

259



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
" A C A T L A N "

DEL ABUSO DEL DERECHO
EN EL DERECHO POSITIVO
MEXICANO.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSE LUIS ROMERO MARTINEZ

Asesor: Nuñez Castañeda Jose.

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCION

La teoría del Abuso del Derecho nace dentro del basto-campo del Derecho Civil y propone desde su nacimiento, la reincorporación de la justicia del orden jurídico, pues éste se encontraba perturbado por el ejercicio de los derechos subjetivos que lesionaban la vida social, desde el momento que de su actuación resultaba un daño para tercero, preciso obviamente de ser reparado.

Se ha considerado en forma general, que el mérito de haber iniciado el tema del abuso del derecho como tal, pertenece a la jurisprudencia francesa cuando a partir de 1890, comenzó a perfilarse a través de sus fallos, haciéndola extensiva, incluso al derecho público, lo que motivó a que la doctrina empezara a tratar de sistematizar la cuestión, con la intención de establecer una responsabilidad extracontractual en casos en que sólo se daba el ejercicio, aparentemente normal de un derecho.

Es así como empieza a tener origen lo que se denominó la

teoría del Abuso del Derecho, entre cuyos iniciadores se destacan LOUIS JOSSERAND y SALLEILLES, quienes casi contemporáneamente empezaron a elaborar la tesis del Abuso del Derecho.

Cabe destacar que el principio que trata de regular la teoría en cuestión, lo podemos encontrar en la antigua Roma, si bien es cierto no con la denominación Abuso del Derecho, pero sí bajo otras formas, que en esencia persiguen el mismo fin, que nadie abuse de sus derechos.

En virtud de que esta teoría surge para llenar nuevas necesidades en la sociedad, nacidas al amparo de prerrogativas legales que se instrumentalizan de manera abusiva, el presente trabajo tiene por objeto, hacer referencia a la doctrina clásica y teoría moderna del Abuso del Derecho en el derecho-comparado, y en relación a ellas, estudiar la figura y su incorporación al derecho positivo mexicano, para proponer: la posibilidad de una configuración diferente del Abuso del Derecho o la alternativa de su integración como concepto general-de derecho, en el Código Civil mexicano.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

Puntos a tratar. Como paso previo para tratar la teoría clásica del abuso del derecho y su desarrollo, haremos referencia al derecho romano, por considerar que dentro de éste se encuentran antecedentes de especial relevancia.

Paralelamente, se pone de manifiesto dentro del derecho romano como una misma idea o valor, como por ejemplo la de la justicia, que se expresa a través de diversos conceptos y que hasta nuestros días es pieza fundamental de nuestro sistema jurídico, y tal vez, no se han encontrado las palabras exactas para definirlo y que sean válidas para todas las épocas, sistemas u organizaciones, como en el caso del abuso del derecho, por ello, nuestra intención dentro del presente trabajo es la de buscar una definición, analizar o describir la connotación del término abuso del derecho; ya que las características connotativas de los términos pertenecientes a una estructura lingüística no puede nunca —por considerarse que

hay una vaguedad— estar totalmente establecidos por estar subordinados a las circunstancias consideradas para su determinación y, si éstas son alteradas, el terreno de significación de la expresión puede admitir extensiones o restricciones que modifique su denotación. Empero admitimos que la flexibilidad del campo significativo no es ilimitada, pues las características connotativas pueden ser transformadas solo hasta cierto punto, ya que a través de una definición se pretende reflejar un uso predominante, pero el tema que nos ocupa —lo consideramos más enriquecedor si se trata desde la perspectiva de los elementos incorporados que al respecto se han utilizado, como paso previo para su correlativa determinación normativa.

La textura de este capítulo empieza con el derecho romano a efecto de señalar algunos de los antecedentes con los que se pretende vincular al abuso del derecho, en el siguiente punto, se trata la teoría clásica del abuso del derecho —punto medular de nuestro trabajo— y termina este capítulo con un supuesto punto de vista contrario pero que es una convergencia de fondo.

I.1. EN EL DERECHO ROMANO.- Para algunos tratadistas,⁽¹⁾ los romanos no utilizaron en su terminología jurídica el con-

1) Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, Abuso del derecho, Ediciones JURIDICAS EUROPA-AMERICA, 1971, pág. 27.

cepto "abuso del derecho", debido a que no lo conocieron, pe ro otros⁽²⁾ afirman categóricamente que la idea del abuso del derecho sí fue conocida y aceptada por los jurisconsultos romanos. En este sentido haremos referencia a algunos antecedentes que consideramos se vinculan con nuestro tema.

No podemos dejar de mencionar las XII Tablas,⁽³⁾ que ha sido llamado el derecho estricto; pero se ha considerado que es el pretor⁽⁴⁾ quien introduce lo que podríamos considerar - como algunos de los principios de lo que más tarde se denominará la teoría del abuso del derecho, porque era quien ordenaba al juez decidiera en ciertos casos (que cosas hay que dar o hacer de buena fe) ó bien para que entre buenos se actué

- 2) Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil mexicano, Tomo V, Vol. II, ciudad de México: Porrúa, S.A., 4a. ed., 1981, pp. 784.
- 3) "Nombre que se le dió a ese cuerpo legal en el año de 450 a.c. y 306 - de la era romana, como Código primitivo, contiene preceptos de todas las ramas jurídicas, la formación de las XII Tablas se atribuye al deseo de darle expresión clara al derecho consuetudinario existente en Roma primitiva, y el primero de los propósitos es el de formular por escrito el derecho romano, atribución que se le hace al tribuno Teren tilio Arsa hacia el año 462 a.c.". Cfr. CABANELLAS G. y ALCALA ZAMORA, L., Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, C-D, Buenos-Aires: Editorial Heliasta, S.R.L., 1979, 12a. ed., pág. 764.
- 4) "La pretura se crea en 367 a.c. El pretor se encarga de la administración de la justicia civil. Esta magistratura originalmente individual, se hizo colegiada en 242 a.c., dividiéndose la competencia entre el pretor urbano y el peregrino. El pretor no actuaba como juez, puesto que no dictaba sentencia, sino como un magistrado quien imponía al juez una norma de derecho ya existente o una por aquel creada. A partir de 337 a. c. los plebeyos pudieron ser pretores". Cfr. BIALOSTOSKY, Sara, panorama del derecho romano, Ciudad Universitaria: Universidad nacional Autónoma de México, 1982, pág. 26.

bien y sin engaños tomando en cuenta la moralidad, los usos del comercio, las circunstancias particulares del caso.

Los primeros antecedentes de las limitaciones a los derechos los encontramos en la Instituta del jurisconsulto Gayo - del siglo II d. c. quien proclamaba "que no tenemos que usar mal de nuestro derecho y no parece obrar con dolo quién usa - de su derecho". (5)

Por su parte, JOSSERAND señala "el derecho pretorio, en su admirable y armonioso desenvolvimiento, constituye la más brillante ilustración y como la marcha triunfal de la teoría del abuso". (6)

En el derecho romano se sentó un principio que señalaba "a nadie perjudica, ni hace ningún daño quien usa de su derecho", y al aplicarse esta idea en su literalidad, resulta que si se ejercita un derecho y se causa un daño a otra persona, no se podrá hacer responsable a quien su derecho ejercitó; este principio se aplicaba generalmente al derecho de propiedad, ya que en sus inicios Roma daba preferencia a la propiedad sobre todo territorial, pero al paso del tiempo el mismo derecho romano reconoció que la máxima enunciada no era absoluta, y

5) Cita, MARGADANT, Guillermo F. Derecho romano, ciudad de México: Esfinge S.A., 5a. ed. 1974, pág.

6) Cita, JOSSERAND. El espíritu de los derechos y su relatividad, Puebla, Pue., México: Cajica Jr., pág. 9.

si bien en principio a nadie perjudicaba ni daño hacía quien usaba de su derecho, se tenía por límite y se debía entender que se sujetaba a los casos en donde el derecho se ejercitaba con prudencia y atención, pues sólo así no se era responsable del daño que se pudiera causar a otro.

Por su parte JUSTINIANO, prohíbe los actos realizados por alguien en la esfera de sus facultades jurídicas, pero sólo con el animus aemulandi⁽⁷⁾ (en la terminología de los romanistas medievales que utilizan la palabra aemulare, ya no en el sentido original de competir, sino en el de perjudicar).⁽⁸⁾

La doctrina de la aemulatio dió origen a la consagración de las normas de la aemulatio, a través de las cuales se limitaron los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos;

7) Cfr. por parte de GUTIERREZ-ALVIZ y ARMARIO, Diccionario de derecho romano, Madrid: Reus, S.A., 1982, señala lo siguiente:

ABUSO DE DERECHO.- "Teoría romanística de origen medieval, si bien - - quiere basarse en antecedentes romanos, sobre la prohibición de los - - llamados actos de emulación. Supone la no autorización para el propietario de llevar a cabo actos que sin reportarle una ventaja producen a otra persona un efectivo perjuicio en sus intereses. Del campo de la - - propiedad ha sido extendida a las demás esferas jurídicas". Vid. ACTOS AD AEMULATIONEM, págs. 3 y 4.

ACTOS AD AEMULATIONEM.- "Actos de emulación; actos de ejercicio del de derecho propio, especialmente del de propiedad, con intención de causar - - daño o perjuicio en sus intereses a otro, siempre que se logre sin beneficio para el que ejercita el derecho. En la doctrina romanística no derna se discute acerca de si esta construcción; teórica, debida a los glosadores, fue o no admitida por el derecho romano. (D. 50 10.3 D. - 50.17.55, D. 8.5.8, 5-7. D. 8.2.19). Vid. ABUSO DE DERECHO". págs. 41 y 42.

8) Cfr. Esta prohibición se deriva del análisis de lugares como D. 50. -- 10.3 ó de D. 6.1.38. Véase a este respecto, MARGADANT S., GUILLERMO F., Derecho romano, ciudad de México: Esfinge, S.A., 5a. ed. 1974, 530 p.

en la consagración de estas reglas se contempla la influencia de la ética cristiana, que condujo en el medioevo, a la máxima evangélica que estima ilícito negar lo que a otro es útil y no daña al que lo puede conceder: "quod mihi prodest, tibi autem non nocet, si denegatur fit injuria" (lo que a mi es útil, y a ti no perjudica, si es negado se vuelve injuria).⁽⁹⁾ Resaltando en el derecho canónico las reglas de restricción al uso y ejercicio de los derechos, fundamentalmente respecto de la propiedad.

Por último, cabe señalar que, respecto a la teoría del abuso del derecho, hay autores como APPLETON, quien escribió que la teoría del abuso es "tan poco moderna, que sobre ella se basa toda la evolución del derecho romano."⁽¹⁰⁾

1.2. La teoría clásica del abuso del derecho. Los filósofos del siglo XVIII como respuesta a los excesos y abusos de los anteriores regímenes se colocan al extremo del individualismo, surgiendo así un derecho que perseguía como objetivo esencial, liberar al hombre de todas las trabas políticas, jurídicas, económicas y sociales; en este sentido, se pronunció lo que se ha denominado el derecho revolucionario francés, y que condujo a la doctrina al absolutismo de los derechos -

9) Cita, RICCOBONO, "aemulatio", en Nuevo Digesto Italiano, T. I, págs.-209 y ss.

10) Citado por JOSSEMAND: Cfr. JOSSEMAND, L. El espíritu de los derechos y su relatividad, Puebla, Pue. México: Cajica Jr., 1946, pág. 9

subjetivos. Por su parte, y en este mismo sentido, la escuela del derecho natural "se vió obligada a permitirle al individuo ejercer sus derechos en una dirección cualquiera, asocial, y hasta antisocial". (11)

Por su parte y a este respecto DUGUIT señala: cada vez que el individuo ejerce un derecho, lo hace como lo más individual y egoísta, realizando no obstante una prerrogativa social y, por tanto, debe utilizarlo en una dirección social.(12)

A partir de 1890, la jurisprudencia francesa, comenzó a esbozar en sus resoluciones la teoría del abuso del derecho, a raíz de diversos casos concretos. (13) Se ha considerado que el mérito de haber iniciado el nacimiento del tema abuso del derecho como tal, pertenece a la jurisprudencia francesa.

En cuanto al criterio que predominó en el derecho positivo francés, el acto abusivo se caracteriza por ser un acto-antifuncional, el acto contrario al espíritu de un derecho de

11) Cita, JOSSERAND, ob. cit., pág. 11.

12) Cfr. JOSSERAND, ibidem., pág. 12.

13) Cfr., por ejemplo: al derecho de hacer huelga, o al de sindicarse, o a los procesos temerarios, o a los despidos en el contrato de arrendamiento de servicios, o a la concurrencia desleal, etc. Respecto de los cuales los tribunales fallaron que personas que habfa actuado aparentemente dentro de los límites de su derecho, debfan, empero, una indemnización en razón de la cual se les condenaba. Véase PEIRANO FACIO, Jorge, Responsabilidad extracontractual, Montevideo: Barreiro y Ramos, S.A., 1954, pág. 278 (hay 3a. ed., Bogotá: Temis, 1982).

terminado, lo que se llegó a considerar el criterio social. - Las constantes discrepancias entre la doctrina y la jurisprudencia, a lo largo de los años, dieron como resultado que la mayoría de los civilistas aceptaran la doctrina de la relatividad de los derechos, en oposición a la doctrina que sustentaba la tesis absolutista de los derechos, la cual chocaba con tra la esencia misma del derecho y con su misión social.

En este contexto, empieza a tener origen lo que se denominó la teoría del abuso del derecho, entre cuyos iniciadores se destacan JOSSERAND y SALEILLES, quienes casi contemporáneamente empezaron a elaborar la tesis del abuso del derecho.

El planteamiento de la doctrina clásica de la teoría del abuso del derecho se le atribuye de manera más directa a JOSSERAND, quien señala: "que así como existe un espíritu de las leyes, y con más generalidad un espíritu del Derecho, entendido objetivamente y en su conjunto, debe admitirse también la existencia de un espíritu de los derechos, inherentes a toda prerrogativa subjetiva, aisladamente considerada y que así como la ley no puede aplicarse contra su espíritu, como un río no podría modificar el curso natural de sus aguas, nuestros derechos no pueden realizarse en contravención o despreciando su misión social, a diestra y a siniestra; se concibe que el fin pueda justificar los medios, al menos, cuando éstos son legítimos por sí mismos; pero sería intolerable que medios aún intrínsecamente irreprochables, pudiesen justificar todo fin, hasta odioso e inconcebible.

Precisamente contra esa eventualidad se formó la teoría del abuso de los derechos, cuya ambición y razón de ser es asegurar el triunfo del "espíritu de los derechos" y, por consiguiente, hacer reinar la justicia, no solamente en los textos legales y en las fórmulas abstractas, sino —siendo esto -- ideal más substancial,— en su misma aplicación, y hasta en la realidad viviente. (14)

1.3. El punto de vista contrario. Entre los juristas que se opusieron a la teoría del abuso de los derechos, sobresale PLANTOL quien al tratar la culpa, hace referencia a lo que denomina "teoría moderna del uso abusivo de los derechos" y, respecto de la misma señala: "los jurisconsultos y los legisladores modernos tienden a considerar que el uso de un derecho puede constituir un abuso y, por consiguiente, una culpa". En ocasiones se refieren al uso abusivo de los derechos. Esta nueva doctrina se basa, absolutamente, en un lenguaje insuficientemente estudiado; su fórmula: "uso abusivo de los derechos" es una logomaquia, pues si uso de mi derecho, mis actos son lícitos; y cuando son ilícitos, se debe a que sobrepasé los límites de mi derecho, obrando sin él, o injuria, como decía la Ley Aquilia. Negar el uso abusivo de los derechos no es tratar de considerar como permitidos, los variadísimos actos judiciales que ha reprimido la jurisprudencia; únicamente que

14) Cfr. JOSSEERAND, José, ob. cit., págs. 14-15.

remos que se advierta que todo acto abusivo por el sólo hecho de ser ilícito, no constituye el ejercicio de un derecho, y - que el abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. No debemos engañarnos con las palabras: el derecho cesa donde comienza el abuso; no puede existir un uso abusivo de ningún derecho por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario a él.

Lo cierto es que los derechos casi nunca son absolutos: la mayoría son limitados en su extensión, y están sometidos, para su ejercicio, a diversas condiciones. Cuando se exceden sus límites o no se observan estas condiciones, se obra en realidad sin derecho. Puede, pues, haber abusos en la conducta de los hombres, pero no cuando ejercitan sus derechos, sino cuando los sobrepasan;⁽¹⁵⁾ el hombre abusa de las cosas, no -

15) Hay derechos cuyo fin no son ellos mismos, y que tampoco son medios - para alcanzar un fin determinado, su uso es ilícito únicamente en virtud de su fin, por ejemplo, el derecho de dirigir peticiones al Gobierno y a las Cámaras, el de formular protestas contra las operaciones electorales; si un ciudadano se sirve de ellos para extender por simple descuido o por mala fe, imputaciones falsas y calumniosas contra otra persona, se expone a una acción civil de indemnización, aún cuando no lleguen a reunirse los elementos del delito de difamación (Metz, 19 feb. 1867, D. 67. 2 . 45; Cas., 30 ene. 1882, D. 82.1.112). En derecho administrativo no es lo mismo, en este derecho se reprimen el exceso y el desvío de poder. "Un alcalde tiene facultades para reglamentar la circulación durante las estaciones, con un fin de policía y de seguridad públicas, pero al hacerlo crea un monopolio en provecho de un empresario de transporte; en este caso ha cometido un desvío de poder y su decisión puede ser anulada, es ilegal. Débese esto a que el poder reglamentario del alcalde no es absoluto, tiene un fin preciso, y fuera de éste el alcalde ya no tiene facultades de tal sino de un simple ciudadano. Desvío de poder y exceso de poder son, por tanto, formas de falta de poder". Cita de pie de página, cfr. PLANIOL, ob. cit. pág. 543.

de los derechos. En el fondo, unánimemente se admite lo anterior; pero cuando unos dicen: "hay uso abusivo de un derecho", los otros responden: "lo que existe es un acto realizado sin derecho". (16) Se defiende una idea justa, con una fórmula -- falsa". (17)

PLANIOL se apoya en la jurisprudencia francesa, la cual "admite que un acto puede llegar a ser ilícito en razón de la intención de su autor, cuando se ejercita el derecho únicamente con objeto de dañar a otra persona". (18) Este autor señala, que es allí el verdadero dominio del abuso de los derechos (la intención), pero que se debe advertir cuán restringido es; considera que cuando se demuestra el abuso, se suprime el ejercicio de un derecho individual, en razón de la inmoralidad del autor pero que, para llegar a tal decisión, se debe obrar con extrema reserva y cuando no deba haber ninguna duda sobre la intención del autor. Por lo tanto, lo que existe es un acto realizado sin derecho, por ser un acto abusivo, en razón de la intención que anima a su autor". (19)

En oposición a este criterio la doctrina ha señalado: --

16) La inútil exageración de las fórmulas empleadas frecuentemente, en las notas y en las tesis tendencias reformadoras, han sido justamente criticadas por Ripert (Notas, D. 1907, 1. 385). Nota de pie de página, PLANIOL, ob. cit. pág. 543.

17) Véase, PLANIOL, ob. cit., pág. 543.

18) Ibidem., págs. 546-547.

19) Ibidem., pág. 547.

"que los argumentos esgrimidos por PLANIOL serían exactos si los partidarios del abuso del derecho estuvieran en una posición diversa de aquélla que en verdad adoptan": es claro que un acto no puede, al mismo tiempo, ser lícito e ilícito...

"La expresión ilicitud se usa acá (refiriéndose a PLANIOL) en sentido equívoco: en un primer sentido formal, decimos que es lícito lo que está formalmente de acuerdo a un precepto legal; en tanto que con un segundo sentido, sustantivo, encaramos la ilicitud juzgándola a la luz de otro criterio, de carácter substancial. Por eso, puede haber simultáneamente abuso y derecho, porque una y otra expresión se refieren a dos conceptos distintos (substancial y formal) de ilicitud".⁽²⁰⁾

Para concluir, este inciso señalaremos lo siguiente: la opinión DE PLANIOL, respecto de lo que él denomina la teoría moderna del uso abusivo de los derechos está en oposición con lo sostenido entre otros por JOSSERAND. PLANIOL en su divergencia sostiene que los derechos en su mayoría son limitados en su extensión y, están sometidos para su ejercicio a diversas condiciones por lo tanto cuando se exceden sus límites o no se observan esas condiciones, se obra en realidad sin derecho. Y que, puede haber abusos en la conducta de los hombres, pero no cuando ejercitan sus derechos, sino cuando los sobrepasan.

20) PEIRANO FACIO, ob. cit., pág. 286.

Por lo tanto lo que se da no es el uso abusivo de un derecho sino lo que existe es un acto realizado sin derecho. - Por este motivo denominamos al epígrafe el punto de vista contrario pero, hemos señalado también que hay una convergencia de fondo, ello se debe a que JOSSERAND desarrolla su teoría del abuso del derecho en base al espíritu de los derechos y su relatividad y por su parte PLANIOL reconoce que los derechos casi nunca son absolutos y que la mayoría son limitados en su extensión y, están sometidos, para su ejercicio a diversas condiciones.

CAPITULO II

DEL ABUSO DEL DERECHO EN DERECHO COMPARADO

Contenido. La doctrina contemporánea ha señalado que el daño cometido en el ejercicio abusivo de un derecho debe ser reparado. (21) Sin embargo, las controversias surgen cuando se trata de saber en que casos se da el ejercicio abusivo del derecho. Respecto de este punto, se han desarrollado diversos criterios; entre los más sobresalientes, encontramos dos que son el subjetivo y el objetivo.

El subjetivo. - Se le ha denominado criterio tradicionalista, intencional o subjetivista. Este criterio se caracteriza por la intención de dañar; y ya aparece en los orígenes de la institución desde Roma y en el derecho francés, en los cuales se consideraba que había responsabilidad por abuso de derecho sólo cuando el que abusaba del derecho lo hacía con la intención de dañar.

21) PEIRANO FACIO, ob. Cit., pág. 287.

Lo anterior ha dado lugar para que algunos tratadistas, con un criterio distinto, pretendan aplicar la noción de delito y de culpa al abuso del derecho, por considerar que abusar de un derecho no es sino cometer una falta de tipo delictual; en este sentido, los elementos que integran la culpa delictual son los mismos que para el abuso del derecho. Sin embargo, cabe señalar que este criterio ha tenido poca aceptación.

El objetivo. - Se le conoce como el funcional, el objetivo o el económico y también como el del interés legítimo. Este segundo criterio se caracteriza por la utilización de los derechos, contrariamente a su destinación económica y social, es decir, se parte del concepto funcional del derecho subjetivo.

Respecto de este segundo criterio, el objetivo, hay quienes señalan que se debe distinguir entre los casos en que el derecho es ejercido abusivamente sín interés por parte del agente, y los casos en que el derecho es ejercido abusivamente con interés por parte de su titular. (22)

En el primer caso, los que sostienen esta tesis, asimilan el acto a una culpa delictual, fundada en el dolo o en la culpa grave. (23)

22) Ibidem., pág. 287.

23) Conceptos que la jurisprudencia francesa está de acuerdo en asimilar, Cfr. MAZEAUD, citado por PEIRANO, ob. cit., pág. 288.

Por lo que se refiere al segundo caso, cuando el derecho es ejercido abusivamente con interés por parte de su titular, se plantea la necesidad de buscar un criterio para saber cuando la responsabilidad queda comprometida. Para ello, la doctrina ha recurrido a tres criterios.

1) El sustentado por JOSSE RAND, quien señala que los derechos subjetivos se atribuyen a los individuos para ser ejercidos con un determinado fin social, por lo tanto quien falsea ese fin abusa de su derecho. Sin embargo, posteriormente el autor citado reconoció, en obra posterior el carácter abstracto y fugitivo del criterio del fin social e intentó sustituirlo por el criterio del motivo legítimo.

2) El criterio del motivo legítimo, sustentado por JOSSE RAND, en el cual si la persona que usa abusivamente de un derecho posee motivo legítimo para ello, su responsabilidad no resulta comprometida. Este criterio no tuvo mucha aceptación, por lo que surgió un tercer criterio.

3) El criterio sustentado por MAZEAUD, el cual se basa en la falta cuasidelictual; este criterio aplica al campo del abuso del derecho la noción general de culpa que conoce la teoría de la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, es evidente que en los criterios señalados, no hay una unificación total, pero son ilustrativas en cuanto a las etapas que ha pasado y el avance que ha tenido la teoría del abuso del derecho, lo cual se hace tangible en como -

es concebido por diversas legislaciones.

Por la forma en que ha sido regulado el abuso del derecho en diversos textos legales, se les pudo dividir a éstos en dos: las que le contemplan de manera directa, según consagran o no expresamente la teoría del abuso del derecho, y las que hacen referencia a esta teoría de manera indirecta, como veremos dentro de este capítulo, cabe aclarar que los textos que se consultaron para este trabajo, corresponden a las ediciones de los años que se indican en la respectiva nota de pie de página.

EN PAISES EUROPEOS, ASIATICOS Y ANGLOSAJONES

II.1. Derecho europeo continental. Europa es una de -- las partes del mundo de menores dimensiones y, a su vez, el -- más céntrico de los continentes. De Europa salió la exploración y descubrimiento de la tierra, su técnica y civilización han cambiado la faz del mundo, tanto para lo bueno como para lo malo. Formas políticossociales desarrolladas en Europa han trascendido a muchos pueblos no europeos; pese a los cambios--subsiguientes de dos guerras mundiales realizadas sobre todo-- en su suelo, que la han hecho perder su antigua preponderan--cia político militar a escala mundial, sigue siendo punto cru--cial de la economía, el comercio, la cultura, la investiga--ción, etc. Por ello nuestro interés en mencionar como es con--templado el abuso del derecho por algunos países de éste con--tinento y, a continuación señalamos:

II.1.1. Derecho alemán.- A través de la triple relación del proyecto alemán del Código Civil, el abuso del derecho se extiende a todos los derechos subjetivos y aparece colocado - en la parte general del Código Civil. La disposición que con--tiene el abuso del derecho, es el parágrafo 226, cuyo texto - expresa:

"El ejercicio de un derecho no es permitido si solo tie-

ne como objeto el causarle un daño a otro".(24)

Cabe señalar que en el derecho alemán, para que exista el abuso de derecho es necesario la existencia de un perjuicio y que el ejercicio del derecho que lo ocasiona no tuviese otra finalidad que causar el daño.

Pero no sólo en el párrafo 226 del Código Civil el legislador busca delimitar la figura jurídica del abuso de derecho, también lo hace en otros preceptos, como son los siguientes:

a) Los actos jurídicos que por sí mismos suponen atentado a las buenas costumbres, son declarados nulos por el párrafo 138-1o.

b) El párrafo 826 obliga a la reparación al que ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone un atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo.

c) En derecho de familia, se dice que la mujer no está obligada a acatar la decisión del marido si ésta resulta ser un abuso de derecho (párrafo 1354-2o.), y que cesa la obli-

24) Cita, GIORGIANI, Virgilio, L' abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Italia: Milano-Dott. A. Giuffrè-Editore/Pubblicazioni della Facolta di Giurisprudenza dell 'Universita de Genova, 1963, - - págs. 47 y 48.

gación de uno de los cónyuges a la vida común: a) cuando la exigencia del otro para establecerla implique abuso. Es abusiva la exigencia cuando esté en contradicción con el recto espíritu jurídico del matrimonio o, cuando suponga objetivamente, una conducta que no cabe exigir. La exigencia no es solamente abusiva porque la comunidad conyugal derive algún peligro para la otra parte, como acontece, por ejemplo, con el riesgo de la mujer encinta o recién parida.

Por el contrario, hay abuso cuando la exigencia parte de un hombre afectado de enfermedad sexual contagiosa; en este caso, será abusivo incluso el exigir tan solo la comunidad doméstica.

d) En materia de obligaciones, se proclama el principio de lealtad y confianza recíprocas, debiéndose interpretar los contratos según los usos admitidos en el comercio (parágrafo-157); el parágrafo 242 añade: "el deudor está obligado a efectuar la prestación con arreglo a las exigencias de lealtad y buena fe, de conformidad con la costumbre del tráfico".

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

El derecho moderno alemán hace hincapié en su función social, de modo que cualquier desviación de ésta y, por lo tanto, la utilización del derecho para fines contrarios a la comunidad, supone su transgresión. Es cierto que en la realidad el verdadero contenido del derecho queda oculto tras las normas jurídicas generales, lo que hace difícil reconocer su configuración concreta que sólo queda visible cuando se ejerce en el caso determinado. Luego el abuso del derecho conlleva su violación de manera que el transgresor es protegido por una apariencia de legalidad, debido a la divergencia entre el contenido aparente (o formal) y el verdadero (o material). (25)

II.1.2. Derecho español. Este derecho que ha seguido los lineamientos del Código Civil napoleónico, ha consagrado el abuso del derecho a través de su jurisprudencia y algunos artículos que hacen referencia a este. En opinión de RODRIGUEZ ARIAS, (26) la jurisprudencia española se ha ocupado abundantemente de esta materia del abuso del derecho y ha llegado ya a perfilarla con bastante precisión destacándose en ella los rasgos siguientes:

1o. Ha partido del principio romano tradicional de que quien usa de su derecho no causa daño a otro.

25) Cfr. RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., págs. 38-48.

26) Ibidem., págs. 78-82.

2o. La sentencia de 14 de febrero de 1944 viene a sentar un hito jurisprudencial en cuanto a la aceptación del abuso del derecho español, estableciendo los principios siguientes: a) Se trata del uso de un derecho en apariencia legal; b) Se produce un daño a un interés no protegido específicamente; c) Estamos en presencia de una inmoralidad o antisocialidad del daño; y d) Se incurre en la irresponsabilidad regulada por el artículo 1902 del Código Civil español, por actos u omisiones en el ejercicio abusivo de los derechos.

3o. La sentencia de 22 de septiembre de 1959 da un paso más en la configuración del abuso del derecho considerando que se trata más bien de un "principio general de Derecho" impuesto por la juricidad, y

4o. La sentencia de 4 de octubre de 1961, afirma que el abuso es una institución de equidad, para salvaguardar los intereses que no han alcanzado protección jurídica.

Por lo que se refiere a los textos legales, cabe señalar: la Ley de Represión de la Usura, de fecha 23 de julio de 1908, en su artículo 2o. concedía a los tribunales una amplia facultad de libre apreciación, destinada a corregir los casos de abuso; el Reglamento de la Ley Hipotecaria, de agosto de 1915, que en su artículo 188, indica un procedimiento para evitar los daños que pudieran inferirse al acreedor en uso de sus derechos; el Decreto de 29 de diciembre de 1931, sobre contratos de arrendamiento de fincas urbanas, establece en su artí-

culo 18 que los tribunales y autoridades desestimarán en todo caso las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho; por su parte el Código penal de 1944, revisado por Decreto de 24 de enero de 1963, - en su artículo 562 dice: "El que intencionalmente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social, o de cualquier otro modo la sustrajera al cumplimiento; de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional".

En materia de arrendamiento también cabe hacer referencia al artículo 76 del Código Civil español de 1944, que señala entre las causas de extinción de los contratos, la del abuso del derecho. Sobre este mismo tema, la Ley Hipotecaria de 18 de febrero de 1946, que recoge el procedimiento del Reglamento de 1915, referente al supuesto de que la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo su valor por dolo, culpa o voluntad del dueño; la Ley de Arrendamiento Urbano, que en su artículo 132, hace referencia al "denominado recurso de suplicación ante la Audiencia Territorial respectiva, que habrá de fundarse en infracción de Ley, de doctrina legal o, en su caso, en la errónea aplicación del abuso del derecho; y, sólo en este último supuesto, podrá denunciar el recurso la equivo cada valoración de la prueba, según las reglas legales para su estimación"; además el Decreto de 24 de diciembre de 1964, aprobando el texto de la Ley de Arrendamiento Urbanos dispone en su artículo 9o. "que los jueces y tribunales rechazarán --

las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho".

II.1.3. Derecho griego.- Por lo que a este se refiere, el abuso del derecho, está concebido en el artículo 281 del Código Civil griego, que al efecto expresa:

"El ejercicio de un derecho está prohibido si excede manifiestamente los límites prescritos sea por la buena fe o por las buenas costumbres, sea por el objeto social y económico de estos mismos derechos".⁽²⁷⁾

II.1.4. Derecho italiano.- La doctrina⁽²⁸⁾ ha señalado que el abuso del derecho no está previsto en el Código Civil como categoría jurídica, o sea como figura particular del ilícito.

Sin embargo, el Código Civil de 1865 recogió el principio del abuso en el artículo 436, que al referirse al ejercicio de las facultades del dominio, no por propia autoridad, sino con el único fin de causar molestias a otros, delimitando de esta manera el contenido del derecho de goce y disposición de la propia cosa que, según el mismo legislador, se aseguraba al propietario "Del modo más absoluto", salvo las limitaciones impuestas por la ley y los reglamentos.

27) GIORGIANNI, Virgilio, ob. cit., pág. 48, ver n. núm. 17

28) RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., págs. 57-58

Posteriormente, el Proyecto del Código Civil de 1942, acogió el artículo 74 del Proyecto franco-italiano del Código de obligaciones y contratos, que imponían el resarcimiento del daño causado a otros "excediendo, en el ejercicio del propio derecho, los límites impuestos por la buena fe o el fin envista del cual el derecho le ha sido reconocido".(29)

En la actualidad, el nuevo Código Civil no ha incorporado el abuso de derecho en sus preceptos, pero si en cambio se refiere a los actos de emulación, como es el caso del artículo 833, que señala: "el propietario no puede hacer actos los cuales no tengan otro objeto que aquél de dañar o causar molestias a otros".

En este artículo sobresale un principio de solidaridad - entre los particulares, pero sobre todo establece una regla conforme al interés de la colectividad en la utilización de los bienes.

Se argumenta que en derecho italiano el abuso del derecho no ha sido sancionado como principio específico, porque comprometería la certeza del derecho objetivo y haría incierto el ejercicio del derecho subjetivo.

Al amparo de la norma contenida en el artículo 833 y los demás en materias concretas repriman el ejercicio anormal del

29) Cfr. *Ibidem*,. pág. 52.

derecho, junto con la Jurisprudencia italiana, se ha considerado que en determinados casos, debe admitirse en el ordenamiento italiano la figura del abuso del derecho. A este respecto cabe señalar la sentencia de Casación de fecha 15 de noviembre de 1960 (No. 3040) la cual estimó que puede considerarse como abuso en determinadas circunstancias concretas, la falta de ejercicio, esto es, el no uso del derecho. Esta decisión es importante debido a que había sido norma usual admitir tan sólo la doctrina del abuso en los supuestos del ejercicio anormal del derecho, pero no se había aceptado la hipótesis del no ejercicio del derecho. (30)

Esta sentencia reconoce que el abuso del derecho no está previsto en el Código Civil como categoría jurídica, o sea, como figura particular del ilícito; sin embargo en ciertos supuestos la referencia a los fundamentales preceptos jurídicos de la buena fe (como regla de conducta) y la correspondencia del ejercicio del derecho a los fines éticos, hace que el uso anormal del derecho pueda conducir el comportamiento del particular, en el caso concreto, fuera de la esfera del derecho-subjetivo incurriendo el individuo en la ilicitud, o mejor dicho, en el abuso del derecho. Por lo que se refiere al no uso —como forma de abuso del derecho,— la Casación afirma que puede constituir uso anormal del derecho la ausencia e nc

30) Cfr. *Ibidem.*, pág. 54.

gligente uso de la facultad de actuar en defensa del derecho para remover una situación dañosa. (31)

II.1.5. Derecho polaco.- Antes de la Segunda Guerra Mundial y bajo influencia de las orientaciones sustantivas o antiformalistas del B.G.B. alemán y del S. Suizo de las obligaciones, el Código de obligaciones de la República de Polonia de 1934, consagraba el abuso del derecho en su artículo 137, que disponía: "Quien intencionalmente o por negligencia, ha causado un daño a otro en el ejercicio de su derecho, está obligado a repararlo, si ha excedido los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido". Y actualmente el proyecto del Código Civil polaco, establece en su artículo 18 "quien goza de un derecho contrariamente a los principios fundamentales del orden jurídico, comete un abuso de derecho y no goza de la protección de la ley". Igualmente establece: "El abuso de derecho cometido conscientemente o con negligencia, que causa daño a otro, obliga a la reparación". (32)

II.1.6. Derecho portugués.- El Código Civil de Portugal de 1966, dispone en su artículo 334: "Es ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costum-

31) Cfr., *Ibidem.*, pág. 54.

32) RODRIGUEZ-ARIAS. ob. cit., págs. 57-58.

bres o por el fin social o económico de ese derecho": por su parte el 269 establece: "Lo dispuesto en el artículo anterior (representación sin poderes) es aplicable al caso de que el representante haya abusado de sus poderes, si la otra parte conocía o debía conocer el abuso".

La doctrina ha considerado que del artículo 334 se puede derivar que el ejercicio ilegítimo de un derecho, no tan sólo cuando se prueba la mala fe, sino que también en los casos de que el titular actuando de buena fe exceda de manera manifiesta los límites de las buenas costumbres (actos inmorales) o el fin social o económico de su derecho.

II.1.7. Derecho ruso.- Respecto del abuso del derecho, el Código Civil soviético contiene una disposición fundamental que limita en términos generales el ejercicio del derecho y hacemos referencia al artículo 10. del Código Civil de la U.R.S.S. (33) que señala lo siguiente: "Los derechos civiles tutelados por la ley, salvo los casos en que los mismos se ejerciten en oposición con su destino económico social".

Esto es, que se deja al juez un amplio poder de interpre

33) Cfr., U.R.S.S. Significa Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Está integrada por las quince repúblicas siguientes: Rusia, Bielorrusia Ucrania, Estonia, Letonia, Lituania, Moldavia, Armenia, Georgia, Azerbeyán, Uzbekistán, Turkmenistán, Tadikistán y Kasakistán y Kirgizistán. Las siete primeras se encuentran en Europa y las ocho restantes pertenecen a Asia. Cfr. SANCHEZ MOLINA, A. y otros, Síntesis de geografía física y humana, ciudad de México: Trillas, 1969, pág. 117.

tación para adaptar la norma transcrita a los casos particulares que pueda ofrecer la vida social. Además, parece como si el legislador soviético considerase insuficientes, por lo que se refiere a la capacidad del sujeto de derecho, el simple hecho del nacimiento, exigiendo también un ejercicio de los derechos encaminados a obtener el máximo desarrollo de las fuerzas productivas.

Los autores que han interpretado el artículo 10. del Código Civil ruso, han visto en él una consagración de la teoría del abuso del derecho, por cuanto que no basta la posesión del derecho en sí, sino que, por el contrario, es menester que la finalidad de su ejercicio vaya encaminada a un mejor servicio de los ideales de la comunidad, a cuyo destino económico-social se halla siempre supeditado. Se ha dicho también que el artículo 40. del Código Civil ruso ofrece, pues, una aclaración acerca de la naturaleza del fin "económico-social", de que nos habla el artículo 10., al establecer lo siguiente:

"La U.R.S.S. garantiza la capacidad jurídica (la capacidad de tener obligaciones y derechos individuales) a todos los ciudadanos que no sean vinculados en sus derechos a sentencias de los tribunales, en vista del desarrollo de las fuerzas productivas del país". (34)

34) Ibidem., págs. 56 y 57.

11.1.8. Derecho Suizo.- El legislador suizo consideró oportuno regular el abuso de derecho entre los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.⁽³⁵⁾

La expresión abuso del derecho es registrada en el artículo 2o. del título preliminar, del Código Civil suizo, el cual dice: "cada uno está obligado a actuar según la buena fe, así en el ejercicio de los derechos propios como en el cumplimiento de las obligaciones. El manifiesto abuso del propio derecho no está protegido por la ley.

Este principio que se extiende a los derechos reales y a las obligaciones, ha sido comprendido en el sentido de la contrariedad con el objeto del derecho y, además, como violación de la confianza justificada".⁽³⁶⁾

Se deduce pues que, para esta legislación, el principio de la buena fe constituye el punto de partida para la investigación del contenido de un derecho, de manera que el motivo legítimo que le inspire, será la consecuencia concreta de esta cláusula general.

De esta forma, se deja al juez un margen estimable de posibilidades de apreciación, quien habrá de tener en cuenta las normas de equidad "por su sentido de la justicia, consideran-

35) Cfr. Ibidem., pág. 48.

36) Cita. GIORGIANI, Virgilio, ob. cit., págs. 47 y 48.

do las pruebas aportadas en la causa, y su experiencia de la vida" (Rossel y Mentha). Así la ley puede adaptarse mejor a las transformaciones económicas y sociales. De donde que, se haya expresado, "cuando el Código habla de equidad, de buena fe, de buenas costumbres, de orden público, etc. la significación de estas expresiones variará forzosamente con la evolución de las ideas y de las costumbres. El empleo de ciertos conceptos flexibles, capaces de encerrar en la unidad de su propia significación un contenido empíricamente variable, es así de tal naturaleza que facilita al derecho una cierta posibilidad de continua renovación" (Stati).

Por lo tanto, "el legislador suizo debió admitir el principio con carácter general y no particularizándolo en la institución de la propiedad; así, con un buen criterio, le dió un contenido amplio: los derechos han de ejercerse sin manifiesto abuso, ciñéndose a los dictados de la buena fe, por ende, de acuerdo con el fin para el cual se otorgan dichas prerrogativas. De ahí que el artículo 2o. del Código Civil, integrara el título preliminar, y hallara ubicación inmediata a continuación del precepto contenido en el artículo 1o., que equipara la misión del juez a la del legislador. Dice este último artículo: "La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de cada una de las disposiciones. En defecto de una disposición legal aplicable, el juez dicta sentencia según el derecho consuetudinario y, en defecto de costumbre, según las reglas que él establecería si fue-

se legislador. El se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia. (37)

II.2. Derecho asiático.- Asia es la parte del mundo más extensa y rica en contrastes geográficos. Este continente tiene alrededor de la mitad de la población de la Tierra y está fraccionada en numerosos países de diversas dimensiones, en los que conviven gentes de todas las razas y creencias. Su división política en los últimos años ha sufrido notables cambios, pues la mayor parte de los países colonizados en épocas anteriores por potencias europeas, ha logrado su autonomía.- Sin embargo, por falta de material al respecto de nuestro tema sólo haremos referencia a un país.

II.2.1. Derecho turco.- Sobre el tema en cuestión, el Código Civil turco dispone en su artículo 2o. lo siguiente: "Cada uno está obligado en el ejercicio de sus derechos o en la ejecución de sus obligaciones, al respecto de las reglas de la buena fe. El abuso de un derecho, que causa perjuicio a terceros, no está protegido por la ley". (38)

II.3. Derecho anglosajón.- En este apartado trataremos el derecho anglosajón, se trata en apartado distinto por ser un derecho que no trata el abuso del derecho de manera direc-

37) Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., págs. 49-51.

38) Cita, GIORGIANNI, Virgilio, ob. cit., pág. 48, ver n. núm. 17.

ta, como en seguida veremos.

La jurisprudencia inglesa ha proclamado desde 1706, que no se podría usar de las facultades legales con el sólo objeto de dañar a otro.

Dentro de este derecho el ejercicio del derecho de propiedad encuentra un límite objetivo en la teoría de los nuisances, la cual señala los límites al mismo interés de las buenas relaciones de vecindad, quedando obligados a responsabilidad de un modo objetivo los actos que caen bajo dicho concepto, por cuanto que constituyen la violación de una regla expresa de derecho.

Ahora bien, hay un concepto de especial importancia dentro del derecho en cuestión: el concepto de conspiracy civil y para algunos tratadistas representa un reflejo de la teoría del abuso de derecho inglés. La conspiracy consiste en el acuerdo para hacer lo que es injustamente dañable a otra persona, dando lugar a una acción on the case, cuando el daño ha sido efectivamente causado a la persona; puede presentarse bajo dos aspectos:

- a) Ejecución en común de un acto ilícito.
- b) Acuerdo ilícito para alcanzar, por medios ilegales, un objeto lícito en sí mismo.

Por lo tanto la conspiracy no es otra cosa que la apreciación de las consecuencias económicas y sociales de una ac-

ción concertada que ha decidido a los jueces a tratar esta coacción como un delito civil generador de acción y a forzarles a buscar una fórmula jurídica, permitiéndoles integrarla en el sistema integral de la responsabilidad.

Por lo que se refiere a la Jurisprudencia anglosajona, - desde la segunda mitad del siglo XIX, ha manejado un principio denominado standard jurídico, instrumento elástico y flexible que señala al juez una directiva general, permitiéndole, - por ende, dar la solución más apropiada a las circunstancias de cada especie, o sea, guía al juez en la administración de la justicia, dándole una idea de finalidad del derecho, ya que las exigencias prácticas de la vida económica que soportan una reglamentación rígida; por medio de este principio, puede con seguir, en cada caso adaptar la realidad jurídica. (39)

39) Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., págs. 58-60

EN EL CONTINENTE AMERICANO

11.4.1 En países de América. El continente americano fue descubierto en 1492 por Cristóbal Colón, y colonizado más tarde por España, la Gran Bretaña, Francia, Portugal y Holanda. Los colonizadores que llegaron de estos países difundieron en América sus lenguas, religiones y costumbres.

El continente americano por su forma geográfica es dividido en cuatro partes: América del Norte,⁽⁴⁰⁾ central, insular y del sur; por nuestra parte iremos mencionando los países de acuerdo a esta división:

11.4.2. América Central. Para algunos autores México es un país que pertenece a América del Norte y para otros, se encuentra en América central, por lo que a nosotros respecto lo trataremos en el siguiente Capítulo, los países que integran América central son:

40) América del norte está integrada por Canadá y los Estados Unidos de América, para algunos autores México, también forma parte de América del norte pero, para otros de América central; dentro del texto no se hace referencia a los dos primeros países porque no se encontró material sobre nuestro tema.

II.4.3. Derecho costarricense.- Respecto de nuestro tema el Código Civil de Costa Rica de 1886 hace referencia en su artículo 1045, a lo siguiente: "Todo aquél que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

II.4.4. Derecho salvadoreño.- El Código Civil salvadoreño, en su artículo 2080 hace referencia a lo siguiente: "Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta".

II.4.5. Derecho guatemalteco.- El Código Civil de Guatemala, del 10. de julio de 1969, en su artículo 1653 dice: "El exceso o mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos".

Del texto de este artículo la doctrina ha considerado que se desprende que puede incurrirse en abuso del derecho, tanto cuando se actúa de mala fe como de buena fe en el ejercicio del derecho, siempre que en este último supuesto su titular se haya excedido causando un daño ajeno susceptible de reparación.

II.4.6. Derecho hondureño.- El Código Civil de Honduras de 1906, tiene semejanza con el Código Civil español, artículo 1902 y el Código Civil panameño, artículo 1644, en lo que respecta al contenido del artículo 2.236.

II.4.7. Derecho nicaragüense.- El Código Civil de Nica-

ragua, en su artículo 2509, expresa: "Todo aquél que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

II.4.8. Derecho panameño.- Por lo que se refiere al tema en cuestión, en este derecho, la doctrina ha señalado⁽⁴¹⁾ que la norma contenida en el artículo 1902 del Código Civil - español, está plasmada en el artículo 1644 del Código Civil panameño, mismos que al efecto expresa: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Otro artículo que también está relacionado con el tema es el 622, cuyo texto señala: "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no resulta utilidad alguna, o no tanta que pueda compensarse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo".

América insular.- Está formada por Cuba, Haití, República dominicana, Puerto Rico, Jamaica, Trinidad y Tobago y Barbados; por el material encontrado hacemos referencia a:

II.4.9. Derecho puertorriqueño.- Este derecho sigue la misma orientación del derecho español y panameño, en especial

41) Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., pág. 83.

por lo que se refiere al artículo 1802, el cual ha sido adicionado con el siguiente texto: "La imprudencia concurrente del perjudicado no exime de responsabilidad, pero conlleva la reducción de la indemnización".

Sobre esta adición la doctrina⁽⁴²⁾ ha señalado que la in discriminada aplicación de la negligencia contributiva, propia del common law, dejaba sin sanción en muchos casos al ver dadero responsable de los daños ocasionados.

Sobre el abuso del derecho no existe delineada una tendencia doctrinal, en virtud de que esta es realizada mediante el acopio de las resoluciones que dictan los jueces, lo que hace más difícil la existencia de un criterio general, por lo tanto es en la jurisprudencia donde se tienen los antecedentes de gran interés, por ser las Cortes las que resuelven y crean el antecedente.

Por su parte el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha declarado que en lo relativo al título que forman el artículo 1802 y siguientes, los tribunales no están obligados a regirse por el derecho común ni por la interpretación que hayan merecido a las Cortes americanas (estadounidenses) los estatutos de sus respectivas jurisdicciones, por lo tanto, la jurisprudencia americana, en esta materia sólo puede tomarse como prece-

42) Ibidem., pág. 84.

dente ilustrativo.

11.4.10. Derecho dominicano. El Código Civil de la República Dominicana, sobre el tema abuso del derecho, en su artículo 1382, expresa lo siguiente: Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa sucedió, a repararlo, y en su artículo 1383, señala: "Cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por un hecho suyo, sino también por su negligencia o imprudencia".

América del sur. En esta parte mencionaremos a:

11.4.11. Derecho argentino.- El Código Civil argentino, en su artículo 1071, conforme al texto ordenado por la ley -- 17.711 sancionada y promulgada el 22 de abril de 1968, expresa: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Según la doctrina⁽⁴³⁾ el Código Civil argentino, acoge expresamente la teoría del abuso del derecho en consideración al fin del derecho y a las exigencias de la buena fe, de la -

43) Cfr. A. COLOMBO, A. Leonardo, citado por RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., - pág. 106.

moral y de las buenas costumbres, esto a pesar de que buena parte de la doctrina argentina la rechazaba por estimarla inmersa en las acciones contra jus.

II.4.12. Derecho Boliviano.- El Código Civil boliviano de 1831, establece en su artículo 966, lo siguiente: "Todo hombre que causa a otro algún daño está obligado a repararlo", y por su parte el artículo 967, señala: "todos son responsables no sólo del daño causado por su hecho, sino también del que ocasiona su negligencia, o imprudencia".

Pero cabe hacer mención a un antecedente de este Código, nos referimos a su anteproyecto que fue elaborado por Angel OSSORIO Y GALLARDO, el cual en su artículo 60. contenía la siguiente norma: "no será consentido el abuso del Derecho. Se entiende que hay abuso del Derecho cuando se reclama la aplicación de las leyes rigurosamente de manera extremada, innecesaria o inhumana, o bien cuando se advierte que se ejercita un derecho, no tanto para defender un interés legítimo, cuanto para dañar o perturbar a otra persona".

II.4.13. Derecho brasileño.- El Código Civil brasileño de 1916, en su artículo 160 dispone en su primera fracción lo siguiente: "no constituyen actos ilícitos: 1.- El ejercicio regular de un derecho reconocido".

Pero, el Anteproyecto Oficial de Reforma de la Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas recoge bajo la rúbrica, Condenación del Abuso del Derecho, en su artículo II,-

lo siguiente: "No será protegido el derecho que fuera o deje de ser ejercido en perjuicio del prójimo o de modo egoísta, - excesivo o antisocial". En este derecho se ha acentuado el - abuso por la omisión del titular del derecho: en este sentido se cita como ejemplo, el caso del propietario de un edificio - o de una finca rústica que lo deja cerrado o sin explotar a - pesar de haber candidatos para la compra o el arrendamiento.⁽⁴⁴⁾

II.4.14. Derecho colombiano. - La doctrina ha considerado respecto de este derecho que tanto el Código Civil de 1873, - como el procedimiento civil y la jurisprudencia de ese país, - han hecho importantes aplicaciones de la doctrina del abuso - del derecho.

Por su parte ORTEGA TORRES, ha deducido que del análisis de los artículos 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887, la jurisprudencia nacional, basándose en ellos, ha podido dar cabida, en tre otras a la doctrina del abuso del derecho.

El artículo 4o. señala: los principios del derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.

El artículo 8o. expresa: Cuando no hay ley exactamente - aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que -

44) Cfr. HAROLDO-VALLADAO, citado por RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., págs. - 82 y 83.

regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

11.4.15. Derecho chileno.- El abuso del derecho ha sido contemplado por el texto constitucional en su artículo 10, número 10, inciso 3o. que al efecto expresa: "El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

Por su parte el Código Civil, lo hace en el artículo 945, que señala: "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo - aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno será obligado a cegarlo". El artículo 2110, del citado Código, contiene: que no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente. Por su parte los artículos 2111 y 2112, expresan que: renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad y renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales.

11.4.16. Derecho ecuatoriano.- El Código Civil ecuatoriano, manifiesta en su artículo 2346, que está obligado a la re

paración del daño el que dispara imprudentemente un arma de fuego.

II.4.17. Derecho paraguayo.- La doctrina⁽⁴⁵⁾ considera - que el abuso del derecho esta incorporado en su ordenamiento jurídico a partir de 1940. El derecho de Paraguay concibe el tema en cuestión en el confín de lo lícito, lindante con el - delito pero sin confundirse con él, como una forma irregular- de ejercicio de los derechos subjetivos.

II.4.18. Derecho peruano.- El abuso del derecho se encuentra contenido como tal en el Código Civil peruano, de 1936, - el cual en el artículo II, del Título preliminar que expresa: "La ley no ampara el abuso del derecho".

La doctrina ⁽⁴⁶⁾ señala que el abuso ha conducido a los legisladores a restringir el ejercicio de todos los derechos individuales, en tanto que este ejercicio tuviera un resulta- do antisocial o mientras que este ejercicio fuera ejercido solamente con intención maliciosa del titular, que únicamente desca, sin sacar provecho de dicho ejercicio, molestar a - otro.

Ahora bien, siguiendo con el Código Civil peruano, en su artículo 163, dice: "La mujer no está obligada a aceptar la -

45) Cfr. SOLER, Juan José, Introducción al derecho paraguayo, Asunción, - Paraguay: La Colmena, 1959, pág. 461.

46) Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, ob. cit., págs. 95 y 96.

decisión del marido cuando esta constituye un abuso de su derecho"; en el artículo 241 señala: "La separación de bienes - será declarada por el juez a pedido de la mujer: ...3) Cuando el marido abusa de las facultades que respecto de los bienes-comunes le acuerda este Código"; en el 861, expresa: "Aquél - que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya el estado anterior, o que se adopten las medidas del - caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido"; y en el 1137: "No son actos ilícitos: lo.) Los practicados en el ejercicio regular de un derecho".

11.4.19. Derecho uruguayo.- El Código Civil oriental, incluyó dentro de sus disposiciones sobre responsabilidad civil el artículo 1321 que al efecto expresa:

"El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no les - es imputable".

11.4.20. Derecho venezolano.- El Código Civil de Venezuela contiene el abuso del derecho en el artículo 1185, que expresa: "El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha - sido conferido ese derecho".

La doctrina considera que el legislador venezolano no ha querido regular este precepto como principio genérico de todo el derecho civil, por el contrario, lo ha tratado como un caso particular de responsabilidad por hecho ilícito, a pesar de que el conjunto de la doctrina venezolana en la mayoría de los casos coincide en que el abuso de derecho constituye una fuente autónoma.

Por su parte el texto constitucional venezolano de 1961, emplea el término abusivo al referirse a las maniobras que pueden realizarse para obstruir o restringir la libertad económica (artículo 96); y al someter el ejercicio del Poder Público o responsabilidad individual por dicho concepto (artículo 121).

En lo que respecta a la jurisprudencia, esta se ha preocupado en diversas ocasiones del artículo 1185, por lo que existe una pluralidad de sentencias que haan venido a enriquecer la doctrina del abuso del derecho en el Derecho venezolano.

Como es el caso de: la sentencia de 20 de octubre de 1953, al hacer una interpretación concordada de los artículos 1185 y 1196, establece que el daño, ya sea moral o material, es la consecuencia del hecho ilícito, así consista este en un acto voluntario, negligente o imprudente, o en un acto abusivo del derecho; pero, en todo caso, serán los hechos alegados y probados en autos los que llevan al juzgador a concluir si

el daño reclamado (moral o material) tuvo su origen en alguno de los casos en que exista el hecho ilícito que contempla el referido artículo; por lo tanto hay que precisar el origen de sus daños, lo cual es una cuestión esencialmente de hecho y no de derecho;⁽⁴⁷⁾ la sentencia del 5 de febrero de 1954, considera que la exigencia del artículo 1185 pone de manifiesto que el legislador ha extremado la excusa liberatoria de la sanción hasta no permitir al autor del daño ampararse en su propio derecho si no ha hecho un uso prudente de él;⁽⁴⁸⁾ la sentencia de 8 de octubre de 1955, recoge la siguiente definición del abuso del derecho: "El exceso en el uso de una facultad, potestad o atribución, cuando se ejerce con intención de dañar a otro;"⁽⁴⁹⁾ la sentencia de 26 de noviembre de 1959, establece que el abuso del derecho consagrado en el apartado único del artículo 1185 del Código Civil, es un caso especial de la responsabilidad ordinaria admitida en el encabezamiento del mismo artículo, que requiere, además de la aprobación del daño causado a otro, que ese daño provenga de un acto abusivo;⁽⁵⁰⁾ la sentencia de 26 de abril de 1960, exige que haya -

47) Corte de Casación, Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, Gaceta Forense, No. 2, 2a. etapa, págs. 289-290.

48) Jurisprudencia de los Tribunales de Instancia, Tomo I, vol. IV, pág.-347.

49) Jurisprudencia de los Tribunales de Instancia, Tomo I, vol. IV, pág.-347.

50) Jurisprudencia de los Tribunales de Instancia, Tomo I, vol. IV, págs. 26-27.

exceso en el ejercicio del derecho que supone traspasar los límites de la buena fe o del objeto tratado de alcanzar; (51) la sentencia de 26 de octubre de 1960, tipifica el abuso por la actuación de la mala fe o el traspaso de los límites que el objeto del derecho encuentra determinados. (52)

51) Cfr. Corte Superior Primera Civil y Mercantil de la Circunscripción - Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, Jurisprudencia Ramírez-Garay, Caracas, 1965, Ed. 2a. 1er. Semestre, No. 113.

52) Cfr., Ibidem.

CAPITULO III

EL ABUSO DEL DERECHO FRENTE A OTRAS FIGURAS

III.1. La correlación o diferencias. En el camino que recorre la teoría del abuso del derecho se han confrontado a otras figuras o instituciones jurídicas y ello se debe a la estructura y contenido del mismo principio.

Procuraremos en este apartado determinar el contenido del abuso del derecho frente a las otras expresiones, tomando como punto de partida metanormativo de la figura y los posibles problemas que ello plantea cuando quienes no tomándolo en consideración tratan de conectarlo a criterios de equivalencia material y formal. En este sentido consideramos oportuno hacer referencia a las distinciones ya elaboradas y que deben ser considerados dentro de este campo, para la demarcación de la multifuncionalidad connotativa de los enunciados y en sus casos la estrecha correspondencia que se dá.

III.2. El derecho y la moral. Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condi-

ción, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral.

Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir al derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes.

De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente sólo consideramos al orden jurídico como distinto de la moral, cabe calificarlo de bueno o malo.⁽⁵³⁾

Es por ello que Savatier⁽⁵⁴⁾ nos dice que el abuso constituye un caso de conflicto entre el derecho y la moral, o con más precisión entre un derecho subjetivo perteneciente a una persona y el deber moral que le incumbe; pues usando de su derecho, falta a su deber moral. En este sentido, el abuso del derecho viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral.

53) Cfr. Hans, Kelsen, Teoría pura del derecho, Buenos Aires: Editorial - Universitaria de Buenos Aires, 10a. ed. 1971. pág. 55.

54) Citado por RODRIGUEZ-ARIAS; Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, ob. cit., - - pág. 131.

Guillermo A Borda, ⁽⁵⁵⁾ dentro de la teoría finalista, dice que: "habría abuso del derecho cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe. Sin negar utilidad práctica del criterio finalista —por el que nosotros optamos— para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, creemos que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. Porque si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos-maestros del derecho en contra de su admisión, se han estrellado contra ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano y que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del derecho. Si, pues, la moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho".

Es por esto que un jurista del prestigio de José Calvo Sotelo ⁽⁵⁶⁾ vió en la doctrina del abuso un puente entre el derecho estricto y la equidad moral, para dar al primero mayor amplitud, haciéndolo más expansivo y protector del débil.

55) Cfr. A. BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino parte general I, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1955 2a. Ed. revisada y actualizada, págs. 43 y 44.

56) Citado por RODRIGUEZ-ARIAS; Cfr. RODRIGUEZ ARIAS, Lino, ob. cit. pág. 132.

III.3. El fraude a la ley.

Si entendemos en forma genérica como fraude un engaño y que mediante este hecho es el de frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan; esto es, el hecho de burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley, o de usurparnos lo que por derecho nos pertenece; en ese orden de ideas - también se ha querido ver una confusión entre la teoría del abuso del derecho y la del fraude a la ley, cuando se ordena por el legislador la remisión de actos cumplidos legalmente, pero realizados con la intención de defraudar a sus acreedores. Capitant⁽⁵⁷⁾ a propósito de la acción pauliana, dice que el deudor que hace una donación o simula un acto para frustrar a sus acreedores, no abusa de su derecho; comete un acto fraudulento y todo acto fraudulento es ilícito.

Incluso en el reformado título preliminar del Código Civil español, establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga algún resultado prohibido por el ordenamiento, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley u no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 6o. N. 4).⁽⁵⁸⁾

57) Cfr., Ibidem., pág. 134.

58) Cfr. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho - Usual, Buenos Aires: Heliasta S.R.L., Tomo III, E-1, 12a. ed., revisada, actualizada y empleado por Luis, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, 1979, pág. 416.

De todas maneras, no se encuentra una distinción clara - entre estas dos instituciones a través de los autores que las han estudiado; así hay quien dice que el abuso del derecho consiste, sobre todo, en lesionar intereses privados, mientras - que el fraude a la ley perjudica al interés social, no obstante, según hemos visto más arriba, la teoría del abuso participa de ambos intereses, los cuales se han de tener presentes - para calificar el acto abusivo.

Ligeropoulo⁽⁵⁹⁾ considera que el fraude a la ley consiste en derogaciones a reglas obligatorias expresas, permaneciendo, al contrario, fuera de la esfera del abuso de los derechos, siendo su consecuencia directa e inmediata, casi siempre, un perjuicio de orden moral causado a la sociedad; luego, de acuerdo a su criterio, el fraude a la ley engloba el abuso del derecho, como el género a la especie, el mismo autor sienta como distinción entre estas dos instituciones jurídicas, - que mientras el abuso del derecho —técnicamente hablando— se refiere al derecho subjetivo, en el fraude a la ley lo que se da es un uso inadecuado del derecho al intentar acoger a - un precepto para violar otro.

III.4. El desvío de poder. Es menester recurrir a la definición clásica de lo que es el desvío de poder, y así tenemos que: para la jurisprudencia existe desvío de poder cuan-

59) Citado por RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, pág. 135.

do la administración ha hecho uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual le había sido conferido.⁽⁶⁰⁾ Al surgir, en lenta elaboración restrictiva de las facultades omnímodas del poder ejecutivo y de los órganos administrativos en general el procedimiento contencioso administrativo, - el embate inicial para revocar lo antijurídico de tal procedencia se limitó a los actos reglados; es decir, cuando una disposición o actitud de la Administración infringía un precepto o norma previa y claramente prestablecida. Los órganos ejecutivos mantenían aún una especie de patente de corso o carta blanca para actuar en materia de actos discrecionales. No tardó en advertirse que, incluso en ese ámbito, podían irrogarse perjuicios económicos y lesiones jurídicas de toda suerte que los particulares, por un enfoque similar al que condujo, en el dominio y en otras zonas, a construir la tesis del abuso del derecho.⁽⁶¹⁾

El abuso del derecho hay quien lo configura como categoría autónoma frente a la desviación de poder. Esta institución considera como "una noción emparentada con el abuso del derecho" (Hauriou),⁽⁶²⁾ hasta el punto de que califican de - dos "instituciones hermanas". Más bien se ve en la desviación

60) Cfr. PINEDA GONZALEZ, Guillermo M., La causal "desvío de poder" en el derecho administrativo mexicano, tesis, ciudad de México: UNAM/ENEP - "ACATLAN", 1984.

61) CABANELLAS, Guillermo, Ob. cit. Tomo II, C-D, pág. 687.

62) Citado por RODRIGUEZ ARIAS, Lino, pág. 136.

de poder "una rama desprendida" del abuso del derecho, o una adaptación de la teoría de éste "a los derechos dependientes de la función pública". Por consiguiente la desviación de poder hace relación a la discrecionalidad de la Administración Pública en cuanto se refiere al uso particular que ésta haga de dicha discrecionalidad.

III.5. Conflicto de los derechos. El conflicto de derechos, se produce cuando dos personas adquieren, reúnen o se atribuyen facultades incompatibles en el ejercicio de ellas, en cambio el elemento subjetivo o intención de dañar en el uso de un derecho ha sido destacado como el dato más importante por la mayoría de los autores para definir el abuso del derecho, al grado de que algunos autores afirman que es el elemento exclusivo.

Estima Jossierand⁽⁶³⁾ que es en parte verdadera la teoría aceptada por algunos autores, que ven en el abuso de los derechos un simple conflicto entre dos o más facultades, conforme al principio que limita las esferas jurídicas para que sea posible la convivencia humana, de tal suerte que el derecho de cada uno termina en donde comienza el derecho de los demás, en ese sentido Marc Desserteaux⁽⁶⁴⁾ establece que "es imposi

63) Citado por ROJINA VILLEGAS. Cfr. ROJINA VILLEGAS, Guillermo, Derecho-civil mexicano, México: Porrúa, Tomo V, Vol. II, Obligaciones, 4a. ed. 1981, pág. 171.

64) Cfr. citado por RODRIGUEZ ARIAS, Lino. Pág. 138.

ble negar que esta concepción en parte es verdadera; por lo demás, es familiar a la jurisprudencia francesa y se encuentra en numerosas sentencias; el derecho de cada uno termina allí donde comienza el de los demás", igualmente respetable - ninguna duda cabe sobre la exactitud jurídica de esta posición.

Rafael Rojina Villegas,⁽⁶⁵⁾ dice: "Nos parece igualmente cierto que es insuficiente para caracterizar el concepto del abuso y para asignarle su lugar en el vasto campo de la responsabilidad, pues tiene el mismo valor para los demás de esta responsabilidad cuando surge un conflicto entre propietarios de inmuebles, con motivo de las plantaciones, luces o vistas de un muro medianero, el juez debe resolver un problema de derechos iguales; cuando los vecinos reclaman una indemnización en razón de los daños que les hayan causado los vapores pestilentes que se desprenden de las chimeneas de una fábrica, surge también un conflicto de derechos e intereses, cuya solución corresponda al tribunal; sin embargo, como hemos demostrado tanto en un caso como en otro, no se discute sobre el abuso; y la responsabilidad que se exige es puramente objetiva.

En consecuencia, hablando propiamente, no todos los con-

65) Citado por ROJINA VILLEGAS, Guillermo; Cfr. ROJINA VILLEGAS, Guillermo, ob. cit., pág. 171.

FLICTOS de derecho son abusos de éste, constituyen solamente una categoría de estos conflictos, es decir, solamente una especie de un género más vasto y que lo sobrepasa; son conflictos de derecho y de intereses especiales, caracterizados por el desvío funcional de una prerrogativa subjetiva; al calificarlos de conflictos de derechos, se da a conocer su régimen étnico, la familia a que pertenecen, pero se deja en la penumbra su individualidad propia, tal como hemos tratado de caracterizarla".

Incluso Jossierand, comentando la posición de Desserteaux, observa que su concepción presenta una parte de verdad, cuales: el derecho de cada uno acaba allí donde comienza el derecho de los otros, igualmente respetable según la concepción kantiana del derecho, para quien éste no es más que la coexistencia de libertades individuales; pero añade que el abuso del derecho no se extiende a todos los conflictos de derechos, sino únicamente a una cierta categoría de estos conflictos. Y Casso y Romero arguye que la teoría llamada de la colisión de derechos no es tampoco el supuesto de la nuestra, sino el caso de pugna entre dos derechos de categoría análoga o desigual. Si lo primero, ambos deberán condicionarse o alterse en su ejercicio para coexistir; si lo segundo, uno prevalecerá como más excelente, y el otro habrá de ceder, o reducir o sucumbir, si así lo pide la categoría de aquel.

III.6. La laguna de la ley y el acto abusivo. La laguna

de la ley ha sido definido de diversas maneras, entre ellas-- "es la ausencia de normas positivas aplicables a relaciones o casos jurídicos determinados especialmente ante un planteamiento litigioso". (66)

Cuando se habla de las lagunas de la ley, se habla de una falta de regla jurídica expresa para un supuesto contencioso; en tales circunstancias los principios del derecho, la interpretación extensiva y la analogía constituyen los medios prácticos que la misma ley o la experiencia judicial ponen en juego para resolver siempre, como es deber imperioso para los juzgadores. En nuestro derecho positivo vigente, por mandato expreso del artículo 14 del Código Civil, no es posible la denegación de justicia alegando falta de preceptos aplicables al caso, por lo que deberán los juzgadores, en estas situaciones, fundarse para sus resoluciones en los principios generales del derecho, mandamiento que se encuentra regulado por los artículos 18 y 19 del Código Civil vigente.

Por su parte, Marat, dice que "la naturaleza epistemológica de la expresión "laguna de la ley" es para nosotros la misma que le hemos atribuido al abuso del derecho; las dos nociones cumplen a nuestro modo de ver una idéntica función, ambas deben ser vistas como fachadas de justificación para ocultar el carácter constructivo de ciertas decisiones judiciales

66) CABANELLAS, Guillermo., ob. cit., Tomo Iv- J-D, pág. 85.

y el conflicto de sistemas de regulación que ellas impliquen. La laguna puede entonces también ser vista como una valoración ambiental positivista; la conexión con el abuso del derecho es así axiológica e intencional y difiere tan solo —como veremos— emotivamente, según sea el sistema regulador que se actúe. Sigue diciendo este autor que para el establecimiento de esta identidad, hemos considerado que con el término "laguna" no se quiere significar que resulte lógicamente imposible una solución por ausencia de una norma, sino tan solo que la solución posible dentro del derecho positivo es vivida como injusta o inadecuada por el órgano encargado de la administración de justicia". (67)

Comunmente, la laguna de la ley siempre es utilizada para hacer referencia a algún tipo de ausencia de norma (pero en el sentido axiológico, por el contrario, ella siempre se aplicará por así decirlo a una presencia) cabe señalar que no se trata de un caso de inexistencia de normas, pues hay una conducta denóticamente permitida, pero que resulta ser, sin embargo, inapropiada para la regulación de las actuales formas de convivencia.

Desde luego que existen otras posturas como la del vie-

67) Cita, WARAT, Luis Alberto; Abuso del derecho y laguna de la ley, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1969, pag. 97.

nés Hans Kelsen⁽⁶⁸⁾ y el mexicano Eduardo García Maynes⁽⁶⁹⁾

Admitiremos entonces que el conflicto de sistemas normativos puede ser descripto indistintamente por el abuso del derecho y la laguna de la ley; el uso de una u otra expresión dependerá de la perspectiva en que nos ubiquemos en el análisis del conflicto. Si acentuamos el elemento metajurídico deberemos hablar preferentemente del abuso del derecho, pero si en nuestro enfoque sólo entra la normatividad respaldada por la fuerza oficial, utilizaremos en cambio la expresión "laguna de la ley"; esto sólo nos indica la existencia de algunas

-
- 68) Cita, Hans Kelsen, habla de tres tipos de laguna de la ley, la lógica, la técnica y las admitidas por el legislador, y es en el sentido contraintuitivo que sostiene al hablar de laguna lógica que "Acá, donde se pretende una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo. En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se le deroga y se le reemplaza por uno nuevo, creado especialmente -- en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que por definición no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el legislativo". Ob. Cit. págs. 172, 173, 174, 175, 176, 177 y 178.
- 69) Cfr. García Míñez, después de tratar la laguna de la ley, llega a la conclusión de que la ley tiene lagunas, si bien el derecho no puede tenerlas, véase GARCÍA MAYNEZ, Eduardo., Introducción al estudio del derecho, México, Ed. Porrúa S.A., 32a., Edición revisada, 1980, págs. de 356 a 367.

diferencias en el valor emotivo de ambas expresiones.

CAPITULO IV

SU MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Delimitación. Cabe destacar el avance de la teoría del abuso del derecho hacia su consagración, pero en derecho positivo mexicano si bien es cierto que se le incorporó a la legislación, en la práctica jurídica, hecha la investigación, no se han encontrado juicios que se hayan presentado o tramitado ante los tribunales en materia civil invocando esta figura como acción, por ello, nuestro interés de estudiar el abuso de derecho en el Código Civil mexicano.

La cuestión del abuso del derecho es regulado tanto por el Código Civil para el Distrito Federal como por los Códigos Civiles de los treinta y un estados restantes de la República mexicana, como veremos respectivamente.

IV.1. Del abuso del derecho en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. El Código Civil para el Distrito Federal sanciona en dos de sus artículos el ejercicio abusivo del derecho real y del derecho personal, como veremos enseguida:

En cuanto al primero, el Código Civil sanciona el hecho ilícito de hacer un uso abusivo del derecho real, en su artículo 840, que al efecto señala:

Art. 840.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero - sin utilidad para el propietario".

De este texto se derivan los elementos⁽⁷⁰⁾ que precisan el uso abusivo del derecho real y que son dos:

- a) Se cause daño al ejercitar el derecho y,
- b) No le reporte utilidad a su titular con su ejercicio.

En este artículo se exige el elemento objetivo: "que la propiedad ejercite sin otro resultado que causar perjuicio a un tercero", pero el elemento subjetivo de la mala fe, del dolo, no está claramente indicado. En el precepto se sobreentiende, al indicarnos que el ejercicio no dé otro resultado -

70) Cfr. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Puebla, Pue., México: Cajica, S. A., 5a. ed. págs. 511-512.

que perjudicar a tercero, pero no dice de manera expresa que se lleve a cabo con el propósito de dañarlo; es decir, puede no haber intención de perjudicar, pero por las circunstancias en que se ejerció el derecho se puede concluir que necesariamente se iba a perjudicar y, entonces faltaría este elemento-subjetivo; sin embargo se sanciona el caso por el artículo -- 840 para que exista la reparación del daño.⁽⁷¹⁾

El diferente temperamento de este artículo —el legislador asume una postura menos rígida y más amplia— con el -- 1912, sobre el derecho de propiedad, obedece a la influencia "ejercida por las ideas de León Duguit, respecto de la propiedad como una "función social", las cuales inspiraron nuestros legisladores. "Ante todo —dice el jurista galo— el propietario tiene el deber y el poder de ampliar la riqueza que posee en la satisfacción de sus necesidades individuales. Pero, bien entendido, que no se trata sino de los actos que corresponden al ejercicio de la libertad individual, tal como anteriormente la he definido, es decir, al libre desenvolvimiento de la actividad individual. Los actos efectuados en vista de este fin serán protegidos. Aquéllos que no tienen este fin, y que por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva, serán contrarios a la ley de la propiedad y podrán dar lu

71) Véase ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano, México: Porrúa, Tomo V, Vol. II, Obligaciones, 4a. ed. 1981. pág. 167.

gar a una represión o a una reparación". (72)

En lo que se refiere al segundo, el mismo Código sanciona el hecho ilícito de abuso de un derecho personal, en su artículo 1912, que señala:

Art. 1912.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Del contenido de este artículo se derivan los siguientes elementos del uso abusivo del derecho personal.

- a) Al ejercitar el derecho se cause un daño
- b) Se ejercite únicamente con el fin de causar el daño;
- c) El ejercicio del derecho no reporte utilidad para sustituir. (73)

El artículo 1912 acepta en sus términos la doctrina de Bonnacase, y contiene lo que podríamos denominar la norma general para el ejercicio de todo derecho, por comprender principalmente los derechos patrimoniales y la norma especial estatuye en el artículo 840 para el abuso de la propiedad.

72) *Cita*, BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, México: HARLA - HARPER & ROW LATINAMERICANA, 3a. Ed., 1984, pág. 283.

73) Véase GUTIERREZ Y CONZALEZ, *Ob. Cit.* pág. 511.

Para BONNECASE⁽⁷⁴⁾ "La noción de abuso de los derechos - es esencialmente psicológica y subjetiva; corresponde al ejercicio de un derecho desviado de su fin específico y transformado en medio de vejación para otra persona, sin utilidad alguna para su titular".

"La verdadera noción de abuso de los derechos, su carácter esencialmente psicológico y subjetivo: ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con un fin exclusivamente nocivo.- Por nuestra parte consideramos que la noción de - abuso de los derechos se reduce a lo que hemos llamado su forma psicológica y que se descompone en varios elementos constitutivos, que estudiaremos a continuación y que se hallan contenidos en la definición que acabamos de enunciar.

"Primer elemento constitutivo de la noción de abuso de - los derechos: ejercicio de un derecho: ¿Es incompatible este elemento con la expresión técnica: abuso de los derechos, así como con la consecuencia inherente a esta noción, que es el - nacimiento de una obligación de reparación?.

¿No es contradictorio calificar como abuso de un derecho, el ejercicio de éste?.

"En nuestra opinión no es así. La expresión técnica "abuso de los derechos" se justifica, al igual que el ejercicio -

74) Citado por ROJINA VILLEGAS; Cfr. ROJINA VILLEGAS, ob. cit. págs. 165- a 167.

de un derecho, como primer elemento de la noción a que se refiere. En efecto, es indiscutible que el poder de acción representado por un derecho recibe del legislador, como hemos visto, una organización en cierta forma material, en la cual su titular puede estrictamente limitarse con la intención secreta de servirse de esta organización únicamente para dañar a otra persona".

Este autor (Bonnecase), objetó la tesis de PLANIOL (cuya tesis es objetivista) afirmando que en el abuso de los derechos debe de haber: un dato subjetivo, la intención de dañar y un dato objetivo que hizo consistir en el ejercicio inútil del derecho: Para él no es posible aceptar el criterio de fijar límites al campo del ejercicio de los derechos, porque dentro del propio ordenamiento no es posible determinar tal cosa; por ejemplo dice el autor —el propietario en ejercicio de su derecho de propiedad está actuando dentro de su predio, está usando su predio, hace una excavación, una construcción, no se trata de que se extralimite saliendo del predio para pasar al del vecino, pues aquí si habría la intención de violar un derecho ajeno. ¿Cómo, entonces, —sigue diciendo el autor podemos afirmar que el titular traspasó los límites del derecho, como dice PLANIOL si está actuando dentro de su propio predio, ejercitando su derecho de propiedad, y así podríamos seguir ejemplificando. No es por consiguiente a través de un límite fijado en el ordenamiento jurídico, como vamos a saber si hay un abuso del derecho, el dato objeti-

vo debe buscarse en el resultado. Si el derecho se ejercita inútilmente, debe considerarse que hay un ejercicio anormal; (75) el derecho autoriza el ejercicio de las distintas facultades, para utilidad de su particular y esto, por lo menos, es indis-

75) "Segundo elemento constitutivo. Ausencia de toda utilidad derivada del ejercicio del derecho por su titular.- Las sentencias Doerr y Savart pusieron particularmente de relieve, la necesidad de este segundo elemento, para que pueda tratarse de abuso de los derechos. Ambas decisiones consagraron esta noción, porque en los casos que resolvieron, era indiscutible la ausencia de todo "interés serio y legítimo" para el ejercicio del derecho. Pero es necesario entenderse. So pena de neutralizar de hecho, la aplicación de los derechos, por absolutos que sean en su principio, no deben los tribunales admitir fácilmente con motivo de su ejercicio, la ausencia de toda utilidad para su titular. Principalmente no deberán limitarse a registrar la falta de interés actual, sino prever el futuro y examinar si el acto, desprovisto por el momento de utilidad, es susceptible de producirlo en lo porvenir. Es esto lo que declara implícitamente la sentencia de la Corte de Amiens del 12 de noviembre de 1912, en el negocio Clément-Bayard: "Considerando, dico, que el armazón de madera litigioso no es ni cerca ni techado; que Coquerel no obtiene, ni podrá obtener de él, en el estado en que se encuentra, ningún beneficio directo".

"Tercer elemento constitutivo: la intención nociva.- Por lo general se presenta este elemento como la característica esencial de la noción de abuso de los derechos, en el sentido psicológico, es decir, tal como la comprendemos. En realidad es importante para realizar esta noción sin los demás elementos; pues, por ejemplo, si con el solo fin de dañar a su vecino, un propietario realiza trabajos que, a pesar de todo, embellezcan su propiedad o aumenten sus productos no podrá quejarse de nada aquél. No es menos cierto que la intención de perjudicarlo ha sido el verdadero móvil de los trabajos realizados; pero las consecuencias de esta intención quedan paralizadas por la circunstancia de que habiéndose ejercitado dentro de los límites del derecho de propiedad, han sido acompañadas de un provecho para su autor.

"Sea de ello lo que fuere, la intención nociva debe estar absolutamente caracterizada y absorberse en la noción de dolo, en el sentido del derecho común; es decir, consistir según la voluntad del titular del derecho, en un ejercicio con el fin de dañar a otro".
BONNECASE, Elementos de derecho civil, Traduc. de José M. Cajica Jr., t. 11, págs. 328, 330 y 331; citado por ROJINA VILLEGAS, ob. cit., pág. 166.

cutible en los derechos patrimoniales, en los que, como explicó, Ihering, hay un interés jurídicamente protegido. No tiene sentido un derecho que se ejercite de manera inútil. Se realizan ciertas actividades precisamente porque son beneficiosas al titular; luego entonces, si se está ejercitando un derecho de manera inútil, a sabiendas de que no se podrá obtener un resultado, tenemos un dato objetivo que nos demuestra que se han traspasado los límites del ejercicio normal. Pero, además, —continúa BONNECASE— que debe haber un elemento subjetivo, el propósito de causar daño. Puede haber el ejercicio inútil, sin el propósito de causar daño, caso en el cual no debe haber indemnización; o puede haber el propósito de causar daño, pero en el ejercicio útil de un derecho; tampoco en esta hipótesis deberá repararse el daño causado. Por ejemplo, si por abrir un pozo en mi propiedad, seco el pozo vecino, para aprovechar el agua que necesito, aun cuando procedo con intención de secar el pozo ajeno, el ejercicio de mi propiedad no es inútil, porque necesito agua, aun cuando el resultado sea perjudicial para el predio vecino. Pero si tengo agua en abundancia y simplemente deseo ejercitar inútilmente mi derecho, y, además, deseo perjudicar al vecino, se cumplen los requisitos fundamentales para que exista el abuso del derecho, puede darse el caso de que ejercite inútilmente mi derecho, pero sin el ánimo de perjudicar, en este caso el titular sufre las consecuencias de un ejercicio inútil y no debe reparar el daño causado, en virtud de que no tuvo el propó

sito de dañar.

IV.1. El abuso del derecho y el tipo de acto. JOSSERAND distingue tres clases de actos: ilegal, ilícito y excesivo. - El primero es antijurídico en sí mismo; el segundo, lo es por el objeto al cual es consagrado; y el tercero, no es productivo de responsabilidad más que en razón del exceso o anormalidad del daño que de él resulta para tercero.

1. Acto ilegal.- Cuando un individuo comete un acto per judicial, procede desde luego a investigarse si este acto se ha realizado sin derecho y, por consiguiente, con violación del derecho ajeno, en cuyo caso por este mismo hecho incurrirá en responsabilidad su autor, pues el acto ilegal exige fatalmente una sanción, ya que es intrínsecamente incorrecto y que constituye un atentado intolerable contra el derecho ajeno.

Por ejemplo, el propietario de un inmueble que realiza actos de dominio en un predio vecino.

2. Acto ilícito.- En el ejercicio de un derecho conviene investigar si se ha realizado conforme al destino de este derecho, al espíritu de la institución, o si no lleva el testimonio de una desviación infringida a una prerrogativa subjetiva, falseada por su titular, en cuyo caso, incurrirá éste en responsabilidad no ya objetivamente, sino en razón del mal impulso que le ha dado al derecho, por tanto, subjetivamente, abusivamente.

Como ejemplo, el propietario de un inmueble que hace zanjas en su terreno con el objeto de cegar el manantial del vecino, o que realiza obras a fin de dañarlo.

Por lo tanto, consiste en que se sobrepasa el contenido de un derecho, o se puede concebir como la violación de una obligación resultante de un contrato, Artículos 1089, 1101, - 1902 y 1106 del Código Civil español.

3. Acto excesivo.- Hay actos que se ejecutan en virtud de un derecho —en contra de lo que ocurre en los ilegales,— e incluso, conforme al espíritu de la institución a que sirve aquél —lo que no sucede en el acto ilícito,— y sin embargo su autor incurre en responsabilidad; éste es el caso de los actos excesivos o creadores de riesgos.

Por ejemplo, cuando los vapores pestilentes de una fábrica dañan las cosechas vecinas. En este caso, la ruptura del equilibrio de los derechos deviene de sus efectos, o sea del potencial de su movilidad.

El derecho civil Iberoamericano habla del abuso del derecho, por lo general cuando el titular al ejercitarlo ha rebasado su órbita o finalidad y, por decirlo así, ha llevado el ejercicio de su derecho a extremos insospechados refidos con su uso normal: El uso de la cosa usufructuada (abuso) que infiere considerable perjuicio al propietario (Artículo 520 - del Código Civil español; y 620 del Código Civil venezolano)- el abuso grave de la cosa y de la habitación conlleva la pér-

dida de los derechos de uso y de habitación (Artículos 529 del Código Civil español; y 631 del Código Civil venezolano). El legislador español incluye también entre los actos excesivos que suponen la responsabilidad para el propietario, el caso de los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades (Artículo 1908 del Código Civil español).

En resumen. Bajo la forma de este tríptico —señala JOSSERAND— se nos presenta el sistema moderno de la responsabilidad; la teoría subjetiva del acto abusivo figura entre las teorías objetivas del acto ilegal y del acto excesivo.

LINO RODRIGUEZ-ARIAS, considera que la teoría del abuso del derecho participa de las tres clases de actos; pues si consideramos que el ejercicio abusivo de un derecho equivale a un acto de apariencia jurídica, tendremos un acto ilegal; si por abuso del derecho entendemos un acto intencionalmente dañoso, estaremos en presencia de un acto ilícito; y, por último, si por abuso del derecho nos figuramos el ejercicio de un derecho lícito en su origen y finalidad, pero sin atenderse a los intereses ajenos o sin tomar en cuenta a las reglas de la prudencia, o sea, que su ejercicio pueda suponer inclusive "desconsideración" hacia los derechos ajenos, estamos ante un acto excesivo: por ejemplo, es el caso de los humos excesivos.

PLANIOL, quien dice en su crítica, "si yo uso de mi derecho mi acto es lícito; y cuando es ilícito, es que yo le sobre paso y actúo sin él". Por eso todo acto abusivo, por él sólo

hecho de que es ilícito, no es el ejercicio de un derecho, y el abuso, por tanto, no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito, porque el derecho cesa donde el abuso comienza, ya que un mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho; pues lo único que puede haber es abuso en la conducta de los hombres, no cuando ejercen sus derechos, sino cuando los sobrepasan.

JOSSERAND, afirma que no hay contradicción ninguna en que un acto sea a la vez conforme a un derecho determinado y, sin embargo, contrario al Derecho examinado en su generalidad y en su objetividad, es decir, en tanto es cuerpo de reglas sociales obligatorias, dado que uno puede tener a su favor el ejercicio de un derecho y, no obstante, estar en contra del derecho en su conjunto.

JOSE CASTAN, el acto abusivo es conforme a un derecho concreto y determinado; pero es contrario al derecho considerado en abstracto, como conjunto de reglas sociales. (76)

IV.1.2. El abuso del derecho sancionado como hecho ilícito.- El abuso del derecho contenido en el artículo 1912, está dentro del Capítulo V que se refiere a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos. (77) Sin embargo, el artículo 1830

76) Cfr., por Federico, PUIG PENA, Compendio de Derecho civil. Barcelona, Barcelona: Nautia, 19-6, T.I. 1966, pág. 237.

77) Ver GUTIERREZ Y GONZALEZ, ob. cit. pág. 449.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

del mismo Código es el único que nos habla de los hechos ilícitos y al efecto expresa:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Lo que nos lleva a pensar que para efectos de éste Capítulo el legislador utiliza la palabra acto equiparándola a la de hecho; por lo que se refiere a los autores en la materia, al hablar del abuso del derecho lo hacen tratándolo dentro de los hechos ilícitos.

Los hechos ilícitos son considerados como la quita fuente de las obligaciones. Toda obligación nace de un hecho natural o del hombre que la ley toma en cuenta para asignarle y generar obligaciones y derechos. Nuestro Código Civil en su orientación general, adoptó la teoría francesa de los actos y hechos jurídicos, esquematizados por Gutiérrez y González, ver cuadro siguiente.

HECHOS
JURIDICOS
LATO
SENSU:

A.—Actos Jurídicos: Se quiere la conducta y la consecuencia	a).—Unilaterales	{ Declaración unilateral de voluntad Testamento. Remisión de deuda. (Art. 2209 C. C.)		
	b).—Bilaterales o plurilaterales		{ Convenios Lato Sensu (Art. 1792 C. C.)	{ a')—Crean o Transferen { Contrato (Art. 1793 C. C.) b')—Modifican, Extinguen { Convenio Stricto Sensu
B.—Hechos Jurídicos Stricto sensu	a).—Del ser humano o Voluntarios	{ Se quiere la conducta pero no la consecuencia que se produce sobre la voluntad del autor	a').—Lícitos	{ Gestión de negocios. (Art. 1896 C. C.)
	b).—De la Naturaleza		{ Nacimiento Muerte Adhesión natural de Inmuebles	{ b').—Ilícitos { Delitos { civiles penales

La ley y el hecho jurídico en sentido amplio son la fuente de todas las obligaciones. Por su parte el legislador mexicano ha considerado de manera específica en el Código Civil algunos tipos de hechos jurídicos al regularlos por separado, y que algunos autores⁽⁷⁸⁾ denominan "fuentes particulares de las obligaciones:

1. El contrato (artículos 1792 a 1859 del C. C.).
2. La declaración unilateral de voluntad (artículos 1860 a 1881 del C. C.).
3. El enriquecimiento ilegítimo (artículos 1882 a 1895 - del C. C.).
4. La gestión de negocios (artículos 1896 a 1909 del C. C.).
5. Los hechos ilícitos (artículos 1910 al 1932 y 2104 al 2118 del C. C.).
6. El riesgo creado (artículo 1913 del C. C.).
7. Responsabilidad objetiva.

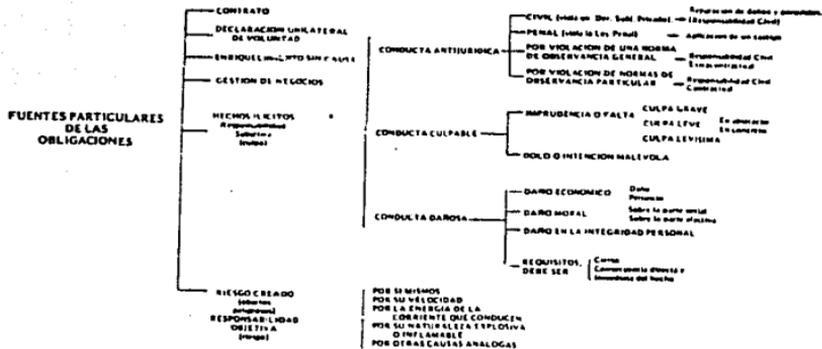
Sin embargo, tal enumeración no es exhaustiva pues, además de las anteriores, existen otras fuentes de obligaciones, entre ellas el testamento, la sentencia etc. Algunas de las fuentes citadas son actos jurídicos (como el contrato y la declaración unilateral de voluntad); otras constituyen hechos -

78) Cfr. BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, México: Harla, S.A. de C.V., 3a. ed. 1984, pág. 31.

jurídicos en el sentido de la doctrina francesa (como son la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, los hechos ilícitos y el riesgo creado).

Para facilitar la explicación que más adelante haremos - del hecho ilícito, presentamos el cuadro de la página siguiente. (79)

LOS HECHOS ILICITOS



En relación a nuestro tema nos interesa la quinta fuente de obligaciones, el hecho ilícito por estar contemplado dentro de esta el abuso del derecho.

¿Qué podemos entender por hecho ilícito? Para dar respuesta a esta pregunta haremos referencia a tres artículos del Código Civil.

Hecho ilícito es todo aquel "contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres" (art. 1830).

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia enexcusable de la víctima" (art. 1910).

"Cuando... sin culpa o negligencia de alguna de las partes se producen daños cada una de ellas las soportará sin derecho a indemnización" (art. 1914).

En el primer artículo al hecho ilícito se caracteriza como la acción antijurídica contraria a la ley o a la moral. En el segundo artículo, el hecho ilícito engendra obligaciones, ante una conducta antijurídica y dañosa existe la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a otros, lo que se denomina la responsabilidad civil.

En el tercer artículo aparece un tercer elemento del hecho ilícito la culpa, por lo tanto no basta que una conducta sea antijurídica y dañosa para que sea ilícito, sino además debe ser culpable, porque para responsabilizar a alguien se

debe demostrar que pudo evitar el daño y no lo hizo, que cometió una falta o culpa, o que produjo el daño en forma intencional.

Por lo tanto, los elementos del hecho ilícito son tres: la antijuricidad, el daño y la culpa, los cuales son contenidos en el siguiente concepto de Bejarano Sánchez: Hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente. (80)

Al analizar los elementos del hecho ilícito en relación con el abuso del derecho podemos expresar lo siguiente:

1.- Es una conducta antijurídica si la encuadramos dentro de la antijuricidad formal y material; porque no sólo es antijurídica la conducta que choca contra la norma de derecho sino también lo es el proceder que desvirtúa el fin de la norma. La agresión contra la norma no es sólo en cuanto a su contenido sino también lo es en contra del fin o los valores que tutela.

Antijuricidad formal, es la conducta opuesta a la exigencia formal de la regla jurídica.

Antijuricidad material, comportamiento que se ajusta a la exigencia de la norma pero que contradice no obstante los principios o intereses que la norma aspira a proteger.

80) Cfr. BEJARANO SANCHEZ, OB. CIT., páq. 222.

Ignacio Villalobos expresa; "Ambos aspectos de la antijuricidad van unidos de ordinario, constituyendo la forma y el contenido de una misma cosa".

Para Franz Von Liszt, "... la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; universalmente esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responden a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana". (81)

En el caso del abuso del derecho — mismo que se caracteriza porque en el ejercicio de un derecho se causa un daño — el sujeto que hace uso de su derecho tiene un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica pero contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos de manera que su ejecución no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito.

Así, cuando la conducta conculca los valores sociales tutelados por la regla jurídica, es una conducta antijurídica, "materialmente antijurídica", a pesar de ser acorde con el contenido formal de la norma.

81) Citado por BEJARANO SANCHEZ, ob. cit., pág. 237.

2.- En relación a la culpa, para que se produzca el hecho ilícito civil, fuente de obligaciones en el caso concreto en relación al abuso del derecho, es necesario que la conducta derive de un proceder culpable o de una actitud malévol o intencional. Es en relación a la conducta intencional que gira el artículo 1912 al señalar dentro de su texto "... hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, ..."

3.- Por lo que se refiere al daño no basta que la conducta sea antijurídica y culpable para generar obligaciones sino además debe de haber un daño para otra persona.

El daño establece un vínculo de derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo.

Para BEJARANO, daño es la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado.

Tanto el artículo 1912 como el 840 expresan que debe producirse el daño.

IV.2. Del abuso del derecho en los Códigos civiles de la República mexicana (ámbito estadual). Nuestro país, conforme al artículo 40 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos es "... una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una fede

ración establecida según los principios de esta ley fundamental".⁽⁸²⁾ Con fundamento en el artículo 43 constitucional, la República mexicana se encuentra políticamente dividida en 32 treinta y dos entidades federativas⁽⁸³⁾ y, como las entidades federativas tienen la facultad de legislar en materia civil, cada una tiene su propio ordenamiento, lo que da por consecuencia treinta y dos Códigos Civiles, es decir uno por cada Estado, en el caso del Código Civil para el Distrito Federal, es en materia común para éste y para toda la República en materia Federal.

En lo que respecta al abuso del derecho hay similitud entre el contenido de los artículos 840 y 1912 del Código Civil para el Distrito Federal y los artículos respectivos de los 31 treinta y un Códigos Civiles de los Estados de la República mexicana como a continuación señalamos:

IV.2.1. AGUASCALIENTES, Código Civil para el Estado libre y soberano de,

Art. 859.- "No es lícito ejercitar el derecho

82) El subrayado es nuestro.

83) Cita, El artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto señala:

"Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y Distrito Federal.

de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I, Disposiciones generales).

Art. 1786.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V, De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.2. BAJA CALIFORNIA NORTE, Código Civil para el Estado libre y soberano de,

Art. 828.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I- Disposiciones generales).

Art. 1790.- "Cuando al ejercitar un derecho se -
cause daño a otro, hay obligación -
de indemnizarlo si se demuestra que
el derecho sólo se ejercitó a fin -
de causar el daño, sin utilidad pa-
ra el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap.
V De las obligaciones que nacen de-
los actos ilícitos).

IV.2.3. BAJA CALIFORNIA SUR, Código Civil para el Estado
libre y soberano de:

Art. 840.- "No es lícito ejercitar el derecho -
de propiedad de manera que su ejer-
cicio no dé otro resultado que cau-
sar perjuicios a un tercero, sin uti-
lidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I-
Disposiciones generales).

Art. 1912.- "Cuando al ejercitar un derecho se -
cause daño a otro, hay obligación -
de indemnizarlo si se demuestra que
el derecho sólo se ejercitó a fin -
de causar el daño, sin utilidad pa-
ra el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap.

V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.4. CAMPECHE, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 848.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV de la propiedad, Capítulo I, disposiciones generales).

Art. 1807.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro Cuarto Título I, Fuentes de las obligaciones Capítulo V, De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.5. COAHUILA, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 837.- "No es lícito ejercitar el derecho -

de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I- Disposiciones generales).

Art. 1809.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.6. COLIMA, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 837.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I- Disposiciones generales).

Art. 1803.- "Cuando al ejercitar un derecho se -
cause daño a otro, hay obligación -
de indemnizarlo si se demuestra que
el derecho sólo se ejercitó a fin -
de causar el daño, sin utilidad pa-
ra el titular del derecho".

(Cap. V De las obligaciones que na-
cen de los actos ilícitos).

IV.2.7. CHIAPAS, Código Civil, para el Estado libre y so-
berano de:

Art. 826.- "No es lícito ejercitar el derecho -
de propiedad de manera que su ejer-
cicio no dé otro resultado que cau-
sar perjuicios a un tercero, sin --
utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I,
Disposiciones generales).

Art. 1888.- "Cuando al ejercitar un derecho se -
cause 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".

(Libro IV De las obligaciones, Cap.

V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.8. CHIHUAHUA, Código Civil, para el Estado libre y soberano de:

Art. 807.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I- Disposiciones generales).

Art. 1797.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V. De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos).

IV.2.9. DURANGO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 828.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejer-

cicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1796.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause 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".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.10. GUANAJUATO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 832.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario".

(Título III De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1401.- "Cuando al ejercitar un derecho se

cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro III De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.11. GUERRERO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 840.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1912.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap.

V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.12. HIDALGO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 912.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1896.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.13. JALISCO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 879.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio

cicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1833.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. VI De las obligaciones que nacen de hechos ilícitos).

IV.2.14. MEXICO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 814.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad en general y de los medios de adquirirla, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1741.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.15. MICHOACAN, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 767.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1770.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.16. MORELOS, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 946.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 2014.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño sin utilidad para el titular del derecho".

(Cap. VI De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos).

IV.2.17. NAYARIT, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 840.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejer

cicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1912.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.18. NUEVO LEON, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 837.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1809.- "Cuando al ejercitar un derecho se-

causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.19. OAXACA, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 844.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad, de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1783.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV de las obligaciones, Cap.

V, De las obligaciones que nacen -
de los actos ilícitos).

IV.2.20. PUEBLA, Código Civil para el Estado libre y so-
berano de:

Este Código por tener características espe-
ciales se comentará al final.

IV.2.21. QUERETARO, Código Civil para el Estado libre y
soberano de:

Art. 833.- "No es lícito ejercitar el derecho-
de propiedad de manera que su ejer-
cicio no dé otro resultado que cau-
sar perjuicios a un tercero, sin -
utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I
Disposiciones generales).

Art. 1796.- "Cuando al ejercitar un derecho se-
cause daño a otro, hay obligación-
de indemnizarlo si se demuestra -
que el derecho sólo se ejercitó a
fin de causar el daño, sin utili-
dad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap.
V De las obligaciones que nacen de
los actos ilícitos).

IV.2.22. QUINTANA ROO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 91 "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó para causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro I, Parte general, De los hechos, actos y negocios jurídicos, Título Primero, Disposiciones preliminares. Título Segundo de los actos jurídicos nominados que generan obligaciones, Cap. IV De los ilícitos civiles Sección primera).

Art. 1863.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que perjudique a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV, Cap. I Disposiciones generales).

IV.2.23. SAN LUIS POTOSI, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 786.- "No es lícito ejercitar el derecho-

de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1784.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligaciones de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.24. SINALOA, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 838. - "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I

Disposiciones generales).

Art. 1796.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra -- que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.25. SONORA, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 1010.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 2083.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad pa

ra el particular del derecho".

(Libro V De las obligaciones, Cap. VI De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos).

IV.2.26. TABASCO, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 840.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1813.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra -- que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el particular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.27. TAMAULIPAS, Código Civil para el Estado libre y

soberano de:

Art. 814.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad Cap. I- Disposiciones generales).

Art. 1796.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra -- que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. V De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos).

IV.2.28. TLAXCALA, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 751.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título III De la propiedad, Cap.
I De la propiedad en general).

Art. 1379.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, quien ejercitó ese derecho tiene obligación de indemnizar a aquél, si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Título I Fuentes de las obligaciones, Cap. I Hechos jurídicos; Título V De la responsabilidad civil, Sección II Personas obligadas a la responsabilidad civil).

IV.2.29. VERACRUZ, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 868.- "Tampoco es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a tercero sin utilidad para el propietario".

(Título IV De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1845.- "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay la obligación de indemnizarlo, si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro IV De las obligaciones, Cap. XIV De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos).

IV.2.30. YUCATAN, Código Civil para el Estado libre y soberano de:

Art. 670.- "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

(Título III De la propiedad, Cap. I Disposiciones generales).

Art. 1086.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

(Libro III De las obligaciones, -
Cap. V De las obligaciones que na-
cen de los actos ilícitos).

IV.2.31. ZACATECAS, Código Civil para el Estado libre y-
soberano de:

Art. 142.- "No es lícito ejercitar el derecho-
de propiedad de manera que su ejer-
cicio no dé otro resultado que cau-
sar daños y perjuicios a un terce-
ro, sin utilidad para el propieta-
rio".

(Título IV De la propiedad, Cap. I
Disposiciones generales).

Art. 1197.- "Cuando al ejercitar un derecho se-
cause daño a otro hay obligación -
de indemnizarlo si se demuestra -
que sólo se ejercitó a fin de cau-
sar el daño, sin utilidad para el
titular del mismo".

(Título I Fuentes de las obligacio-
nes, Cap. V De las obligaciones -
que nacen de los actos ilícitos).

Merece especial mención como ya lo señalamos en el párrafo indicado con el número IV.2.20, el Código Civil para el Estado de Puebla por la forma en que el legislador trata el abuso del derecho.

El Código en cuestión regula de manera similar al Código Civil para el Distrito Federal el abuso del derecho al tratarlo en dos artículos el 986 y 2003, en el primer caso su contenido no es idéntico pero su esencia es equivalente; en cuanto al segundo solo hay variación de dos o tres palabras; a continuación transcribimos el contenido de los mencionados artículos.

1.- Capítulo Tercero, de la propiedad, artículo 986 que al efecto señala:

"es ilícito el ejercicio de los derechos reales cuando sólo causa perjuicio a persona distinta de su titular y sin utilidad para éste".

2.- Capítulo Vigésimo, titulado Reparación del daño causado por hecho ilícito, Sección Tercera, Abuso de los derechos, artículo 2003 que en su texto expresa:

"Cuando al ejercitar un derecho se cause un daño a otra persona, quien lo ejercitó tiene obligación de indemnizar a aquélla si se demuestra que ese ejercicio tuvo como fin causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

La particularidad de este Código se refiere a la inclusión textual del abuso del derecho en una de las fracciones del artículo que regula los hechos ilícitos.

Artículo 1961.- Son ilícitos:

I.

II.

III.III. El abuso de los derechos;

IV.

V.

VI.

VII.

VIII.

IX.

Y en lo que concierne al Capítulo respectivo titula su Sección Tercera Abuso de los Derechos; es de llamar la atención sobre este particular, porque ninguno de los treinta y uno de los códigos civiles restantes de la República mexicana han incorporado dentro de sus textos la denominación abuso del derecho, si bien es cierto dentro del contenido de los artículos y de los elementos que de estos se desprenden se configura el abuso del derecho ninguno lo ha denominado de tal manera.

Consideramos que al darle realce y denominación concreta a esta fuente de obligaciones por hecho ilícito, se generará un avance en el reconocimiento a nivel texto y por consiguien

te aplicabilidad de la figura en la práctica porque hasta ahora no tenemos conocimiento de que esta se realice (la práctica), contribuyendo a ello, tal vez que es un tema casi nunca tocado en las aulas y no tratado por la jurisprudencia.

CONCLUSION.- Todos los Códigos civiles de los Estados, así como el del Distrito Federal en los artículos correlativos al 840 y 1912 del Distrito Federal, son similares, cambiando únicamente el libro, capítulo, capítulo o título, a excepción de los códigos de Puebla Morelos y Nayarit, que incluyen textualmente "del abuso del derecho" sin que su texto sea diferente al resto de los textos mencionados.

C O N C L U S I O N E S

I. El criterio funcional. - Consideramos que una definición o concepto es limitativa porque solo reflejaría un uso me ramente predominante. Por las características connotativas de los términos pertenecientes a una estructura lingüística, los cuales no pueden estar totalmente establecidos por estar subordinados a circunstancias consideradas para su determinación.

Por ello, consideramos más enriquecedor si en lugar de dar una definición o concepto del abuso del derecho, apoyamos con nuestro trabajo el criterio que consideramos más completo y acorde con nuestra época.

Para nosotros es el criterio funcional, denominado así porque se refiere a la función social de cada uno de nuestros derechos; este criterio contempla la confrontación de los motivos del agente —elemento personal y subjetivo— con la función o sea el objeto del derecho (que es el elemento social y objetivo). De acuerdo con este criterio, lo que se busca proteger al regular el abuso del derecho es la función económico social del derecho que se ejercita.

Este criterio parte del principio de que cada derecho tiene un destino económico social, del cual no pueden separarse por la voluntad de su titular.

Cabe señalar que en ausencia de límites expresamente trazados por el legislador, la función del juez en cuanto a su labor interpretativa, propiciaría un mayor desarrollo de dicha figura.

II. El abuso del derecho y su reconocimiento en la legislación mexicana. En México el legislador ha regulado el abuso del derecho dentro del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República mexicana en materia Federal, en dos de sus artículos, el artículo 840 y el 1912, el primero que se refiere a la propiedad y el segundo a los derechos subjetivos, infiriéndose por el contenido de los artículos que se trata del abuso del derecho pues de manera expresa dicho ordenamiento no lo contiene con este nombre.

En el caso del artículo 840, el abuso del derecho se integra sólo por dos elementos, se cause un daño al ejercitar el derecho y no se reporte utilidad a su titular con su ejercicio.

Como vemos es posible que por tratarse de un derecho material no se haga necesario el elemento de intencionalidad, cuestión considerada de manera diversa por el legislador en el caso de los derechos subjetivos regulados en el artículo -

1912, en el cual se contienen tres elementos: 1) al ejercitar se un derecho que se cause un daño, 2) el ejercicio del derecho no reporte utilidad para su titular y, 3) se ejercite únicamente con el fin de causar daño. Ante los derechos subjetivos regulados en este artículo se incorporó el elemento de la intencionalidad, motivo por el cual se ha pretendido que dicha figura se asimile como un aparato especial de los hechos ilícitos; pues si bien es cierto que el abuso del derecho es el ejercicio de un derecho y con éste se cause un daño a otro, sin utilidad para el que lo ejercitó, también lo es que se da la antijuricidad, denominada antijuricidad material, en cuanto a que se contravienen el espíritu, los principios o los intereses que la norma aspira a proteger, lo que le da al abuso del derecho lo metajurídico que lo caracteriza, y hace que en su actual forma de regularlo se le trate de manera especial - dentro del hecho ilícito y no sea absorbido totalmente por éste; por no tratarse de un acto ilícito, tal como éste es contemplado por la doctrina, y tampoco se le puede seguir dejando suspendido en un punto intermedio como ha sucedido hasta - ahora.

Basándonos en lo anterior opinamos sería más conveniente orientar nuestra legislación hacia un criterio más general.

III. Delimitación dentro de otros preceptos.- El abuso del derecho debiera extenderse a todos los derechos subjetivos y no seguir sosteniéndolo como un tipo especial de hecho ilícito que en materia civil no ha lugar, como es el de nues-

tra legislación, para ello sería conveniente incorporarlo dentro de las disposiciones generales del Código, en cuanto a - que nadie debe abusar de sus derechos y por consiguiente contravenir la función económico social contenido en las normas.

Esto, tal vez sería posible si se hiciera su incorporación dentro del artículo 16 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, agregando de sus derechos, quedando el texto del artículo citado de la siguiente manera:

"Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades, de usar de sus derechos y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas"

O agregar, como ya dijimos antes, un artículo en especial dentro de las disposiciones generales del Código cuyo contenido fuera orientado por ejemplo, por el Código alemán parágrafo 226, que al efecto señala:

"El ejercicio de un derecho no es permitido si sólo tiene como objeto el causarle daño a otro"

Hemos considerado necesaria la regulación del abuso del derecho dentro de las disposiciones generales del Código Civil, pero no descartamos la posibilidad de que la figura sea delimitada en otros preceptos del mismo Código, como en el ámbito de las obligaciones a través de fórmulas flexibles que -

eviten caer al juzgador en formulismos rigurosos y permitan - desarrollar la creatividad de la jurisprudencia.

Consideramos de vital importancia que tanto la doctrina- como la legislación se orienten hacia el criterio funcional - en cuanto al abuso del derecho; por considerar que el elemento de la intencionalidad, predominante en criterios sustentados por otros autores es técnicamente más difícil de probar.

En cambio el criterio funcional, que va en relación a la función económico social de los derechos implica una mayor - flexibilidad para el juzgador, que permite la posibilidad de aplicación de los preceptos legales que lo contengan, sin que dar en letra muerta, como en la actualidad sucede con los artículos 840 y 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, pues en la práctica no han tenido eficacia.

IV. El abuso del Derecho y el Derecho Familiar.- Por último en el abuso del derecho el transgresor es protegido por una apariencia de legalidad, pero hay una discordancia entre el contenido aparente (formal) y el contenido verdadero (material). Sería conveniente extender el concepto a otro tipo de obligaciones como es el caso del derecho familiar, pensamos - que puede tener la figura del abuso del derecho una particular aplicación sobre todo como causal de divorcio o en artículo concordante, en este último caso ejemplo donde la mujer no este obligada a someterse a la voluntad del marido si de ésta resultare un abuso del derecho, caso de enfermedad venérea -

contagiosa, mujer en cinta o recién parida. Respecto la causal de divorcio el artículo 267 fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, en vigor a la letra dice:

"Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio:"

Consideramos interesante pensar en la posibilidad de modificar dicho texto incorporando un criterio que hiciera referencia a las ideas antes expuestas o en su caso adicionar dicho párrafo tomando en cuenta lo siguiente:

Padecer enfermedades venéreas contagiosas con frecuencia y seguir haciendo uso del derecho de débito conyugal en forma abusiva.

Lo anterior es de importancia debido al valor que tiene la salud tanto para la familia como para la sociedad; sobre todo porque se dan casos en que el marido que tiene relaciones sexuales fuera del hogar es propenso a adquirir dichas enfermedades y después cuando tiene relaciones con su esposa es altamente factible el contagio a ella, siendo un ciclo que se repite con mucha frecuencia; en la mayoría de los casos el conyuge afectado no recurre a la materia penal por los convencionalismos sociales y, el tratamiento médico en un gran por-

centaje de casos es rechazado por el conyuge enfermo pues éste generalmente se niega a reconocer su enfermedad.

V. El abuso del derecho en las legislaciones Estatales.
En relación a los demás Códigos Civiles de los Estados de la República mexicana, de un estudio comparativo se desprende - que treinta lo hacen de manera similar a la del Código Civil para el Distrito Federal.

La excepción la constituyen los Códigos Civiles del Estado de Baja California Norte, de Puebla y de Morelos, los cuales mencionan de manera expresa, dentro de su articulado, que se trata de abuso del derecho, pero en cuanto al contenido de sus - artículos respectivos, no hay variaciones de fondo en relación a los demás Códigos Civiles.

B I B L I O G R A F I A

I. AUTORES

- 1.- A. BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino, parte general I, Buenos Aires, 1955.
- 2.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, México: HARLA HAPLER & ROW LATINOAMERICANA, 3a. - ed., 1984.
- 3.- BIALATOSKY, Sara, Panorama del derecho romano, Ciudad Universitaria: U.N.A.M., 1982.
- 4.- CABANELLAS, G. y ALCALA ZAMORA, L., Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo, II, C-D, Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L. 12^a ed. 1979.
- 5.- _____ Tomo III, E-T
- 6.- _____ Tomo IV, J-O
- 7.- GIORGIANO, Virgilio, L' abuso del diritto nella teoria - della norma giuridica, Italia: Milano Dott. A.
- 8.- GUTIERREZ-ALVIZ y ARMARIO, Diccionario de derecho romano, Madrid: Reus, S. A., 1982.
- 9.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Puebla, Pue., México: Cajica, S.A. 5a. ed.
- 10.- HANS, Kelsen, Teoría pura del derecho, Buenos Aires: Editorial, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 10a. ed. - 1971.

- 11.- JOSSERAND, Louis, El espíritu de los derechos y su --
responsabilidad, Puebla, Pue., Méxi-
co: Cajica Jr., 1946.
- 12.- MARGADANT, Guillermo F., Derecho romano, Ciudad de México: -
Esfinge, S. A., 5a. ed., 1974.
- 13.- PEIRANO FACIO, Jorge, Responsabilidad extracontractual, -
Montevideo: Barreiro y Ramos, S.A.,
1954 (hay 3a. ed., Bogotá: Tanis, -
1982).
- 13.- PINEDA GONZÁLEZ, Guillermo M., La causal "desvío de poder" en dere-
cho administrativo mexicano, Tesis,
Ciudad de México: UNAM/ENEP "ACA- -
TLAN", 1984.
- 15.- PLANIOL, Marcel, Tratado elemental de derecho civil,
las obligaciones, Tomo VI de la Bi-
blioteca, José M. Cajica Jr. 1945,-
12a. ed. 627 págs.
- 16.- PUIG PEÑA, Federico, Compendio de derecho civil, Barcelo-
na, Barcelona: Nauta. T. I., 1966.
- 17.- RICCOBONO, "aemulatio", Nuevo Digesto Italiano T. I.
- 18.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho civil mexicano, Tomo V, Vol.
II, Ciudad de México: Porrúa, S.A.,
4a. ed. 1981.
- 19.- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, Abuso del derecho, Buenos Aires: --
Ediciones Jurídicas Europa-América,
1971.
- 20.- SANCHEZ MEDINA, A. y otros, Síntesis de geografía física y huma-
na, Ciudad de México: Trillás, 1969.
- 21.- SOLER, Juan José, Introducción al derecho paraguayo, -
Asunción, Paraguay: La colmena, -
1959.
- 22.- WARAT, Luis Alberto., Abuso del derecho y la laguna de la
Ley, Buenos Aires, Editorial Abele-
do Perrot, 1969.

II. CONSTITUCION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Título Segundo, Capítulo II, de las partes integrantes -
de la Federación y del Territorio nacional. art. 43.

III. CODIGOS

- | | |
|------|--|
| 1 .- | Código Civil del Estado de Aguascalientes, 1985. |
| 2 .- | " " " " " Baja California, 1986. |
| 3 .- | " " " " " Baja California Sur. |
| 4 .- | " " " " " Campeche. |
| 5 .- | " " " " " Coahuila, 1986. |
| 6 .- | " " " " " Colima. |
| 7 .- | " " " " " Chiapas, 1986. |
| 8 .- | " " " " " Chihuahua, 1986. |
| 9 .- | " " " " " Durango, 1985. |
| 10.- | " " " " " Guanajuato, 1977. |
| 11.- | " " " " " Guerrero, 1986. |
| 12.- | " " " " " Hidalgo, 1986. |
| 13.- | " " " " " Jalisco, 1979. |

- 14.- Código Civil del Estado de México, 1979.
15.- " " " " " Michoacán.
16.- " " " " " Morelos.
17.- " " " " " Nayarit.
18.- " " " " " Nuevo León.
19.- " " " " " Oaxaca.
20.- " " " " " Puebla.
21.- " " " " " Querétaro.
22.- " " " " " Quintana Roo.
23.- " " " " " San Luis Potosí.
24.- " " " " " Sinaloa.
25.- " " " " " Sonora.
26.- " " " " " Tabasco.
27.- " " " " " Tamaulipas.
28.- " " " " " Tlaxcala.
29.- " " " " " Veracruz.
30.- " " " " " Yucatán.
31.- " " " " " Zacatecas.

INDICE GENERAL

	PAGS.
INTRODUCCION.....	4

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Puntos a tratar.....	6
I.1. En el derecho romano.....	7
I.2. La teoría clásica del abuso del derecho.....	11
I.3. El punto de vista contrario.....	

CAPITULO II

DEL ABUSO DEL DERECHO EN DERECHO COMPARADO

Contenido.....	19
EN PAISES EUROPEOS ASIATICOS Y ANGLOSAJONES	

	PAGS.
II.1. Derecho europeo continental.....	23
II.1.1. Derecho alemán.....	23
II.1.2. Derecho español.....	26
II.1.3. Derecho griego.....	29
II.1.4. Derecho italiano.....	29
II.1.5. Derecho polaco.....	32
II.1.6. Derecho portugués.....	32
II.1.7. Derecho ruso.....	33
II.1.8. Derecho suizo.....	35
II.2. Derecho asiático.....	37
II.2.1. Derecho turco.....	37
II.3. Derecho anglosajón.....	37

EN EL CONTINENTE AMERICANO

II.4.1. En países de América.....	40
II.4.2. América Central.....	40
II.4.3. Derecho costarricense.....	41
II.4.4. Derecho salvadoreño.....	41
II.4.5. Derecho guatemalteco.....	41
II.4.6. Derecho hondureño.....	41
II.4.7. Derecho nicaragüense.....	41
II.4.8. Derecho panameño.....	42
II.4.9. Derecho puertorriqueño.....	42
II.4.10. Derecho dominicano.....	44

	PAGS.
II.4.11. Derecho argentino.....	44
II.4.12. Derecho boliviano.....	45
II.4.13. Derecho brasileño.....	45
II.4.14. Derecho colombiano.....	46
II.4.15. Derecho chileno.....	47
II.4.16. Derecho ecuatoriano.....	47
II.4.17. Derecho paraguayo.....	48
II.4.18. Derecho peruano.....	48
II.4.19. Derecho uruguayo.....	49
II.4.20. Derecho venezolano.....	49

CAPITULO III

EL ABUSO DEL DERECHO FRENTE A OTRAS FIGURAS

III.1. La correlación o diferencias.....	53
III.2. El derecho y la moral.....	53
III.3. El fraude a la ley.....	56
III.4. El desvío de poder.....	57
III.5. Conflicto de los derechos.....	59
III.6. La laguna de la ley y el acto abusivo.....	61

CAPITULO IV

SU MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Delimitación.....	66
-------------------	----

	PAGS.
IV.1. Del abuso del derecho en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal..	67
IV.1.1. El abuso del derecho y el tipo de acto.....	76
IV.1.2. El abuso del derecho sancionado como hecho ilícito.....	79
IV.2. Del abuso del derecho en los Códigos civiles de la República mexicana (ámbito estadual).	88
IV.2.1. Aguascalientes.....	89
IV.2.2. Baja California Norte.....	90
IV.2.3. Baja California Sur.....	91
IV.2.4. Campeche.....	92
IV.2.5. Coahuila.....	92
IV.2.6. Colima.....	93
IV.2.7. Chiapas.....	94
IV.2.8. Chihuahua.....	95
IV.2.9. Durango.....	95
IV.2.20. Guanajuato.....	96
IV.2.11. Guerrero.....	97
IV.2.12. Hidalgo.....	98
IV.2.13. Jalisco.....	98
IV.2.14. México.....	99
IV.2.15. Michoacán.....	100
IV.2.16. Morelos.....	101
IV.2.17. Nayarit.....	101
IV.2.18. Nuevo León.....	102
IV.2.19. Oaxaca.....	103

	PAGS.
IV.2.20. Puebla.....	104
IV.2.21. Querétaro.....	104
IV.2.22. Quintana Roo.....	105
IV.2.23. San Luis Potosí.....	105
IV.2.24. Sinaloa.....	106
IV.2.25. Sonora.....	107
IV.2.26. Tabasco.....	108
IV.2.27. Tamaulipas.....	108
IV.2.28. Tlaxcala.....	109
IV.2.29. Veracruz.....	110
IV.2.30. Yucatán.....	111
IV.2.31. Zacatecas.....	112

CONCLUSIONES

I El criterio funcional.....	116
II El abuso del derecho y su reconocimiento en la legislación mexicana.....	117
III Delimitación dentro de otros preceptos.....	120
IV El abuso del derecho y el derecho familiar....	120
V El abuso del derecho en las legislaciones estatales.....	122

BIBLIOGRAFIA

I Autores.....	123
----------------	-----