

EL ABUSO DEL DERECHO

Por DARIO RODRIGUEZ LLERENA,

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica del Perú.

En mi obra *Código Civil comentado*, esboqué algunos conceptos sobre la nueva teoría del abuso del derecho, al anotar el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil y el inciso 1º del art. 1137 del mismo Código, sosteniendo que la nueva codificación civil contemplaba esta nueva doctrina como una noción puramente subjetiva.

Hoy resolvemos adelantar algunos otros conceptos, ampliándolos hacia los antecedentes de la doctrina del abuso del derecho, sobre la significación exacta de este derecho, examinando esta doctrina en la jurisprudencia, en el ejercicio del derecho de propiedad, en el de oficios y de industrias, en el contrato del trabajo, en el de arrendamiento de cosas, etc., lo que será muy útil, una vez que el art. 2º del Título Preliminar del Código brinda flexibilidad extrema a esta doctrina ante el poder arbitral de los jueces, con lo que se inviste a éstos de más amplia facultad que la fórmula suiza, que es su fuente, al suprimirse la palabra *manifiesto* que distingue aquella fórmula.

Significación del abuso del derecho en el Código Alemán de 1896.

Según este Derecho, la persona que se confina en los límites de su derecho subjetivo comete, sin embargo, un abuso de derecho, ya cuando su actitud no pueda tener otro fin que causar daño a otro, (art. 226 del Cod. alemán cit.), ya cuando su actitud sea censurada por atentar a las buenas costumbres (art. 826 del mismo Cod.).

A este respecto, sostiene el doctor Gustavo Cornejo que "hav abuso del derecho, según la fórmula alemana, cuando el derecho es usado contra los fines sociales y económicos de derechos".

Significación del abuso del derecho en el Código Civil Suizo de 1907.

Según este código: una persona ejerce abusivamente su derecho subjetivo cuando su actitud contradice la buena fé (art. 2 de ese Código), fórmula más genérica que la del Código alemán.

Según anota el doctor Calle en su ponencia tendiente a ampliar la declaración contenida en el art. III del Título Preliminar del Código Civil anterior, que estableció que: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley", en el sentido de que "la ley no protege el manifiesto abuso del derecho", precisa: que Rossell explica la concepción suiza, en el sentido de que no se trata del elemento subjetivo (la intención de abusar), sino del elemento objetivo, del ejercicio del derecho contrariamente a las reglas de la buena fé, y sin que ello implique la persecución de un interés digno de protección legal, que es decisiva; el demandante debe, por lo demás, probar que el abuso del derecho de su contrario le causa algún perjuicio.

Examen de ambas fórmulas.

Es de observar que las fórmulas legales tendientes a expresar la teoría del abuso del derecho son nuevas; pero que el principio que informa ambas fórmulas es uno mismo: la tendencia, la saludable tendencia, de reprobador todo ejercicio antisocial de un derecho individual. Este principio es tan antiguo como la misma ley escrita.

Confucio estableció que: "habrá que ser humano antes de ser justo", sentencia que recogió Vauvenargues, diciendo: "no se puede ser justo sin ser humano".

En el Derecho romano, Gayo esbozó ya una teoría general del abuso del derecho, cuando, para justificar la interdicción de los prodigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos, sostuvo que no debemos hacer mal uso de nuestro derecho: *male enim nostro jure uti non debemus* (Gay. Inst. I, 53).

Antes de que esta doctrina informara los dispositivos de algunas legislaciones, la jurisprudencia se había ya adelantado a manifestarla al estímulo de la moderna tendencia de espiritualizar y humanizar el derecho, proclamando que al acto de ejercitar un derecho individual deja de ser lícito cuando está en oposición con la moral cristiana, especialmente cuando es inútil para el que lo ejerce

y perjudicial para otro. (Decisiones judiciales coleccionadas en Dalloz, Jurisprudence Générale, 1913, II, pág. 177, comentado por M. Louis Jossierand).

Mediante esa tendencia, la teoría del abuso del derecho se manifiesta como una atenuación genérica al rigor del derecho escrito. Jossierand describió: "la intención nociva es tan solo la forma más corriente, pero no la exclusiva, del ejercicio abusivo del derecho".

El nuevo Código Civil del Perú, atendiendo la ponencia del señor doctor Calle, incorporó en el Tit. Prel. del Código Civil la doctrina aludida, aceptando la fórmula suiza.

La fórmula brasilera del ejercicio anormal del derecho preconizado por el profesor Saleilles y preconizada por Geny, no ha sido contemplada, en la forma concebida por esa escuela, por nuestra legislación, a pesar de ser esa doctrina muy elevada y de la autoridad de los insignes juristas que la sostienen.

El abuso del derecho en el derecho de propiedad.

Es en el derecho de propiedad donde se manifiesta campo más propicio para la aplicación de la moderna teoría del abuso del derecho.

El derecho, como norma social, no debe ser ejercitado antisocialmente. El propietario abusa de su derecho siempre que realiza un acto inútil para él y perjudicial para otros. Abusa también de su derecho el propietario cuando hace excavaciones con el fin único de secar el manantial que aprovecha el propietario del fundo contiguo. Entraña otro abuso del derecho, cuando un vecino, para obligar al suyo a adquirir su terreno, instala en este terreno un dispositivo inútil que perjudique la explotación de un cobertizo establecido en el inmueble colindante.

Entraña abuso del derecho, en el ejercicio de oficios y de industrias, los incendios causados por las chispas que lanza una locomotora.

En el contrato de trabajo y en el arrendamiento de cosas, se manifiesta el abuso del derecho, por lo que respecta al primero, cuando abusa de su derecho de rescisión en los contratos sin plazo determinado, por cuanto la voluntad de uno solo de los contratantes puede dar lugar a daños y perjuicios.

Abusa de su derecho en un contrato de locación-conducción el arrendatario que por su conducta incorrecta hace la vida desagradable a los demás vecinos.

El art. II del Tit. Prel. del Código Civil, sobre cuya base aplicarán los jueces la doctrina del abuso del derecho, afectará, también, al derecho de obligaciones. Cada individuo ejercerá sus derechos y cumplirá sus obligaciones, según la regla de la buena fé.

El abuso de un derecho no está amparado por la ley.

Según esto, como anota M. Virgile Rossel, no cabe reconocer a un contratante el derecho de separarse del contrato cuando la situación bajo cuyo imperio había sido celebrado, se ha modificado más o menos profundamente; por que este sistema conduciría a la inseguridad de las transacciones. (Manuel D. Droit Federal Des Obligations, Pág. 455, núm. 690).

El abuso del derecho y la crisis de la vivienda.

La actual situación ha determinado un abuso del derecho que se ha agravado intensamente, y a cuya situación se ha intentado poner remedio por una ley que prohíbe el alza de los alquileres.

Se ha tratado de una grave crisis ocasionada por un suceso extraordinario, de todos conocido: el terremoto. Se hizo indispensable un remedio rápido y radical y, para que sea efectivo, fué necesario que el legislador interviniera.

El abuso del derecho reprimido por esa ley, es un abuso del arrendador que pretende practicar la usura en el alquiler.

La doctrina del abuso del derecho es fecunda y afortunada, como sostuvimos al comentar los artículos del Código Civil ya citados en este estudio.

Y decimos que es fecunda y afortunada, porque el espíritu que le informa permite a las reglas legales una profunda flexibilidad para acomodarla a las transformaciones del movimiento social.

Nosotros no participamos de las ideas de Planiol (Droit Civil Nº 871), quien sostiene: que la expresión abuso de derecho contiene una contradicción, pues en el momento en que hay abuso, se ha traspasado los límites del derecho; cuando se abusa, se sale del dominio del derecho, de lo que se deduce que es imposible que exista abuso del derecho, doctrina que elogia el Dr. José Miguel de la Rosa.

Si un derecho está imperfectamente definido, puede hacerse un uso abusivo de ese mismo derecho, precisamente por lo que está imperfectamente definido. A ese acto se llama abuso de derecho; y no será posible que por la imperfección del lenguaje legal se pueda negar la existencia de un precepto tan equitativo y justo como es el relacionado con esta saludable institución.

La fórmula peruana la presenta en forma más acertada todavía que la concepción suiza. Al suprimirse la palabra *manifiesto*, le dá al dispositivo una flexibilidad extremada.

Se deja la apreciación al criterio de los jueces; y como su decisión será, siempre, susceptible de revisión, la arbitrariedad no operará impunemente.

De otro lado, las funciones judiciales están siempre sometidas a las reacciones del medio social, esto es, al favorable o desfavorable concepto que despierta en la opinión pública la actuación del juzgador, lo que constituye un freno, y un estímulo en la buena aplicación de las ideas innovadoras.

En materia penal, la individualización de la pena, es una tendencia que está dando buenos resultados en la administración de la justicia penal.

En el derecho civil, la latitud de criterio que reserva la ley al Juez, mediante la buena, sana y comprensiva disposición que entraña el art. II del Tit. Prel. del Código Civil, constituye una individualización judicial de los derechos privados.

Ello se desprende de lo que opina Geny (*Méthode d'Interpretation*, pág. 213); y de lo que expresa L. Perreau, al sostener que si la extensión considerable de las facultades del juez corre el peligro de degenerar en lo arbitrario, hay un riesgo inverso no menos temible, y es que cada uno, apoyándose obstinadamente en la letra de la ley, se escude en su pretendido derecho con un egoísmo feroz.

Es una de las más sobresalientes tendencias del derecho moderno la espiritualización del derecho. Esa saludable tendencia aleja de las decisiones judiciales el legalismo. Impone el derecho-justicia sobre el derecho-ley, con lo que se humaniza este derecho para que sea una realidad viviente la socialización del derecho.

Entraña un verdadero abuso el que un juez se encastille egoístamente en la letra de la ley, sirviéndole de máscara ese egoísmo a la falta de cultura jurídica, y no entraña abuso la tendencia hacia

la justicia, mediante la interpretación de un dispositivo atendiendo a su espíritu, antes que a su letra.

La buena aplicación de la doctrina del abuso del derecho es, pues, la individualización judicial de los derechos privados, lo que es muy encomiable como lo es la individualización de las penas.

Darío RODRIGUEZ LLERENA.