Judicial, que traduce la fuerza coercitiva del derecho imponiendo su forzoso acatamiento. Pero resultaría en pugna con la motivación de la ley, según la que el artículo II tiene el sentido y amplitud que atribuyen los comentaristas del Código suizo a la disposición correlativa de su legislación civil.

El segundo resultado significaría que el legislador abandona el punto de vista de la responsabilidad meramente objetiva con que ha elaborado el concepto genérico de los actos ilícitos, con respecto a aquellos que comportan el ejercicio irregular de un derecho. La responsabilidad meramente objetiva para calificar la ilicitud de un ejercicio jurídico, si bien se conforma a la doctrina alemana, se desvía de la interpretación doctrinal del derecho suizo, que basa la condenación del abuso del derecho, prevalentemente sobre la aplicación de la regla moral a las relaciones jurídicas.

Nuestro ordenamiento jurídico aparece así sin sólida conexión interna entre las disposiciones afines que regulan el abuso del derecho y la responsabilidad por acto ilícito.

Es absolutamente imposible establecer, a base de un razonamiento lógico, cuál es el contenido del artículo II del Título Preliminar.

La aplicación del principio en los dispositivos del Código.—El contenido de la prohibición del abuso malicioso del derecho está determinado en las legislaciones que admiten el principio, de este modo:

a) El ejercicio de una autorización o de un derecho frente a otro derecho es inadmisibile, aunque se apoye formalmente en un derecho objetivo. Esto es lo que diferencia el abuso del derecho del acto ilícito, que emana de un acto practicado sin o contra el derecho. La prohibición establece en realidad un límite al poder jurídico mismo: el abuso malicioso sobrepasa siempre la autorización concedida al titular. En el acto ilícito se obra contra prohibición expresa y no por el simple mal empleo de una autorización legal. El artículo II del Título Preliminar del Código Civil excluye del amparo de la ley el abuso del derecho, pero no estatuye nada respecto a las consecuencias de esta falta de amparo. El inciso 1.º del artículo 1137 sanciona el ejercicio anormal del derecho con la responsabilidad de indemnizar el daño: hace del abuso un acto ilícito.

Pero ¿puede acaso sostenerse que todo abuso del derecho derive la obligación de indemnizar el daño?

Nuestro legislador considera ilícito el ejercicio irregular del derecho, pero no dá norma alguna que permita inducir la identidad en contenido y efectos entre abuso del derecho y el ejercicio irregular del mismo, identidad a base de la cual sería fundado considerar que todo abuso comporta la obligación de indemnizar el daño.

b) Para que el ejercicio de un derecho constituya abuso malicioso del mismo, debe tener, por único objeto, el causar daño a otro. Sólo entonces queda equiparado el abuso al acto ilícito.

Pero no basta el causar daño y la intención de causarlo. Así no puede reputarse abuso del derecho el comprar toda la existencia de un artículo para evitarse la competencia; ni el bajar el precio de una mercadería para desplazar a los competidores del mercado. La tipicidad del abuso requiere una confirmación objetiva, de que el agente no persigue un interés propio y de que obra únicamente con el fin de perjudicar a otro. Se trata de calificar el objeto jurídico del ejercicio del derecho y no de la justificación moral del mismo. El objeto principal no debe ser otro que el perjudicar al adversario, por esto no abusa del derecho el que lo ejercita en su provecho propio. La interpretación objetiva debe mostrar claramente el objeto malicioso del ejercicio, sin que el provecho de un tercero convalide el acto. El agente puede obedecer a un prójito puramente egoísta, si éste es uno de los que impulsan el tráfico, pues, como se ha dicho, no es el titular el

que debe justificarse moralmente, sino el que se queja del ejercicio quien ha de probar el perjuicio que padece.

c) El abuso tiene que dirigirse hacia afuera, contra otro. Cuando el autorizado se mueve dentro de sus propios asuntos no puede incurrir en abuso. Tampoco está obligado a procurar la protección de otro: el daño ajeno es el límite jurídico de nuestros actos.

Ámbito de aplicación del principio.—El abuso del derecho puede incidir en cualquiera esfera jurídica: derecho público o derecho privado, derecho común o derecho especial.

El legislador lo ha aplicado en las distintas clases de derechos que forman el contenido del Código Civil, incluso, naturalmente, en el derecho real.

En unos casos lo hace consistir en el ejercicio malicioso de una facultad. Tal aparece en los artículos 123, 170, 189, 241.

En otros toma la forma de la extralimitación de un derecho (Art. 861).

Las sanciones legislativas del abuso se imponen congruentemente con la naturaleza de aquél: si el abuso consiste en el indebido empleo de una facultad, la sanción la suprime o la limita (artículos 123, 170, 189, 241); si en la extralimitación de un derecho, se suprime el efecto de la extralimitación (artículo 1098); si en el abuso de un derecho conferido por el contrato, se declara la rescisión del vínculo (artículo 1529) y en caso de daño surge la obligación de indemnizarlo (artículo 1595).

Esto significa que el mismo legislador ha limitado los derechos subjetivos que confiere y ha establecido las sanciones correspondientes aplicando el principio del abuso del derecho, que considera como fundamental en el campo del derecho privado. ¿Puede sostenerse que el principio tan acertadamente aplicado por el legislador a los casos concretos que contempla, se ha agotado en la obra legislativa?

Si no se juzga así, habría que reconocer que el legislador mismo ha sido consciente de la imperfección de su obra y estima, por esto, necesario que las demás limitaciones a los poderes jurídicos que ha instituido, las imponga el Juez, cuando creyere conveniente. Puede igualmente entenderse que el legislador aplica el principio del abuso del derecho, sólo en la limitación de los derechos subjetivos y que deja al arbitrio judicial el aplicarlo a las relaciones jurídicas contractuales, en las que es imposible prever todos los casos en que fuere justo limitar las pretensiones de

las partes en cuanto se aparten de la buena fé, resultando así innecesario el precepto general del artículo II del Título Preliminar, como lo demuestra la jurisprudencia francesa que ha aplicado el principio del abuso del derecho a las relaciones contractuales al amparo del artículo 1332 del Código de Napoleón.

Hay que tener en cuenta que es en el campo contractual donde autores como Ripert consideran más restringida la aplicación del abuso del derecho y así la jurisprudencia francesa no ha podido afianzarlo sino tratándose de la rescisión de contratos a largo plazo y muy especialmente del mandato, de la sociedad y de la locación de servicios.

Resumen doctrinario.—La teoría del abuso del derecho no tiene, como se ha visto, una base sólida. El criterio de calificación fluctúa de la intención de dañar a la falta de interés o a la contradicción a la finalidad del o de los derechos, o a la irregularidad de su ejercicio. La naturaleza jurídica del abuso es igualmente incierta, entre una simple extralimitación de las facultades inherentes a un derecho subjetivo y la ilicitud calificada con la consiguiente responsabilidad objetiva.

Esta indeterminación del principio deja amplio campo a la arbitrariedad judicial en su aplicación. Al criterio experimental, seguro, de la ley, se superpone el criterio inseguro del juzgador. Su introducción como norma del derecho positivo, comporta un quebrantamiento de la ley fundamental jurídica que es la seguridad social. Apuntando hacia la realización de la justicia integral, que es la meta lejana que orienta la vida social, descuida la realización de la justicia concreta, que quiere la austera aplicación de la ley al caso particular.

El progreso jurídico no puede alcanzarse sin la seguridad del orden jurídico establecido por el Estado; ha de ser progresivo, mediante la depuración de la conciencia colectiva. El orden jurídico de un pueblo no es sino el reflejo de las tendencias individuales hacia la justicia.

La creación de un derecho por acto meramente intelectual, desconecta la ley de la realidad social. La técnica sólo perfecciona la estructura formal del derecho; su sustancia emana del sustrato sociológico.

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil, no debe verse sino como un alarde generoso por el perfeccionamiento de nuestras prácticas civiles.

El Código, mirado en su conjunto, alcanza concretamente

(1) Equidad

esta finalidad, mediante determinaciones precisas del contenido de los derechos subjetivos, susceptibles del ejercicio abusivo, mediante la asimilación del ejercicio irregular del derecho al acto ilícito, y, finalmente, por la incorporación de las reglas de la buena fé en la ejecución de los contratos.

La declaración abstracta, de contenido indefinible del artículo II del Título Preliminar, que no era necesaria, sólo puede servir para desquiciar la obra legislativa por el incontrastable abuso del arbitrio judicial.

Los modos de hacer valer el recurso que nace del abuso del derecho.—El derecho suizo considera que con el principio declarado en la segunda parte del artículo 2.º del Código Civil, se establece una especie de recurso general, concedido a todos los que sufren perjuicio con el abuso que otro cometa al ejercitar su derecho, e incluso una *exceptio doli generalis*.

Quiere decir que el perjudicado, económica o moralmente, por el abuso, puede demandar que se le haga cesar, o que se le indemnice el daño causado, según se trate del mal empleo o abuso de una facultad jurídica; o de un acto que comporta daño. Ejemplo: el caso en que la mujer pide la separación de bienes cuando el marido abusa de la administración de los bienes comunes; o cuando el comodante pide al comodatario la indemnización por menoscabo o ruina de la cosa locada debida al abuso de ella. Cuando el acreedor reclama una prestación en forma excesiva—vale decir, en forma que signifique una contradicción a las buenas costumbres, por ejemplo, cobrando un interés usurario, el deudor puede servirse del principio del abuso del derecho, como *exceptio doli generalis* y pedir se limite su obligación a lo que sea justo.

El retiro del amparo legal al abuso del derecho, no tiene otra forma de operar prácticamente, que la denegación de la acción judicial para alcanzar la realización o efectividad del abuso al ejercitar el derecho correlativo y, en su caso, reconocer un interés legítimo, económico o moral, al que por vía de acción o por excepción, pide que se haga cesar el abuso de que se cree víctima.

La decisión judicial coloca precisamente una pretensión bajo la acción coercitiva de la ley. Insumiendo el caso concreto en una tipicidad legal, la pone al amparo de ésta. Al contrario, insumiendo un acto concreto a una tipicidad antijurídica—como es el ejercicio anormal o abusivo de un derecho—la hace objeto de la sanción correspondiente; y como ésta consiste en la cesación

del abuso o en la indemnización del daño, el Juez, haciendo efectiva la sanción, debe, o denegar la demanda, que pide el amparo de la ley para el ejercicio abusivo del derecho, o acoger la excepción que tiende a paralizar o a castigar mediante la indemnización del acto ilícito.

Ningún interés legítimo, económico ni moral, puede, en efecto, invocar el que abusando de su derecho, lo ejercita con el único fin de causar daño a otro. Es indiferente que la intención sea exclusiva, que sea preponderante o que esté ausente. Basta que exista ausencia de necesidad en el sujeto activo y trascendencia dañosa en el sujeto pasivo, para que se paralice la protección jurídica. El interés del sujeto, si se justifica, opera a manera de las causas justificativas o el estado de necesidad del Derecho Penal. No hay colisión posible entre el interés del titular del derecho y el obligado, porque la relación jurídica supone la supeditación voluntaria de éste a aquél. Por esto el que actúa un interés legítimo, al amparo de una disposición legal, no abusa de su derecho, aunque el obligado quede perjudicado. Lo determinante y decisivo para que surja a la tipicidad del abuso, es que el sujeto activo, no tenga que actuar ningún interés suyo, que obre sólo por causar perjuicio a su adversario.

Conclusiones prácticas.—I) El principio del “abuso del derecho” es el criterio que dá la ley para apreciar la legitimidad o ilegitimidad del *ejercicio* de un derecho o del cumplimiento de las obligaciones; o en otras palabras, pone la *relación jurídica* al amparo de la regla moral que manda guardar la buena fé y el respeto a las buenas costumbres.

II) La falta de amparo legal al ejercicio abusivo del derecho significa que no puede prosperar en justicia ninguna pretensión que tenga por único objeto el causar daño al adversario. La ausencia de interés en el sujeto activo y la existencia del daño al sujeto pasivo constituyen los elementos de la tipicidad del abuso del derecho, independientemente de la intención de dañar, que puede ser exclusiva, preponderante o estar ausente. No es necesario que ambos elementos concurren, bastando la presencia de uno de ellos: la falta de interés se exige cuando se trata del abuso de una facultad o autorización; el daño si se trata del poder conferido al titular para exigir la prestación debida. En este caso, cualquier interés legítimo del titular, cubre el daño que pudiera sufrir el obligado.

III) La sanción consiste, o en la limitación o extinción de la

facultad o autorización de que se ha abusado, o en la indemnización del daño derivado del acto abusivo.

IV) La tipicidad del acto abusivo no está definida en ley. El concepto y contenido del abuso del derecho los dá la ciencia jurídica.

Abuso del derecho significa el ejercicio de la facultad o autorización legal, excediéndose de los fines sociales con que se le ha concedido, o el ejercicio de un derecho derivado de negocio jurídico, sin otro fin que el de causar daño a otro. Sólo en este caso se equipara el abuso del derecho al acto ilícito.

El contenido del abuso del derecho está constituido por el acto formalmente legítimo y por su finalidad contraria al principio supremo del orden jurídico que es la realización de la justicia en las relaciones entre los hombres.

V) El principio del abuso del derecho integra las normas del orden jurídico con las de las buenas costumbres y de la buena fé, que no deben faltar en la aplicación de las primeras.

Es por esto susceptible de invocarse en todo el ámbito de las relaciones jurídicas y ampara y sanciona tanto al acreedor como al deudor.

VI) No es una fuente supletoria para la aplicación de la ley que supedita el derecho a la equidad. Es una norma límite que reduce el ámbito de las normas que otorgan la facultad o la autorización de que se abusa, o el derecho con cuyo irregular ejercicio se daña a otro.

VII) Esta limitación no significa una exoneración o dispensa de las obligaciones derivadas del negocio jurídico en que el abuso incide, sino la determinación de su verdadero contenido. No altera la estructura de la relación jurídica, sino que la conforma a la realidad social con que el derecho la reconoce y regula.

VIII) La equiparación del principio a la *cláusula rebus sic stantibus*, es excesiva. El abuso del derecho puede equipararse al acto ilícito: la pretensión susceptible de reducirse por la cláusula rebus sic stantibus no entra en el dominio de lo ilícito. La aplicación de la cláusula autoriza la modificación de las condiciones del negocio jurídico por vía de la interpretación de la voluntad de las partes; la aplicación del principio sólo permite la sanción congruente a la naturaleza del acto abusivo.

Lima, 1937.

A. G. CORNEJO.