REPUBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE NARIÑO

JULIO RODRIGUEZ ACOSTA

E L E J E R C I C I O D E L O S D E R E C H O S

EN LA TEORIA DE LA CULPA.

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR
EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

1952

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS
PASTO - COLOMBIA
No. 19263 Fl. 4
Valor $ 900m/c Vol. —
Fecha 22-II-57 Dup. x
Cod. Derecho Canje —
Ubicación autor Compr. —

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

P A S T O.

D 346.5
R 63

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD
DE NARIÑO

Dr.Gonzalo Pérez Castro

SECRETARIO

Dr.Manuel E. Guzman

PRESIDENTE DE TESIS

Dr.Manuel Antonio Coral

EXAMINADORES:

Dr. Manuel Antonio Coral

Dr.Miguel Angel Alvarez

Dr.Hernando de la Rosa

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. Manuel Antonio Coral.

D E D I C A T O R I A

Dedico este modesto estudio:

A MIS PADRES:

Virgilio Rodríguez G. y Isabel Acosta de Rodríguez

A MIS FAMILIARES:

En prueba de gratitud.

A MI AMIGO:

Dr. Manuel Antonio Coral, catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNIVERSIDAD DE NARIÑO.

EL AUTOR.

INFORME DEL PRESIDENTE DE TESIS

Pasto, febrero 20 de 1952

Señor:
Rector de la Universidad de Nariño
Presente

El Señor JULIO RODRIGUEZ ACOSTA, para que la Universidad le confiera el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, ha escrito su tesis de grado que titula: "EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA TEORIA DE LA CULPA".

La Tesis del señor Rodríguez Acosta es una obra completa, de más de doscientas páginas, sobre uno de los más importantes y difíciles temas del Derecho Civil: "EL ABUSO DE LOS DERECHOS".

En nuestro medio, con muy pocas obras de consulta, no era muy fácil desarrollar un tema tan profundo, tan controvertido y de tan vastas proporciones actuales. Sin embargo, todo lo ha vencido la constancia, el esfuerzo y la inteligencia del alumno.

El Señor Rodríguez Acosta, en desarrollo de la materia escogida, principia desde el Derecho Romano; expone todas las doctrinas existentes al respecto y las ilustra con la cita oportuna de todas las mejores obras que, en todos los tiempos, se han escrito, y se detiene especialmente en el estudio de las tres teorías fundamentales que constituyen la síntesis más luminosa a que ha llegado la ciencia en tan debatida cuestión. La teoria MORAL O INTENCIONAL DE RIPERT, que enseña que hay abuso del Derecho cuando este con la sola INTENCION de perjudicar a los demás; la teoría FUNCIONAL O TELEOLOGICA DE JOSSERAND, que sostiene que hay abuso del derecho no sólo cuando se ejercita con intención de perjudicar, síno tambien cuando el derecho se ejercita en forma contraria A SU FIN SOCIAL Y ECONOMICO, y la teoría de los hermanos Mazeaud, que afirma que el abuso del derecho no es otra cosa que una culpa que se comete en su ejercicio. El autor de la tesis, con Planiol y otros juristas, no es partidario de esta nomenclatura falsa del ABUSO DEL DERECHO. Francamente, un derecho fuera de sus límites, en el campo de lo ilícito, no es un derecho. El derecho y el abuso son contrarios. El derecho termina donde principia el abuso. Pero el derecho ejercido dentro de sus justos límites, en algunas ocasiones, puede tambien producir perjuicios. En tales casos, el autor del perjuicio será responsable únicamente cuando haya incurrido en culpa en el ejercicio del derecho. En mi concepto, esta parece ser la teoría de los hermanos Mazeaud y el pensamiento final del autor de la tesis. Al englobar el ejercicio del derecho en la teoría de la culpa, el señor Rodríguez Acosta, con franqueza y buenas razones, critica las teorías de Ripert y Josserand, como tambien la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia, en cuanto ella es contradictoria y se funda en la enseñanza errónea de estos dos grandes jurisconsultos franceses.

La Tesis del señor Rodríguez Acosta es muy interesante. En ella encontrará el estudiante, el juez, el magistrado y el jurisconsulto todos los datos que necesiten sobre esta importante materia; desde las más antiguas hasta las más modernas inquietudes se encuentran allí. Esta tesis está a la altura de aquellas que raras veces se presentan en las facultades universitarias y que son, por sus muchos méritos, la expresión más exacta de lo que valen la vocación, el carácter y la consagración intelectual de sus alumnos ejemplares.

En mi condición de Presidente de Tesis, honor que mucho agradezco, estimo que el trabajo presentado por el señor JULIO RODRIGUEZ ACOSTA, que acabo de estudiar, es más que suficiente para que la UNIVERSIDAD DE NARIÑO le confiera, con nota de aplauso, el título de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS y mande imprimir por su

cuenta la tesis, toda vez que ella constituye un timbre de verdadero honor tanto para el graduando como para la Facultad de - Derecho.

Del Señor Rector, con sentimientos de la más distinguida consideración y aprecio, me honrro en suscribirme,

Su afmo. amigo y S.S.

FDO.MANUEL ANTONIO CORAL

Decano de la Facultad de Derecho
Profesor de Derecho Civil.

I N T R O D U CC I O N

Al procurar escoger el tema objeto de esta tesis, brilló ante mis ojos el amplio panorama que las ciencias jurídicas ofrecen aquién se adentre en su estudio. El derecho, ciencia eminentemente social, un producto de las generaciones, de su energía, de su experiencia, de sus modalidades; una lucha incesante aun contra los mismos intereses que necesita chocar, presenta múltiples facetas, tan múltiples como el hombre mismo. He buscado ante todo, un tema de derecho civil, porque a más de sentir por él una vocación irrevocable, el derecho civil es el que ha logrado, por decirlo asi, concretar en su seno las normas directrices que informan todas las ciencias jurídicas.

Insaculando los temas del derecho civil, he preferido el del ejercicio de los derechos en la teoría de la culpa, por ser uno de los temas más fecundos en la teoría, y hoy más que todo en la práctica. Mi debilidad en la exposición, y por la falta de una conciencia jurídica razonada, únicamente me he concretado en el deber de reglamento, para optar un título profesional. A las razones expuestas, hay que añadir, y como problema fundamental, la falta de obras de estudio y de consulta, y más que todo, el afán de coronar muy pronto mi profesión.

En la parte tercera de este modesto trabajo, se ha insertado varios pasajes de la jurisprudencia colombiana, con el sincero deseo de procurar un aporte a la labor de divulgación de la obra realizada por nuestros Tribunales y la Corte Suprema de Justicia, y por otra parte, demostrar a la posteridad, lo inaudito y lo inconciliable que ha sido el tema del abuso de los derechos. Los contradictorios conceptos emitidos por los tribunales mencionados, hacen de aquélla teoría, un subterfugio irremediable de falsa aplicación.

El abuso de los derechos, figura hoy, en el desarrollo moderno de las interpretaciones, como institución discutida e inaceptable. Muy lógico y mesurado, ha sido nuestro código civil, en no haber dado cabida a semejante teoría. Los redactores de éste código, han tenido mucho de presente, que las modalidades de la responsabilidad extracontractual, son suficientes para englobar nuestra tesis. La responsabilidad civil, ha sido considerada, como la obligación de indemnizar el perjuicio que con un hecho culpable se ha causado a una persona. Es decir, ha surgido, la culpa, el perjuicio y un vínculo de causalidad que una a los dos. De allí que, la prerrogativa , de abuso de los derechos, sea nada menos, que errores de conduc

ta,que su resolución no necesita recurrir a este laberinto del abuso de los derechos.

Pretender encontrar abuso en el mismo derecho,es negar el derecho en sus faces más elocuentes de su producción, es negar la justicia y proclamar el latrocinio y la-ilicitud, es buscar la operancia de ciertas formas inaceptables con el proceder de los hombres.

Un formidable predominio ejercido en la época - presente por las ciencias económicas en especial, por las sociales en general, ha modificado notablemente las doctrinas y orientado los criterios en el campo jurídico en una - forma adecuada, de defensa de los intereses protegidos por el derecho.

Por ello advertimos, que no debe causar extrañeza en manera alguna, el criterio que he sostenido en esta monografía, ya que, discrepancias mucho mayores y más ardorosas, se han suscitado en el curso de los tiempos a este respecto. Las obras de eminentes jurisconsultos y la actitud-misma asumida por varias legislaciones, nos demuestran hasta la saciedad, que aun todavía no se ha dicho la última palabra en derecho.

\+ + +

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA TEORIA DE LA C U L P A

PARTE PRIMERA

CAPITULO I

EVOLUCION GENERAL SOBRE LA TEORIA ABUSO DE LOS DERECHOS

EL DERECHO ROMANO

Muy largo y debatido sería entrar en búsqueda de un criterio adecuado, para solucionar, lo que pudo haberse entendido por ABUSO DE LOS DERECHOS. Si se tiene en cuenta la importancia de la teoría y la multiplicidad de conceptos lanzados en pro y en contra, muchos de ellos, quizá matizados de relativos principios, ninguno de ellos se acuerda, a una forma general de consagración, que pretenda demostrar con maestría lo que se ha denominado en el mundo del derecho por "abuso de los derechos".

El principio, tantas veces comentado, por los aficionados a estas disciplinas, del QUI JURE SUO UTITUR NEMINEM LAEDERE, sólo tiene su vivencia en cuanto concuerda con aquél otro principio del Derecho Romano, que tan sabio monumento hizo exclamar a Paulo, de que todo lo lícito es honesto "Non omne quod licæt honestum est", conceptos estos que, se sustentan para alcanzar una armonía en su sistematización jurídica.

Según la observación de Georges Cornil (Cita de Josserand) en su obra de derecho romano, se expresa:..."parece que el jurisconsulto Gayo formulaba ya una teoría general del abuso de los derechos, cuando, para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dóminos de maltratar a los esclavos, proclamaba que nos debemos medir en nuestro derecho: "Male enim nostro jure uti non debemus".

Igualmente el Romanista, CArlos Appleton, según cita de Josserand, nos ha manifestado: ...."la teoría del abuso es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del derecho romano, yendo del derecho estricto hacía la equidad." .La evolución que ha experimentado esta teoría,especialmente en el derecho romano, ha observado el Profesor Josserand, que se remonta hasta las DOCE TABLAS para terminar en la famosa definición de Celso "Jus est ars boni et aqui", asi como en la afirmación no menos célebre de Paulo: "Non omne quod licet honestum est". La odiosa máxima "Dura lex sed lex",que no parece ser verdaderamente romana, a decir de Josserand, es completamente falsa como expresión del derecho romano de la bue.

na época, y que debe ceder ésta fórmula, el paso a su antagonista "Summum jus summa injuria". Igual cosa, el derecho pretoriano, en su admirable y armonioso desenvolvimiento, constituye la más brillante ilustración y como la marcha triunfal de la teoría del abuso del derecho. Cita de Josserand.

Cuando el pretor romano sienta una fórmula en que no se comete injuria al ejercerse el propio derecho, no es más que una distensión de su profundo y verdadero sentido, si con ello, queda entendido que ese ejercicio del derecho no puede verificarse con desconocimiento de lo que honestum est.

Las contribuciones de los jurisconsultos romanos a la teoría jurídica general y con especialidad al tema objeto de este estudio fueron sorprendentemente eficaces. Aquellos jurisconsultos fueron grandes practicadores del derecho, poco interesados en pensamientos especulativos. Muchas de sus afirmaciones, casi en forma general, revisten el brillo y la solidez de los axiomas matemáticos, debiéndose sus concepciones a una influencia extraordinaria de la filosofía griega.

La filosofía estoica, que ejerció una fuerte y perdurable influencia en los jurisconsultos romanos, contribuyó en una forma excitosa a la ponderación de una teoría, que es hoy, la aplicación de aquellos principios sostenidos en forma diferente y a su entender por los jurisconsultos. Los más celebrados maestros y practicantes del derecho romano fueron discipulos de la Stoa. (kübler, Atti del Congreso Internazionale di Diritto Romano), según cita del expresado romanista nos enseña: "... esto es cierto, casi sin excepción de los jurisconsultos más antiguos. Pertenecía al círculo de Escipión el joven, que vivió a principios del siglo II antes de Jesucristo. El centro espiritual de ese circulo era el filosofo griego Panaecio. Algunos de los iniciadores y constructores del derecho clásico pertenecieron a este grupo. Según afirma Pomponio, Publio Muscio, Brutto y Manilio pusieron los cimientos del derecho civil. Dig. 1.2.2.2.39. El primer intento de exponer toda la estructura del derecho civil en un tratado sistemático lo hizo, según el mismo Pomponio, Quinto Muscio Scaevola".

La expresión de Paulo, tan fundamental en la valoración de esta materia, hállase recopilada en el Digesto Libro 50 Tit.17 Ley 144, es decir, en aquél notable título destinado a insertar diversas reglas del antiguo derecho: "de diversis regulis juris antiqui". Es digno de tener en cuenta, que ésta regla del derecho romano, transcrita por Paulo, tal como

lo observa Pachioni, en su obra Corso di Dirrito romano, se refiere a que, en el ejercicio de los derechos propios no implica injuria o daño injusto, salvo que su titular obre dentro de lo que es honesto, o sea, sin desvirtuar el fin del derecho mismo.

Importante, resulta transcribir lo que nos dice Pacchioni sobre los aforismo romanos: "No de otro modo cabe comprender como, al lado de la máxima non omne quod licet honestum est, se añada: Nemo damnum facit, nisi qui id fecti, quod facere jus non habet , osea, que nadie hace daño salvo aquél que haga lo que no tiene derecho a hacer.Añade el Pretor Paulo en que no se concibe a que hace violencia el que usa de su derecho y ejercita la acción ordinaria: Non videtur vim facere, qui jure suo utitur, et ordinaria actione experitur, sinembargo el pretor romano nos indica que entre dos caminos a seguir por el que usa de su derecho, ha de escogerse por aquél que conduzca a una solución más benigna."

Por los aforismos considerados como intocables por los juristas, han llegado a sacrificar su tesis, indicando que ignoraron completamente las teorías, que hoy dizque, son modernas del abuso de los derechos; más en la cita de aforismos, pronto llegaremos a una conclusión, que existen muchos aforismos de persistente aplicación como los: Malitiis non est indulgendum; Summum jus summa injuria; para la demanda del acreedor contra los fiadores del deudor que se declaró dispuesto a pagar; etc., con lo cual nos dá a entender que las teorias que son modernas del abuso del Derecho, han tenido su vigencia en la época justinianea, con resultados y prácticos sorprendentes, que hoy hacen loor al Corpus Juris Civile como el más perfecto de su tiempo.

Siguiendo estas diatribas, Modestino señaló que en las uniones conyugales, se ha de considerar siempre no sólo lo que sea lícito, síno también lo que sea honesto: Semper in conjunctionibus non solum,quid liceat, considerandum est,sed et qui honestum sit; estas apreciaciones buscan tener realidad,con lo expresado por Ulpiano sobre los tres principios del Derecho: Vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo: Jura praecepta sunt hacec:honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere.

Ante las máximas transcritas, podemos manifestar,que si los romanistas distinguieron la moral del derecho Non omne quod licet honestum est, no dejaron de tener siempre de presente el contenido ético del derecho; es decir que si en sus apotegmas no se alcanza a divisar, una distinción especulativa entre la moral y el derecho, en la práctica, sin embargo, los juristas romanos se daban cuenta de los límites que separaban la

esfera del derecho de la esfera de la moral.

Teniendo en cuenta la evolución del derecho romano, desde su formación arcaica, hasta la época justinianea, se verá como al lado del jus civile, y perfeccionándolo, actuó la justicia inherente al derecho honorario o pretoriano y ello aún - antes de la LEX AEBUTIA (Dirrito Romano.Betti.Pgs.46-7) .

L A E Q U I D A D

El principio Summum jus summa injuria preconizada - por el jusisconsulto romano Ciceron, constituyó, un formidable- instrumento para colocar el pensamiento del derecho a las exigencias de una ordenación social. (Spota.D.Civil) asi se decía: "el campo de aplicación de la equidad, la cual fué un poderoso factor de formación del derecho a travez, del jus edicendi del pretor y del procedimiento formulario, y sobre todo por medio - del jus gentium cuyos elementos surgen ex fide bona, derecho este último de base equitativa que influyó notablemente en el - jus civile, eliminando las iniquitates. Aquí reside la explicación del summum jus summa injuria; al rigor del derecho anti - guo sobreviene el derecho de gentes, el derecho honorario. Por- eso, se ha dicho que las normas anticuadas del derecho civil - no eran aplicadas en la práctica, constituyendo un nudum jus."

LA REGLA MALITIIS NON EST INDULGENDUM

Es Celso, que estableciera este principio, tratando el derecho como un arte, bien lo expresa el profesor Riccobono, como sistema de lo bueno y equitativo. "La aequitatis ratione, en el fondo, viene a declarar la concordancia entre el derecho y las siempre evolucionadas formas exigentes de la vida social: transformación de las costumbres, mejor sentido ético, mayor - clementia, benignitas, pietas, caritas, moderatio, humanitas, más grande valoración de la buena fé: he ahí la lección que nos dá el derecho romano en las etapas de su desarrollo, lo cual únicamente ha de alcanzarse, en cualquier derecho, cuando a los poderes jurídicos sólo se los concibe en armonía con el fín de - cada institución"

A la definición de Celso, que se encuentra recopilada en el Lib.I Tit.I, Lex I.Pr.del Dig., hay una expresa adhesión de Ulpiano, quién manifiesta, que el estudioso del derecho, para llegar a su alta interpretación, es necesario que conozca el origen determinante de la palabra Jus "Por cuyo motivo alguién nos llama sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando ser buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas síno tam -

bién con la incitación a los premios, buscando con ansía, si- no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente".Trad.de Garcia del Corral. Tom.I.Pag.197.

Celso, al desplegar su máxima, tan humanizante y - fecunda en consecuencias jurídicas, según la expresión: "La - malicia no merece indulgencia"; principio éste que ha tenido- una práctica elocuente, porque al decir del monumento Romano, el Digesto, le ha dado prácticas satisfactorias, hasta decir, que en su aplicación en el supuesto considerado por Celso,del adquirente de buena fé de un fundo que edifica o planta en él, siendo luego reinvindicado, un buen juez las resolverá según- las personas y las causas. "Si el dueño del fundo, hubiera de bido efectuar lo mismo que hizo el adquirente a non domino;en tonces el reivindicante, ha de devolver los gastos, en cuanto se hizo de más valor, pero sólo en esa medida, no obstante el aumento del precio del fundo.Pero si el reivindicante es po - bre, de tal modo que si fuera obligado a efectuar esa reinte- gración, quedará privado de sus lares y de los sepulcros de - los antepasados, en ese supuesto basta que al reivindicado se le permita retirar aquellas cosas que pueda, con tal que el - fundo no quede más deteriorado que sim en el comienzo de la e dificación no se hubiera hecho.Claro está que el reivindican- te está dispuesto a reembolsar lo que habría de obtener el - reivindicado de tales cosas que retirase,entonces le asistirá ese derecho.Ahora, si el reivindicado, procediendo de mala fe, pretendiera sacar cosas de las cuales no conseguiría otro re- sultado que causar daños; como si resolviese arrancar el estu co que hubiera puesto o destruir las pinturas, no se ha de - permitir que lleve a cabo tales actos.Por fín, si el reivin-- dicante ya tuviese resuelto vender el fundo al recobrarlo, y- si él se reintegra el valor de lo invertido, entonces el rei- vindicado ha de ser condenado". Riccobono. Le droit Romain.

Estas significaciones tomadas de los comentadores- del derecho romano, nos hacen apreciar, que, lo que hoy se co noce con el nombre de "Abuso de los derechos", lo tenían muy- de relieve: pues, el reivindicado, a quien no se le reembolsan las mejoras necesarias, que el pobre reivindicante no puede a bonar, tiene éste derecho a poderlas retirar, pero no produ - cir actos que le reporten una necesaria utilidad manifiesta e conómica alguna; ya porque exista una intención maléfica, o - por cualquier otro ánimo inconfesable, es evidente, que una - persona puede proceder de esa manera, destruyendo sus mismos- valores sin provecho alguno para si mismo.Esa circunstancia,a si desviada del fin por el cual se concede el derecho a reti.

rar las mejoras, no puede estar vinculada por un amparo legítimo, ya que ello sería propiciar el dolo, la malediciencia, reñida con la ética moral.

Las enseñanzas del derecho justinianeo y las manifestaciones prácticas de Celso, nos hacen entender, la existencia adecuada de la totalidad del derecho subjetivo, importando esta situación hasta el humanizado derecho honorario, partiendo del derecho arcaico, que sistematizó la teoría llamada del abuso de los derechos, en una concepción netamente moral, procurando desbastar, el término abuso del derecho, de los principios sostenidos por Celso y Ulpiano, en sus apotegmas enunciados.

Si proseguimos en un análisis lógico, alrededor del principio romano sobre el punto que venimos comentando, llegaremos con las enseñanzas de Gayo, a una determinación social del derecho, naturalmente, separando en un todo la moral del derecho, y buscando una fórmula social, para ponerlo en aras del propio pueblo, quién en sus duras faenas, no significaba atribuir situaciones dolosas a la aplicabilidad, de los derechos de familia, propiedad, contratos, sucesiones, etc.; atribuyendo todas estas naturalizaciones a un divorcio pleno entre la norma subjetiva (moral) del derecho objetivo normativo; estos criterios tan restrictivos, y más bien relativos, buscaba una fórmula de interpretación, tales como la de expresar " en que no debemos hacer mal uso de nuestros derechos", una esfera relativa, que se interponia la esfera social a la producción de los mismos derechos, pero ejercidos en una forma absoluta, tal como ha entendido el comentador Betti, al ensayar los dominios absolutos del ejercicio de los derechos particulares.

Sebastían Soler, en el Tomo I. de su tratado de Derecho Penal, al referirse al ejercicio normal de un derecho, es decir, lo que se llama ejercicio sistemático de un derecho, con adecuación y conformidad con la norma jurídica nos dice: "a priori no puede decirse injusto o inmoral el exceso en el ejercicio del derecho, en cuanto puede ser dirigido a obtener fines respetables". Con estas significaciones de Soler, podemos advertir, que hay un olvido, quizá perentorio, de la teoria del abuso, porque, no solamente hay exigencia de fines respetables, de quien ejerce un derecho, sino que esos fines deben estar en acordancia con la norma jurídica. La forma de conducirse el hombre cuando incurre en desviación de su derecho, dice Spota puede subsumirse en los fines sociales o económicos en vista de los cuales la prerrogativa del individuo es amparada por la norma legal.

A decir de Betti en su obra Diritto Romano "..la evolución eterna que el derecho sufre, encuentra en esto una elegan-

más a todos los casos la prohibición del mal uso de las propias cosas".

Por lo transcrito, podemos pensar que el texto contundente de Scialoja, de ninguna manera concuerda con el pensamiento prohijado por Gayo, ya que la concepción de que si se debiese prohibir todo mal uso de la propia cosa, se debería someter todos los actos humanos a un perpetuo "contralor", el cualdestuiría toda libertad; ni menos pensamos que la solución acordada sea una mera excepción, explicable por las razones políticas y de humanidad que indique el autor de la notable investigación de la teoría de los actos emulativos. Igualmente se trata, de que el contexto de Gayo, como sostiene el citado comentador, se encuentre aislado de los aforismos y definiciones de los jurisconsultos romanos, apartándose de la hipótesis particular contemplada.Más en el pasaje de Gayo media, por sí, ese contenidogeneral; ni tampoco.sería legítimo de esperarse que se trate de una limitación aislada y casi única del derecho sobre las cosas propias, eso ya aparece como menos verosimil.

Sin embargo, Scialoja, en otro pasaje, reconoce queel acto de emulación quedaba vedado en el derecho justinianeo.- No hay que partir de elementos subjetivos determinantes de la procedencia de sus actos personales; a lo inverso, el límite en el ejercicio del poder juídico del sujeto está dado por la intención que revela su conducta.

Es evidente que no hay que pensar en una aislada aplicación de la doctrina de los actos emulativos, cuando se observa que, al lado de textos que nos hablan del derecho estricto en el ejercicio de las facultades, existen por tanto, otros textos tan categóricos como aquéllos que vedan la conducta maliciosa en el ejercicio de tales prerrogativas, o el ejercicio abusivo de nuestra cosa, o que prohiben el acto *animo nocendi* en el aprovechamiento de los campos, o en general que vedan el acto dañoso sin provecho propio y que impiden a alguién realizar algo que le es útil y que a nosotros ningún perjuicio nos causa.

Por lo expuesto, en la concepción del derecho romano, encontramos varios aforismos, que en interpretación autoritaria, si dieron aplicación a la teoría del abuso, que hoy han apellida do los autores como novedad. Cabe resolver ahora, si el abuso de los derechos habían sido sancionados en el derecho romano, si contestamos por la afirmativa, preguntamos ¿Cuál era el criterio determinante para concebir esta teoria ?.Solución ésta, que la encontraremos al comentar cada uno de los temas propuestos, para sistematizar nuestra tesis.

EL ABUSO DE LOS DERECHOS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

La Concepción romana, con respecto al derecho de propiedad, según decir a la multiplicidad de jusrisconsultos, era exclusiva y absoluta; era el derecho de gozar y de disponer de una cosa, de una manera absoluta, dentro de los límitesfijados por las leyes: PLENA IN RE POTTESTAS QUATENUS JURIS RATIO PATITUR; con sus tres elementos: Jus utendi,fruendi y abutendi, se consolidaba lo que llamaron la plena propiedad.

Según cita de Demolombe, desde el mismo derecho romano, el abuti como derecho o facultad que atane al propietario sobre la cosa de su propiedad sólo juega en tanto no se dañe a los terceros y, desde luego, a la sociedad misma.Demolombe, nos quiere demostrar con esto, que no pretendieron sancionar un individualismo tan à outrance que significara el desprecio más absoluto al elemento social, o propiedad función social, como lo ha apellidado nuestra carta costitucional sin ningún tino.

En el Corpus Juris Civile, encontramos, con gran satisfacción, las limitaciones al dominio del derecho de propiedad, dando una manifestación, que nuestros derechos subjetivos no pueden ejercerse, por más absolutos que se produzcan, contra el espíritu de la norma social AGENDI, del derecho objetivo.

Al recordar los eternos principios de razón y de justicia, traídos hábilmente por el Digesto: Alterum non laedere, suum quique tribuere, que, con el honest vivere, no son más que una trilogía evidente sobre las limitaciones al ejercicio de los derechos que emanan del Corpus Juris Civile.

Si en un principio el derecho de propiedad, tuvo un carácter objetivo, puramente individualista, esa concepción se atenúa progresivamente en provecho de su carácter social.

Las manifestaciones del derecho de propiedad,se nos presenta, cuando con entereza de facultades, podemos sacar de las cosas todas las ventajas que nos pueden suministrar en forma exclusiva o definitiva; si fuésemos más severos, podemos manifestar que el derecho de propiedad es el único derecho realpleno, pelnitud, que se divisa en cuanto podemos sacar todas las ventajas y garantías que de acuerdo con su destinación económico y social nos suministran las cosas; a igual que el titu

lar propietario puede disponer libremente de todas las ventajas que está autorizado para sacar de la cosa, es lógica la disertación de Demolombe, cuando expresaba (Tomada de Tomás Raynal) "Pero importa todavía señalar que tales excesos, que son, en verdad, - la consecuencia inevitable de su derecho absoluto de propiedad, no constituyen sin embargo, por si mismos, un modo de ejercicio de ese derecho, que las leyes reconocen y aprueban. La palabra - abuty de los romanos expresaba solamente la idea de la disposición, no de la destrucción; y la ley romana proclamaba: Expedit re republicae ne sua re quis male utatur "pues conviene a la república que nadie use mal sus bienes ".....Pero, finalmente, es necesario reconocer que, siendo absoluta, la propiedad confiere, si no en derecho, al menos necesariamente en el hecho, al propietario, el derecho de abusar de su cosa; porque dejaría de ser absoluta sin ello; y toda restricción preventiva, implicando una- lesión al derecho mismo del propietario, tendría asi muchos más peligros que ventajas. "Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaria en constituirse juez del uso; y toda verdadera idea de propiedad y de libertad sería perdida".

Materializando la idea de propiedad romana, encontraremos que el derecho estaba organizado exclusivamente en beneficio del interés privado, el interés social o colectivo no tenía- ninguna importancia, sin embargo, no era absoluta la concepción- ya que, los eternos principios de la buena fé, la equidad y la - justicia eran siempre tenidos como sancionadores en caso de ex - trema actuación en el ejercicio de éste derecho.

El correr de los tiempos y bajo la imperancia de la idea social, ha trastrocado el concepto absolutista de la propiedad, y lejos de ser un principio sancionado por el derecho natural, hoy las leyes positivas le han consagrado como un derecho - relativo sujeto a muchas limitaciones en función de la sociedad.

Concluimos: el derecho de dominio en la organización romana, era bastante individualista. Si legalmente no hubo dis - posición expresa que sancionara todo exceso en el ejercicio del derecho, más que los eternos principios de justicia, si nos dá - margen para estacionar nuestro pensamiento, de que fueron sancionados los ejercicios culposos o dolosos de los actos humanos, los que han servido de fundamento para estereotipar la doctrina en mientes de grandes jurisconsultos contemporáneos sobre la teoría "Del Abuso de los derechos".

Sería necesario recordar lo que entendió el derecho - romano y lo que hoy se ha consagrado en nuestro código civil co-

mo uno de los modos de adquirir el dominio, la Accesión. El principio establecido de que todo lo vinculado materialmente al suelo, pro construcciones, plantaciones, siembras, etc.accede a dicho suelo, superficies solo cedit, y aquél otro que se traducía en el derecho del que ejercía la reivindicación a obtener la cosa en el estado en que se hallaba, tuvieron por efecto, en el comienzo,negar al edificador en suelo ajeno compensación alguna.Stolfi,al comentar a Celso para quién el buen juez debe decidir de diverso modo según las personas y las causas (bonus judex varie ex personis causisque constituet),ya que la buena fé del constructor era digna de contemplarse.Además, en el derecho de justiniano se elevó a principio general la regla, de tanto contenido moral y social, de que nadie debe enriquecerse en detremiente ajeno (Nemo ex aliena jactura locupletari debet). Riccobono.

A decir de Garcia de Corral en su tratado de Derecho Romano, al referirse a un párrafo de las Institutas,traducía:"Si alguno hubiere edificado con sus materiales una casa en suelo ajeno-la casa se hace de aquél de quién tambien es el suelo.Pero en este caso, el dueño de los materiales pierde la propiedad de ellos,porque se entienden enajenados por su voluntad;solamente, si no se ignoraba que edificaba en suelo ajeno: y asi, aunque la casa haya sido derruida, no puede, sin embargo, vindicar los materiales.Es,verdad, constante, que si, constituído el constructor en posesión, el dueño del suelo pretendiese que la casa era suya, y no pagase el precio - de los materiales y los jornales de los trabajadores,puede ser repelido por la excepción de dolo malo; solamente, si fué poseedor de - buena fé el que edificó: pues al que sabía que el suelo era de otro puede oponérsele su culpa, porque había edificado temerariamente en aquél suelo que sabía era de otro". Como vemos,la exceptio doli ha sido una brillante aplicación al principio denominado abuso de los-derechos.Creo, no se trate de una aplicación, porque la exceptio doli es suficiente, ya que, el edificador de buena fé podría recurrir a esa excepción contra el dueño del suelo que pretendiera asumir una conducta tan antisocial como la de enriquecerse indebidamente so pretexto de que, al extenderse su dominio sobre lo edificado, en nada quedaba obligado. Los principios que esbozamos se conjugan divinamente.

El derecho romano sentó límites al ejercicio de las prerrogativas individuales, ponderando los valores de la buena fé, la equidad, de la misma benignitas juris, sentando el aforismo del - summum jus,summa injuria.La exceptio doli, las acciones in factum, la labor extrema del pretor romano, parecen que nos traen a cuento al lado de los límites objetivos emanados de la norma jurídica y - las limitaciones subjetivas que tienden a conjugar en un todo, los

actos culposos, en virtud del cual el derecho objetito o normativo tutela al derecho subjetivo o facultad moral inviolable;ya por las disposiciones jurisprudenciales del pretor que son fuentes fecundas del derecho, ya que el juez o pretor al producir el fallo, no solamente se aplica la norma, síno cuando esta falta o es obscura o deficiente, el juez deberá resolver el caso en litigio deacuerdo con la conciencia, con los supremos principios de equidad, justidia,buena fé,asimilandose entonces a un legislador particular para crear la norma jurídica, tuteladora del derecho subjetivo.

CAPITULO II

LA TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS EN LA EPOCA MEDIOEVAL Y DE LA PRECODIFICACION EUROPEA

LA LEGISLACION ALFONSINA

Ulpiano, nos decía: "In domo mea puteum aperio,quo aperto,quo aperto vanae putei parecisae sunt,an tenear ?.Ait Trebatius, non teneri damni infecti; neque enim existimari,operis mei vitio damnum tibi dari in care, in qua jure meo usus summ". Por este texto por el cual se expresaba que si una persona abría un pozo en su casa, y por este hecho se cortan los manantiales del pozo perteneciente a otro, no está la primera obligada a indemnizar, según el Consejo de Traebatio, ya que se entiende que había usado de su derecho al efectuar una obra en su propia casa. Esta era también la tesis de Pomponio. Id. Libro I.Pag.39.

Igualmente Ulpiano, citado por Marcelo entendió que el corte de las venas hídricas, efectuada animo nocendi,no era lícito.

Estas manifestaciones singulares de Ulpiano y Marcelo, nos sirven para efectuar un corte radical, de que el legislador alfonsino no hizo sino seguir los derroteros sociales, que en este tema, imprimió a la institución, la ley romana, asi como los principios sentados por el derecho justinianeo de la aemulatio.

Por otra parte, Alfonso X, reconoció que la propiedad de las aguas subterraneas corresponden al dueño del fundo en el cual esas aguas fueron alumbradas.Este drecho hídrica no admitía otro límite que su ejercicio con intención de dañar a los vecinos cortando las venas del pozo que alimentaban sus manantiales.Pero si el móvil nocivo faltaba, el hecho de que el agua de los pozos de los vecinos menguara, o desapareciera, no era imputable al que había perforado el nuevo pozo en su propio fundo.Siguiendo en esta forma las direcciones del derecho romano.

La ley 19 decía: "fuente o pozo de agua auiendo algún ome en su casa, si algun su vezino quisiesse fazer otro en la suya,para auer agua, e para aprovecharse del, puedelo fazar, e non puede el otro deuedar; como quier que menguasse porende el agua de la fuente,o del su pozo.Fueras ende, si este que lo quisiesse fazer, non lo ouiesse menester; mas se mouiesse maliciosamente por fazer mal,o engaño al otro, con la intención de destajar, o de menguar las venas, por do viene el agua a su pozo o a su vuente.Ca entonces bien lo podría vedar que lo non fiziesse; e si lo ouiesse fecho, podriangelo fazer derribar, e cerrar.Ca dixeron los sabios, que a las maldades de los omes non las deuen las Leyes, nin los Reyes sofrir, nin dar passada; ante deuen siempre yr contra ellas."

Conceptos tan bien logrados, reveladores de la lucha que el derecho debe llevar contra la mala fé, el dolo y el fraude, concuerdan con los expresado por Ulpiano en lo tildado por el texto de Marcellus.

Respecto al dominio, la legislación alfonsina, recoge los mismos postulados del derecho romano: que el poder jurídico del propietario sobre la cosa es "Segund Dios e Segund fuero".- Respecto a la sucesión por causa de muerte, la legislación alfonsina declara: "La otra manera de señorio es poder que ome ha en las cosas muebles, o rayz de este mundo en su vida; e despues de su muerte pasaa a sus herederos o a aquellos a quien la enagenasse mientras biuiesse".Vittorio Scialoja.Diritto Romano.

En relación con los actos emulativos prohibitivos estableció al reglar el libre y natural escurrimiento de las aguas, tal como lo había regulado el derecho romano en materia de la acción para contener las aguas pluviales.

Por último, en las partidas aparecen determinaciones puntualizantes acerca del abuso de los derechos "ejercicio del-derecho, sin utilidad o necesidad, y para dañar (dolo) intención maliciosa".

C A P I T U L O III

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA EPOCA INTERMEDIA

Puntualizamos esta época, con los actos de emulación, los cuales han tenido su mayor auge y preponderancia, que al capitalizarlos en ésta época, parecería como una institución extraña. Los actos emulativos, no es más que la intención de perjudicar que alguno tuviere al ejecutar un acto realizado dentro de los límites marcados por la ley.

Esta doctrina en la época medioeval marca una gran evolución conceptual sobre el tema objeto de este estudio, bastadecir, que la doctrina de hoy en día deben considerar aquellos límites que las nuevas exigencias morales impusieron al ejercicio de los derechos como un valioso antecedente, demostrativo de la vitalidad de un principio ínsito en todo ordenamiento jurídico.

El Italiano Mario Rotondi en su obra "L'abuso di diritto, tiende a subsumir la teoría de la aemulatio como predominante, para que con el correr de los tiempos tuviese esta doctrina un carácter general, he aquí algunas significaciones interpretativas del mencionado jurista: "Otra vez observé como,por un fenómeno no raro en la evolución del derecho, el principio que tantodesarrollo tuvo luego desde la glosa en adelante en todo el derecho intermedio, terminó por cristalizarse en una minuciosa casuística de limitaciones precisas del derecho del particualr,limitaciones que ofuscándose la verdadera razón jurídica de la prohibición no las consideraron más que como límites objetivos del derecho, y perduraron como tales aun bajo el imperio de las codificaciones como la napoleónica las cuales no han dado acogimiento al principio tradicional".

Al hacer la recordación de Josserand,sobre la evolución de los actos emulativos, y luego su involución se expresaba:"que el derecho de tipo francés codificado,a pesar de su desmedido individualismo económico, no ha sido obstáculo para que floreciera en épocas recientes, la verdadera teoría del abuso de los derechos, sin dejar de tener algunos antecedentes en juristas del siglo pasado, como Demolombe y Larombière".

Scialoja, al sostener primero que los actos de emulación se deben considerar prohibidos, decía, que lo prohibido no era el acto de emulación en cuanto sea tal, sino en cuanto es inútil para quien lo ejecuta y lesivo para los intereses de los demás. Añadía, que en los principales autores franceses se encuentra aún invocada la máxima "Malitiis non est indulgendum", como principio general de derecho limitativo de la propiedad privada.

Precisando un poco más el pensamiento seguido en ésta

época por los amantes de estas disciplinas y en especial recordando a Laromière y a Sourdat, creian que, quién tiene varios modos de ejercer el derecho propio debe elegir el menos perjudicial para los otros, y prohiben absolutamente el ejercicio del derecho con el fín de dañar los intereses ajenos, dando para el caso una acción al que es damnificado.

Es particularmente interesante la consideración que formula, en cuanto atañe a la responsabilidad que puede emanar del uso de un derecho, incidiendo sobre su titular, frente a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que prescribió como luego lo hicieron las demás codificaciones del mundo "es decir que todo lo que no es prohibido por la ley es permitido y no puede ser impedido".Creen los expositores que esta determinación solamente se justifica en la legislación penal "Nullun crimen, Nulla poena sine lege".En el silencio de la ley, ninguna pena puede ser aplicada, y que, desde este fundamental poder discrecional y arbitrario. Pero si la ley ha podido prever todos los ataques al orden social que, por su gravedad, merecen una represión, ella no ha podido prever tambien los actos nocivos a los particulares, y mensurar con antelación el daño que resultará para proporcionar la reparación.- Existen pues hechos que no prohibe y que, sin embargo, son ilícitos. La conciencia del hombre iluminada por la ley puede discernir y apreciar los actos dañosos que deben comportar reparación.Por eso,- todo hecho dañoso del hombre acaecido por su culpa le impone la reparación, a menos de que tenga su fuente en el ejercicio de un derecho reconocido por la ley, o cuando resulte de un modo particular de ejercer su derecho que no tiene utilidad para su autor,o que podría ser evitado.

A Sourdat lo han criticado muy severamente, manifestando que el principio costitucional rige en todo el ámibto del derecho privado;pero que no se opone dentro del camo jurídico del abuso de los derechos y por el contrario se supone subentendida en el ejercicio de las prerrogativas individuales.Lo que quiere decir que el derecho objetivo, el ordenamiento jurídico, prohibe el ejercicio del derecho subjetivo o facultad moral inviolable, menospreciando en esta forma el fin social, económico que es el que dá la valorización legal para tutelar tal derecho subjetivo.Por otro antecedente la crítica incide en manifestar que el Profesor Sourdat contempla única y exclusivamente el acto emulativo, naturalmente, reconocen que también estima que existe abuso de derecho, no solo cuando esto puede ser el resultado de una voluntad de dañar bien caráctérizada, síno también cuando derive de una apreciación errónea de ese derecho, lo cual no constituye, entonces, sino una imprudencia, un cuasidelito .

Las palabras Animus Aemulandi, sostiene Scialoja, que fueron usados técnicamente para designar la intención del que ejecuta actos, que normalmente quedarían comprendidos en el ejercicio de su derecho, sin utilidad propia, o con mínima utilidad - propia, con el fin de dañar a otros.Nos indica luego,cómo surgió en la Glosa la doctrina de los actos de emulación, aun cuando afirme que no podría reconocerse una verdadera y propia teoría.

Acogiendo nuevamente a Rotondi, nos indica que los actos de emulación, tienen mucha aplicación, en los asuntos de vecindad, edificaciones, ó en las relaciones con el derecho público.

La aemulatio, fué elevada por razones morales a un - criterio humanizado, con el pensamiento de Santo Tomás,San Agustin, San Ambrosio, quienes sostuvieron: "Que el dominium principal correspondiente a Dios, a quien todas las cosas pertenecen: en consecuencia, al hombre, que también pertenece a Dios, le atribuyósólo un dominium secundario en cuanto por voluntad de Dios las - cosas sirven para su subsistencia.Lo absoluto sólo atañe al dominiu divino; el humano es, por necesidad, relativo.Para Santo Tomás, la propiedad no podía ser un fin en sí. El hombre no debíausar de los bienes que Dios le ha dado para así dañar a sus hermanos" Summa Theológica.

Concluímos, en que todas estas apreciaciones sostenidas, a parte de su gran concentración e ilustrado pensamiento,adolecen de graves defectos, que de todos modos se aparta, del concepto racional, que sin embargo, dejaron huella luminosa,para que, en boca de otros autores, hayan preconizado la teoria del abuso de los derechos.

CAPITULO IV

LA EDAD MODERNA Y EL ABUSO DE LOS DERECHOS

Ya hemos analizado cómo los actos emulativos prohibitivos nacieron en el derecho clásico y adquirieron carta de ciudadanía en el derecho justinianeo, para obtener inequívoco desarrollo en la glosa y entre los posglosadores, hallándose todo el derecho intermedio, tanto el civil como el canónico, impregnado de una doctrina que no obstante su involución y sus evidentes inconsecuencias y defecto puso un dique a los actos ejecutados con móvil maléfico o vejatorio.

Brugi, en su obra de la propiedad, ha demostrado, naturalmente que, recurriendo a las palabras de Portalis, que los hombres viven en sociedad y bajo las leyes,no pudiendo desconocerlas, ya que una legislación bien ordenada debe regular el ejercicio del derecho de propiedad o como se regula el ejercicio de todos los derechos: una cosa es la independencia, otra la libertad: ésta no se conquista síno a costa de aquélla.La verdadera libertad. Es necesario, pues, leyes para dirigir las acciones relativas al uso de las facultades personales. Se debe ser libre con las leyes, jamás contra ellas. De ahí que, al reconocer en el propietario el derecho de gozar y de disponer de la propiedad de la manera más absoluta, hemos añadido, siempre que no haga un uso prohibido por las leyes o por reglamentos. Cita de Rutten G.

Al parecer, estas determinaciones tan dispares de dos nociones aparentemente antitéticas, el derecho absoluto y el uso concordante con las leyes, tienen el mismo significado de los aforismos, en lo relativo a los daños causados por o con el ejercicio de un derecho, que se comprueba en el mismo derecho romano.

Si el derecho romano, tanto el clásico como el justinianeo, dió al qui jure suo utitur neminen laedit un contenido que sólo se relaciona con otras máximas y principios que vedaban el acto con intención maléfica.En el derecho romano helénico y en el derecho medioeval, la prohibición del acto emulativo perduró hasta la época de la codificación.El derecho canónico, en su afán de imponer la benignitas y la ética cristiana, estimulada con un individualismo, procedente de la impiadada interpretación del derecho natural, degenerada en un subjetivismo puro, necesariamente separó el terreno para el orden jurídico de la civilización moderna. Reconoció y elaboró, todos aquellos aspectos y elementos de regulación jurídica que constituyen los requisitos previos de un sistema jurídico maduro.La escuela clásica del derecho natural percibió la intima relación entre el derecho y la libertad individual.Encontró, por pasos sucesivos, que el derecho tiene que ser un baluarte contra la anarquia y contra el despo -

tismo.Incluso aquellos autores, como Hobbes Spinoza,que pusieron,en primer término, las carácterísticas antianárquicas del Derecho,pedían que el gobierno fuerte que deseaban, concediese por su propia voluntad ciertas libertades a los ciudadanos.Aquellos autores,como - Locke y Montesquieu, que subrayaron sobre todo las carácterísticas- antidespóticas del derecho, reconocieron la necesidad de la autoridad gubernamental para impedir la expansión de la anarquia.

Si es verdad que la escuela del Derecho natural produjo resultados prácticoas, sin embargo, también es cierto que llevó - sus huestes a un individualismo acendrado.Los defensores del derecho natural, creian que, los hombres serían capaces de descubrir - un sistema jurídico ideal por el mero uso de sus poderes racionales. Era, pues, obvio que tratasen de elaborar, en forma sistemática, - todos los varios principios y normas del derecho natural y de in - corporarlos en un código.A mediados del siglo XVIII se produce un movimiento en favor de la legislación.Su primer fruto fué el código de Federico de Prusia (Allgemeines Landrecht), promulgado en - 1794 por el sucesor de Federico de Prusia, que contenía importan - tes elementos de la filosofía jurídica benévola y paternalista de Cristian Wolff.Este Landrecht fustigó no sólo el acto de emulación sino el abuso del derecho. El mismo Esboco de Freittas,supo censurar el ejercicio de un derecho con rines inconfesables y dañosos - para los terceros.Asi decía el Art. 94 de la introducción del código de Prusia:"El que ejerce un derecho conforme a las leyes, no responde del perjuicio".Es decir, el que ejerce un derecho,pero con ánimo de dañar a otro y sin utilidad para si, ya no ejerce el derecho conforme a las leyes; por el contrario, ejecuta un acto de emulación,vedado por el derecho objetivo.He ahí el por qué de la prohibición del uso abusivo del derecho de dominio que contenía un interesante precepto."Usar de los bienes mediante actos que por su naturaleza no pueden tener fin diverso que el de dañar o perjudicar a otro, constituye un uso abusivo" Del mismo modo, quién ejerce su derecho dentro de sus propios límites, no debe reparación - del daño.No obstante,esa reparación se debe cuando resulte clara - mente que "entre varios modos posibles de ejercer su derecho,ha elegido el que es dañoso a otro, con la intención de producirle un perjuicio".

En relación con el derecho de propiedad, el Landrecht- establecía: "Entiéndese por abuso todo uso de la propiedad que por su naturaleza no puede tener otro fin que el de lesionar a otro". Pero, en un sentido general y amplísimo, se enuncia uno de los supuestos más interesantes del abuso del derecho en los artículos - 34 a 39, los cuales expresan que, "quién ejerce su derecho en el- interior de sus límites propios, no está obligado a reparar el da

ño que resulte para otro".Pero debe repararlo cuando resulte claramente que, entre varias maneras posibles de ejercer su derecho, eligió la que es dañosa a otro, con la intención de causarle unperjuicio. Esto quiere decir, un adelantado principio, en el cual se contienen avanzadas aplicaciones de la orientación teleológica en el derecho, al aceptar normas que parecen surgir de una concepción moderna del derecho de dominio como función social.

La escuela naturalista no detuvo su paso de avanzada,-síno que su movimiento jurídico se refleja en el código de Napoleón de 1804, aun vigente en Francia.Austría promulgó un código - en 1811.Las últimas piedras miliares del caminio de la codificación fueron el código civil alemán de 1896 y el código civil suizo de 1912.Todos estos códigos llevaron a la práctica los postulados elementales de la escuela del derecho natural.Otorgaron al individuo una cierta esfera de libertad, dándole poder de adquirir-propiedad, contratar con sus congéneres y fundar una famolia.

Todas estas apreciaciones nos hacen entender que fueron determinantes en establecer un principio general del derecho que-impone una orientación teleológica a los poderes jurídicos del individuo: ésta ha de ejercerlos en el plano de cada institución jurídica, sin alterar, menoscabar o desviar sus fines ni lesionar - el destino económico o social de los derechos subjetivos.Derechos estos establecidos para conferir y satisfacer intereses humanos,-tan necesarios para el ordenamiento natural de sus límites.

Para dar más novedad a la teoría del abuso que comentamos,nos dice, Alejandro Rodriguez. "que fué el triunfo de la Revolución francesa y con ella el advenimiento de los derechos del hombre y del ciudadano,-las que hicieron desaparecer y casi atenuaron la con epción del abuso como fuente de la responsabilidad,criterio que,circuló la mayor parte del siglo XIX.".

"Dentro del criterio individualista del derecho, los - derechos son las facultades que la ley reconoce al individuo para que éste las ejercite libremente, con entera libertad, sin darlecuenta a nadie de sus actos, con el fin que mejor le plazca.El individuo que ejerce un derecho, no puede, por tanto, incurrir en - responsabilidad; no puede ser responsable quien se limita a ejercer las facultades permitidas por la ley.Un mismo acto no puede - reunir en sí las dos calidades de lícito e ilícito. De esta con - cepción arranca su origen el aforismo que expresa: "Quién su derecho ejerce a nadie ofende".

Sigue expresando el profesor Rodríguez, " que, dentro- de este criterio individualista del derecho no era admitido que - mediante el ejercicio de un derecho pudiera incurrirse en responsabilidad, aun cuando con ello se pueda dañar a un tercero.

Este absurdo jurídico, que llegaba a sacrificar el interés colectivo en aras del interés individual en nombre de la libertad, por su puesto muy mal entendida, este criterio se encuentra hoy en día en franca decadencia. Al criterio individualista se opone el de la relatividad del derecho. Dentro de esta nueva concepción, que parece corresponder más al espíritu de sociabilidad que anima a los hombres, es cierto que los derechos son las facultades que la ley confiere al individuo para que se ejecute actos determinados, pero, lo que la diferencia de la anterior, no se le confieren derechos para que los utilice como se le antoje, sino para que realice determinados fines. Los derechos son instrumentos que la ley pone en manos del hombre con un fin determinado. La ley no tiene tanto por objeto asegurar o reconocer la libertad como hacer posible la convivencia social; y para realizar este propósito de mantener el orden entre los hombres que viven en sociedad, confiere y reglamenta los derechos y pone en manos de los individuos los instrumentos necesarios para que desarrollen sus actividades y satisfagan sus necesidades, siempre dentro de los fines para los cuales los derechos han sido creados".

"Los derechos, si bien son facultades creadas por la ley en beneficio del hombre, tienen, tambien, un aspecto social del cual su titular no puede desentenderse, han sido creados para obtener un determinado propósito, para lograr un fin dado. Es por consiguiente, una obligación de su titular utilizar el derecho para el fin que ha sido creado, hacerlo servir para el objetivo a que está destinado, utilizarlo de acuerdo con su finalidad. El individuo que en vez de utilizar un derecho en la finalidad correspondiente lo utiliza en otra distinta, al desviarlo de su función social correspondiente, este individuo abusó de su derecho y, si causa daño a un tercero, queda obligado a indemnizarlo".

Por lo expuesto, el mencionado expositor sistematiza su concepto en la producción de derechos no egoistas, es decir que para los fines para que han sido creados, y que no deben ser desviados de los fines que han sido promulagdos; porque al hacerlo, dice el Profesor, se abusa de ellos, ya que los derechos no son absolutos, son facultades que la ley ha dado al hombre para que las ejerza con prudencia y tino. Manifiesta luego, dicho, catedrático, que la relatividad de los derechos, es lo que ha servido de fundamento, en el derecho privado, a la toería del abuso de los derechos, y, en el derecho público a la teoría del abuso del poder, que tanta importancia le ha dedicado la jurisprudencia y la doctrina.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA
PASTO-COLOMBIA

PARTE SEGUNDA

DETERMINACION DE LA TEORIA LLAMADA "DEL ABUSO DE LOS DERECHOS"

DEFINICION Y CRITERIO DEL ABUSO

Intrincado sería pretender encontrar una adecuada definición, de lo que se entiende por abuso de los derechos, teniendo en cuenta, que desde la época romana hasta nuestros días, los autores han buscado un ensayo jurídico que se acomode a las ideas actualizantes, preconizdas sobre la teoría en cuestión. En virtud de la variedad de conceptos emitidos, procuraremos exponer sucintamente las proyecciones de cada una de las manifestaciones sostenidas por cada aficionado, atizbando la definición de cada escuela, hasta situar por último nuestro pensamiento.

Tradicionalmente se había considerado que el ejercicio de un derecho, dentro de los límites legales de él, tenía que ser siempre justo; a la idea clásica del derecho absoluto no podía agregársele una teoría que limitara en cualquier forma el ejercicio de ese derecho; cuando en este ejercicio no se excedían los límites legales, aunque si se causaran perjuicios a terceros, el titular de ese derecho no tenía por qué responder de esos perjuicios por cuanto había obrado en ejercicio de una facultad legal.

Dentro de la tendencia general del derecho que trata de buscar los medios de protección para los débiles socialmente, surgió la teoría del abuso de los derechos, como un aspecto de la culpa. Los sostenedores de este criterio, manifiestan, que, merced a la teoría del abuso de los derechos, los principios de la responsabilidad civil ha permitido, regularizar, atemperar, refrenar, el ejercicio de los derechos. El que abusó de un derecho compromete su responsabilidad .

Desde sus comienzoas, esta teoría tuvo gran aceptación, porque se encontró justa y razonada. Autores, hubo, que a ella se opusieron, argumentando principalmente que si se actuaba en ejercicio de un derecho, no podía haber abuso de ese derecho; pero la gran mayoría la aceptó, y hoy todos los tratadistas la reconocen como una institución del moderno derecho de las obligaciones.

El francés Jorge Ripert rechazó, en un principio, la teoría; sin embargo, después la admitió, y creó un sistema que tuvo durante mucho tiempo gran auge, llegando a tener consagración en el código Alemán en la parte de las obligaciones y que se ha llamado sistema INTENCIONAL O DE LA REGLA MORAL.

Ripert, acuerda, que son dos cosas muy distintas el abuso del derecho y la culpa extra contractual, por tuanto en la cul

pa hay violación de una obligación general de prudencia y diligencia, en tanto que en el acto abusivo no se viola ninguna obligación; afirma que el abuso de los derechos, consiste en el ejercicicio de los derechos con la única intención de perjudicar a otro; si el titular de un derecho lo ejercita sin reportar de su actividad beneficio alguno, pero causa, en cambio, perjuicio a otro, está demostrando que su intención fué únicamente la de causar ese daño, y, por consiguiente, debe obligársele a repararlo.

Esta doctrina que tuvo un auge preponderante, fué desplazada por el sistema de Josserand, llamado sistema funcional; quién afirma, que pude haber abuso del derecho no solo cuando la única intención del titular ha sido la de causar perjuicios a otro: abuso de un derecho hay en todos los casos en que él se ejerza enforma contraria a su destinación económica y social y por ese perjuicio anormal se cause un daño. Tesis que logró aceptación en el código soviético de las obligaciones.

Sin embargo, a parte de la aceptación de estas opuestas teorías, los Hermanos Mazeaud, identificaron el problema como un aspecto de la culpa y demostraron con petulancia de criterio que siempre se podría evitar el ejercicio ilimitado de los derechos.

Las dos primeras teorías sintetizadas, han dado margen, para que hubiesen surgido varias escuelas intermedias, dogmatizando sus puntos muchas de ellas en una mezcla parizada de la una y de la otra, y en otras, adhiriéndose a puntos determinados de cada doctrina. Para entender nosotros, expondremos el pensamiento de cada uno de llos.

TITULO I

LA REGLA MORAL Y EL CRITERIO INTENCIONAL

Como ya advertimos, el autor de este criterio es Georges Ripert, quién, como dijimos, encastilló sus apreciaciones, al valorar la norma moral como necesaria para inquirir los sentimientos que hacen obrar a los sujetos de derecho, proteger a los que son de buena fé, herir a los que obran con malicia o con dolo, - perseguir el fraude y hasta el pensamiento fraudulento; por eso- es que Ripert considera al abuso de los derechos como una confirmación del valor de la norma moral en las obligaciones.

C A P I T U L O I

EL DERECHO Y LA MORAL

Según una teoría muy influyente en el derecho, la distinción entre derecho y moral, consiste en que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres, en tanto que la moral gobierna su vida intima.Esta teoría fué expuesta primeramente por- Thomasio y Kant.Ha sido entonces aceptada por muchos estudiosos- de la ciencia del derecho. Según ésta opinión, el derecho exige- solamente el cumplimiento externo de las reglas y disposiciones- existentes, en tanto que la moralidad apela a lo íntimo de la - conciencia del hombre; pide que los hombres actúen impulsados - por intenciones y motivos buenos.Un defensor moderno de esta doctrina, el jurista Hungaro Julius Moòr, la resume en las siguientes palabras:

"Las normas de moralidad no amenazan con la aplicación de medios exteriores de coacción; no hay garantías externas de ejecución forzosa de sus postulados. La garantía de su cumplimiento queda exclusivamente en el alma del individuo de que se trate. Su sola autoridad está basada en el convencimiento de que indican la linea de conducta recta.Lo que da por resultado el cumplimiento de las normas morales no es la coacción física exterior, ni - las amenazas, sino la convicción intima de la rectitud inherente- a ellas.El mandado moral apela, pues, a nuestra rectitud,a nuestra conciencia".

Por el contrario, el derecho, dice el mismo expositor- pide un absoluto sometimiento a sus normas y mandatos, sin tener- en cuenta si determinado individuuo los aprueba o no; y se caracteriza por el hecho de que lleva siempre consigo la amenaza de - coacción fisica.

Los comentadores de estas frases, sostienen la no aceptabilidad, como explicación generalmente válida de las relaciones

entre derecho y moral.Desde el punto de vista de la historia, la relación derecho y moral no puede encerrarse en una fórmula abstracta y omnipomprensiva.Esa relación es, en si misma,- resultado de evolución y cambio.En las primeras etapas del desarrollo social el derecho, la moral y la religión constituian un todo diferenciado.Incluso después de segregarse las nromas religiosas y su sanción específica de los demás instrumentos- de contról social, derecho y moral permanecieron estrechamente ligados.Tal ocurrió, por ejemplo, en la cultrura griega, - donde no se llegó a una distinción tajante entre las normas - jurídicas y las morales.Fué en Roma donde surgió, por primera vez en la historia, el derecho con su carácter peculiar e independiente, emancipado de las costumbres y de la moralidad.- Pero ni siquiera los propios jurisonsultos romanos reconocieron el significado filosófico y sociológico de esa emancipa - ción.En las Institutas de Justiniano se menciona el mandato - de Vivir honestamente (Honest Vivere) como un principio fundamental del derecho, aunque debería ser considerado de modo - principal como postulado ético.Análogamente, la definición de Celso, Jus est ars boni et aequi (El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo)tampoco traza ninguna distinción entre Derecho y moral.En la práctica, sin embargo, los juristas romanos se daban perfecta cuenta de los límites que separaban la- esfera del derecho de la esfera de la moral.

Después de que hubo perecido el imperio romano,el mundo europeo cayó de nuevo en una situación relativamente - primitiva.Durante la mayor parte de la edad media, el derecho no se diferenciaba de la noral y la teología.Sólo al comienzo de la edad moderna se produce una nueva emancipación del derecho frente a la moral.La escuela clásica del derecho natural- investigó las características diferenciales del derecho y preparó el terreno para el establecimiento de la jurisprudencia- como ciencia independiente.El derecho tendió cada vez más a - convertirse en el único instrumento estrictamente coactivo de regulación social. Al relegar al campo de la coenciencia los- principios de moralidad no incorporados al derecho, Thomasio, Kant y Fichte no hicieron síno expresar la tendencia predominante de la época.

Encontramos, pues, que la tan difundida doctrina - que ve el derecho como la regulación externa de la vida social humana,y la moral como la regulación interna, no representa una verdad universal, sino que es meramente expresión de un cierto estudio del desarrollo del derecho.Sin embargo, desde el - punto de vista del jusista moderno, esta doctrina es superior-

a todos los otros intentos de explicar la relación entre el derecho y la moral.Es la única doctrina que está adaptada a un orden social en el que el derecho reina como instrumento supremo de contról social. Es la doctrina que expresa la idea del "Estado de Derecho",exigida por el derecho en su forma pura e ideal.En su forma pura, el derechó sólo puede prevalecer en una sociedad donde sea el único instrumento de contról coactivo externo del Estado.

Para comprender correctamente el significado de esta última afirmación, hay que comenzar por eliminar desde el principio ciertas posiblidades de mala inteligencia.Sería equivocadamente asegurar que, en una sociedad gobernada por el derecho, la moral no tendría lugar salvo como guía intima del alma o conciencia individual.En su verdadero sentido, la moralidad es el establecimiento de una jerarquia de valores supremos que han de gobernar a una sociedad.La doctrina ética o moral nos aporta ciertos criterios esenciales para avaluar los actos y la conducta de los hombres.La moralidad cristina, por ejemplo, reconoce, como postulados supremos de la vida social humana, el altruismo, la generosidad, el amor al prójimo y la monogamia en las relaciones sexuales.En toda sociedad, los valores morales que la guían se reflejan de alguna manera en el derecho.En nuestra cultura,el reconocimiento moral de la monogamia, la prohibición del adulterio, las disposiciones contra el fraude, el ejercicio torcido de los derechos, etc., indican la incorporación al derecho de los principios morales.Por lo demás, el derecho considera los motivos,intenciones y pensamientos de los hombres como importantes y relevantes.Este criterio tiene, bastante de realidad en la rama penal y en cierto modo en el derecho civil, en lo que se refiere a la separación de daños y perjuicios.En algunos delitos, en el derecho penal, es requisito esencial para el casitgo, la prueba de la intención dolosa.Como vemos, todo sistema jurídico encarna e integra ciertas ideas esneiales de moralidad predominantes en la sociedad de que forma parte.

La mayor parte de las sociedades reconocen, además de las reglas de moralidad que han sido incorporadas a las normas jurídicas, otras normas morales.El problema de las relaciones entre el derecho y la moral se plantea principalmente con respecto a esas reglas.El verdadero sentido de la doctrina defendida por Thomasio y Kant consiste en la afirmación de que aquellas regias de moralidad que no han sido absorvidas en el sistema jurídico pertenecen al reino de la conciencia individual.Entendida asi,la doctrina enunciada un requisito previo fundamental para el establecimiento de un gobierno con arreglo a derecho.En su forma más desarrollada, el derecho significa la asignación a cada individuo de esferas de poder clara y terminantemente delimitadas dentro del

orden social.Dentro de esa esfera el individuo es libre de actuar según su voluntad. Es esencial al régimen de derecho que no exista otro instrumento de contról social que pueda deshacer la obra- que el derecho ha realizado.Si esas reglas de moralidad que no han pasado al sistema jurídico estuviesen dotadas de sanciones coactivas semejantes a las del derecho, quedaría prácticamente borrada - la significación específica de la regulación jurídica.Las esferas de libertad no afectadas por el derecho se verían invadidas por un instrumento rival la moralidad.Las instituciones que administran la moral tanto si se tratase del gobierno, como de la Iglesia o de cualquier otra organización estarían en situación de aplicar la coacción externa fuera de los límites del derecho. Es evidente que, bajo tal sistema, las garantías de libertad individual establecidas por el derecho significarían poco o nada.

Toda separación del derecho y la moral contribuye, como cualquier separación de poderes, al establecimiento de la libertad política.Sólo un sistema jurídico que mnopolice el poder de la coacción directa frente al individuo puede realizar su función de liberar energía, eliminando la fricción que es producto de las situaciones vagas, oscuras e inciertas, ilustrnado al hombre acerca de- lo que puede hacer y del modo como puede hacerlo. Citas Bodenheimer.

IMPORTANCIA DE LA REGLA MORAL

La regla moral, espresa Ripert puede estudiarse primero en su función normativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica, que vendría a utilizarse con fines que la moral repureba.Contra el principio de la autonomía de la voluntad, la regla moral eleva la necesidad en que están las partes de respetar la ley moral, la necesaria protección debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte.Enseña también que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad de las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; y siembra la duda en las convenciones que son la - expedición de una voluntad muy generosa que doba una voluntad debilitada. Hasta aquí la cita de Ripert.

Igualmente expone el mencionado profesor Ripert, que - contra el ejercicio ilimitado de los derechos, la regla moral advierte que puede haber injusticia en extremar las prerrogativas de una facultad; que se debe con rolar la acción del acreedor nacida del- contrato y que liga al deudor hacía él; que el juez debe apreciar- con qué ánimo y fin obra el que pretende ejercer un derecho, y, si esta acción es ilícita, negarle su concurso.

La moral nos enseña también que es necesario inquirir - los sentimientos que hacen obrar a los sujetos de derecho, proteger a los que son de buena fides, etc. Aún desde otro punto de vista,la

regla moral penetra en el mundo jurídico: cuando trata de encarnarse en una regla obligatoria de conducta y demanda el socorro del brazo laico.El deber de no perjudicar injustamente a otro es el fundamento del principio de la responsabilidad civil, el deber de enriquecerse injustamente, la fuente de la acción de enriquecimiento sin causa.¿ El deber de prestar asistencia al prójimo puede esperar su consagración legal?. No se puede sentar estas cuestiones sin producir los más graves problemas sobre el rundamento y la extensión de las obligaciones extracontractuales, y tal vés por no haberlas tratado es por lo que hay tanto oscuridad en estas dificiles cuestiones".

"En fín, cuando la regla moral no llega a tomar forma jurídica, la vemos errar por las fronteras del derecho, pedir - que se la considere al menos bajo la forma descolorida de una obligación natural, y este aspecto de la vida jurídica no es menos curioso que el de estos fantasmas de obligaciones no obligatorias, a las cuales no se acomodan nada los espíritus demasiado lógicos".

Por las palabras expuestas del Profesor Ripert, llegamos a dilucidar, cuan grande e importante es la ley moral, frente a las relaciones jurídicas; aun teniendo en cuenta, que si la ley positiva deja de sancionar determinados actos por considerarlos conforme al derecho,aunque sea en flagrante contradicción con la ley moral, no podría menos que aquejar la conciencia de reputar aquél acto como engoloso en la realización de los actos humanos. Aún más, si el derecho subjetivo, es una facultad moral,y desde luego, que una conducta que no constituye violación del derecho subjetivo por el consentimiento del perjudicado, puede constituir, no obstante, una violación del derecho objetivo y ser por consiguiente punible.No es concebible la existencia de derechos subjetivos, en el sentido actual, sin un orden jurídico y aún es más- dificial imaginar un orden jurídico sin derechos subjetivos.Sin- embargo, las denominzaciones "derecho" y "jus", empleadas indiferentemente, y hoy en el doble sentido, demuestran que en el co - mienzo del pensamiento jurídico los dos conceptos no tenían una- separación absoluta.

Si el derecho subjetivo, como lo obsrva Dernburg es " La participación en el goce de los bienes que la voluntad general reconoce y garantiza como pertenecientes a una persona" está vinculado a un interés protegido, ya que los derechos facultades se otorgan, no para que el sujeto pueda entreternerse ejerciendo su voluntad, sino porque el orden jurídico considera conveniente que se confíe a los propios individuos el cuidado de sus bienes, su- empleo y protección; sea esto como se entienda, lo cierto es que el derecho objetivo o normativo funda su raigambre en el derecho subjetivo o facultad para ejercer los derechos de conformidad -

con los fines utilizados y protegidos por el derecho.

Todas estas vacilaciones, concuerda con la gran importancia de la regla moral.El derecho como lo observa Ripert, no podía "dentro de la rigidez de sus fórmulas y la generalidad de sus reglas abstractas, dar a la actividad humana una regla de conducta flexible pero que conservara su firmeza.Los tribunales bien saben que la invocación a la ley moral puede servirles para reforzar,atenuar o afinar la regla jurídica".

LA REGLA MORAL Y LA SOCIEDAD

Es natural y corrientes que el fin del derecho y de la moral, no es más que buscar cierta dosis de felicidad, la cual no puede existir en la sociedad más que mediante un equilibrio estable y permanente entre las diversas personalidades humanas.Colin- y H.Capitan, nos refieren a la disyuntiva célebre de Benthan para explicar el radio de acción entre el derecho y la moral;que la esfera de la moral es más grande, en efecto, además de las reglas de su actividad o deberes hacía sus semejantes, propone al hombre deberes para consigo mismo y, en los sistemas teístas, deberes para con Dios.

No es de olvidar como lo propone Ripert,que la distinción tradicional del derecho y de la moral se ha firmado como una de las condiciones de la libertad política; que persiste el peligro de una confusión; que todas las tiranias han pretendido siempre hacer reinar la virtud.El problema está, pues, en asegurar el desarrollo de las ideas morales, porque la verdadera civilización consiste en hacer la sociedad más perfecta haciendo mejor al hombre, y al mismo tiempo respetar la libertad humana deteniendo la autoridad civil ante el respeto de las conciencias y no pidiendocuenta a los hombres de las razones que les dictan la obediencia a la ley.

Según la terminlogía de Ripert, parece no existir diferencia alguna entre la regla moral y la jurídica en el campo de aplicación, ni de naturaleza, ni de fin.No puede haberla,dice Ripert, porque el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral.Pero hay una diferencia de carácter;asi se expresa Ripert :"La regla moral viene a ser regla jurídica gracias a una prescripción más enérgica y a una sanción externa- necesaria al fin por obtenerse.Ella se encarna y se precisa por- la elaboración técnica de la regla jurídica.Asi, cuando esta regla ha sido dictada y sancionada por el legislador, se separa de la regla moral que le sirve de fundamento, en el sentido de que- el derecho, al identificarse con el orden jurídico establecido,- se basta a si mismo.El dicta la regla y le escribe la sanción; -

se contenta con la obediencia a la ley sin inquirir sobre los motivos de esta obediencia"

Sin embargo el profesor Ehrlich, anota con mucha razón- que: "La sociedad dedica mucha importancia y atención al modo de - formular las normas jurídicas, que al de las reglas de la moral u- otras normas no jurídicas; dada la importancia que atribuye al Derecho, le interesa no sólo tener unas directivas generales, sino u nos preceptos detallados.Todo el mundo ha de poder saber,por simple lectura de la norma jurídica, cómo debe regular su conducta en un- caso determinado en tanto que las normas no jurídicas, expresadas- como están en términos generales, son poco más que direcciones o - guías generales".

El totalitarismo moderno nos enseña la lección de que un orden social basado, no en el derecho, sino en algunos principios- generales de moralidad social, política o colectiva, dotado de sanciones absolutas y coactivas, es necesariamente un orden en el que la libertad y la autonomía individuales estan totalmente dadas de- lado. Totalitarismo. Hernando de la Rosa.

Es claro, que sin la existencia, reconocimiento e imposición de ciertas reglas de conducta, sería imposible la vida ordenada en sociedad.En las sociedades civilizadas es muy grande la variedad de tales reglas de conducta.La manera de ser los hombres, la conducta externa de los miembros de la sociedad en sus relaciones mutúas es regulada por ciertas normas de sociabilidad; las reglas de derecho que, desde el punto de vista de su importancia social, no tienen necesariamente que ser de mayor jerarquia que cualesquiera otras normas, pero cuyo cumplimiento está garantizado - por la sociedad con mayor fuerza que el de las reglas pertenecientes a cualquier otro sistema normativo.

Todos estos instrumentos de contról social realizan la función de asegurar un pregoreso inteligente y ordenado de la vida social.La violación de cualquiera de estas varias reglas de - conducta, comportan ciertas consecuencias desagradables para el - infractor.Asi como la violación de ciertas normas morales pueden- comportar serios inconvenientes sociales o para la vida de negocios e incluso producir un ostracismo social.

El derecho natural y la moral

Desde tiempos muy remotos, filósofos y pensadores,han- sustentado la creencia de que tiene que haber un derecho basado - en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual- o colectivo.Han estado convencidos de que existía un derecho natural permanente y enteramente válido, y que era independiente de - la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado

por el hombre.Tras la variedad inconcebible de los derechos normativos y costumbres, trataron de descubrir aquellas ideas generales y principios bienhechores de eterna justicia y derecho, que todo mundo estaba dispuesto a reconocer en todas partes y que había de servir como justificación de toda forma de derecho positivo.Referente al contenido ético de ese derecho natural, se han expuesto en el curso de la historia muchas ideas.Pero la idea misma de que había un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana y obligatorias, por tanto, para todos los hombres y en todos los tiempos, ha demostrado, a lo largo de los siglos, tener una gran vitalidad y tenacidad.

Los pensadores griegos fueron los primeros en plantear y discutir el problema del derecho natural.Se dieron cuenta de que había una gran variedad de leyes y costumbres en las diferentes naciones y pueblos; lo que una nación aprobaba, lo condenaba otra. De ahí que se plantease la cuestión de si el derecho y la justicia era meros productos de la convención, la utilidad o la conveniencia, o de si había tras de esta confusa variedad algunos principios generales guías, permanentes y uniformes de justicia e inusticia, válidos en todos los tiempos y para todos los pueblos.

Muchos de los filósofos griegos llegaron a la conclusión de la no existencia de principios eternos e inmutables de justicia.Se habían convencido que las normas de derecho y justicia no eran síno arreglos casuales, que cambiaban con los tiempos, los hombres y las circunstancias.Trasímaco, al que consideran los filósofos como el precursor de las ideas de Karl Marx enseñaba que las leyes eran creadas por los hombres o grupos que estaban en el poder, con el objeto de fomentar sus propios intereses. Platón.

Asi mismo Calicles, expositor de la teoría Aristotélica, del superhombre,sostuvo la opinión contraria.Afirmaba que las leyes las creaban los débiles y la multitud, porque éstos eran, en todo momento, la mayoría; contrastaba el derecho natural del hombre fuerte con las leyes y convenciones de la grey.

Otros filósofos no adoptaron una opinión tan radical, pero negaron la existencia de principios eternos e inmutables de justicia.Asi por ejemplo, el sofista Protágoras, anticipando las opiniones de los positivistas modernos, sostuvo que las leyes hechas por los hombres eran obligatorias y válidas sin consideración a su contenido moral, más tarde Timón, se sumó a esta actitud positivista.Señalando las diversidades de la legislación positiva en los diferentes estados, negó que hubiera en el mundo nada semejante a una justicia natural.Citas del Almeman. Von Thur y Bodenheimer.

Al revés que estos pensadores,que se negaban a reconocer la existencia de un derecho natural, la mayoría de los filosofos más destacados de la antigua Grecia adoptó la posición opuesta. Creían que hay ciertos elementos en la naturaleza humana que son los mismos en todos los tiempos y todos los pueblos, y que esos elementos encontraban su expresión en el derecho.Las normas jurídicas fundadas en esas cualidades generales y naturales de la especie humana eran, en su opinión, de carácter permanente y validéz- universal.Denominaron a este elemento permanente y universal del derecho (anturaleza).Era expresión de la constitución física, - mental y moral común a todos los hombres.Contrastaron este elemento permanente y universal del derecho con otro, inestable y variable, que era simplemente el producto de un acuerdo o conveniencia temporal de una determinada comunidad política.Denominaron a este elemento NOMOS.PHISIS representaba para ellos la necesidad basada en causas naturales, en tanto que NOMOS significaba la acción libre y arbitraria de un legislador.

El supuesto de un derecho divino y natural, distinto - de las leyes de cada Estado, lo formuló ya Heráclito.Le siguió luego el sofista Hipías, que distinguia entre derecho escrito y derecho no escrito, describiendo el primero como conjunto de reglas casuales sometidas al cambio, en tanto que el segundo era dado por los dioses, y observado de la misma manera en todos los paises; - larga evolución y variedad de conceptos tuvo la determinación del- derecho natural, hasta que en Roma, representaba para los romanos- lo que es conforme a la razón, al lado mejor de la naturaleza humana, a una elevada moralidad, al sentido común práctico y a la conveniencia general.Es simple y racional, frente a todo lo artificial y arbitrario. Es universal frente a lo nacional o local.Es superior a todo otro derecho porque pertenece a la humanidad como humanidad y es expresión del propósito de la divinidad o de la más elevada - razón del hombre ?. J.Bright.

Los jurisconsultos romanos encontraron estas cualidades en su jus gentium y de ahí ~~x~~ concluyeron que el jus gentium era la expresión de principios eternos de derecho y justicia, y por ello coicidente con el derecho natural.

Es muy importante reconocer el avance gradual que tuvo el derecho natural en la legislación romana en referencia a las relaciones de familia.El poder autocrático que tenía el pater familias sobre la persona y bienes de sus hijos no fué nunca totalmente abolido, pero fué mitigándose gradualmente por una serie de medidas legales especificas.Caracalla prohibió la venta de hijos, salvo en - caso de extrema miseria.Adriano castigó los abusos del derecho del PATER FAMILIAS a matar a sus hijos.El derecho del padre a obligar a su hijo e hija adulto a divorciarse de una esposa o marido con

quién había vivido en matrimonio libre, fué abolido por los emperadores Antonino Pio y Marco Aurelio.En las postrimerias del período imperial se estableció la obligación del padre de alimentar a sus hijos.El poder absoluto que tenía el padre de disponer de la propiedad de sush hijos adultos fué gradualmente restringido.- Ya bajo Augusto los soldados que estaban bajo la patría potestad- obtuvieron el derecho de usar independientemente de la propiedad- que hubiera adquirido durante su servicio en el ejercito (peculium castrnese).En el transcurso del tiempo se fueron introduciendo otras restricciones al poder de disposición del padre.Jörs Kümlem.

En el derecho cristiano, la concepción de la naturaleza del derecho que tuvo la Iglesia sufrió una fuerte influencia de los pensadores griegos especialmente de Aristóteles,de los estoicos y de los jurisconsultos romanos. Tomó el concepto del derecho natural de los estoicos y los juristas romanos que lo habían puesto a prueba en el jus gentium.Pero el concepto del derecho natural fué adaptado a las doctrinas de la Iglesia Cristiana.El derecho natural fué aislado de su íntima conexión con el universo físico y trasplantado a la esfera espiritual, convirtiéndose en un derecho divino manifestado por la revelación.

El monumental sistema Tomista representa una ingeniosa sintesis del dogma teocrático y escriturario cristiano con la filosofía aristotélica.Las opiniones de Santo Tomás sobre cuestiones jurídicas y políticas, muestran especialmente la influencia del pensamiento Aristótelico, adaptado a las doctrinas del Evangelio y a las de los padres de la Iglesia e integrado en un imponente sistema del pensamiento.

Cuatro distinciones de ley, hace Santo Tomás:eterna,natural, divina y humana.La lex aeterna es la razón del gobierno del universo existente en el Gobernante Supremo. Es la divina sabiduría que dirige todos los movimientos y acciones del Universo.Todas las cosas sujetas a la divina providencia son reguladas y medidas por la ley eterna.En su integridad, sólo Dios la conoce.Ningún ser humano puede conocer la ley eterna tal como es, "salvo los bienaventurados que ven la esencia misma de Dios.".Summa Theologica.

Pero aunque ningún ser humano puede conocer la ley eterna en toda su verdad, puede participar en ella de algún modo,por medio de la facultad de la razón de que Dios le ha dotado.Esta participación de la criatura humana en la ley eterna la denomina el Teólogo Tomás "Lex Naturalis".Es meramente un reflejo incompleto e imperfecto de los dictados de la razón Divina,pero permite al hombre conocer siquiera alguno de los principios de la ley eterna.La ley natural es la única concepción que tiene los hombres

de las intenciones de Dios.Les da la posiblidad de distinguir entre el bien y el mal, y por esta razón debe ser la guía y medida- inmutable e invariable de la ley humana.El precepto básico del derecho natural es que debe hacerse el bien y evitarse el mal.La razón humana aprehende como buenas todas las cosas a que el hombre- tiene inclinación natural.Hay, primero, una inclinación natural a la propia conservación, por virtud de la cual el hombre puede tomar las medidas conducentes a conservar su vida.En segúndo término, hay una inclinación natural de la humanidad a criar y educar- a los vivientes.En tercer lugar, el hombre tiene una inclinación- natural a conocer la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad, inclinación que le lleva a huir de la ignorancia y a no ofender - al prójimo,.El hombre está obligado también a no hacer daño a nadie.Por ende, el asesinato, el adulterio, el robo y la difamación son contrarios a los postulados elementales de justicia natural . La justicia exige sobre todo dar o dejar a cada uno lo que se le debe".Summa Theológica.

La ley natural consiste en principios bastantes generales y abstractos;tiene que completarse con direcciónes más particulares dadas por la Providencia acerca de cómo deben conducirse- los hombres.Esta función la realiza la ley divina, que es la re - velada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras y que está - recogida en el antiguo y nuevo testamento.

Con relación a la ley humana, el Dr. Angélico nos dice: "Es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quién tiene el cuidado de la comunidad".Asi considerada la ley humana es un acto volitivo del poder soberano del Estado, pero para ser ley tiene que ser conforme a la razón; si contradice a algún- principio fundamental de justicia no será ley, sino una perversión de la ley.Siguiendo a Aristóteles, llama justas a aquellas normas jurídicas encaminadas a conseguir el bien del cuerpo político.Para lograr ese resultado, el gobernante temporal tiene que esforzarse por observar aquellos principios de la ley eterna que se reflejan en la ley natural.Una ley arbitraria, onerosa que prescriba - la idolatría, o culteranismo, que no conduzca al bien común o que exceda de los límites de la potestad legislativa, es injusta y no obliga en conciencia a obedecerla, salvo para evitar escándalo o- mal mayor.

La filosofía tomista, es de mucha importancia en lo que respecta a la teoría de la ley natural.Es un primer intento de secularizar,al menos parcialmente, la idea cristiana de un Derecho natural divino.En opinión del Angélico, la ley natural, es la expresión de la voluntad divina.Pero esta voluntad ha sido dada a conocer al hombre no sólo por la revelación divina,(síno por la

revelación divina, sino por la propia razón humana. Esta doctrina preparó el camino para la racionalización del derecho natural y su emancipación de la teología en los siglos siguientes:

Efectuando un parangón, entre la ley natural clásica sostenida por los siglos XVII y XVIII y la tomista, elocubramos - que aquella es de principios más especificos; ésta es bastante vaga y general. No se han puesto aun plenamente de manifiesto los aspectos típicos del derecho como instrumento independiente de contról social. La ley natural tomista se agota en el establecimiento de algunos postulados generales de la moralidad religiosa y social, dejando sus determinaciones específicas al legislador. Esta apreciación de la ley natural ha sido resucitada en nuestros días por los expositores del pensamiento neo-tomista, que tratan de superar el individualismo racionalista del derecho natural clásico y sus consecuencias políticas y sociales, mediante un retorno a las ideas - más colectivistas de la ley natural del medioevo.

Para no ir más lejos, recordemos las célebres frases de Planiol, que al referirse al derecho natural expone: "Que el derecho natural es reducido en su objeto, es superior en su posición", porque él es "La regla suprema de la legislación y que, si el legislador la menosprecia, hace una ley injusta y mala". Tratado elemental de Derecho Civil. Planiol Marcel. Y al decir de Colin y H. Capintant, en su curso elemental de Derecho Civil. T.I. Ed. de José Castán Tobeñas sobre el derecho natural se expresa: "Es el que concebimos fuera de todo concepto escrito o conseutudinario como derivando de la naturaleza y de la razón. Tal conclusión nos parece exagerada, y estamos lejos de sentir respeto al derecho natural, el deseo excesivo con que frecuentemente se le trata. Todo es entenderse acerca de su definición y de su fundamento. Si la elaboración de las leyes, es decir, del derecho positivo, es un hecho contingente y que depende de la voluntad humana, la existencia de una sociedad política que debe regirse por estas leyes para que pueda vivir y desarrollarse, aparece, por el contrario, como un hecho natural. Desde ese momento se comprobará la existencia de un conjunto de reglas o ideas directrices en las cuales racionalmente debe inspirarse el legislador en la elaboración del derecho positivo, para que éste sea conforme a las necesidades y a las tendencias de la sociedad en su estado actual..." Hay una firmeza de la ley moral, que debe encontrarse en todas las civilizaciones superiores como resultado de los postulados eternos de justicia "La ley natural".

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE RIPERT Y EL ABUSO DE LOS DERECHOS

LA AUSENCIA DE BENEFICIOS

Ya hemos observado el cúmulo de importancias que deviene a la ley moral, ahora, veamos como Ripert supone su teoría.

Ripert parte, en su síntesis, del abuso de los derechos, de la teoría negativa del absolutismo de los derechos; nos manifiesta que la regla positiva prohibitiva de ocasionar un perjuicio, viene a ser una limitación de los derechos subjetivos.Violará esta regla el que comete culpa y por lo mismo existe un exceso en el ejercicio de los derechos.Parte el prfesor francés Ripert, con la manifestación de que la teoría del abuso del derecho tiene puesto hoy día en los tratados clásicos del derecho civil, asi se expresa: "En realidad, no hay nada peromente determinado que el verdadero sentido y al alcance de esta teoría.Esta incertidumbre se revela en su misma denominación.Se puede hablar de ABUSO DEL DERECHO O DE ABUSO DE UN DERECHO..."Esta incertidumbre de la doctrina proviene en parte al menos de la fluctuación de las ideas modernas sobre el fundamento de la responsabilidad civil.Los partidarios de la teoría del riesgo han reivindicado como una de las manifestaciones de esta teoría, la jurisprudencia que se ha formado en materia de abuso del derecho...Pero hay algo más: la teoría del abuso del derecho se inspira enteramente en la idea moral y no penetra en el dominio jurídico sino en una medida limitada".

CRITICA DE RIPERT EN REFERENCIA A LA CULPA EN EL EJERCICIO DE LOS D E R E C H O S

La primera manifestación de la teoría del abuso de los derechos, estaba, comprometidos en el ejercicio del derecho,su responsabilidad; considerando esta determinación, en una forma general, no se hablaba de abuso de los derechos, sino más bien de culpa, desutitur".Como el derecho tiene por fin garantizar a cada cual el ejercicio de su actividad sin afectar la esfera de actividad de su vecino, dicen los Hnos Mazeaud, que un legislador perezoso podría contentarse con redactar un código cuyo único artículo fuese:"Cada cual debe reparar el perjuicio que, por culpa suya, cause a otro".Podría por lo demás, sustituyendo al principio de responsabilidad el igualmente general del enriquecimiento sin causa,contentarse con escribir:"Nadie puede enriquecerse injustamente a expensar de otro".Pero ese legisgislador faltaría a una parte de su cometido, que es no sólo el de garantizar el libre juego de las actividades, síno también y principalme te dar seguridad a los que obran, permitiéndoles que conozcan exactamente las consencuencias de sus actos, y precisándoles lo que está permitido y lo que no

lo está, lo que es lícito y lo que es ilícito.He aquí por qué el legislador está obligado a descedner a los detalles, a sentar cierta cantidad de reglas particulares. Pero cuando el legislador, al hacerlo asi, conserva, al lado de esas reglas particulares,uno de aquellos principios suceptibles de bastarse a si mismos, tal principio no puede ya desempeñar sino un papel subsidiario, pues de lo contrario las reglas particulares serían inútiles y el principio absorvería el derecho entero".

Ripert afirma que considerar la culpa en el ejercicio de los derechos, no tiene ningún sentido. En efecto, los derechos no deben considerarse como absolutos.Cuando se comprueba que hay abuso, es porque el titular se ha salido de los límites fijados para el ejercicio de su derecho. La regla moral que prohibe a toda persona causar por su culpa un perjuicio a otro constituye una limitación de los derechos subjetivos.El que comete una culpa viola esta regla y, por consiguiente, se sale de su derecho.Todo el mundo admite que el derecho de propiedad, por ejemplo, está limitado por las disposiciones legales o reglamentarias, que inponem al propietario ciertas reglas.Cómo podría no ser ilimitado este mismo derecho por la regla legal general que impone la abstención de toda culpa !.

CAMPO DE LA TEORIA
ABUSO DE LOS DERECHOS

En busca de un verdadero sentido de la teoría del abuso comenta Ripert lo siguiente: "Veamos ahora el campo propio de la teoría del abuso del derecho y el sentido técnico de una expresión que ha sido muy frecuentemente empleada para designar la responsabilidad en el ejercicio del derecho.Supongamos que el titular del derecho obró en condiciones tales que su acción entra en el ejercicio de lo normal y habitual de su derecho.Podrá ampararse en la regla Nenimen laedit... aún cuando haya lesionado a laguno ?.Pero su acto fué inspirado por el deseo de perjudicar a otro; la intención malévola cambia entonces el carácter del acto."Un acto dice Saleilles, cuyo efecto no puede ser síno perjudicial a otro sin interés apreciable y legítimo para el que lo ejecuta, jamás puede constituir el ejercicio de un derecho".Por tal motivo afirma Ripert, que el abuso del derecho no es un problema de responsabilidad civil, sinó que el problema se presenta como de orden moral. Los jurisconsultos de la escuela clásica van a experimentar las más grandes inquietudes.Pero al respecto, dice Planiol, "el juez está obligado a escrutar las conciencias, a cononer y pesar los motivos; el aspecto psicológico viene a ser dominante.Es de temer que la legislación civil no emprenda ahí una obra que está por encima de sus fuerzas".

Por lo visto el Sr. Ripert, le dá al campo de la teoría del abuso, un concepto restringido. A menudo, como lo comenta el mismo Ripert, el acto voluntariamente nocivo constituye un delito personal y penal; o, cuando menos, es una culpa civil; en ambos casos, quien lo ejecuta se sale de su derecho.De otra parte hay una infinidad de casos en que, en los espíritus turbados, los sentimientos de odio, de venganza se mezclan con los motivos legítimos del ejercicio de la actividad.Son sentimientos que no se convierten en actos y de los cuales el derecho no tiene que ocuparse. En fín, quedan ciertas hipótesis en que el titular del derecho,sabiendo exactamente lo que puede hacer sin salirse de su derecho,disimula con la aplicación correcta de la regla jurídica la violación del deber moral.Irreprochable en apariencia, su actó fué inspirado únicamente por el deseo de perjudicar a otro.

A parte de todo esto, Ripert manifiesta, que existen casos en que la intención de perjudicar a otro no basta para hacer ilegítimo el acto porque al perjudicar a otro se cree cumplir con el deber. La satisfacción del deber moral domina el ejercicio de los derechos pero si el juez no tiene una clara conciencia del deber moral, será incapaz de juzgar si ha habido abuso del derecho. En fin el ejercicio del derecho no gozaría de protección sino en la medida que la actividad fuera razonable.

En consecuencia, la ausencia de beneficios no es síno una presunción de la responsabilidad del agente, que vendría a constituir para él, el fundamento del abuso.Si el titular del derecho causa un daño a otro sin obtener ventaja alguna de su acto, el ejercicio del derecho se revela como doloso, desde que, la inutilidad del acto, si no proviene de un error de cálculo, atestigua que la malignidad era el único móvil de la acción.Pero esos supuestos de ejercicio de un derecho son intención de dañar no siempre se presenta con esa fisonomia: sucede que el autor del acto, aún conociendo el perjuicio que causa a otro y deseando causárselo, ha sido guiado al mismo tiempo por el pensamiento egoista de aprovechar de su acto. Entiende Ripert, que sostener como se desprendería de lo afirmado por el filosofo Ihering, qué solo la inutilidad del acto revela su carácter abusivo, implica una crítica que va demasiado lejos,porque si fuera justa,surprimiría de un modo completo la ideal del abuso del derecho.Por otra parte si es cierto que media dificultad en probar la intención dañosa, cuando el autor del acto ha obtenido beneficios, la verdad es que la prueba será suministrada por todos los medios probatorios señalados por la ley.El acto resulta abusivo aunque a la idea de venganza o de injuria se mezcle un pensamiento codicioso.Pareciera pues, que, aquí se inclinara a admitir que esa mixtura de motivos confesables e inconfesables no elimina el aspecto de acto ejecutado con

ánimo malévolo que le acuerdan los segundos.

Luego Ripert se refiere a los actos incausados, osea a aquellos en los cuales resultan inoperantes los sentimientos del autor del acto y aún cuando al tratar de alcanzar su más grande provecho o placer, el acto lleva en sim mismo su causa y el juez no puede penetrar en esas perturbaciones del alma para analizar sentimientos cumplables. Tal es lo que acontece al testador que deshereda injustamente y sin motivo a sus parientes más próximos para disponer de sus bienes a favor de un extraño; no se dirá allí que hay lo que han llamado abuso del derecho de testar, aun cuando el testador no persiguiera otro fin que el de dañar a su familia.

En pura lógica jurídica podrá concebirse derechos subjetivos absolutos, y simples facultades. Serán los derechos non causès que nos habla Josserand, en los cuales la máxima feci sed jure feci llega a ser entonces la expresión de una verdad jurídica.

LA ADHESION DE SAVATIER

Ya Savatier en su tratado de derecho civil ha expresado, que el abuso del derecho constituye un caso de conflicto entre el derecho y la moral, o, con más, precisión, entre un derecho positivo perteneciente a una persona y un deber moral que le incumbe; al usar de su derecho falta ella a su deber moral.

Advertimos en Savatier el mismo criterio de Ripert. Sin embargo, es creible que este expositor, sea el precursor de la idea que luego con erudición de criterios fué exteriorizada y aceptada por muchas legislaciones. Sin ir más adelante, nada nuevo se ha traído, con la divulgación victoriosa del deber moral, frente a la norma jurídica o derecho objetivo traido por Savatier, claro que si se reconoce la amplitud de la teoría que la cristalizó como dogma, pero turgente de varias imprecaciones que a los mismos juristas les causó extrañeza en la emisión, de que la regla moral, fuese la que domina todo el panorama del ejercicio de los derechos; pero si todo se deja a la conciencia del juez para la apreciación del deber moral ? Habría abuso de un derecho, si el deber moral flagrante, y clandestino en el ejercicio del derecho, no estuviese en la mente del juzgador ?. Por qué si al juez se le escapa el deber de conciencia, no podrá auscultarse si hubo o no tal abuso de los derechos. Todas estas pláticas, han sido urañas para algunos juristas, como lo anotamos.

C A P I T U L O III

APLICACIONES DE LA TEORIA DE RIPERT

EL DERECHO DE PROPIEDAD

Expresa Ripert, que la cuestión del abuso de los derechos no puede spresentarse síno ra~~m~~ente.Casi siempre, cuando una persona quiere perjudicar a otra, se sale de las condiciones regulares del ejercicio de los derechos.Arrastrada por su pasión,franquea los límites que la ley y la jurisprudencia han puesto a su actividad.Ya no hay necesidad de buscar la intención, puesto que la acción, por sus carácteres mismos, es generadora de responsabilidad.La irregularidad del acto hace inútil la apreciación de los motivos.

Nosotros no consideramos como abuso del derecho, en el sentido estrictamente jurídico de la palabra, los casos en que el titular del derecho ha cometido una culpa o comprometido su responsabilidad por el ejercicio excepcional de su derecho.Puede suceder que el titular haya sido inspirado por el deseo de perjudicar a otro, pero, habiéndole hecho meter este deseo un acto generador de responsabilidad civil, la investigación de la intención sirve solamente para distinguir el delito civil del cuasi delito, y no hay interés práctico en esta distinción.

Ripert, dice, que cuando un propietario ejecuta en su fundo un acto perjudicial al interés de sus vecinos y que excede la medida normal de los inconvenientes de la vecindad, este propietario debe ser declarado responsable del perjuicio causado a los propietarios vecinos.Puede ser que haya obrado con intención de perjudicar; el carácter doloso del acto englobado, se encuentra en cierta forma, en su carácter excepcional.La única consecuencia que podría, tal vez, agregar la intención dolosa sería la sanción de una reparación en especie. En estas manifestaciones de Ripert, el contenido del abuso del derecho de propiedad, en vez de estirar su teoría del deber moral, busca la responsabilidad como función primordial para establecer el perjuicio, en el ejercicio mal o conveniente de los derechos de vecindad.

ABUSO EN LITIGAR

He aquí una transcripción del desarrollo de Ripet acerca de este tópico: "Con frecuencia se habla del abuso del derecho de obrar en juicio.Una jurisprudencia constante decide que el demandante abusa de su derecho al perseguir a su adversario con el único fin de arruinarlo con las cosatas de la defensa; que de su parte, un demandado abusa de su derecho resisteiendo a la demanda para retardar la legítima satisfactoria debida al demandante y o-

bligarlo a exponer gastos; que todo litigante abusa de su derecho cuando usa de los recursos únicamente para redardar la solución de la instancia.En todas estas hipótesis, puede haber concesión de indemnización de perjuicios. con la condición de que el juez dé la condenación ponga de manifiesto la culpa cometida.En realidad, los tribunales no sólo contemplan en este caso la intención dolosa, sí no también la culpa, y se tiene a bien decir que el error grosero equivale al dolo, lo cual no es síno una fórmula cómoda para explicar la equivalencia de los resultados, porque hay una diferencia radical entre el dolo y la culpa aún inexcusable.Cuando interviene una condenación a indemnización de perjuicios es porque el litigante intentó culpablemente una acción o sostuvo una defensa sin razon o propuso un recurso que le fué adverso.Hay entonces una culpa en el ejercicio del derecho de litigar, y si no toda culpa basta para comprometer la responsabilidad, el caso es que hay ya una condenación a las costas, considerada como reparadora.Para que se pueda hablar de abuso del derecho, sería necesario, por ejemplo, que se condenara a un demandado que ha hecho fracasar la acción de su adversario y que, intencionalmente y por malicia, no opuso inmediatamente el medio de defensa que tenía, a fin de perjudicar a su adversario con las costas del juicio". Hemos expresado con Ihering, - que sólo la inutilidad del acto revela su caracter abusivo.No obstante la hesitación surge cuando se pregunta si el titular del derecho no puede discutir el vinculo de causalidad que une sus sentimientos a su acto, agregado: "Su acto tiene una doble causa, una - sóla es lícita".

Ahora,veamos en las concepciones de Ripert,' dónde está el deber moral irrespetado y causante de el abuso, al derecho de recurrir a los tribunales de justicia ?.Alessandri Rodríguez, de quién se dice ha solucionado la teoría,nos contesta; "El principio en esta materia es el siguiente: el ejercicio de las acciones judiciales o de los recursos que la ley franquea a los litigantes, no constituye abuso por si solo aunque los tribunales los rechacen. Es abusivo cuando se hace con culpa o dolo, cuando el litigante ocurre ante los tribuanles de justicia por espíritu de venganza". Fórmulas éstas que están determinadas en la ley positiva, no como deber moral, síno como sancionadora para aquellos,que andan,como dice Ferri por las lineas blancas. Si es conveniente que la labor del juez y la del legislador marchen armoniosamente combinados; éste sería el medio para obtener una solución que tienda al ideal de la justicia individualizada.Ni la separación de los organos estatales se opone a ello, ya que todos los organos deben marchar armoniosamente, ni lamigidez de las normas escapa a la comprensión del legisalador.El magistrado y el jusrisconsulto, ha dicho Portalis, penetrados del espíritu general de las leyes es aquienes toca dirigir su aplicación. Aun ha de añadirse que el legislador y el juez son dos órganos de expresión del derecho que cumplen cada

uno una función igualmente saludable: la del legislador satisface la necesidad de estabilidad de las relaciones sociales y la del juez la exisgencia no menos imperiosa de movilidad de las mismas".

LAS CUESTIONES DE FAMILIA

Sostiene Ripert, que los derechos cuyo ejercicio arbitrario permite la ley, son derechos en los cuales no se podría aplicar la teoría del abuso de los derechos.Este ejercicio arbitrario permitido por la ley, recomienda, que es necesario, porque el titualr es el único juez del deber que le incumbe".Cuando se hace reposar la teoría del abuso sobre el fundamento moral, todo esto viene a ser perfectamente claro.Para apreciar el abuso es preciso que el juez pueda juzgar el valor de los sentimientos que hacen obrar a una persona.Pues bien, hay motivos que son tan personales que no es posible ninguna apreciación, asi por ejemplo, cuando decide que los ascendientes que sin motivo se han opuesto al matrimonio de sus descendientes no pueden ser condenados a indemnización de perjuicios.Igual solución se ha dado para el derecho de los padres de autorizar el matirimonio de su hijo o de negarle su autorización. El ejercicio de los derechos de potestad, paterna o marital, de acuerdo con la teoría de Ripert, tienen la misma solución, ya que estos derechos pueden ser limitados objetivamente por la ley, pero la persona que obra dentro de los límites de su derecho no tiene por qué rendir cuentas de los sentimientos que la determinaron, porque nos encontramos aquí en un terreno en que la apreciación del deber moral escapa al juez.No es posible recurrir al juez para estos derechos, sino cuando tal recurso está consagrado por la ley.La tendencia legislativa tienede, por otra parte, a aumentar estos recursos.

Las cuestiones de familia, por ser tan individuales, se escapan a toda apreciación personal del juez; ya que, para aprciar el abuso, es preciso que el juez pueda tener en cuenta toda la gama de sentimientos que determinan a obrar a la persona; como las potestades familiares, son tan subjetivas, el juez no puede penetrar en esos móviles internos, y por lo mismo no podrá enredarse en la teoría del abuso; ó como llama Planiol, derechos absolutos, y, Josserand, derechos incausados.

Sin embargo, Josserand, al explicar el derecho de los padres de autorizar el matrimonio de sus hijos o de negarle su autorización, dice que es suceptible de abuso, teniendo en cuenta las soluciones dadas por la jurisprudencia, aunque por dominio personal, parece que no admite tal teoría; un incidente imprevisto y grave, referente al honor y a la dignidad de las personas, o que pueda comprometer al porvenir de los futuros esposos y de la familia los padres pueden retirar su palabra de aquiescencia, en estos casos el abuso es inconcebible, es decir, si el titular del derecho ha adoptado pura y simple-

mente y desde el principio una actitud de oposición o de inercia; el abuso no aparece ni está constituído síno en razón de iniciativas tomadas al principio y con las cuales no cuadra su rechazo posterior".

Parece existir una contraposición en los pareceres de Ripert y Josserand, que ei el primero sostiene que en las relaciones de familia, que son tan personales, subjetivas, se escapa la teoría del abuso, síno cuando haya algún recurso consagrado por la ley; en cambio Josserand parte, del motivo legítimo, justo, el motivmo serio, para hacer plausible tales iniciativas sin consagración expresa de la ley, basta la conciencia equitativa del juzgador para sistematizar donde existe la injusticia, y condenar a los perjuicios, por abuso a los intereses individuales en la gama de los derechos de familia.Al estudiar el pensamiento de Josserand, analizaremos cada una de estas directivas.

ABUSO DEL DERECHO CONTRACTUAL

Sobre este antecedente, parte del comentario del Art. 1134 del c.c. francés y la aplicación del art. 1184, es decir "que las convenciones deben ejecutarse de buena ré" y podría haber resolución del contrato cuando una de las partes ha faltado a las obligaciones general de obrar de buena ré".Es una similitud con nuestra codificación, al decir el 1603 :"Los contratos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Para que la cuestión del abuso se presente como única en el contrato, es menester, observa Ripert, que el contratante, manteniéndose dentro de los límites precisos del contrato, agote las prerrogativas únicamente para perjudicar a la otra parte.

Como sabemos, uno de los principios fundamentales en que se basa el derecho contractual moderno es el de la autonomía de la voluntad, que consiste en la libertad de que gozan los particulares para celebrar sus convenciones que les plazcan y determinar su contenido, efectos y duración.

En consecuencia, los particulares pueden pactar los contratos que más les convengan a sus intereses, sea o nó reglados por la ley; combinar unos y otros entre si; atribuir a los contratos efectos diversos de los que la ley señalan y aún modificar su estructura.De ahí que las leyes relativas a los contratos sean, por lo general, supletorias de la voluntad de las partes; sólo se aplican en el silencio de éstas.La misión del juzgador en presencia de un contrato, es interpretar o reestablecer esa voluntad.El juez no puede desentenderse de ella, mucho menos podrá substituir por la propia.

Sin embargo, la auntonomía de la voluntad contractual no

es absoluta.Como todos los derechos y libertades,tienen sus limitaciones.Desde luego, los contratantes no pueden alterar, modificar,ni variar las cosas que son de la esencia del contrato que - pacten.Si lo hicieren, el contrato, o no produciría efectos civiles, o degeneraría en otro diferente.La libertad contractual, sin embargo es necesario para el desenvolvimiento del comercio y desarrollo económico y material de los pueblos.Mientras los hombres - sean hombres y esten movidos por el interés, sera utópico pretender edificar un sistema a base de la negación de ese interés que- es la palanca que ha movido al mundo y seguirá moviéndolo en tanto la naturaleza humana no cambie.

No se puede desconocer, porque desconocerlo sería negar la evidencia que la absoluta libertad contractual, tal como lo preconizó la revolución francesa y la consagró el código de Napoleón, tienen inconvenientes y pueden ser fuentes de abusos e injusticias. Por eso, es que el legislador tiene que intervenir para proteger a aquellos de los contratantes que se encuentre en una situación de- inferioridad respecto del otro, y no sea fuentes de injusticias o sirva de instrumentos de explotación de una de las partes por la otra.

Como lo expone Ripert, no se puede admitir que el derecho contractual sea superior por su naturaleza al derecho legal, - por los análisis que se han hecho; si bien es cierto, que el con - trato es una ley para los contratantes, no menos resulta afirmar , que el imperio de la ley positiva está restringida por la ley del- contrato.Los artículos 15 y 16 de nuestro código civil,son tan claros que no necesitan de ningún comentario.

En el ejercicio de nuestros actos y de nuestros derechos, debemos proceder siempre de buena fé.La ley positivia parece no contener este principio de moral y de justicia; pero la jurisprudencia colombiana lo ha aceptado, estableciendo que debe aplicarse en todos los casos en que pueda tener cabida tal principio. Para que haya abuso del derecho en el contrato, sostiene Ripert, es menester que el ejercicio de este derecho no presente ninguna utilidad para quien lo ejerce, por ejemplo, en el caso en que un contratante agota un término que le es útil únicamente para perjudicar a su contratante, o se sirve de una claúsula que suprime el derecho a indemnización de perjuicios en caso de retardo para forzar a la otra parte a renunciar el beneficio del contrato.

En sistesis el criterio de Ripert, está repleto de contradicciones, unas veces dando cabida la teoría de la culpa y en otra la invención poco afortunada de su teoría moral; circunstancia ésta, que al dar nuestra concepto comentaremos sobre este asunto.

T I T U L O I I

CRITERIO FUNCIONAL O FINALISTA

SUBDIRECTIVAS

Dificil sobremanera sería agrupar a los múltiples expositores, y llegar a comprender la tendencia seguida por cada uno en la teoría del abuso de los derechos. Si dentro de la tendencia que estudiamos, surgen **subdirectivas** diferentes, cada una de ellas, combinadas de diversos principios; en otras, han surgido combinaciones que hacen de la teoría un verdadero laberinto intrincado y sin sendero conocido. Todas estas situaciones, procuraremos relacionarlas someramente, en sus puntos más culminantes en boca de algunos autores, que han tenido mucha importancia y que participan de este criterio.

C A P I T U L O I

FORMULA FINALISTA CON TENDENCIA OBJETIVA

CHIRONI Y SUS APRECIACIONES

La doctrina que vamos a exponer, la encontramos estractada en su obra: LA CULPA EN EL DERECHO CIVIL MODERNO. Chironi, parece optara dos criterios distintos en el tema del abuso. En su primera parte comenta: "Que hay una especie particular de culpa en el abuso del derecho"; es decir adopta el criterio de Giorgi, cuando considera al abuso como especie de culpa, enseguida añade: "Pero hay un error de principio y otro de aplicación al plantear regla semejante. El abuso de derecho, sin discutir ahora la teoría, respondería al NON JURE FACTUM, y, por consiguiente, a la violación del derecho ajeno; concepto que, admitiendo para la existencia del causidelito la necesidad del concurso de varios términos, debería referirse a la ilicitud del hecho. ¿ Por qué referir el abuso de derecho al elemento del hecho culposo, por qué no separar la injuria de la culpa en sentido especial, y afirmar, en cambio, que en tal forma de injuria hay una especie particular de culpa ?" que hay una especie particular de culpa en el caso del que mata animales ajenos sorprendidos pastando en su fundo; y lo mismo llega a confundir la injuria con la culpa. La imposiblidad de determinar tal injuria objetiva y la incertidumbre de fijar los criterios que explican el abuso de derecho, como concepto introducido a modo de separación, induce la necesidad de reducir los términos de la responsabilidad al hecho culposo, a la culpa.

Más adelante al referirse a las causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad a la injuria objetiva, se expresa: " Si la injuria consiste en hacer una cosa para la que no se tiene derecho, a contrario sensu cuando el agente produjera una ofensa como

consecuencia del ejercicio de una facultad que le corresponda, o en el de una obligación legitimamente impuesta (como derivada de la ley o de la autoridad pública), el lesionado carece de derecho para exigir la - responsabilidad y para instar el resarcimiento del daño, toda vez que en la acción del agente nada hay de ilícito, obra valiéndose de su señorío sobre la cosa, y si al ejercerlo correctamente lesiona la cosa ajena, ello no puede aminorar la plenitud de facultades que por el mismo le corresponden, principio reiteradamente enseñado en sus justas aplicaciones, en los orígenes y fuentes de nuestro trabajo. Demostrado queda que obra jure solamente quién ejercita un derecho propio; el límite del poder que puede ejercitar dentro de sus funciones domnicales es la violación del derecho ajeno, cuyo sujeto, como titular del mismo, puede pretender su normal protección por la ley.El sólo daño que para este pueda derivar o derive del ejercicio del derecho no puede - estimarse como justo obstáculo a aquella actividad; lo será en cambio la violación del derecho; la acción entonces no es jure sin contra jus.Podrá significarse este hecho también con el nombre de abuso del derecho ?. Porque indudablemente abusa del derecho quién excede los l límites dentro de los que hállase el suyo contenido, y, por tanto, quién obra con dolo o negligencia, sin cuidarse de ello o sin cuidarse como hubiera debido de los términos a que lícitamente puede extender la propia actividad jurídica, como quien usa mal del propio derecho en daño de otro, cometen abuso. Tal vez debiera limitarse a este último caso la locución abuso del derecho; cierto es que también en-él,como en la otra figura, lo que se da es falta de derecho;más en - el abuso propiamente dicho, la falta no está en la materialidad de la acción ejecutada, puesto que el agente tiene derecho para obrar, síno en que al ofender y lesionar el derecho ajeno, quebranta las reglas que rigen el uso normal del derecho. Reglas que en sintesis se reducen a que el derecho como formación social (yvoluntad social es la ley que lo asegura),se realice por el sujeto en aquellos términos que impliquen en el equilibrio entre el interés del individuo y de la colectividad, imponiendo que sea ejercido el derecho de conformidad con su fin, y como lo ejercitan o lo ejercitarían, dada su posición económico o social, la maypr parte de las personas aquienes pudiera corresponder".

Respecto a la teoría de obrar jure,establece Chironi dos deducciones, la una que se refiere, a que no puede demandarse la responsabilidad, de quién por la comisión del hecho no ha sufrido lesión alguna en sus derechos; y la otra, que no hay lugar a la responsabilidad, cuando el hecho violatorio de un derecho emane de la amenazada injuria de la persona ofendida, al derecho del agente.

Explica el expósitor nítidamente las subdirectivas de o-

brar conforme al derecho en las siguientes frases: " .."el ejercicio del derecho que produzca daño a otro, realizado sin la evidente utilidad de quien lo realiza,y solamente con la intención de que el daño suceda, ¿dará nacimiento a la responsabilidad ?.La acción- ad emulationen ¡es acción jure !, y por tanto, faltará al agraviado la facultad de pedir al agente el resarcimiento del daño sufrido?.

"El Problema de si los actos emulativos son permitidos o prohibidos no está resuelto por los tratadistas y suscita en ellos grandes dudas.La opinión partidaria de su prohibición funda su razonamiento sobre el concepto de que la ley no debe garantir el acto de quién dolosamente se vale del propio derecho para producir daño a otro, declarando de consuno los principios de la moral y del derecho que malitiis non est indulgendum, y argumentan también con los precedentes, que elevan a verdaderas reglas,deducidos de algunas fuentes en las cuales se afirma que el acto del cual deriva un daño y ninguna utilidad para quién lo ejecuta daderecho para oponerse a su ejecución.Los que niegan la prohibición argumentan aduciendo la integridad y plenitud del derecho; cierto, es, dicen , que la ley no puede apadrinar el dolo de quién,aparentando ejercitar un derecho, obra en daño de otro;pero no puede dudarse de que tiene realmente derecho a ejecutarlo en el tiempo y- modo que le parezca, siempre que la ley u otra limitación expresa no lo impida; por otra parte, el juicio sobre la intencionalidad- de quien obra, además de fundarse en elementos siniestros, dada la materia sobre la cual se actúa, sería además una amenaza continúa, una fuente de controversias, que acabarían por impedir al titular del derecho su actuación, cuando sus intereses lo hubieran menester.El invocar los principios de la moral para limitar el ejercicio del derecho, es en ese proceso cosa incorrecta y peligrosa, demás sólo la ley, a título de garantía del derecho, es la que puede imponer límites a su ejercicio, bien de un modo directo, bien mediante el reconocmiento de las convenciones, y, por tanto, tutelándolas".

Ahora, preguntamos al expositor, si los actos de emulación, que atrás nos referimos, están prohibidos o nó ?.Nos contesta, manifestándonos, que están prohibidos en cuanto por ellos, el agente abusa de su derecho, y hay en el abuso, como tuvimos ocasión de advertir, una parte lícito en su ejercicio, y otra ilícita que no se puede reputar como acto legítimo; lícito será el acto en cuento induzca una modificación sobre el objeto del propio derecho, ilícito será el acto mismo en cuanto su realización obedezca al propósito de perjudicar a terceros, siendo en este supuesto la razón de la responsabilidad, no sólo el daño fraudulento producido, síno el haber distraido intencionadamente de sus fines propios el derecho contra las normas generales características de su pristina

función social, y que por este se impone a todos.Ahora bien:esta característica, por la cual es para todos una obligación ejercitar el derecho de un modo normal, cuando la mayor parte de los individuos lo ejercitarían habida cuenta de sus respectivas condiciones económico jurídicas, produce derechos y obligaciones reciprocos entre los asociados.De aquí que, quien se queja de abuso del derecho, no opone realmente la falta de derecho en el agente, sino el mal ejercicio de su derecho, y pide no la destrucción del hecho (no teniendo por su parte un derecho que oponer),síno simplemente el resarcimiento.He aquí, pues,cual es la posición jurídica ofendida, y he aquí por qué no es el daño por si solo razón de responsabilidad.

Con las decisiones sostenidas por Chironi, dábenos agrupar a este expositor en la tendencia finalista, pero busca una desviación al daño objetivo.

C A P I T U L O II

FORMULA ECONOMICO SOCIAL

SALEILLES Y GENY

Sostienen estos expositores, según cita del Sr.Luis de Gásperi, que hay abuso del derecho cuando el derecho no se ejercita de acuerdo con la finalidad económica. Agregan, que los derechos tienen una misión social que cumplir.Desviarlos, ejercerlos contrariando esa finalidad, es abusar de los derechos.En esto consiste el concepto finalista,que mucho ha sido defendido por Saleilles y Geny.

Con motivo de la primera monografía escrita en 1901 sobre el abuso del derecho, del autor Francés Porcherot,quién después de establecer nítidas diferencias entre los actos cumplidos sin derecho o fuera de los límites del derecho, y el acto abusivo,cumplido dentro de los límites objetivos de un derecho subjetivo,determinado, llegó a sostener, que en este último caso la responsabilidad de su autor se funda en una idea de finalidad, de desviación del fin del derecho y estableció tres criterios subjetivos: la intención de dañar, la falta de interés personal y la ausencia de motivos legítimos.Aunque a primera vista sostuvo, estos puntos Saleilles, no tuvo inconveniente en modificar su opinión.En esta vez,rechazó la posbilidad del abuso de los derechos regulados en su ejercicio por la ley,para admitir que el uso anormal, criterio objetivo o la intención de perjudicar criterio subjetivo,podría aparejar responsabilidad solo por el ejercicio de derechos imperfectamente definidos por el legislador.

Más tarde y con ocasión de publicar su obra Thèorie générale de l'obligation d'après le premier proyet de code civil pour l'Empire Allemand, vacilante ante el peligro de transformar a los jueces en censores de la conducta humana por el uso de la facultad que se les confería de indagar la intención de todos los actos de las personas, optó por un criterio puramente objetivo,según el cual se vería el abuso en el ejercicio anormal del derecho, en ejercicio contrario al fin económico o social del derecho subjetivo,y reprobado por la conciencia pública,punto de vista desde el cual,todos los derechos, incluso la propiedad, son relativos "no siendo el dominio síno una manifestación conreta de la libertad, por qué pregunta Saleilles sería el más absoluto que ésta ?"

Cuando el perjuicio se deriva de una conducta condenada por las costumbres agrega, no es forzosamente necesario que sea intencional para que el hecho de que procede sea ilícito.Caráctériza se el abuso del derecho por su aspecto objetivo y no por su fin. Lo que debe decirse es que un acto perjudicial que tuviese por fin

exclusivo el daño ocasionado a otro, sería por si mismo,contrario, a las costumbres.Este mismo atentado a las costumbres puede darse- aún en el supuesto del ejercicio anormal que no corresponderá sino a una imprudencia.

Se comprenderá fácilmente que toda esta teoría no puede tener consistencia y sencillez práctica síno dentro de un sistema que,rechazando el aspecto psicológico del derecho,admita la responsabilidad objetiva del individuo.El delito civil debe forzosamente materializarse en un sistema de este género y caracterizarse, por su discordancia con las costumbres.

Concluye el citado comentador, que con ocasión de proyectarse en Francia la reforma del código Civil,encargado Saleilles de presentar a la primera Sub-comisión un informe relativo a esta materia y a la oportunidad de su reglamentación legislativa, admitió lo que había combatido en su obra y optando por el criterio subjetivo inspirado con la idea de moral, propuso la inclusión, en el Título preliminar del código,después en el Art. 60.,un precepto concebido en estos términos "Un acto que no produce síno el efecto de perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo para el que lo suple, jamás podrá constituir el ejercicio lícito de un derecho". Buscaba Saleilles consagrar un principio de moral, - que al condenar el abuso, impidiése el ejercicio inmoral de los - derechos.

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

El mismo sentido dado por Saleilles,hízolo presente el Sr. Geny en su obra Méthode d'interpretation,cuando dijo:"No se - encontrará la medida justa y verdadera de los derechos individuales sino escrutando los fines económicos y sociales y comparando su importancia frente a los intereses que ellos contrarían.

CAMPION Y LA TESIS DE UTILIDAD SOCIAL

En su obra La Théorie de l'abus des droits,sostiene, que desde el punto de vista teórico, la tesis del abuso del derecho no ejerce, según este escritor, influencia sobre la noción general de la responsabilidad síno porque constituye un factor nuevo de la reglamentación jurídica general que crea o permite el reconocimiento de numerosas obligaciones preexistentes.Ella habría contribuído a la admisión, no de una responsabilidad sin culpa en el sentido social de la palabra, síno de una responsabilidad sin culpa en el sentido clásico de la misma por medio de un cambio en la interpretación de una de las condiciones de esa responsabilidad.Estas son en derecho francés las siguientes: a)una obligacion legal; b) una

violación de esta obligación; c) un perjuicio ocasionado por esta violación; y d)una violación moralmente imputable a su autor.Asi, en el ejemplo de la falsa chimenea construída por el propietario con el sólo ojbieto de perjudicar a su vecino, la teoría que nos ocupa habría hecho nacer a cargo de aquél, a quién el derecho tradicional reconoce el derecho de usar y de gozar de su cosa de la- misma manera ,pero en forma absoluta,la obligación de no coonstruirla, creando de esta suerte el primer requisito para la aplicación del Art. 1382 del c.c. francés.

Al sentar la teoría del abuso en el principio según el cual, queda prohibido el ejercicio antisocial del derecho,restringe la esfera de libre actividad que los derechos subjetivos crean a favor de su titular.La concepción nueva de estos derechos y de sus límites permite al juez averiguar en cada caso si el interés social no impone a su titular obligaciones restrictivias de su derecho cuya existencia o necesidad no era ni siquiera sospechada en otros tiempos.Viniendo a los tres criterios propuestos para reconocer el abuso del derecho: la intención de dañar,la falta de - interés legítimo y la desviación del derecho de sus fines propios. Juzga Campion que todos ellos se confunde en uno solo verdadero: la ruptura del equilibrio de los intereses sociales concurrentes, con que añade un acuerdo a los anteriores, pues, no habiéndo hasta el presente concordancia alguna en la teoría y doctrina,está por verse la suerte que la crítica haya de deparar a la tesis que examinamos

Concurriendo dos derechos subjetivos puestos en pugna por su ejercicio, cree Campion que la misión de los tribunales - consiste en ponderar en una balanza el perjuicio social resultante de la lesión de un derecho reconocido por las leyes y el que- deriva del daño ocasionado por el ejercicio de ese derecho.Si la balanza se inclina de esta parte, habrá ejercicio antisocial de- un derecho.De dónde concluye que hay responsabilidad por abuso - del derecho si la intangibilidad de la libre esfera de actividad jurídica del autor del acto litigioso aparece como socialmente menos útiles que la reparación del perjuicio causado por el ejercicio de una facultad comprendida en esta esfera.Esta comprobación debe entrañar, a cargo del titular del derecho, el reconocimiento de una obligación preexistente de no cumplir el acto litigioso.

Reconociendo Campión que la adopción de este criterio puede hacer depender de la arbitrariedad judicial la decisión de tan delicado asunto, se niega a atribuir al juez poderes ilimitados, y propone que todas las veces que éste se encuentre ante el ejercicio abusivo de una situación jurídica subjetiva,debe examinar en primer término, si la cuestión no está resuelta por la ley,

y en caso negativo, inspírase en las decisiones de la jurisprudencia, y si ni aún está la hubiese contemplado,aplicar la regla ya enunciado o sea apreciar el equilibrio de los intereses antagónicos concurrentes.

Por último,reconoce Campion, la incorporación al código civil, de un precepto que, contemplando el abuso del derecho,se halle concebido en estos términos: "La ley crea y organiza los derechos civiles para proteger los intereses individuales reconocidos como socialmente útiles.Los tribunales podrán restringir o negar esta protección, si, por relación a las circunstancias de la causa o en razón de transformaciones económicas y sociales no previstas, la utilidad social de ésta protección desaparece o es insuficiente".

Esta tesis sostenida por Campion, busca sus fuentes al código soviético y al suizo de las obligaciones, en sus proposiciones pulula un criterio objetivo, asemejanza de la tesis determinante de Josserand; explica, que mientras no existiese una fórmula legal que en forma clara y determinante busque la solución al abuso del derecho, el juez a un simple criterio y más que todo como aviso de la conciencia haría depender la teoría del abuso de los derechos, tesis que no es aceptable por ningún concepto, que ni tampoco tiene una justificación meritoria.

La concepción de Josserand, basada en la teoría de los móviles, los motivos, el fin que se propone al titular del derecho, y mediante esa comparación entre los móviles y la finalidad ó espíritu de los derechos, se podrá saber si hay abuso; de tal manera que si esa concordancia entre la finalidad y el motivo que ha determinado a actuar, el ejercicio es legítimo.Más si hay contraposición, al ejercicio abusivo.Asi mismo la tesis de Campion, es la falta de utilidad, o una utilidad no prevista, la que produce desprotección de la norma y cómo consecuencia abuso de los derechos, de allí que su tesis, háyamos tildado de la UTILIDAD SOCIAL.

CHARMONT Y EL FIN ECONOMICO SOCIAL

Este jurista, en su tesis "LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO", se manifiesta con una tendencia marcada, a una suficiente realización a los fines económicos y sociales del derecho en ejercicio; desplazando en toda forma al punto de la responsabilidad,asi se expresa: "La determinación del fin económico social del derecho ejercido puede ser un mejor criterio que la intención de dañar."

Los partidarios de la desviación de los fines sociales y económicos, hacen una distinción entre el uso y el abuso del derecho.Abusar de un derecho, nos afirma, no es usarlo.Se dice bien que el propietario tiene el derecho de usar y de abusar; esto es

verdad en tanto que el abuso no dañe sino al propietario; pero si abusa de su derecho con el fin de dañar,es responsable del daño - que causa, ya que la ley concede derechos a los hombres porque les son necesarios para su vida física, intelectual y moral, más no se los concede para satisfacer sus malas pasiones".Laurent.Cita de S- pota.

Bibiloni, al hacer la misma referencia indica, que sembrar la inseguridad jurídica atenerse a un criterio de aplicación de la ley que nadie lo explica.Cuando se asevera que hay abuso - del derecho si éste es usado contra los fines sociales y económicos de la ley, o del derecho individual, se utilizan palabras que quedan sin precisión, y la fórmula verbal se entrega al libre arbi - trio del juez, ya que no se dá respuesta inequívoca a estas preguntas: ¿Qué es abuso ?. ¿Dónde empieza ? ¿cuándo es manifiesto ?.Lo arbitrario surgirá en la aplicación judicial: de la opinión del - juez resultará cuál es el verdadero significado social y económico de la ley, y ello cada juez lo verá según su criterio moral, político y económico.

Todas estas doctrinas que hemos estudiado, como se verá, son estrictamente consecuencias de la doctrina de Josserand,interpretada según el querer de cada autor.

C A P I T U L O

I I I

JOSSERAND Y SU TELEOLOGIA JURIDICA

EL CRITERIO DEL ABUSO

Luis de Gásperi, al estudiar la obra de Josserand, comenta: que a Josserand le aconteció el mismo cambio jurídico que le tocó experimentar a Saleilles, también en 1905, por la misma sazón en que Saleilles sugería aquella reforma, animado de audacia juvenitl, publicó Josserand :De l'abus des Droites, obra en la que; en contradicción con la doctrina clásica, sostuvo que se puede comprometer la responsabilidad por el abuso del derecho, concebido con carácter esencialmente subjetivo, consistente, no en la intención de dañar, síno en la ausencia de interés legítimo. Por - refutación al juego de palabras de Planiol, sostuvo que el abuso del derecho no implica una contradicción en si, sino que es un acto conforme con el derecho subjetivo, pero contrario al derecho objetivo. Volviendo 22 años después de maduras reflexiones sobre el mismo tema, publicó De L'esprit des droits et de leur relativité, con el subtítulo Theorie dite de l'abus des Droites, para presentar la teoría con un criterio social y teleológico a la vez, como aplicación del principio superior de la relatividad de los derechos."

El mismo Josserand, en su obra Nº.293 dice :"Es, pues, un criterio a la vez social y teleológico el que adoptamos, el mismo que está consagrado en el código soviético y el que, en suma, - acoge nuestra jurisprudencia, implicitamente algunas veces, y otras en términos expresos. Implicitamente, porque este criterio engloba, en su generalidad, todos los criterios precedentes extraídos de la intención de perjudicar, de la culpa o de la falta de interés: es evidente que la intención de perjudicar, por emplo, no cuadra con el espíritu de todo derecho, que no puede pretender colorar socialmente los actos que ejecutamos al ejercer nuestros derechos; es por si misma intrinsecamente antisocial, antifuncional, es decir abusiva. Expresamente vemos fallos y santencias en que se invoca el criterio finalista, al referirse al poqué del derecho ejercido y que le atribuyen un valor decisivo; como lo declaró el tribunal civil de Compiègne, en la cuestión de los dirigibles Clement Bayard, "el derecho de propiedad no puede ejercerse en vista de un fin distinto al tenido en cuenta por el legislador al instituír el derecho".

Determinando Josserand, la verdadera directiva que caracteriza al acto abusivo, nos dice, que con el criterio funcio - nal se nos aparecerá toda la teoría en su armoniosa unidad y los

casos particulares van a plegarse por sí mismos a la disciplina soberana.

Campión, al efectuar el estudio del abuso del derecho en la legislación belga, se aparta completamente, del criterio funcional de Josserand, para desplegarse en la tesis antifuncional: "La desviación de los fines sociales o económicos de las prerrotavas individuales como configurando el acto antifuncional. La ley crea y organiza los derechos civiles para proteger los intereses individuales reconocidos como socialmente útiles. Los tribunales podrán restringir o negar esta protección si, por relación a las circunstancias de la causa o en razón de tasformaciones económicas y sociales no previstas, la utilidad social de este protección desaparece o es insuficiente. El acto funcional, no representa sino fórmulas generales, ideas rectoras, ideas muy vagas, que pueden servir para justificar la concepción del abuso del derecho, y no para reglar su aplicación. Tales criterios por si solos carecerían de valor práctico".

Markovitch, cita de la Dra. María Antonia Leonfanti, esboza como criterio censato para colegir el abuso de los derechos, una regla flexible, de una directiva general, las que pueden objetivarse en directivas variadas, tales como las que se han concretado: 1ª. Intención de dañar; 2ª Ausencia de interés; 3ª. Hecho de elegir, entre varias maneras de ejercer su derecho, aquella que es dañosa para otros; 4ª Anormalidad o carácter excesivo del perjuicio; 5ª- Manera de actuar que choca contra las buenas costumbres; 6ª Manera de actuar no razonable, contraria a la lealtad y a la confianza recíprocas, importuna, etc. Esta lista de subdirectivas responden a un criterio: el acto es antifuncional, implica una desviación con respecto a su fin económico o social. Sin embargo, todas estas diatribas en contraposición al criterio funcional de Josserand, han logrado rebatirlo: "Cabe observar, por último, que ese enunciado que se formula de las subdirectivas no es completo, en cuanto sólo se menciona un supuesto de falta de técnica en el ejercicio del derecho: la de elegir, sin necesidad, el camino más dañoso al tercero, ovlidándose así todas las otras hipótesis en que la culpa, la negligencia, la imprudencia, la impericia en la actuación de las prerrogativas individuales, es suceptible de implicar ejercicio abusivo del derecho. Por otra parte esa enumeración contiene una referencia al acto excesivo, el cual escapa al campo de la teoría del abuso del derecho, en cuanto el mismo se ejecuta en el plano de la institución".

El mismo expositor en otra ocasión expone: "Por eso sostenemos que la directiva general o standard jurídico lo da el acto antifuncional. Toda desviación toda tergiversación del poder jurídico del individuo con respecto a su fin social o económico,

nos pone en presencia de un abuso del derecho.Ni la culpa o el dolo son siempre requisitos necesarios sine qua non para que promedie un acto abusivo, ni el mismo implica, por si, un supuesto de responsabilidad aquiliana.Lo decisivo esta dado por la desviación del derecho subjetivo con respecto a su finalidad.De ahí que la doctrina del abuso del derecho ha de regirse por principios propios.Es por ello que los problemas sobre la procedencia del daño moral o sobre la prueba de la culpa o dolo, o sobre la existencia de presunciones de responsabilidad, que tanto preocupan a la doctrina y a la jurisprudencia en materia de actos ilícitos frente a textos sobre cuyo alcance no siempre media acuerdo, no deben aparecer en el campo del abuso - del derecho.

"Josserand, para consiliar su tesis funcional,busca dentro de la variedad de autores que han estudiado esta materia a Laurent, N.294."En doctrina como en jurisprudencia, se ha dibujado una corriente muy fuerte en favor de la concepción finalista,teleológica del abuso, que se identifica con la violación del espíritu de los derechos.Seguramente era la misma que Laurent, tenía en vista cuando escribía: "Por qué son sancionados los derechos por la-ley ?. ¿ Por qué son facultades que necesitamos para cumplir nuestra misión sobre la tierra ?. Los derechos se confieren para una-misión: si se ejercen zurdamente, son desviados de su fin".

En cuanto a Ripert, Josserand se esfuerza en manifestar, que él vé en la concepción finalista no la verdad de hoy sino la - de mañana: para llegar a ello, será preciso esperar que la técnica-jurídica desarrolle las reglas que no permitan apreciar los fines perseguidos en el ejercicio de los derechos. Desde hace 25 años, ya Porcherot, en una excelente tesis de doctorado, lo caracterizaba muy afortunadamente situando el criterio del abuso en la desviación del derecho de su función normal: se abusa de un derecho,cuando permaneciendo dentro de sus límites, se persigue un fin diferente del que tuvo en cuenta el legislador. Hammel, tambien es partidario de la concepción funcional del abuso:el mejor criterio, opina él, es el de la normal; el abuso del derecho comienza donde termina el uso normal del derecho.

Por las apreciaciones, Josserand, hace ver como la teoría funcional ha sido una prístina concepción, que se ha aquilatado en su evolución en la mejor forma de apreciación de los autores, hasta llenar las aspiraciones de la sociedad,hacía un ordenamiento más equitativo, más social de la vida jurídica; y por tener el mérito de asegurar un paralelismo constante entre la noción civilista del abuso y la noción administrativa del desplazamiento de po - der, cuyo carácter teleológico es indiscutible.".Josserand.N.294.

EL MOTIVO LEGITIMO Y SU CRITICA

Por otro antecedente cree Josserand, que el abuso del derecho no es forzosamente cuestión de móvil, como se lo supone- cuando se protesta contra la concepción finalista; la prueba está en que el abuso puede estar constituído por una culpa leve y aún por el carácter antieconómico del acto ejecutado; lo que el- juez debe investigar más que el móvil a que obedeció el agente,- es la dirección en que enfiló su derecho, el uso que hizo de él; si esta dirección y este uso son incompatibles con el espíritu - de la institución, el acto es abusivo y viene a ser,por consiguiente, productivo de responsabilidad.La tarea del juez no es tan pesada ni tan temible como se le quiere suponer;además está muy facilitada por el empleo de un procedimiento técnico precioso, de que nuestros tribunales hacen un uso constante: el motivo legítimo.

Josserand, concreta su tesis,expresando que el criterio finalista, extraído del fin, del espíritu de los derechos, - presenta, como se le ha criticado pero en menor medida, un carácter abstracto y fugitivo que podría originar serías dificultades de aplicación, si no se concretara felizmente gracias a la utilización del motivo legítimo, que constituye su expresión sensible y como su figuración,como se ha dicho, es necesario ver en este concepto el criterio personal y especializado del criterio universal y aún abstracto que suministra la destinación social de los diferentes derechos.O, más exactamente aún, debe considerársele como la exteriorización de este criterio abstracto, como su representante necesario e infalibe, su modo de revelación para cada prerrogativa y con motivo de cada acto cumplido por el titu - lar: el acto será normal o abusivo según que se explique o no por un motivo legítimo, que constituye la verdadera piedra angular de toda la teoría del abuso de los derechos y como su precipitado visible; estamos obligados a poner nuestras facultades jurídidas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión, de lo contrario, y para ser justos, ya no los ejercemos sino que abusamos de ellos. Josserand.

A estas significaciones de Josserand, los Hnos Mazeaud, critican acremente, la imaginación fingida de Josserand,referente al motivo legítmo; he aquí la tesis: "Josserand cita en apoyo de sus tesis numerosísimas decisiones que invocan la falta de un interés serio y legítimo de un motivo legítimo, de un móvil legítimo. Pero conviene observar que esas expresiones revisten en los fallos, como en el Art.23 del código de trabajo, y en el Art. 4o.de la ley 30 de 1926, que a ellas han recurrido igualmente, un sentido muy distinto del que pretende atribuirles Josserand.La mayor parte de las decisiones pretenden referirse con ellas simplemente a la falta de interés personal, falta que constituye una culpa

grave, y más frecuentemente las emplean para deducir la intención de perjudicar/No tratan esas decisiones en manera alguna de escrutar la finalidad del derecho.Y hasta las hay, aunque más raras, - que aún habiendo descubierto la existencia de un interés de parte del titular del derecho al ejercerlo como lo hizo, comprometen - sin embargo la responsabilidad de ésta.Se apoyan esas decisiones- no en el motivo adecuado al espíritu y a la misión del derecho,sí no en el motivo que inspiró el acto del autor del perjuicio.Examinan. no un problema de teleología jurídica, síno un probblema de responsabilidad civil.No escrutan al fin social, el motivo de derecho, síno aprecian la conducta del demandado.El espíritu de estos dos órdenes de investigaciones es muy diferente..Parece,pues, necesario rechazar el criterio del fin social y de su derivado,el motivo legítimo".

Prosigue Josserand en su fórmula del motivo legítimo,- llegando como conclusión, que el motivo legítimo está profundamente arraigado en nuestros espíritus.Se ha infiltrado poco a poco, pero con rapidez creciente, en el pretorio de nuestras diversas jurisdicciones y hasta en nuestro aparejo legislativo;cuanto a - los autores, le han concedido carta de ciudadanía en sus obras desde hace mucho tiempo y es bastante sintomático que los mismos que se se mostraron refractarios, en tesis, general,a la idea del abuso, le reconocen de buen grado un valor decisivo,sin parecer dudar en el hecho de están condenando en detalle el sistema que preconizan en bloque y que, por decirlo asi dejan penetrar el lobo en el aprisco, ya que el motivo legítimo no es otra cosa que la piedra de toque y como el precipitado de toda la teoría de la relatividad de los derechos.

Este precipitado, sigue sosteniendo Josserand,está además, sujeto a revisión con el correr del tiempo e independientemente de toda intervención legislativa, como ya lo observamos e insistirémos de nuevo en ello, un mismo derecho puede cambiar de - cas y de espíritu a medida que evolucionan las ideas y las costumbres, y tal motivo, otrora justificativo, puede luégo venir a ser constitutivo, revelador de un abuso.Gracias a esta flexibilidad , la noción del motivo legítimo y con ella la del abuso,constituyen instrumentos preciosas y poderosos de adpatación del derecho al- medio en el cual y por el cual se realiza, instrumentos que permiten el mantenimiento de instituciones viejas que, sin ellos,estarían abocados a la caducidad y a la desaparición.Gracias a ellos, también se ha conjurado toda escisión entre el derecho y la moral, entre el precepto y las necesidades del comercio jurídico.

Añade luego, "que los motivos legítimos entraña como - contrapartida la del motivo legítimo, que constituyen su antítesis constante, tan necesaria como la de la sombra con la luz,y cuyo valor práctico es al menos igual si no superior al suyo.Veremos

en efecto, que en el litigio instaurado por abuso del derecho,la carga de la prueba incumbe al demandante..La lista de los motivos ilegítimos, que es muy abundante, de aspecto complejo, puesto que cada insitutición tiene su espíritu etnico, su función propia,y - repugna, en consecuencia, con tales o cuáles móviles, que cuadra- perfectamente, por el contrario, con otras prerrogativas,vecinas- a alejadas..En la cima de esta jerarquía figura la COLUSION, el - CONCIERTO FRAUDULENTO, el verdadero complot celebrado entre varias personas y dirigido contra un tercero; la fuerza obligatoria de esta especie de móvil ilegítimo es tal que llega a despojar de sus efectos legales una formalidad de orden público como el registro de un acto traslaticio de propiedad inmobiliaria o constitutivo de un derecho real inmobiliario..Por debajo, o tal vez al lado, figura el FRAUDE A LA LEY, la voluntad de esquivar una disposición imperativa de nuestro derecho escrito, o ponerla en jaque: hemos visto jugar este móvil ilegítimo al tratar del derecho internacional privado y con motivo del matrimonio...El Dolo también ocupa un lugar de preferencia en la familia de los motivos ilegítimos, constitutivos de abuso; implica no solamente la intención de perjudicar, síno también, y por accesión, al empleo de ciertos medios carácterísticos, de ciertas maniobras de que Pothier nos dejó, después de los prudentes..."

Comentado a Josserand, el Dr. Tafur Morales nos explica, que el motivo legítimo en forma negativa, contraponiéndolo a los motivos ilegítimos: colusión, cocierto fraudulento, fraude a la - ley, dolo, intención de perjudicar.La contraposición ofrece un interés práctico desde el punto de vista probatorio: al demandante que alega un abuso de derecho le será menos dificil suministrar la prueba positiva del motivo ilegítimo que la prueba de la ausencia de un motivo legítimo.

Es innegable que el mayor esfuerzo doctrinario en orden a cristalizar la idea abstracta de la relatividad del dereho y en orden a la calificación concreta del acto abusivo, lo representa la fórmula de Josserand.Sin embargo, la idea del motivo legítimo no parece lo suficiente asible para que pueda considerarse como definitiva.No muestra Josserand en la discriminación del motivo legítimo la sutileza de análisis y la maravillosa precisión con que expone su teoría sobre los móviles en los actos jurídicos.Afortunadamente la idea muy amplia del espíritu de la institución, de la finalidas social y económica de cada derecho,será el punto de partida para que el juez, apoyado en las consideraciones concretas del caso, desate los problemas de forma que asegure la realización de una mejor justicia.

En lo que respecta a la intención de perjudicar, Josserand nos insinúa, que en ningún momento la intención de perjudicar se confunde con el dolo; puede existir fuera de él y en ausencia de las maniobras que caracterizan tradicionalmente a éste: es tal vez, de todos los resortes ilegítimos de la voluntad, el que presenta más interés práctico y a que nuestras jurisdicciones se refieren más insistentemente.....Su carácter social o antifuncional es evidente, haciendo reserva siempre de las prerrogativas abstractas y soberanas; sucede algunas veces que ellas constituyen un mínimun por debajo del cual el abuso del derecho ya no existe.

Planiol y Ripert, depués, de demostrar que en distintos casos el derecho tiene en cuenta la finalidad perseguida para apreciar la legitimidad del acto, analiza el abuso malicioso de los derechos, es decir, supone el ejercicio de un derecho hecho a fin de perjudicar intencionalmente a otra persona; en estas divergencias acepta Planiol la equiparación de la culpa con el dolo, especialmente en materia de acciones judiciales, se funda en una presunción de carácter intencional de la culpa grave. En igualdad de circunstancias acepta Bonnecase; que fuera de la intención de perjudicar, no puede haber abuso.

Criticable ha sido esta doctrina, especialmente los Hnos Mazeaud, quienes han tomado cartas en este asunto, han manifestado, que sería inexacto, encontrar un criterio del abuso, capaza de calmar todos los recelos de los más feroces individualistas, con la condición de estudiar el problema desde el verdadero punto de vista, el de la culpa. Nadie discute a los tribunales la facultad de apreciar si ha habido o no culpa. y nadie limita el dominio de la culpa a la intención de perjudicar, a la culpa delictuosa. ¿Por qué habría de ser de otra manera cuando el autor del perjuicio ha ejercido un derecho definido ?. El abuso de un derecho constituye una culpa delictuosa cuando obedece a la intención de perjudicar; si falta esa intención, puede constituir una culpa cuasidelictuosa. Cualquier acto del hombre puede ser imprudente o negligente. Cómo admitir que un acto ejecutado con ocasión del ejercicio del derecho nunca pueda constituir ni imprudencia ni negligencia. Nada justifica la creación de semejante terreno reservado en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil.

La sola intención de perjudicar, o ésta y la ausencia de interés legítimo, dice Pérez Vives (Tratado General de las Obligaciones) pueden explicar en determinados casos las soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia; pero no comprenden todos los casos posibles de abuso de los derechos. Claro está que quién utiliza su derecho sin beneficio para si y con exclusivo fin de dañar a otro, abusa de ese derecho; lo cual no obsta a que también lo haga quien utilice un derecho de modo contrario a su destinación económica o social. Más adelante añade: "Pero bien puede suceder que

el perjuicio causado al ejercitar un derecho en forma contraria a su destinación económica y social no incida indeterminadamente sobre la sociedad en general, síno que lesione un patrimonio individual,obligando al autor del daño a repararlo.Más aún:creemos posible conciliar los dos criterios, afirmando con LALOU :" Todo derecho tiene una destinación; es desviarlo de ella, y por consiguiente desconocer tal destinación, ejercerlo únicamente - para perjudicar o fuera de sus límites normales.Asi, pues,el acto cumplido en esas condiciones es contrario a derecho y, por lo tanto, ilícito; es una culpa".

Igualmente Josserand, analiza, que la Mala fé, también ocupa un grado ligeramente inferior en la escuela de los móviles ilegítimos; "a diferencia del resorte precedente, no tiene un valor intencional nítidamente caracterizado; el agente sabe que - perjudica a otro, pero no tiene por fin perjudicarlo;el perjuicio que le causó está en su conciencia pero no en su voluntad; no corresponde a una volición de su cerebro.Por lo visto, la gama de - los motivos legítimos o ilegítimos es extremadamente rica y su apreciación implica un conocimiento exacto del llavero jurídico.Al juez corresponderá, en caso de controversia, investigar si la regla del juego fué respetada o si fué trasgredida, conciente o involuntariamente, intencionalmente o por descuido,según la naturaleza y el espíritu del derecho en cuestión; tarea seguramente delicada, pero que no excede las luces y los medios de investigación de nuestros magistrados.Al cumplirla, resuelven a la vez una cuestión de hecho y una cuestión de derecho; una cuestión de hecho en tanto que imquieren las razones por las cuales obró el titular; y una - cuestión de derecho en cuanto deciden si dichas razones deben considerarse como correctas o como abusivas .Josserand.

Concluye su tesis el Profesor Josserand,buscando el sistema para concretar su sistematización: "Sistema objetivo o sistema subjetivo;"determinando a este respecto un doble cirterio: " El problema parece, pues, de una solución dificil y tal vez imposible: sin embargo, creemos que un análisis más a fondo de la dificultad nos descubrirá un criterio y que este criterio es doble, en realidad: la teoría del abuso, al menos en el derecho positivo francés y en cuanto se refiere al sistema jurisprudencial, es subjetiva y a la vez objetiva, según el ángulo desde donde se mire... Es objetiva si nos referimos, a la función social de cada uno de nuestros derechos: cuando el acto ejecutado se aparta de esta función o insurge contra ella, reviste un caracter abusivo: desde este punto de vista, la teoría es de orden social como el criterio mismo que constituye su punto central".

Explica, que, para llegar a estas conclusiones, había necesidad de tomar en serio la conducta del agente, solamente en lo que se refiera a la mentalidad; es necesario investigar por qué obró,cómo y si obedeció a un motivo legítimo; hay que proceder a una encuenta subjetiva y, desde este punto de vista y en esta medida, la teoría del abuso toma en si misma un sentido si no intencional, al menos subjetivo.

En otra ocasión, comentamos que Josserand, toma como fundamento del abuso, el criterio intencional, pero tomado como criterio técnico el motivo legítimo.Esta es la tesis de tanta - pompa sostenida por el Profesor Francés.

LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS COMO SISTEMA FUNCIONAL

Todos los derechos son suceptibles, al ejercerlos,de abuso reprimible, con mínimas insignificantes excepciones.Es decir, los derechos subetivos son relativos: han de ejercerse, según la técnica de Josserand en función del fin por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica.Esto significa decir que,estamos ya frente a una mera teoría, sino ante un principio general del derecho.Principio que, para emplear un término caro a aquél auténtico jurista que fué Picard, lo impone la juridicidad.Si, en efecto, el derecho subjetivo es un poder jurídico, atribuído a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos;si estos intereses tutelados porel derecho objetivo son de esa especie; si la norma legal,el derecho, tienda hacía la consecusión de un fin que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social con la salvedad del derecho injusto o del derecho justo pero absoluto, y a tutelar los valores sin los cuales esa convivencia queda lesionada; entonces se comprenderá lo que dice Josserand: los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del derecho.

Por eso es que, a decir del Francés que comentamos,el espíritu de los derechos se nos presenta en una progresión ascendente al criterio mismo del abuso,criterio abstracto que viene a confudirse y a cristalizarse en la noción del motivo legítimo y penetrando hasta la esencia de los mismos derechos subjetivos a obtener la clasificación de acuerdo con el espíritu que los anima: Derechos no causados; derechos de spíritu egoista y derechos de espíritu altruistas.

CAPITULO IV

APLICACIONES A LA FORMULA DE JOSSERAND

POTESTADES FAMILIARES

Sabemos que la cédula familiar, eregida para la integración y cumplimiento de los fines económicos y sociales, está determinada por una autoridad, en cuyas bases descansa el respeto mutuos entre los participantes del nucleo familiar;comprendiendo en primera lina la autoridad del padre y en su defecto la autoridad de la madre; sin embargo, respecto al amor filial surgeestas potestades diseminadas a la tutela y administración de los hijos; asi mismo el amor conyugal profesado entre esposos,entre los cuales apesar de ser jefe el marido de la sociedad conyugal, por tener a su disposición el conjunto de derechos que le otorga la ley sobre la persona y bienes de la mujer, es el jefe de la sociedad conyugal.

Estas potestadas, sucintamente extractadas, y que vienen a constituir el gobierno en la familia, no es autoridad omnimoda y absoluta, sino que sus determinaciones están limitadas por influjos sociales que no permiten ejercerse postestades absolutas: ya porque la ley ha erigido normas sapitentes en orden al cumplimiento equitativo de los fines, como por el abuso del derecho que han profesado algunos juristas, que se complementa al contról ejercido por las autoridades judiciales, inseparables éste de aquél.

Rastreando la historia en busca de un criterio determinante sobre la raíz de las potestades familiares, veremos que no encontraremos una época determinada ni un pueblo, que ostente la creación prístina de estas potestades.

En el derecho romano, la idea de potestad daba a la familia romana su carácter propio y distintitvo.El matrimonio, la legitimación y la adopción se consideraban, sobre todo como generadores de estas potestades.

En una acepción general, la palabra familia designaba la reunión de todas las personas colocadas bajo la potestad de unjefe único, el *sui juris*, el *pater familias*; no había síno uno en la familia; las personas que tenían bajo su dependencia se llamaban *alieni juris*, y se dividían en cuatro clases: 1º los escalvos bajo potestad dominical; 2º los descendientes en patria potestad;3º las mujeres *in manu*; los hombres libres *in mancipio*.La mujer podía ser *sui juris*, *mater familias*; pero no podía ejercer síno la potestad dominical y el *mancipoium*; no tenía la patria potestad, *familiae suae et caput et finis est*.Solamente la potestad dominical era de derecho de gentes, las otras tres eran de derecho civil.

La familia era tambien la reunión de personas unidas por

el vínculo civil de la agnación; los agnados eran los parientes por lina paterna, aquellos que, refiriéndose á autor común por la sangre ó por el vinculo ficticio de la adopción, se encontraban actualmente sometidos a su potestad o habían salido de ella sin capitis - deminutio-.

Se podría tomar la palabra familia para designar la cognatio, es decir, el parentesco natural entre las personas que descendían unas de otras (parentesco directo) ó de un autor común (parentesco colateral),prescindiendo de toda idea de potestad.La afinidad (affinitas) era el vinculo que unía á un esposo con los parientes de otro.

En un sentido más restringido, la familia podía ser sinónima de domus, que comprendía a las personas que habitaban bajo el-mismo techo, y aún solamente la reunión de esclavos.En fin, la palabra familia se empleaba también para designar el patrimonio de un - romano. Bright .Derecho Romano.

Entonces, las potestades eran especies de obligaciones unilaterales, en las cuales todos gozaban de derechos y obligaciones.

La evolución de los tiempos, se ha encargado, de tomar - las consecuencias turgentes que tanto la potestad paterna y marital, han suscitado, especialmente frente a lo que han denominado por abuso de los derechos.

LA POTESTAD DEL PADRE

En el pueblo romano, la patría potestad era el poder peculiar de los ciudadanos romanos que el pater familias ejercía sobre sus descendientes por linea masculina, procreados en justas nuptias o reputados como táles.Tenía dos características principales: era de derecho civil, aun cuando pueblos contemporáneos á Roma, como los Galatas y los Galos, tuviesen una potestad semejante; pero los tribunales romanos no aplicaban las reglas relativas a ella síno en favor de los ciudadanos romanos.

El padre, aparecía, pues como el jefe del culto privado, el propietario exclusivo de todos los bienes, el magistrado y el - juez soberano de sus hijos, quienes podían permanecer toda su vida sometidos á esta potestad, porque para salir de ella no bastaba la edad.Brigh.

Sobre este tópico, Josserand, comenta que la historia de la potestad paterna, desde el antiquísimo derecho romano hasta nuestros días, se confunde con la teoría del abuso de los derechos; la mayor parte de las limitaciones aportadas a los poderes del - padre en el curso de los siglos son otros tantos éxitos producidos por el concepto del abuso, que ha hallado en la PATRIA POTESTAD un medio de cultivo singularmente propicio a sus incesantes reacciones.

Si la patría potestad es el conjunto de derechos que la ley concede al padre sobre sus hijos no emancipados,para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone (C.C.C.Art.288).En un principio era bastante absoluta, se cometían muchos excesos sin tener sanción; aunque el padre se entregara, sobre la persona de sus hijos, a graves sevicias,aunque fuese el promotor de consejos hostítles, no por eso dejaba de conservar la patría potestad;es decir la patría potestad era jurídicamente-insuceptible de las prácticas del abuso de los derechos,como hasta ahora lo es.

Estas situaciones de hecho, según acuerdo de Josserand, no podían permanecer intactas y reverentes a las situaciones y evolución de los tiempos, pronto el interés de los hijos, no vaciló la norma de permanecer silencionsa y consagró disposiciones - tendientes a favorecer y desestremar la potestad frente a las necesidades de los hijos.

En el derecho francés se registraron disposiciones expresas, tendientes a la protección de los hijos maltratados o moralmente abandonados; y al respecto, la labor jurisprudencial fué la que intervino y el concepto del abuso viene a impregnar de su espíritu moralizador y la institución central que es la potestad paterna, se ha dirigido hacía fines sociales y altruistas.

La jurisprudencia, que mucho laboró en Francia a la - protección de los intereses personales del hijo, se dió a la tarea de reprimir y proteger al hijo en su personalidad humana y haciendo abstracción de sus intereses patrimoniales;, expresa Josserand, que gracias a su bienhechora intervención ,el padre no podrá cometer inpunemente una desviación de la potestad en el ejercicio de las bien numerosas prerrogativas que le corresponden;derecho de emancipación, derecho de consentir o de oponerse al matrimonio de su hijo menor de edad..El derecho de correción, según el caso, el padre obra por vía de autoridad o bien por vía de requisición.-Sin embargo, la dispsoción positiva, daba el derecho de correción al padre que tenga motivos de descontento muy graves acerca de la conducta de un hijo.Es decir había un conflicto de oposiciones; ante tales circunstancias, Josserand, sostenía: "Tal era la oposición establecida por el c.c. francés, entre los dos-procedimientos que instituye; según que el padre recurriera a uno u otro procedimiento, su derecho de correción debía ser un derecho causado, con bases en motivos legítimos, o bien un derecho absoluto, insuceptible de abuso."

En síntesis los derechos de guarda y de educación;los derechos que se confieren al padre y en su defecto, a la madre,- de proceder a la emancipación del hijo;más discrecionalmente aúnque el derecho de proceder a la emancipación aparente el derecho

conferido a las personas calificadas,especialmente al padre y a la madre, de coneeder o negar su consentimiento al matrimonio - del menor hijo, vé la jurisprudencia según lo afirmado por Josserand una limitación por motivos legítimos, hay abuso del derecho, constituído, no solamente por la intención de perjudicar, por la malevolencia, síno también por la ligereza, por la ausencia de razón seria, de motivo legítimo.

Igualmente, en lo que se refiere a la potestad paterna, frente a los intereses patrimoniales del hijo, atributos estos causados en beneficio de los intereses del hijo, y con exclusión de- los intereses del padre o de la madre; por eso si dichos atributos son ejercidos por los padres con un espíritu malicioso o aun simplemente egoistas, la jurisprudencia considera que dichos atributos sufren una desviación de su destinación y son motivo de un abuso susceptibles de comprometer la responsabilidad de su autor .

Por los comentarios del expositor Francés, deducimos que la idea del abuso, en la patría potestad, estriba, en todo aquellos que vaya en contra de los intereses sociales del hijo,ya en lo que se refiera a la persona, como a los bienes. Nos referiremos a este tópico, cuando hablemos en nuestro sistema legal, si incide o nó,la teoria del abuso.

LA POTESTAD MARITAL

La potestad marital, viene a ser como el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer.Como consecuencia de esta potestad, el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a - dónde quiera que trasladare su residencia.

Hay un conjunto unilateral de derechos y obligaciones impuestas reciprocamente a los cónyuges.Estos derechos y obligaciones impositivos, a semejanza de la potestad paterna no son ilimites, estan restringidos por razones de orden social, la moral, el derecho, etc.; .Los malos tratamientos inflingidos por el marido en la persona de la mujer, puede servir de base a una demanda de separación de cuerpos y muchas veces encastillándose en algunas disposiciones del derecho penal.

Josserand,establece que, los atributos inherentes a controlar las relaciones y la correspondencia de la mujer, se entiende por nuestra jurisprudencia con una gran moderación y encerrados por ella dentro de límites equitativos, teniendo en cuenta las costumbres de nuestra época, más favorables que las del siglo pasado, a la independencia de los cónyuges; limites objetivos, que revisten

una significación concreta y precisa como la que se ha extraido, para el contról de la correspondencia, y cuando la mujer ejerce una profesión distinta, de las necesidades del secreto profesional inherente al ejercicio de esta profesión; límites también - subjetivos, constituídos por los móviles a que obedece el marido cuando ejercer o pretende ejercer su contról, que es legítimo si está inspirado en el deseo de salvaguardiar la moralidad del hogar, el honor o la seguridad del jefe de la familia, pero que se convierte en ilícito, abusivo cuando procede de la malevolencia, de la intención de perjudicar, del ánimo de ejercer un chantage, del espíritu de chisme o aún simplemente del espíritu de curiosidad indiscreta y de tiranía doméstica. Jefe de la familia, el marido puede y debe usar de la autoridad marital en interés de la familia, en vista de fines legítimos y defensables, si nó desvía - sus poderes de su destinación, comete un abuso de derechos que acarreará diversas sanciones, especialmente la separación de cuerpos o el divorcio. Asi, nuestros tribunales se abrogan, amparados en la razón jurídica del abuso de los derechos, un poder de contról suficientemente eficaz sobre la autoridad marital y sobre - los fines con que se emplee.

Referente a la potestad marital como actuadora en la administración de los patrimonios, nos dice Ripert "El marido, administrador de la comunidad, no puede obrar en fraude de los derrechos de su mujer, y se considera que obra fraudulentamente cuando se propone enriquecerse en detrimento de la comunidad, es decir, de su asociada, o por aversión para con ésta y con el fín de perjudicarla, como si persiguiera sistemáticamente la venta a vil precio de los efectos de la comunidad. Tales actos son irregulares como contrarios al espíritu de la institución y acarrean diversas sanciones, llegando desde el pago de una recompensa a que tendrá drecho la mujer, hasta la nulidad del acto fraudulento. El administrador que usa de los poderes que le son conferidos por la ley para satisfacer sus propios intereses comete una especie de desviación de poder y el acto cumplido se halla entonces viciado por el fin perseguido."

Se observa cómo los derechos otorgados asumen, más - bien, el papel de deberes jurídicos. Cuando el padre o la madre ejercen los derechos inherentes a la patría potestad, ya se refiera a la educación de la prole, tales derechos han de funcionar, - teniendo en cuenta que al padre se le ha conferido para que desempeñara su tarea tuitiva y material, por tratarse de deberes jurídicos, no hay suceptibilidad al abuso de los derechos.

Los deberes de asistencia, consejo, fidelidad, cohabitación o vida común, tienen la misma aplicación.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Analizaremos,únicamente, en lo que se refiera a la fórmula funcional y en lo que respecta a las obligaciones de vecindad.

Los civilistas se acuerdan que el abuso implica la desviación de un derecho, su desplazamiento del fin en vista del cual ha sido instituído; pues bien, el propietario que causa alrededor de él incomodidades que exceden de las obligaciones ordinarias de vecindad no comete ninguna desviación, ningún desplazamiento de este género; hace acto de propietario; usa de su derecho en vista de su propio interés, por consiguiente, coforme al deseo del legislador y a la esencia misma de la propiedad individual:fabricante,industrial, agricultor, se entrega al ejercicio de su profesión, sobre su propio dominio, obra bien y permanece bien dentro del espíritu de la institución.Por otro aspecto, el abuso implica,según la opinión dominante tal como se desprende de las decisiones jurisprudenciales, la comisión de una culpa, consciente o no.

El ejercicio de estas facultades, como lo expresa Aubry y Ráu "que sin duda queda subordinada a la condición de no inferir un agravio a la propiedad ajena, no puede ser vedado por el solo hecho de que tendría por resultado privar a un tercero de alguna ventaja o placer, y no concede, aún el tan caso, en provecho de ese tercero, ninguna acción por daños e intereses". Ya anteshabía dicho que, aun siendo la propiedad un derecho absoluto por su naturaleza, su ejercicio está, sin embargo, sometido a diversas restricciones establecidas en el interés público.Luego añadía que, por otro lado, las facultades inherentes a la propiedad no pueden ser ejercidas sino con la condición de no constituír un ataque a la propiedad ajena, de donde la existencia de ciertos límites que, en su interés recíproco, los propietarios no deben exceder en el ejercicio de esas facultades.

Josserand considera, pues, como sentado que las restricciones aportada a la propiedad rural, sea por la ley bajo una forma precisa y concreta, o por la jurisprudencia y bajo el aspecto de las obligaciones llamadas de vecindad, son invariablemente ajenas a la teoría del abuso del derecho de propiedad, la cual implica una desviación de este derecho, su utilización en una dirección distinta a la dirección legal, en violación del espíritu de la institución.

La jurisprudencia Frances, constamentemente ha proclamado que el derecho de propiedad es suceptible de abuso, y especialmente, que el titular comprometería su responsabilidad por el uso malicioso que hiciera de él , en detrimento de un tercero.

Analizando las decisiones dadas por la Corte Francesa, Josserand vuelve a repetir: "puede decirse que la teoría del abuso de los derechos retrocede ante las precisiones aportadas por - el legislador en la reglmanetación de las prerrogativas individuales; mientras mejor está delimitado un derecho, menos posible será su ejercicio abusivo, las fronteras objetivas hacen menos necesarias las fronteras subjetivas;algunas veces aún las relevan de toda utilidad."

Josserand, apellida como derechos no causados,derechos amorales que se prestan a una utilización cualquiera,en vista de un fin cualquiera, siempre que su titular respete los límites que el código civil ha trazado con una menticulosa precisión.Luego analiza cada uno de los actos que vician el acto del propietario,- el espíritu de malicia.Que la voluntad de causar un perjuicio a otro es antisocial, es decir, antijurídica por su misma esencia; - en ningún caso podría cuadrar con la finalidad, la misión de un derecho, cualquiera que fuera, ya se tratara de un derecho egoista- como el derecho de propiedad individual; y la voluntad de causar- un perjuicio a otro será invariablmente constitutiva de la desviación de este derecho,reveladora de su abuso.

La Corte Francesa de Colmar, ha declarado, que lo que- justifica el ejercicio del derecho de propiedad, lo que caracteriza su uso regular, es el interés serio y legítimo, y éste es la utilidad personal... "Si es de principio que el derecho de propiedad es un derecho en cierta forma absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa, no obstante, el ejercicio de este derecho, como el cualquier otro, debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo" agregan: "que los principios de la moral y de la equidad se oponen a que la justicia sancionen una acción inspirada en la malevolencia, ejercida bajo el imperio de una mala pasión.Que no se justifica por ninguna utilidad personal y que entraña un grave perjuicio a otro."

En el ejercicio del derecho de propiedad: ya entendido el abuso cometido por el propietario en la utilización de su dominio aéreo, ya el abuso cometido por el propietario en la utilización del subsuelo, ya el abuso en la utilización de la superficie del fundo, como lo acpptan los patidarios de la tesis funcional,la jurisprudencia, según a la vista de Jossernad, caracteriza tres - clases de actos por los cuales un propieterio, y especialmente un propietario rural, puede comprometer su responsabilidad: Los actos ilegales, los actos culposos y en fin a los actos excesivos-

ACTOS ILEGALES

Los actos ilegales, según la clasificación determinada por Josserand, son los que se ejecutan en violación de una dispo-

sición legislativa o reglamentaria; ejecutándoles, el propietario excede los límites objetivos de su derecho; por ejemplo, ha construído o plantado sobre el terreno de su vecino, o aun sobre su propio suelo pero sin observar las distancias reglamentarias.En tal caso, su responsabilidad se compromete por ese mismo hecho,objetivamente, cualquiera que haya sido la pureza de sus intenciones, y sin que el demandante tenga que entrar a probar el perjuicio; las aberturas indebidamente practicadas en un muro deberan cerrarse; los árboles, las ramas o las raices que pasen sobre el fundovecino deberan abatirse o cortarse.Los actos ilegales, apelllidados hábilmente por el autor Francés, dentro de nuestro estatuto legal, han sido tomados por acciones posesorias especiales, el Art. 999 del c.c. c.se expresa: "Si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o ponetra en él sus raices, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas,y cortar él mismo las raices".

Más se complica, este asunto, teniendo en cuenta que estas relaciones de vecindad, como las llama igualmente el expositor francés, vienen a constituir actos abusivos; pero,esta trilogía de apellidos no puede tener, hay necesidad de deslindar: los actos ilegales propiamente,son aquellos que son cumplidos violando alguna disposición legal o reglamentaria, por ejemplo, en que un propietario establezca una fábrica en un sector prohibidopara ello por los respectivos reglamentos de la ciudad o población. Los actos abusivos en cambio son aquellos, cuando el propietario ejerce su derecho, pero sin violar ningún reglamento o disposición legal, pero sin embargo,se causa un perjuicio a otro.Las acciones posesorias, como muy bien lo reza el Art. 972 de nuestro c.c.c., tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raices, o derechos relaes constituídos en ellos. El ejercicio del derecho de propiedad,ha sido protegido por estas acciones, ya porque se impida el normal ejercicio de la propiedad, ya porque a una persona se le arrebate la cosa sobre que ejercia los derechos de posesión. Cita. Valencia Zea.

Sin embargo, si se puede contemplar actos ilegales y a la vez abusivos; pero referente a la indemnización, si hay diferencia, ya que la fuente de ella en los actos ilegales, es la violación de los reglamentos o estatutos legales; en los actos abusivos, es cuando el titular ejerce el derecho en forma que a él no le aprovecha,o le perjudica a laguién cuando le reporte un beneficio, pero éste beneficio no se pueda comparar con los perjuicios que le cause a otro.

ACTOS CULPOSOS

A estos actos llama Josserand,actos injustificados o abusivos. El propietario ha ejercido una prerrogativa que le pertene-

cía; no ha sobrepasado los límites objetivos de dicha prerrogativa; es sobre su fundo donde ha cavado.El acto, es, pues, legal,irreprochable, si le mira intrinsecamente, desenvolviéndolo de la voluntad que lo ha realizado, de los móviles que lo ha determinado.Pero el juez tiene el deber de remontarse hasta estos móviles; si son reprensibles, si contradicen la finalidad del derecho y, por ejemplo,son maliciosos, podrá comprometerse la responsabilidad del propietario, por culpa y no por causa de abuso:responsabilidad subjetiva o, más exactamente, responsabilidad mixta.

En el caso de un propietario rural que ejecuta excavaciones en su terreno en vista de tarar la fuente de su vecino,o que levante obras a fin de perjudicarlo,obró en el ejercicio de una facultad legal, el derecho de propiedad; estos actos en manera alguna son ilegales; pero Josserand, los ha apellidado de actos culposos,y a la vez, como constitutivos del desplazamiento del derecho; si no violan la letra misma de la ley, si chocan con su espíritu y, como tales, son ilícitos, injustificados, cuya responsabilidad está subordinada a la existencia de un perjuicio cuya prueba incumbirá al demandante de perjuicios.

Teniendo en cuenta, la acepción general de la culpa,como una especie de lesión injusta, nace una relación especial, distinta, que tiene por objeto la responsabilidad del agente, y,de resultas de ésta, la reparación del daño causado.La lesión culposa del derecho ajeno induce a la responsabilidad; más si el profesor Josseradn, se separa del cuerpo de la responsabilidad, para aceptar actos culposos sin culpa, equivaldría a aceptar un contrasentido,de responsabilidad sin culpa.Por tanto, la equiparación de Josserand,no nos lleva a sostener los actos abusivos, sino de un acto ilegal,contrario al querer de la norma: porque el ejercicio de la propiedad no pruduce a su titular ninguna ventaja y si perjuicios a los demás; las ventajas que produce el ejercicio de la propiedad son inferiores al perjuicio que se causa a los demás; y a pesar de ser superiores las ventajas obtenidas, al perjuicio que se cause no obstante se hubieran podido obtener esas mismas ventajas sin causar ese perjuicio, mediante un ejercicio serio y legítimo.

ACTOS EXCESIVOS

Los actos excesivos como lo sostiene Josserand, son los que, ejercidos en virtud de un derecho indiscutible y con un fin legítimo, pueden, sin embargo, causar a otro un perjuicio excesivo; constitutivos de riesgos, hacen pesar sobre su autor una responsabilidad, objetiva como la que pertenece a los actos de la primera categoría, pero con la diferencia de que su realización está subordinada a la existencia y a la prueba del perjuicio, y aún de un perjuicio excesivo al punto de ser injusto, como cuando un industrial perjudica las cosechas vecinas por los humos o el gas que se desprenden de-

las chimeneas de su fábrica.

Según los postulados de la responsabilidad objetiva, el dueño de la industria que recibe los beneficios del maquinismo debe soportar las consecuencias de los riesgos que corren - sus obreros, riesgos que son fatales, imposibles de evitar en - toda gran fábrica.Sólo puede eliminar la indemnización demostrando que el obrero se expuso al daño conscientemente y premeditadamente.Esta concepción es la que inspira en nuestro nuevo estatuto del trabajo, todo lo relativo a indemnizaciones por riesgos profesionales.

Como puede observarse, el elemento intencional (dolo ó culpa) que constituían la base de la responsabilidad ha sido- eliminado y la indemnización no es un castigo impuesto al culpable, sino una prestación que se debe al que ha sufrido un daño- por el solo hecho de haberlo sufrido en homenaje a la solidaridad social.

La responsabilidad a base de culpa no presentó inconvenientes cuando los riesgos eran escasos, pero el aumento de la población, el desarrollo del maquinismo y de la viabilidad, ha- dado tal amplitud a esta responsabilidad que ha superado con mucho a la responsabilidad contractual.

Ya desde mediados del siglo pasado los autores franceses observaban este fenómeno y de ellos Sourbat, decía"En una sociedad que ha llegado a un grado avanzado de su civilización- hay tantos intereses que se cruzan y se enlazan, tantas relaciones se establecen, tantos vínculos nuevos se forman cada día entre los hombres que el derecho de cada uno es interesante contacto con las actividades ajenas, se ve lesionado frecuentemente".

El principio de la responsabilidad objetiva que, como se ha dicho nació a propósito de los accidentes del trabajo ha - invadido todo el campo de la legislación civil en materia de delitos y cuasidelitos.La jurisprudencia francesas a hecho esfuerzos desesperados por aplicarlo no obstante al subjetivismo de las disposiciones del código napoleónico,haciendo arrancar la responsabilidad sin culpa del art. 1384: "Se es responsable no solamente por el daño causado por un hecho propio, sino por el de las personas que está a nuestro cuidado y por las cosas que se tienen - bajo guarda"

Ahora,si hay responsabilidad sin culpa será pues un - nuevo concepto que se impone a la conciencia de la colectividad; Será posible que se abrogue el concepto subjetivo de la responsabilidad a base de otro criterio ?.

Alesandri Rodríguez nos dice: "Si se procede con un - criterio realista y sin prejuicios, las dos responsabilidades de

ben mantenerse.No son incompatibles.Por el contrario, la combinación de ambas, realiza este consideratúm que no haya víctimas sin indemnización ni daño sin reparación."

Entendida la responsabilidad objetiva, podriamos aplicar a los actos clasificados de exceisvos por Josserand,la responsabilidad objetiva, ?.Se tratarán de violaciones de ciertas obligaciones de vecindad ?. La contiguedad de los predios crea para sus titulares toda una red de especies de obligaciones y derechos que tienen por finalidad el permitir la normal explotación de esos predios y evitar se causen daños a los otros; y por otro antecedente se les puede aplicar la teoría del abuso de los derechos, ya que estas obligaciones a decir del profesor francés, se generan en razón del ejercicio de un derecho real sobre una cosa y en razén de relaciones de vecindad.

Las relaciones de vecindad,como lo observa Valencia Zea, son cargas reales accesorias al derecho de propiedad.Estas cargas son verdaderas obligaciones llamadas tradicionalmente "Obligaciones Propter rem", por cuanto su fuente lo es el derecho de propiedad.

Son obligaciones reales, por estar adheridas a la existencia de ese derecho real.Asi en las enumeradas, el deudor es propietario de un predio, y debe esa obligación mientras sea propietario; una vez que haga tradición del derecho real sobre la cosa termina o extingue su obligación, pasa al nuevo adquirente del derecho.

De lo estudiado, para la escuela finalista,no hay abuso del derecho de propiedad, sino que su ejercicio compromete la responsabilidad del autor,por falta de cuidado y diligencia,aunque, en otras ocasiones,admite el autor francés Josserand,de que no es solamente la intención de perjudicar la que constituye abuso del derecho de propiedad: ciertos actos serán considerados como abusivos.(¿Cuales actos ?)

EL ABUSO DE LOS DERECHOS EN LOS CONTRATOS

El contrato, es un acuerdo de voluntades para crear obligaciones (.M.A.Coral), de lo anterior se desprende el hecho de no otorgar las mismas facilidades jurídicas a todos los seres o individuos de la especie humna por el sólo hecho de ser personas, síno que, tratandose de un acto en que se va a poner en práctica una sujesión, esas personas deben estar facultadas y predispuestas, por su constitución psicológica e intelectual,para poder disponer de su persona en orden a constituir el objeto sobre que va a recaer la relación jurídica. En una palabra, deben ser capaces de obrar por si mismos, sin recurrir al amparo de otras, poder consentir el acto, poder distinguir entre lo lícito y lo ilícito, lo conveniente y lo dañoso, lo que permite la ley y lo que prohibe y tener motivo suficiente para someterse a una relación jurídica y sa—

ber el alcance de ella y de sus posibles consecuencias, o mejor dicho, causa lícita en la ejecución de las obligaciones contractuales, según algunos y según otros los tres primeros elementos: Capacidad, consentimiento y objeto.

En los contratos, que son vículos obligatorios,obra de la voluntad privada y no prerrogativas legales emanadas del legislador, busquémos, dentro de su trayectoria,si incide la - teoría del abuso de los derechos, de acuerdo con el criterio funcional o intencional.

ABUSO DEL DERECHO EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL

El Art. 1502 de nuestro c.c. delcara: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o delcaración de voluntad, es necesario: 1o. que sea legalmente capaz; 2o. que conscienta - en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de - vicio; 3o. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4o. que tenga una causa lícita."

Cumplidos estos requisitos, además de las solemnidades, cuando éstas son prescritas por la ley, tenemos el contrato juridicamente considerado.Ahora,preguntamos, en qué momento incide el periodo precontractual ?. Para dar contestación a esta insistente pregunta, sería menestar hacer un somero análisis del consentimiento y su formación.

Del consentimiento, han dicho los juristas, que es tan esencial que se confunde con el mismo contrato; la palabra consentimiento viene de consentire-cum, que quiere decir, estar de acuerdo con otro, convenir, concertar voluntades.El consentimiento se forma sobre el acuerdo de esas dos voluntades, sobre una misma prestación.

Para que las voluntades de las partes generen el contrato, es menester llenar dos exigencias: a) Que la voluntad sea seria, es decir, emitida con el propósito de crear un vínculo jurídico; y b) que se exteriorice.

En la formación del consentimiento, necesita de la oferta y la aceptación de ésta.La oferta constituída por la voluntad del que propone el contrato, y la aceptación, constituída por la voluntad de la persona a quién se ofrece el contrato.

La oferta, que tambien se llama policitación, es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas.Sobre estas cuestiones de oferta,no habla nuestro código civil, a ellas se refiere el código de comercio. Naturalmente las reglas del código de comercio deben ser aplicadas dentro del terreno civil "Ubi eaden ratio, idem jus".Por lo mismo la oferta, debe hacerse con el objeto de crear un vínculo ju

rídico, o elemento intencional, como lo apellidan varios jurisconsultos. Igualmente debe exteriorizarse esta intención: ésta exteriorización puede ser expresa o tácita, verbal o escrita; debe ser también la oferta completa, esto es, que se expedida en tal forma, que para el nacimiento del contrato sólo baste con que la persona a quién va dirigida diga "SI" y quede asi perfeccionado el contrato. Y por último, la oferta debe ser voluntaria, dirigida a un destinatario y comunicarse a éste por cualquier medio.

En muchos casos, la oferta puede ser determinada o indeterminada; la primera debe ser dirigida a un destinatario; la indeterminada no vá dirigida a un destinatario especial, síno al público en general.

Todas estas manifestaciones expuestas no son suficientes para que quede perfeccionado el consentimiento, necesita de la aceptación, la cual es el acto por el que una persona, a quién va dirigida una oferta, si es determinada, expresa su voluntad de adherir a ella.

En el precontrato, no presupone necesariamente la aceptación de la oferta. La retractación imtempestiva no libera al oferente de toda obligación, pero si lo deja libre de celebrar el contrato ofrecido, pero indemnizando los perjuicios que sufra la persona a quien ofreció el contrato. Es preciso, que para que tenga lugar esa responsabilidad, tienen que existir el perjuicio.

Dadas estas circunstancias, que clase de responsabilidad afecta al oferente por la ruputra o rectractación intempestiva de la oferta ?. Se han dado diversas opiniones, Baudry Lacantinerie por ejemplo, considera que ésta es una responsabilidad delictuosa; pero su doctrina parece no tener base de verdad, porque no puede decirse que el oferente que se retracta haya obrado con culpa o con dolo. Hasta cierto punto, él ejercita un derecho que le corresponde. Otros autores, entre ellos Demolombe, cree ver en esta responsabilidad una responsabilidad contractual. Esta dodtrina no es más afortunada que la otra, porque mal podría ser responsabilidad contractual desde el momento que no se ha formado el contrato, cuando la retractación va a impedir que se forme el contrato. Cita de Alessandri Rodríguez.

Josserand, opina, que el abuso de los derechos se constituye, cuando el oferente despues de haber dado los pasos conducentes a la propuesta al aceptante y despues de haber ratificado éste último su determinación, el oferente se niega a la aceptación pretestando la existencia de un acto ilegal, intrínsecamente ilícito; afirma, que hay abuso precontractual, como negativa a

producir el acto jurídico,el que ejerce una profesión a consecuencia de una investidura de los poderes públicos y bajo su contról, no podrían tener la pretensión de escoger su clientes y negar arbitrariamente el socorro de su función a la persona que lo solicite.Igualmente, las empresas que gozan de un monopolio de derecho o de hecho, tampoco tienen la facultad de escoger sus clientes.Estas personas, estas empresas y estos establecimientos no podrían, por lo tanto, en tesis general, sustraerse a la conclusión de la convención que se les demanda; en principio, comterían al hacer esto, una ilegalidad y serían responsables por su negativa incorrecta.

En nuestro derecho, lo mismo que en el francés, las ofertas son revocables en principio; no obligan a su autor, quien puede retirarlas a voluntad; pero, de una parte, esta revocabilidad entraña una importante limitación relativa a las ofertas acompañadas de tiempo, que deben obligatoriamente sostenerse durante el tiempo fijado por la ley, los reglamentos o los usos; de otra parte las mismas ofertas puras y simples no pueden, retractarse, ya que, cuando han sido aceptadas por el destinatario, se encuentran reunidos todos los elementos para la formación del contrato, que es perfecto y obliga en adelante a las partes, aunque el policitante, que pretende entonces retirar su oferta, se encuentre en realidad en la situación de un deudor contractual que se niega a ejecutar sus obligaciones; de esta manera no sólo cometería un abuso, sino más bien una violación del contrato, un acto directamente contrario a derecho.

Ripert, al referirse a este punto, nos manifiesta que, cuando se han hecho ofertas indeterminadas, propiamente no hay asidero al abuso del derecho; porque, o bien las ofertas han sido dirigidas al público y entonces el autor de la negativa hace más que abusar de su derecho, desconoce el derecho de otro, insurge contra él; o bien, la situación es completa, y entonces la negativa bien puede comprometer la responsabilidad de su autor frente a un tercero, pero en ninguna forma con respecto al contrato;de tal suerte en toda eventualidad, no hay abuso del derecho de no contratar, sino violación de un contrato o fraude cometido ha un tercero.

Josserand, se aparta a este concepto sostenido por Ripert, indicando que, los términos expresados son errados: "de una parte, la emisión de una oferta puede muy bien, ya lo hemos demostrado, no coloca al policitante en un estado de receptividad contractual integral; solamente las ofertas completas, precisas,confeccionadas en serie, lo colocan en la condición con exclusión de

de las ofertas colectivas y vagas, destinadas a precisarse,sobre medida, en el curso de las operaciones individuales, y esto con relación al primer término del dilema; de otra parte, y esta es la respuesta a la segunda fórmula, es perfectamente posible y - sucede que la negativa a contratar perjudique a la persona que- deseaba contratar y quien demanda una indemnización de perjui - cios; si bien que, de todas maneras, la cuestión es suceptible- de colocarse en el campo del abuso del derecho, que de ninguna- manera podria ser otro que el derecho de negarse a la conclusión de un contrato".

EL ABUSO EN EL CONTRATO

Ya esbosamos en otra parte, que los individuos son libres de constituir contratos o de no ligarse por nuevas obliga - ciones.Igualmente son libres, también, de discutir sobre un pie- de igualidad las condiciones del contrato y determinar el conte- nido de su objeto, con la sola reserva de respetar el orden pú - blico.Sin embargo, a parte de estas inprecaciones solutorias y - que a la postre refleja la autonomía de la voluntad, están limi- tadas en interés general del orden y de las buenas costumbres; y asi es como la jurisprudencia ha librado una gran reyerta en con tra del principio, buscando para ello, las armas de objeto y cau sa ilícito, de las reglas de equidad, la moral, buenas costumbres, buena fé, y por último del abuso de los derechos.

La concepción, de que la ley impone obligaciones que cumplir antes que otorgar derechos, y que estos deben ejercerse sin intención de perjudicar y conforme a su destinación económi co y social, nos está indicando que la regla de la autonomía de la voluntad está limitada, por diversos órdenes.

El contrato efectuado en fraude a sus acreedores, - nos exhorta Josserand, que no es síno una especie,del abuso de- los derechos, en el caso del derecho que tiene el deudor de diri gir libremente su patrimonio, no obstante las obligaciones con- traídas, que ésta variedad del abuso está constituído esencial- mente y exclusivamente por la intención de perjudicar a los a - creedores, teniendo en cuenta la jurisprudencia, fiel a una an- tigua y constante tradición, asimila la prueba de esta intención a la demostración, más fácil porque es más concreta, de la con- ciencia, en el deudor, del perjicio causado por él a sus acree- dores.

En todo momento que contemplemos el abuso de los con tratos en la teoría de Jossrand, parece, algunas veces advinar, el motivo ilegítimo, la intención de perjudicar, etc.caracteri zando el abuso del derecho en la escuela funcional o intencional.

EL DERECHO PROCESAL Y EL ABUSO DE LOS DERECHOS

Se trata en este caso de analizar la teoría del abuso, ya no en el campo positivo, síno en el procedimiento, ó derecho - adjetivo, osea en los medios que la ley pone a disposición de los- particulares, para asegurar y hacer efectivos los mismos derechos, consaagrados por la ley civil.

Los particulares, en caso de conflicto de sus derechos, debaten sus armas por medio de la acción y de la excepción. Ahora si los particulares usan impunemente estas armas, en cualquier circunstancia y como a bien tengan, estarán ejerciendo el derecho procedimental en la forma que ha establecido la ley ?. Habrá abuso del derecho en litigar ?.

En esta parte, única y exclusivamente analizaremos el criterio intencional o funcional, dejando el estudio de nuestro derecho procesal, al estudiar el criterio legalista.

Se ha dicho, que el elemento revelador del abuso del derecho en el ejercicio de las pretensiones accionables está dado, muy amenudo, por la culpa aquiliana. De ese modo, el acto funcional acaece, no sólo en ejercicio del derecho positivo, síno - también con ocasión a las vías legales de acudir al estaddo para que le tutele el derecho que ha sido vulnerado. Josserand, clasifica tres hipótesis de actos en el dominio de las vías legales: Actos ilegítimos, actos culposos, y especialmente, abusivos y actos excesivos.

ACTOS ILEGALES

Demogue, al referirse al abuso del procedimiento nos expone: "Pero si esa persona ha actuado con negligencia, con imprudencia, o por mero espíritu vejatorio, o maliciosamente desconociendo la buena fé, probidad, o persiguiendo una ventaja o un- lucro ilegítimos, desviando el fin social o económico de las facultades legales,,echando mano de una vía de ejecución más perjudicial a los intereses del ejecutado, a pesar de poder utilizar otra que no produjera esos daños y con igual seguridad, entonces media un abuso del derecho, sin perjuicio de que pueda, además - darse el supuesto del acto ilícito."

Estos actos ilegales, son los que se ejecutan a decir de Josserand, fuera, y por decirlo asi, al margen de las prescripciones legales, al ejecutarlos, el litigante o el embargante ha- excedido los límites objetivos de su derecho; se pone en estado de infracción con la legalidad. Por ejemplo, interpuso su apelación cuando los términos habían expirado; o bien, practicó un embargo

sin estar provisto de un título ejecutivo o embargó un bien que no pertenecía a su deudor.En estas condiciones, su culpa es evi dente, por puras que hayan sido sus intenciones; faltó a la regla de juego, luego debe perder la partida; incurrirá en sanción en todos los casos.

Los comentaristas, han respondido torcidamente a las opiniones del expositor francés, indicando que en casos de actos ilegales, como los enunciados, actos culposos y excesivos, es una trilogía de Josserand, pero que deben compendiarse tan sólo en la teoría del abuso de los derechos; quién embarga, sin estar- provisto de un título ejecutivo, se está en una ejecutoria de- un ejercicio ilegítimos, inadecuado, y por lo mismo torcido del derecho; ya que el derecho de defensa ha de implicar un juego - limpio, no desleal, ni un medio para alcanzar propósitos veja - torios o emulativos propios del chicanero y del hombre falta de cultura moral.

ACTOS ABUSIVOS

Estos según la trilogía de Josserand, son los que se realizan en los términos de la ley, conforme a la regla del juego, pero con espíritu que no es el de la institución.Por ejemplo, un litigante que obra por espíritu de chicana, o con una temeridad culpable, o también, que persigue la satisfacción de un fin ilegítimo, indefensable.La vía legal es entonces desviada de su destinación; y si, en la falta de dirección que le imprime, causa un perjuicio a otro pero solamente en este caso la responsabilidad de este litigante malévolo, ligero, temerario o pícaro se comprometerá hacía la víctima.No es para hacer la guerra a nuestros vecinos para lo que se nos abren las vías de derecho; ni tampoco para que las utilicemos a la ligera y como jugando, sino más bien para asegurarnos la protección efectiva de nuestros intereses y nuestra personalidad.

Igualmente, dice el Profesor Francés, que de abuso del derecho sólo se puede hablar cuando el litigante procede dentro de los límites objetivos de su facultad de ocurrir a la justicia, creyendo en su derecho, pero haciéndolo servir a objetivos disonantes con el fin social o económico de los miembros, ya sea por obrar con espíritu vejatorio, con ánimo de dañar o con mala fé, ya por utilizar un instrumento delicado, como es la pretención accionable, con el propósito de alcanzar un lucro ilegítimo, echando mano de las vías procesales para obtener ventajas pecunia- rias reñidas con la regla moral, embargando bienes en forma desproporcionada al crédito para trabar el giro industrial, mercan-

til, profesional, del obligado y constreñirlo a desventajosa transacción.Y también ha de hablarse de abuso del derecho cuando se usan las vías procesales ya como actor, ya como demandado sin el mínimo de diligencia,cuidado y prudencia requerido para que los remedios procesales no sean fuente de daños injustos.v.gr.,al no adoptarse la precaución de seguir el embargo dentro de los límites razonables para que esa medida cautelar responda a su fin, o al adoptar al embargado una conducta negativa, omisa, haciendo incurrir en error dañoso al embargante, todo ello aun no mediando ni mala fé, ni intención de perjudicar, y sí sólo culpa.

En la misma jurisprudencia Francesa,ha existido contradicción, para la exigencia del abuso.Asi se ha expresado Planiol y Ripert: "Debido a la dificultad que tiene un litigante para apreciar lo fundado de sus pretesiones, y teniendo en cuenta que nuestro derecho sanciona la imprudencia con que haya obrado el condenado imponiéndole las costas y gastos del proceso,se exige, para que el ejercicio de la acción, la defensa los recursos establecidos impliquen la condena por daños y perjuicios que se hayan realizado con una finalidad reprensible comprobada, o que lo injusto de ello o su inutilidad sean evidentes, o que impliquen el empleo de recursos ilegales,fraudulentos o vejaminosos (como el abuso de los recursos procesales o la iniciación de litigios) o hubiesen sido acompañados de alegaciones imprudentes o de una publicidad de tal naturaleza que perjudique la reputación. La sala de lo civil ha tenido que recobrar sentencias que condenan a una parte a una indemnización adicional a las costas, sin-existir culpa".

ACTOS EXCESIVOS

Para la escuela funcional, son los que, cumplidos dentro de los límites objetivos trazados por la ley y por razones válidos, causan, no obstante, a un tercero un perjuicio que sería injusto hacerle soportar definitivamente; son los actos productivos de riesgos los que son suceptibles de engendrar, a este título, una responsabilidad objetiva, a cargo de su autor, de su editor: por aplicación de esta idea, las costas de la instancia se cargan, en tesis general, a la parte que pierde y, especialmente, por lo que la ejecución de una sentencia suceptible de ser aniquilada por un recurso de apelación, no tiene lugar, a pesar de su indiscutible legitimidad y de su irreprochable moralidad, sino "por cuenta del ejecutante a sufrir todo riezgo".

La facultad de ocurrir a las vías procesales, es ejercida en una dirección antisocial, antieconómica, no es amparada por

el derecho objetivo.Bastaría la demostración de la desviación del derecho, para acreditar el abuso cometido.Las nociones tradicionales de la responsabilidad objetiva, nos diee el expositor Colin y Capitant, han sido revisadas y sometidas a una penetrante crítica. Se las ha querido sustituir por nuevas concepciones, se ha comprobado más atentamente la responsabilidad contractual y la responsabilidad delicutal y sosntenida que esta pretendida dualidad era contraria a un buen análisis, y el fundamento mismo de la responsabilidad ha sido contestado, y audaces innovadores han intentado sustituir la culpa a la noción del riesgo o responsabilidad objetiva. Han manifestado, estos expositores, que el hombre, debe ser responsable no sólo del daño que causa a otro por su culpa, sino del que es consecuencia de un simple hecho;desde el momento que ejerciendo su actividad ocasiona perjuicios a terceros, debe su reparación.

Los Hnos Mazeaud, a cuyas tendencias objetivas se adhiere Henry y Capintant, responden a ciertos juristas influídos por la doctrina del positivismo, del materialismo :"Los expositores se esfuerzan en no encontrar en los conflictos de derecho síno patrimonios en juego; quieren eliminar la persona que piensa, la persona que tiene un alma y una conciencia; pretende no ver más que cosas materiales.Sería lógico entonces la conclusión de que el derecho tiene por objeto reglar las relaciones de patrimonios en juego: la inexactitud de tal concepción materialista del derecho apareceria evidente, puesto que el derecho "No puede eliminar las personas con su alma y su voluntad, sino que, por el contrario, está hecho para ellos.El derecho no tiene más que un fin: reglar las relaciones entre personas, y en la prosecusión de este fin debe tender a la realización del ideal de justicia a que aspiramos.El derecho, producto del espíritu humano, en lo que tiene de máa puro, resultante de las aspiraciones más elevadas, no puede renegar de su creador, rehusarse a ver las personas para no considerar síno las cosas".

Federico Pezzela, al estudiar la responsabilidad culposa, se expresa: "El derecho y el agravio son una realidad objetiva social.No depende de la voluntad del sujeto, del individuo, la modificación de la esfera jurídica de los otros individuos.No es, por lo tanto,a la voluntad de uno a la cual se debe atenerse para determinar su responsabilidad.No sólo sus acciones involuntarias, nó los movimientos conscientes e inconscientes que proveienen de su disposición física, fisiológica y psiquica, síno todo el movimiento de las cosas sobre las cuales su actividad se extiende, y que están dispuestas de modo de suministrarle una ventaja, es lo que puede impedir el legítimo desarrollo de otra actividad.Asi como está obligado, si este impedimento se puede prevenir, a remover la causa, asi también, si ha acaecido, debe compensar el daño que ocasiona a

otros..Cuando existe el daño, existe siempre una responsabilidad: resta ver qué forma asume .Psiva y negativa, si el daño se puede impedir anulando el acto que constituye oposición a un derecho; - activa y negativa, si el daño por obra de quien lo causa se puede remover; llega a ser activa y positiva sino se puede remover y se puede reparar, es decir, llega a ser obligación de resarcimiento de perjuicios..He aquí la teoría objetiva en la responsabilidad aquiliana concebida con generosa preocupación por el resarcimiento de los daños, propendiendo a que la actividad, fuente de - beneficios o de ventajas, lleve consigo el deber de reparar el - perjuicio.Si esta doctrina ha de comprender, no sólo los daños - causados con las cosas, o en razón de servirse de depandientes, y en general, de emanar de actos atinentes a una empresa, sino también los derivados de hecho propio, es problema de política legislativa.Pero, indudable resulta la tendencia social que asume éste ámbito del derecho privado."

Teniendo en cuenta las prerrogativas de la responsabilidad objetiva como productora en el procedimiento, se ha dicho,- que cuando el litigante no fué diligente, cuando descuidó tomar - las precauciones que requerian las circunstancias, será responsable de los perjuicios causados. Y que en estos casos, como en los demás, deberá ponerse de relieve la desviación de los fines económicos o sociales de la prerrogativa individual,es decir lo concerniente al abuso de los derechos.Si a este último se le pone de resalto a travez de la culpa, negligencia, o imprudencia, o bien del dolo o de la intención vejatoria o nociva, nada impide considerar que ese ejercicio desviado de la acción judicial ha sido la ocasión o el motivo para incurrir en un acto excesivo.Lo decisivo es aquí el móvil perseguido; si este importa la referida desviación, entonces el móvil no es legítimo.Estas pretensiones, accionables- comprenderiamos como Demogue quien considera que el agente compromete la responsabilidad por haber realizado un acto sin derecho y sabiendo de no tener derecho de hacerlo.

A este respecto, Savatier nos informa: "Es necesario, sin embargo, que la defensa sea leal y que no degenere en una guerra abierta.Por eso, si uno de los litigantes se muestra verdaderamente desleal, si intenta un juicio del cual sabe pertinemtemente su calidad más que mediocre, o que en el curso del mismo - multiplica sistematicamente los procedimientos, de manera que perdure el placer que tiene de causar agravios a su adversario, en todas éstas hipótesis, los limites normales del derecho de defensa- han sido excesivos.El hecho justificativo del mal causado a otro- desaparece.Hay responsabilidad civil, y como consecuencia, el litigante desleal podrá ser condenado, no sólo a los gastos puros o

simples del proceso, sino igualmente a la reparación de todos los perjuicios que este litigio ha podido causar a su adversario". Aclara que no siempre es necesario que medie mala fé de-parte del litigante chicanero. Estima, que según la jurisprudencia francesa, depende de la naturaleza de la acción judicial;- si esta acción es de naturaleza tal que pueda hacer correr graves peligros a la honorabilidad o a la seguridad del aversario, entonces, el demandante, antes de intentar su acción, debía previamente reflexionar; está obligado a adquirir conciencia de su propia responsabilidad. Si, por ejemplo, intenta una acción deshonrosa, no constante que una simple verificación lo hubiera - conducido a comprobar que sostenía una difamación implícita, es-responsable del daño causado, aun cuando no hubiera incurrido - en mala fé, en razón simplemente de una suficientemente grave."

A su vez, el Brasilero Goncalves, critica la opinión emitida por el Francés Savatier, indicando, que hay para nosotros, un supuesto de ejercicio abusivo del derecho, a pesar de-que Savatier, crea equivocadamente que el problema del abuso del derecho con frecuencia complica sin motivo las cuestiones. La pretensión accionable ha sido, en verdad, desviada de su fin. El derecho o la facultad, ya responden, en su ejercicio, a un propósito emulativo, ya a un fin de lucro ilegítimo, ya comporta la elección de una vía inútilmente onerosa para el adversario o una actuación de la facultad procesal con falta de sufficiente tecnicidad. Ver, en todos los supuestos, un acto ilícito, constituye una solución simple que se traduce en un expediente verbal. El acto abusivo puede ocurrir con independencia de la comisión de un delito o cuasidelito: lo deciviso es es prostitución de los fines del derecho procesal, se ponga de relieve el hecho que bastardee a estos demostrando que configura un acto ilícito o que, sencillamente, implica el ejercicio desviado o abusivo de las pretensiones accionables o de las defensas en juicio.

Para los que sostenemos, que la responsabilidad asume una directiva, de que los actos excesivos generadores de responsabilidad, que se someten al criterio del fraude aquiliano, no es más que una culpa en el exceso en su actuación judicial. Más los otros expositores, separatistas, ven en los actos excesivos un abuso de los derechos: Los actos excesivos, irreprochables en si mismos, y en su origen como en su finalidad, son sin embargo, generadores de responsabilidad porque han determinado un perjuicio excepcional cuya incidencia debe mofificarse, so pena de injusticia. El que rompe paga, aunque rompa legalmente, correctamente; porque nuestros derechos tienen por límite los derechos igualmente respetables de los demás .

Por lo transcrito, la teoría finalista, teleológica de Josserand, lo ha conducido a soportar las más notorias contradicciones, unas veces aceptando la tesis de su colega Ripert, por ser la más cerca a la teoría de los fines, y , en otras, admitiendo sin temor la teoría de la responsabilidad.Estas aseveraciones, tan sensibles, nos hacen catalogar la teoría de Josserand, como indecisa, variable, obscura y consecuencialmente inaceptable.

T I T U L O I I I

CRITERIO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CON INTENCION DE DAÑAR

IDEAS GENERALES

Para efectuar este estudio, tócanos abordar nuestra doctrina al criterio de la responsabilidad, y de ésta expulsar el concepto sostenido del abuso de los derechos, como aspecto de la culpa,y a la vez, la repercusión que ha tenido en el movimiento jurídico.

Para que haya responsabilidad civil, se necesita un daño, un perjuicio, y por consiguiente una persona que sufra, una víctima. Los expositores han acostumbrado dividir el tema de la responsabilidad en contractual y extra-contractual, o aquiliana, esta división de conformidad con los postulados del derecho romano.Planiol y Ripert han criticado acerbamente esta división duplex,sosteniendo la unidad de la culpa, base fundamental de la responsabilidad.

EVOLUCION GENERAL

Seguiremos a este respecto, las directivas dadas por los Hnos.Henry y Leon Mazeaud: "La evolución experimentada por todas las legislaciones en el dominio de la responsabilidad civil puede esquematizarse,descomponiéndola en algunas faces distintas:

Primitivamente, el problema escapa en cierto modo a la influencia del derecho: ni las costumbres, ni con mayor razón la ley, se ocupan en absoluto de los perjuicios causados a los particulares; tiempos primitivos en que la libertad de cada cuual no tiene más límites que la fuerza de sus semejantes.Pero la fuerza provoca la fuerza; el que recibe el golpe, procura vengarse,devolver mal por mal, y es asi cómo los primitivos conciben la reparación del perjuicio sufrido (Ley del Talión).

Poco a poco esta concepción se incorpora dentro del dominio jurídico.Por la fuerza del hábito, el talión se convierte en regla.La víctima tiene derecho de venganza.Pero, a medida que las relaciones sociales se complican, desaparece la fiereza primitiva del hombre y se esfuma su sentido brutal del honor;la víctima piensa que, a cambio de vengarse en la persona de su adversario, le será más ventajoso resarcirse con su patrimonio; mediante una suma de dinero, consentirá en perdonar;es la composición, el rescate,la pena,cuyo monto se fija por acuerdo sufrido de ambos interesados.

La práctica de estas composiciones o avenencias voluntarías se esparce más y más, y el día en que la autoridad se siente bastante fuerte para imponer su voluntad, habrá de sancionar esta costumbre y hacerla obligatoria.En lo sucesivo la víctima no podrá

ya hacerse justicia por sí misma,se verá obligada a aceptar la composición cuya cuantía fijará de antemano la autoridad.Todavía, durante largo tiempo, ciertos perjuicios a cualquier tasación; no es dudoso por ejemplo, que los atentados contra el honor sosiempre pudieron repararse mediante el pago de una suma de dinero.

Al mismo tiempo que intervienen en las querellas entre particulares, la autoridad hiere a quienes la atacan, a quienes la perjudican. Originariamente, la autoridad no persigue sino a los autores de infracciones cometidas directamente contra ella;pero no tarda en advertir que ciertos perjuicios causados a los particulares la afectan indirectamente,porque turban el orden. Castiga entonces a sus autores y ante todo a los de las infracciones más graves, como el asesinato y el robo; luego,poco a poco,a los de un número de delitos cada vez más grande.Habrá en lo sucesivo dos categorias de infracciones; los delitos públicos, que la autoridad reprime, los delitos privados, en los cuales no interviene síno para evitar conflictos y fijar la composición.Desde el día en que el estado se arrogó asi la misión de penar, de castigar a los culpables, se transformó la concepción de la responsabilidad, porque se desdobló.En otro tiempo, sólo la victima era la encargada de herir con una pena al autor del perjuicio,pena corporal, luego pecuniaria, pero que siempre constituía la expresión de la venganza.¿En adelante el estado es el que castiga,y muy pronto, el que castiga exclusivamente ?. ¿Quiere decir que el papel de la víctima haya terminado ?. No, pero se ha transformado;la victima únicamente demanda una indemnización; ya no se trata de venganza síno de reparación.Habrá en lo sucesivo dos responsabilidades distintas, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.El día en que la acción represiva pasó de las manos de la víctima a las del Estado, surgió la acción de indemnización de los perjuicios."

C A P I T U L O I

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

Con respecto al derecho romano, el Profesor Arturo Alessandri Rodríguez informa: "En el derecho romano primitivo, se tenía una noción netamente objetiva de la responsabilidad - delictual, porque bastaba exclusivamente que una persona sufriera el daño para que tuviera derecho a la indemnización correspondiente; no tenía influencia la circunstancia de que el autor del daño hubiera procedido culposa o no culposamente. Pero posteriormente esta noción sufrió un cambio muy sensible. La noción objetiva se fué poco a poco y se sustituyó por otra totalmente distinta, por la noción de la responsabilidad subjetiva. Ya la responsabilidad se fundaba en el daño, sinó que además exigía un elemento indispensable, que no podía faltar: la culpa o el dolo de parte del autor del daño; no bastaba con que el daño se causara, sino que debía causarse habiendo culpa o dolo de parte de su autor. Y en consecuencia, si a un individúo se le atropella sin que exista culpa en el automivilsta, no hay acto ilícito. Esta doctrina ha dominado en el campo del derecho durante mucho tiempo; es la que impera en el código francés y la que acepta el código chileno, en el cual es indispensable que haya culpa y dolo en el delito."

La noción de la responsabilidad subjetiva en el mundo moderno ha sido criticada, en el sentido, de que la responsabilidad subjetiva, confunde las nociones del delito penal y del delito civil, porque si exige dolo y culpa en el delito, la misma identidad sería para el cuasi delito civil, y muchas otras objeciones tendientes a su refutación. Sin embargo, ha sido la culpa el ejefundamental para diferenciar las dos responsabilidades.

LA NOCION DE CULPA

Desde que publicaron los mundialmente famosos profesores franceses Henry y Loen Mazeaud, su obra la responsabilidad - civil, tanto los autores como la jurisprudencia han venido a aceptar la definición de culpa dada por ellos, como la más completa y acertada : "Un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio".

Durante mucho tiempo se ha discutido respecto a la apreciación de los hechos del hombre, con el objeto de saber si ellos significan o no actos culposos, en cada caso concreto. La falta de definiciones legales, y la vacilación sobre aceptación definida, creó la necesidad de que los autores y con especial la jurisprudencia se preocuparan por buscar un criterio técnico, para des-

lindar asi el problema y la confusión.

Con todas estas controversias, llegaron a aceptar el criterio de los Hnos Mazeaud, quienes sostuvieron, que la apreciación de la culpa con base en esa noción abstracta del hombre-prudente y diligente contempla precisamente esa variabilidad, - porque ella se fundamenta en la necesidad de no dar definición- de culpa que la haga inmóvil e invariable, síno que tiene en - cuenta para determinar esa culpa una entidad abstracta, esencialmente cambiante, dejada a la apreciación del juzgador en cada caso para que él la fije teniendo en cuenta una determinada realidad, un medio concreto.Por esto se explica que el contenido de - la noción de culpa haya podido sufrir las inmensas variaciones - que en la jurisprudencia y en los tratados de derecho es fácil - de observar; en el siglo pasado era raro que se presentaran ante los Tribunales litigios por responsabilidad civil; hoy,por el - contrario, ese es uno de los pleitos más comunes, porque la noción de culpa se ha ampliado enormemente dentro de la tendencia general del derecho que busca la protección de los débiles socialmente. Basta revirar uno cualquiera de los números de la gaceta judicial, para convencerse de que el número de juicios en que se discute la culpa es hoy infinitamente superior al de hace apenas pocos años; y este aumento se explica precisamente por esa ampliación del contenido de la culpa, que contempla hoy como culposos muchos hechos que antes no lo eran.

Al estudiar el abuso de los derechos como un aspecto - de la culpa, mateniendo eso sí la unidad de la culpa,se expresan- asi:los Hnos Mazeaud :"El problema debe resolverse simplemente aplicando la definición de culpa.El que ejerce un derecho con el - propósito de perjudicar comete una culpa delictuosa.El que, sin - intención dañina, se porta, al ejercer un derecho, como no lo hubiera hecho un individuo advertido, con imprudencia o negligencia, comete una culpa cuasidelictuosa.En ambos casos se compromete la - responsabilidad.En una palabra, que el perjuicio se cause por el ejercicio o fuera del ejercicio de un derecho, la solución es la misma; debe siempre averiguarse si ha habido culpa, y, en caso de que la haya habido, condenar al autor del perjuicio a repararlo.Tal es la concepción del abuso de los derechos más comunmente aceptada por la jurisprudencia francesa,la cual se limita a invocar los Arts. 1382 y 1383 del código civil francés.Numerosos autores pretenden, por el contrario, descartar de este dominio los principios de la culpa, ya porque se nieguen a comprometer la responsabilidad cuando no ha habido intención de perjudicar o culpa delictuosa,ya porque hagan del abuso de los derechos una fuente de responsabilidad civil distinta de la culpa."

Si es verdad, que los primeros matices que se dió a la teoría del abuso, fué un aspecto de la responsabilidad, y que, esta concepción de la culpa, perduró por algún tiempo en su aplicación, no por eso resulta una teoría del todo inaceptable,síno que, hasta cierto punto tiene bastante de verdad.

Los Henos Mazeaud, depués de largas y debatidas controversias, presentaron el problema del abuso del derecho como una - simple culpa, y demostraron que, siempre se podría con este criterio evitar el ejercicio ilimitado de los derechos.Claro, si ha decir de varias jurisprudencias, simplificó el problema, sigue siendo para los estudiosos un criterio distinto.

EL EJERCICIO DEL DERECHO CON INTENCION DE DAÑAR

Una vez expuestas las repercusiones, sobre la teoría de la culpa, esbocemos el acto de emulación, o acto protegido - con una voluntad dirigida a un interés.

Han acordado, que el acto de emulación, es aquél que reune;ejercicio de un derecho subjetivo; falta de interés serio y razonable, o bien, ánimo de dañar o vejar a otro; daño causado; no tratarse de un derecho subjetivo insuceptible de ser controlado, según el ordenamiento jurídico, por el móvil perseguido.

Asi considerado el acto subjetivo, está limitado por la prerrogativa individual objetiva, asi en nuestra ley positiva la jurisprudencia ha sentado base respecto a la infracción del contrato. La ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios al acreedor, porque debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho de éste que se propuso obtener al celebrarla.

Ya vimos, que la autonomia de la voluntad, está dirigida a orientar el interés particular, y por lo mismo el acto de emulación;si el daño está orientado a producir el resarcimiento, es por esto que los actos emulativos en forma general buscan su acomodo a la norma legal.

Cuando nos referimos al derecho subjetivo, se comprenden al conjunto de facultades jurídicas o como dice el comentador Spota, ó el plexo de atribuciones inherentes a un poder jurídico conferido por la norma al sujeto de ese derecho.Asi, se refiere, que el ejercicio de todas o cada una de las atribuciones ínsitas en el derecho de dominio, puede plantear el supuesto del acto de emulación.

EL DOLO

Según lo caracterizado por Giorgi, la voz dolo tiene un sentido estricto y un sentido amplio.En el sentido extricto-

significa fraude, maña o maquinación dirigida a engañar (vicio del consentimiento).En sentido más lato, esto, es en cuanto al resarcimiento del daño por incumplimiento de obligaciones, significa mala fé y se opone a la culpa en sentido propio, esto es, a la negligencia que no va acompañada de mala fé.

En realidad de verdad, dentro de nuestra legislación civil, hay tres conceptos distintos de lo que se entiende por dolo: En primer lugar, dice: Que el dolo es la maquinación fraudulenta en que se vale el contratante para obtener del otro la prestación del consentimiento (Dolo como vicio del consentimiento). En segundo lugar, existe otra acepción de dolo, es la del Art. 63 del c.c. :"Intención positiva de inferir injuria".En este caso el dolo es la fuente de todo delito, el delito tiene su fundamento en esta clase de dolo.Igualmente opinan buscar asidero al dolo como fuente de la responsabilidad extracontractual.El Art. 34 de la Ley 54 de 1887, dice: "El dolo es el hecho ilícito cometido con intención de dañar",este dolo viene a ser fuente de todo delito.Por último hay una acepción de dolo el cual, incide dentro del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Aplicando a la teoría que venimos comentando, la intención maléfica, radica en el ejercicicio de un derecho sin utilidad para su titular,o con mínima utilidad, sabiendo que, con ello, se ocasiona un daño a un tercero.Basta, dicen los expositores,que ponga en conocimiento del titular que ejerce el derecho sin utilidad para si y con daño para otro, la circunstancia de que media este ejercicio, para que surja responsabilidad.

Precisamente, la fórmula comentada,Malitiis non est indulgendum,nos indica una limitación a la autonomia subjetiva en el ejercicio del plexo de facultades jurídicas concedidas por la norma.

Ahora, Josserand, es partidario de la responsabilidad, cuando se expresa: "Mientras la obra de humanización,de socialización del derecho pretoriano parece haberse limitado a la persecución del dolo, del fraude, a la condenación de la intención de dañar,siendo para ellos el acto abusivo sólo el acto con intención nociva,en cambio en el derecho moderno y especialmente en el derecho actual se tiene del abuso una idea más comprensiva;es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fín, va en contra del destino, de la función del derecho ejercido;el criterio puramente intencional tiende a sustituirse por un criterio funcional,desprendido del espíritu del derecho, de la función que le atañe.Cada derecho tiene su espíritu, su fin, su finalidad: quienquiera intente desviarlo de su misión social, comete una falta delictual o cuasi delictual, un abuso de derecho suceptible de comprometer,en la ocasión respectiva, su responsabilidad."

Parece, que por estas últimas frases transcritas por Josserand, que el acto abusivo siempre implicara un acto ilícito; sin embargo, aun no mediando un delito o cuasidelito, puede quedar configurado un abuso del derecho: el criterio para distinguir el acto abusivo del acto ilícito radica, precisamente, en la existencia, en un caso, de una desviación de la prerrogativa individual, según unos en cuanto atañe a su función, a su fín, a su espíritu, y, en el otro supuesto, del elemento subjetivo de la culpa o del dolo sin perjuicio de las hipóstesis de responsabilidad objetiva (Chironi), elemento que no siempre es necesario para calificar de abuso del derecho a un acto ejecutado fuera del plano de la pertinente institución jurídica.

EL DAÑO CAUSADO

Respecto a esta noción, es ínsita la teoría traida por el profesor francés Demolombe: Entendemos que el acto malicioso que no sea causa adecuada de un daño material o moral no puede en si constituir un acto abusivo. Será moralmente reprochable pero sin el daño ocasionado, ya no es suceptible de pretenderse una reparación sea en especie, sea por equivalencia.

Es Esta la solución que ha sido acogida en el derecho francés, Además el daño a decir de Chironi, ha de causarse como lesión a un interés legítimo, no requiriéndose el menoscabo a un derecho subjetivo, ya que este último supuesto es materia a dilucidar de acuerdo con las reglas que rigen los conflictos de derecho. Por fin, todo esto no significa que el acto emulativo no sea suceptible de ocasionar daños futuros. Nada impide que el ordenamiento jurídico brinde al que padecería esos daños su amparo recurriendo por ejemplo a multas civiles comminatorias para el caso de que el acto perjudicial acaezca o, una vez producido e indemnizado el daño, haya temor de que se reproduzca o persista indefinidamente, como suele ocurrir en el derecho de vecindad, medie o no un acto de emulación o una simple responsabilidad objetiva por acto exceisvo.

El perjuicio es un elemento indispensable para que haya responsabilidad civil, no es principio para cuya demostración se requieran grandes razonamientos. En efecto, la responsabilidad civil no es, en últimas, sino la obligación de reparar un perjuicio. Mientras el individúo no haya sido lesionado, no podrá demandar la indemnización; de lo contrario, tropezará con el principio fundamental: donde no hay interés, no hay acción. Mientras no haya una víctima, no se podrá hablar de responsabilidad civil.

El daño, es, en últimas toda disminución de un patrimonio; pero el patrimonio, tiene una parte puramente física, material, económica, y una parte moral. De allí que las jurisprudencias dediquen acápites al estudio de los perjuiciones materiales y morales.

Todo este menoscabo de patrimonio, sea material o moral, debido a un ejercicio indebido de los derechos,produce un daño causado, consecuente de la indemnización de daños y perjuicios.

La inexistencia del daño torna, pues, imposible hablar hablar de abuso del derecho, tal como,por lo demás acaece en materia de acto ilícito.El acto ilícito si parece tener una semejanza con el abuso en cuanto se exige la existencia del daño material o moral, pero si difiere,en cuanto que, el acto abusivo no requiere,según afirma Josserand en algunos párrafos, como condición siempre necesaria,la existencia de la intención dañosa o la de la culpa.

EL DAÑO MORAL

Es el que proviene de un hecho ilícito que ofende,no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

Hay en torno del daño moral dos géneros de perjuicios; los que emanan de aquél en forma concreta,determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivos; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no suceptibles de objetivación.

El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo;de la parte social del patrimonio moral en los atentados contra el honor, la reputación,las consideraciones sociales;de la parte afectiva en los que hieren los sentimientos de amor a la familia.La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y repercusiones objetivas del daño moral.El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa,daño este inestimable pecuniariamente,y puede recibir también un daño moral que se manifiesta objetivamente - en los menores rendimientos de su negocio debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas porque la pérdida de su crédito le transtorna su negocio.

De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuato pueda hacerse para darle realidad procesal jurídica,esto es,en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material.La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al santimiento de afección y la depresión psíquica con- el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afecta el patrimonio material, son daños morales- objetivados, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque

se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral.El perjuicio considerado en toda esa gama consecuencial - del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma- objetivada. Casación.J.

Explicado por la síntesis de estas sentencias lo que se entiende por perjuicios morales, veamos su incidencia con la teoría del abuso; es lógico, pues, que tratándose de un acto abusivo, provenga o no de una emulación, el resarcimiento ha de- ser integral,comprendiéndose el agravio moral que se haya inferido al que sufrió los efectos de esa desviación del derecho en - que incurrió el titular que lo ha ejercido.Aquí se revela, una vez más, los principios de la responsabilidad,el ejercicio de los derechos particulares en la teoría de la culpa: Erraría, a nuestro juicio, quien pretendiera decidir la cuestión de la procedencia del resarcimiento del agravio moral recurriendo a las normas regulatorias de la responsabilidad aquiliana.Por lo demás, repetimos que dentro del ámbito de esta última, es indemnización que corresponde en cualquier supuesto de acto ilícito.

LA CULPA EN EL ABUSO DEL DERECHO

Ya hemos dicho, que que hay abuso en nuestro proceder, cuando se causa daño, al ejercer una prerrogativa,por habérselo puesto en movimiento sin precaución, con error o negligencia.Habíamos manifestado tambien en otra ocasión, que la culpa por acepción general de autores y jurisprudencia es un error de conducta tal que no habría sido cometido por una persona avisada colocada en las mismas circunstancias externas del autor del daño.

Igual cosa, dijimos, que el reviramiento actual busca por sistematizar en forma general la teoría de la responsabilidad, y asi debe ser aceptado por los autores y la jurisprudencia.Sin embargo, la jurisprudencia en algunos casos, la entiende en diferente forma: Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias, se impone reconocer que el abuso del derecho implica o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de verdad en esto consiste. Si se opta por el criterio de subjetividad,es en la intención de dañar, en donde puede encontrarse; si se da prevalencia al criterio objetivo,es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina.Autores hay, como Beudant,que, aun permaneciendo en un criterio puramente subjetivo,encuentran sin embargo abuso no sólo cuando se ejercita un derecho únicamente con intención de dañar, síno también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido.

Este detalle de la jurisprudencia nos revela el criterio seguido para condenar el abuso del derecho, de teoría suigéneris,para aceptar sin desconocimiento natural,el ejercicio de los derechos en la teoría de la culpa.

CAPITULO II

LA INTENCION DE PERJUDICAR

EL PARECER DE COLIN Y HENRY CAPITANT

Dicen los Autores Colin y Capitant, en su Curso Elemental del Derecho Civil, que el adagio Nemo damnum facit qui suo jure utitur, no significa más que "El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro."

Comprendida de este modo, la vieja regla romana, sigue expresando el citado profesor, "lejos de tener el contenido anti social que se le ha atribuído, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad, de que necesita. En efecto, el ejercicio corriente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarle alguna molestia, algunas veces hasta un cierto daño. Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él".

Admite como abusivos tanto los actos ejecutados con intención de dañar, como aquellos en los cuales no hubo la diligencia suficiente. Por consiguiente dentro de sus propósitos admite la falta de derecho. Asi expresa el mismo expositor que comentamos. Del carácter de realidad de los derechos y obligaciones procedentes de la vecindad se deduce inmediatamente la consecuencia de que el propietario, obligado por una disposición legal a tal o cual prestación que constituya una pretendida servidumbre legal, puede siempre librarse, DEGUERPISSANT, es decir, abandonando su inmueble. N. 198.

Al considerar, Colin y Capitant, las hipótesis en que hay abuso del derecho y responsabilidad, subdivide en dos series los casos contemplados asi: Grupo A.-Aquellos en que hay intención de dañar.-Grupo B. Aquellos en que hay simplemente falta de la prudencia, de la diligencia que normalmente hay derecho a esperar de cualquiera que ejercite su derecho. Del primer grupo, nos dice que el abuso se manifiesta de una manera indudable en el caso en que una persona obra, sin interés personal alguno, impulsada exclusivamente por el deseo de dañar, de causar un perjuicio a otro. En todos los tiempos han reconocido los jurisconsultos que era necesario reprimir tales actos obligando a su autor a reparar el daño causado por ellos. Hay en esto una precaución indispensable para el buen orden y la seguridad de las relaciones sociales

Malittis non est indulgendum.

Referente a los actos hipotéticos del grupo B,nos hace conocer que el abuso del derecho para que tenga su realización,no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el animus nocendi.Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado.

Estas mismas apreciaciones, exigentes del abuso,dolo y culpa son también admitidas por el Dr.Beudant : El ejercicio de un derecho es culpable cuando lo. la persona que lo ejerce obra únicamente con la intención de dañar; 2o.cuando ha cometido una negligencia o una imprudencia que un hombre muy diligente en las mismas condiciones no habría cometido.

LAS DETERMINACIONES DE GIORGI Y CHIRONI

Giorgi, en su obra Teoría general de las obligaciones. tomo V.#153, comenta: "El abuso del derecho es una especie particular de culpa: Vehementius agere,o el exceso de poder.Del que nos dan conocídisimos ejemplos, al jugador que se ejercita en juegos lícitos, pero eligiendo tiempo y lugar inoportunos;el maestro de escuela que trata con nimia sevitia a sus discipulos; el aldeano que sorprendiendo a las ovejas ajenas pastando en su campo,las dispersa, o las golpea, o las mata.Y no por otra razón la jurisprudencia reconoce como culpable a quien, resultando dañado por un delito, en lugar de proceder con la ponderación necesaria para poner a la justicia sobre las huellas del reo, acusa inconsideradamente, sin rodeos, y con ligereza imperdonable, a un tercero inocente.Con esta máxima se conciertan las opiniones desacordes que se disputan el campo en esta cuestión:queriendo alguno,bajo la autoridad de Laurent,que el querellante no quede tenido a indemnizar los daños sino sólo cuando sea de mala fé;y otros,por el contrario,opinan suficiente la sentencia de absolución para someter al querellante a la enmienda del daño.Opiniones ambas excesivas,rezagadas por la jurisprudencia prevalente, que sigue el criterio que hemos enunciado.

Para coronar nuestras observaciones acerca del abuso del derecho, recordaremos una sentencia, que aplicó la regla expuesta contra una administración pública."El prefecto de Napoles, en calidad de presidente de la administración de sanidad,concedió en arrendamiento la posesión a los Licola,reservándose el derecho de continuar los saneamientos en curso.Luego ocurrió que al hacer uso de esta facultad impidió al arrendatario el ejercicio de los derechos que le estaban garantidos en el contrato.La Casación de Napo-

les decidió que este hecho constituía por parte del prefecto un abuso del derecho, y condenó a la Administración de la Sanidad a la enmienda del daño."

En derecho, la idea de responsabilidad comporta las de ilicitud y culpabilidad. Son ilícito el hecho humano, o la omisión, violadores de una regla de conducta, independientemente de circunstancias; y es culpable quien ha incidido en un hecho ilícito, o ha omitido el hecho a que estaba obligado, por su libre voluntad, bien intencionalmente, o bien por negligencia y descuido. El concepto de responsabilidad dice relación, además, a las consecuencias no viejas del acto u omisión ilícitos. Puede definirse la responsabilidad como la situación de quien quebranta culpablemente una regla obligatoria de conducta, causando una perturbación del orden social.

Las consecuencias del hecho o de la omisión ilícitos son una perturbación directa de este orden; o sólo daño para persona o personas determindas, que no alcance a perturbar directamente el mismo orden. Si lo primero, la responsabilidad es penal, y su sanción, una pena; si lo segundo, es meramente civil, y el responsable queda obligado a resarcir de perjuicios. Cuando el hecho o la omisión tienen una y otra consecuencias, la responsabilidad es a la vez penal y civil, con sanción cosistente en pena y obligación de resarcir a la víctima.

Si la responsabilidad, comporta la ilicitud y la culpabilidad, y considerando, como detalla Giorgi, el abuso de los derechos, es un antecedente de la responsabilidad tomado como aspecto de la culpa. Más teniendo en cuenta los resultados que produce la culpa, la negligencia austera de un titular suministra comportamientos abusivos. Refiriéndonos, ahora al dolo, que tambien constituye un presupuesto de la responsabilidad, la intención dañosa, aun no materializada, será abuso de un derecho, o necesita que esa intención produzca un resultado, que lo resolvería exclusivamente la teoría de la responsabilidad ?.

La respuesta del segundo criterio, parte en determinados casos, como en el acto de emulación, el profesor Chironi, sin embargo, que en muchas de sus concepciones busca, una posición finalista, pero que en la practica resulta más objetivista.

Para que exista abuso del derecho, dice el comentarista colombiano Perez Vives, se requiere la intención de perjudicar, pero, pero que no vaya a desembocar a los elementos de la culpa delictual. En nuestro derecho, no es exacto que sólo haya acceso a la pelna reparación cuando exista dolo en el patromo; por lo demás, el dolo del trabjador, significa sencillamente que en éste radica la causa del daño y que no es imputable al patrono. Por

último, no todos los autores estan de acuerdo en aplicar a la responsabilidad extracontractual la distinción del Art. 1616; amen de que, como veremos , la distinción entre perjuicio previsto y perjuicio directo, no es tan clara y convincente como ha venido pareciendo.

Informados de estos pareceres, cávenos indicar, que si el criterio del abuso surgió para salvaguardiar los intereses protegidos por el derecho, y a la vez, con base en la responsabilidad, no acordamos sin embargo, en la dicción abuso de los derechos, porque el tema de la responsabilidad extracontractual, produce resultados superiores a la reparación de daños y perjuicios obtenidos con la aplicación de la teoría del abuso. A pesar, de que, fueron los Hnos Mazeaud, quienes revivieron la teoría del abuso, compendiando el problema, en los aspectos de la culpa.

C A P I T U L O III

SISTEMATIZACION DE LOS HERMANOS HENRY Y LEON MAZEAUD

EL CODIGO FRANCES

El principio fundamental mediante el cual los hermanos Henry y Leon Mazeaud, construyeron su teoría, haciéndola derivar de los Arts. 1382, 1383, 1384 y 1386 del código francés, los que declaran: 1382, que el hecho intencional, o culpa delictuosa da lugar a reparación; 1383, establece lo propio respecto de la simple negligencia o imprudencia, culpa cuasidelictuosa; 1384 y 1386, tratan de la responsabilidad por el hecho de otro y por el hecho de las cosas.

LA NOCION DEL ABUSO

En su primer desarrollo del abuso de los derechos, los Hermanos Mazeaud, nos dicen :"Cualquiera que haya sido el papel desempeñado por la tesis el riesgo en la evolución de la jurisprudencia, ora conduciendo a los tribunales a ampliar la teoría tradicional de la culpa, ora llevándolos a corregir ciertos hierros, sería exagerado ver en esa tesis la causa de todas las transformaciones que, desde 1880, ha experimentado la jurisprudencia en el dominio de la responsabilidad civil."

"Existe, por lo menos, otra causa que resalta muy nitidamente el auge de la noción del abuso de los derechos. A decir verdad, la aparición en la jurisprudencia de la teoría del abuso de los derechos es casi contemporánea con la redacción del código civil francés; pero sólo desde los últimos años del siglo XIX la han aplicado los tribunales cuodinianamente. Aquí también los fallos han tratado de ampliar el sistema de la responsabilidad, pero esta vez manteniéndose estrictamente dentro del terreno de los principios: la teoría del abuso de los derechos no es, en efecto, sino una aplicación particular de la idea de culpa. El que ejercita determinado derecho no elude por esa sola circunstancia toda responsabilidad. Un propietario, por ejemplo, aunque permanezca dentro de los linderos de su predio, si causa un perjuicio al vecino, puede ser obligado a repararlo; no podría pretender que, desde el momento en que no ha salido de su fundo, no ha podido cometer culpa. De suerte que, cuando sus actos se han inspirado únicamente en la malevolencia, tiene que responder de ellos. A pesar de las críticas que algunos autores han hecho a esta concepción, fortalecida por el apoyo que ha encontrado principalmente en Josserand, la jurisprudencia ha aplicado sin cesar nuevas hipótesis al principio tan amplio de que quién, al abusar de un derecho, causa un perjuicio a otro, tiene que reparar-

Saleilles y

lo.La jurisprudencia declara que todos los derechos son suceptibles de abuso y llega hasta estimar que hay abuso no solamente en el hecho de ejercitar el propio derecho para perjudicar a otro,sí no también en el hecho de servirse del propio derecho sin tener para hacerlo un interés serio y legítimo.De esta suerte la jurisprudencia tiene a su disposición un maravilloso instrumento de contról.

Determina como preámbulo, que el abuso de los derechos no tiene otro fundamento que una especie de culpa y por consiguiente no puede deslindarse del criterio de la responsabilidad.

El que ejerce un derecho con el propósito de perjudicar, manifiestan los Hnos Mazeaud,comete una culpa delictuosa.El que,sin intención dañina, se porta, al ejercer un derecho, como no lo hubiera hecho un individuo advertido, con imprudencia o negligencia,comete una culpa cuasidelictuosa.En ambos casos se compromete la responsabilidad.En una palabra, que el perjuicio por el ejercicio o fuera del ejercicio de un derecho, la solución es la misma:debe averiguarse siempre si ha habido culpa, y , en caso de que la haya habido, condenar al autor del perjuicio a repararlo.Tal es la concepción del abuso de los derechos más comunmente aceptada por la jurisprudencia, la cual se limita a invocar los arts 1382 y 1383 del código civil francés.Numerosos autores pretenden, por el contrario,descartar de este dominio los principios de la culpa,ya porque se niegue a comprometer la responsabilidad cuando no ha habido intención de perjudicar o culpa delictuosa, ya porque hagan del abuso de los derechos una fuente de responsabilidad civil distinta de la culpa.

DERECHOS DEFINIDOS O DETERMINADOS

Tomando al pie de la letra, del texto de los Hnos Mazeaud nos expresan: "la expresión nada significa,porque cada vez que nos hacemos responsables es porque hemos ejercido un derecho. El problema de la responsabilidad no surge síno en el caso de que dos derechos se encuentren en conflicto;el del autor del perjuicio y el de la victima.Ateniéndose a esta comprobación,algunos autores afirman que las situaciones en que se descubre un supuesto abuso de derecho nada ofrecen de particular y que, por consiguiente,es inútil analizarlas.Esta observación sería exacta si el problema se planteara cada vez que un individuo ejerce cualquier derecho. Pero el dominio del abuso de los derechos es muhcho más restringido.Entre los derechos lato sensu de que un individuo es titular, se distinguen: por una parte, los derechos stricto sensu o derechos definidos o derechos determinados; por otra parte, la libertad.El individuo, en efecto, al lado de los derechos que expresamente le reconoce la ley; derecho de propiedad,derecho de recurrir a la justicia, posee un derecho general y vago: el derecho a la libertad,el

derecho a ejercitar su actividad.Calro está que el ejercicio de es
te derecho a la libertad hace surgir problemas de responsabilidad:
por ejemplo, el derecho que todos tenemos de transitar por un cami
no origina problemas de responsabilidad en los casos de accidentes
causados por automoviles.Pero en esta hipótesis a nadie se le ha o
currido hablar de abuso de los derechos."

Determina,luego,que el abuso del derecho se plantea cuan
do el autor del perjuicio ha ejercido un derecho definido al usar
las prerrogativas que le confiere el derecho de propiedad,ha perju-
dicado a otro.Esta circunstancia particular nos hace vacilar en de-
clararlo responsable: no ha hecho síno ejercer un derecho particu -
lar que la ley le concede/Nada significaría el replicar a la vícti-
ma de un perjuicio: "No he hecho síno ejercer mi derecho de obrar
libremente",porque nadie niega que este derecho general esté limi
tado por la obligación de conducirse prudentemente, de no incurrir
en culpa:es un derecho relativo y no un derecho absoluto.Por el -
contrario, el debate surge cuando se invoca el ejercicio de un de-
recho definido.Como lo construye,el problema se encuentra,pues,li-
mitado a la responsabilidad en que podamos incurrir en el ejerci-
cio de un derecho definido determinado.

Sin embargo, a parte de explicar que el abuso de los de-
rechos, se encuentra tomado del ejercicio de los derechos definidos
o determinados, hay no obstante, algunos derechos de esta clase,que
los apellida de absolutos y que por consiguiente escapan del fragor
de la teoría,aunque ese ejercicio se inspire en la intención de per
judicar.Estos derechos absolutos,los apellida Josserand derechos in
motivados.Tal como el derecho que se reconoce a los padres de oponer
se al matrimonio de sus hijos;la jurisprudencia hace de él un dereeh
cho absoluto, un derecho imponente en que no es suceptible del abu-
so

NATURALEZA DELICTUOSA O CUASIDELICTUOSA DE LA RESPONSABILIDAD

Ahora, creen los expositores,que el campo del abuso,
no solo comparte los lindes de la responsabilidad extracontrac-
tual,sino tambien en el contrato.Su cirterio,fundan en la adheren-
cia del criterio jurisprudencial,osea, aplicando los principios de
la responsabilidad delictuosa."El problema no ofrece dificultades
cuando el abuso se comete con ocasión del cumplimiento o de la in
terpretación de un contrato:en esta hipótesis, existe evidentemen
te un contrato; sólo que el perjuicio se causa,no por el incumpli
miento del contrato, requisito indispensable para que haya respon
sabilidad contractual,sino por el cumplimiento del mismo:la victi
ma se queja de que el contrato se ha cumplido abusivamente:por e-
jemplo, el acreedor cuyo deudor abusa de los plazos que se le han

concedido; el inquilino cuyo arrendador abusa del derecho que el arrendamiento le confiere de no aceptar un subarrendatario.

NATURALEZA DEL ABUSO

El dominio del abuso de los derechos, sin vacilar,no es síno una aplicación de la noción de culpa,asi sistematizan su teoría los Hnos Mazeaud.Ejercer un derecho para perjudicar es, efectivamente, cometer una culpa delictuosa,la cual se caracteriza por la intención dañida,por el deseo de perjudicar.

La intención de perjudicar constituye una culpa delictuosa,todas las indicaciones de la culpa delictuosa,encuentran su explicación: es pues, indispensable que el autor del perjuicio haya deseado verdaderamente que se realice y haya obrado con ese propósito:no basta que, al obrar con un fin diverso,se haya presentado la posibilidad de las consecuencias perjudiciales de su acto.

Igualmente pregunta el mencionado expositor,que si es indispensable que el ejercicio del derecho haya tenido por fín único el perjuicio deseado ?.Algunos lo afirman y declaran, en consecuencia,aunque haya habido intención de perjudicar,que si el ejercicio del derecho se ha inspirado en algún otro móvil,ello basta para descartar la responsabilidad.Tal es el caso del propietario: que mata dos pájaros de una pedrada sirviendo a sus intereses y perjudicando los de su enemigo:une lo útil con lo agradable.La intención dañina constituye por si sola una culpa delictuosa.Desde que se reconozca que esa intención es causa del perjuicio, hay lugar a indemnizar a la victima. "Si aceptamos que un solo grano bueno puede purificar la cizaña,haremos el juego de la malicia humana.En la inmensa mayoria de los casos,el titular de un derecho podrá invocar un motivo confesable,un interes legitimo."

Ahora,el ejercicio de un derecho sin intención de perjudicar ?.Se afirma, que existe un caso que, sin mucho vacilar se compromete la responsabilidad del autor del perjuicio,cuando lo ha ejercitado sin tener interés de hacerlo. Si aceptamos que el abuso malicioso constituye una culpa delictuosa,sostienen los Hnos Mazeaud, que debemos ver en el acto de quien ejercita un derecho sin interés alguno una culpa cuasidelictuosa grave.No se necesita, en efecto,ser estúpido para ejercer un derecho ent tales condiciones ?. La asimilación jurisprudencial de la culpa grave al dolo, o cuando menos la presunción de dolo que, hasta prueba en contrario,pesa sobre el autor una culpa grave,nos lleva forzosamente a comprometer en este caso la responsabilidad.En la práctica,a menudo se diferencia poco el que obra para perjudicar del que obra

sin interés alguno.El acto que se ejecuta sin derivar ningún provecho personal con frecuencia tiene por objeto perjudiciar.Por eso no debe asombrarnos el ver que la mayor parte de los fallos descubren simultaneamente la intención de perjudicar y la falta de interés.La regla conforme a cuyos términos el mero hecho de obrar sin motivo constituye un abuso,presenta un interés considerable,que es precisamente el que se atribuya a la asimilación de la culpa cuasidelictuosa grave a la culpa delictuosa.Si se exigiera la prueba de una intención de perjudicar,frecuentemente el titular de un derecho podría alegar: "Sin duda no tenía interés alguno en obrar como lo hice: sin duda,se necesita ser estúpido para ejercer un derecho del cual no puede derivarse ventaja alguna:pero en manera alguna tenía la intención de perjudicar:soy un imbécil,pero no un malvado."

Concluyen su tesis los Hnos.Mazeaud, asi: El abuso del derecho es una culpa que se comete en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa debe consistir en la intención de perjudicar,caso en el cual hay culpa delictuosa.Pero puede igualmente provenir de una simple imprudencia o negligencia,caso en el cual hay culpa cuasidelictuosa".

Como luego lo analizaremos, el criterio de Bonecasse, es un todo contrapuesto con los expositores franceses que acabamos de extractar.Afirma este expositor,que el abuso del derecho, no es una teoría suigéneris, síno que forma parte del estudio de la responsabilidad delictual y cuasi-delictual.

En un determinado punto,se cree,haya una adhesión,la teoría de los Hnos Mazeaud con la de Josserand,especialmente, en lo que respecta, a los derechos absolutos o no causados.Sin embargo, aparte de la importancia de la doctrina,ha escrito el profesor colombiano Perez Vives, que la teoría del abuso de los derechos,expuesta por los Hnos Mazeaud,nada nuevo ha traido,que no estuviera ya consagrado en el código francés.Todas las concepciones del abuso del derecho son suceptibles de críticas,en particular si se pretende tomar uno cualquiera de los criterios expuestos con especial de los demás. "El delito y el cuasi delito va contra la objetividad jurídica; son ilícitos objetivamente,porque violan una norma legal; el abuso del derecho es legal o ilícito objetivamente,porque es un derecho ejercido por autorización legal,pero ilícito subjetivamente,porque es ejercido con intención de perjudicar".A pesar de toda esta censura efectuada por el Sr.Vives no tendría vigencia, si la norma legal, estableciera explicitamente un artículo en que venga a prohibir el abuso del derecho.

Dentro de un cirterio extrictamente funcional,la doctrina de los hermanos Mazeaud, según comentarios de Vives,es exacta

pero deficiente:no basta decir que quien abusa del derecho incurre en falta; más aún:puede mejorarse el postulado, y todavía cojea la tesis:si se afirma que abusar de un derecho comete culpa- es utilizarlo de modo diferente a como lo habría hecho un hombre prudente y diligente situado en las mismas condiciones externas, aún asi no se ha determinado por entero el concepto del abuso de los derechos,puesto que puede preguntarse: y cuándo un hombre prudente y diligente habría utilizado su derecho de manera distinta a como lo hizo el autor del daño ?. Para responder a esta pregunta es preciso salirse un poco del criterio técnico que de la culpa delictual y cuasidelictual traen los hermanos Mazeaud; hay que ir más hallá del código civil; hay que decir que un hombre prudente y diligente no utilizaría su derecho contrariamente a su destinación económico social, es decir, para perjudicar, sin interés legítimos y con desviación del espíritu de ese derecho.Hay,pues, que complementar la noción de culpa con las ideas que hemos expuesto:lo cual desvirtúa la aseveración de los hermanos Mazeaud, de que la teoría del abuso de los derechos nada nuevo ha traido, que no estuviera ya consagrado en el código civil y en la noción de culpa.

LA RESPONSABILIDAD Y LA ACEPCION DE PLANIOL

Planiol, ha definido la culpa como el incumplimiento de una obligación preexistente.Con base en esta definición,pretende hacer de la teoría del abuso de los derechos una fuente de responsabilidad distinta de la culpa.Declara que quién abusa de un derecho no falta a una obligación preexistente, porque permanece dentro de los límites objetivos de ese derecho.

Ha preguntado siempre,si el problema del abuso de los derechos únicamente produce una cuestión de responsabilidad civil, con lo que se plantea mal el problema.Es más preciso entender que se trata de responsabilidad civil sólo cuando se pretenda la reparación de un daño y no cuando se pretenda vencer una resistencia injustificada,oponiéndose a un acto o pidiendo su anulación.Pero en todo caso será necesario primeramente determinar si el acto o la resistencia son ilícitos, constituyendo, en caso afirmativo, culpa; el abuso,de los derechos no será otra cosa que la culpa intencional,como lo he sostenido.

Por tanto, no cabe, como se ha propuesto, oponer el abuso de los derechos a la responsabilidad civil desde el punto de vista de la satisfacción a que pueda aspirar la víctima.Se ha dicho, unas veces, que el abuso de los derechos solamente puede originar **una reparación en dinero, y otros, en cambio, que la reparación en especie es la sanción normal; a nuestro modo de ver, tal cuestión** es obvia y las variaciones de los tratadistas en este sentido

revelan la circunstancia de la misma.Sólo un problema surge, el de saber si es conveniente sentar en el código civil,justamente con las demás disposiciones preliminares, la fórmula que declare ilícito el acto realizado con intención malvada o fraudulenta.Es la solución racional,ya que el carácter ilícito ha de tomarse en consideración respecto a diversas materias y no exclusivamente en el terreno de la responsabilidad civil propiamente dicha.Pero, si e el abuso de los derechos no es más que un caso especial de culpa, su estudio corresponde naturalmente so pena de repetición, a la teoría de la responsabilidad civil.

Con todas estas variaciones, pregumtamos cuando hay y como se presente el abuso de los derechos ?.

Naturalmente, aun todavía surge el problema y muchas veces resulta dificil indicar con precisión la orientación de u na jurisprudencia, que ha tomado muchos matices; pero que sin em bargo, en nuestro pais no ha vacilado en aceptar la tesis de los hermanos Mazeaud, es decir, que el abuso de los derechos, se encuentra englobada en la teoría de la culpa,pese a las importantes críticas que le han hecho, no deja de ser una teoría quisá para los estudiosos como bienhechora, aunque incompleta para otros; par mi, no me resta que expresar, que las orientaciones de la responsabilidad,entrañan, una teoría más exacta que las anteriores,por el simple hecho, de que, el ejercicio de un derecho,comporta diligencia y cuidado,desviar su utilización,dá margen a la indemnización del daño,por la simple existencia de una culpa común y corriente.

T I T U L O IV

CRITERIO PSICOLOGICO, SUBJETIVO Y MATERIAL DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

APRECIACIONES DE BONNECASE

Antetodo, la doctrina del Profesor francés Julien Bonnecase, unde sus apreciaciones en las decisiones jurisprudenciales francesas, en las determinaciones subjetivistas de Ripert, en la regla de los móviles de Josserand y de Saleilles, en la obra abuso de los derechos de Porcherot; estima que la teoría del abuso de los derechos, es esencialmente psicológica, rechazando en un todo la pretendida forma material, en favor de su forma psicológica .

Los puntos básicos de su doctrina son: El ejercicio de un derecho; b) la ausencia de toda utilidad para su titular; c) la intención dañosa ; d) un perjuicio efectivamente ocasionado a otro. En estos puntos de vista, compendía sintéticamente la teoría del abuso de los derechos .

Antes de entrar en estudio, a estas incidencias de la teoría psicológica, abordemos a la inadmisiblidad de la pretendida forma material del abuso de los derechos.

DISTINCION ESENCIAL DE LOS LIMITES DE LOS DERECHOS Y DEL ABUSO DE ESTOS

Creemos de importancia, que para una mejor comprensión del asunto, estractar, lo que dice el mencionado profesor: "Para algunas personas, la consagración moderna de la noción de abuso de los derechos no sería, a la vez bajo su forma material y psicológica, síno una reacción contra el concepto del caracter absoluto de tales o cuales derechos individuales, a cuya cabeza se colocaría el derecho de propiedad. Por tanto, no carece de interés demostrar y más bien recordar que antes de que sugiera y se empleara la noción y expresión: abuso de los derechos, los más eminentes civilistas del siglo XIX habían sostenido la tesis de que todo derecho implica límites, si nó en su principio, por lo menos en su ejecución y aplicación. Los civilistas particularmente han dirigido su atención sobre el derecho de propiedad, en razón misma del carácter rigurosamente absoluto, que deliberadamente han prestado a esta manifestación de las prerrogativas naturales de la personalidad. Naide mejor que Aubry y Rau han establecido, por una parte, el alcance de principios exclusivos del derecho de propiedad y por otra, su alcance de aplicación relativa. En efecto estos autores declaran: "Aunque la propiedad sea un derecho absoluto por su naturaleza, su ejercicio-

está, sin embargo, sometido a diversas restricciones establecidas en interés público.Por otra parte, las facultades inherentes a la propiedad, únicamente pueden ejercitarse a condición de no afectar la propiedad ajena. De aquí ciertos límites que en su recíproco interés,no deben los propietarios vecinos sobrepasar en el ejercicio de estas facultades".Sea de ello lo que fuere,la diferencia específica entre la noción de abuso de los derechos y la cuestión de la existencia de límites materiales u objetivos,que afectan los ejercicios de los derechos,no se discute, pues por si misma es evidente.Una expresión técnica nueva se justifica únicamente cuando está destinada a traducir una nuevac noción o, por lo menos, una noción hasta entonces confundida erroneamente en límites que no eran los suyos.Estas dos hipótesis no caracterizan precisamente la idea misma de un límite material que todo derecho lleva en sí, en cuanto a su dominio y fuerza de expresión. En efecto, la doctrina individualista nunca ha sostenido que los derechos puedan ser absolutos en su ejercicio, y sólo sus adversarios han podido atribuirle semejante proposición, que equivaldría a una negación directa del derecho."

Es creible, como acepta Bonnecase, que todos los derechos son absolutos,puesto que se reducen a facultades de acción, pero, tan pronto como se trata de aplicarlos,se convierten en relativos y contingentes,pues condenados a operar a través del medio social, encuentran las facultades concurrentes y caen bajo el imperio del derecho.cuya suprema misión es limitar, conciliar y combinar las actividades contrarias.Por ello,nunca han sido absolutos los derechos síno en teoría.Basta considerar el código civil, que es expresión de la doctrina individualista,para advertir esto.

C A P I T U L O I

EJERCICIO DE UN DERECHO SIN UTILIDAD PARA SU TITULAR Y CON UN FIN EXCLUSIVAMENTE NOCIVO

EL EJERCICIO DE UN DERECHO

En esta cuestión, Bonnecase se acuerda con Josserand, en que el acto abusivo no puede confundirse con el acto cumplido sin derecho, como fuente de responsabilidad, en efecto: " Es compatible este elemento con la expresión técnica :ABUSO DE LOS DERECHOS, asi como con la consecuencia inherente a esta no - ción, que el nacimiento de una obligación de reparación ?. Por lo menos no hay duda de que parece singular, a primera vista, establecer como primer elemento del abuso de los derechos, fuente de obligaciones, el ejercicio de un derecho. No es mantenerse esencialmente en la legalidad, dar a la actividad la forma del ejercicio de un derecho ?. No es esto limitarse en el dominio de lo permitido, y escapar, por la fuerza misma de las cosas, en virtud de esta contenida actividad, a toda responsabilidad para con tercera persona ?. Por último. No es contradictorio calificar como abuso de un derecho, el ejercicio de este ?. Responde Bonnecase, La expresión técnica abuso de los derechos se justifica, al igual que el ejercicio 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. Es asi como un propietario, según el Art. 552 del código civil francés, a la facultad de construir sobre su terreno y de hacer en él excavaciones a riezgo, por repercusión, de impedir las vistas del vecino o de evitarlo de las aguas del manantial de que se beneficie. La propiedad del suelo comprende la de la superfice y la del subsuelo... El propietario puede hacer en la superfice todas las plantaciones y obras que crea convenientes, con las excepciones establecidas en el título de las servidumbres. Puede hacer en el subsuelo todas las construcciones y excavaciones que juzgue oportunas y sacar de ellas cuantos productos puedan darle, con sujeción siempre a las modificaciones establecidas en las leyes y reglamentos de minas y policía. Por tanto es innegable que un propietario al construir o al practicar excavaciones ejercita un derecho. No obstante, como sabemos, la jurisprudencia lo ha declarado responsable de las consecuencias de este ejercicio, basada en el abuso de derecho, si se prefiere, en la desviación de este ."

Por la transcripción,podemos sacar en limpio, que hay una separación entre el derecho administrativo francés que aleja y distingue la desviación de poder, concebida como extralimitación de las fronteras objetivas de una prerrogativa dada y traducida en un acto que de ningún modo puede ser considerado como ejercicio de un derecho, del Abuso del poder, consistente en el abuso reprensible e irregular que un individuo,mantenido en los límites objetivos de su derecho, hace de este derecho.Del mismo modo, se obra sin derecho, cuando se ultrapasan los límites objetivos del derecho propio,y se abusa del derecho conforme a la fórmula de Josserand,cuando manteniéndose dentro de sus limites se persigue un fin distinto del contemplado por el legislador y se desvía el propio derecho del fin normal para el cual nos fué conferido.El primero puede comprometer la responsabilidad de su autor independientemente de toda idea de perjuicio causado a otro,como en el supuesto del vecino que tortura mi campo.Por mucho que alegue éste el no haberme causado perjuicio alguno,no impedirá que hoy haga cesar por la fuerza de su actividad,poniendo de esta suerte fin a la turbación de mi posesión.El acto abusivo, considerado en sí mismo, , no es objetivamente injusto y no basta por si solo a comprometer la responsabilidad de su autor.Es, además, necesario que, por consecuencia de él, se haya ocasionado un perjuicio apreciable a otro.

AUSENCIA DE TODA UTILIDAD DERIVADA DEL EJERCICIO DEL DERECHO POR SU TITULAR

Bonnecase, interviene para manifestar, que ese elemento constitutivo ha sido tomado de la jurisprudencia en las sentencias Doerr y Savart,que han puesto de relieve,este elemento para que exista el 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 motivos de su ejercicio la ausencia de toda utilidad para su titular.Principalmente no deberán limitarse a registrar la falta de interés actual, sino preveer el futuro y examinar si el acto, desprovisto por el momento de utilidad, es suceptible de producirla en lo porvenir.

El caso de Doerr y Savart es como sigue,Consideran do,declara la Corte de Colar, que el dictamen pericial demuestra que maliciosamente el apelante, sin ninguna utilidad para él, y con el único fin de perjudicar a su vecino construyó en frente y casi contra la venta del acta, de la cual una parte se encuentra ya tapada por la nueva construcción,una falsa chimenea,que comien-

za únicamente sobre el techo, apoyada en el cabriol extremo de la pared delantera de su casa, y que priva casi totalmente la- luz que queda a esta ventana,y que el mismo apelante en sus di versas promociones persiste insistentemente se mantenga por vir tud de su derecho de propiedad;considerando que si en principio el derecho de propiedad es un derecho en cierta forma absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa,sin em - bargo,el ejercicio de este derecho,como el de todos los demás,de be tener como límite la satisfacción de un interés serio y legí- timo; que los principios de la moral y de la equidad se oponen - totalmente a que la justicia sancione una acción inspirada por - la mala voluntad,realizada bajo el imperio de una mala pasión, - que no está justificada por ninguna utilidad personal,y que cau- sa un grave perjuicio a terceros; que por tanto, reconociendo - que la propiedad del apelante está libre de toda servidumbre de vista,confirma la resolución recurrida en cuanto a la parte que decreto la demolición de la falsa chimenea.

LA INTENCION NOCIVA

Expresa Bonnecase, que se presenta este elemento como carácteristica esencial de la noción de abuso de los dere- chos,en el sentido psicológico, es decir,tal como la comprende- mos.En realidad es impotente para realizar esta noción sin los- demás elementos;pues,por ejemplo, si con el sólo fín de dañar a su vecino,un propietario realiza trabajos que, a pesar de todo, embellezcan su propiedad o aumento sus productos no podrá que - jarse de nada aquél.No es menos cierto que la intención de perju dicar ha sido el vardadero 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 pa ra su autor.

Sea de ello lo que fuere,la intención nociva debe estar absolutamente caracterizada y absorverse en la noción de do lo,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. Cuando más asimilaremos al dolo, de acuerdo con la tradición, la culpa grave, que, según la fórmula de la Corte de Casación, es equivalente al dolo.En estas condiciones admitimos lo que antiguamente se llamaba por error,doctrina de la Sala ci- vil en oposición a la CHAMBRE DE REQUETES.Pero, no incurrimos - con lo anterior en los excesos del subjetivismo y en los peligros de la investigación de la intención que se han propuesto suprimir los partidarios de la teoría objetiva al exponer esta ?. Adviér- tase, en primer lugar, que no es ésta una objeción decisiva y que

los tribunales constantemente hacen investigaciones sobre la intención.Es necesario notar, principalmente, que en materia de abuso de los derec.os, la intención nociva se materializa en forma tal, que en la mayoría de los casos aparece de modo inmediato, sin esfuerzo alguno.Felizmente puede juzgarse esto por los negocios en los que se han dictado las sentencias de principio,que instauraron em la jurisprudencia, la teoría subjetiva del abuso de los derechos".

Concluye el mentado expositor, que la noción del abuso de los derechos en su matíz psicológico, se reudce al dolo del derecho común,es decir, a la intención de dañar.Esta no debe confundirse con el motivo ilegítimo que en los primeros escaños de Josserand aparece como el cirterio definitivo ó como la piedra angular de toda la teoría del abuso.Bonnecase,por el contrario, juzga que la expresión: "Motivo ilegítimo" es particularmente imprecisa y que por esta razón amplia considerablemente el alcance del abuso de los derechos.

EL PERJUICIO OCASIONADO A OTRA PERSONA

Es evidente, dice Bonnecase, que sólo el perjuicio sufrido por una persona es suceptible de poner en movimiento una acción fundada en el abuso de los derechos.Por definición, el autor de este se mantiene dentro de los límites materiales u objetivos de sus derechos.Por tanto, aparentemente se desarrolla la vida normal de los mismos.El signo de que a pesar de lo anterior pueda existir una perturbación en las relaciones sociales, consiste, fatalmente, en la molestía o la pérdida experimentada por uno de los miembros del grupo.

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

" Una vez comprobada la existencia del abuso de los derechos, debe ordenarse, la reparación del perjuicio,y su mejor forma consistirá en destruir lo que se ha hecho en desprecio del ejercicio del derecho sanamente entendido. Añade, que la teoría, es una determinación de la acción constante y necesaria de la noción de derecho, en la elaboración del derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de estos .A imagen del enriquecimiento sin causa,estimamos que la teoría del abuso de los derechos es una manifestación de la noción de derecho,operando en una forma directa e inmediata, como fuente de derecho positivo, más allá de los textos legales o en defecto de ellos."

Bonnecase admite la posibilidad del abuso de los derechos, en los derechos no definidos por la ley y confundidos en la noción de libertad.Sin embargo, Ripert, no admite la posibilidad de abuso, en ciertos derechos,de motivación exclusivamen

te personal en su ejercicio,como el conferido a los ascendientes de oponerse al casamiento de sus hijos.Bonnecase juzga,que en estos casos no hay abuso,por faltar ciertas requisitorias necesarias para perpetrarse el abuso de los derechos.

La forma material de Bonnecase,reviste el criterio del uso anormal del derecho relacionado con la violación de los límites materiales del mismo, que tuvo su primera aplicación en los límites del derecho de propiedad, cita toda la jurisprudencia en lo que se refiera a la humareda,ruídos molestos, etc.Entiende Bonnecase que una expresión técnica nueva está destinada a traducir una noción nueva.Su posición es esencialmente subjetiva y se limita a la técnica, sin abordar ampliamente el problema del fundamento ontológico,aunque en el Número 237 lo insinúa,al expresar que es la noción de derecho, en la elaboración del derecho positivo,mas allá de los textos de la ley o en su defecto acepta con reservas, que sea una noción moral,fecundando la matería jurídica.Y finalmente añora la posibilidad que el derecho positivo señale a cada derecho su contenido teleológico, en cusyo caso dice no bastará para defenderse probar que obró con o sin dolo,síno que se obró por un fin legítimo.Aunque desvíe el derecho del fin para el cual el legislador se lo concedió comprometerá su responsabilidad.Embarcado en esta posición finalista, parece sin embargo retroceder, considerando las posibles dificultades del contralor judicial para deslindar el motivo legítimo.

Por lo mismo, sus apreciaciones las fundamenta, en los principios determinados ya en otra ocasión por Josserand, y por eso es, que descarta la materialidad, para apegar su tesis al criterio psicológico y final sostenido por el francés Jossernad con emporio de argumentos.

T I T U L O V

CRITERIOS ADVERSOS A LA TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

Unicamente capitalizaremos los más connotados argumentos de los autores de más resonancia,para luego extrac tar nuestra afición.

C A P I T U L O I

DUGUIT Y SU PRETENDIDO CORRECTIVO

LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO Y LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

El Tribunal de Colmar decidió, por una sentencia ya antigua, de 2 de mayo de 1855 que si es un principio que el derecho de propiedad es un derecho en cierto modo absoluto,que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa, sin embargo, el ejercicio de este derecho, como el de cualquier otro,debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.

Los civilistas clásicos han sostenido enérgicamente el principio de que la propiedad es un derecho absoluto y han criticado esas decisiones.Monsieur Baudry Lacantinerie,quién nos dice: "Construyendo un muro en mi terreno libre de toda servidumbre,suprimo la vista que la casa de mi vecino tiene hacía el campo; no debo indemnización alguna,porque no hago más que usar de mi derecho: Neminem laedit qui suo jure utitur."

Otras, no sin vacilaciones, han aceptado la idea de una limitación al derecho de propiedad.Pero limitar el derecho de propiedad fuera de las servidumbres de utilidad pública.Era inevitable, porque, por una parte,se afirma que la propiedad es el derecho discrecional de gozar y de disponer de una cosa,y,por otra parte, se afirma que este derecho discrecional tiene un límite.Por lo demás, para explicar las decisiones de la jurisprudencia, que se imponen como la expresión evidente del derecho actual,no basta decir que el derecho de propiedad es limitado.Si en efecto, el derecho de propiedad no fuera más que limitado,resultaría para el propietario tan sólo la obligación de abstenerse de ciertos actos con relación a su cosa.Ahora bien; no es solamente una abstención la que se le impone, sino también obligaciones activas.Debe por emplo, tomar ciertas precauciones, y si sólo las ha tomado, es responsable.La sentencia de un tribunal francés se compadece con la limitación de la propiedad cuando resuelve: "Considerando, se dice en ella, que un industrial que, al explotar su fábrica, causa a los vecinos un perjuicio que excede la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad,incurre en cul-

pa si prescinde de las precauciones que debe tomar para prevenir esos inconvenientes;de donde se deduce que decidiendo lo contrario,la sentencia dictada ha violado el Art. 1382".

Estas contradicciones y estas dificultades se ha creido evitarlas construyendo una teoría seductora a primera vista,que todavía tiene un gran crédito, que en los códigos civiles Alemán y Suizo está consagrada expresamente en un artículo y que ha sido en Francias objeto de estudios profundos,principalmente de Saleilles,Josserand, Ferron y Ripert.En el código civil Alemán hay un artículo concebido en la forma siguiente: "El ejercicio de un derecho no está permitido cuando no puede tener otro fin que el causar daño a otro. "El Código suizo de las obligaciones dice: " Quién abusa evidentemente de su derecho, no goza de ninguna protección legal." Admiro el esfuerzo hecho por mis sabios colegas para construir esta teoría del abuso del derecho.Pero no pueden lograr su objeto,porque descansan en una contradicción. Decir que el ejercicio abusivo de un derecho no está permitido, o también que el que abusa evidentemente de su derecho no goza de ninguna protección legal, es decir simplemente que se hace lo que no se tiene derecho a hacer, que se excede de las prerrogativas que entraña tal o cual derecho.Y esto no es nada nuevo.La teoría del abuso del derecho no contiene en si misma nada de espedífico.No diré con Monsieur Planiol que la fórmula uso abusivo de los derechos "es una logomaquía";pero como él estimó que si hay derecho,este cesa donde el abuso comienza.Agrego que esta teoría,o al menos esta fórmula, el abuso del derecho,se explica por las circunstancias.

Ha sido un procedimiento inventado por los juristas para salvar las consecuencias que proceden lógicamente del carácter absoluto del derecho de propiedad y mantener al mismo tiempo ese carácter.Por eso es por lo que esta teoría del abuso del derecho no ha logrado verdadera aplicación más que para el derecho de propiedad.El mismo procedimiento se ha empleado con gran éxito,es verdad,para someter a la intervención judicial los actos discrecionales de la administración. El <u>imperium</u> administrativo, considerado como absoluto, justifica todo acto administrativo realizado según las formas prescritas por el funcionario competente para ello, sea cual fuere el fin en vista del cual lo realice.Con gran habilidad, el Consejo de Estado (Francés) ha introducido la noción de desviación de poder.Después, poco a poco,esta noción se confunde con la de exceso de poder, que es idéntica.El funcionario se excede tambien en sus poderes tanto como cuando realiza un acto que es, en la forma, de su competencia,pero con un fin distinto del que la ley tenía presente.La desviación de poder y el abuso

del derecho han sido los procedimientos inventados para reaccionar contra las consecuencias del carácter absoluto atribuido al imperium y al dominium. Se ha llegado a reconocer que la desviación de poder es idéntica al exceso de poder, debe reconocerse que abusará del derecho de propiedad o excederse de los límites del derecho de propiedad, son idéntica la misma cosa. He aquí por qué la teoría del abuso del derecho no resuelve en modo alguno el problema de la responsabilidad del propietario, y por qué los partidarios de esta teoría están desorientados como los que dicen simplemente que el derecho de propiedad tiene en sí mismo sus límites.

La fórmula del abuso del derecho, que parece ser la más precisa, es la dada por Monsieru Ripert, y por Ferron. Según estos autores, el abuso comenzaría cuando un individúo, merced al desenvolvimiento excesivo, anormal de su actividad, de su libertad o de su propiedad, estorba el desenvolvimiento normal de la libertad o de la propiedad de otro. Finalmente, el abuso de un derecho sería el ejercicio anormal de ese derecho. Queda por determinar lo que es el ejercicio normal y lo que es el ejercicio anormal de un derecho en general y especialmente del derecho de propiedad. Evidentemente, no es cosa fácil, o mejor dicho, es imposible. La idea de lo normal y de lo anormal en sociología, a pesar de la autoridad de Monsieur Durkheine, que tan vivamente la ha defendido no puede conducir a nada. Según el eminente sociólogo, sería normal todo hecho comprendido en el promedio de los hechos sociales, pero quedan por determinar las bases para el establecimiento de este promedio y esto es seguramente imposible; lo sería, sobre todo, para el modo del goce de riquezas. Citas de Leon Duguit. Obra. Las transofrmaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleon.

Por las citas, Leon Duguit, es un enemigo declarado del concepto subjetivo del derecho, entiende que la doctrina del abuso del derecho es un pretendido correctivo de este sistema, y que no puede tener cabida en su construcción objetiva del derecho, netamente positivista. Los que incurren en contradicción son aquellos juristas que aceptan la posición filosófica de Duguit y al mismo tiempo el abuso del derecho, con un fuerte matiz subjetivo, y es extraño que un pensador de la talla de Josserand y otros no se haya percatado de ello, a pesar de señalar expresamente la divergencia.

LA LOGOMAQUIA JURIDICA DE PLANIOL

LA INTENCION MALVADA

Veamos literalmente las expresiones de Marcelo Planiol,acerca del abuso de los derechos: "Es indiscutible que existe casos en que el daño voluntariamente ocasionado a otra persona no produce para su autor ninguna responsabilidad. Y asi es, normalmente, cuando éste obra en el ejercicio de un derecho; pero, siempre se ha admitido que, aun en esas circunstancias, cabía, dentro de tales o cuales condiciones,la responsabilidad por el daño.

"La impresición de esta frase forzosamente tenía que llevar a no fijar como límites de esa teoría los actos realizados por espíritu de malevolencia.Podría servir de expediente para rectificar cualquier acto antijurídico.Todo acto humano no se realiza en cumplimiento de un derecho, aun cuando sólo se trate del derecho a moverse, actuar, defender los propios intereses ?. Capitant al referirse a los derechos definidos,sea expresado: Se ha dicho, como es sabido, que solamente pueden calificarse como derechos subjetivos los derechos definidos y no asi las facultades generales y aún solo los derechos patrimoniales,excluyéndose las facultades que se encuentran en el derecho de familia y que existen no en interés de su titular, sino de las personas sometidas a este ". No cabe duda, que existen diferencias entre esos distintos poderes;que solamente se pueden usar la expresión derechos subjetivos cuando una persona,obstaculizado su interés por el interés ajeno,tiene jurídicamente facultades para imponer el triunfo del suyo.El ámbito de la noción de abuso de los derechos se restringe con la limitación de los derechos; pero, la cuestión del cóntról de los tribunales sobre la existencia del abuso se plantea igualmente cuando a esas facultades y poderes familiares, o carecen de todo valor o, si tienen alguno, pueden usarse siempre que no se abuse de ellos, más aún, precisamente con ocasión del empleo de esos poderes con una finalidad de interés personal, es cuando la expresión uso abusivo es más aceptable.Por tanto, todo acto reprochable, aun cuando no sea inspirado en el espíritu de malevolencia puede calificarse de abuso de un derecho y, si no se ha llegado a tanto, es debido a que no hace falta en cuanto a los actos culposos clásicos y bien definidos.Pero se ha hecho a fin de justificar la condena de actos que se relacionan con el ejercicio de un derecho definido y que hasta ese momento habían sido tolerados.La expresión abuso de los derechos concreta y apoya eficazmente una tenencia a la extensión de los casos de responsabilidad por la disminución del alcance de esos derechos subjetivos.

Esa concepción debe rechazarse. Nadie ha pretendido nunca que los derechos subjetivos, definidos o no, sean ilimitados, síno, al contrario, son limitados evidentemente por los derechos de los demás. Hablar, por tanto, de abuso de los derechos, es enunciar una forma INUTIL Y AUN INCURRIR EN UNA LOGOMAQUIA, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho. Por otra parte, no se ha llegado a fijar un criterio práctico del abuso de los derechos entendido en estos términos. El mejor que se ha propuesto, consistente en que hay abuso del derecho cuando se hace uso anormal de éste, atendidas las concepciones y necesidades del medio y la época, no es más que una fórmula sin gran valor práctico y, en definitiva, es la misma lograda al tratar de definir el carácter ilícito, como condición de la culpa. Sin duda alguna, cuando dos intereses chocan, mereciendo igual protección del derecho y siendo imposible su conciliación, hay que decidir cual de ellos debe prevalecer. Caso típico de ellos es la inclusión en una lista negra, que viola el principio de la libertad del comercio y de la industria, o el del derecho del propietario para efectuar en su casa cuanto le plazca y que choca con el derecho de los propietarios colindantes de obtener de su propiedad frutos y beneficios".

En mi concepto, creo, que Planiol, ha dado un vuelco definitivo a la teoría. No es concebible, ni aún en pura lógica jurídica, lo que han apellidado los juristas de "Abuso de los derechos". Claro y científico es sostener, que los derechos nunca han sido ilimitados, siempre han tenido una órbita de sustentación, y todo lo realizado dentro de este marco, a nadie se le ha ocurrido, que está abusando de los derechos, antes por el contrario, obra conforme el derecho. El propietario que actúa, en sus prerrogativas de ejercicio del derecho de propiedad, permaneciendo en la linea divisoria fijada, está obrando de acuerdo con el derecho, sería contra jus, cuando un acto emanado del propietario, tiene por fin perjudicar al vecino, comprometiendo la responsabilidad, caso en el cual, es consecuencial la indemnización del perjuicio, no por abuso de las prerrogativas del propietario, síno por-que ha surgido culpa lisa y llanamente, bases de la responsabilidad civil.

DECLARACIONES DE BUFNOIR

Siguiendo a Guillouard,"Vir bonus dicendid ad docendid peritus",es decir la cadena poderosa de jurisconsultos, que ejercieron violenta influencia sobre Saleilles,Bartin,Deschamps, Deslandres, De Piller,De Timbal,etc., que de nuevo estas apreciaciones,de estos eminentes juristas encontraron un campo abonado en Bufnoir,de quien a decir de otros autores,se conserva el juicio preñado de dudas que emitió acerda de la jurisprudencia favorable a la admisión del ejercicio abusivo de los derechos.

Dice Bufnoir,"que el hecho perjudicial no constituye delito cuando resulta del ejercicio de un derecho de quién lo cumple.Asi, por ejemplo, el acreedor que en un momento intempestivo embarga a su deudor, de tal suerte que, por su consecuencia,le ocasiona considerable daño, no comete delito, siquiera el perjuicio particular resultante del momento elegido haya sido intencional y le haya sido posible accionar en condiciones distintas, sin comprometer sus propios intereses.Quiero suponer que,estos actos hayan sido cumplidos sin evidente utilidad para su autor.Poco importa.Este ha hecho uso de un derecho que la ley le reconoce.No puede decirse que ellos sean ilícitos."

El disfavor, que Bufnoir le dá a la tesis del abuso de los derechos,la explica en la forma siguiente:

"Si empero, el principio es cierto, harto dificil resulta saber hasta dónde pueden llevarse sus consecuencias.Podría por ejemplo, aplicárselo al uso abusivo del derecho de propiedad.Asi, en el caso del propietario que haciendo excavaciones en su fundo capta una veta de agua que brotaba en el predio del vecino, nada podría reprochársele, desde que habría perseguido un fin confesable,entendido por tal, no sólo un fin de utilidad pecuniaria, síno también un fin de puro placer.Podría ocurrir, sin embargo, que él no hiciese uso alguno de las aguas y que no hubiese captado su fuente si por pura malevolencia.Nuestro antiguo derecho no admitía que el respeto debido a la propiedad pudiese ir hasta tolerar semejantes procedimientos y aplicaba el adagio :MALITIS NON EST INDULGENDUM.La sjurisprudencias de nuestros días, sin ir tan lejos como nuestros autores,propenden a la aplicación de esta misma idea.Cuando el propietario solo se ha propuesto inflingir una pura vejación a otro, ella se inclina de buen grado a juzgarlo como delito, en el sentido del Art. 1382.

"Por respetable que sea su objeto,me parece harto delicada en su aplicación esta jurisprudencia,porque no se ve con claridad cómo sería jurídicamente posible delimitar lo que esta permitido al propietario de lo que le está prohibido,ni dónde co-

vienza

"Habría de establecerse, en principio, que cualquiera facultad comprendida en el derecho de propiedad, podrá devenir como objeto de un delito civil, cuando se la ejerza con el único propósito de perjudicar y sin provecho para su titular ?.Si así fuese, los derechos comprendidos en el dominio no tendrían legitimidad, como partes de un conjunto que, por su materialidad, constituye el contenido del derecho; y no pudiendo ser válidamente ejercidos sin una causa legítima extraña al dominio, consistente en la intención o el móvil del titular, no se justificaráin síno por su objeto.

"No bastando el dominio a cohonestar el ejercicio de las facultades en él inclusas,no sería síno una causa jurídica objeto que se persigue.Si se dijese que sólo algunas facultades pueden prestarse a un uso abusivo,habría que preguntar. ¿Cómo distinguirlas de las otras ?. Habría, pues, en un derecho, facultades principales y esenciales que lo constituyen y que pueden ser ejercidas por su titular sin dar razón de su objeto, y facultades accesorias sujetas en su ejercicio a la justificación de un fin legítimo.Equivaldría esto a introducir en el ejercicio de las facultades constitutivas de un derecho real una idea análoga a la concepción de la causa,tal como ella existe cuando se trata de crear una obligación.La autonomía de la voluntad no basta para que la voluntad se vincule por si misma.De idéntico modo, la autonomía del dominio no bastaría para justificar el uso absoluto de la cosa sobre que recae.Sería necesario que todos los actos que constituyen el uso o algunos de ellos al menos, tuviesen una causa legítima, aceptada por la ley.No veo que nuestra teoría del dominio pueda justificar ninguna concepción de este género.Por la admisión de las servidumbres legales y administrativas, la ley ha determinado en que medida un propietario,según la cosa que constituye el objeto de su derecho,puede usar de su propiedad, y acaso pueda decirse que le está permitido todo lo que no está prohibido."

BIBILONI Y EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS DEL CODIGO ARGENTINO

La regla sugerida por el autor del anteproyecto de reformas del código civil argentino, en sustitución del Art. 1071, que contiene para algunos expositores,un principio de verdad y para otros, una bufonada irónica al ejercicio de los derechos: La norma hállase asi concebida "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a terceros."

Analizando un poco más la definición expuesta,interpretan que los límites legales a que se refiere son los establecidos por el texto de la ley.Esta tiene por función definir los derechos entendiendo los derechos subjetivos, o sea, a aquellos

BIBLIOTECA PASTO-COLOMBIA

que sólo existen en relación de quien, por efecto de hechos pre-
cisos, ha obtenido un poder sobre personas o cosas determinadas,
y que sólo a él competen, asi como "Establecer su naturaleza,sus
límites"

Parte Bibiloni del concepto de que es la ley la -
que delimita el contenido y la extensión de las prerrogativas indi
viduales de los derechos subjetivos, y, por ende, de las faculta-
des jurídicas.Para esto tiene en cuenta las valoraciones que esti
ma dignas de que prevalezcan.La ley consulta el derecho individual
y las exigencias sociales: "asegura su ejercicio en cuanto se ajus
ta a sus preceptos, y, dentro de los límites que establece,el poder
del individuo se mueve libremente.El que los usa, usa de lo suyo.
A nadie perjudica.Todos deben respetar el derecho ajeno, aunque
lastime su interés o sus convenniencias .

Concluye Bibiloni,que una sociedad moderna no pue-
de regirse por él.El juez es sólo el interprete de la ley, y ésta,
que es, estable, conocida de antemano, que permite ajustar los ac
tos a sus disposiciones, no puede ser derogada por el arbitrio per
sonal del juez.Se considera, pues, la seguridad jurídica como an-
titética con la justicia individualizada que se alcanza a travez
de esa teleología social y económica que tras consigo el referido
principio.La suficiencia de la ley es,por ende, otro de los postu
lados de los cuales se parte: el legislador, al acoger una solu -
ción, pesa todos los intereses individuales y sociales:la evolución
y la transformación que luego acaezca no puede tener una consecuen
cia adversa a esa indispensable seguridad jurídica que emana de la
certeza de la ley que es lo ideal en una nomocracia.

A parte de estas determinaciones halagadoras sobre
la teoría, ha sido muy criticada, exponiendo que toda la base de
la crítica al principio del abuso de los derechos radica en dos
ordenes de consideraciones:

1º.La suficiencia del precepto jurídico para pre-
veer todas las condiciones y requisitos del ejercicio de los de-
rechos y la imposiblidad de configurar el abuso de los derechos.

2).La concretigación de las valoraciones económi-
cas y sociales en tales normas, según lo ha entendido el legisla-
dor,a lo cual ha de ceñirse el juez, sin apartarse de los límites
objetivos señalados por la ley, para no caer en lo arbitrario,
sembrando a manos llenas la inseguridad jurídica.

Otros expositores fundan su crítica,en la falta
de rigor lógico,por su admisión, se ha de legitimar el ejercicio
de esos [illegible] allá de los límites fijados por la buena fé
o [illegible] han sido conferidos,aunque de ello

venga detrimento a otro,sin interés digno de protección para su titular.Afiliada esta doctrina al adagio Neminem laedit qui suo jure utitur,interpretado con el rigor de un silogismo,conduce como lo han hecho notar Colin y Capitant,al absurdo de negar el principio de la responsabilidad civil por el daño ocasionado en cumplimiento de un acto no prohibido por la ley,aun cuando al ejecutarlo hubiese su titular procedido con negligencia o con el objeto exclusivo de perjudicar a otro.

La reforma propuesta por Bibiloni no invoca el orden jurídico anterior.La doctrina de la limitación objetiva,por prohibición de la ley, de los derechos subjetivos,ha sido en más de una ocasión invocada por la Corte Suprema de Argentina,no para resolver los problemas planteados por el ejercicio abusivo de los derechos que para esto no serviría síno para justificar la ingerencia del Estado en el policitamiento de los derechos garantizados en su ejercicio por la costitución.

Lo anterior, nos hacen pensar en la inadmisibilidad de la teoría del abuso,basado única y exclusivamente en la autosuficiencia de la norma,que nunca ha cumplido su fin imperioso en la sociedad, por la variabilidad del ente social frente a la evolución de los tiempos.

LA DOCTRINA DE DEMOLOMBE Y ESMEIN

Demolombe, despues de estudiar las decisiones de los derechos subjetivos, llega a tres puntos conclusionales acerca de la teoría del abuso de los derechos: "1o.Que circunscrito el dominio por límites,en cierto modo materiales, dentro de los cuales puede el propietario ejercer, de modo absoluto,su derecho, no es admisible la investigación de sus móviles,y por tanto que pueda incurrir en su abuso.

"2o.que, fuera de las restricciones impuestas por las servidumbres legales al dominio, y no obstante lo absoluto de este derecho,se conciben otras derivadas del orden público y de su existencia con derechos análogos de terceros, dentro de la sociedad, y

"3o.que,la reparación debida por el propietario por haber atacado, en el ejercicio de su dominio, el derecho de propiedad del perjudicado, se funda en los Arts. 1382 y 1383 del código civil francés."

Demolombe distingue entre los límites objetivos del derecho y el acto emulativo,adoptando el primero y rechazando el segundo,por considerarlo exclusivamente del dominio de la moral& parte del derecho de propiedad y de su inde- pendencia del propietario al ejercerlo,aunque

reconoce otras restricciones objetivas además de las llamadas servidumbres legales.

Smein, opina lo mismo que Demolombe, en su critica a la tesis del abuso de los derechos, hace una confusión del derecho con la moral y llega a concluir que el abuso del derecho, no es otra cosa que una especie de culpa intencional, rechazando asi, la simple negligencia concebida por los Hnos. Mazeaud.

LA DOCTRINA DE MARTIN Y BARDE

Luis de Gásperi, nos trae el siguiente informe sobre los autores Martín y Barde asi: "En el informe presentado a la primera subcomisión de la Comisión revisoria del código suizo, juzga Martín, de inadmisible y de superflua la doctrina que nos ocupa. Lo primero por el absurdo señalado por Planiol, y porque la aspiración de socializar y de moralizar el derecho constituye un peligro para el orden público. Lo segundo, porque todos los casos presentados por la jurisprudencia pueden ser resueltos de idéntica manera por la simple aplicación de los principios generales de la responsabilidad.

Sin desconocer que puede haber abuso en la conducta de los hombres, niega Barde que pueda haberlo en el ejercicio de sus derechos, y repitiendo una frase de Esmein, considera que, en tanto ellos se mantengan en los límites de sus facultades, a caso podrían incurrir en culpa moral, pero no en culpa jurídica.".

T I T U L O VI

CRITERIO LEGAL DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

SISTEMA SEGUIDO POR NUESTRO CODIGO CIVIL

Una vez expuestas las doctrinas que,con motivo a la apreciación del abuso de los derechos han bosquejado los múltiples juristas, todas ellas matizadas de criterios varios;compenetrémonos en nuestro código civil y delimitemos la función - de nuestro sistema civil, como medio de causalidad en la teoría del abuso de los derechos.

No obstante de no existir una reglamentación general, que venga a compaginar con su andamiage civilista,es factible interpretar, que en varios de los artículos previstos en nuestro código civil, han expresado los autores colombianos y extranjeros, tener salidad, por los senderos del abuso de los derechos; en estos casos el intérprete puede herrar más, ya que, apegado a varios sentimientos puede determinar la búsqueda de fárragos incontrovertibles y hasta resueltos por otra doctrina en la aplicación a la teoría que comentamos.Sin temor de caer, tal vez, en alguna contradicción,vamos a estudiar el criterio seguido por el código civil colombiano, y más que todo, la aplicación de este argumento.

Hernan Salamanca,comentado el abuso del derecho frente a la legislación nacional, nos ha dicho: "En la legislación colombiana no está consagrada en fórmulas positivas la teoría del abuso del derecho.Lo que hasta hoy existe en esta materia en el derecho nacional es producto de la estructuración de la teoría jurídica sobre los principios generales consignados - en el código civil y que imponen la obligación de reparar todo- daño que pueda imputarse a malicia o negligencia,es decir,la aplicación al ejercicio del derecho, como cualquier otra clase de actividades, de las nociones técnicas de la culpa en que está cimentado el régimen legal de la responsabilidad civil."

Igualmente, el profesor Argentino A.Spota,al referirse a la ausencia de principios legislativos en nuestra legislación, nos informa: "El problema planteado en el código civil francés es el que surge en otras legislaciones que han seguido a este, aparte de la que terminamos de recordar.En otros términos: ¿Ante la ausencia de un texto expreso cabe considerar admisible la teoría del abuso de los derechos ?.De entre ellas considera- mos las legislaciones chilena,uruguaya,boliviana, etc., y con - respecto al derecho colombiano cabe señalar que nuevos textos constitucionales se inclinan decididamente hacía el funcionalismo social,en particular con referencia al derecho de propiedad, al ejercicio de la actividad industrial y al movimiento asocia

cionista civil o mercantil. Y, en el ámbito de los deberes paterno familiares, la legislación innovatoria del código civil colombiano evidencia el carácter de prerrogativa función que posee la patria potestad".

C A P I T U L O I

A P L I C A C I O N E S

LOS DERECHOS DE FAMILIA

La legislación colombiana no formula expresamente las reglas que le dan fisonomía específica a la teoría del abuso, que tanto se ha discutido. En los derechos de familia, que han apellidado así los partidarios del abuso, creo y sostengo no incidir la teoría, porque, las cuestiones de familia, son normas prohibitivas sancionadas por la ley y no por el derecho. Igualmente, los derechos de familia, no son verdaderos derechos, síno, simples obligaciones morales, deberes jurídicos, que tenemos que actarlos y obedecerlos. La misma ley se encarga de sancionar, en caso de que no haya cumplimiento de un deber de familia, ya produciéndose el desheredamiento, la privación de alimentos, o con cualquier otra medida consagrada por el código civil de policía.

LA POTESTAD MARITAL Y EL DEBER DE ALIMENTOS

El Art. 177 del código civil, declara: "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer". A su vez, el Art. 178 se expresa: "El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a dondequiera que traslade su residencia. Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer. La mujer por su parte tiene derecho a que el marido la reciba en su casa". Igualmente el Art. 179 nos dice: "El marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes." Todas estas disposiciones han sido apellidadas por los comentaristas como "deberes de cohabitación y de la prestación de alimentos", que no son obligaciones del todo absolutas sino que estan restringidas: pues hay medidas judiciales cautelares encaminadas a proteger en caso de extralimitación de estos deberes legales: El matrimonio, há sido una institución civil para que el cónyuge actúe en el sentido de lo querido por el legislador, o sea, para constituir o reconstituir el hogar, para alcanzar aquella vida plena que toda convivencia conyugal implica. Si se solicita al juez tomar medidas precautelativas, pero siendo insincero el marido y recurriendo al ejercicio de su derecho con

un fin contrario al de la institución del matrimonio, por ejemplo, obteniendo carta de naturaleza a la negativa de prestar alimentos- a su conyuge pobre,entonces ya no se utiliza y se usa un derecho,+ sino que Josserand y con él otros expositores, han manifestado la- existencia de la inventiba del abuso de los derechos.He aquí la - disyuntiva creada, y que, a nuestro código civil le hacen expresar.

En lo que respecta a la obligación alimentaria, del cónyuge, no cesa este derecho, aun cuando se coliga la regla - del Art. 166, que en su contexto expone: "El marido que ha dado - causa al divorcio conserva la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de la mujer divorciada,y el juez fijará la- cantidad y forma de la contribución, atendidas las circunstancias- de ambos".

El deber de asistencia de su cónyuge emana del - vínculo matrimonial.Por ello, si bien se aminora en caso de divor- cio no vincular (que es el admitido por nuestro código) no desapa- rece.De ahí que aún el esposo culpable del divorcio tiene la obli- gación de alimentar a su consorte en la medida de lo preciso para su decente subsistencia.Pero aún en este caso, no podría invocarse tal derecho si se lo ejerce fuera del plano de lo normal, o sea pa- ra subvenir a esas necesidades apremiantes, pero también con el - propósito de desvirtuar ese derecho, llevando una vida inmoral, - violatoria del deber de fidelidad, deber que el divorcio elimina.- Sin embargo, quien vive en concubinato, cometiendo adulterio, aún- quién viola el deber de fidelidad, no puede exigir que el otro es- poso le preste alimentos.Hay causa torpe, y claro es el aforismo - del derecho Romano:"Nemo auditur propiam turpidudinem allegans" El legislador debe negar la acción a quíen invoca su propia torpeza. Y tal es la situación que comentamos, hay una extralimitación al - deber de fidelidad, que ha vedado las leyes positivas.

No es suficiente que la ley reconozca algún dere- cho, es necesario, que para su efectividad, conlleve la sanción.A- sí en nuestro código de Policía, existen claras disposiciones, para emplear la fuerza pública, para obligar a la mujer a vivir con su marido.

Si la esposa está obligada a vivir con su marido donde quiera que éste fije su residencia, teniendo facultad el es- poso de negarle el deber de alimentos si aquélla falta a su deber. El Art. 414 claramente lo dice: .."especialmente cuando el alimen- tario se haya hecho culpable de injuria grave contra la persona que le debía alimentos".No ha de olvidarse, sin embargo, que este dere- cho no puede ser ejercido en forma contraria a las reglas de la - buena fé o a la naturaleza de la institución, ni más allá del in- terés en vista del cual ha sido conferido.La obligación alimenta - cia,ha sido otorgada no para satisfacer un interés personal, síno-

que está intermedia la misma sociedad.Nos parece, un poco esquiva
la frase, que usa terminantemente Josserand, cuando al referirse-
a este tópico, nos dice: "Un espíritu altruista, cuando se mani -
fiesta que el esposo no puede ejercer tal derecho a su arbitrio, c´
cómo y cuando se le ocurra, ya que la facultad de negarse a darle
alimentos no es un castigo síno un medio o un instrumento puesto-
al servicio de la institución"&

La ley quiere que la reconstitución de la vida -
en común, la realidad de los romanos "Omnis vitae divini et huma-
ni..." sea puesta en práctica; el cónyuge que lo pretende, ejerce
un derecho amparado por todo el fin de aquella institución de or-
den público que es el matrimonio.No obstante, cuando ese fin no -
se quiere, cuando se ejerce el derecho fuera del plano de la ins-
titución del matrimonio, desviando su utilización y persiguiendo,
en el caso, el único propósito de no cargar con la prestación de-
alimentos, entonces ya no se ejerce un derecho,se viola la obliga
ción que la contiene,No se trata tampoco de la tal teoría del abu
so de los derechos, síno más bien, de violación de obligaciones -
morales prohibidas por la norma legal.

LA PATRIA POTESTAD

En lo relativo a la patria potestad, encontramos,
igualmente principios emanados de nuestro código civil que dan mar-
gen para configurar la tesis que hemos venido sosteniendo: Art.288
del c.c., reformado por la Ley 45 de 1936. Art. 13:"La patría potes
tad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres so-
bre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumpli-
miento de los deberes que su calidad les impone...Ejerce estos de-
rechos respecto de hijos legítimos, el padre y a falta de éste,por
cualquier causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres
y no pase a otras nupcias.Los hijos no emancipados son hijos de fa
milia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de -
familia."

A estas obligaciones surgidas por el derecho de-
ser padre, Josserand, los ha llamado derechos incausados ò absolu-
tos y por lo mismo,insuceptibles de abuso; en esta parte, el pro -
fesor francés, creo, haya pronunciado una verdad, porque es real -
mente obvio, de que se trata de deberes jurídicos, no suceptibles-
de abuso.

El incumplimiento de los deberes que impone la -
patría potestad, producen ciertas sanciones, para el padre promo -
tor, asi tenemos la del No. 2o. del Art. 315,que se puede pedir la
emancipación judicial, cuando el padre ha abandonado al hijo.El -
Art.154 Numeral 4º, en la que se refiere a las causas de divorcio,
nos expresa: "por el absoluto abandono en la mujer de los deberes

de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y padre."

De Los textos narrados de nuestro código civil, en ninguna parte, se ha encontrado disposición, que en los derechos familiares se dé cabida a la absurda teoría del abuso de los derechos. En este punto, Josserand, si fué muy claro, ocultó su teoría teleológica y no admitió la tesis del abuso de los derechos.

LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Cuando estudiamos la tendencia funcional, hicimos un recorrido de los derechos patrimoniales, ahora nos referiremos, en lo que respecta a nuestra legislación civil.

En el derecho clásico, lo que caracteriza los derechos del propietario, es una concepción individualista, que través el correr de los siglos, dió margen a la civilización occidental, y apenas ahora empiezan a resentirse ante el empuje incontestable de formas, hechos e ideas incompatibles con ellos.De todos modos, el derecho de dominio, tal como se entiende en nuestro código civil y en muchos otros, es legado auténtico del derecho justinianeo.El dominium, como se llamaba en el Derecho Romano,estaba subsumido como la mayor suma de poderes de que podía disponer una persona,como la cifra y síntesis de todos los derechos.Se le regulaba, como ya lo expresamos, con el triple sentido de absoluto, exclusivo y perpetuo, buscando la máxima perfección, la mayor unidad y la más pura simplicidad.Y así se obtuvo tradicionalmente la "Plena in re potestas, quatenus in ejus agitur".

Cuando el imperio cedió al ímpetu de los bárbaros, fué este criterio el que paso al mundo.La nueva civilización se inspiraba en bases muy dificiles; la edad media que por entonces se perfilaba, soportó un nuevo criterio en la manera de comportarse los valores económicos y sociales y por consiguiente el cambio jurídico prospectado y disentido del derecho romano; produjose entonces, la concepción doctrinaria del dominio útil y el dominio directo: el propietario, cuyas ocupaciones militares y políticas no le permitían la explotación adecuada de sus inmensos territorios, hubo de arbitrarse un medio que le permitiera, a pesar de ello, conservarlos, y asi, cedió su facultad de goce material a otros, a cambio de ciertas prestaciones y privilegios.Eso trajo consigo que la posición del hombre frente a la propiedad territorial, viniese a convertirse en carácter distintivo de clase: el dominio directo competía a los señores vasallos, sus subordinados, el útil. En este, sentido raíz tomó un contenido nobiliario, relativamente a la titularidad del Jus abutendi, como primordial manifestación del dominio directo.

Estos factores económicos incidieron notoriamente en el proceso social del siglo XIX.Enormes masas de población paupérrima, hacinadas en las ciudades,sufrían los horrores de una fingida libertad, que más parecía un instrumento de opresión, al servicio de una clase.El capitalista, redivivo señor feudal de la época, hacía cada vez más dura la situación de las clases desposeidas, ante la mira impasible del Estado Gendarme.Por doquiera se observaba signos de malestar e inseguridad y cada vez eran más frecuentes y graves desórdenes y motines.

Posteriormente una afianzada corriente,animada de un profundo sentido de solidaridad social y de simpatía humana, se extendió pronto en los campos del derecho, de la economía, del arte.Y se hizo patente la necesidad de una revisión fundamental en cuanto a la posición del individuo frente a la sociedad, y a su personificación en el Estado.La lucha entre lo social y lo individual, se planteó abiertamente, y fué en el campo de la propiedad privada, como elemento primordial de la producción, donde hubo de efectuarse el primer hacinamiento en defensa del orden social.

A Leon Duguit, bien conocido desde comienzos de la presente centuria, se debe el esfuerzo fundamental para dar al derecho de dominio un contenido congruente con la realidad social imperante.El mencionado profesor desarrollando los postulados del Positivismo Francés Augusto Compte, hizo una severa crítica a los sistemas políticos reinantes, y propugnó una concepción del estado diametralmente opuesta a la del liberalismo clásico: "El hombre no tiene derecho.La colectividad, menos todavía.Pero todo individuo tiene en la sociedad cierta tarea que desempeñar, cierta labor que cumplir... y, por consiguiente, tiene el deber social de cumplirla, el deber de desarrollar hasta donde sea posible su individualidad para desempeñar esa función de la mejor manera, y nadie puede poner trabas a su libre desarrollo...Pero el hombre no tiene la facultad de permanecer inactivo, de entrabar su propio desarrollo; no tiene derecho a la actividad, a la pereza.Los gobiernos pueden intervenir para imponerle el trabajo ..." Leon Duguit. "Las transformaciones generales del derecho Privado".

El Art. 669 de nuestro código civil reza: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente,no siendo contra ley o contra derecho ajeno"...El Dr. Miguel Arteaga en sus conferencias sobre PROPIEDAD, descompone al comentar este artículo en dos posiciones: elementos individualistas y elementos sociales: El elemento individualista hállase en la parte de la definición que dice: "El dominio (que se llama tambien propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente...."; El elemento social encuéntrase en la última parte de la definiciíon que de manera clara establece, que la norma jurídica autoriza al titular de la propiedad para gozar de la cosa no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

El Art. 30 de nuestra Carta fundamental se expresa: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni

vulnerados por leyes posteriores.Cuando de la aplicación de una ley expedidos por motivos de utilidad pública o interés social, resulta ren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reco nocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.La propiedad es una función social que implica obli gaciones.Por motivos de utilidad o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa."

Otro disparate de mucha trascendencia social, ha sido el consagrado por el constituyente en este artículo. Si recor damos la historia constituciónal, de cómo fué recibido en el Parla- mento colombiano este artículo, veremos, las grandes discusiones a cadémicas que se suscitaron en pro y en contra. En ese entonces, - surgieron dos tesis opuestas, la una sostenida, por el Sr. Caro, - consistente en la de conservar el concepto tradicional de la propie dad, como derecho particular que debería respetarse,para hacerlo ce der únicamente en conflicto con el interés general.La otra tesis de carácter social, que consiste en darle el carácter de <u>función social</u> borrándole toda noción de derecho; es decir, consagrando una perfec ta antinomia jurídica, un absurdo, un contrasentido ,que se palpa a renglón seguido.

La palabra función, es una inventiva del Profesor Francés Leon Duguit,que quiere decir, <u>sin derecho</u>, significado este, que contradice la terminología clásica del derecho de propiedad.Es- ta extrema contradicción, dá margen, para que, en un momento dado,- se pueda imponer en Colombina, una costitución socialista, negato - ría de todos los derechos,fórmula que de ninguna manera se compade- cería con el espíritu del pueblo. Creemos, que la intención del cos tituyente, y asi la han interpretado sus defensores, fué la de cons tituir el derecho de propiedad limitado tanto por el interés públi- co como por el derecho ajeno.

ATRIBUTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A).<u>ES UN DERECHO REAL</u>. La propiedad es el más perfecto de los dere- chos reales plenos; la plenitud de este derecho se propiedad se afir ma, cuando a ese derecho, podemos obtener todas las ventajas y garan tías que de acuerdo con su destinación económico y social puede sumi nistrar.Es un derecho real, en cuanto el derecho del propietario es oponible a toda persona sin sujeción a un vínculo jurídico determina hado.Y más aún, se le reputa generalmente como el único derecho real pleno existente, no sólo porque su ejercicio comporta relaciones con las ddemás personas únicamente a travéz de la cosa propia, síno por- que es el único que posee los caráteres de derecho:absoluto, exclu- sivo y perpetuo.

B).ES UN DERECHO ABSOLUTO O DE DISPOSICIONES LIBRE.-Es absoluto, según las explicaciones del derecho civil chileno, en el sentido de que confiere al propietario, cuando es perfecto, el poder jurídico más completo, un derecho general a todos los servicios, utilidades o ventajas que pueda hacer de la cosa, plena in re potestas .(Claro Solar).

El Art. 37 de la costitución Naciona, declara: "No habrá en Colombia bienes raices que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles". Dá a entender, de manera franca y categórica, la enagenabilidad de los bienes raices; es un poder inherente de lo absoluto del derecho de propiedad,sin embargo, rastreando los principios costitucionales,encontraremos, que al parecer, sería una limitación a esta aseveración: Art.50" Las leyes determinaran lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes.Asimismo, podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable."

Fuera de esta limitación, que se refiere el artículo costitucional, , parece existir, en el artículado del código civil, disposiciones que contrarian la libre disposición del derecho de propiedad: son ellos los Arts. 852,Nral. 3o.,1489 y 1184 del c.c.

Desde luego, ni aún en su prístina perfección clásica, el derecho de propiedad puede reputarse, fuera del campo exclusivamente teórico, absoluto, su ejercicio se encuentra condicionado a múltiples factores extrinsecos, y por tanto es tal derecho eminentemente relativo.De otro lado, el poder del dueño,no alcanza a la absorción total del bien poseído, por la misma naturaleza de las cosas, síno a parte de las ventajas que aquél ofrece, y aún esa parte de manera restringida.La propiedad sólo es un derecho que confiere prerrogativas sobre una cosa, en función de elementos extraños a la misma, y no dicha cosa, como llegaron a creerlo los romanos.

La disposición es libre, pero no arbitraria;ya se ha expuesto, el concepto de propiedad con destino a cumplir una función social, lo cual, nos indica que el propietario debe ejercer y disponer de los poderes sobre una cosa según los altos fines sociales y económicos que han hecho necesaria la institución de la propiedad en una sociedad determinada.La definición del código corresponde al individualismo imperante en el siglo XIX, sistema según el cual todo se organizaba para el individúo y sólo para el individuo.La definición de la costitución corresponde a las nuevas orientaciones de la ciencia jurídica,según los cuales los derechos subjetivos están instituídos no sólo en interés del individúo síno tambien de la colectividad.Citas de .

Valencia Zea.

C).EL DERECHO DE PROPIEDAD ES EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE.-La doctrina clásica entiende este postulado en el sentido de que el dueño de la cosa, y solamente él, puede ejercer los atributos: disposición uso y goce, pudiéndose oponer consecuencias a que cualquier otro obtenga beneficios o servicios de la misma, o le embarace su propia actividad sobre ella, la exclusividad implica, pues,positivamente, el derecho de hacer todo la cosa, y negativamente, el de impedir que alguno haga nada.Es esta carácterística esencial en todo derecho real; es decir que se puede oponer este derecho a toda persona que quiera inmiscuirse en sus poderes sobre la cosa.

El derecho excluyente de la propiedad, tenía vigencia desde el derecho romano: "Dourum in solidum dominum ese non potest".

D).LA PROPIEDAD ES PERPETUA.- Significa esto, que mientras no obre voluntad contraria del dueño, conservan sus prerrogativas a través de los tiempos, él o quienes continúen su personalidad después de muerto.De ahí el aforismo clásico: "Id quod nostru est sine factonostro ad alium transferre non potest." La propiedad subsiste mientras exista la cosa: se transmite perpetuamente de una cabeza a otra, ya sea por acto entre vivos, o por causa de muerte, sin que implique la transmisión la pérdida de algún atributo; igualmente el dejar de ejercer el derecho de propiedad,ejerciéndolo simultáneamente otra persona, ganará este derecho por prescripción adquisitiva, obteniendo las mismas prerrogativas que el ex-tinto titular de derecho.

Ya advertimos, que el derecho de propiedad,por tener la prerrogativa de función social, esta limitada por el interés público y por el derecho ajeno, estudiaremos la limitación en cuanto tenga por fuente el abuso de los derechos.

ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Las limitaciones de la propiedad por el derecho ajeno, surgen de la manera como se ejerce la propiedad. Dicho ejercicio; SEGUN ZEA, es suceptible de causar daños a los derechos de los demás por la comisión de una culpa en el ejercicio del derecho, o por una negligencia, o por ejercer el derecho torcidamente, desviandole de su finalidad social y económica;cuando tal acaece surge para el actor del daño la obligación de indemnizarlo.

Los derechos nos son concedidos por la norma jurídica, para que obtengamos el mayor número de ventajas, sin que este ejercicio implique una turbación o daño para los demás.

Entrando al estudio del derecho de propiedad,nuestro código civil, ha hecho una aplicación importante al tratar del abuso del derecho de propiedad en lo expresado en el Art.1002: "

"cualquiera puede cabar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo."

De acuerdo con el criterio generalizado y desprendido del Art. 1.002 del c.c., el abuso del derecho de propiedad, se presenta en estos casos: 1o. Cuando el ejercicio de la propiedad no produce a su titular ninguna ventaja y si perjuicios a los demás;2º Cuando las ventajas que produce el ejercicio de la propiedad son inferiores al perjuicio que se causa a los demás (caso concreto contemplado por el Art. 1002 del c.c.); 3º.Cuando a pesar de ser superiores las ventajas sin causar ese perjuicio, mediante un ejercicio serio y legítimo.

En resumen: el fin social y económico del ejercicio de la propiedad encuéntrase siempre en la circunstancia de que se escoja aquella vía mediante la cual no se causen perjuicios a los demás, o se evite acusar al menor daño.(Valencia Zea.)

La expresión del Art. 1002, es un *corolario del principio* que nos ocupa.Ya no se trata del daño causado con intención maléfica.Es suficiente, en efecto, que medie perjuicio ajeno que no pueda resistir comparación con la utilidad que percibe el propietario; el caso del ningún provecho queda, a fortiori,comprendido en la prohibición.El criterio de la responsabilidad prevalece: la objetividad de la situación en presencia de una culpa, es lo que se se cuenta.Resulta inútil el exámen del móvil perseguido por el propietario que ha cortado o aminorado las venas de agua que alimentan el pozo o la fuente del vecino: demostrando el daño causado y la ausencia de utilidad para el que lo ocasionó, o que esa utilidad no sea tanta que no pueda compararse con el perjuicio ajeno, hay derecho a la restitución al anterior estado de las cosas, si ello fuere posible, y, en caso contrario, al resarcimiento, de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad.

En esta materia se ha sostenido, con acierto, que abrir un pozo en su propia heredad es un acto de dominio; pero como el derecho de propiedad no se confiere para perjudicar a otro, sino para utilizar y aprovechar los bienes sobre que recae, ese acto es culposo, si de él no se reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno. La ilicitud del acto se determina por la ausencia de utilidad para el agente, lo que permite suponer una intención dañosa de su parte o cuando menos una culpa lata o grave, puesto que no es racional pensar que se abra un pozo sin beneficio alguno.

El Art. 945 del código de Chile, que es igual al 1002 de nuestro código, nos expresa: "El individúo que abre un po-

zo en su heredad porque no tiene agua o la que tiene es insuficien-
te de modo que éste le reporta utilidad, nada tiene que responder y -
el propietario del pozo vecino no puede obligarlo a que lo cierre,-
ni aún en el caso de que el nuevo pozo menoscabe sus derechos". El-
comentador Alessandri Rodríguez, estima ilegítima la abertura de un
pozo cuando de ello no reportare el propietario utilidad alguna o -
no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno.

He aquí, como el Profesor Aleesandri, parte de la negativa del abuso de los derechos, para llevarlo mejor al interreg no de la responsabilidad, tal vez, por la ejecución de un acto ilí- cito que, al comprobarse malicia de su parte, engendra la responsa- bilidad consiguiente, que es la tesis que sostenemos.

LAS RELACIONES DE VECINDAD Y EL ABUSO

Ya hemos analizado, como el derecho de propiedad, no es absoluto, no puede ser utilizado contrariamente a su destina- ción, ni contra ley, derecho ajeno o interés social.Ejercitar ese - derecho más allá del mencionado límite constituye una culpa.

Ihering, refiriéndose a los excesos a los cuales cunduciría la facultad de abusar del derecho de propiedad, exclama: "se llegaría al absurdo de permitir al dueño establecer sobre su - fundo un desolladero que apestara el aire circundante,cavar un pozo y colmarlo de sustancia que envenenara la tierra de su vecino,cons- truir un edificio o montar una fábrica que conmoviera los cimientos de las casas vecinas y que hundiera el suelo, o que con su humo ma- te la vegetación de los alrededores o cuyo calor intenso impida toda habitación en sus proximidades."

Es evidente que la vida en sociedad nos obliga a soportar muchas cosas que se evitarían al vivir solos, nos expone- a molestias o desagrados que los habitantes de las montañas no tie nen que sufrir.Todo tiene un límite y cuando esa tolerancia excede de las obligaciones de vecindad, cuando sale de lo común, se estima que se está ejerciendo el derecho en forma abusiva y la jurispruden- cia de Francia que vivamente lo expone Bonnecase y Josserand,decla- ran que cuando el dueño de una fábrica causa cualquiera molestia - que exceda de los límites que el común de las gentes tolera,ejerce su derecho en forma abusiva, incurre en culpa y es responsable de los perjuicios que asi cause, estando obligado a hacer cesar el da- ño que ocasione.

Las aplicaciones del principio están consignadas en la jurisprudencia, como principios directores a las limitaciones del ejercicio de los derechos del propietario y que los expositores llaman PERTURBACIONES DE VECINDAD. Extractemos algunas de ellas: a). El implantar aparatos de la industria moderna en perjuicio de una -

propiedad vecina; b).El tener una fábrica o establecimiento,maquinarias etc, que provoquen malos olores o humo intolerable para los vecinos; ruído o trepidaciones molestos; o que emitan ondas perturbadoras de los radioreceptores de los vecinos; que tengan avisos luminosos excesivamente molestas, o que por su peligrosidad ocasionen a los vecinos la obligación de pagar sobreprimas de seguro; c).El médico que explota una clínica tiene derecho a indemnización de perjuicios por la perturbación que causa a su establecimiento la vecindad de martinetes puestos con posterioridad al montaje de la clínica, pues si ésta se estableció al lado de una fábrica, habría lugar a responsabilidad compartida; d).El ruído causado por el movimiento de una fábrica o establecimiento industrial cualquiera, puede ocasionar por parte de los vecinos una demanda de daños y perjuicios, si por su continuidad y su intensidad llega a constituir una molestia intolerable; e).El regar excesivamente su plantación, de modo que se produzca infiltraciones en las tierras de los vecinos; f).El dueño de un predio que se halla destituído de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios,tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio.Art. 905 del código civil colombiano; g).Art. 919. del c.c.. Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que haya menester el agua para el servicio de sus habitantes, en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas; h).Prohibiciones se sembrar árboles a cierta distancia del predio vecino; i).Destrucción de las construcciones que amenacen ruina y puedan causar perjuicios al predio vecino; j).Obligaciones relativas a las aguas; k).Prohibición de cavar pozos cuando se merma el agua de los pozos vecinos, etc. (Citas de Vives y Zea).

INCIDENCIA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA TEORIA DE LAS OBLIGACIONES

En el Título XII del código civil, que trata del efecto de las obligaciones, El Art. 1603 dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, síno a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenece a ella."

Según la expresión del alemán Andreas Von Thür, la buena fé no es una norma jurídica, síno un principio que informa gran multitud de normas jurídicas. Para Nicolas Coviello, la buena fé es un principio demasiado vago y elástico para que pueda tomarse como fundamento de una determinada institución jurídica.

Sea como se entienda la buena fé, lo cierto es, que

en el ejercicio de todos nuestros actos y de nuestros derechos debemos proceder siempre de buena fé.Desde que el derecho se humanizó dice Gorphe, se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio de buena fé y que se impuso al respeto general.La noción general de BONA FIDES, agrega el mismo autor, se impregnó más adelante de ideas morales y religiosas desconocidas de la antiguedad y se extendió al conjunto del derecho privado.El principio de la buena fé, según la doctrina brillantemente expuesta por el autor que comentamos, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a).Como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos.En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b).Como objeto de obligación en las relaciones jurídicas.Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fé las correspondientes sanciones;c).Como objeto de protección legal. Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones.La buena fé se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho.Entre esas aplicaciones se destaca la concierniente a los actos jurídicos celebrados con el título aparente de un derecho.Aquí dice el citado autor la eficacia de la buena fé presenta una gravedad particular, en cuanto ella no opera síno en detrimento del verdadero titular, del derecho.La cuestión se presente bajo la forma de un conflicto de derecho entre el verdadero titular y el tercero de buena fé, causahabiente del titular del derecho aparente.

Claro está dice Gorphe, que la buena fé requerida en el tercero debe reunir un máximun de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero contratante, síno que es menester que esta creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

Josserand, según la expresión de Geny, dice que - todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de standars, en los cuales distingue muy justamente Hauriou los principios costitucionales del comercio jurídico, y como una especie de superlegalidad.Entre esas directivas pueden citarse: ... la regla error communis facit jus, la teoría del enriquecimiento sin causa, o sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enun

cie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios está por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitra riedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superio res, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funciona en un medio social; desempeñan un papel en ese me dio, socialmente, no en una dirección cualquiera síno en vista de fi nes determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasen tido jurídico, en un abuso que acarrearía en una sanción."

La buena fé exigida en la celebración de los con - tratos, comenta Táfur Morales, termina dónde principia el dolo, que - vicia el consentimiento y anula la convención si determinante, o dá- lugar a indemnización de perjuicios si es accidental. Hay casos en que el legislador ataca expresamente ciertas manifestaciones de falta de probidad y les señala su castigo especial, como cuando anula el pac- to de exoneración del saneamiento si ha habido mala fé de parte del- vendedor.

Los contratos deben ejecutarse de buena fé, son prin cipios básicos que regulan los efectos de las obligaciones contrac - tuales. El Art. 1603, contesta lo que debe entenderse por ejecución de buena fé, expresando, que debe entenderse la extensión de la obli gación, no sólo a lo que en el contrato se expresa, síno a todo lo - que emane precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenezca a ella.

De allí, que se hable de buena fé como de un crite- rio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo. En definitiva, la exigencia legal de la buena fé en el - ordenamiento de los efectos de las obligaciones traduce el desidera- tum del derecho, o sea la realización de la justicia. Por esta razón, bien miradas las cosas, la buena fé es, en el último análisis, la ex plicación de sanciones como la resolución y la excepción de incumpli miento, mas inmediata y técnicamente reguladas por la noción de cau- sa. Otro tanto cabe decir de la acción subrogatoria, etc.

Este articulado del código civil, que se refiere a la buena fé, de acuerdo con la teoría moral preconizada por Ripert, parecería que cuando los contratos no se realizan de buena fé, y se efectúan con fines contrarios a la moral y con la intención de perju- dicar a un tercero, entonces se resumiría la teoría del abuso de los derechos, sin temor de caer en las redes de esta sistematización o carizma del abuso, concretaremos, que la jurisprudencia, que es la interpretadora del andamiaje civilista, no ha llegado a profundizar si los contratos se ejecutan de mala fé produciría abuso del derecho;

tal vez, traten de compaginar el abuso de los derecho como un apendice de la rescisión del contrato, de la resolución, de la lesión enorme, o de cualquiera otra acción viable, distinta del abuso de los derechos. De mi parte, creo que, la mala fé es un sendero para llegar a la responsabilidad, que, relacionada con la culpa y el perjuicio, daría margen a la indemnización del daño.

EL CONTRATO DIRIGIDO Y LA TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

Expondremos ahora, lo que concierne única y exclusivamente a la teoría del abuso de los derechos en nuestro código civil.

EL ARRENDAMIENTO

Los autores creen encontrar la teoría del abuso, en el Art. 1994, texto en el cual, hace referencia al contrato de arrendamiento: "El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales considerándolos separados."

No cabe ignorar en esta materia, aquellas otras decisiones del legislador, prohibitivas de los actos que implican destrucción de riquezas sin beneficio propio y en daño de otros, aun cuando el mayor valor fuera exclusivamente creado por aquél que pretende seguir una conducta que no responde a un fin de utilidad.

Asi tratándose de aquellas mejoras de la cosa arrendada como las establecidas en el art. 1994, se inspira en el principio: "ningún derecho puede ejercerse cuando de ese ejercicio derive daño a otro, sin beneficio propio; por lo menos, en cuanto exista conocimiento de la posibilidad de que ese perjuicio ocurra"..

Si el arrendatario hace mejoras útiles, que son las que aumentan el valor comercial de la cosa, en ésta, sin que el arrendador se haya comprometido expresamente a pagárselas, no puede obligarlo a que le reembolse el costo de ellas, seguramente para no exponer al arrendador a hacer gastos que no pueda o no le convengan, desde que su obligación se reduce a conservar la cosa en el mismo estado en que se hallaba cuando se arrendó.

Pero si el arrendatario no tiene derecho al reembolso aludido la ley no puede negarle el de que se lleve los materiales de las mejoras, si pueden separarse de la cosa sin detrimento o perjuicio de ésta, como si se trata de una instalación eléctrica o de un fogón de hierro, etc. Velez.

Igualmente en el Art. 2004, referente al mismo contrato de arrendamiento, han dicho encontrar asidero la teoría del abuso de los derechos, tal Art. dispone: "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arreindo ni de subarrendar a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo".

Tampoco como sostiene Vera "es ejercicio correcto de un derecho negarse a contratar cuando de las circunstancias se desprenda que ello implica una omisión que no responde a un interés serio y legítimo. ".Sostiene el citado expositor,que en cuentra una aplicación en este artículo a la teoría del abuso, que torna inoperante la claúsula prohibitiva de la cesión del arrendamiento o la que vede el subarriendo, sin consentimiento del locador, cuando el cesionario o sublocatario propuesto ofreciese todas las condiciones de solvencia y buen crédito.

Sin embargo, Spota, no ve ahí que la negativa a autorizar la cesión o el subarriendo no se justificaría en cuanto no puede alegar el locador un interés serio para persistir en una conducta reñida con la finalidad de la claúsula en cuestión ?.Los derechos subjetivos han de ejercerse sin bastardear el derecho objetivo. Esos derechos viven dentro de la órbita social, y por ello, su ejercicio no puede divorciarse del impulso que impone el contenido social de los mismos derechos subjetivos.Los poderes jurídicos individuales se otorgan para satisfacer intereses humanos y no para ser hechos valer con fines inconfesables.

Sboco, de Freitas, según cita del mismo autor, se pronuncian en las siguientes palabras: "Equivale a prohibición absoluta la de ceder o sublocar sin consentimiento por escrito del locador, más no la de ceder o sublocar a la persona aprobada por el locador. No obstante la desaprobación del locador, el locatario podrá ceder o sublocar, si el cesionario o sublocatario ofreciese todas las garantías deseables. Siempre sería el mismo principio el aplicable: el derecho subjetivo ejercido de acuerdo con el fin de la institución halla tutela en el orden jurídico, en el precepto jurídico, y si bien no ha de olvidarse que la locasión de cosas no implica un contrato intuito personae, ello sólo acaece por regla general. Asi, el número de hijos del locatario y, por ende, del sublocatario o cesionario, jamás podrá constituir una causal alegable por parte del locador."

Josserand, analiza el problema, considerando los diversos tipos de claúsulas que se estilan: las prohibitivas, que autorizan a oponer el veto pura y simplemente; las de consentimiento, que vedan la cesión o sublocación sin permiso, corrientemente, por escrito; las de aprobación, que someten al propuesto como ce-

sionario o sublocatario al previo agrado del locador.Las primeras importan una interdicción de principio; las otras, sólo son restrictivas, limitativas.La jurisprudencia francesa tiene a considerar a-éstas últimas claúsulas precisamente, como de valor relativo, atendiendo quizá a ese fenómeno social de la crisis de la locación que-lesionará al cuerpo social después de la primera guerra y que tanto se ha agudizado en la época de post-guerra por la cual atravesamos.

Es indudable que la seguridad jurídica ha de valorarse siempre en todo su profundo significado; pero, en aras de ella, no es posible amparar la mala fé, o el acto antifuncional, o el móvil inconfesable, o la carencia del interés serio y legítimo, promedie o no intención maléfica.

No es por consiguiente, necesario prohibir al arrendatario que subarriende, porque esa es una claúsula de la naturaleza del contrato.El arrendatario de predio urbano aún cuando tenga facultad de subarrendar, no puede hacerlo a personas de notoria mala conducta.

La doctrina moderna distingue entre el subarrendamiento y la cesión del arriendo.El subarrendamiento consiste en que el primitivo arrendatario permite a una persona el uso y goce de las ventajas a él concedidas, ya en su totalidad, ya en una parte.El arrendatario de un edificio puede subarrendar a diferentes personas los departamentos u oficinas; el arrendatario de una casa de inquilinato puede subarrendar a diferentes personas las piezas, locales o departamentos.

Cosa diferente es la cesión del derecho de arriendo.En esta situación desaparece totalmente el primitivo arrendatario, quién es reemplazado con todas sus obligaciones y derechos por el nuevo arrendatario.Sobre el particular es el caso de advertir que el código no identifica los conceptos de subarrendamiento y de cesión del arriendo como puede comprobarse por el A^Rt. 2004. Citas Valencia Zea.

Si el arrendatario contraviene a la obligación general y por ejemplo, da un destino diferente a la cosa arrendada,o incumple la claúsula de subarriendo, es natural, que el arrendador tenga derecho a pedir la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, o limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo.Pero si esta es la sanción, como aplicamos la teoría del abuso de los derechos, para los sostenedores del fin moral, pueden invocar la aplicación de esta teoría ante la prohibición de ceder o-sublocar, no obstante que sea persona de buenas condiciones y todo será latitud de los términos garantias deseables, como lo expone en forma categórica Freitas.

LA RENUNCIA DEL SOCIO

Los artículos 2137 y 2138, desarrollan el pensamiento y la latitud que puede tener el abuso del derecho, con motivo de aplicación en el contrato de sociedad: El 2137 declara: "La renuncia de mala fé el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad; en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito.Podrán asimismo excluirle de toda participación en los beneficios sociales, y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas."

Art. 2138: "Renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales.La sociedad continuará entonces hasta la terminación de los negocios pendientes en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.- Aun cuando el socio tenga interés en retirarse, debe aguardar para ello un momento oportuno.Los efectos de la renuncia de mala fé indicados en el inciso final del artículo precedente,se aplican a la renuncia intempestiva."

Nos referimos a la sociedad civil; es evidente que todo socio puede renunciar, pero el renunciante ha de ejercer ese derecho sin desviar su fin: bien está que se separe de la sociedad, más ello no ha de ser de mala fé, o sea con la intención de aprovecharse exclusivamente de alguna ventaja que hubiese de pertenecer a la sociedad.

Pothier, cita de Marcel, sentó el principio con respecto a la renuncia maliciosa o intempestiva: "Debet esse facta bona fide et tempestive".

Nos referimos a la sociedad, que no tiene plazo fijado para su duración, en este caso la renuncia de uno de los socios pone fin a la sociedad, siempre que llene los requisitos siguientes: 1o. Que la renuncia sea notificada a los socios.Art.2135. 2º, que la renuncia se haga de buena fé. Según el Art. 2137, se trata de renuncia de mala fé, en este caso no pone fin a la sociedad; y 3º, que la renuncia no sea intempestiva, como en el caso del Art. 2138.La sociedad durará entonces hasta la terminación de los negocios pendientes, en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.Para calificar a la renuncia de intempestiva ha de estarse al interés común de la sociedad, y no al interés particular de aquél que se opone a esa renuncia.

De manera, que cuando la renuncia desvie los fines económicos o sociales o con el objeto de obtener un transtorno o embarazo en las realizaciones de las operaciones sociales, se di-

ce

ce que hay aplicación de los principios del abuso de los derechos, parecería, una ironía, o un atrevimiento avanzado, en lanzar esta- apreciación, de que nuestro c.c. patentiza el abuso de los derechos en los casos comentados; teniendo en cuenta el pensamiento de Josse rand, fácil sería hidratar la teoría del abuso, y darle un campo ge neral de aplidación, no sólo en estos casos, síno en todo momento - en que se intente una desviación al ejercicio de los derechos que - la ley ha concedido a los particulares, para la obtención de sus fi nes. Pero también es cierto, quién obra en su actitud de socio, con dolo o culpa, compromete su responsabilidad, obteniendo por resulta do la reparación del daño.

LA REVOCACION DEL MANDATO

Siguiendo en este tópico a Tafur Morales, no di- ciente en la aplicación de esta teoría del abuso, cuando se expresa: "Los derechos nacidos de las convenciones no pueden usarse discre- cionalmente.La noción de abuso del derecho actúa dentro del terre- no contractual y es el denominado común de esos otros instrumentos técnicos que responden a los nombres de causa, imprevisión, lesión, etc., y que busca la moralización del contrato. El contratante no - puede usar arbitrariamente de las prerrogativas que jurídicamente - le da el contrato. Muy sabía,es a este respecto la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia, en diciembre de 1899 sobre - la relatividad del derecho de revocación del mandato: "Aunque el - mandante puede en todo tiempo revocar el mandato, sin embargo, si - la reovocación causa perjuicio al mandatario que ha cumplido sus o- bligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado- a indemnizar esos perjuicios al mandatario". Esta sentencia fue el- primer paso en pro de la aceptación de la teoría del abuso de los de rechos."

El mandato es un contrato esencialmente revocable, pero esta revocación debe obedecer a algunos móviles: si el mandatario o representante no había dado comienzo a su gestión, la revocación produce plenos efectos.En este evento el mandatario deberá restituir al mandante los instrumentos que haya recibido (Art. 2192); tendrá derecho a la correspondiente indemnización de perjuicios en razón de los gastos que hubiere hecho para dar comienzo a su encargo.

Ahora, en el supuesto, que el mandatario había dado principio a su encargo o lo había ejecutado, la revocación pro duce efectos relativos o ninguno.En todo caso la revocación sólo pro duce efectos desde que se verifica; siendo intocables los realizados por el mandatario en relación con terceros. Si el mandatario ha dado arras para asegurar la compra que se le encomendó la revocación hace responsable al mandante de su valor. Si el mandatario había celebra- do una promesa de compra para que se le apodere, la revocación hace

responsable al mandante como si él personalmente la hubiese celebra
do.Finalmente, queda sin ningún efecto la revocación cuando el man-
datario había ejecutado plenamente el negocio representativo.Tal es
el caso, que un mandatario judicial, haya terminado las labores de-
la ejecución de un juicio con ópimos resultados, en este evento el-
mandante revoca la misión encomendada, alegando incuria u otra cau-
sal maliciosa, es natural, como lo indican los autores Franceses, -
que se compromete la responsabilidad, en cambio otros, aceptan, la
existencia del abuso del derecho en el ejercicio arbitrario de sus-
resultados, en contra de los intereses del mandatario.

EL CONTRATO ACCESORIO

En el contrato de prenda, encontramos el Art.2421,
que establece: "El deudor no podrá reclamar la restitución de la pren
da, en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deu
da en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurri
do el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios -
que le hubiere ocasionado la tenencia. Con todo, si el deudor pidie-
re que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio se
rá oído." ¿Si el acreedor abusa de la prenda, perderá su derecho a
la cosa, y como tal el deudor podrá pedir la restitución inmediata -
de la cosa empeñada ?.

Algunos expositores, han visto en esta cuestión,
la teoría del abuso de los derechos. Me parece, que en la primera
parte del artículo que comentamos, lo único que hay, y se perfila,
el derecho de retención, es decir, el acreedor prendario tiene dere
cho a retener, en todo o parte, mientras no haya pagado la totali -
dad de la deuda en capital e intereses, gastos de conservación, etc.
"Principio de la indivisibilidad de la prenda".

Pero, si el acreedor prendario, utiliza la prenda
sin tener autorización para ello, es decir, quebranta esa obligación
negativa del acreedor prendario, de no usar la cosa empeñada (Art.
2420 del c.c.), en este caso daría lugar a la restitución de la pren
da, por la acción emanada de la naturaleza misma del contrato. "El
acreedor no puede servirse de la prenda sin el consentimiento del deu
dor, salvo en los siguientes casos: 1o. Cuando esté autorizado por el
dueño y 2o. cuando sin mediar dicha autorización, no obstante el u-
so de la prenda es conveniente para conservar debidamente el valor de
la cosa. Además, si la cosa dada en prenda es fungible se presume no
solo la facultad de uso, sino tambien la de disposición."

Aceptando la teoría de Josserand, llegamos a una a-
plicación de la teoría del abuso, por la sencilla razón, de que el
acreedor prendario, no rige sus destinos económicos sociales, de con
formidad con las prerrogativas legales, tuerce el ejercicio adecuado
de su derecho.

EL ABUSO DE LOS DERECHOS EN LA SUCESION UNIVERSAL

Los autores comienzan el estudio del abuso del derecho con el análisis del Art. 1023, que dispone: "Ser=á nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, o por interposición de persona."

Oígamos al Sr. Velez, al comentar este artículo:" Si a un incapaz se le deja una asignación directamente, basta justificar la incapacidad respectiva para que el juez declarando ésta invalida la asignación, y aquello que comprenda vaya a quien corresponda que en lo general serán los herederos del testador.En este caso es sencillo y la ley prevee que para impedir su mal resultado, puede ocurrir al testador a disfrazar la asignación bajo la forma de un contrato oneroso, o a dejarla por interpuesta persona.

"Lo 1º se verificaría, si el testador declara, por ejemplo, que debe al eclesiástico que lo ha confesado en su última enfermedad, cierta suma de dinero.Esa declaración nada valdrá, y si no había por lo menos principio de prueba por escrito de la deuda,- ésta se tendría por legado gratuito lo que la haría ineficaz.Si el testador en vez de confesarse deudor de una suma de dinero, declara que vende a su confesor cierto inmueble manifestando que recibió su precio, como esto equivaldría a declarar que debía ese precio, juzgamos que mientras no hay por lo menos principio de prueba sobre el asunto, esta declaración no podría establecer el contrato oneroso.Pueden presentarse casos, que serán los más frecuentes, en que la simulación no se establezca tan facilmente como en los ejemplos mencionados.

"Lo 2º, o sea, el hacer la asignación al incapaz por interpuesta persona, tendrá lugar generalmente por medio de encargos secretos.Por ejemplo, el testador manda que a su albacea fiduciario se le entregue cierta suma, y a éste le encarga reservadamente que la dé al último confesor del testador.Para evitar este - fraude establece el Art. 1373 que dicho albacea jure que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz.Además el Art. 1029 declara indigno el que a sabiendas de la incapacidad promete eludirla.A pesar de esto, creemos que los interesados en que se declare la nulidad de la asignación, pueden ocurrir a los medios probatorios comunes para justificarla."

A su vez, el Profesor Dr. Manuel Antonio Coral, al referirse a este tópico, en sus conferencias de derecho sucesional, nos dice: "Sin examinar las múltiples opiniones emitidas sobre el - testaferro, concluímos diciendo: cuando la interposición es para eludir las prohibiciones de la ley, la interposición es nula.Cualquiera que sea la forma de interposición,la sanción legal será la misma.La

ley quiere que se obedezcan sus mandatos y castiga con la nulidad los actos de sus trasgresores.En nuestro código recordamos el caso de la nulidad por interpuesta persona del Art. 1023).

Igualmente el Dr. Carrizosa Pardo, expresa, que es nula, por tener causa y objeto ilícitos: "Es nulo todo acto o contrato que falta algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie, y la calidad y estado de las partes (1740 c.c.).Es nulidad absoluta la producida por un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan (1741.1º).Poniendo estas ideas en función de la incapacidad, no hay duda de la asignación hecha a un incapaz es absolutamente nula; tiene causa y objeto ilícitos, porque trasgrede preceptos de orden público.Los actos que son nulos, se tornan válidos por el hecho de que los particulares los disfracen dándoles la apariencia de otros, para ocultar la nulidad intrínseca de que adolecen.Este disfraz es lo que constituye la simulación, que al llegar a ser probada, el acto verdadero celebrado es gobernado por las propias leyes que se trata - ron de eludir al disfrazarlo.Esta es la doctrina del Art. 1023, que no es más que aplicación de la teoría de la simulación a un caso particular de las herencias".

Ahora, nosotros nos formulamos la pregunta, ¿ Será abuso del derecho, el acto mediante el cual el testador dispone de sus bienes a un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso ?. ¿ o simplemente se trata de un acto de disposición contra la ley ?.

En este cuestionario, está precisamente la confusión de los autores, en no distinguir, los actos ilegales de los - actos abusivos. En otra ocasión, dijimos que los actos ilegales son aquellos que son cumplidos violando alguna disposición legal o reglamentaria.En los actos abusivos, dicen los comentadores, que el titular ejerce el derecho en forma que a él no le aprovecha, o le perjudica a alguien cuando le reporte un beneficio, pero éste beneficio no se puede comparar con los perjuicios que le cause a otro. Aun teniendo en cuenta, ésta última aseveración, la dispsoción a un incapaz no es abuso del derecho, síno un acto ilegal, contrario a la ley y al reglamento, la norma sanciona fuertemente con la nulidad, en el caso de que el testador haya burlado estas disposiciones.

Con las sugerencias que acabamos de hacer, veamos, si en el campo sucesional, opera la teoría del abuso del derecho. El Art. 1226 declara: "Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun

con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas: Asignaciones forzosas son: 1º Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas.- 2º La porción conyugal.-3º Las legítimas y 4º- La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos."

Es inmensa la mayoría de legislaciones que circunscriben dentro de los límites más o menos severos la libertad de testar, porque han palpado los fundamentos de esas restricciones. Con Planiol, podemos apoyarlas en dos razones: una moral y otra social. razón moral porque las personas que descienden unas de otras están ligadas entre si por un deber natural, de piedad filial por parte del hijo, de afecto paternal o maternal por parte de los padres.Sentimos como conculcado el derecho natural pensando que un ascendiente deje en la miseria a sus descendientes por enriquecer a extraños; y razón social porque si la familia es la base fundamental del estado, el Estado una Nación, y la Nación un conglomerado de familias, es palmario el interés social de procurar el robustecimiento, la estabilidad y la estrecha unión del nucleo familiar. Cita de Planiol Marcel.

Las asignaciones forzosas, son deudas que la ley impone a los testadores, siendo deudas, es natural, que estos tienen obligación de reconocerlas en su testamento.Si no las reconocen las suple la ley, es decir manda ésta que se satisfagan, bien por medio de la acción de reforma del testamento, o exigiendo de los herederos que suministren los alimentos necesarios que correspondan. El Francés Georges Ripert, en esta parte comenta: "Ejercería un derecho anticuado, el testador que dispone de sus bienes en contra de los derechos concedidos por la ley a aquellos que les corresponden, por tal motivo abusaría del derecho de la facultad de testar, ya que, deshereda injustamente a sus legitimarios para disponer de sus bienes a favor de un extraño".

Concentrando mi opinión a estos pareceres, creo, en mi cocepto, no existir el ejercicio abusivo del derecho a la facultad de testar, la ley a establecido limitaciones, para proporcionar la unidad e igualdad en las disposiciones.La facultad de disposición, jamás a constituído derecho, máxime para aquellos que hablan de abuso de los derechos, puedan hoy considerar, como una aplicación a la teoría del abuso, para estos señores, les sería placentero confirmar su teoría, en el caso, de que fuese un verdadero derecho, más examinando esta facultad, a la luz de la filosofía, se trata nada menos, de obligaciones, cuya trasgresión, produce la reforma del testamento, u otra acción, distinta de la teoría del abuso de los derechos.

En conclusión, en todas las disposiciones sucesionales,no hay artículo que consagre la teoría del abuso, ni aún, se

las ha podido hallar en otros derechos, ya que, las directivas dadas por aquellos expositores, enfrascándolas en la teoría del abuso, han sido resueltas aplicando,lisa y llanamente los derroteros de la culpa, o las acciones surgidas de la naturaleza misma del testamento.

Por último debemos referirnos, que en los anales - de la comisión revisora del código civil, ha querido dejar nota ex - presa, cuando existe el abuso del derecho: "No se protege el ejercicio de los derechos cuando manifiestamente se aparte o exceda el fin con el cual la ley los reconoce".

Esta disposición desafortunada que aun todavía no ha tenido vigencia, no hace más que adherirse al criterio funcional o teleológico de Josserand, el legislador quiere suplir una falta - con una apuesta funcional, tal vez, como queriendola relacionar con los aspectos de la culpa. Claro, que para algunos será una fórmula prudente, pero en mi concepto,no responde de ninguna manera a la labor del legislador,más bien sería entorpecer la labor ya hecha.

EL CODIGO DE COMERCIO Y EL ABUSO

SINOPSIS EN LA COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal, ha tomado una norma legal por las leyes 31 de 1925, arts. 65 y ss. y 59 de 1936, aprobatoria de la convención marcaria internacional, arts. 20 y ss.

La tesis del abuso, la han enmarcado, en la prohibición de usurpar o imitar marcas de comercio o de fábrica, de imitar, ridiculizar o perjudicar la propaganda de un competidor; de sonsacarle los empleados; de desacreditarle los productos o imitar sellos; de obtener los secretos profesionales e industriales del competidor; de poner avisos que indique, en los productos un origen que no tiene; de vender un negocio establecido para montar enseguida o casi seguido otro igual en el mismo lugar comercial; hacer uso de la firma comercial para la explotación de un artículo;bajar los artículos de comercio a un precio bajo del costo con el objeto de desacreditar a otros almacenes aledaños, etc. Igualmente, han calificado de competencia desleal, el hecho de que el arrendador de un local aprovechándose del crédito que le ha dado a un establecimiento comercial su propietario, el inquilino, al vencimiento del contrato de arrendamiento exija de éste la entrega del dicho local,con el objeto de montar en él un establecimiento similar.Por lo que vemos, ha tenido interesantes aplicaciones, la teoría del abuso.

C A P I T U L O II

EL DERECHO ADJETIVO Y EL ABUSO DE LOS DERECHOS

LAS ACCIONES PROCESALES

Para integrar el concepto de una situación jurídica procesal, es necesario tomar en cuenta, desde el punto de vista de los intereses a que se refiere y que procura proteger, en función prevalente, el interés público, el interés del Estado en la distribución de la justicia entre sus súbditos.

Desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, el encargado de administrar justicia, es el juez, en oposición radicalmente distinta de las que asumen los demás que, en sustancia, parecen no diferir de las que adoptan antes de la intervención de aquél.

La instancia al juez, la presentación al juez del caso jurídico con el fin de que lo resuelva o para que presida y garantice un trámite indicado, por razones varias de interés general, para la determinación de un derecho en conflicto, etc.: tal es el razgo más aparente en el sistema jurídico procesal.(C.Bidart)

Por eso el principal oficio de éstos organismos de administrar justicia, consiste en proveer a esa tutela, la que se realiza generalmente en dos grandes formas:

a).La más importante, es la declaración o decisión del derecho. Consistente ésta misión en la indagación de lo que en cada caso es justo, pues mientras la ley entroniza normas generales, para la pluralidad de los casos, el juez debe examinar cada caso para ver si se adapta al supuesto previsto por la ley hasta declarar lo que es justo frente a dicho supuesto;

b).La otra función es la realización coactiva de los derechos que tiene lugar en forma de ejecución forzosa; aquí no se averigua lo que está de acuerdo con la justicia, pues esto debe aparecer previamente, sino que se procura el Estado real y jurídico que corresponde a la situación de derecho que se ha comprobado existente.Declaración y ejecución son las grandes funciones del Estado y juntas constituyen la función jurisdiccional que ha sido definida por el profesor Rocco como "La actividad en que el Estado, interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho, que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma jurídica que los ampara". Cita H. Morales.

El Art. 142 del código Judicial se expresa: "Por medio del poder Judicial (hoy rama judicial), la República ejerce permanentemente, sobre nacionales y extranjeros, la facultad de administrar justicia de acuerdo con la Costitución y las Leyes."

La facultad de administrar justicia, como lo analiza la Corte, es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse, generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado juez.Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se las decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador. Cas. de Junio/45.

Esta facultad de administrar justicia, como muy bien loobservan, eminentes procesalistar Doctores. Hernando Morales y Miguel Angel Alvarez, deben reunir ciertas caracteristicas, para que no vaya a degenerar en abusos en la aplicación del procedimiento. Dicha facultad debe ser PERMANENTE,GENERAL, EXCLUSIVA,DEFINITIVA, PUBLICA,ECONOMICA,TECNICA,ACELERADA, etc.

Estudiadas las bases en que se funda el procedimiento, entremos a estudiar, cuando se perfecciona el abuso del derecho, frente a la aplicación de las normas adjetivas a los casos particulares en conflicto.

Alessandri Rodríguez, al comentar el derecho de recurrir a los tribunales de justicia, nos manifiesta: "Hay otro derecho en el cual suele ser frecuente el ejercicio abusivo.Es el derecho de recurrir a los tribunales de justicia. El ejercicio de las acciones judiciales, la interposición de los recursos legales es campo muy propicio para el abuso.El espíritu de CHICANA,verdadera manía de alguna gente de pelear por pelear, data de tiempos inmemoriales. Racine ya inmortalizó al litigante incorregible en la comedia "LES PLAIDEURS".

"El principio en esta materia es el siguiente: el ejercicio de las acciones judiciales o de los recursos que la ley franquea a los litigantes, no constituye abuso por si solo aunque los tribunales los rechacen.El hecho de que un tribunal rechace una acción o una excepción no constituye, por ese solo hecho, un ejercicio abusivo del derecho que se trata ....: El ejercicio de las acciones judiciales y de los recursos legales es abusivo cuando se hace con culpa o dolo, cuando el litigante ocurren ante los tribunales con espíritu de venganza, para molestar, por rencor, o cuando un litigante, con una temeridad, y un espíritu tinterillesco extraordinarios, hace uso de todos los recursos para retardar la marcha del asunto..."Cita de Alàssandri.

Veamos algunos casos, en que los autores colombianos han llamdo abuso de los derechos:

El Art. 274 del código judicial declara: "El que haya demandado o intente demandar a otro para el cumplimiento de una obligación personal, puede pedir el embargo y secuestro de bienes muebles, o el mero embargo de inmuebles del demandado o presunto demandado, en cantidad suficiente para seguridad del pago, a fin de que el juicio no se ilusorio en sus efectos ..."

El hecho de que se embarguen bienes en cantidad superior a la necesaria para asegurarse el pago no constituye abuso, a menos que se pueda comprobar, que el ejecutante obró con un espíritu de perjudicar en sus intereses.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación nos habla de éste artículo en la forma siguiente: "Nuestro c.j. en algunos casos de litigio temerario, sanciona preventivamente el abuso del derecho de litigar, estableciendo que la parte puede ser condenada además de costas, a perjuicios, en casos como el embargo preventivo (Arts.274 y 294 del c.cj). En tal ocasión, es claro el intento de la ley de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él. No hay razón para que en otros casos semejantes de abuso del derecho de litigar no se reprima éste posteriormente cuando la ley lo hace por claras razones, preventivamente, en algunos casos."

En otro pasaje la Corte declara: "Cuando equivocadamente se denuncia para el pago de una ejecución un bien de persona no obligada al pago, para quejarse ella del perjuicio que esto le ha ya causado le basta su calidad de dueño del bien y de extraño a la deuda, sin necesidad de que, si el denunciante fué el ejecutante, éste haya incurrido en exceso al ejercitar el derecho que le confiere el Art.2488 del c.c., por haber ya bienes suficientes en la traba ejecutiva.Esos perjuicios se los ha de indemnizar quién se los causó si obró culposamente.Asi las cosas, el concepto de abuso del derecho resulta improcedente, salvo en cuanto pueda servir como detalle corroborador del error de conducta del denunciante que, no sólo lo fué de bienes de terceros sino que a ello procedió innecesariamente."Cas. de Abril 9 de 1942.

En esta última sentencia, la Corte ha declarado improcedente una demanda, en que se embargó bienes de una persona no obligada al pago, tomando como acción el abuso de los derechos;expresa la Corte, que en este mismo caso, daría margen al abuso de los derechos, cuando hubo error de conducta del denunciante y que procedió innecesariamente; las Cortes Chilenas en estos casos exigen la concurrencia de culpa o dolo, no como en nuestro tribunal, que sólo busca el advenimiento de la culpa.

Dentro de la gama del derecho procesal, el deman -

dante que pide más de lo que se le debe, incurre en el fenómeno de la PLUS PETITIO, la que existe en los siguientes casos: a).Cuando el demandado pretende más cosas o mayor cantidad de lo debido; b). Cuando pretende el cumplimiento de una obligación más onerosa, como cuando reclama una cosa específica, siendo la obligación de entregar una cosa genérica.C).Cuando, siendo la obligación alternativa o facultativa para el deudor, piede al acreedor la entrega de una cosa determinada de las que alternativa o facultativamente se le deben y d).Cuando, siendo la obligación a plazo o condicional se exige antes de vencerse el plazo o de cumplirse la condición.

De acuerdo con el art. 210 del c.j., el demandante que excede en sus prpósitos, puede el ofendido condenarlo en costas por el exceso, hay una sanción por el abuso en el tratamiento del petitium; abuso que se engendrará, cuando hubo cierta opresión en perjudicar en el ejercicio de su acción judicial.

Igualmente se ha dicho que genera abuso en las pretensiones accionables, en el caso del Art. 274. Inc.3o. "Que preste caución suficiente que garantice la indemnización de los perjuicios que el embargo y secuestro puedan causar al demandado o presunto demandado a terceros."

El demandante que efectúe embargo y secuestro preventivos, además de otros requisitos debe llenar este: el demandante ha de prestar caución, a satisfacción del juez, de indemnizar los perjuicios que puedan ocasionarse al demandado o a terceros con el embargo. La caución tiene a prevenir el abuso del derecho, o sea, que una persona por hacer daño o por imprudencia o temeridad embarguen bienes de terceros o que no den lugar a litigio con el demandado. La caución es cancelar por la finalización del embargo, y si la acción no prospera, se levanta este y se condena en las costas y perjjuicios al demandante, que se hacen efectivos preferentemenre sobre la caución.El momento de ésta lo señala el juez, teniendo en cuenta el valor aproximado de los bienes materia del embargo, el valor de la acción, la posible duración del litigio, etc. Miguel Angel Alvarez Conferencias Derecho Procesal.

Otro artículo de vinculación con la teoría que comentamos, está en el Art. 283 del c.cj.'En cualquier estado del juicio en que el demandado compruebe que hay exceso en el secuesttro, debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante. Esta solicitud se sustancia como una articulación."

En Casación de abril de 1942, la Corte ha expresado, que el abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de

donde corresponde a su finalidad o le ha desviado de ella.Entre nosotros aquella locución no designa simplemente una teoría, sóno que ya determina disposiciones legales, como la de los Arts. 283 y 294- del c.j."

En el caso del Art. 293. Inc.3º del c. j., también han creido, los autores, darse la teoría que comentamos, en el sentido de que se abusa de la medida preventiva: 293. c. J."El embargo y secuestro preventivos se deben levantar en los casos siguientes: 3º Si se practican antes del juicio y no se promueve demanda dentro de los seis días siguientes al último de la diligencia, más el término de la distancia, si es el caso."Si se practican antes de juicio y no se promueve demanda dentro de los seis días siguientes al último de la- diligencia, más el término de la distancia, si es el caso. Esta disposición es para el secuestro. Si se trata de embargo solamente deberran contarse los seis días a partir de la fecha de la inscripción por el registrador, del decreto respectivo.Naturalmente, que la ley- fijó un término para la ejecución del juicio principal, y con este objeto evitar el abuso en la ob ención de las medidas preventivas.

Por último la Corte ha bosquejado la existencia del abuso en el Art. 1021 del c. J. que dice: "Que si al momento de practicarse el secuestro, los bienes se halla en persona distinta - del ejecutado, y que manifieste que le pertenecen. Si la decisión - es adversa a este retenedor, se ordena llevar a efecto el secuestro entregando la cosa al secuestre nombrado en el juicio, y se condena al opositor, si aparece temerario, a las cosas del incidente y a pagar al ejecutante una multa de diez a mil pesos según la importancia del asunto.Igual cosa sucede si se resuelve en decisión a favor del- tercero." Aquí resuelve la Corte, la subsistencia del abuso, por la temeridad. Como vemos en todas las decisiones judiciales,en que haya temeridad, culpa, dolo, etc. se compromete la conducta de los hombres, y a este panorama de la vida, es lo que han llamado abuso de- los derechos.

TITULO VII

SINOPSIS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN SUS TRES ESCUELAS FUNDAMENTALES. (Síntesis).

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA TEORIA DE LA CULPA

Para poner en claro nuestro pensamiento, sobre el tema del abuso de los derechos, hagamos sus críticas a las teorías- comentadas, en sus tres escuelas fundamentales: La teoría moral o - intencional de Ripert, la teoría finalista o funcional ó de los móviles jurídicos de Josserand y por último la teoría de la culpa de- los hermanos Henry y Leon Mazeaud.

LA TEORIA DE RIPERT

Ripert, funda su tesis del abuso de los derechos, en el ejercicio de los derechos con la única intención de perjudi - car a otro, es decir, cuando el titular de un derecho lo ejercita - sin obtener o reportar de su actividad beneficio alguno, pero causa, en cambio, perjuicio a otro, caso en el cual, está demostrando que- su intención fué únicamente la de causar daño, y , por consiguiente está obligado a la reparación.

Explica, el Profesor Francés, que son dos cosas - muy distintas el abuso de los derechos y la culpa extracontractual, por cuanto en la culpa persiste la violación de una obligación gene ral de prudencia y diligencia, en tanto que en el acto abusivo, no- hay propiamente ninguna violación de la obligación.

Todas estas direcciones dadas por Ripert,son censurables. Opino, que el mencionado Profesor, parte de una confusión sistemática entre el abuso del derecho y el abuso a las cosas. El - derecho, por si mismo, nunca puede ser abusado, siempre ha permanecido en sus lindes de perfección, pensar en lo contrario, es sostener una tesis injurídica, que sólo lo hacen los expositores que sin comprensión del asunto, lanzan al mundo del derecho, conceptos arbitrarios, sin asimilación,tal vez, de la forma de producción de sus conceptos.

Por otra parte, el Profesor Francés Ripert, con - sus matizadas teorías, llega a una confusión de principios, no determina, cual es el campo en que actúa ú opera la mencionada teoría del abuso de los derechos.Sin embargo, dentro de su exposición, hace dominar el tema moral, campo muy amplio para esbozar su tesis, pero - muy dificil, para solucionar un conflicto. Si entendemos, todo el - panorama de la moral, como aplicable a la teoría del abuso de los derechos, llegaríamos a una conclusión, de extensión de la norma a los hechos morales. . Preguntamos nosotros, ¿ podrá darse el abuso del de

recho, donde ya no opera la ley positiva ?.Todos los expositores con testarían unanimemente que nó, por la simple razón, de que, las obligaciones morales escapan a la operancia de la ley; máxime si se tiene en cuenta, que la teoría del abuso del derecho, tal como la ha entendido nuestra Corte Surpema de Justicia, se resume en un resultado, la de indemnizar daños y perjuicios.

Por lo tanto, el campo moral no puede ser suficiente para solucionar este problema, surgido con motivo de la aplicación del ejercicio de los derechos, a los actos morales. En otros términos, los deberes morales o simples obligaciones, no inciden en la teoría del abuso, afirmar lo contrario, sería un absurdo, luego, el campo moral, no nos sirve para edificar la teoría del abuso de los derechos.

En otro pasaje comenta Ripert: .."se perpetúa el abuso de los derechos, con el solo elemento, la intención de perjudicar a otro; cuando el titular del derecho ejercita su actividad sin obtener beneficio alguno, produciendo entonces un perjuicio a otro, está obligado entonces a repararlo.". Se pregunta, qué se entiende por intención de perjudicar a otro ?. Será una solución de la ley moral ?. ó una cuestión que solamente se la encaja dentro del campo de la responsabilidad ?. Si lo primero, sería inconcebible, ya que, dentro del campo de la moral, no se puede hablar de hechos punibles sancionados por la norma legal; por consiguiente, no hay más remedio, que abordar al panorama de la responsabilidad extracontractual, con sus carácterísticas: culpa,dolo,perjuicio y relación de causalidad entre estos.Si esto es asi,la tesis de Ripert ha saltado un espacio muy largo, hasta llegar al seno de la responsabilidad, que él quería evitar. Tesis éstas, que nos está demostrando nuestro criterio a seguir sobre esta materia, es decir, la no existencia del abuso de los derechos, sino que el ejercicio de los actos humanos, comportan, ó bien una culpa o un dolo, bases de la resposabilidad extracontractual.

Acorde con estos conceptos, Ripert, afirma que, el abuso de los derechos y la culpa extracontractual, son dos cosas diferentes, no obstante, sin advertir, tal vez, una mínima, contradijo su tesis, al sostener que, la intención de perjudicar son bases del abuso de los derechos,siendo aquella bases de la responsabilidad, no hay más que advertir, sino una confusión entre la culpa extracontractual con el abuso de los derechos, que él quizo siempre evitarlo.

Todas estas aseveraciones, hacen falsear la tesis de Ripert, a parte, que , si observamos, detenidamente la exposición de Ripert sobre ésta materia, se encuentra a cada paso, contradicciones, en unas, haciendo valer el deber moral y en otras aceptando como base del abuso, la teoría de la responsabilidad. Todas estas manifestaciones producen inquietudes jurídicas, que es necesario analizarlas y discutirlas.

Muy largo se haría el comentar punto por punto, la discutida teoría de Ripert, lo cual, daría margen a una obra - de bastas proyecciones, que mis capacidades no alcanzan a llegar- a ese lugar, únicamente me adhiero a cumplir con un deber de re - glamento en mi afán de coronar muy pronto mi carrera profesional.

JOSSERAND Y LA TEORIA DE LOS MOVILES JURIDICOS. (Síntesis)

TEORIA FUNCIONAL O FINALISTA

A Josserand, le tocó experimentar las mismas modalidades suscitadas a Ripert, en la exposición de su teoría del abuso de los derechos. Funda su tesis, en el llamado sistema funcional, finalista o teleológico, que consiste, en que puede haber abuso de un derecho, no sólo cuando la única intención del titular ha sido la de causar perjuicios a otro, síno también, cuando el derecho se lo ejerce en forma contraria a su destinación económica y social, causando daño por este ejercicio anormal.

Igualmente dijimos, que a Josserand, le ha caracterizado siempre, la creación de la teoría empírica de los móviles jurídicos, quién, siempre ha buscado la forma, de aplicarla en todo el panorama del derecho civil, sin importarle, que sus argumentos - fuesen deleznables. Se dijo tambien, que Josserand sufrió el mismo cambio jurídico de Saleilles, por lo mismo, desde la inicación de - la tesis del abuso de los derechos, viene contradiciendose paso a - paso, como luego lo analizaremos.

En su primera obra D'E L'ABUS DES DROITES, sostuvo el Profesor Francés, que se puede comprometer la responsabilidad en el abuso de los derechos, concebido este abuso, con carácter e - sencialmente subjetivo, y que tiene por objeto, no la intención de dañar, síno en la ausencia de interés legítimo. Veintidos años más- tarde, cuando hubo leído a Planiol, su Teoría filosófica, de la negación del abuso de los derechos, cambió completamente el carácter de la teoría, y para, conciliar la afirmación anterior, publicó su nueva obra DE L'ESPRIT DES DROITS ET DE LEUR RELATIVITE, con el subtítulo: THEORIE DITE DE L'ABUS DES DROITES, presentando en esta obra, su criterio social y teleológico, teniendo en cuenta los principios superiores de la relatividad de los derechos.

Josserand, vé en el criterio funcional, toda la teoría del abuso de los derechos en su armoniosa unidad y en todos los diversos casos particulares. Para mi entender, este criterio funcional, es una terminología general, noción vaga e indeterminada, - que sin embargo, referida a cada sujeto, a cada actividad, puede definirse y determinarse, sin duda, sea en esta forma como lo entiende

Josserand, ya en lo que respecta a cada instante conocido de la vida social y económica.

La palabra función, es una terminología de Duguit, que quiere decir, sin derecho, producto de obligaciones, etc.Si esto es asi, ¿ el abuso de los derechos será una obligación económico social ?. Cuál será el sentido que le ha dado Josserand, para arriezgar toda la teoría del abuso, en este laberinto tan amplio ?.Pueda que el Profesor francés se refiera, a que todos los derechos son funciones, y a la vez, correlativos unos de otros; pero, esto, no lo ha expresado, síno que, en su itinerario de exposición, se refiere a la obligación de ejercer los derechos con un sentido vago, tal como es, la amplitud del vocablo económico y social. Por estas aseveraciones, Josserand, no se nos muestra muy claro en su tesis, como quién dice dudando de la teoría.

Es inaceptable, de que el fundamento del abuso, - esté enlazado con la idea funcional, porque, la palabra función,no significa nada en la teoría del abuso de los derechos; el abuso, tal como lo entiendan, siempre lo declara el juez, tomando como punto de partida los principios de la responsabilidad extracontractual y descartando la teoría de los fines económicos y sociales, por la ambiguedad de su aplicación.

Sin embargo, Josserand, al referirse al derecho de propiedad, lo mismo que al motivo legítimo, cuando menciona, que el abuso del derecho no es forzosamente cuestión de móviles, nos indica que, en el abuso de los derechos se compromete la responsabilidad.Veamos textualmente lo afirmado: "...el abuso puede estar constituído por una culpa leve y aún por el carácter antieconómico del acto ejecutado; lo que el juez debe investigar más que el móvil a que obedeció el agente, es la dirección en que enfiló su derecho,- el uso que hizo de él; si esta dirección y este uso son incompatibles con el espíritu de la institución, el acto es abusivo y viene a ser, por consiguiente, productivo de responsabilidad."

Esta sentencia de Josserand, nos está manifestando,su retroceso a sus primitivas teorías, es decir, la admisión de la culpa como causa del abuso y, a la vez, un desconocimiento a la teoría de los móviles y los principios económico social.Preguntamos ahora, ¿ qué sucedió con la tesis finalista, de los móviles jurídicos, económico social de Josserand?. Francamente al expositor no se le entiende, no sabemos, cual es el criterio definido sobre estas - teorías, en unos párrafos admite la teoría teleológica, en otros la tesis de la responsabilidad, en fin no acuerda una teoría sólida y realmente respetable.

Mucho esfuerzo han hechos los expositores, en la interpretación de ésta doctrina de Josserand, entre ellos, citamos, la doctrina de la Corte, que en muchos pasajes, se ha adherido al- pensamiento de el profesor francés; lástima que sus argumentos no- hayan sido fuertes, para que más tarde, la misma Corte haya desecha- do ésta tesis y aceptado como favorable los principios de la respon- sabilidad.Esto indica, lo frágil e indeciso del pensamiento econó- mico y social, ideas muy amplias, que vagan sin un asidero y por lo mismo contradictorias en si mismas.

LA TESIS DE LOS HERMANOS MAZEAUD

Los Hermanos Mazeaud, sostienen que, el abuso del derecho es una culpa que se comete en el ejercicio de ese derecho.E- sa culpa, debe consistir en la intención de perjudicar, caso en el cual hay culpa delictuosa.Pero pueda igualmente provenir de una sim- ple imprudencia o negligencia, caso en el cual hay cuàpa cuasidelic- tuosa.

En realidad de verdad, el ejercicio de un derecho comporta una conducta de un hombre prudente y diligente; si su con- ducta es contraria al del hombre normal, es decir, hay imprudencia, entonces se comete culpa al ejercitar el plexo de facultades legales, y como consecuencia dará lugar a reparar ese daño causado, con la indemnización del perjuicio.

Lo único que no acuerdo con los Hermanos Mazeaud, es de que, el abuso de los derechos sea una culpa. Ya hemos observa- do, que los actos ú omisiones de los hombres son los culposos, no - porque son perjudiciales, síno porque son contrarios con el mismo derecho. El daño como lo afirma Planiol, constituye la condición pa- ra que la culpa sea reprimida por el derecho.La culpa existe jurí- dicamente por los resultados que ella produce, es decir, por el da- ño que hay podido causar.

Igual cosa, cabe decir cuando se usa de los dere- chos, los actos son ilícitos. Si se ha producido exceso o extrali- mitación de los derechos, en este caso son ilícitos.Hay que enten- der que los actos perjudiciales, no es lo que se llama abuso de los derechos, de allí la contradicción de los hermanos Mazeaud. Muy cla- ro es como lo sostiene Planiol, al decir, de que 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 con trario a él.

De otro lado, el derecho que se abusa, no es dere- cho; asi por ejemplo el que se extralimita con actos dañosos en el ejercicio del derecho de propiedad, no está abusando del derecho propiamente dicho, síno abusando de la cosa material y por lo mismo

encastillándose en los moldes de la responsabilidad, existe culpa, un hombre prudente y diligente colocado en las misas circunstancias externas, no lo hubiera cometido.

Otro antecedente: el derecho no es culposo ni doloso, corresponde ésta dualidad a los actos perjudiciales de los hombres y no al mismo derecho. Concluímos, no en la aceptación general de la tesis de los Hermanos Mazeaud, síno en la aseveración de que en todos los actos perjudiciales producen culpa y por lo mismo responsabilidad, los cuales, dan como resultado la indemnización de los daños y perjuicios causados.

NUESTRA TESIS

Si hay un contrasentido en la aceptación de las ideas anteriores, debemos nosotros bosquejar al rubro de ésta monografía, nuestro pensamiento a seguir, a travez, de todas estas manifestaciones aconsejadas sobre el abuso de los derechos. Creo, y estoy muy convencido en la no existencia de la teoría del abuso, porque hablar de ello, sería una negación del mismo derecho, y a la vez, aceptar otro contrasentido, que dentro de lo injusto está operando el derecho.

Es una verdad, de que los derechos nunca son absolutos, la mayoría de ellos son limitados , y por lo mismo,están sometidos para su ejercicio a diversas modalidades. Lo cierto de todo esto, es que puede haber abuso en la conducta de los hombres, pero nó al ejercitarse un derecho,síno cuando se sobrepasan o se extralimitan de su misión esencial.El ejercicio de los derechos, comporta limitaciones, los derechos que se los consideraba como absolutos, han dejado de serlos;otros que ya sufrían restricciones poco numerosas, han visto multiplicarse sorprendentemente las suyas. Tesis éstas que unánimemente la han aceptado los expositores; pero si afirman unos, la existencia del uso abusivo de los derechos, y para otros, un acto realizado sin derecho. Es decir, como lo sostiene el jurista Planiol, una idea justa con una fórmula falsa.

Teniendo en cuenta el papel atribuído a la intención dañosa, han sostenido los exejetas, que, es imposible tolerar que en la sociedad el titular de un derecho lo ejercite sin ningún interés real, y únicamente con el objeto de perjudicar a otra persona. También en este caso se ha dicho que abusa de su derecho, adquiriendo entonces la expresión un sentido como preciso: significa esto, que la intención que anima al titular del derecho, basta para convertir en ilícito un acto que obje-

tivamente sería lícito. Se incurre en responsabilidad por estos actos intencionalmente nocivos.

Nuestra jurisprudencia Colombiana, en algunas- sentencias, han admitido constantemente, que se incurre en res- ponsabilidad, cuando se abusa de un derecho, entendiendo la ex- presión en el sentido dado en el párrafo anterior.La idea es - bastante generosa. Su aplicación es lo que no debe exagerarse.- Como expresa Planiol, "Los hombres pasan su vida dañándose unos a otros; la vida de las sociedades es una lucha perpetua y uni- versal; toda acción, todo trabajo, es un hecho de concurrencia económica o social;todo hombre, toda nación que adquiere una su perioridad en una rama cualquiera de su actividad, suplanta a o tros, domina a sus concurrentes, los daña y tiene derecho a e- llo. Pag. 290. Comp. Planiol.

Por estas razones, descartamos la teoría del a buso de los derechos, para aceptar los ejercicios dañosos como causa de culpa; muy bien lo ha hecho nuestro código civil, en no haber consagrado la arcaica teoría del abuso de los derechos,por que sus redactores sabían, que todos los ejercicios perjudiciales, ya por delito o por culpa daba lugar a la responsabilidad, con - su consecuente, la indemnización de los daños y perjuicios.Los - artículos 1.001, 2341, etc. claramento lo confirman.

Sin embargo, en la doctrina y en la jurispruden cia colombiana, se usa mucho la expresión ABUSO DE LOS DERECHOS. Pero, como examinaremos en la transcripción de sentencias de los Tribunales y de nuestra alta Corporación, constantemente confun- den el acto ilícito por violación de una regla legal o por culpa, y el acto abusivo en razón de la intención que anima a su autor. De otro lado, erróneamente se emplea la expresión abuso del dere cho, cuando el autor del acto no invoca para su defensa ningún - derecho determinado, pretendiendo únicamente, haber usado de su- libertad de acción.

Por otra parte, cabe anotar, que la Jurispruden cia de la Corte y de los Tribunales colombianos, en su incesante búsqueda de una fórmula precisa, ha obtenido, las contradicciones más absurdas que pueda esperarse, unas veces, aceptando teorías uraña a nuestro derecho, y en otras exponiendo criterios incohe rentes, desligando en un todo el camino a seguir por nuestro có- digo civil. Si esto se observa en la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, qué decir, de las desafortunadas tácticas dadas por copistas, que sin comprensión del asunto, han bosquejado sus pun tos de vista, por senderos incomprensibles , y a la vez, contra-

CONCLUIMOS: No admitimos la tesis del abuso de los derechos. La exégesis, la filosofía, la crítica y el mismo derecho la proscriben. Satisfecho se encuentra nuestra código, con las teorías de la responsabilidad extracontractual, y con ella, vé lo suficiente para sancionar a aquellos que cometen actos dañosos, contrarios a los que hubiesen cometido un hombre prudente y diligente, colocado dentro de las circunstancias externas de la operancia de la ley.

F I N

JRA/.

PARTE TERCERA

A P E N D I C E

LOS TRIBUNALES COLOMBIANOS Y LA DOCTRINA DEL ABUSO

Entre las inquietudes humanas, las decisiones judiciales tienen una gran preponderancia. Su fuerza productora de derecho ha sido considerada como el signo más vigoroso que se dió a la ciencia jurídica a principios de este siglo. La nueva misión del juzgador la trazó Eugen Huber - cuando a la cabeza del código suizo, escribió: "La ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. En los casos no previstos por la ley, el juez decidirá según la costumbre, y, en defecto de ésta, según las reglas que él establecería si hubiera de obrar como legislador. Se inspira para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizadas". No obstante lo transcrito, la cultura jurídica sobre tan importante materia, se halla dividida aún en dos tendencias: la romanista, o continental como se la llama en Europa y la anglo-americana. La primera, niega a la práctica su valor creador de derecho. Considera que en la forma abstracta se halla contenido el ideal de la justicia, y que, en consecuencia, el juez debe aplicarla al caso controvertido; opina que, al poner en contacto la norma jurídica con la vida social, el juez no la crea, la aplica simplemente. En cambio, la segunda tendencia busca el derecho en la práctica, en las decisiones de los buenos jueces. Estima que el derecho normativo emana de los jueces (judge mode law), que es un derecho revelado en los casos (case law).

Sin embargo de sus afirmaciones la primera tendencia no niega la imprtancia de la jurisprudencia en la formación del derecho. Esa importancia, resumiéndola, puede ser práctica, jurídica e histórica. Es práctica, en cuanto lleva a los jueces a buscar en cada fallo la verdad y la justicia, y los obliga, en virtud del espíritu de continuidad y del deseo de ponerse en contradicción consigo mismo, a reproducir, en casos análogos, sus fallos anteriores, y lo mismo que a no apartarse de las decisiones de sus superiores cuando para ello no haya fundamento plausible. Es jurídica, porque sin ser la jurisprudencia una norma, es fuente de derecho y elemento valiosísimo de formación de nuevas normas jurídicas. Es histórica su importancia, por cuanto la acción de los tribunales ha contribuído, en multitud de casos, a crear nuevas normas jurídicas, y, en otros, a transf[illegible]
por compl[illegible]

tar el derecho pretorio, la voz viva del derecho civil, según la expresión de Marciano, que lo llegó a suplir y corregir, por sanos motivos de equidad y por justas causas de utilidad pública.Este derecho honorario, obra de los pretores, supo armonizar los principios arcaicos del stricto jus con las exigencias de los nuevos tiempos, por cuya razón la jurisprudencia pretoria fue tenida siempre como modelo acabado de labor judicial. (Cita Dr. Ma.Coral.)

1. LA RESTITUTIO IN INTEGRUM COMO CONSECUENCIA DEL ABUSO

"Frente al abuso del derecho, teoría nueva y hoy en boga, la restitutio in integrum, es su consecuencia fatal.

En efecto: la función del derecho tiene dos fases: una estática que es el derecho en reposo, dispuesto a funcionar pero sin ejercerse aún;y otra dinámica que se caracteriza por su funcionamiento y por la realización práctica que hace nacer los beneficios para el titular.El derecho en función estática no puede dañar a nadie;pero cuando toma el funcionamiento dinámico entonces su ejercicio se abre frente al sujeto titular del derecho y frente a terceros con quienes se los ejerce.Frente a estos si funciona dentro de las normas de equidad, rectitud de acuerdo con el acto contractual, el derecho se consolida;pero cuando al ejercerlo, se causa involuntariamente y aún con malicia,perjuicios, entonces sale de su órbita normal para caer dentro de las sanciones civiles que la ley y aún la equidad sancionan.Entonces viene la ley a prohibirlos, por eso ha establecido como principio que quien comete una falta, una culpa, un dolo y aún una negligencia u omisión, es responsable civilmente de los perjuicios o del daño causado.

Cuando tal cosa se comete, esos actos se los puede calificar como contrarios al mismo derecho.Hay, pues, en ello una extralimitación en la función del derecho,que por causar daño debe ser reparado.De lo anterior, los tratadistas deducen que para el abuso del derecho deben concurrir tres condiciones indispensables: ejercicio de un derecho, abuso o extralimitación de éste y daños causados a terceros por este mismo ejercicio; daño que deben ser material"
Sentencia del Tribunal de Pasto. Febrero 8/41. Foro Nos 121 y 122. Pag. 1035.

2

"El Abuso del derecho consiste en el uso de derecho, objetivamente legal, que ocasiona un daño en forma inmoral o antisocial.Quien en el ejercicio de un

daño a otro, intencionalmente o por negligencia, está obligado a repararlo, si sobrepasa los límites fijados por la buena fé o por el fin para el cual ha sido conferido tal derecho" (S.Tribunal de Bogotá. Junio de 1942).

3 A su vez el mismo tribunal declara: "El abuso del derecho. Tratándose de personas morales o entidades de derecho público, el criterio intencional es insuficiente por si sólo para reconocer en sus actos la existencia del abuso del derecho.Limita erróneamente el alcance del artículo 2341 del c. c. el Tribunal que exige la prueba del animus nocendi en tales demandados". (Tribunal Bogotá Julio de 1936).

4 "En el campo de las obligaciones, la fuerza o violencia consiste en vías de hecho o en meras amenazas que obran en el paciente por medio del temor que la inspiran. Esta intimidación no excluye el consentimiento en la forma radical pero si afecta la libre voluntad del agente, de manera que el amenazado sólo presta al acto o contrato un consentimiento imperfecto, viciado, que determina la nulidad relativa del mismo, porque en la base fundamental de la declaración de voluntad debe encontrarse la libertad de determinación de quien la emite, a la cual se opone la intimidación proveniente de la fuerza o violencia.

Para que el vicio se produzca, es necesario que la violencia material o moral haya sido la causa determinante del contrato y que sea injusta, como proveniente de un acto ilegal, o culpable, o simplemente abusivo o excesivo del agente.

En el estado actual del derecho positivo moderno, el acto abusivo es acto antifuncional, el acto contrario al espíritu de un derecho determinado.Cada derecho tiene su espíritu y su finalidad propios, y, quien quiera que trate de desviarlo de su misión social comete una falta, delicutal o cuasi delictual, suceptible de comprometer en tal caso su responsabilidad, ya que estamos obligados a poner nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión, pues, de lo contrario, no las ejerceríamos, sino para abusar.

El ejercicio de un derecho y aun la amenaza de recurrir a las vías coercitivas no son legítimos sino mientras no constituyen abuso.El empleo de medios legales toma el carácter de violencia cuando una de las partes contratantes recurre

a él para constreñir la voluntad de su adversario, quitando asi al consentimiento de este último toda libertad".

5 "lor. La acción por el abuso del derecho, doctrinariamente, sólo da lugar a reparación de perjuicios y se la hace descansar en el principio general del artículo 2341 del c.c., que es complementado con el 2356 ibidem.

2o. La teoría del abuso del derecho está intimamente ligada a los principios de la buena fe que rigen la celebración y ejecución de los contratos.

3o. Fuera de aquellas disposiciones civiles que permiten incoar acción reparatoria por abuso del derecho, existen en nuestro código judicial otras encaminadas a reprimir el abuso de litigar, como las de los arts. 283,293,294,1021 y 575 .

4o. El artículo 575 del Código Judicial, doctrinariamente permite cuando se ha sido víctima de un abuso de litigar, y se ha obtenido en el proceso temerario e injusto absolución, demandar en juicio ordinario, en ejercicio de la acción reparatoria consiguiente, por las costas de otro género no propiamente procesales que se hayan acarreado y de que se haya sido victima, ya sean patrimoniales o morales, no incluídas en las útiles procesales de que trata la mentada disposición. (Tr. de Bogotá Mayo 20 de 1940).

6 "...Esta teoría, según lo observa su modernísimo expositor de derecho civil, se basa en el principio de la relatividad de los derechos y no es propiamente nueva pues ya estaba consagrada en Roma por el derecho pretoriano donde se conoció la prestancia de la paenae temere litigatinum y donde la máxima sumum jus summa injuria, era una concreción de ese principio.

El derecho de recurrir a las vías legales, que no es absoluto sino relativo, puede degenerar en abuso.Aun dentro de nuestro código puede hacerse efectiva responsabilidad por el abuso del derecho, siempre que aparezca de manifiesto el dolo, malicia o negligencia culpable". S. Tr. de Ibague de abril 24 de 1936).

7 "Abuso del derecho .solo cuando al ejecutante se le puede imputar dolo o culpa es responsable de los daños que cause el embargo a terceros.

"Porque todos los bienes del deudor están gravados para el pago con la prenda táctia dicha en el art. 2488 del c.c

sente no da caución de que son bastantes para el pago lo de que se le cobra.En semejantes circunstancias y según aforismo de que quien hace uso de su derecho a nadie daña, no puede ser responsable el ejecutante, por el denuncio de bienes, de acuerdo con la doctrina de los artículos 2341 y 2356 del c.c., sino cuando se le pueda imputar delito o culpa.

En relación con un caso semejante al actual que falló este Tribunal el 25 de abril de 1934 (juicio ordinario) consideró la Corte, en cas. de 30 de octubre de 1935 que para que pueda ser civilmente responsable el ejecutante era necesario que se considerara que realmente había habido un perjuicio (elemento objetivo) y que ese perjuicio hubiera sido causado por uso ano mal, mal intencionado, imprudente, inconducente o exeesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes.De esa sentencia de casación son los siguientes apartes que muestran claramente la doctrina de la Corte:"El Código Judicial al no autorizar el embargo y secuesto de bienes sino la cantidad suficiente para seguridad del pago, para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios, y no ya solamente de las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de deiz a mil pesos, en todos esos casos el código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para al ejecutante, porque, no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor".

La cuestión planteada en este pleito adquiere una modalidad más concreta y definida, en presencia de los artículos 274, 294 y 1021 del c. de procedimiento civil, al tenor de los cuales la TEMERIDAD del que pide un embargo y secuestro preventivo puede traerle consigo, en caso de vencimiento, no sólo la obligación de pagar las costas procesales, sino, además, la de INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS que el embargo y secuestro

causar al demandado o a terceros, y en el caso de insistencia en que esas medidas se mantegan, la temeridad trae consigo una multa de Diez a mil pesos, a cargo del ejecutante que insista, y que se impone dentro del mismo juicio ejecutivo, al decidirse la articulación de desembargo a favor del legítimo tercer poseedor, como una sanción a la temeridad de la insistencia del ejecutante".

"La sanción de la multa no existía bajo el sistema de la Ley 105 de 1890, y del artículo 374 del C.J.anterior, pero sí la de pago de perjuicios a cargo del ejecutante malicioso, deducida en acción separada y en desarrollo de la teoría general de resarcimiento de daños y perjuicios.Y de ahí que la Corte Suprema de Justicia, según la doctrina citada por el recurrente, decidiera en 1899 , que es obligación del que haya obtenido el depósito de los bienes de otro, en los casos de los artículos 374 del C.J. y 19 y 20 de la Ley 105 de 1890,indemnizar al dueño de los bienes depositados los perjuicios que éste pruebe le causó el depósito, porque con el secuestro puede causarse daño al propietario, privándolo por tiempo determinado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos; pero la citada jurisprudencia subordina la obligación del resarcimiento de daños a la imprudencia del peticionario que no estuviera seguro del derecho que pretendía afirmar con aquella medida,de manera que la responsabilidad siempre era SUBJETIVA, aunque el daño era preciso demostrarlo a la vez como objetivamente realizado.Hoy subsisten los mismos preceptos sustanciales del c. c., que entonces interpretó la Corte, pero han variado las circunstancias procedimentales en que tienen aplicación".

Resumiendo, no es de ahora la tesis de este Tribunal de que para que en casos como el de que ahora se trata exista la responsabilidad por los perjuicios causados, es necesario demostrar la temeridad en el procedimiento (elemento subjetivo, artículo 1021 del C.J.) y que realmente se causó daño (elemento objetivo, artículo 2356 del c.c.)". Sentencia Tr. Medellín. Enero 25 de 1937.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y LA DOCTRINA DEL ABUSO

1"ABUSO DEL DERECHO"

"La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las transacciones y transgresiones del derecho entre los particulares (Art. 194 del mismo Código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza.El mismo Código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho.Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de los límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña.Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho,degenera abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil.En muchos casos, las leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sancionan con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida". Casación Civil. Magistrado Ponente, Dr. Antonio Rocha.Octubre 30/35 Gaceta Judicial Ns.1907/8 Pag. 313.

2CULPA EN EL DENUNCIO CRIMINAL

"La acción civil de reparación del daño patrimonial, material y moral, que una persona cause a otra por razón de un denuncio en el que se le sindica como responsable de un delito, cuando ésta es absuelta por el juez de lo criminal, u obtiene a su favor un sobreseimiento, no es la misma que puede deducirse por ella contra el acusador particular.

"En el primer caso, el denunciante no está obligado sino a decir la verdad, y nada más que la verdad; y la absolución que recaiga sobre el sindicado puede producirse sin que el denunciante haya faltado a la verdad; de ahí que el denunciante no incurre en pena de calumnia, sino en la de falso declarante o perjuicio, en su caso, si se prueba que ha faltado a la verdad en su denuncio (artículo 573 del C.P.); y de ahí también que si al denunciante no se le puede condenar criminalmente por perjuro o por falso declarante que el solo hecho de que la investigación a que dió lugar con su denuncio no produjo la condenación del sindicado, sino mediante el respectivo juicio criminal del cual se deduzca que incurrió en perjurio o en falsa declaración, tampco es responsable civilmente de daños y perjuicios por haber sido absuelto aquel a quien denunció

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y LA DOCTRINA DEL ABUSO

1"ABUSO DEL DERECHO"

"La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las transacciones y transgresiones del derecho entre los particulares (Art. 194 del mismo Código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza.El mismo Código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho.Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de los límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña.Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho,degenera abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil.En muchos casos, las leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sancionan con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida". Casación Civil. Magistrado Ponente, Dr. Antonio Rocha.Octubre 30/35 Gaceta Judicial Ns.1907/8 Pag. 313.

2CULPA EN EL DENUNCIO CRIMINAL

"La acción civil de reparación del daño patrimonial, material y moral, que una persona cause a otra por razón de un denuncio en el que se le sindica como responsable de un delito, cuando ésta es absuelta por el juez de lo criminal, u obtiene a su favor un sobreseimiento, no es la misma que puede deducirse por ella contra el acusador particular.

"En el primer caso, el denunciante no está obligado sino a decir la verdad, y nada más que la verdad; y la absolución que recaiga sobre el sindicado puede producirse sin que el denunciante haya faltado a la verdad; de ahí que el denunciante no incurre en pena de calumnia, sino en la de falso declarante o perjuicio, en su caso, si se prueba que ha faltado a la verdad en su denuncio (artículo 573 del C.P.); y de ahí también que si al denunciante no se le puede condenar criminalmente por perjuro o por falso declarante que el solo hecho de que la investigación a que dió lugar con su denuncio no produjo la condenación del sindicado, sino mediante el respectivo juicio criminal del cual se deduzca que incurrió en perjurio o en falsa declaración, tampco es responsable civilmente de daños y perjuicios por haber sido absuelto aquel a quien denunció

porque la acción civil emana en este caso, no del denuncio en si mismo, que es un deber de ciudadano, según el Art. 1614 del C.J., sino de haber delinquido como perjuro o como falso declarante al dar el denuncio.Por eso y por cuanto los artículos 39 de la Ley 169 de 1896 y 9º de la Ley 92 de 1920, hacen depender el ejercicio de la acción civil de lo que previamente resulte de una sentencia ejecutoriada dictada en causa criminal, el denunciante está amparado por una presunción de veracidad, que no se destruye con la mera absolución del denunciado sino cuando a aquél se le condene criminalmente, conforme al artículo 753 del Código Penal.

"El concepto envuelto en el precdente aparte no se refiere al caso en que la acción civil de reparación del daño se haga depender de la mera culpa o cuasidelito que pudo acompañar al delito.

"Distinto es el caso del acusador particular:el simple denunciante según el artículo 1613, no se obliga a probar su relato, mientras que el acusador, según el 1597, se constitye parte y se compromete a probar la veracidad de sus aserciones; y según el 1602, al proponerla por escrito, se obliga, bajo juramento, a continuar la acusación y a probar la verdad de su relato".

Casación Civil. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Rocha, Noviembre 7 de 1935 . Gaceta Judicial Ns. 1907/8 Pag. 332.

3 En el pleito de Eulogio Castaño contra Luis Alberto Villamizar se condenó al demandado a pagar los perjuicios que ocasionó al demandante como consecuencia de una acción criminal iniciada temerariamente. La Sala de Casación se expresó:

DENUNCIOS CRIMINALES TEMERARIOS .-DEFINICION Y CRITERIO DEL ABUSO.

"Respecto del abuso del derecho, las legislaciones contemporáneas, se dividen en tres grandes categorías:absolutistas, liberales y finalistas.Las primeras no dan pie para establecer la doctrina y las últimas disponen de textos legales especiales.Las segundas, aun cuando carecen de normas determinadas, permiten a su jursprudencia, con apoyo en el derecho positivo general, estructurar la teoria del ejercicio anormal de los derechos.Nuestra legislación está condicionada conforme a este segundo grupo.

"Es erróneo afirmar que el acto abusivo es simplemente una extralimitación del derecho que coloca a aquél bajo

las apariencias de éste, porque no puede comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho.

"Ya el profesor Josserand demostró que esa errada conclusión no considera sino una sola de las facetas jurídicas del acto abusivo, el cual se coloca en su verdadero cuadro únicamente cuando el juzgador contempla la doble acepción del derecho, a saber: la de jurisdiccional, o sea la de coonjunto de reglas sociales; y la prerrogativa determinada, esto es, la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares.Colocándose uno en el vértice de ese ángulo, ve por qué un miso acto puede a la vez ser conforme a un determinado derecho y contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad.El acto abusivo es sencillamente el que realizado en virtud de un derecho subjetivo , cuyos límites han sido respetados, es, sin embargo, contrario al conjunto del derecho, considerado como cuerpo de reglas sociales obligatorias.Puede uno muy bien tener para si tal derecho determinado y no obstante tener contra si el derecho todo entero.

El Art. 2341 del c.c., no distingue si el hecho allí previsto haya sido realizado en virtud de la simple liberalidad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesarimante extralimitación de un derecho, ni el vocable daño envuelve ausencia de derecho en quien lo causa.Afirmar lo contrario, es una petición de principio, desde luego que vendría a definir la culpa, que es la causa, por el daño que es el efecto, cuando lo hay, o viceversa.

"La noción de culpa, por lo tanto, no es el elemento diferenciador entre los actos ilegales y los abusivos.En éstos existe igualmente una culpa específica, sui géneris, distinta de la de aquéllos y que consiste en la desviación dada a un derecho cuando se le utiliza en contradicción su su espíritu.La culpa en el abuso del derecho no admite la división en los tres grados clásicos de la otra; grave, leve y levísima"

De acuerdo con la naturaleza del abuso cometido en el ejercicio del derecho, la culpa puede ser examinada a la luz de los criterios intencional, técnico, económico o social".

"No se pretende establecer la jurisprudencia de que exista responsabilidad cuando no acompaña el buen éxito a quien ejercite una acción, desde luego que ello equivaldría a consagrar el absurdo de que quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente.Pero cuando el error técnico del autor se

halla evidentemente caracterizado, su culpa si existe".
Casación Civil Magistrado ponente, Dr. Mújica. Agosto 5/37.
Gaceta Judicial N.1927 .Pag. 420.

4 ABUSO EN EL DERECHO DE PRESENTAR DENUNCIA CRIMINAL

En este asunto,para descartar la tesis del Tribunal, usa la Corte del criterio técnico, en virtud de que aquel órgano la fórmula sobre la circunstancia de que N.N.ejercitó su derecho, sin extralimitarlo, de denunciar un delito para proteger al mismo tiempo sus intereses, cumpliendo asi el mandato de informar respecto de una infracción penal a las autoridades del crimen

"Descartando en el demandado la intención de dañar al actor, es lo cierto que N. N. cometió un error de técnica en la elección de la vía penal, error de conducta en que no hubiera incurrido una persona diligente colocada en las mismas circunstancias externas del denunciante.

"En efecto, la sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del acto, revela en la conducta del que ejerció el derecho de denunciarlo criminalmente la ausencia de las precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente hubiera adoptado".

Los artículos 1613 y 1614 del c. de P. P., tienen su razón de ser en la necesidad, para el bien público, de que la justicia criminal pueda ser noticiada por los ciudadanos en interés general. Pero esas disposiciones no conducen a exonerar de responsabilidad a los autores de denuncios hechos temeraria o imprudencialmente, a la ligera, imputándolos perentoriamente a determinada persona.

"débese ello a que hoy es más frecuente las acciones de la responsabilidad con ocasión del ejercicio de un derecho que la surgida de obrar sin derecho.

"Por lo expuesto se deduce que el Tribunal dejó de aplicar, debiendo aplicarlo, el artículo 2341 del c.c.,por cuanto desconoció la existencia de culpa en el ejercicio del derecho de denunciar criminalmente, y más concretamente, en la escogencia de la vía penal para proteger su derecho.

"Con la copia de la sentencia de sobreseimiento definitivo a su favor, el acto, a quien correspondía hacerlo, probó que el denuncio carecía de fundamento, en en el sentido de que el denunciante dejó de aportar la prueba de los hechos

enunciados en la queja, porque éste no estaba obligado a ello, sino en el de la inexactitud de los hechos delictuosos que N.N. imputó a X.

"El sobreseimiento definitivo causa ejecutoria, pone término y tiene la autoridad de cosa juzgada (Art. 33 de la Ley 104 de 1922).De ahí que la persona en favor de la cual se pronuncia un sobreseimiento definitivo quede en condiciones por lo menos iguales, y aun superiores, a las de quien, llamado a juicio, acaba de ser absuelto.

"No se pretende establecer la jurisprudencia de que haya responsabilidad cuando no acompaña el buen éxito a quien ejercita una acción, desde luego que ello equivaldría a consagrar el absurdo de que quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente.Pero cuando el error técnico del actor se halla evidentemente caracterizado, su culpa si existe"
Casación Civil. Magistrado Ponente, Dr. Mújica. Sentencia Agosto 5/37. G. J.# 1927 Pag. 421.

5 CULPA DEL PROPIETARIO.- ABUSO DEL DERECHO

"Es principio de derecho civil consagrado en colombia por los artículos 2341 y 2351 del c.c., que toda persona que en el ejercicio de su actividad causa daño a otra por imprudencia o negligencia, debe reparar el daño causado.De esta regla no se escapa el propietario, quien , aun cuando en el ejercicio del jus abutendi puede usar su propiedad del modo que mejor le conventa, tal facultad ha de entenderse asi en tanto que se mantenga también dentro de la obligación correlativa de no irrogar, perjuicios a terceros, entre quienes están los vecinos, con los cuales esa obligación asume carácteres de mayor rigor.La jurisprudencia francesa ha declarado que los propietarios están obligados a emplear en el ejercicio de sus derechos de tales cierotos miramientos con sus vecinos, ciertas precauciones, cuyo conjunto constituye segúna una expresión en Francia corriente, las obligaciones de vecindad.Dícese que el ejercicio legítimo del derecho de propiedad termina donde empieza la culpa; y que para determinar si el propietario ha incurrido en culpa hay que atender más que al acto en si mismo, a la conducta de su autor.Para regular esa conducta se toma como timpo ejemplar la de un buen padre de familia.Se elige en abstracto ese ideal de propietario que logra conciliar sus intereses individuales con el interés de sus vecinos.La culpa entonces consiste en el acto que no cometería un propietario cuidadoso y diligente.... La doctrina francesa, siguiendo la regulación helvética, empléase cuandoquiera que se trata de aplicar a la culpa originada por la violación de las

obligaciones de vecindad el Art. 1382, que en el c.c. Francés sienta, como entre nosotros el 2341, el principio general de la responsabilidad por delitos y cuasidelitos.

"Esa doctrina reconoce el derecho de reclamar indemnización si el propietario de un edificio del cual salen humos, usa inmoderadamente su derecho, o si en lugar de una vivienda ordinaria, fomenta un establecimiento que por su explotacion produce humos perjudiciales para la finca vecina; o si se producen olores que hacen fastidiosas las habitaciones vecinas.naturalmente la misma doctrina tiene en cuenta que la vecindad produce molestias inevitables, habituales, de manera que mientras el propietario no exceda de esas molestias comunes los vecinos no pueden quejarse.Asi, en un barrio ya ocupado por fábricas y hornos, no podrá un propietario hacer construir una lujosa vivienda y quejarse más tarde de los inconvenientes de su vecindario.Hay, al contrario, derecho de indemnización contra el industrial que se instala en un barrio transquilo donde su fábrica viene a suscitar incomodidades graves a los vecinos por el hollín, el humo, el ruído, o los malos olores.En tales casos se concede indemnización considerando que se ha cometido un abuso del derecho"

Casación civil Magistrado Ponente Dr. Tapias Pilonieta. Diciembre 14 de 1937. G. J. N. 1930.Pag. 855.

6 ABUSO DEL DERECHO

"Según la teoría del abuso de los derechos cada uno de ellos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin, del cual no es posible desviarse a su titular.Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben, pues, ejercerse dentro del plano de las respectivas instituciones, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos,con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación; vanamente alégase que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho general o derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman juridicidad, o conjunto de la regla social...El abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave,equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de

causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada".
Casación Civil Magistrado Ponente Dr. Tapias Pilonieta. Febrero 21 de 1938. G. J. N. 1932. Pag. 61.

7 LIMITES DEL DERECHO

"No hay derechos absolutos; desde que hay sociedad e interés general y público, cada persona natural, o jurídica ve limitada su esfera de acción por la existencia misma de las demás personas; es del ejercicio armónico y simultáneo de los derechos de todos de donde surge la convivencia social o lo que la hace posible".
Sala Plena. Magistrado Ponente. Dr. Hinestroza Daza.Marzo 12/38. Gaceta Judicial N. 1933 Pag. 105.

8 ABUSO DEL DERECHO

"En dos casos bien distintos, según los autores, tiene ocurrencia el fenómeno jurídico del abuso del derecho: cuando se ejerce con la única intención de causar un daño sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su natural destinación o fuera de sus límites adecuados, casos estos en que la intención maliciosa cede su lugar prefente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa, y que constituyen los llamados actos excesivos.En ambos casos la actividad es evidentemente contraria al derecho, ilícita, constitutiva de culpa.Los hermanos Mazeaud, al estudiar la cuestión de si el autor de un denuncio inexacto o de una queja injustificada compromete su responsabilidad civil, la resuelven afirmativamente para los casos en que el denuncio ha dado por maldad o con previo conocimiento de su falta de fundamento, porque entonces ven una culpa delictual;pero consideran que fuera de esos casos de innegable malicia, no se puede establecer como principio la responsabilidad civil del denunciante en todos los casos en que su denuncio no prospere, en el sentido de que no alcance una realidad punitiva.

"Si se admite la responsabilidad del que formula un denuncio, deicen, se expone a graves peligros a todos los que su conciencia íncita a poner ciertos hechos en conocimiento de la justicia o de un particular.Esto ya sería suficiente para

rechazar una solución tan absoluta.Pero existe otro argumento en la definición misma de la culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un hombre normal hubiese obrado de modo distinto de como él lo hizo.Para condenar al autor de la queja, los Tribunales exigen que esta haya sido puesta temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes. Es preciso anotar una tendencia en la jurisprudencia a mostrarse muy severa con el denunciante.Este no obra a menudo sino para el bien público.De modo que es excesivo exgirle entonces que se entregue personalmente a investiaciones profundas antes de designar la persona que crea culpable.El interés general quiere que la justicia pueda ser informada por los ciudadanos" . Esta sentencia fué reproducida en fallos del 25/III.42 y 10/XI/44.
Casación civil. Magistrado Ponente Dr. Hernan Salamanca. Agosto 24/38. G. J. N. 1940. Pag. 56.

9 ABUSO DEL DERECHO

"Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias, se impone reconocer que el abuso del derecho implica o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de verdad en esto consiste.Si se opta por el criterio de subjetividad, es la intención de dañar en donde puede encontrarse; si se da prevalencia al criterio objetivo, es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina.Autores hay como Beudant que,aun permaneciendo en un criterio puramente subjetivo, encuentran sinembargo abuso no solo cuando se ejercita un derecho únicamente con intención de dañar, sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido".
Casación Civil. Magistrado Ponente, Dr. Hinestrosa Daza. Marzo 24 de 1939. G. J. N. 1945 Pag. 743.

10. ABUSO DEL DERECHO

"Las cuatro modalidades de que es suceptible el ejercicio de un derecho, a saber: a)El disfrute de hecho de su contenido; b) El hacerlo valer frente a los demás;c) El de disponer de él; y d) El de hacerlo efectivo por medio de la acción procesal, pueden ocasionar el abuso, en cuyo caso y en principio,ese ejercicio, que no tiene por fin estricto el adecuado para que fué creado el respectivo derecho, constituye un acto jurídico que obliga a indemnización".
Casación Civil. Magistrado Ponente Dr. Mújica. Sentencia de Octubre 5/39. G. J. Número 1950. Pag. 722.

11. ABUSO DEL DERECHO

"Posteriormente a ese fallo el legislador consagró expresamente la teoría como norma de interpetación, aunque como es obvio, sin determinar sus características esenciales ni inclinarse hacia ninguno de los fundamentos que la sustentan y sobre lo cual disputan los autores (Art. 21 de la Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras).

"Es, pues, la culpa el elemento determinante de la teoría que se estudia, y en que incurre el demandante por intención dañada de perjudicar o por no ser su interés serio y legítimo, esto es, por error de conudcta, en el cual los Hnos. Mazeaud hacen consistir la noción de culpa y por eso la definen asi: "Es un error de conducta, tal como no lo habría cometido una persona avisada, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño. Mas es oportuno observar que la jurisprudencia y la doctrina no consideran ya la culpa como una noción meramente subjetiva sino también objetiva y que por lo tanto puede existir a consecuencia de hechos ejecutados sin intención de dañar (Reproducida en fallos publicados en las Gacetas Nos 1901/2 y 1907/8).

Casación Civil Magistrado Ponente Dr. Escallón. Mayo 19 de 1941. G. J. Ns. 1971/72 Pags. 288 y ss.

12. ABUSO DEL DERECHO

En la legislación colombiana no está consagrada en fórmulas positivas la teoria del abuso del derecho.Lo que hasta hoy existe en esta materia en el derecho naciona es producto de la estructuración jurisprudencial de la teoría jurídica sobre los principios generales consignados en el Código Civil y que imponen la obligación de reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, es decir, la aplicación al ejercicio del derecho, como a cualquier otra clase de actividades, de las nociones técnicas de la culpa en que está cimentado el régimen legal de la responsabilidad civil.La expresión abuso del derecho, de términos antagónicos e inconciliables en concepto de algunos expositores, cifra cablamente los dos extremos de licitud e ilicitud en que se puede mover la conducta culposa, la noción honesta del ejercicio del derecho y la necesidad ética de no ser indiferentes a las consecuencias dañinas de su ejercicio abusivo o excesivo.Siendo indispensable la adopción de un criterio técnico en la calificación de los hechos para saber si pueden o no considerarse como constitutivos de un error conducta, corresponde necesariamente al arbitrio judicial

indagar, averiguar a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito para moverse dentro de la órbita jurídica normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial.

"El derecho de denunciar criminalmente, viniendo al caso del pleito constitutivo también de obligación o deber legal, no es de por si un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante;pero puede llegar a constituir una culpa cuando no ha sido hecho con un objetivo serio y de justicia y de buena fe y sobre hechos reales, pues entonces asume la naturaleza peculiar y las consecuencias del acto abusivo.Es necesario en esta ocurrencia producir la plena prueba de las circunstancias constitutivas de la culpa.Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque asi el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncio no se procedió temerariamente o con torcidos fines".

Casación Civil. Magistrado Ponente Dr. Hernan Salamanca. Octubre 23 de 1942 . Pag. 207 Tom. LIV.

13. ABUSO DEL DERECHO

"El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella.Entre nosotros aquella locución no designa simplemente una teoría, sono que ya determinó disposiciones legales, como la del citado Art. 283 del C. J. y la del 294 del mismo.Como ya se dijo, acierta el Tribunal al advertir que cuando alguien incurre en tal abuso, la acción de los perjuicios que haya causado con él corresponde a la victima.

"Por otra parte, cuando equivocadamente se denuncia para el pago en una ejecución un bien de una persona no obligada al pago, para quejarse ella del perjuicio que esto le haya causado le basta su calidad de dueño del bien y de extraño a la deuda, sin necesidad de que, si el denunciante fue el ejecutante, éste haya incurrido en exceso al ejercitar el derecho que elartículo2488 del c.c. le confiere, por haber ya bienes suficientes en la traba ejecutiva.Esos perjuicios se los ha de indemnizar quien se los causó si obró culposamente.

Gaceta Judicial N. 1984/5 Tomo LIII Pag. 303. Abril 9/42.

14 ABUSO DEL DERECHO

"Como la Corte ha tenido ocasión de advertirlo ya varias veces, ocurre distinguir entre ejercicio abusivo de un derecho efectivo y la arrogación de un derecho, puesto que, aunque en ambos casos en habiendo culpa hay la obligación consiguiente de indemnizar el perjuicio que se haya causado, esta igualdad de conclusión no autoriza a pasar por alto la diferencia de las fuentes.Esteictamente hablando, no es en abuso del derecho en lo que incurre quien, atribuyéndose unoo de que carece, daña a un supuesto obligado o a quien, estándole obligado, no puede ser compelido en la forma en que aquél lo hace.Ejemplo de esto, de no infrecuente ocurrencia, es la pretención de dar caríz de delito al incumplimiento de una obligación civil con el fin de forzar el pago con el temor de los perjuicios de todo orden, cardinalmente morales, que apareja a una persona el aparecer como delincuente.Y ejemplo de lo primero, muy señalado por la feliz circunstancia de mediar disposición legal escrita, es la limitación que el artículo 283 del C. J. ha puesto a la potestad conferida al acreedor por el Art. 2488 del c.c.

"Como la expresión misma lo indica, el abuso del derecho comienza por afirmar desde luego un derecho que asiste a quien lo ejercita.El abuso consiste en que en este ejercicio se exceda o se desvie de las finalidades que económica y socialmente corresponden y asi perjudique al perseguido, sin siquiera obtener las más de las veces provecho para si".
Casación Civil Sentencia de mayo 27/43 Magistrado Ponente Dr. Hinestroza Daza.G.J. Ns. 1996/97 .Pag. 317.

15 ABUSO DEL DERECHO

La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique demanda de indemnización de los perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida por esta Sala en uniformes y repetidas sentencias, al punto de constituir doctrina jurisprudencial.Entre otras, limitando la cita a las ya publicadas en la Gaceta Judicial y anotadas en los indices respectivos, son de traerse a cuento las siguientes: 19 de agosto de 1935. G.J. T.XLII. Pgs.455 y ss.La de 30 de octubre de ese mismo año. T. XLIII pgs. 310 y ss., la de 21 de febrero de 1938 T.XLVI Pgs. 56 y ss., etc.

"Algunas de estas sentencias han fundamentado detenidamente la teoría del abuso del derecho: todas ellas la han sostenido con la uniformidad antedicha.Innecesario, pues, repetir aqui los razonamientos a que acaba de aludirse.Además, en la presente controversia aquella no se ha negado, simplemente se ha discutido sobre si se ha producido o no ese abuso; de modo que,

habiendo el Tribunal llegado al concepto de que no se produjo, el recurrente sostiene que si y a esto encamina lo cardinal de su esfuerzo.

"La referida sentencia de 19 de mayo de 1941 cita a la que esta Sala prónunció en 1899, en que, sin nombrar aún la figura abuso del derecho, la presintió para nuestra jurisprudencia e indicó su ajustamiento a nuestro sistema legal,declarando desde entonces que el derecho solo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítims y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social.

Asi se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de esta sala relacionadas con esa tesis, a partir de 1935.Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo, mira ante todo al bien social y al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social,ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su finalidad estricta y efectiva, no puede ampararse en la máxima nemo laedit, porque con ese exceso o desvío si lesiona si perjudica, si daña.

"De otro lado, como también uniformemente lo han declarado aquellas de las citadas sentencias en que lo tocante al abuso del derecho se ha motivado por denuncios criminales, a las cuales se mira aquí de preferencia por su analogía con el tema en estudio, la Sala de ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptura que en éste hay prueba de culpa y aún de dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo como obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber.Si el denunciante quedara vinculado a la condena del sindicado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contingencia, ya que ante las incertidumbres de un proceso, rara vez sería posible vaticinar con seguridad su resultado.

"No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o no dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estao ambiental por decirlo asi, en la época en que la denuncia se formuló a fin de establecer si para entonces hubo o no un error de conducta en formularla.Si en todo proceso precisamente el sentenciador ha de analizar las probanzas, tal vez en ninguno como en los de culpa aquiliana es esa obligación más imperiosa".

Casaci=on Civil. Ponente Dr. Hinestrosa Daza. Marzo 7 de 1944. G.J. N.2006/9 Pag. 76 y ss.

16. LA VIOLENCIA VICIO DEL CONSENTIMIENTO EL TEMOR DEL INTIMIDADO

La Corte en sentencia de Casación redactada por el Magistrado Dr. Mújica, absolvió a la Corporación Colombiana de Crédito, por considerar que no estaban reunidos en el juicio los requisitos que hacen viable la acción rescisoria por vicio del consentimiento en el caso especial de una violencia llevada a cabo en el ejercicio abuso de un derecho, y por considerar que la demanda no contenía la acción reparatoria de perjuicios por abuso del derecho. Oígamos textualmente a la Corte:

"El consentimiento de que trata el Art. 1514 en relación con el 1602 de nuestro c. c., no designa sino la intención eficaz de vincularse considerada aisladamente en cada una de las partes contratantes de un negocio jurídico.Ello se patentiza si se piensa que para que el consentimiento vincule, configure la convención, sea que se trate de una oferta o de una aceptación, se requiere haberlo dado con intención seria de obligarse y no con otra distinta.

"Conduce a un concepto inexacto de la noción jurídica del vicio del consentimiento por violencia aceptar que sea ésta y no el temor que ella determina lo que constituye aquel vicio.Semejante criterio haría ininteligible el conjunto de reglas al respecto de nuestro código civil.Porque la rescisión no tiene como objetivo infligir una pena al autor de la violencia, sistema represivo éste que únicamente concierne al derecho penal, sino de volver la voluntad de decisión a la parte cuyo consentimiento ha sido inyungido.Asi, pues, la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de la vilencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la

víctima.Proviene del vicio del consentimiento de la persona que sufrió la coacción, sin consideración a que la violencia sea obra de la otra parte contratante, haya sido practicada por un tercero, o provenga, en ciertos casos, de acontecimientos no imputables a una persona determinada.El concepto de pena no podría acomodarse a esta solución.

"La definición descriptiva y casuística de los Arts. 1513 y 1514 no es obstáculo para que se estime que la intimidación, esto es, la violencia moral, debe implicar una amenaza contraria a derecho en virutd de la cual uno haya sido determinado a prestar su conentimiento. En el concepto mismo de fuerza se halla implícito el que el termor bajo cuyo imperio consentimos resulte de hechos cumplidos con la intención de provocar un acto jurídico.Esto último es condición necesaria para la existencia de este vicio de la voluntad.En efecto, puesto que la ley exige que el consentimiento sea arrancado por la fuerza, no procede aplicar la teoría cuando el hecho constitutivo de la violencia no ha tenido por objeto imponer la celebración de un negocio jurídico.De ahí que para que exista vicio del consentimiento por violencia moral se requiera, además del nexo causal y no ocasional entre la amenaza y el consentimiento, que el mal futuro en cuyo anuncio, aun cuando sea embozado, estriba aquélla, se prepresente, para su realigación, como dependiendo en algún modo del poder del que amenaza.No es indispensable que esta voluntad de violentar aparezca inicialmente. En muchos casos, siempre que surta su efecto determiante sobre el consentimiento del intimidado, esa voluntad puede presentarse después de que hayan surgido las circunstancias mismas aprovechadas para la intimidación.Nada de lo cual obsta a la exigencia legal de que la amenaza sea bastante para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tamando en cuenta su edad, sexo, condición". Sentencia de la Corte del 5 de octubre de 1939. Dr. Mújica.

17. ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE A LA LEY

"Otra cosa es, y muy distinta, que despues (de reconocer la responsabilidad) encuentre comprobada una excepción y la halle suficiente para destruir en su totalidad y fundamentalmente esa acción. Asi como(destruir en su totalidad(1) cuando por compensación se extingue dos deudas no se está negando, sino cabalmente afirmando la existencia de cada una de ellas que asi existentes y vigentes confluyen para recíprocamente destruirse, del propio modo el art. 2357 del c. c. establece lo que acertadamente suele llamarse compensación de culpas, sin que su aplicación y la destrucción recírpoca total o parcial que de ella resulta pueda entenderse como declaración de que no ha existido tal o cual de las dos,

(1) No corre.

, sino antes bien como incuestionable reconocimiento de la preexistencia de ambas.En otros términos: la absolución del demandado no privino de negarle su culpa y responsabilidad, sino de haberse ésta deustruido por la culpa del demandante."
Gaceta Judicial N. 1945. Pags. 742. Magistrado Ponente Dr. Hinestrosa Daza.

Obras consultadas: Francisco Tafur Morales ; Alvaro Quiñones Daza y algunas Gacetas Judiciales.

OBRAS CONSULTADAS

Aquino Tomás De . Summa Teológica. Traducción Por H. Abad de Aparicio . Tomo II.

Alvarez Miguel Angel. Conferencias Derecho Civil Parte II.

Alvarez Miguel Angel. Conferencias Derecho Procesal Civil. Parte General.

Alessandri Rodríguez Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. Curso de Derecho Civil.

Bodenheimer Edgar. Teoría del Derecho

Bonecasse Julien. Elementos de Derecho Civil.

Bidart Celsi. Las Nulidades en los actos procesales

Bright Jorge Elementos del Derecho Romano

Coral Manuel Antonio Conferencias de Derecho Civil Partes: I.III. IV y V.

Carrizosa Pardo .Las sucesiones.

Colin y H. Capitant. Curso elemental de Derecho Civil.

Calvo Sotelo. La teoría del Abuso del Derecho

Coello Serrano. Efecto de las Obligaciones Civiles.Tesis.

Cammarota. La Responsabilidad Extracontractual.

Chironi G. P. La culpa en el Derecho Civil Moderno 2 Vol.

Duguit Leon. Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. Trad. de Carlos G. Posada.

Gásperi Luis De. Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino.

Giorgi Jorge. Teoría General de las obligaciones en el Derecho Civil Moderno

Guerrero Navarrete Guillermo. La teoría del abuso del derecho Tesis de grado. Universidad Javeriana.

Gonzales Valencia J. M. Conferencias Derecho Civil Parte II.

Guerrero B. Gonzalo. Jurisprudencia Civil de los Tribuanles Colombianos. Tom. I.

Josserand Luis.Esais de teleologie juridique De L'esprit des droits. Thèorié dite de l'abus des droits.

JOsserand Luis El espíritu de los derechos y de su relatividad Ensayos de Teleología Jurídica. Trad. de Luis E. Latorre. U. Nal.

Josserand Luis. Curso de Derecho Civil Positivo Francés. Trad. de Lucrecio Jaramillo Vélez.

Kierkegaard y la Filosofia Existencial. Trad. de Leon Chestov.

Leonfanti Maria Antonia. Abuso del derecho. Prólogo del Dr. Héctor Lafaille.

Llovera José María. Tratado Elemental de Sociología Cristiana

Morales Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General y Especial.

Mercier D. Curso de Filosofía Tomos I. y II.
Mazeaud Henry y Leon. Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual.
Ortega Tórres Jorge. Derecho Civil Colombiano
Ortega Tórres Jorge .Derecho Procesal Civil Colombiano
Pérez Vives Alvaro. Teoría General de las obligaciones
Ririer Pierre. El condominium.
Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil.
Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés
Rodríguez Lazo Carlos. Síntesis de la Teoría General de las Obligaciones.
Rocha Antonio. La prueba en Derecho.
Rutten G. C. Propiedad y Salario
Reyes Duarte Hernando. Propiedad Horizontal.
Ripert Georges. Las regla moral de las obligaciones. Trad. del Francés por Luis F. Latorre.
Ruíz Luján Marcos T. El abuso del Derecho en la legislación Colombiana. Tesis de Grado. Universidad de Antioquia. Medellín.
Rossel Enrique. Orientaciones actuales del derecho de las obligaciones.
Spota Alberto. Tratado de Derecho Civil.
Trujillo Arroyo J.Derecho Romano Comparado
Tafur Morales Francisco. La nueva Jurisprudencia de la Corte
Tascon Tulio Enrique. Derecho Constitucional Colombiano
Uribe Holguín Ricardo. Inculpabilidad en la no ejecución de las obligaciones.
Vélez Fernando. Derecho Civil.
Von Thür. Tratado del Derecho Civil Alemán
Valencia Zea Arturo. Derecho Civil.
Vallejos Féliz Angel. La función social de la propiedad.
Zuleta Angel E. Conferencias derecho civil.

==========

Se consultó varias revistas jurídicas de la Universidad Nacional y extranjeras, donde se tomaron datos de los autores: Riccobono, Vittorio Scialoja. Pacchioni. Betti. Markovitch. Silvio Perozzi. Mario Rotondi. Garcia del Corral. etc.

INDICE DE MATERRAS

PAGNS.

Introducción 3

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA TEORIA DE LA CULPA.

PARTE _ PRIMERA

CAPITULO I.

EVOLUCION GENERAL SOBRE LA TEORIA "ABUSO DE LOS DERECHOS"

El Derecho romano 5
La Equidad . . . . . - 8
La Regla Malitiis nos ets indulgendum 8
El Texto de Gayo 11
El abuso de los derechos en el ejercicio de los derechos de propiedad 13

CAPITULO II

La Teoría del abuso de los derechos en la época medioeval y de la precodificación Europea . . . . . - 17
La Legislación Alfonsina 17

CAPITULO III

El Ejercicio de los derechos en la época intermedia . . 18

CAPITULO IV

La Edad Moderna y el Abuso de los Derechos 22

PARTE SEGUNDA

DETERMINACION DE LA TEORIA LLAMADA "DEL ABUSO DE LOS DERECHOS.

Definición y criterio del abuso 26

TITULO I

La regla moral y el criterio intencional 28

C A P I T U L O I

Derecho y moral 28
Importancia de la regla moral 31
La regla moral y la sociedad 33
El Derecho Natural y la moral 34

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE RIPERT Y EL ABUSO DEL DERECHO

La ausencia de beneficios 40
Crítica de Ripert en referencia a la culpa en el ejercicio de los derechos 40

Pagns.

Campo de la teoría "abuso de los derechos". 41
La Adhesión de Savatier 43

CAPITULO III

APLICACIONES DE ESTA TEORIA

Derecho de propiedad 44
Abuso en litigar 44
Las cuestiones de familia 46
Abuso del derecho contractual..... 47

T I T U L O II
CRITERIO FUNCIONAL O FINALISTA.

Subdirectivas 49

CAPITULO I

FORMULA FINALISTA CON TENDENCIA OBJETIVA

Chironi y sus apreciaciones 49

CAPITULO II

FORMULA ECONOMICO SOCIAL

Saleilles y Geny 53
Campion y la tesis de utilidad social 54
Charmont y el fin económico social 56

CAPITULO III

JOSSERAND Y SU TELEOLOGIA JURIDICA

El criterio del abuso 58
El motivo legítimo y su crítica..... 61
La relatividad de los derechos como sistema funcional 66

CAPITULO IV

aplicaciones a la fórmula de Josserand

Potestades familiares 67
La potestad del padre 68
La potestad marital 70
Ejercicio de los derechos de propiedad 72
Actos ilegales 73
Actos culposos 74
Actos excesivos 75
El abuso de los derechos en los contratos 77
Abuso del derecho en el período precontractual 78
El Abuso en el contrato 81
El derecho procesal y el abuso de los derechos..... 82
Actos ileglales 82
Actos abusivos 83
Actos excesivos 84

T I T U L O III

CRITERIO DEL EJERCICIO DEL DERECHO CON INTENCIONA DE DAÑAR

Ideas generales 89
Evolución general 89

CAPITULO I

La responsabilidad objetiva y subjetiva..... 91
La noción de culpa 91

Pagns.

El ejercicio del derecho con intención de dañar 93
El Dolo 93
El daño causado 95
El daño moral..... 96
La culpa en el abuso del derecho 97

CAPITULO II

LA INTENCION DE PERJUDICAR

El parecer de Colin y Henry Capitant..... 99
Las determinaciones de Giorgi y Chironi..... 100

CAPITULO III

SISTEMATIZACION DE LOS HERMANOS HENRY Y LEON MAZEAUD.

El código Francés 103
La noción del abuso 103
Derechos definidos o determinados 104
Naturaleza delictuosa o cuasidelictuosa de la responsa-
bilidad 105
Naturaleza del abuso 106
La responsabilidad y la acepción de Planiol..... 108

TITULO IV

CRITERIO PSICOLOGICO, SUBJETIVO Y MATERIAL DEL ABUSO DE LOS DERECHOS.

Apreciaciones de Bonnecasse..... 110
Distinción esencial de los límites de los derechos y -
del abuso de estos 110

CAPITULO I

EJERCICIO DE UN DERECHO SIN UTILIDAD PARA SU TITULAR Y CON UN FIN EXCLUSIVAMENTE NOCIVO

El ejercicio de un derecho 112
Ausencia de toda utilidad derivda del ejercicio del de-
recho por su titular 113
La intención nociva 114
El perjuicio ocasionado a otra persona 115
Conclusiones 115

TITULO V

CRITERIOS ADVERSOS A LA TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERE - CHOS .

CAPITULO I

DUGUIT Y SU PRETENDIDO CORRECTIVO,.-

La responsabilidad del propietario y la jurisprudencia
Francesa 117
La Logomaquina Jurídica de Planiol.La intención malva-
da..... 120
Declaraciones de Bufnoir 122
Bibiloni y el Anteproyecto de reformas del código Ar -
gentino 123
La Doctrina de Demolombe y Esmein..... 125
La Doctrina de Martin y Barde 126

TITULO VI

CRITERIO LEGAL DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

Sistema seguido por nuestro código civil 127

Pagns.

CAPITULO I

A P L I C A C I O N E S

Los derechos de familia 128
La potestad marital y el deber de alimentos..... 128
La patría potestad 130
Los derechos patrimoniales 132
Atributos del derecho de propiedad 134
A).Es un derecho real 134
B).Es un derecho absoluto o de disposición libre 135
C).El derecho de propiedad es exclusivo y excluyente.. 136
D).La propiedad es perpetua 136
Abuso del derecho de propiedad 136
Las relaciones de vecindad y el abuso 138
Incidencia del abuso del derecho en la teoría de las obligaciones 139
El contrato dirigido y la teoría del abuso de los derechos 142
El Arrendamiento 142
La renuncia del socio 145
La revocación del mandato 146
El contrato accesorio 147
El abuso de los derechos en la sucesión universal 148
El código de Comercio y el abuso. Sinopsis en la competencia desleal 151

CAPITULO II

EL DERECHO ADJETIVO Y EL ABUSO DE LOS DERECHOS

Las acciones procesales 152

TITULO VII

SINOPSIS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN SUS TRES ESCUELAS FUNDAMENTALES (Síntesis)

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA TEORIA DE LA CULPA

La teoría de Ripert..... 157
Josserand y la teoría de los móviles jurídicos.-Teoría funcional o finalista..... 159
La tesis de los hermanos Mazeaud 161
Nuestra tesis 162

PARTE TERCERA

A P E N D I C E

Los tribunales colombianos y la doctrina del abuso 1
La "restitutio in integrun" como consecuencia del abuso. 2

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y LA DOCTRINA DEL ABUSO

Abuso del derecho 7
Culpa en el denuncio criminal 7
Denuncias criminales temerarias. Definición y Criterio del abuso 8
Abuso del derecho de prestar denuncio criminal 10
Culpa del propietario.- Abuso del derecho 11
Abuso del derecho 12

Pgs.

Límites del derecho 13
Abuso del derecho 13
Abuso del derecho 14
abuso del derecho 14
abuso del derecho 15
abuso del derecho 15
abuso del derecho 16
abuso del derecho 17
abuso del derecho 17
La violencia vicio del consentimiento.- El temor del - intimidado 19
Abuso del derecho y Fraude a la ley 20

Obras consultadas 22
Indice de materias 23

F I N

NOTA: LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO NO APRUEBA NI DESAPUREBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN - LA TESIS;TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE COMO PROPIAS DE SUS AUTORES.

A.N.
T 19263
346.5 Rodríguez Acosta, Julio.
R63

El ejeccicio de los derechos en la teoría de la culpa.	VENCE
NOMBRE Wilson Nicandro Díaz	
No. del Carnet 7211	
NOMBRE Janeth Burbano	
No. del Carnet 108.	
NOMBRE Janeth Burbano	
No. del Carnet 108.	
NOMBRE Luis Horán.	
No. del Carnet	

AN
T
D346.5
R63

19263