

TEMA: COMENTARIO SOBRE ART. II DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

*Juan Chávez Marmanillo**

ART. II. ABUSO DEL DERECHO.

«La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos del derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

I.- ORIGENES

Los antecedentes de esta figura lo encuentran los estudiosos en el derecho romano en las Institutas de GAYO y en el DIGESTO, cuando se menciona que se concedía la actio doli al que abusaba de su derecho.

Marcial Rubio dice que, los orígenes de la teoría del abuso del derecho se remontan a la Revolución francesa, y especialmente a la Declaración del Hombre y del ciudadano, puesto que en su:

Art. 2º.- dice: El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la Libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

En su Art. 4º.- La libertad consiste en el poder hacer todo aquello que no dañe a otro, por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

En el Art. 5º.- La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena.

«Los supuestos teóricos de la declaración francesa son: en primer lugar: la permanencia de la sociedad, segundo la existencia y protección de la libertad, tercero, las existencia de la ley como expresión de la voluntad general que puede establecer recortes y limitaciones al ejercicio de dicha libertad y, cuarto, la imposición obligatoria de dicha ley a los sujetos» Marcial Rubio.

«De esta manera, el abuso del derecho nació como una institución jurídica correspondiente al reconocimiento extensivo de la libertad, y que permite al juez calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad» Marcial Rubio.

«En los regímenes anteriores a la revolución francesa no existía el derecho individual a la libertad».

Lo dicho no significa que no haya existido el abuso del derecho con anterioridad a la revolución francesa, creo que hubo siempre, ejemplos claros son los abusos del pater familiae que podía hacer y abusar de las personas y bienes que estaban bajo su dominio o potestas en el derecho romano. Pero, se defendía al esclavo contra el absolutismo del amo. El abuso en el ejercicio del derecho del pater familia que disponía de su patrimonio en beneficio de terceros dejando de lado a sus parientes consanguíneos, incurriendo en la omisión del Officium pietatis. Este hecho

hizo nacer la querella inofficiosi testamenti, pero, a la muerte del causante.

II. EL ABUSO DEL DERECHO SEGÚN LAS TEORIAS DEL DERECHO:

1.- TEORIA OBJETIVA DEL DERECHO:

el abuso del derecho no es más que el uso anormal del derecho con la violación de los límites materiales, que tuvo su primera aplicación en los límites del derecho de propiedad. El derecho no es absoluto, está condicionado a los límites señalados en la norma.

2.- TEORÍA SUBJETIVA: el abuso del derecho es el ejercicio de un derecho lícitamente pero que produce afectación de intereses sociales o la sociabilización. V.G. Ruidos producido en su dominio.

Josserand, Clasifica al abuso como una falta «sui generis», consistente en la desviación infringida a un derecho en contra de su espíritu».

« Las noción del abuso del derecho es subjetiva; ella se deduce de los móviles que han determinado al titular de un derecho a ejercerlo, móviles que por hipótesis son contrarios a la finalidad de ese derecho, y por tanto, ilegítimos. El abuso de un derecho cualquiera constituye una falta susceptible de hacer responsable a su autor»

3.- TEORÍA FINALISTA: Los derechos nacen y se otorgan para cumplir un fin determinado, cuando no se cumple este fin, se le desnaturaliza, y por tanto se

incurre en abuso del derecho, aun cuando su ejercicio se realice dentro de la esfera de sus derechos. V.G. falsa chimenea, pared negra, pilares de madera y púas de hierro. Etc. «Aquel que desvíe el derecho del fin para el cual el legislador se le concedió comprometerá su responsabilidad». No basta probar que obró sin dolo, sino que obró con un fin legítimo, para defenderse. Bonneasse.

III. EL ABUSO Y SU ACEPTACION

El elemento ha de determinar es el de abuso. El que significa: mal uso que uno hace de una cosa suya o ajena que tiene en su poder o el uso que hace de una cosa empleándola en un fin u objeto diferente de aquel a que por su naturaleza esta destinada. Usar de una cosa, persona, facultad o potestad en forma excesiva, desproporcionada, injusta o indebida. En el mundo forense, significa mal uso o ejercicio exagerado de un poder, facultad o derecho. Pedro Flores Polo.

IV. EL DERECHO Y SUS ELEMENTOS

Cuando se habla del ejercicio del derecho es necesario hacer una salvedad sobre el sentido que se esta dando a la palabra derecho, por lo que es necesario señalar que el derecho tiene varios sentidos o elementos.

Por de pronto podemos señalar el doble sentido del derecho: Objetivo y Subjetivo:

HAURIUO decía: Hay en todo derecho, dos elementos: el elemento subjetivo y el elemento objetivo.

«Todas las veces que estos elementos chocan el sujeto de la voluntad con el texto de la ley formal, que la legalidad positiva le opone una barrera, se esta en el terreno de la falta de derecho»

1.- El Derecho con mayúscula se refiere al llamado derecho objetivo o material, en el que se regula los derechos. Los que están en las normas legales.

v.g.: El derecho a la libertad, a la vida, a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. etc. art. 2, inc. 1). de la constitución Política del Estado.

Inc. 2) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. De la constitución Política del Estado.

V.G. El derecho de propiedad. El que esta descrito y reconocido en el C.C. Art. 923. «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

2. El derecho con minúsculas, es el conjunto de facultades reconocidas a favor de los individuos por el derecho

objetivo, el que puede ser múltiple y que no siempre esta en la letra del derecho objetivo.

La norma o derecho objetivo lo que hace es atribuir el derecho a un individuo y le señala, le reconoce facultades, pero que, el ejercicio le corresponde al individuo y la manera como lo hace, es lo que cae dentro del concepto de derecho con minúscula por ello, Pedro León en la Enciclopedia Omeba señala que, «concebido cada derecho subjetivo como el conjunto de facultades, poderes y autorizaciones para obrar o abstenerse y para pretender el amparo estatal, conjunto fundado en el Derecho positivo y protegido por este, aflora la cuestión del mal uso o del ejercicio abusivo, en perjuicio de alguien, de tales facultades, poderes, autorización y pretensiones, es decir, del abuso en el ejercicio de los derechos».

JOSSERAND, por su parte dice: La acción humana es estudiada como fenómeno de volición; es el fin perseguido lo que constituye y denuncia el abuso».

V.G. Un individuo que manteniéndose dentro de los límites de su derecho, hace de él un uso vituperable, lo motiva irregularmente».

El ejercicio del derecho de propiedad por ejemplo, se puede manifestar o exteriorizar en diferentes formas. Sobre su terreno, se puede construir una casa para vivienda o un local co-

mercial. Puede ser de un piso o de varios pisos etc. Al usar la casa puede hacerla pacíficamente y silenciosamente, o con estridencia. El local comercial puede ser para prestar servicios útiles a la vecindad pero, también, se puede provocar molestias o perturbar o alterar la tranquilidad de los vecinos etc. Puede criar perros en la casa como mascotas, u otros animales. Puede hacer investigaciones, excavaciones etc., y con ellos puede beneficiarse pero, también podría afectar o amenazar derechos subjetivos de los vecinos. Estos actos de ejercicio del derecho de propiedad corresponden al actuar del sujeto del derecho, al actuar del titular del derecho en uso, disfrute de su derecho.

Por lo antes indicado, la institución que es materia de estudio no se refiere al Derecho objetivo sino al derecho subjetivo, (teoría SUBJETIVA DEL DERECHO), porque no se puede incurrir en abuso del Derecho objetivo. (teoría OBJETIVA DEL DERECHO)

V. PRESUPUESTOS DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

«Según Marcial Rubio, los presupuestos son:

- 1.- Exista una norma positiva que reconoce un Derecho a favor de un individuo.
- 2.- Que el individuo ejercite su derecho.
- 3.- Que el ejercicio de ese derecho no esté limitado ni prohibido por ninguna norma positiva.

- 4.- Sin embargo. Se entiende que dicho ejercicio contraría las normas generales de convivencia social. Que el uso abusivo del derecho por el individuo produzca daño a la colectividad.
- 5.- Que los tribunales restrinjan o prohíban esa particular manera de ejercitar el derecho».

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL ABUSO DEL DERECHO:

1.- Es el ejercicio del derecho un acto ilícito?

Que es lo lícito y que es lo ilícito:

Lícito: según el diccionario significa.- justo, permitido, según justicia y razón. Que es de la ley o calidad debida.

Ilícito: Según el diccionario significa.- lo no permitido legal o moralmente. Culpa, quebrantamiento de la ley.

PLANIOL. Comentando la fórmula del Código Alemán que legisla sobre el particular, dice: «que es de aplicación difícil e imposible por su marcada tendencia general. En efecto, para que el uso del derecho sea prohibido es necesario que el afectante no tenga otra finalidad que irrogar un daño a un tercero, pero el agente puede percibir en ello un interés personal y esto bastaría, según la fórmula alemana, para que el acto fuera ilícito»

Concluye Planiol, «todo acto abusivo por lo mismo que es ilícito no es el ejercicio de un derecho, y el abuso del

derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. Logomaquia.

2.- Es de naturaleza procesal o sustantiva?

El ejercicio de un derecho subjetivo por su titular es un acto absolutamente lícito desde su génesis hasta su finalidad, siempre que se cumpla dentro de su razón de ser, y que sirva de instrumento para obtener una satisfacción. Que dicho ejercicio no produzca daños a intereses de terceros, en cuyo caso estaremos ante el uso del derecho. Lo que esta reconocido en el Art. 2 inciso 24 inc. a), b) y Art. por lo que su naturaleza es sustantiva.

Si el uso del derecho tiene un efecto que rebasa el derecho y por tanto afecta intereses de terceros, estaríamos ante el supuesto del abuso del ejercicio del derecho por su titular. Esto según algunos esta también regulado en el derecho civil con el nombre de responsabilidad civil.

Si el ejercicio del derecho produce efecto nocivo se debe denunciar por la vía de la acción, y si es así, estaríamos ante una institución de derecho procesal.

Cas. N°. 1599-98.- La norma contenida en el Art. II del T.P del C.C. es de naturaleza procesal. No procede denunciar su inaplicación a través de las causales contenidas en el inc. 1 del Art. 386 del C.P.C.»

3.- Es el ejercicio abusivo del derecho un acto dañoso?

Un acto dañoso es aquel que genera responsabilidad civil o penal a favor del afectado por el daño. Sin embargo existen actos dañosos que están exonerados de responsabilidad civil Según Arts. 1971, porque están justificados.

Los actos dañosos están regulados en la Responsabilidad extracontractual. Arts. 1969 y siguientes. Por lo que no estarían considerados como ejercicio abusivo de los derechos del Art. II.

4.- Estamos ante la extralimitación del ejercicio de los derechos?

Extralimitar se entiende como sobrepasar los límites dentro de los cuales se enmarca un derecho. Debiendo actuar dentro del marco de mi derecho, doy un paso y rebaso el límite y entonces ya estoy fuera de mi derecho e ingreso a ejercer un derecho que no me corresponde. Esto ya no es un abuso del derecho sino un acto ilegal y que esto genera actos dañosos.

5.- Es un acto sin derecho?

«Cuando Se ejercita un derecho subjetivo lícito en su origen pero ilícito en su finalidad estaríamos ante un acto sin derecho, porque se le ha sacado de la finalidad legal que tiene el derecho».

«El derecho, dice cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, con-

forme al derecho y contrario al derecho. Lo que es verdad es que los derechos no son nunca absolutos; la mayor parte son limitados en su extensión y están, en cuanto a su ejercicio, sometidos a condiciones diversas».

«CUANDO SE SALE DE ESTOS LÍMITES, SE PROCEDE EN REALIDAD SIN DERECHO».

Puede, pues, haber abuso en la conducta de los hombres, pero esto sucede no cuando ejercen sus derechos, sino cuando los traspasan»

En todas las hipótesis en que se cree encontrar un uso abusivo del derecho hay en realidad, según Planiol, un acto realizado sin derecho; una extralimitación del derecho». Fernando Guzmán Ferrer. CC del 36 Tomo I pag. 13.

6.- Es la afectación de un interés social o interés individual, el ejercicio abusivo del derecho ?.

Al respecto, BARDESCO: citado por Pedro Flores Polo en su DICCIONARIO JURÍDICO FUNDAMENTAL, dice: «El derecho esta destinado a alcanzar el bien general, al mismo tiempo que la satisfacción de los intereses individuales, el abuso del derecho, que es el ejercicio antisocial de un derecho genera la responsabilidad. Los derechos no son fines en si mismos, sino medios de realizar un fin que le es exterior. En otros términos, los derechos no son absolutos en cuanto a su ejercicio sino limi-

tados por su propio fin. Abusar del derecho es servirse de él cual un egoísta y no socialmente».

SALEILLES: «El abuso del derecho es el ejercicio anormal o contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que sobrepasa el contenido del derecho».

7.- Es el ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe ?

La buena fe, definida por Couture como «aquella calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón». «Estado de espíritu consistente en creer o estar convencido que se obra conforme a ley» Flores Polo. sin embargo en el ejercicio abusivo de un derecho casi siempre hay concurrencia de la voluntad de una sola que es la del titular del derecho subjetivo que actuaría sin la buena fe. Por extensión será mas bien un actuar unilateral con mala fe.

ROSSEL: explicando el Art. 2 del Título Preliminar del Cód. Civil Suizo de 1907- «Todos están obligados a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe».

La ley no protege el manifiesto abuso del derecho».

«No se trata del elemento subjetivo (la intención de abusar), sino el elemento objetivo, del ejercicio del de-

recho contrario a las reglas de la buena fe, y sin que ello implique la persecución de un interés digno de protección legal, que es decisiva: El demandante debe, por lo demás, probar que el abuso del derecho de su contrario le causa perjuicio».

VII.- IMPORTANCIA DE LA TEORIA

CHARMONT, citado por Castiglioni- en su obra «El abuso del derecho» dice: «Hasta hace pocos años no se hablaba de la teoría del abuso del derecho, pero hoy en día tiende a ocupar un lugar importante, dadas las relaciones de derechos mas complejos de nuestro tiempo y los innumerables conflictos que ellos originan. Su estudio y aplicación se ha empezado con motivo de las huelgas, los sindicatos y la locación de servicios, la crítica periodística, etc.

Todas estas cuestiones hacen sentir la necesidad de adoptar principios mas amplios, mas generales, mas decisivos, dada su insuficiencia manifiesta: es producto de nuestra época y de nuestras necesidades, sentimientos y condiciones»

Sin embargo señala que no es nueva (abuso del derecho) dice que se halla en todas partes y en todas las legislaciones y que su origen es antiquísimo. Por ejemplo cuando se protegía al esclavo contra el absolutismo del amo». Cuando se defendía al niño frente a los derechos del padre» ¿no se reprimía acaso, el abuso de un derecho?».

JOSSERAND: «El abuso de los derechos constituye por el contrario, una teoría movable, una noción maravillosamente flexible; es un instrumento de progreso, un procedimiento de adaptación del derecho a las necesidades sociales».

«imprime a los derechos, a medida que las costumbres se transforman una orientación nueva; es tanto mas elástica, cuanto rígida la noción opuesta (falta de derecho); su horizonte es ilimitado a diferencia del de la teoría que se le pretende identificar, que esta exactamente limitado»

Para JOSSERAND, «la distancia que separa el abuso de derecho de la falta de derecho es exactamente igual a la que existe, en el derecho administrativo, entre la desviación y exceso de poder.

Aquí se ve a un individuo que manteniéndose enteramente dentro de los límites objetivos de su derecho, hace de el un uso vituperable, lo motiva irregularmente; Allí se ve a una persona que traspasando las fronteras objetivas señaladas a sus prerrogativas, realiza un acto que de ningún modo podría ser considerado como su ejercicio.

De un lado, una noción subjetiva y psicológica de primer orden; de otro, una noción puramente objetiva y material.

Esta noción (el abuso de derecho), se caracteriza no por los resulta-

dos del acto realizado, sino por el móvil que lo ha hecho realizar; no por la intensidad del perjuicio causado a otro, sino por el estado de ánimo del agente; la acción humana es estudiada como fenómeno de volición; es el fin perseguido lo que constituye y denuncia el abuso».

Los juristas: Josserand, Planiol y Saleilles, 3 estudiosos de la época, llegan a señalar, que el abuso se encuentra en el fin con que se ejerce el derecho». Teoría finalista del abuso del derecho.

La jurista Leonfanti Maria Antonia, dice «Derecho natural, una cierta concepción de equidad y de buena conducta, que nos prohíbe algunas maneras de obrar.... Es a esta especie de derecho natural que corresponde la teoría del abuso de los derechos: es uno de los medios por los cuales se realiza el ideal colectivo del comercio jurídico»

MARCIAL RUBIO CORREA:

El abuso del derecho es una institución válida que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas: que por lo tanto, ha sido correctamente recogido en los textos normativos, tanto del 1936 como del 1984, que es aplicable no solamente al derecho civil sin a todo el sistema jurídico; y, que su mayor riqueza sólo puede provenir del desarrollo jurisprudencial».

JUAN ESPINOZA ESPINOZA:

El abuso de derecho en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr

una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar».

VIII. DEFINICIONES DEL ABUSO DEL DERECHO

«El abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atacar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica» Marcial Rubio.

«El acto calificado como abuso del derecho es un acto en principio lícito es decir que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate».

«Sin embargo, ese acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho y, por tanto, configura una laguna del Derecho que debe ser resuelto por el juez a través de la integración». Debido a que se debe reconocer que la constitución reconoce implícitamente que el sistema jurídico esta compuesto por normas jurídicas positivas, por principios generales y por principios parti-

culares del Derecho. así lo dice en el Art. 139 inc. 8°. Marcial Rubio.

Para Planiol, Duguit y Baudy Lacantinerie: «El acto abusivo no es más que la extralimitación en el ejercicio del derecho, extralimitación que estaría en la actividad anormal del derecho, en la falta diligencias suficientes, en la desviación del fin social y económica del derecho, en la ausencia de interés legítimo, real y serio, y en los derechos ejercidos con malicia o mala fe», según opinión de Leonfanti.

Para SALEILLES: «El abuso del derecho es el ejercicio anormal o contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que sobrepasa el contenido del derecho».

Para BONNECASSE: «La noción de abuso de derecho es esencialmente psicológica y subjetiva; corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico y transformado en un medio de vejación para otro sin utilidad para su titular»

Requisitos:

1. Ejercicio del derecho
2. Ausencia de toda utilidad en el agente
3. Intención nociva (dolo) no admite la simple culpa)
4. Perjuicio de otro.

CHIRONE: «en el abuso propiamente dicho la falta no esta en la materialidad de la acción ejecutada, puesto

que el agente tiene derecho a obrar, sino que al ofender o lesionar el derecho ajeno, quebranta las reglas que rigen el uso normal del derecho». (Finalista)

IX.-DISCORDIA EN LA DOCTRINA.

Hay divergencia en la doctrina.

I.-LOS CONTRARIOS A LA TEORÍA: PLANIOL:

Quien dice: «el uso de mi derecho es un acto lícito, lo que sale de ese marco cae en el ámbito del acto ilícito por lo que, el abuso del derecho no constituye una categoría distinta del acto ilícito. Por lo que la expresión es una logomaquia.

ESMEIN: Tiene una crítica de fondo, considera al abuso del derecho como una confusión del derecho con la moral.

JOSSERAND, al respecto dice que «las fronteras entre la moral y el derecho siempre fueron inciertas y quiméricas y que no ha existido sino en la mente del jurista.» Por lo que el derecho esta impregnado de moral. Y según DEL VECCHIO: «el provecho social de la ética».

«La moral es la ciencia ordenadora de todos los actos humanos. Mientras que el contenido del derecho es únicamente la justicia y todo lo que a ella atañe, podríamos decir que es la moral social». -Maria Antonia Leonfanti. - Abuso del derecho. Pag. 52.

RIPERT: «Considera al abuso del derecho como una confirmación del valor de la norma moral en las obligaciones».

No lo considera como un simple problema de responsabilidad civil sino como una cuestión general de moralidad en el ejercicio de los derechos»

SAVATIER: en la misma orientación de Ripert, «Considera al abuso del derecho como un caso de conflicto entre el derecho positivo y un deber moral, implica para el la victoria del deber moral».

JUAN ESPINOZA ESPINOZA: En el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenazas del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva).

2.-AUTORES QUE ACEPTAN.

BONNECASSE. Que considera que, la noción del abuso del derecho es esencialmente psicológica y subjetiva: corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico y transformado en un medio de vejación para otro sin utilidad para su titular.

COLIN Y CAPITAN, que admiten como abusivos tanto los actos ejecutados con intención de dañar, cuanto aquellos en los cuales no hubo la diligencia suficiente. Por tanto admiten la falta.

BEAUDANT: Que reconoce no solo el dolo sino también la culpa como requisito para el abuso. Dice: el ejercicio de un derecho es culpable: 1º cuando la persona que lo ejerce obra únicamente con la intención de dañar. 2º cuando ha cometido una negligencia o una imprudencia que un hombre muy diligente en las mismas condiciones no habría cometido».

JOSSERAND.- Sostiene la realidad y legitimidad de la noción del abuso del derecho. Frente a las OBJECIONES SIGUIENTES:

El acto abusivo no es sino un acto cumplido sin derecho.

«El abuso del derecho no es sino un caso de responsabilidad, ya que este siempre implica el ejercicio de un derecho.

Josserand, afirma: el abuso del derecho se distingue del acto cumplido sin derecho, como del acto ejecutado en virtud de un derecho y no conforme al espíritu de la institución, es decir, del acto excesivo, ya que se realiza en virtud de un derecho, pero en contra del espíritu que lo informa; el abuso por tanto no puede confundirse».

«Todo derecho tiene una función de la que su titular no puede evadirse sino cometiendo un delito que se llama abuso del derecho».

Se sustenta en el criterio del abuso, que es funcional o finalista. Im-

plica la desviación del derecho en su función social.

Laurent.- Los derechos son conferidos para una misión, si ellos se ejercen con malicia se desvían de su fin». Josserand, Clasifica al abuso como una falta «sui generis», consistente en la desviación inflingida a un derecho en contra de su espíritu».

« Las noción del abuso del derecho es subjetiva; ella se deduce de los móviles que han determinado al titular de un derecho a ejercerlo, móviles que por hipótesis son contrarios a la finalidad de ese derecho, y por tanto, ilegítimos. El abuso de un derecho cualquiera constituye una falta susceptible de hacer responsable a su autor»

JUAN ESPINOZA ESPINOZA:

En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo»

X. CONCLUSIONES:

- 1.- El abuso del derecho es un principio jurídico y así debe mantenerse.
- 2.- Por lo anterior, no sólo es aplicable al derecho civil sino al sistema jurídico en general.
- 3.- No se le debe confundir con el acto ilícito, ni con acto ilegítimo, ni con el acto ineficaz. (falta de eficacia o actividad. Incapaz de lograr el efecto que se desea o se espera)

- 4.- Es el acto que tiene como origen un derecho objetivo o material y por tanto un acto lícito en su origen, ejecutado por el titular del derecho dentro de su ámbito legal pero desnaturalizándolo en su origen o en sus fines.
- 5.- Debe referirse a la afectación de derechos no protegidos.
- 6.- Como principio protege el interés social.
- 7.- Se refiere al ejercicio subjetivo o facultad que otorga el derecho objetivo.
- 7.- Protege la validez y vigencia de las instituciones y normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.
- 8.- Se ejercita en vía de acción por lo que es de naturaleza procesal.
- 9.- Los jueces son los llamados a evaluar el abuso denunciado, dispondrán los correctivos o aplicarán las sanciones en proporción a los perjuicios producidos.
- 10.- El ejercicio de todo derecho supone la posibilidad de incurrir en afectación del derecho ajeno social e individualmente relevante.

EN LONORMATIVO.

Derecho Romano: Instituta I. 53 de Gayo: Male enim nostro iure non debemus, que según Aguiar, es la fórmula más sintética del abuso del derecho.

Derecho español: en la Partida III: que las maldades de los omes non las deuen las Leyes, nin los Reyes sofrir,

nin dar passada: ante deuen siempre yr contra ellas.

Donde se dice que, aparecen las dos circunstancias que la doctrina puntualizó después como índice del abuso: ejercicio del derecho, sin utilidad o necesidad; y para dañar (dolo) intención maliciosa.

Edad Media:

Donde aparece según los estudiosos, la prohibición de realizar los llamados actos emulativos, entendiéndose por «emulación» la intención de perjudicar que alguno tuviere al ejecutar un acto realizado dentro de los límites marcados por la ley, notándose la influencia del Cristianismo.

Edad Moderna.

En la que se dice que aparece el derecho subjetivo absoluto, que se cristaliza en una legislación liberal individual en torno al Código de Napoleón.

Edad Contemporánea:

- Código Civil Prusiano. Año 1794.

En el derecho Prusiano, en los Arts. 34 al 39 se cita: «No se debe indemnizar por un daño causado por el ejercicio de un derecho a menos que entre las varias maneras de ejercerlo se haya elegido de propósito aquella que podría ser perjudicial».

- Código Alemán, de 1900. Art. 226: No esta permitido ejercer un derecho cuando su ejercicio no puede tener otro fin que el de perjudicar a otro»

Art. 826: Cualquiera que intencionalmente cause daño a otro de un modo que atente contra las buenas costumbres, esta obligado a la reparación del perjuicio.»

- Suiza, CC de 1907, Art. 2º: Cada uno esta obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley.
- Austria (año 1917), Art. 1295, apartado 2º: El que cause intencionalmente un daño de una manera que lesione las buenas costumbres es igualmente responsable. No lo es si el daño ha sido causado por el ejercicio de un derecho que no tenga manifiestamente el fin de perjudicar a otro.
- México: C.C. 1928, art. 1912: Cuando al ejercitar. Un derecho se causa un daño a otro hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar daño sin utilidad para el titular del derecho.
- China: C.C. año 1930, : El ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal a otro.
- Código Montenegrino, Art. 10000: Tu puedes tener un derecho; tu no puedes servirte de él con el único fin de causar molestia o perjuicio a otro.
- Código Civil Ruso: año 1923, Art. Los derechos civiles son protegidos por

la ley salvo en el caso en que se los ejerce en un sentido contrario a sus fines(destino) económico y social.

- Código Civil Brasileño, en su Art. 840: No es lícito ejercer el derecho de propiedad en forma de acarrear daño a otros sin utilidad propia.
- Código Civil Italiano, en su art. 48 ... si al hacer las obras se han agotado las corrientes hídricas que alimentaban las aguas de otros, aunque sin dolo, y sin utilidad del autor, este debe igualmente la reparación del daño.
- Código Civil Peruano: En el C.C. del 36: Art, 2º: La ley no ampara el abuso del derecho.
El de 1984, decía exactamente igual y que en 1993, se modifica con el nuevo texto que es materia del presente comentario.

Una mayoría de legislaciones reconocen la teoría del abuso de derecho como principio general, otras dentro de la regulación de las obligaciones, también están las que la regulan como actos ilícitos y otras como la nuestra en el título preliminar.

CASUÍSTICA.

Una persona «A» compra dos asientos de un bus para viajar con comodidad hacia su destino por ser un viaje largo. Estando en viaje el bus, en una de las paradas que hace sube una persona «B»(anciana, minusválida, o una

persona normal que, no tiene asiento para viajar sentado) ante ello, el pasajero dueño de los dos asientos no cede su segundo asiento y, permite que el pasajero sin asiento viaje de pie.. Pregunta: ¿estamos ante el ejercicio abusivo del derecho por parte del pasajero sentado con un asiento vacío?- La primera reacción nos mueve a sostener que al pasajero si bien le asiste el derecho a los dos asientos pero, debe compartir con el pasajero que carece de asiento. Como no lo hace incurre en abuso de dicho derecho.

Un análisis mas sosegado nos pone ante el incumplimiento de prestación de parte de la empresa transportista, la que al permitir a un nuevo pasajero sabiendo que no tiene asiento para ofre-

cerle, lo defrauda. Incurre en ejercicio abusivo del derecho en dicho hecho no el pasajero dueño de los dos asientos sino, la empresa a través del empleado que permite subir a un pasajero sabiendo que no le puede ofrecer un asiento tal como es su obligación y, por buscar el lucro, pone en el riesgo de viajar de pie y por tanto incómodo a dicho nuevo pasajero, de lo que no puede involucrarse al pasajero dueño de los dos pasajes que precisamente compró a la empresa sus dos asiento para no ser perturbado. Para llegar a dicho conclusión es necesario hacer un análisis de los hechos, lo que lo debe hacer el juez, que es el llamado a resolver si el ejercicio abusivo del derecho es del pasajero de dos asientos o la empresa.

BIBLIOGRAFÍA:

TITULO PRELIMINAR. Volumen III. Rubio Correa, Marcial.

EL ABUSO DEL DERECHO: Leonfanti Maria Antonia.

NULIDAD Y ANULABILIDAD: INVALIDEZ DEL ACTO JURIDICO: Rubio Correa Marcial.

INEFICACIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS. Zannoni Eduardo.

CODIGO CIVIL COMENTADO Tomo I. Por 100 mejores juristas, editado por Gaceta Jurídica.

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL PERUANO. Tomo I. Palacios Pimentel, H Gustavo.

CODIGO CIVIL. Tomo I. Guzmán Ferrer, Fernando.

* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.