

Del abuso del derecho y la mala fe en los procesos civiles

Felipe Mercado Navarro^(*)

El denominado "*abuso del derecho*" genera, desde su aparición, una controvertida teoría que ha merecido la preferente atención de los juristas en los últimos tiempos. No obstante que dicha teoría representa la culminación de un prolongado y antiguo proceso, sólo adquiere capital importancia dentro del pensamiento jurídico moderno. La figura del abuso del derecho, a pesar de las resistencias, críticas y hasta rechazos que ha suscitado durante el transcurso de su fatigosa elaboración dogmática, ha logrado, finalmente, la general aceptación de la doctrina así como su paulatina incorporación normativa en los ordenamientos jurídicos positivos contemporáneos. Las imprecisiones y dudas que aún subsisten en torno a la naturaleza y a los criterios para su determinación no han impedido que se constituya en un principio general admitido en el derecho actual, y, por ende, de común aplicación jurisprudencial.

Son numerosos los códigos civiles que integran en sus textos, de modo explícito, el instituto del abuso del derecho, los mismos que lo condenan al expresar que la ley no lo ampara. Pero, son también muchos los que lo recogen, de manera indirecta o implícita, sin designarlo por su nombre.

La ciencia jurídica ha tenido una especial predilección por la figura del abuso del derecho. Ello puede documentarse y comprobarse desde que dicha noción irrumpe en la doctrina, a principios de este siglo, con pretensión de autonomía. Con anterioridad, había sido acogida por la jurisprudencia en un famoso fallo de 1855 dictado por el Tribunal de Colmar. A partir de este momento, y hasta nuestros días, no cesan los redoblados esfuerzos de la doctrina por precisar sus alcances y mostrar su cabal significación.

El instituto del abuso del derecho respondió en su origen, a un reclamo comunitario de raíz ético-moral, a una presión social que derivó en un nuevo modo de concebir el derecho. La aceptación del instituto por la doctrina jurídica se concilia, a su vez, con las exigencias de una nueva visión filosófica acorde con

(*) Alumno del 4to. curso 3ra. Sección de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica.

los tiempos, en la cual el ser humano ocupa una posición cimera en toda construcción dogmático-jurídica. La admisión del abuso del derecho refleja, también, una más intensa vivencia, un arraigo mayor en la vida social, del supremo valor de la solidaridad. La teoría del abuso del derecho, surge, así, como una lógica reacción frente a los códigos civiles que, inspirados en la filosofía del Código civil francés de 1.804, trasuntan una posición de corte netamente individualista. Por todo ello, el abuso del derecho representa, en la actualidad, un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura.

La figura jurídica de la que venimos tratando se ha convertido en un valioso instrumento para poner coto al ejercicio o al no uso abusivo de un derecho subjetivo, original y legítimamente atribuido por el ordenamiento jurídico a un titular.

El abuso del derecho es en la actualidad, un principio general del derecho, tema central de la Teoría general del derecho. Se le alude por ello, preferentemente, en los títulos preliminares de los códigos civiles más modernos.

El abuso del derecho, que es un acto ilícito *sui generis*, tiene siempre su origen en el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico. De otra parte, generalmente, acarrea un daño y origina, por ende, una responsabilidad civil. Pero, a pesar de lo dicho, el acto abusivo desborda estas situaciones en la medida que se constituye como la violación de un deber genérico a cargo de todo sujeto de derecho: *no dañar un interés existencial ajeno*. Es por ello un cardinal principio general del derecho.

CONCEPTO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

En pocas palabras puede resumirse el concepto del abuso del derecho poniendo de relieve su significación esencial, en la siguiente forma: cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta es contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en un *acto abusivo*, no ejerce su derecho sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por los daños acusados.

En cuanto a los elementos constitutivos del acto abusivo, la doctrina señala los siguientes: a) Ejercicio de un derecho dentro de los límites y condiciones objetivamente impuestos por la norma. Esto quiere decir que el ejercicio de la

prerrogativa debe concordar con las significaciones lógico-rationales del enunciado normativo. De lo contrario, el acto sería, para la teoría del abuso, lisa y llanamente ilícito y contrario a derecho por violar los límites y condiciones expresados objetivamente por la prescripción legal b) Producción de un daño.

Estos dos elementos son aceptados unánimemente como los presupuestos necesarios para que se configure el abuso del derecho. Pero a ellos hay que agregar un tercero, variable conforme con el criterio que se sustente para la concreta determinación de la existencia del acto abusivo: uno subjetivo para quienes propician alguno de los sistemas que revisten ese carácter; otro objetivo para quienes son partidarios de los sistemas teleológicos objetivos.

FUNDAMENTOS

Son conocidas las circunstancias que dieron origen a la teoría en estudio y sus principales fundamentos.

Expuesta por primera vez en forma explícita y sistemática hace poco más de sesenta años, ha sido explicada en forma casi unánime como una reacción justa frente al individualismo del derecho. Los autores señalan que *"el abuso del derecho es una de las infinitas reacciones que a fines del siglo XIX se operan contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista"... "Como una reacción contra la rigidez de las reglas legales y la aplicación mecánica del derecho"... Que "es el correctivo moral de una estricta legalidad", "un instrumento de flexibilidad del derecho y de su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas"*.

Se dice que las normas jurídicas otorgan facultades para el cumplimiento de determinados fines sociales o económicos, e incluso para preservar el orden moral, y por tanto deben ser usadas conforme a esa función social, moral y económica, siempre dentro del plano de la respectiva institución.

Por ende, encuentra su fundamento capital en la necesidad de proteger el interés social, económico o moral dentro del grupo en el cual se ejercen las facultades otorgadas al individuo por las normas jurídicas, de modo tal que cada vez que el sujeto titular de la prerrogativa viola ese interés ocasionando un daño, aunque su acción aparezca encuadrada en los límites objetivos señalados por la ley, incurre en una *acto abusivo*, o ilícito y por tanto ineficaz.

La ley no solamente tiene por objeto asegurar el triunfo de la libertad individual, sino también permitir la vida en sociedad.

CRITERIOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DEL ABUSO DEL DERECHO

**¿Cuándo puede decirse que el derecho se ha ejercido abusivamente?
¿Cuándo hay abuso del derecho?**

Para algunos autores, habrá abuso cuando el derecho subjetivo se ponga en ejercicio con el solo ánimo o intención de perjudicar.

Para otros, cuando el titular obra con culpa o negligencia y causa un daño. Hay quienes opinan que se configura el abuso cuando se obra sin interés legítimo o cuando se violan los fines morales del derecho; o bien cuando se afectan o desconocen los fines sociales o económicos en miras a cuya consecución el legislador ha concedido la facultad de que se trata. De ese modo se advierte que el concepto del abuso del derecho está íntimamente vinculado con el criterio que se acepte para determinar la existencia o inexistencia del acto abusivo.

Por ello, resulta imprescindible el estudio de las mencionadas concepciones, que casi uniformemente han sido clasificadas por los autores en cuatro grupos principales: *Primero*: Sistema de la intención de perjudicar; *Segundo*: Sistema de la culpa en la realización del derecho; *Tercero*: Sistema de la falta de interés legítimo; *Cuarto*: Sistema del ejercicio del derecho fuera de su función económica y social.

SPOTA agrega un quinto criterio o sistema: El del ejercicio del derecho en forma incompatible con la regla moral.

El primer sistema constituyó la primera etapa de la doctrina en estudio y coincide con la naturaleza y características de los actos emulativos, reprimidos según algunos autores en el derecho romano.

Este sistema fue extensamente desarrollado por JOSSERAND, quien señala que de conformidad con el mismo, el acto es abusivo cuando su móvil principal y determinante haya sido el de causar un perjuicio aunque existan también otros fines secundarios.

El criterio de la culpa no se diferencia del anterior sino en la extensión del principio al caso de negligencia, elemento que conjuntamente con el dolo, constituyen elementos de igual esencia psicológica. Es el sistema que adopta preferentemente la jurisprudencia francesa.

Según el tercer criterio, habrá abuso del derecho cuando un acto se realice sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió.

SALEILLES lo expresa así: *“Un acto cuyo efecto no puede ser más que perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió, no puede jamás constituir el ejercicio lícito de un derecho.”*

Los sistemas expuestos son de tipo y naturaleza eminentemente subjetivos, desde que para la configuración del llamado *acto abusivo*, es necesaria la existencia de un factor psicológico por parte del agente: la intención de perjudicar, la culpa o la falta de interés.

El sistema del ejercicio del derecho fuera de su función económico-social reúne una serie de criterios que se pueden agrupar bajo la designación común de *finalistas*.

“Habrá ejercicio antisocial de una facultad reconocida por la ley, cada vez que el interés social dañado por ese ejercicio sea más considerable que el interés social contenido en la intangibilidad de esa facultad”. Es decir, que el ejercicio de la prerrogativa jurídica debe guardar un equilibrio entre el interés social que exige que los derechos subjetivos se respeten y el interés social general del grupo comunitario. La ruptura de ese equilibrio engendra el abuso del derecho.

Otro de los criterios comprendidos en este grupo es el de la ruptura del fin económico y social del derecho, el del ejercicio antisocial, antifuncional, según el cual las prerrogativas se otorgan para el cumplimiento de ciertos fines que condicionan su ejercicio, el que no puede ser absoluto, incausado, sino relativo. No hay derechos absolutos. Como dice SALVAT en la obra y lugar citados: *“Se tiene en cuenta aquí la finalidad y relatividad de los derechos: ellos se acuerdan para llenar un fin económico y social de la vida individual o colectiva y por consiguiente, su ejercicio no puede ser amparado cuando se aparta de este fin”*.

También se puede incluir dentro de este grupo, el criterio del ejercicio de un derecho contrariando su espíritu. Para JOSSEERAND, su principal sostenedor, *“el acto abusivo es el acto contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad”*... *“El acto será normal o abusivo según que se explique o no por un motivo legítimo, que constituye así la verdadera piedra angular de toda la teoría del abuso de los derechos y como su precipitado visible; debemos poner nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu, a su misión; de lo contrario no las ejercemos ya, a decir verdad, sino que abusamos de ellas”*.

Por último, dentro de los criterios finalistas cabe tener en cuenta los que consideran abusivo el acto cumplido contra la moral y las buenas costumbres, que

en síntesis sostienen: *"Todas las veces que el titular de un derecho subjetivo pretenda ejercerlos para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe-lealtad o la buena fe-creencia o con la recíproca colaboración o confianza entre contratantes, así como en otros aspectos similares, el abuso del derecho existe."*

FORMULACIÓN

La teoría del abuso encontró eco favorable en parte de la doctrina, alguna jurisprudencia y unas pocas legislaciones, y a través de críticas, oposiciones y polémicas innumerables, fue paulatinamente ganando terreno, hasta que en la actualidad gran parte de los autores como de la jurisprudencia la aceptan habiendo encontrado consagración en la mayoría de las legislaciones .

Los primeros expositores de la teoría sustentaban una concepción subjetiva del principio, el que se concretaba en la intención de dañar. Lo formularon del siguiente modo: *"El ejercicio de un derecho es abusivo cuando su móvil principal y determinante haya sido el de causar un perjuicio aunque existan también otros fines secundarios."*

Respecto al criterio de la culpa o negligencia, dentro del cual se comprende el dolo en sentido lato, la formulación respectiva es la siguiente: *"Si en el ejercicio de un derecho subjetivo, el titular del mismo perjudica a otro debido a su dolo o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*.

Otra fórmula que obedece al sistema de la falta de interés legítimo en el ejercicio del derecho es la que sigue: *"Un acto cuyo efecto no puede ser más que perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumplió, no puede jamás constituir el ejercicio lícito de un derecho."*

Dentro de los criterios finalistas, se encuentran las siguientes formulaciones, según lo que los autores entienden por fin del derecho: *"Habrá ejercicio antisocial de una facultad reconocida por la ley, cada vez que el interés social dañado por ese ejercicio sea más considerable que el interés social contenido en la intangibilidad de esa facultad."*

Quienes entienden que el criterio aceptable es el de la ruptura del fin económico y social del derecho, expresan el principio del siguiente modo: *"La verdadera fórmula sería la que viese el abuso del derecho en el ejercicio anormal del derecho, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que traspasa, por consiguiente, el contenido del derecho, desde que todo derecho, desde el punto de vista social, es relativo y no hay derechos absolutos ni aun la propie-*

dad". O bien: "El acto abusivo es el acto contrario a la institución, a su espíritu y a su finalidad; es el acto antifuncional, contrario al espíritu de un derecho determinado."

Quienes ven en el abuso del derecho una violación a la moral y a las buenas costumbres, proponen las siguientes fórmulas: "Todas las veces que el titular de un derecho subjetivo pretenda ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe-lealtad o con la buena fe-creencia, o con la recíproca colaboración o confianza entre los contratantes, así como en otros aspectos similares, el abuso del derecho existe." Y: "El acto abusivo se revela por la violación a las buenas costumbres."

NATURALEZA DEL ABUSO DEL DERECHO

a) Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito

Aparte de los criterios para la identificación del acto abusivo, cabe referirse a su propia naturaleza jurídica, a su ubicación en el mundo del derecho. Sobre este punto el debate es antiguo y persiste hasta nuestros días. Las opiniones se dividen, radicalmente, entre aquel sector de la doctrina que sitúa el abuso del derecho en el ámbito de la licitud y aquel otro que lo califica como un acto ilícito.

Afirma LARENZ, citado por CONDORELLI¹ que "un acto que se halla por lo regular en el ámbito de la legitimidad, y por ello aparece como ejercicio de un derecho, es ilícito cuando no puede tener otro objeto que el de causar un perjuicio a otro". El autor utiliza el criterio subjetivo para precisar la naturaleza ilícita del acto abusivo.

Confunde, al parecer, lo que es la "ilicitud" con la "imputabilidad" situación que, como bien señala LOPEZ CABANA, "es una herencia recibida del derecho francés, que mezcla indiscretamente el elemento objetivo (ilicitud), y el subjetivo (imputabilidad o culpabilidad)".

La ilicitud, objetivamente considerada, resultaría ser aquella conducta humana ínter subjetiva contraria a la permitida por el ordenamiento jurídico. El derecho, sobre la base del supuesto de la libertad del ser humano - que ciertamente no es absoluta-, al valorar conductas humanas determina lo que está prohibido y lo que está permitido. Actuar de conformidad con lo prohibido es ilícito.

1 CONDORELLI, Epifanio J. L. *Del abuso y la mala fe dentro del Proceso*. Edit. Abeledo - Perrot. Buenos Aires - Rca. Argentina. 1.994.

Es obvio que en el ordenamiento jurídico existen prohibiciones “específicas”, precisas, puntuales. Pero, al lado de ellas, encontramos también prohibiciones “genéricas”, que comprenden un amplio espectro de conductas, sin referencia o descripción de cada una de ellas. Ejemplo de este último tipo de prohibición es la que, precisamente, prescribe como conducta no permitida o prohibida, no tolerada o amparada por el ordenamiento jurídico, a aquélla a través de la cual un determinado sujeto actúa “abusivamente” un derecho subjetivo del que es titular, lesionando, de este modo, el interés de otro u otros sujetos. El acto abusivo se convierte, así, en la trasgresión de un deber genérico, derivado de una prohibición, también genérica.

Cuando mediante un principio general o una norma especial el legislador impide el uso “abusivo” de un derecho, el acto perpetrado “*contra esa limitación cae de golpe en la categoría de la ilegalidad, aunque el legislador haya conservado en su texto la expresión de abuso*”.

El “abuso” en sentido técnico desaparece cuando el legislador sólo concede un derecho con la reserva de que se use de un modo determinado “*no abusivo*”, el mismo que corresponde apreciar al juez. Si el titular del derecho lo ejercita en las condiciones prohibidas, ello “*colocaría a su titular fuera de su derecho legal*”. Si esta situación se da frente a un derecho especial, ella evidentemente cambia cuando el legislador consagra la teoría del abuso introduciendo en el ordenamiento un principio general de condena que “*rige el ejercicio de todo o parte de los derechos*”.

De lo someramente expuesto puede concluirse que en el derecho se presenta una dicotomía en lo que a las conductas ínter subjetivas se refiere, ya que todo los actos o están prohibidos por el ordenamiento jurídico -y por tanto son ilícitos- o son permitidos —es decir son lícitos—. Cabe señalar que el *prius* del derecho es la libertad. El derecho, al reconocer la libertad ontológica del ser humano, garantiza la exigencia existencial de que cada ser humano se realice “*libremente*”, cumpliendo, así, su personal e intransferible proyecto de vida.

La realidad ontológica del sujeto de derecho, en tanto ser humano que “es” liberto, conduce inexorablemente al derecho a elaborar lo que COSSIO denomina “el axioma ontológico de la libertad”. Este axioma jurídico, que se sustenta en una evidencia existencial, enuncia que “lo que no está prohibido está permitido”.

Es importante anotar que, aun dentro de la más plena identificación entre el acto abusivo y el acto ilícito, cabe afirmar, “que la teoría del abuso ha servido para poner de relieve que puede exigirse la responsabilidad civil no sólo al que

actúa al margen de todo derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho del que es titular”.

El acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho a través de una conducta antisocial - o una omisión de la misma naturaleza -, transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, *sui generis*, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.

b) El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito

Al considerar que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, ella *“tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas”*. El abuso del derecho se erigiría así como un *tertium genus*, como un género diverso al de los actos lícitos pero también diferente al de los ilícitos.

Dicha posición permite al juez, *“calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad.”*

Por su parte MARTÍN BERNAL sostiene que este abuso no lesiona el derecho objetivo sino a la conciencia social, afirmación que parece correcta pero incompleta o insuficiente si se tiene en cuenta que algunos códigos contemporáneos traen una regla expresa que condena explícitamente el abuso del derecho, mientras que otras lo rechazan de modo implícito.

Dicho autor manifiesta que entre lo lícito y lo ilícito *“no se puede establecer una antítesis radical sino que existe como una zona intermedia: la que viene dada y constituida por aquellas conductas o cosas que permitidas por el derecho son reprobadas por la conciencia social”*. Martín Bernal estima que el problema de determinar si el abuso del derecho es un acto lícito o ilícito tiene *“una mayor trascendencia teórica que práctica”*, puesto que las legislaciones modernas *“aplican un mismo tratamiento a los actos ilícitos que a los abusivos”*.

Finalmente concluye expresando que en la materia tratada *“creemos debe procederse a una cuidadosa matización por cuanto coincidiendo con los clásicos, la ubicación del abuso del derecho debe situarse dentro del campo de lo ilícito”*.

El hecho de no considerar el fenómeno del abuso del derecho como una conducta de la cual se pueda predicar su licitud. Lo problemático reside, en

consecuencia, en saber la razón por lo cual el acto abusivo no consistiría en un especial tipo de ilicitud, sino en una nueva categoría ubicada entre lo lícito y lo ilícito. El tema resulta central en lo que atrae a precisar la naturaleza jurídica del llamado abuso del derecho.

LAS SENTENCIAS DE COLMAR Y DE LYON

Corresponde al Tribunal de Colmar el privilegio, mediante la sentencia del 2 de mayo de 1.855, de establecer el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. En dicha decisión se declara que *"si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo"*.

La mencionada sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. Esta acción, si bien sustentada en un reconocido derecho subjetivo, carecía en su actuación de un interés serio y legítimo y, al mismo tiempo, no producía ningún beneficio al titular del derecho. El Tribunal ordenó la demolición de lo constituido y, al mismo tiempo, dejó a salvo el derecho del vecino al resarcimiento.

Es de extraordinaria significación el análisis de esta sentencia producida en Francia recién a mitad del siglo XIX, ya que en ella encontramos tanto el reflejo de una concepción del derecho como el embrión del instituto del abuso del derecho. El indicado fallo trasunta la mentalidad individualista, propia de la época, cuando se enfatiza que el derecho de propiedad es en *"algún modo absoluto"*, lo que origina, lógicamente, que el titular del derecho no sólo pueda usar sino también abusar del mismo.

En efecto, en la mencionada sentencia es rescatable la orientación impuesta por los jueces en el sentido de que el derecho debe tener como *"límite"* la satisfacción de un interés *"serio y legítimo"*.

La sentencia de Colmar brinda al juez un criterio, que si bien no es el único, le sirve para valorar y apreciar el ejercicio de un derecho subjetivo. Es así que deberá indagar sobre diversos alcances y circunstancias de la conducta antisocial, constitutiva del abuso del derecho, a fin de precisar si sus motivaciones son serias y legítimas. Para ello deberá analizar el comportamiento humano desde diversos ángulos, como podrían ser el moral, el psicológico, el económico o el social.

La sentencia del Tribunal de Lyon, producida al año siguiente de la de Colmar, o sea en 1.856, significa también un importante punto de partida para el desarrollo de una controvertida pero rica doctrina sobre el abuso del derecho. Con esta decisión se sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole acceso a la misma. El agua no era utilizada por dicho propietario sino que, más bien, se la dejaba perder en un río.

La corte de Lyon resolvió condenar al propietario en mención en tanto se había servido del "*poder de abusar de su cosa... inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar*". La Corte sostuvo el principio de que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad. Se sancionaba, en consecuencia, la conducta del propietario enderezada a causar un daño sin obtener ningún provecho o beneficio a su favor.

El mensaje jurídico que se extrae de estas dos decisivas sentencias francesas de mediados del siglo XIX es el de limitar el derecho de propiedad. En defecto, la doctrina de la época mantenía el principio de *qui iure suo utitur, neminem laedit*. Esta fórmula, como se ha expuesto, estuvo en cierta medida compensada en la Edad Media por la doctrina de la emulación.

1. LA TESIS DE JOSSERAND

Corresponde a JOSSERAND el privilegio de representar en Francia un momento estelar en el desarrollo de la teoría del abuso del derecho, en cuya posición se nos ocurre encontrar muchos ecos provenientes del pensamiento, no exento de paradojas, del gran Savigny. Su obra *De l'esprit des droits et de leur relativité* - cuya 2ª. Edición data de 1.939 -, ha tenido notable repercusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada y en las diversas legislaciones que, en el presente siglo XX, recogen el principio que condena el abuso del derecho en tanto acto ilícito.

Este autor se sitúa entre las dos tendencias que ya apuntaban a conformar los criterios determinantes de la presencia del acto calificado de "*abusivo*". Coincide, en parte, con la posición objetiva de SALEILLES, la misma que se vincula con aquélla de carácter subjetivo que propusiera el mismo Saleilles ante la Comisión encargada de la revisión del Código francés, cuyos resultados no lograron concretarse hasta la fecha.

Al desarrollar su teoría, Josserand asume como punto de partida algunas premisas sobre la base de las cuales construye su particular y fecunda visión del acto abusivo, que tanta resonancia ha tenido en el mundo jurídico. El

primer supuesto en el que se apoya, inspirado en Einstein, es el del principio de la relatividad, principio que domina en el campo de las ciencias sociales y, más concretamente, en la ciencia jurídica. Esta premisa permite a Josserand considerar al derecho como una disciplina en movimiento, dinámica, en continua evolución, en *"perpetua transformación como la sociedad misma, de la cual es a su vez reguladora y fruto"*. El derecho resulta ser, dentro de este planteamiento, la ciencia social por excelencia, *"la primera de todas por su urgencia, su poder de apremio y su virtud de organización"*.

Para Josserand, dentro del marco de referencia conceptual antes esbozado, el derecho no es una ciencia exacta en la cual los derechos subjetivos, con el de la propiedad en la cúspide, tienen *"un carácter rígido y absoluto"*, por lo que podían *"ejercerse indefinidamente y con un propósito cualquiera"*. Dentro de esta filosofía, donde los derechos se resumen en poderes soberanos otorgados a los individuos, estos se hallan habilitados para utilizar tales prerrogativas *"en cualquier ocasión, con cualquier fin, sin que su responsabilidad se encuentre por ello comprometida"*. En este sentido, el titular del derecho subjetivo podrá despedazar a los que se le atraviesan en su camino sin concederles ninguna reparación. Aun más, al reconocer el perjuicio causado, él sostendrá que tenía *"el derecho de hacerlo"* para agregar, con la más absoluta seguridad, que *"no se compromete la responsabilidad cuando se ejerce un derecho"*, ya que de lo contrario *"no valdría la pena tener derechos"*. Esta es, en síntesis, la visión que nos ofrece Josserand de la situación existente en cuanto a los alcances ilimitados de los derechos subjetivos en la concepción que recoge el Código Civil francés de 1804.

A la anterior posición sobre los derechos individuales, a la que Josserand califica de *"implacable y frenética"*, opone la teoría de la relatividad de los derechos, lo que conduce a *"admitir posibles abusos de los derechos, aun de los más sagrados"*.

Los derechos son productos sociales que encuentran su origen en la misma comunidad y de ella reciben su espíritu y su finalidad, por lo que cada uno de ellos *"se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo"*. Como tales derechos *"están hechos por la sociedad y no la sociedad para ellos"* es que su finalidad *"está por fuera y por encima de ellos mismos"*. Estos argumentos permiten a Josserand sostener que los derechos subjetivos no son absolutos sino relativos, de donde deben ejercerse por el titular *"en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada."*

Es útil señalar que cuando Josserand hace referencia a *"falta"* o *"culpa"*, considera a ésta *"como una culpa sui generis, una culpa especializada, consistente en la desviación infligida a un derecho que se lo utiliza contrariamente a su espíritu"*. Por ello, agrega, que siguiendo el criterio de la desviación del derecho de su función, poco interesa indagar en qué tipo de culpa ha incurrido el agente del acto abusivo. Lo decisivo es, subraya, utilizar el derecho subjetivo *"de conformidad al espíritu de la institución, es decir, para la salvaguarda de los intereses legítimos"*. La culpa – a que considera como la *faute non-intentionnelle* – sólo es tenida en cuenta por Josserand *"en la medida que ella denuncia la desviación de un derecho con relación a su finalidad"*.

Considera Josserand que los romanos se limitaron a realizar una obra de humanización y socialización del derecho, *"a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño"*. Por ello, el acto abusivo era sólo aquel que se cumplía con una intención nociva, situándose el problema en el campo de la pura subjetividad. El derecho moderno tiene del abuso del derecho una nueva concepción, mucho más amplia y comprensiva, en la medida que resulta ser un acto abusivo *"cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce"*. Esta posición significa y se concreta para Josserand en la tendencia a sustituir *"un criterio puramente intencional"* por *"un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada"*. Por ello, concluye, quienquiera que pretenda alejarlo de su misión social *"comete una falta delictuosa o cuasi delictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad"*.

En síntesis, Josserand estima que, en lo que concierne a los criterios para caracterizar al acto abusivo, hay que tener en cuenta tanto el espíritu o función propia del derecho como el móvil al cual responde su titular. No obstante, Josserand advierte que para las jurisprudencias belga y francesa el móvil se convierte en el cetro mismo del problema, sobre las huellas precursoras de las sentencias de Colmar y Lyon, por lo que se alude constantemente a la noción de *"interés serio y legítimo"* en relación con la conducta del agente.

El abuso del derecho, para el citado autor, es, en síntesis *"la desviación del derecho"* en cuanto en su actuación no se conforma a la voluntad social, atendiendo, simultáneamente, al móvil que impulsa al agente para actuar alusivamente.

2. SUIZA

El Código Civil suizo de 1907 abre una nueva etapa en lo que a la normatividad del abuso del derecho se refiere al incluir, en su Art. 2º una fórmula muy

general que ha sido recogida, de alguna manera, por muchos códigos civiles posteriores.

El mencionado Art. 2º prescribe: *“Que cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe”*, para añadir ense- guida: *“El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”*.

En el Código Civil suizo la prohibición del abuso del derecho asume la forma de una cláusula general, cuya amplia redacción permite al juez apreciar cada caso y cada circunstancia a fin de que con la ayuda de la doctrina, de los antecedentes jurisprudenciales y de su sensibilidad valorativa, determine si se encuentra o no frente a un evento que pueda considerarse, según el texto de la ley, como *“abuso manifiesto de un derecho”*.

El Art. 1º del Código Civil suizo concede al juez amplias facultades para inte- grar las lagunas de la ley, cuando le otorga la facultad de actuar, en esta hipótesis, como si fuera legislador. Esta confianza depositada en el juez suizo permite que su Código, en contraste con otros, adopte una fórmula flexible en lo que atañe al abuso del derecho. Corresponderá al juez, por ello, precisar frente a cada caso donde empieza el abuso de dicho derecho, es decir, la ilicitud que lo caracteriza.

Lo decisivo es que el hecho abusivo sea *“manifiesto”*, es decir, evidente al sentimiento de justicia del juez que resuelve el caso. Todos los criterios, tanto subjetivos como objetivos, deben ser conjugados y apreciados por el juzgador, sin que ninguno de ellos, siempre y necesariamente deba prevalecer de ma- nera especial en el juzgamiento del hecho.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia suiza han señalado que la expresión *“abuso manifiesto”*, nos obliga, necesariamente, a que la víctima deba probar la intención de dañar con que supuestamente el agente ha ejercido su derecho.

El ánimo de dañar no resulta un requisito indispensable o esencial para tipifi- car un caso de abuso del derecho.

El abuso del derecho debe aparecer como manifiesto *“para toda persona razonable y que obre con espíritu de justicia y equidad”*.

El Código Civil suizo, íntimamente ligado al principio de la buena fe, facilita al juez resolver, con el apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia, los casos que hieran el sentimiento de justicia, recogido en la conciencia jurídica colectiva.

La ley cumple en este caso un papel preventivo, una función docente.

Es por ello interesante anotar como el legislador suizo, apartándose de la solución del Código Civil alemán, no ubica sistemáticamente el principio de la buena fe en la parte dedicada al cumplimiento de las obligaciones, sino en la parte general que comprende todo tipo de actividades o actos jurídicos. Es pues muy interesante señalar cómo, con muy buen criterio, el legislador suizo conecta en un mismo artículo el proceder con lealtad, corrección y confianza, propias de la buena fe, con la necesidad de no abusar de un derecho subjetivo.

3. ITALIA

El Código Civil italiano de 1942 no consigna una cláusula general condenatoria del abuso del derecho, tal como habría sido previsible si se tienen en cuenta los importantes antecedentes representados por los Códigos Civiles alemán y suizo, que lo precedieron en el tiempo.

El Anteproyecto contenía una fórmula legal referente a esta figura, la misma que no es incorporada al Código. De ahí que, como lo anota ROTONDI, el problema del abuso del derecho se coloca en Italia fuera del ámbito del derecho positivo.

"Se trata de un problema de teoría general del derecho cuya solución en principio se deja difícilmente traducir en términos preceptivos". Considera más adecuada y concebible *"la existencia de una variedad de fórmulas particulares dentro del ámbito de los singulares institutos, en cuyo caso la contemplación de los llamados abusos se encuentran en la configuración de los límites de los propios institutos"*.

El abuso del derecho surgiría, en consecuencia, en todos aquellos actos en los cuales se produce una alteración o desviación de la función objetiva del derecho respecto del poder de autonomía que *"la configura en relación a las condiciones a las cuales se encuentra subordinado el ejercicio del mismo poder"*. Al lado de este elemento referente a la desviación del poder, SANTI ROMANO considera también el elemento de la buena fe.

Citar a SCIALOJA entre los más definidos opositores a las figuras, tanto de los actos emulativos como del abuso del derecho. La negación de este autor, surgida en la huella de PLANIOL, se fundamenta en la contradicción que encierra el instituto.

Para Rotondi el abuso del derecho es un fenómeno social, no un concepto jurídico. Se trata de uno de los fenómenos sociales *"que el derecho no podrá jamás disciplinar en todas sus aplicaciones que son imprevisibles: es un estado*

de ánimo, es la valoración ética de un período de transición, es aquello que se quiera, pero no una categoría jurídica, y ello por la contradicción que le es inherente”.

La posición de SANTORO PASARELLI es tajante contraria a la figura del abuso del derecho, aunque es dable rescatar de su pensamiento la razón justificatoria de la eliminación de este instituto.

Por definición, el derecho subjetivo llega hasta donde comienza la esfera de acción de la solidaridad: *“de ahí que los actos emulativos y los otros que no responden a la buena fe o a la corrección, en tanto contrarios a la solidaridad, no encuentran ubicación dentro del derecho subjetivo, no constituyen un abuso, es decir, una desviación del derecho; al contrario, ellos están fuera, constituyen un exceso del derecho, y, en cuanto tales, se entiende fácilmente que puedan ser ilícitos, según las normas generales”.*

Al considerar al abuso del derecho como un acto ilícito en la medida que resulta contrario al valor de la solidaridad, al que erige como un principio general del derecho.

4. ESPAÑA.

a) Introducción

La legislación especial empieza a ocuparse de la hipótesis del abuso del derecho en 1915, mientras que la jurisprudencia pasa por cuatro etapas. En la primera de ellas que cubre un importante periodo, no se acoge esta figura, inspirándose la jurisprudencia, en términos generales, en el principio romano de que el sujeto que ejerce un derecho no daña a nadie. En un segundo momento, cuyo origen puede encontrarse en una sentencia de 1942, y por breve lapso, se advierte una indirecta aceptación del referido principio. La tercera fase se inicia a partir de una famosa y comentada sentencia del año 1944, en la cual se apoya la doctrina para configurar los elementos y determinar los criterios para apreciar tan discutida figura. Es prácticamente desde este momento que la jurisprudencia admite el abuso del derecho. La última fase está signada por la incorporación al Código Civil, en 1974, de una cláusula general que condena el abuso del derecho.

Es a partir de 1917, con la publicación de un libro medular de JOSÉ CALVO SOTELO, que se estimula y se desarrolla, de modo elocuente y sensible, la doctrina española al respecto. Este libro constituye, por ello, un hito insoslayable cuando es necesario referirse a la evolución de la noción de abuso del derecho en España.

b) La legislación precursora

Se cita, entre otras y como antecedente remoto, la ley de represión de la usura, de 1908, que concede al juez facultades para corregir abusos. Se menciona el Art. 562 del Código Penal, que sanciona al que intencionalmente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social.

Se recuerda el Real decreto del 6 de agosto de 1915, mediante el cual se aprueba, con carácter provisional, un nuevo Reglamento general para la ejecución de la ley hipotecaria.

El Art. 188 del citado Reglamento autoriza al acreedor hipotecario a demoler el predio en caso de un deterioro que disminuya su valor y que sea causado por dolo, culpa o voluntad del propietario.

Como se advierte, el citado artículo reglamentario utiliza, por vez primera en la legislación española, el concepto de abuso de un derecho de parte del propietario de un bien.

Cabe citar el Real decreto ley que se dicta en 1915 sobre los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos.

c) La sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1944

La doctrina española reconoce, unánimemente, la decisiva importancia que para la admisión del abuso del derecho tuvo la notable sentencia del 14 de febrero de 1944.

En dicha sentencia se precisan los elementos esenciales de la figura del abuso del derecho. La doctrina española centra su atención sobre el texto, el mismo que comenta y analiza con acuciosidad. El supuesto de hecho se refiere a la concesión que, en exclusiva, tenía el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, para extraer arenas de las playas del litoral de esta ciudad. En San Adrián de Besós, en la playa junto a la desembocadura del río del mismo nombre, la empresa que iniciaría la demanda poseía una central eléctrica, la misma que vio afectado su funcionamiento a raíz de la extracción de arenas en gran volumen. Este hecho produjo la disminución del área de la playa y la destrucción de las defensas naturales contra las avenidas del mencionado río y el oleaje del mar. El evento trajo como consecuencia que en el año 1932, a raíz del desencadenamiento de fuertes temporales y en ausencia de tales defensas, la central eléctrica sufriera importantes daños. La demandante pretendía una indemnización de parte del Consorcio. La Audiencia de Barcelona acogió

la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Consorcio demandado.

El Tribunal Supremo, inspirado en la brillante y precursora obra de Calvo Sotelo, antes citada, reconoció los límites a que están sujetos los derechos subjetivos, sentando de este modo las bases para la admisión del abuso del derecho. En este sentido declaró que tales derechos, *"aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad"*.

En el texto del pronunciamiento, cuyo ponente fue CASTÁN TOBEÑAS, se señalan los elementos o requisitos que configuran el abuso del derecho. En este orden de ideas menciona los siguientes:

- a) Uso de un derecho considerado objetivo o externamente legal. En caso del litigio en cuestión, el Consorcio actuaba sobre la base de un derecho legítimamente concedido por la autoridad pertinente.
- b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. La entidad demandante no poseía ningún derecho subjetivo sobre las arenas de la playa que defendían de modo natural las instalaciones de su central eléctrica. Sólo tenía un interés, no jurídicamente tutelado, a que parte de la playa no desapareciese por acción de terceros.
- c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). En el caso sub-litís la acción de la demandada tuvo un carácter antisocial, ya que se extrajo arenas en volúmenes superiores a los posibles en una zona destinada a salvaguardar naturalmente una central eléctrica, lo que significa un exceso o uso anormal de un derecho en perjuicio de la comunidad beneficiaria de la energía eléctrica.

EL ABUSO DEL DERECHO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

El Código Civil del Paraguay de 1987, en el Art. 372º, ubicado en el Libro Segundo, "De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones", hace referencia al abuso del derecho con el siguiente texto: *"los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la Ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja"*

propia, o cuando contradiga los fines que la Ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”.

El Código Civil del Paraguay acoge en un mismo artículo, al igual que el Art. 2º del Código Civil Suizo y que el Art. 7º del Título Preliminar del Código Civil de España, los principios generales atinentes a la buena fe y al abuso del derecho, solución que es adecuada en cuanto a ambos principios tienen una estrecha vinculación en tanto responden a una misma raíz ético-moral.

El mencionado Art. 372º, al declarar que la Ley no ampara el abuso del derecho, establece dos criterios para su caracterización. El primero de ellos es subjetivo y se refiere a la intención del agente de causar daño sin provecho propio y, el segundo, de carácter objetivo, señala que los derechos deben ejercerse según la finalidad o función socio-económica propia que el legislador les asignó.

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Artículo 372. “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la Ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la Ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la Ley pueden ejercerse discrecionalmente.”

CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARAGUAYO

CAPÍTULO II

De los deberes de las partes

Artículo 51. Buena fe y ejercicio regular de los derechos. *“Las partes deberán actuar en juicio con buena fe, y no ejercer abusivamente los derechos que les conceden las leyes procesales.”*

Antec.: CNC 51º, CPCC 53º *in fine*.

Conc.: CPC 52º al 56º. CC 372º.

Al decir de CASCO PAGANO², *“el presente capítulo II tiene como propósito adecuar el proceso a la naturaleza de sus fines, evitando actuaciones arbitra-*

² CASCO PAGANO, Hemán. “Código Procesal Civil Comentado y Concordado”. Segunda Edición. Tomo I. Págs. 131 y 132. La Ley Paraguaya S.A.

rias, maliciosas o temerarias. Constituye la innovación más trascendente y de mayor importancia que trae este Código Procesal cuyo mérito, además consiste en haber ensamblado su sistema orgánico de Artículos que comprende este Capítulo II del Título III, y que también se consubstancia y engrana con el Principio de buena fe que campea a todo lo largo y ancho del nuevo Código Civil que lo consagra y lo enarbola como bandera y lo defiende como un escudo... ”

Es idea y fundamento que la norma procesal se base en un principio moral, comprendiendo así a la buena fe, la ecuanimidad, franqueza y recato, significativos en un conjunto de reglas de conductas presididas por un imperativo ético al que deben ajustarse en la actuación procesal, tanto los jueces, representante del Ministerio Público, abogados, procuradores, las partes, terceros, funcionarios judiciales, etc.

Artículo 52. Mala fe. *Repútase litigante de mala fe, a quien:*

- a) omita o altere manifiestamente la verdad de los hechos;
- b) provoque o consienta el diligenciamiento de medidas cautelares decretadas a su pedido, en forma evidentemente innecesaria o excesiva y no adopte en tiempo oportuno medidas eficaces para evitarlo; y,
- c) use el proceso con el fin de conseguir un objeto o beneficio ilícito.

La enumeración precedentemente es taxativa.”

Antec.: CNC 52º, CPCC 53º *in fine*.

Conc.: CPC 51º; 53º al 56, 202º; 792.

En el proceso la mala fe es aquella conducta legalmente sancionable de aquel que actúa en un proceso conciente de su falta de argumentos legales, dañando así la justicia.

Artículo 53. Ejercicio abusivo de los derechos. *“Ejerce abusivamente sus derecho, la parte que en el mismo proceso:*

- a) haya promovido dos o más impugnaciones de inconstitucionalidad, rechazadas con costas;
- b) haya promovido y perdido tres incidentes con costas;
- c) fuere sancionada más de una vez con medidas disciplinarias; y,

d) formule pretensiones o alegue defensas que, juzgadas resulten manifiestamente desprovistas de fundamento o innecesarias para la declaración o defensa del derecho."

Antec.: CNC 52º, CPCC 53º *in fine*.

Conc.: CPC 51º, 52º, 54º al 56, 202º. CC 372º

El abuso del derecho en sí se da (procesalmente) cuando de manera redundante y fulminante con la excusa de ejercer legalmente un derecho procesal, se ha causado un perjuicio, sin ser ello necesario para el ejercicio de la defensa.

Así, el abuso según CASCO PAGANO³: *"el abuso puede darse por acción y por omisión. Lo comete aquél que se resiste indebidamente a una pretensión legítima o deduce excepciones sin exteriorizar el menor propósito de probarlas, o incidentes que tengan por único fin la obstrucción sistemática del curso del proceso"*.

Artículo 54. Oportunidad para solicitar la declaración. *"En cualquier etapa del proceso y en cualquier instancia, antes que se dicte resolución, podrá requerirse que en la decisión el magistrado se pronuncie sobre la mala fe o el ejercicio abusivo del derecho"*.

Antec.: CNC 54º.

Conc.: CPC 51º al 53º, 55, 56.

La norma establece un periodo de tiempo hasta el cual la parte que se sienta afectada por la mala fe o el ejercicio vejatorio del derecho utilice tal facultad conferida: *antes de que se dicte resolución en el proceso*.

Artículo 55. Responsabilidad conjunta. *"Los profesionales que hayan intervenido como apoderados o patrocinantes serán responsables conjuntamente con sus representados o patrocinados, por las consecuencias emergentes de la admisión de la mala fe o del ejercicio abusivo de derechos, salvo que las constancias de los autos respectivo resulte que el motivo en el cual se fundó la imputación, no le sea atribuible y así se declare."*

Antec.: CNC 55º.

Conc.: CPC 51º al 54º, 56º, 196º, COJ 94º. CC 495º y sptes. 510º. Ley N° 1.376 de Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores.

³ CASCO PAGANO, Hemán. Op. cit. Pág. 135.

Aquí, la norma quiere moralizar el ejercicio de la profesión del abogado, imponiéndole con su poderdante, la responsabilidad conjunta por las consecuencias en la declaración de la mala fe o del ejercicio abusivo y vejatorio del derecho.

Debemos entenderlo así, pues debe ser el abogado el primer colaborador con la justicia en el juzgamiento de los juicios para que el proceso se halle libre de enmarañamientos innecesarios y que solo saben denegar el acceso y la consecución de justicia, que es el fin del derecho

Artículo 56. Sanciones en caso de mala fe o ejercicio abusivo de los derechos. *“Sin perjuicio de otras sanciones que pueda prever la ley, la admisión de mala fe o de ejercicio abusivo de los derechos importará una presunción “juris tantum” contra la parte a la que se imputen, cuando haya duda sobre el derecho invocado, o insuficiencia de prueba.*”

Aunque la parte culpable de mala fe o ejercicio abusivo de los derechos resulte vencedora en lo principal, serán a su cargo las costas del proceso. Los jueces y tribunales, al regular los honorarios de los letrados de la parte contraria, los aumentarán hasta el cincuenta por ciento, según la gravedad de los hechos. La parte perjudicada podrá, además responsabilizar a la otra por los daños y perjuicios, conforme con lo dispuesto por el Código Civil.”

Antec.: CNC 56º.

Conc.: CPC 51º al 55º, 193º, 196º, 300. COJ 94º. CC 1.833 y sgtes.

Aquí se aprecia la intención del legislador de intentar de moralizar los procesos judiciales, estipulando las sanciones a las que pueden ser objetos aquellos que de mala fe ejerzan sus derechos.

LA FUNCIÓN JUDICIAL Y EL ABUSO DEL DERECHO

La vigencia del principio del abuso del derecho radica fundamentalmente en la correcta interpretación que de él efectúe la jurisprudencia. Corresponde a ésta decir, en última instancia y casuísticamente, sobre los alcances de su aplicación, así como determinar las correspondientes sanciones que surgen ante su presencia generadora de perturbaciones en las relaciones sociales.

El papel de los jueces es determinante en los países en los cuales el abuso del derecho no ha logrado aún convertirse en una específica cláusula general del derecho positivo. En esta especial circunstancia la jurisprudencia tiene que sustentarse tanto en los principios generales del derecho – fundamentalmente

en el de la buena fe y en el de las buenas costumbres- como en la conciencia jurídica colectiva.

La sensibilidad axiológica del juez se expresa en su rechazo a que se lesione el interés de una persona –siempre que éste sea digno de tutela jurídica- sobre la base de un ejercicio abusivo de un derecho subjetivo, máxime cuando ello no reporta utilidad alguna para su titular o cuando el acto abusivo se comete contrariando la finalidad económico-social inherente al derecho. La conciencia valorativa del juez vivencia, en este caso, la injusticia y la falta de solidaridad de la conducta agravante del titular del derecho subjetivo, pese a que ella se sustenta en su origen en una situación lícita.

La función del juez es de mayor importancia tratándose del abuso del derecho desde que, a su intuición axiológica, a su sensibilidad valorativa, deberá agregar una especial capacidad de análisis de la circunstancias del caso. En efecto, el juez deberá apreciar objetivamente si el titular, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad socio-económico del mismo. Debe, por ello, conocer la estructura económico-social de cada derecho, tener una especial capacidad para definir la finalidad de cada derecho, el papel que asume en la normación de las relaciones sociales.

La función judicial se alivia, en relación la hipótesis anteriormente citada, en el caso de aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos contienen reglas que expresamente prohíben el ejercicio abusivo del derecho. En estas circunstancias, el juez puede encontrarse frente a una norma que simplemente manifiesta que no se ampara el abuso del derecho, sin definirlo o puede ser que hay en el propio ordenamiento, además, algunos criterios que faciliten su percepción del caso.

Es conveniente la introducción de los Códigos Civiles de una cláusula general prohibitiva del abuso del derecho. De esta forma *“se le otorga al juzgador el respaldo legal necesario para desarrollar plenamente la parte intuitiva del acto de decisión”*.

Se discute si es técnicamente recomendable que los códigos al fijar la norma prohibitiva del abuso del derecho, establezcan los criterios que han de servir al juez para la caracterización de dicho abuso. Las opiniones están divididas. Así, un sector de la doctrina en función del principio de certeza, prefiere la precisión normativa de tales criterios. De este modo, se aduce, se evitan arbitrariedades judiciales. Otro sector, en cambio, considera que es aconsejable a la manera de los códigos civiles suizos o peruanos, no fijar ningún criterio, dejando al juez en libertad de estudiar casuísticamente los casos sometidos.

dos a su consideración, sin límites ni cortapisas. Ello, en tanto son varios los criterios que pueden adoptarse en vista de la variada fenomenología que se suele presentar tratándose de los actos abusivos. Los que adhieren a esta última posición confían, fundamentalmente en la *prudencia iuris*.

Es tan rica la casuística de los actos que trae como consecuencia que la actividad creadora del juez sea más amplia en lo que a ellos atañe que en el común de los casos que se someten a su jurisdicción. No obstante, el juez tiene pautas concretas que han de orientar su función. Ellas, de no encontrarse en el texto mismo de la Ley, han de buscarse en la cada vez más numerosa obra doctrinal y en los precedentes jurisprudenciales. Por ello, no cabe sostener que en esta hipótesis el juez pueda actuar de modo arbitrario.

CONCLUSIÓN

Los derechos, acciones o facultades que son contrarios a la razón a la equidad o las buenas costumbres, constituyen lo que podrían conceptuarse como *derechos abusivos*.

En los tiempos pasados, y como herencia de los principios establecidos por el derecho romano, el derecho tuvo un carácter predominantemente individualista, como instrumento dedicado primordialmente a proteger a intereses particulares; hoy, las relaciones jurídicas que logran máxima preeminencia y se ven más protegidas por el Estado, son aquéllas que se inspiran en el principio de la cooperación social, juzgándose inadmisibles que los individuos en cuanto titulares de derecho, se hallen facultados para menoscabar y dañar intereses de mayor importancia para la sociedad.

Nos encontramos frente a ABUSO DEL DERECHO cuando se cometen actos atentatorios contra la moral y las buenas costumbres, la equidad y el raciocinio aunque se hallen respaldados por un derecho de que es titular quien los ejecute.

Algunos autores estiman que el abuso del derecho es más que un problema jurídico, un conflicto entre el derecho y la moral. Para quienes el derecho es un orden de cultura, se trata de un conflicto entre la cultura y el derecho como un supuesto en que las normas jurídicas contradicen las culturales.

Personalmente considero de que nunca será suficiente ningún esfuerzo para poner de acuerdo las normas positivas, con un ideal de justicia, ya que es bien sabido de que no siempre lo legal es lo justo y solamente cuando ambas (LEGALIDAD Y JUSTICIA) vayan en forma paralela podremos decir que el derecho existe y otorga a cada uno lo que en probidad le corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

- CASCO PAGANO, Hernán. "Código Procesal Civil Comentado y Concordado" Segunda Edición. Tomo I. La Ley Paraguaya S.A.
- CONDORELLI, Epifanio J. L. Del abuso y la mala fe dentro del Proceso. Edit. Abeledo – Perrot . Buenos Aires – Rca. Argentina. 1.994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del Derecho. Edit. ASTREA. Buenos Aires - Rca. Argentina. 1.993.
- LACONICH, Arquímedes. Cód. Procesal Civil Paraguayo. Editora Intercontinental.
- MOLINA, Juan Carlos. Abuso del Derecho. "*Lesión e imprevisión.*" Edit. ASTREA. Buenos Aires - Rca. Argentina. 1.969.
- PANGRAZIO, Miguel Ángel. "El Código Civil Paraguayo Comentado". Tomo I. De las Disposiciones General. Libro Segundo. Ediciones Cromos. Asunción – Paraguay. 1.986
- PEYNARO, Jorge W. Soluciones procesales. Edit. ASTREA. Buenos Aires - Rca. Argentina. 1.995.
- TORRES KIRMSER, José Raúl. "Honorario de Abogados y Procuradores" Ley Nº 1.376/88. Anotada. Concordada. Jurisprudencia. Segunda Edición. La Ley Paraguaya S.A. Asunción – Paraguay. 1.994